



Imam Sadiq University  
Faculty of Islamic Studies & Law

The Quarterly

# Journal of Islamic Law Research

# 67

26'th Year | First Issue | Serial No. 67  
Spring 2025

- **Human Rights Against Human Rights: From Emancipation to Domination**  
Ali Saberi Tavallaei
- **Validation of Objective Interpretation based on the Apparent Meaning of the Text, Versus Subjective Interpretation Relying on Speculative Clues**  
Mohammad Abdossaleh Shahnoosh Forooshani
- **Feasibility of Rescinding a Condition Embedded in a Contract While Preserving the Contract**  
Mohammad Hadi Javaherkalam | Seyyed Fazel Seyyedi
- **Analysis of the Status of "Agreement to Form Marriage" in Islamic Law, according to the Right-Based and Rule-Based Revocability**  
Hosein Javar | Mohaddeseh Osuli Yamchi
- **Analyzing the Nature of Apparent Authority in Islamic Jurisprudence and Iranian Law**  
Hamid Reza Habibi | Behzad Pourseyyed
- **Blocking Individuals' National ID Numbers in the Context of Enforcing Financial and Criminal Sentences: A Legal Action or Civil Execution?**  
Pegah Sarmadi | Nasrollah Jafari Khosroabadi
- **Legal Analysis of the Concept and Provisions of "Unenforceable" Status in Iranian Commercial Law**  
Ahad Golizadeh Manghutay
- **A Feasibility Study of Analyzing Letter 53 in Nahj al-Balagha from the Perspective of Procedural Law Rules**  
Mahdi Hamzeh Howeyda
- **A Legal Analysis of Liability for the Loss of the Subject Matter of Sale after Contract Termination: A New Inquiry into Sunni Jurisprudence**  
Mohammad Hossein Taghipour Darzi Naghibi | Umm al-Banin Ramzan Zadeh | Mostafa Firoozi Rad
- **Formulating a Comprehensive System of Contractual Excuses in the Iranian Legal Order**  
Seyyed Mohammad Hasan Momeni | Amir Mahdi Ghorban Poor
- **A Jurisprudential and Legal Inquiry into the Foundations and Limits of the Liability of Manufacturers of Internet of Things Devices**  
Zahra Sadat Mirhashemi; Fatemeh Najib Zadeh | Moein Gholamalipour
- **Revisiting the Opinions of Dr. Sayyed Mohammad Beheshti on "Social Insurance" within the Iranian Legal Framework**  
Mohammad Bahadori Jahromi | Mohammad Sadiq Darivand

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   360 Pages</b>	
<b>Price: 1,750,000 I.R.Rials</b>	



## Article Directory

- ❖ Human Rights Against Human Rights: From Emancipation to Domination |  
Research Article ..... 1  
• Ali Saberi Tavallaei
  
- ❖ Validation of Objective Interpretation based on the Apparent Meaning of the  
Text, Versus Subjective Interpretation Relying on Speculative Clues |  
Research Article ..... 47  
• Mohammad Abdossaleh Shahnoosh Forooshani
  
- ❖ Feasibility of Rescinding a Condition Embedded in a Contract While  
Preserving the Contract | Research Article ..... 79  
• Mohammad Hadi Javaherkalam | Seyyed Fazel Seyyedi
  
- ❖ Analysis of the Status of "Agreement to Form Marriage" in Islamic Law,  
according to the Right-Based and Rule-Based Revocability | Research Article  
..... 105  
• Hosein Javar | Mohaddeseh Osuli Yamchi
  
- ❖ Analyzing the Nature of Apparent Authority in Islamic Jurisprudence and  
Iranian Law | Research Article ..... 133  
• Hamid Reza Habibi | Behzad Pourseyyed
  
- ❖ Blocking Individuals' National ID Numbers in the Context of Enforcing  
Financial and Criminal Sentences: A Legal Action or Civil Execution? |  
Research Article ..... 173  
• Pegah Sarmadi | Nasrollah Jafari Khosroabadi
  
- ❖ Legal Analysis of the Concept and Provisions of "Unenforceable" Status in  
Iranian Commercial Law | Research Article ..... 201  
• Ahad Golizadeh Manghutay
  
- ❖ A Feasibility Study of Analyzing Letter 53 in Nahj al-Balagha from the  
Perspective of Procedural Law Rules | Review Article ..... 231  
• Mahdi Hamzeh Howeyda

- ❖ **A Legal Analysis of Liability for the Loss of the Subject Matter of Sale after Contract Termination: A New Inquiry into Sunni Jurisprudence | Review Article** ..... 251
  - Mohammad Hossein Taghipour Darzi Naghibi | Umm al-Banin Ramzan Zadeh | Mostafa Firoozi Rad
  
- ❖ **Formulating a Comprehensive System of Contractual Excuses in the Iranian Legal Order | Review Article** ..... 275
  - Seyyed Mohammad Hasan Momeni | Amir Mahdi Ghorban Poor
  
- ❖ **A Jurisprudential and Legal Inquiry into the Foundations and Limits of the Liability of Manufacturers of Internet of Things Devices | Review Article** ..... 299
  - Zahra Sadat Mirhashemi | Fatemeh Najib Zadeh | Moein Gholamalipour
  
- ❖ **Revisiting the Opinions of Dr. Sayyed Mohammad Beheshti on "Social Insurance" within the Iranian Legal Framework | Brief Communication Paper** ..... 337
  - Mohammad Bahadori Jahromi | Mohammad Sadiq Darivand

## Human Rights Against Human Rights: From Emancipation to Domination

Ali Saberi Tavallaei • Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology,  
Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.  
alisaberi61@gmail.com

### Abstract

#### 1. Introduction

The modern era is characterized by the unprecedented ascendance of human rights as a dominant global discourse. Human rights have not only supplanted other normative systems but have also evolved into what can be described as a "universal religion"—a common language for addressing moral questions, judging good and evil, and critiquing governmental actions. The United Nations' Office for Human Rights highlights this transformation by noting that the Universal Declaration of Human Rights has been translated more widely than any other document, surpassing even the Bible. This widespread acceptance has rendered human rights the primary tool for challenging entrenched power structures and advocating for individual freedoms.

However, the very universality and appeal of human rights reveal a darker, paradoxical aspect. To achieve their universal applicability, human rights have been severed from specific cultural, moral, or epistemological roots, making them susceptible to varying and often contradictory interpretations. This detachment from a fixed foundation has led to significant challenges, including normative uncertainty, the proliferation of contradictory claims, and the co-option of human rights by the powerful as a tool of domination rather than liberation. This paper critically examines these challenges and argues that the very strengths of human rights—their universality and adaptability—can also be seen as weaknesses, transforming them from instruments of emancipation to tools of domination.





## 2. Research Question

The central research question addressed in this paper is: How and why has the human rights discourse, initially intended to protect the powerless and critique political power, evolved into a mechanism that can be utilized to justify domination and subjugation? Specifically, the paper investigates the root causes of the paradoxical nature of contemporary human rights, wherein the same discourse designed to defend individual rights is now employed to legitimize actions that undermine those very rights.

## 3. Research Hypothesis

The paper posits the hypothesis that the inherent weaknesses within the human rights discourse—stemming from its lack of a unified epistemological foundation, semantic ambiguity, and the proliferation of conflicting examples—have rendered it vulnerable to manipulation by powerful actors. These actors exploit the discourse to justify their dominance, thereby subverting the original emancipatory intent of human rights. The hypothesis suggests that unless these weaknesses are addressed, human rights may continue to serve as a vehicle for oppression rather than a means of liberation.

## 4. Methodology & Framework, if Applicable

The research adopts a doctrinal methodology with a critical approach, systematically analyzing the conceptual and normative foundations of the human rights discourse. The paper dissects the four primary challenges that have emerged in the contemporary human rights landscape:

**Lack of a Unified Epistemological and Justificatory Foundation:** The analysis begins with the observation that human rights lack a coherent theoretical basis, making them vulnerable to divergent interpretations and applications.

**Semantic Ambiguity and Conceptual Uncertainty:** The study delves into how the absence of a clear definition for key terms like "right" and "human" has led to the expansion of meanings and the potential for contradictory interpretations.

**Proliferation of Incompatible Examples of Rights:** The paper examines the consequences of the multiplication of rights claims, leading to conflicting rights that undermine the coherence of the human rights discourse.

**Domination and Subjugation:** Finally, the research explores how these conceptual and normative ambiguities have facilitated the use of human rights as a tool for legitimizing domination, turning the discourse against its original purpose.

The framework of the analysis is rooted in critical legal theory, which scrutinizes the power dynamics inherent in the law and legal discourses. By applying this lens to human rights, the paper seeks to uncover the ways in which power structures have co-opted a discourse that was originally meant to challenge them.



## 5. Results & Discussion

The findings of the study reveal a profound paradox at the heart of the human rights discourse. Initially conceived as a means to protect the powerless and challenge the authority of the powerful, human rights have become susceptible to the very forces they were designed to counteract. The analysis shows that the lack of a unified theoretical foundation for human rights has led to a proliferation of interpretations, each rooted in different, often conflicting, philosophical or cultural perspectives. This foundational plurality results in normative uncertainty, making it difficult to resolve disputes over human rights claims in a universally accepted manner.

The study further discusses how this uncertainty has led to the multiplication of rights, with new rights claims constantly emerging and often conflicting with existing ones. This proliferation dilutes the coherence of the human rights discourse and creates a situation where rights can be selectively invoked to justify opposing actions, depending on the interests of those in power. For instance, the rise of multiple generations of rights—civil and political rights, economic, social, and cultural rights, and collective rights—has led to situations where different groups use the human rights discourse to support fundamentally opposing positions.

This fragmentation and ambiguity within the human rights discourse have paved the way for its co-option by powerful actors. The paper discusses several examples of human rights being used to justify actions that undermine the rights of vulnerable populations. This co-option is facilitated by the fact that human rights, in their contemporary form, rely heavily on enforcement mechanisms tied to political power. As such, the discourse of human rights has increasingly been transformed into a tool for domination, where the powerful can define, interpret, and enforce human rights in ways that serve their interests.

The discussion highlights the dangers of this trend, noting that if human rights continue to be used in this manner, they may ultimately lose their legitimacy as a tool for emancipation. The paper warns that the day may come when more people are harmed in the name of human rights than are saved by them, marking a tragic reversal of the discourse's original purpose.

## 6. Conclusion

The paper concludes by reflecting on the troubling transformation of the human rights discourse, which has shifted from a force for liberation to a potential instrument of domination, with significant implications for justice and equity. The analysis identifies four interrelated flaws within the discourse: the lack of a unified justificatory foundation, semantic ambiguity, the proliferation of conflicting rights, and the dependency on enforcement by political power. These flaws feed into each other, creating a cycle where human rights, instead of

protecting the powerless, are increasingly used to legitimize the actions of the powerful.

The study posits that if these flaws cannot be addressed, the future of human rights as a meaningful tool for justice and liberation is in jeopardy. However, the paper also suggests that there may be ways to reclaim the emancipatory potential of human rights. One possibility is to reinvigorate the discourse by grounding it in the lived experiences and struggles of the oppressed, thereby reorienting it away from the interests of the powerful. Another potential avenue is to critically engage with the concept of human rights, refining and redefining it in ways that prevent its misuse.

Ultimately, the paper calls for caution in either abandoning or uncritically endorsing the human rights discourse. Instead, it advocates for an approach that recognizes both the potential and the dangers inherent in human rights. The paper concludes by suggesting that future research should explore these possibilities further, with the aim of restoring human rights to their original purpose as a force for justice and liberation.

**Keywords:** Human Rights, Natural Rights, Political Power, Common Language.

## حقوق بشر علیه حقوق بشر؛

## گفتمان حقوق بشر از زبان رهایی‌بخش تا ابزار سلطه

علی صابری تولایی • استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق  
علیه‌السلام، تهران، ایران.  
alisaberi61@gmail.com

### چکیده

گفتمان «حقوق بشر» در عصر مدرن برای دفاع از بی‌قدرتان و رهایی‌بخشی انسان‌ها از یوغ استیلا و تفوق صاحبان قدرت مطرح شد. این گفتمان به سرعت جایگزین دیگر سامانه‌های هنجاری شد و هم‌اینک در قرن بیست‌ویکم میلادی، مهم‌ترین زبان هنجاری برای نقد قدرت سیاسی و حمایت از حقوق فردی است. با این همه، حقوق بشر واجد یک وجه تناقض‌آمیز و سویه تاریک است؛ امروز، محتوا و ظرفیت‌های نهادین حقوق بشر به منبع و ابزاری مشروعیت‌بخش برای تسلط صاحبان قدرت بر ضعفاء تبدیل شده است. این مقاله با رویکردی انتقادی در ضمن روش توصیفی تحلیلی، به این وجه متناقض از گفتمان حقوق بشر می‌پردازد و ریشه‌های آن را در چهار گزاره نشان می‌دهد؛ «گزاره اول» از غیاب مبنای نظری کافی و وحدت‌آفرین برای توجیه حقوق بشر آغاز می‌کند. بی‌مبنایی، راه را بر ابهام معناشناختی و عدم قطعیت مفاهیم «گزاره دوم» و تکثر مصادیق متعارض حق‌ها «گزاره سوم» هموار می‌کند. این سه مقدمه به‌انضمام وابستگی حقوق بشر به ضمانت‌اجرایی به نام قدرت، گفتمان حقوق بشر را به ابزاری برای بسط استیلا و انقیاد «گزاره چهارم» تبدیل می‌کند. وانگهی، چنان‌چه درون یا بیرون از گفتمان حقوق بشر راهی برای خنثی‌سازی این خطرات نباشد، باید عطای این منجی عصر مدرن را به نقایش بخشید.

واژگان کلیدی: حقوق بشر، حقوق طبیعی، قدرت سیاسی، زبان مشترک.



### مقدمه

در دوران محبوبیت بی‌مانند «حقوق بشر» به سر می‌بریم. گفتمان<sup>۱</sup> حقوق بشر با تخریب یا شاید تملک قوه‌های اجرایی و انتقادی بیشتر مکاتب و نظریه‌های سابق به تنها «نظریه اخلاقی»، «زبان مشترک»، «مذهب جهانی»، «خط‌کش عیارسنج»، «مهم‌ترین معیار گفت‌وگو درباره خوب و بد» و «قوی‌ترین زبان برای انتقاد از حکومت‌ها» تبدیل شده است. حقوق بشر تنها پاسخ ممکن به ادعای «به دیگران ربطی ندارد» است (Raz, 2010, p. 75; Ignatieff, 2011, p. 332; Tasioulas, 2007, p. 53). دفتر حقوق بشر سازمان ملل به ۵۵۵ بار ترجمه اعلامیه جهانی حقوق بشر - حتی پیش از کتاب مقدس - می‌بالد (OHCHR, 2023). کمتر گفتمان و زبانی حتی در سنتی‌ترین جوامع امروزی به اندازه حقوق بشر قوت انتقاد از سیاست و قدرت مستقر، جلب نظر مردم جهان و ترساندن صاحبان قدرت را دارد.

به‌رغم این محبوبیت، حقوق بشر، سویه تاریک و ترسناکی دارد که طرف‌داران همیشگی خود را نیز مشوش می‌کند. حقوق بشر برای جهان‌گیر و زبان مشترک شدن باید از اتصال به مبنای معرفت‌شناختی، نظریه اخلاقی، مذهب، فرهنگ و قومیت اجتناب کند. این انقطاع، مفاهیم و نهادهای حقوق بشری را به ظروف مستعد تفاسیر و تعاریف مختلف و گاه متضاد تبدیل می‌کند. بیماری «بی‌مبنایی» (Raz, 2010) مقدمه تکثر مبنایی، قطعیت‌گریزی هنجارها، زاد و ولد بی‌وقفه مصادیق و بالاخره ورود مدعیان ناهمگون است. امروز همه کسانی که زمانی قرار بود مخاطبان امرونی گفتمان حقوق بشر باشند، خود را سهام‌دار و عضو این اتحادیه می‌دانند و برای توجیه

۱. در اینجا گفتمان به معنایی فراتر از الفاظ، اسناد و متون درباره حقوق بشر اراده شده است. گفتمان چنان‌که گفته‌اند، عبارت است از «مجموعه‌ای از عقاید یا رویه‌های منظم تفکر که خود را در روابط متنی و زبانی نشان می‌دهند و افزون‌براین، می‌توانند در ساختارهای گسترده‌تر اجتماعی جا گرفته باشند» (Lupton, 2010, p. 145) و به معنایی نزدیک‌تر به میشل فوکو، گفتمان چیزی فراتر از علائم زبانی و متنی و عبارت است از «رویه‌هایی که به‌صورت منظم، موضوعات (بژه‌ها) گفت‌وگو را می‌سازند» (Foucault, 2002, p. 54). پس گفتمان حقوق بشر اعم از اندیشه، اسناد، نهادها، روابط حقوقی و ادبیات قانونی است که ما را وادار می‌سازد به جای «خوب و بد»، «قبیح و پسندیده»، «حرام و غیرشرعی» و حتی «مفید و ناکارآمد» از «انسانی و غیرانسانی» یا «برخلاف حقوق بشر» سخن بگوییم. توجه به این نکته ضروری است که «گفتمان» لزوماً، بلکه غالباً، منبع صدور یا تاریخ تولد و شناسنامه واحدی ندارد، بلکه در گذر زمان و از دل آنچه در سطور بالا گفتیم، پرورش می‌یابد.

خود، به آن متوسل می‌شوند (Kennedy, 2012, p. 22). بنابراین، نقطه قوت (همگانی بودن) به پاشنه آشیل تبدیل می‌شود و حقوق بشر امروز، قربانی محبوبیت خویش است (Tasioulas, 2007, p. 57). حقوق بشر متکثر و متلون و فاقد چهارچوب مفهومی به ظرفی تهی و ابزاری قابل استفاده برای هرکس که قدرت تعریف، تفسیر و محتواسازی برای این ظرف را دارد، تبدیل می‌شود. اگر در گفت‌وگو با حقوق بشر چیزی برای جلوگیری از این بهره‌برداری همگانی نباشد، به نقاب و مستمسکی برای زورمندان تبدیل می‌شود و دور نیست روزی که شمار «بشر»‌های کشته‌شده به نام حقوق بشر از شمار نجات‌یافتگان به این نام فراتر رود.

مقاله حاضر در چهار گام به چهار معضل مهم حقوق بشر معاصر می‌پردازد. ۱. «فقدان مبنای توجیهی و معرفت‌شناختی واحد»، ۲. «قطعیت‌گریزی، ابهام و توسعه معناشناختی مفاهیم»، ۳. «تکثیر و تضاد مصادیق ناسازوار حق» و بالاخره ۴. «تسهیل و مشروع‌سازی "سلطه و انقیاد"». رهایی از این چهار گره مهم‌ترین مسئله امروز حقوق بشر برای بازیابی قوت انتقادی به نفع حقوق فردی تضحیح شده است. این مقاله به این زنجیره مشکل‌آفرین می‌پردازد.<sup>۱</sup>

## ۱. گزاره اول: بی‌مبنایی

اکسیر اعظم هر نظام هنجاری، گزاره‌ای بنیادین است که گزاره‌های هنجاری و درست و نادرست مورد ادعای خود را توجیه و معنا کند. غیاب این مبنا که در هنگام تعریف و هنگامه بر سر تفسیر فصل‌الخطاب باشد، هر نظام هنجاری را از قابلیت تهی می‌کند. این بلایی است که حقوق بشر پر از «باید» را تهدید می‌کند. به‌اجمال، چند مبنای ادعایی و پرطنین برای حقوق بشر را بررسی می‌کنیم.

---

۱. این بحث محرک پرسش همیشگی «چه کنیم؟» است. آیا حقوق بشری مبتلا به این رخنه‌های مهم و جاقویی قادر به بریدن دسته خویش، باید طرد و به قول برخی نظریه‌پردازان به مزبله انداخته شود یا همچنان می‌توان به حاشیه امیدبخش آن متوسل شد؟ پژوهش حاضر تنها به نقد می‌پردازد و نگرش - افراطی - خوش‌بین به حقوق بشر را به چالش می‌کشد و «چه کنیم؟» را به مجال دیگری وامی‌گذارد. در اینجا به همین مقدار کفایت می‌کنیم که نقد به معنی طرد نیست. چنان‌که برخی نظریه‌پردازان منتقد حقوق بشر نیز پذیرفته‌اند، می‌توان نقد حقوق بشر را با پذیرش عمل‌گرایانه زمانمند تا تکوین زبان انتقادی جایگزین، پذیرش محلی حقوق بشر در عین نقد جهانی آن، تلاش برای احیای قوه انقلابی حق‌ها از طریق بازسازی توجیهی، مفهومی و... سازوار کرد. بنابراین، اندیشه «خطر احتمالی حق‌ها» لزوماً از «طرد و حذف حق‌ها» حمایت نمی‌کند. این، موضوع پژوهشی دیگر است.

### ۱.۱.۱. طبیعت

نظریه (های) حقوق طبیعی با دو خوانش سنتی و مدرن، مهم‌ترین مدعیان توجیه حقوق بشر معاصر هستند. رویکرد سنتی با الهام از فضیلت‌گرایی جهان قدیم (روزگاری که خبری از «حق» نبود) از قوانین برتر جهان خلقت به «تکلیف» انسان می‌رسد. بنابراین، بایدونبایدهایی که امروزه اقتضات حق دانسته می‌شود، در پارادایم قدیم، تکلیف و تعهد برای تبعیت از قوانین طبیعت بود. رسیدن از تکلیف به حق، کاری دشوار و دستور کار طرح فکری برخی از طرفداران امروزی رویکرد سنتی حقوق بشر است.<sup>۱</sup> برعکس، رویکرد مدرن حرکت را از طبیعت تجربی انسان آغاز می‌کند و بلافاصله به حق طبیعی می‌رسد. وجه اشتراک هر دو رویکرد این است که انسان‌ها را برخوردار از سرشت، طبیعت، ذات و خصلت متمایز از دیگر موجودات و همین را تنها مبنا برای حق‌ها می‌دانند:

«تنها زمانی برابری انسان‌ها و جهان‌شمولی و الزام حقوق بشر به‌گونه عقلانی پذیرفتنی است که به وجود یک خصیصه در افراد اذعان کنیم که آنان را اساساً از موجودات نامتعقل جدا می‌سازد. این خصیصه مقدم بر لحاظ هر "وضعیت" وجود دارد و در حقیقت عینی هر انسان - بالغ یا نابالغ و سالم یا بیمار - نهفته است» (Finnis, 2004, p. 5).

انسان بودن برای انسان‌ها حق ایجاد می‌کند. طبیعت اقتضا می‌کند که انسان، انسان بماند و هرآنچه برای انسان ماندن او لازم است، «حق» اوست. نخستین چالش رخ می‌نماید؛ آیا منظر واحدی برای مطالعه طبیعت انسان و لوازم انسان بودن وجود دارد؟ آیا تعریف واحدی از انسان هست؟ اختلافات نظام‌های معرفتی اگر جایی کم‌رنگ شوند، در اینجا شعله‌ور می‌شوند. تاریخ نظریه حقوق طبیعی را به شهادت می‌گیریم. طبیعت انسان میان فضیلت‌گرایان خردگرای یونان، یکتاپرستان وحی‌گرای مسیحی و مسلمان و بالاخره روشنگران تجربه‌گرای مدرن سرگردان است.

۱. این طرز متمایزسازی دو رویکرد حقوق طبیعی (که رویکرد سنتی را فاقد مفهوم «حق» و دومی را واجد و مبدع آن بدانیم) (Bix, 2004, p. 69)، مورد اعتراض کسانی مانند جان فینیس است که می‌گویند «حق» با دلالت و لوازم امروزی را از دل قوانین طبیعی قدیم بیرون بکشند. وی، چنین نتیجه‌ای را به توماس آکویناس هم نسبت می‌دهد (Finnis, 2004, p. 26).

خردگرایان یونانی، طبیعت انسان را بخشی از نظم طبیعی جهان و سایه‌ای از کائنات<sup>۱</sup> می‌دانند. طبیعت انسان، حظی از طبیعت نباتات (نیروی غذایی) و حیوانات (نیروی میل، ادراک حسی و حرکت مکانی) دارد و هم‌زمان قوه ممتازی به نام عقل (نظری و عملی) در اوست که انسانیتش را می‌سازد (کاپلستون، ۱۳۷۱، ج ۱، ص. ۳۷۴). اقتضای طبیعت چنین انسانی، حرکت به سوی خیرهای برتر و لازمه چنین شکوفاشدنی، زیستن در شهر و ذیل حکومت دموکراسی است. انسان‌ها تنها به دلیل انسان بودن از «امتیاز» (آنچه مفسران تاریخ پریش قرن ۲۰ «حق» می‌نامند) مشارکت در چنین حکومتی برخوردار نیستند<sup>۲</sup>، بلکه جایگاه ایشان در شهر است که معین‌کننده میزان بهره‌مندی است:

«گروهی بر آن‌اند که دادگری همان برابری است و به‌راستی هم چنین است، اما برابری نه برای همه، بلکه برای کسانی که با یکدیگر برابر باشند، دادگری است. گروه دیگر عقیده دارند که دادگری در نابرابری است. باز، این سخن درست است، اما نابرابری نه برای همه، بلکه برای مردم نابرابر عین عدل است... مفهوم دادگری نسبی است و نسبت به اشخاص فرق می‌کند و توزیع چیزها هنگامی دادگرانه است که ارزش چیزها متناسب با ارزش کسی باشد که آن را دارا شده است». (ارسطو، ۱۳۶۴، ص. ۱۱۲)

در این دیدگاه ارزشمندترین انسان‌ها «شهروندان» هستند و:

«بهترین مصداق شهروند محض و مطلق کسی است که حق اشتغال به وظایف دادرسی و احراز مناصب را دارا باشد» (ارسطو، ۱۳۶۴، ص. ۱۰۱)

چنین حقی به پیشه‌وران، کارگران، اطفال، سال‌خوردگان و... نمی‌رسد (ارسطو، ۱۳۶۴، ص. ۱۱۳).

برای فهم کامل‌تر از طبیعت انسان و امکان پذیرش «حق» مشابه گفت‌مان معاصر در اندیشه

---

#### 1. Cosmos

۲. برای دیدن استدلالی که انتساب «حق طبیعی» به معنای مدرن به ارسطو را تاریخ‌پریشی [خوانش دیروز با عینک امروز] می‌داند و معتقد است ارسطو تنها برای شهروندانی که صلاحیت مشارکت در دموکراسی یونان را دارند (و نه انسان بما هو انسان)، امتیازاتی قائل است. ر. ک به: Schofield, 1996.



ارسطو و اندیشمندان یونان، نقل قول دیگری از ارسطو کارساز است. او علیه مهم‌ترین انگاره حقوق بشر معاصر - برابری انسان‌ها به صرف انسان بودن - و مستند به درکی که از طبیعت انسان دارد، چنین استدلال می‌کند:

«برخی دیگر بندگی را برخلاف طبیعت می‌دانند؛ زیرا می‌گویند که تفاوت خداوندگان از برده، پدیدآورده قانون یا سنت است، اما در طبیعت، فرقی میان ایشان نیست و از این رو بندگی نارواست؛ زیرا بر پایه زور استوار است. ... [اما ما] نتیجه می‌گیریم که همه آدمیزادگان با یکدیگر به همان اندازه فرق دارند که تن از روان یا آدمی از دد (و چنین است حال همه کسانی که وظیفه‌ای جز کار بدنی ندارند و از کار بدنی سودی بهتر به مردمان نرسانند). این‌گونه کسان طبعاً بنده‌اند و صلاح ایشان هم مانند دیگر چیزهای فرمان‌پذیر که بر شمرده‌ایم، در فرمان بردن است؛ زیرا آن کس طبعاً بنده است که توانایی تعلق به دیگری را دارد (و به همین دلیل عملاً به دیگری تعلق می‌یابد) و بهره‌اش از خرد تنها این است که آن را در دیگری درمی‌یابد، اما خود از آن چیزی ندارد و فرق او با ددان همین است؛ زیرا ددان [یک‌سره با خرد بیگانه‌اند] و خرد را درک نمی‌کنند، بلکه پیرو غرایز خویش‌اند، اما کاری که از بنده برآید با سودی که از دام برآید، متفاوت نیست؛ زیرا هر دو دارنده خویش را در برآوردن نیازهای روزانه خود یاری می‌کنند» (ارسطو، ۱۳۶۴، صص. ۸-۱۲).

اما انسان نسل‌های بعدی نظریه حقوق طبیعی، طبیعتی متمایز دارد. جان‌گرفین - از طرفداران رویکرد سنتی - انسانیت را در قوه ادراک و عاملیت (به عبارت دیگر، «شخص‌بودگی») تجمیع و این خصلت را چنین معنا می‌کند:

«ما [انسان‌ها] درکی از خویشتن و مبدأ و مقصد خویشتن داریم. می‌اندیشیم و می‌سنجیم. تصویری از چگونگی خوب زیستن داریم... و می‌کوشیم به این تصورات، تحقق بخشیم... انسان بودن یعنی عامل بودن و عامل بودن یعنی تفکر، سنجش، گزینش و عمل برای ساختن آنچه خوب زیستن می‌دانیم» (Griffin, 2008, p. 33).

براین اساس، آنچه انسان را از میمون متمایز می‌کند، شخص‌بودگی و عاملیت است. نوزادان، مختل‌المشاعران و انسان‌های مبتلا به حیات نباتی نیز مشابه دیگر انسان‌ها هستند، اما نه ادراکی از آنچه یاد شد، دارند و نه عاملیتی برای رسیدن. پس این موجودات فاقد عاملیت، از حق‌های انسانی محروم‌اند (Griffin, 2008, p. 34). توضیح بیشتر یاری‌رسان است. لازمه عاملیت انسان گریفینی چیزی است که انسان ارسطویی برای شکوفایی به آن نیاز ندارد:

«فرد باید اولاً، مسیر زندگی‌اش را پیدا کند و تحت سلطه یا کنترل فرد یا چیز دیگر نباشد (این، خودآیینی است). ثانیاً، گزینش او حقیقی باشد. به این منظور باید به حداقلی از آموزش و دانش دسترسی داشته باشد و پس از گزینش بتواند عمل کند؛ یعنی از حداقل دسترسی به منابع و قابلیت‌های لازم برای گزینش برخوردار باشد (این، حداقل دسترسی است) و این دو به کار نمی‌آیند اگر کسی راه دیگری را ببندد. بنابراین... دیگران نباید فرد را از پی‌جویی آنچه شایسته زیستن می‌داند، قهراً بازدارند (این، آزادی است)» (Griffin, 2008, p. 33).

حقوق بنیادین چنین انسانی، حیات (که بدون آن شخص بودن ناممکن است)، امنیت و مشارکت در سیاست (که مهم‌ترین ضرورت خودآیینی است)، آزادی بیان و تجمع (که بدون این‌ها خودآیینی در کار نیست)، پرستش و دین‌داری (که بدون آن‌ها زندگی خالی از معناست) و بالاخره آزادی ایجابی برای برخورداری از حداقل امکانات است (Griffin, 2008, p. 35). روشن است که انسان گریفین، طبیعت و حق‌های متفاوتی از انسان ارسطو دارد. برای تحقق انسان ارسطو کافی است برخی (اربابان) رهبری کنند تا برخی (بردگان) محروم از اختیار و آزادی، به طبیعت خود برسند.

جان فینیس در روایتی متفاوت، طبیعت انسان را در «تمایل»، «علاقه» و «کشش» متمایز از دیگر موجودات خلاصه می‌کند. انسان تمایلات همیشگی، مشترک، انکارناپذیر و ممتاز از دیگر باشندگان دارد که خمیرمایه شکوفایی و ضابطه تشخیص حق‌های او هستند. این تمایلات

عبارت‌اند از کنجکاوای یا «میل به دانستن»<sup>۱</sup>، حیات و زنده ماندن، بازی و تفریح، زیباخواهی، با هم بودن (معاشرت)، مذهب، معقولیت عملی و جستن بهترین روش برای تحقق تمایلات فوق (Finnis, 2011 b, pp. 59, 86 & 90). تمکین به این تمایلات و تتبع از فرموده‌های ایشان است که انسانیت انسان را محقق یا شکوفا می‌کند و لوازم این شکوفایی، حق‌های او هستند. طبیعت و سرشت انسانِ فینیس با انسان ارسطو و گریفین متفاوت است و به جای عقل، ادراک و عاملیت، در «تمایل» متجلی می‌شود.

فیلسوفان و محققان مسلمان با الهام از فضیلت‌گرایان و چه بسا متکلمان مسیحی، طبیعت انسان را در «استعداد» و «قابلیت» او یافته‌اند. طبیعت انسان چیزی جز استعداد تبدیل شدن به آنچه قوه آن را دارد و رسیدن به غایتی که خلقت برای او نوشته است، نیست. انسان حق بر شکوفایی استعدادها و طبیعی خود را دارد و لوازم این شکوفایی، حق‌های طبیعی او هستند. این فهم از طبیعت انسان بسیار نزدیک به فهم ارسطویی است و به سیاقی مشابه - با عنایت به تفاوت استعدادها و قوه‌ها - تفاوت در حق‌ها را می‌پذیرد (مطهری، ۱۳۸۱، صص. ۱۸۰-۱۸۱) حال آنکه خوانش فینیس و گریفین تفاوت در طبیعت را نمی‌پذیرد. در قرائت اسلامی دیگر، انسان فراتر از طبیعت، برخوردار از فطرت و موجودی مرکب از جسم مادی و روح مجرد است. انسان‌بودگی با برخوردارگی از روح متأله و در حرکت به سمت خدا معنا می‌یابد. پس انسان حیوان ناطق نیست. «حی متأله» و متمایل به کمال نامحدود الهی است که طبیعت او با قرب به پروردگار شکوفا می‌شود؛ غایتی که مسیر آن را خالق حکیم به او نشان داده است. الزامات تحقق این طبیعت، حق‌های انسان هستند (طالبی، ۱۳۹۶، صص. ۱۰۴-۱۰۹). پیامد این تعریف از انسان، با تعاریف قبل بسیار متفاوت است:

«هستی انسان محدود و اوصاف کمالی او از قبیل حیات، علم، قدرت، اراده و مانند آن متناهی است. آزادی او نیز محدود خواهد بود؛ ممکن نیست اصل وجود بشر متناهی باشد، لیکن آزادی وی که از اوصاف او به شمار می‌آید و در اصل تحقق، تابع هستی اوست، غیرمحدود باشد... تنها عامل

۱. در تعریف گریفین، «ادراک» یک قوه بود، اما در بیان فینیس، یک «میل» و این منشأ تفاوت‌هایی در ثمرات است.

تحدید آزادی او همان مبدأ تحدید اصل هستی اوست... مرجع صالح برای تحدید آزادی بشر، همانا خداوندی است که هستی محدود به او عطا فرمود. [باید] بین طبیعت سرکش در برابر حق و فطرت سرسپرده در آستانه بندگی و خضوع و خشوع فرق گذاشته شود. هرگز انسان را مالک آزادی نخواهیم دانست، بلکه او را امین حریت و آزادی می‌یابیم» (جوادی آملی، ۱۳۹۵). تاکنون پنج تقریر متفاوت از طبیعت را در سه سنت نزدیک و آشنا (فضیلت‌گرایی، کلام مسیحی، فلسفه و کلام اسلامی) یافتیم.

حال به حقوق طبیعی مدرن و تعریف تجربه‌گرایان قرن ۱۷ بنگریم که با اتخاذ مبنای معرفت‌شناختی جدید، از انسانی دیگر پرده برمی‌دارند. در اندیشه مدرن، طبیعت انسان مستقل و مجزا از کائنات و نظم طبیعی جهان است و در حیات زیستی و تجربه‌پذیر او یافت می‌شود (Bix, 2004, p. 67). توماس هابز انسان را چیزی فراتر از «حس» نمی‌داند:

«هیچ مفهومی در ذهن انسان نیست که از نخست، کلاً یا جزئاً از اندام‌های حسی نزاده باشد» (Hobbes, 1996, p. 9).

حیات زیستی، نقطه آغاز و نقطه عزیمت است و طبیعت انسان در این مبدأ و منتها خلاصه می‌شود:

«هر انسانی آزاد است تا نیروی خود را چنان‌که می‌خواهد برای حفظ طبیعت خویش یعنی حیات خویش به کار برد» (Hobbes, 1996, p. 64).

انسان مختصرشده در حیات زیستی حق بر حفظ «همین که هست» را دارد نه - طبق قرائات سنی - حق بر الزامات «شکوفایی و انسان شدن». حق‌های هابزی برای «ارتقای خیر و تعالی انسان» کاری نمی‌کنند، «بلکه صرفاً لوازمی برای حفظ موجودیت او هستند» (Griffin, 2008, p. 34). شگفت‌آور اینکه، درون اردوگاه تجربه‌گرایان نیز وفاقی بر سر چیستی انسان و طبیعت او نیست. یکی او را «وحشی نجیب» می‌داند و دیگری «گرگی» که همواره برای بقای خود با دیگر گرگ‌ها در ستیز و برای حفظ خویش محق به انجام دادن هر کاری است (Hobbes 1996, p. 64). یکی مالکیت را طبیعی و حق بر آن را اقتضای طبیعت می‌داند و دیگری محصول قرارداد پس از وضع طبیعی. در همین اردوگاه معرفت‌شناختی، کسانی نیز طبیعت انسان را در لذت‌خواهی خلاصه

می‌کنند و طبیعی بودن آزادی، برابری و هر آنچه را دیگران مبنای «حق» می‌دانند، رد می‌کنند: «همه انسان‌ها آزاد زاده می‌شوند؟ همه انسان‌ها آزاد باقی می‌مانند؟ نه. دریغ از یک نفر؛ یک نفر هم تا به حال این‌گونه نبوده، نیست و نخواهد بود. برعکس، تمام انسان‌ها در انقیاد زاده می‌شوند؛ آن هم در حد اعلائی انقیاد یعنی با استیصال؛ استیصالی که کودک را در لحظه لحظه حیات به والدین وابسته می‌کند. هر انسانی این‌چنین تحت انقیاد زاده می‌شود و سال‌های سال بر همین روال می‌ماند» (Bentham, 1843, p. 498).

چگونه می‌توانیم حقوق بشر را بر «طبیعی» استوار کنیم که دست‌کم هفت عینک و منظر به‌شدت متخاصم در تعریف آن وجود دارد؟ کدام عینک برای تعریف طبیعت و آنگاه پاسخ به پرسش‌های اساسی بعد حجت است؟ اعلامیه‌ها و اسناد پرشهرت حقوق بشری که «انسان زاده شدن» و «ذات انسان» را مبنای همه حق‌ها معرفی می‌کنند، راهی برای گشودن این گره پیش پا نمی‌گذارند<sup>۱</sup>. مستقر کردن حقوق بشر بر «طبیعت» یا «ذات انسان» - دو مفهومی که توافقی بر سر معنایشان نداریم - یعنی احاله مفهومی بی‌معیار به مفهوم بی‌معیار دیگر (Griffin, 2008, p. 17). ایراد دیگر این مبناسازی، منطقی است؛ چگونه می‌توان از یک هست (طبیعت انسان)، گزاره هنجاری استنتاج کرد؟ گزاره ناظر به طبیعت انسان گزارشی از واقع است و نمی‌تواند آبیستن بایدونباید باشد. دست‌کم تجربه‌گرایان میراث‌دار دیوید هیوم نمی‌توانند از این شکاف بزرگ گذر کنند (Griffin, 2008, p. 35). حق‌ها خود، هست‌موند طبیعی نیستند و راهی برای فراوری واقعیات طبیعی و تحصیل حق از دل آن‌ها نیست:

«بهترین دلیل بر اینکه... چنین حق‌هایی وجود ندارد، همان دلیلی است که

بر نفی جادو جنبل و اسب شاخ‌دار می‌آوریم» (MacIntyre, 2007, p. 69).

پس تا اینجا، طبیعت نمی‌تواند مستمسکی برای ایجاد انضباط و تعیین‌بخشی به ابهامات و عدم

۱. اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه (۱۷۹۸) می‌گوید «انسان‌ها آزاد و با حقوق برابر زاده می‌شوند». اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸) می‌گوید «بنای بشر همه آزاد به دنیا می‌آیند و در کرامت و حقوق با هم برابرند». میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۹۶۶) و میثاق حقوق مدنی و سیاسی تکرار می‌کنند «حقوق یادشده ناشی از حیثیت ذاتی شخص انسان است».

توافقات باشد.

## ۲.۱. نظریه‌های اخلاقی

برخی کوشیده‌اند حقوق بشر را با استناد به نظریه اخلاقی توجیه و حق‌ها را به گزاره‌های حامل «بایدونباید» متکی کنند. مشکل این رویکرد کمتر از رویکرد بالا نیست.

اولاً، زبان نظریه اخلاقی با زبان هنجاری حقوق بشر سازگار نیست. گزاره اخلاقی عموماً «تکلیف‌آور» است و مستقیماً به وجود «حق» اذعان نمی‌کند.<sup>۱</sup> در مقابل، گزاره حق‌محور عمدتاً مبین یک رخصت، امتیاز یا توانایی است. نه از یک «باید» سیراب می‌شود و نه مولد «باید» است. می‌توان نسل‌کشی را ضد ارزش یا شر اخلاقی دانست، اما ترجمه آن به زبان حق دشوار است. آیا می‌توان گفت چون نسل‌کشی توسط همه‌کس خطاست، پس هر کسی حق بر عدم نسل‌کشی و کشتار دیگران دارد؟ آیا من حق بر عدم نسل‌کشی گروه الف توسط گروه ب دارم و می‌توانم از سازوکارهای تقنینی حقوق بشری برای اعتراض به گروه ب بهره برم؟ (Raz, 2010, p. 332).

ثانیاً، وابستگی گزاره‌های حق‌محور به نظریه اخلاقی، حق‌ها را در معضلات فرااخلاقی آن نظریات شریک می‌کند. هر نظریه اخلاقی مستلزم توجیه معرفت‌شناختی و غلبه بر دعاوی عاطفه‌گروانی است که گزاره‌های اخلاقی را چیزی فراتر از احساسات و منظرها نمی‌دانند (MacIntyre, 2007, p. 14). تا زمانی که نظریه اخلاقی نتواند از عینیت اخلاقی دفاع کند، عایدی ارزشمندی برای گفتمان حقوق بشر ندارد، بلکه گفتمان حقوق بشر به دلیل زمینه تاریخی و جغرافیایی تولد، ریشه‌های فکری مولد مفاهیم، رویه تثبیت و نهادسازی و تأثیرپذیری از مناسبات بین‌المللی بیش از هر نظریه اخلاقی در معرض اتهام نسبیست است. زمینه و زمانه تولد حقوق بشر و مناسبات حاکم بر شکل‌گیری گفتمان، ادعای اروپایی یا «غربی بودن» حقوق بشر را معتبر می‌سازد (Mende, 2021).

ثالثاً و مهم‌تر از همه، بیشتر نظریات اخلاقی، حقوق بشر معاصر را گردن نمی‌گیرند؛ چنان‌که دیدیم، «فضیلت‌گرا» به دشواری می‌پذیرد که حق، همان فضیلتی باشد که انسان را به خیر،

۱. حتی نظریه حقوقی کانت حق را از تکلیف اخلاقی استنتاج می‌کند.

سعادت یا غایت از پیش تعیین شده تمشیت می‌کند و اگر بپذیرد، به تعریفی کاملاً متمایز با گفتن معاصر حق‌ها می‌رسد. حق مدرن، مقتضی و منبع اختیار و انتخاب است، اما حقی که در زمین فضیلت می‌روید، حاوی تکلیف به حرکت در مسیر از پیش تعیین شده است؛ جایی که اختیار و خودآیینی معنی ندارد. حکم فایده‌گرایی روشن‌تر است و به صراحت کراهت خود از مفهوم حق و لوازم آن را نشان می‌دهد. نه فایده‌گرایی حق‌محوری بی‌فایده و مضر را می‌پذیرد و نه حق‌محوری به فایده - گاه خلاف حق - بها می‌دهد. جرمی بنتام فایده‌گرا، انقلابیون فرانسه را به دلیل خلق حق‌های «زائد»، «مزاحم» و «مفسده‌آور» نکوهش می‌کرد. او حق‌ها را «موهومات خوش‌رنگ و لعاب»<sup>۱</sup> زائدی می‌دانست که آشوب، طغیان و بی‌نظمی مضر علیه حکومت، امنیت و نظم را توجیه می‌کنند (Bentham, 1843, p. 496).

نظریه امانوئل کانت که برای طرف‌داران گفتمان حقوق بشر جذابیت بیشتری دارد نیز جای خالی را پر نمی‌کند. کانت از توافق چند فرمول امر مطلق اخلاقی از جمله جهان‌شمولی (به حکمی عمل کن که اراده جهان‌شمول شدنش را بکنی) (Kant 2002, p. 37) و انسانیت (با انسان به‌مثابه غایت فی‌نفسه رفتار کن) (Kant 2002, p. 54) به «کرامت یا حق ذاتی» غیراکتسابی و سلب‌ناشدنی آزادی می‌رسد. این حق، بنیان تمام حق‌های دیگر است و از انسانیت انسان برمی‌خیزد.

نخستین مشکل این مبنا یا دو فرمول، چیزی است که هگل به آن «تهی‌بودگی»<sup>۲</sup> می‌گوید. فرمول‌های کانت «به‌خودی‌خود» محتوای اخلاقی ایجاد نمی‌کنند، بلکه آن را از «بیرون» می‌گیرند. به عبارت دیگر، فرمول‌های بالا نسبت به مفروضاتی خارج از خویش پاسخ دارند و بدون اتکا به این مفروضات، بی‌پاسخ می‌مانند. برای مثال، اگر از فرمول نخست پرسیم ادای رد مال به ودیعه گذاشته‌شده چه حکمی دارد؟ فرمول آن را الزامی می‌داند؛ زیرا نمی‌توان اراده جهان‌شمولی خیانت در امانت (عدم رد مال) را کرد، اما این فرمول به ما نمی‌گوید چرا نمی‌توان چنان چیزی را اراده کرد؟ پاسخ این پرسش را از یک پیش‌فرض بیرون از فرمول دریافت می‌کنیم و آن اینک، داشتن مال یا وجود مالکیت در جهان، خوب است (McCumber, 2014, p. 164). این مبنا و مبنای زیرین آن (فرمول انسانیت) بیش از اندازه صوری، بی‌طرف نسبت به محتوا و مستعد پر شدن توسط

---

1. Nonsense Upon Stilts  
2. Emptiness



تمایلات از پیش ساخته هستند (Sedgwick, 2011, p. 265). مشکل تهی‌بودگی در نظریه حق‌های کانت واضح‌تر جلوه می‌کند. بنا به تعریف او، حق «عبارت از مجموعه شرایطی است که به موجب آن، گزینش یک نفر می‌تواند طبق قانون کلی اختیار با گزینش فرد دیگری متحد شود» (کانت، ۱۳۸۰، ص. ۶۶). با الهام از هگل می‌توان گفت این ضابطه نمی‌تواند «به خودی خود» مجموعه شرایط لازم برای هماهنگی اختیارها را معین کند و محتاج داده‌های تجربی مناقشه‌برانگیز است. این وجه مناقشه‌برانگیز را می‌توان در مصادیق حق‌های شناسایی‌شده توسط کانت - و معارضه این شناسایی با محتوای گفتمان معاصر حقوق بشر - دید. برای مثال، حق مالکیت با تعریفی که کانت ارائه می‌کند به عنوان «شرط هماهنگی گزینش‌ها» مقبول همگان نیست. به گفته اتفرید هوفه، شارح برجسته کانت:

«نظریه مالکیت کانت نه در تاریخ نظریه‌های مالکیت، نه در حوزه کانت‌پژوهی چندان محل توجه نبوده است. آنجایی هم که به این نظریه رجوع می‌شود اغلب چیزی جز نقد تندوتیز کانت به چشم نمی‌خورد... کانت نشان می‌دهد که این موضع به خلاف دغدغه و الحاح خود به محافظت از حق و آزادی، به معنایی بنیادین مناقض حق و آزادی‌ستیز است» (هوفه، ۱۳۹۱، ص. ۳۳۱).

یکی از وجوه نقدبرانگیز حق مالکیت کانتی که با گفتمان معاصر نیز بر سر ستیز است، پذیرش «حق مالکیت به شخص به گونه حق به شیء» است؛ آنجا که همسر، فرزند و خدمه را در زمره «داشته» رئیس خانه یا طرف دیگر قرارداد ازدواج می‌شمارد. براین اساس:

«اگر یکی از زوجین خود را در اختیار شخص دیگری قرار دهد، طرف مقابل مطلقاً و بدون قید و شرط و در هر وقت [که بخواهد] می‌تواند همسر خود را مانند یک شیء [یا ملک از دست‌رفته] بازگرداند و در اختیار خود قرار دهد» (کانت، ۱۳۸۰، ص. ۱۲۶).

چون رابطه ازدواج رابطه مالکیت است:

«پس اگر سؤال شود آیا این خلاف تساوی زن و مرد است که قانون در مورد رابطه زن و شوهر بگوید مرد باید سرور زن باشد (مرد عضو

هدایت‌کننده و زن عضو اطاعت‌کننده خانواده باشد)، این امر نمی‌تواند خلاف تساوی طبیعی زن و مرد باشد به شرط آنکه این سروری به لحاظ توانی که مرد در برآوردن علایق خانواده دارد، فقط بر تفوق طبیعی شوهر بر زن مبتنی باشد» (کانت، ۱۳۸۰، صص. ۱۲۷-۱۲۸)

مثال دیگر از حق‌های برآمده از نظریه اخلاقی کانت، حق مجازات است که در نظریه‌های کیفری با عنوان «سزاجایی» صورت‌بندی می‌شود. او سزادهی و بنابراین، اعدام قاتل را از موجبات عدالت مطلق می‌داند.

«قانون جزا [سزادهی] یک امر مطلق است... اگر عدالت قانونی نابود شود دیگر زنده ماندن بشریت در روی زمین به چیزی نمی‌ارزد. حال در مقابل این پیشنهاد چه باید گفت که بزهکار محکوم به مرگ را زنده بگذاریم مشروط به اینکه آزمایش‌های خطرناکی با رضایت خودش بر او انجام شود. سپس سرحال از آن آزمایش‌ها، جان سالم به در برد و پزشکان هم از این طریق، اطلاعات جدید و مفید به حال اجتماع به دست آورند؟ اگر چنین پیشنهادی از سوی یک دانشکده پزشکی مطرح شود، هر محکمه عدلی آن را با انزجار رد خواهد کرد؛ زیرا عدالتی که با مبلغی خریدنی شود دیگر عدالت نیست» (Kant, 1999, p. 138).

این دیدگاه کانت نیز مایه دردسر کسانی شده است که می‌کوشند حقوق بشر معاصر را در زمین کانتی بکارند.<sup>۱</sup>

مشکل دوم دیدگاه کانت، تناقض‌آفرینی است. او لازمه آزادی را خروج از وضع طبیعی و پیوستن به قرارداد اجتماعی و انسان را مکلف به تبعیت از دولت محصول قرارداد می‌داند، اما اگر دولت به حق ذاتی آزادی خیانت کند چه؟ در چنین حالتی، کانت به افراد حق شورش و نابودسازی دولت را نمی‌دهد. تناقض آشکار است؛ بدون دولت، آزادی نیست و اگر نتوان علیه دولتی که «ممکن است» آزادی را زیر پا بگذارد قیام کرد نیز آزادی معنا ندارد. تناقض ادامه دارد؛

---

۱. ابتکار جدید این گروه، علم کردن «کانت حقیقی» در مقابل «کانت بی‌وفا به مبانی خویش» است. برای مثال، کانت حقیقی خیالی، کیفر اعدام را نمی‌پذیرد (Yost, 2011).

لازمه آزادی، در امان ماندن حاکمیت ملی برآمده از قرارداد از مداخلات فراملی و لازمه تأمین حق‌ها امکان مداخله بشردوستانه و تقیید حاکمیت‌های ملی. به این ترتیب، حق آزادی کانتی دو سد مهم در مقابل حقوق بشر معاصر ایجاد می‌کند و نمی‌تواند مبنایی برای این گفتمان باشد (Sangiovanni, n.d, p. 671).

سومین اشکال این طرح، انحصار حق ذاتی و حقوق فرعی به نوع انسانی است که تنها وجه امتیازش، قوه عقل است. این بت‌سازی از انسان برخی را نگران می‌کند:

«بت‌سازی اومانیستی به سه دلیل روشن خطرناک است. اولاً، منویات، حوایج و حق‌های گونه انسان را بر صدر دیگر گونه‌ها می‌نشانند و مواجهه ابزاری با دیگر گونه‌ها را مشروعیت می‌بخشد. ثانیاً، مواجهه ابزاری و استثماراری نسبت به طبیعت و محیط‌زیست را وجاهت می‌بخشد و درنهایت، از توان متافیزیکی لازم برای مقیدسازی بهره‌کشی از حیات انسانی در مثل سقط جنین و آزمایش‌های پزشکی عاجز است» (Ignatieff, 2011, p. 83).

### ۳.۱. مذهب

اهل مذهب برای توجیه حقوق بشر به مستندات شرعی مؤید مبانی یا برخی هنجارهای گفتمان حقوق بشر متوسل شده‌اند. این تقلا در میان متفکران مسیحی با تکیه بر آموزه عشق مسیحی (Perry, 2010, p. 38) و در میان مسلمانان با توسل به برخی گزاره‌های شرعی صورت پذیرفته است<sup>۱</sup>. بدون ادعای بررسی مفصل این مستندات (که در اینجا مجال و نیازی به این کار نیست) درنگی کوتاه در مثالی مشهور کافی است؛ محققان امامیه با توسل به مستندات از کتاب (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ (آیه ۷۰، اسراء)) و سنت (وَأَشْرَقْتُ لِقَابِكَ الرَّحْمَةَ لِلرَّعِيَّةِ وَالْمَحَبَّةَ لَهُمْ وَاللُّطْفَ بِهِمْ ... فَإِنَّهُمْ صِنْفَانِ إِمَّا أَخُ لَكَ فِي الدِّينِ وَإِمَّا نَظِيرٌ لَكَ فِي الْخَلْقِ (نامه ۵۳ نهج البلاغه)) برای توجیه اسلامی حقوق بشر کوشیده‌اند. این تلاش چیزی جز غفلت از تمایزات مهم معرفت‌شناختی، تعریف متفاوت از انسان و لوازم صلاح و فساد او، نگرش متضاد نسبت به اول و آخر جهان خلقت و تکیه

۱. تلاش محققان مسلمان بیش از آنکه خرج توجیه و ساخت مبنا برای گزاره‌های حقوق بشری شده باشد، صرف اثبات عدم تعارض اسلام و حقوق بشر شده است. اثبات اخیر حتی در صورت توفیق کمکی به اولی نمی‌کند.

ساده‌اندیشانه بر تشابهات ظاهری و سطحی نیست. خوانش و اقتباس «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا» بدون لحاظ «إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ» (آیه ۱۳، حجرات) و «أَوْلَئِكَ كَالْأَنْعَامِ بَلْ هُمْ أَضَلُّ» (آیه ۱۷۹، اعراف) و صدها گزاره خاص نه دردی از شریعت دوا می‌کند (اگر دغدغه، جذاب‌سازی شریعت برای انسان امروز است) و نه گرهی از مشکلات حقوق بشر معاصر می‌گشاید. این راه‌حل شاید برای تحریک و تهییج و خطابات شاعرانه مناسب باشد، اما راهی به مباحثات جدی فلسفی در مورد حقوق بشر ندارد و مایه تفرج اهل دقایق عقلی است.<sup>۱</sup>

#### ۴.۱. عمل‌گرایی

در پایان، گروهی معتقدند می‌توان به کارنامه نجات‌بخش و امیدآفرین حقوق بشر نگریست و با نگاه به این گذشته، از مناقشات فلسفی صرف‌نظر و کارکردی برای آینده حق‌ها ترسیم کرد. جان رالز و در تأیید او ژوزف راز معتقدند باید از مباحثات فلسفی و اخلاقی و تحمیل ارزش‌های لیبرال به تمام دنیا عدول کرد و به ایجاد شرایطی برای «هم‌زیستی اجتماعی»<sup>۲</sup> اندیشید. این شرایط که رالز «قانون مردمان» می‌نامد، می‌تواند وجه اشتراک جوامع لیبرال و جوامع طبقاتی غیرلیبرال، اما «نجیب» باشند. به نظر او یک جامعه می‌تواند حاکمیت مذهبی داشته باشد، طبقاتی باشد و حتی برای اعضای خود برابری و آزادی را نپذیرد، اما نجیب و بنابراین، مداخله، تحریم و جنگ علیه آن ناموجه باشد. شرط این نجابت، پایبندی به قانون میان مردمان است. عدم تجاوز به ملت‌های دیگر، اجتناب از نسل‌کشی و احترام به حداقلی از حقوق بشر در بین اعضای خود، بخشی از این قانون مردمان است. بنابراین، لازم نیست جامعه به تمام حق‌های مورد احترام جوامع لیبرال احترام بگذارد یا با اعضای خود مانند شهروندان جامعه لیبرال رفتار کند. حتی ممکن است آزادی و برابری را بسیار کمتر از جوامع لیبرال رعایت کند (Rawls, 2001, p. 83).

یک جامعه با احترام به «حقوق بشر فوری»<sup>۳</sup> نجابت دارد؛ هرچند حاکمیت مذهبی یا نظم

۱. به همین ترتیب، توسل به آنچه «منشور حقوق بشر کوروش» خوانده می‌شود، چیزی جز مزاحی - متأسفانه پرترفدار و مقبول - نیست. عصاره حقوق بشر معاصر محوریت اراده انسان است و آنچه در این سنگ‌نوشته یا اسناد مشابه دیده می‌شود، اهتمام به اراده شاهنشاه. حقوق بشر برآمده از نظام آریستوکراسی و «اعطاشده» از جانب اعلیحضرت کجا و حقوق بشر مدعی خودآیینی و رهاسازی از انقیاد کجا؟

2. Social Cooperation  
3. Urgent Human Rights

طبقاتی داشته باشد. این حقوق عبارت‌اند از:

«حق حیات (یا حق بر معاش و امنیت)، حق آزادی (آزادی از بردگی، رعیت‌بودگی، اشغال قهری، سطح مناسبی از آزادی عقیده برای تضمین آزادی مذهب و اندیشه)، حق مالکیت (مالکیت شخصی) و حق برابری صوری مصرح در قواعد عدالت طبیعی (یعنی رفتار مشابه با مصادیق مشابه)» (Rawls, 2001, p. 65). شرط اکتفای به این حقوق، عدول از مبانی اخلاقی است. مبانی فلسفی یا مذهبی از ما رعایت فهرست مفصل‌تری از حقوق را می‌طلبند. با این فهرست مختصر حق‌ها می‌توان به دو نتیجه مهم رسید که نیاز جهان پس از جنگ‌های جهانی است. اولاً، ملت‌ها با رعایت این حق‌های حداقلی از مداخله و جنگ مصون خواهند ماند. ثانیاً، عدم رعایت این الزامات حداقلی، مداخله و جنگ را توجیه می‌کند. حق‌ها به ادعای «به شما ربطی ندارد» پاسخ می‌دهند و به زبانی جامع برای ساختن جامعه جهانی تبدیل می‌شوند. اگر این زبان برای گفت‌وگو، احتجاج، تقیید، حمایت و نقد نباشد، تنها مدیر جهان، زور خواهد بود (Raz, 2010, p. 329).

در بیانی مشابه، ریچارد رورتی معتقد است باید «عاطفه حقوق بشری» را جایگزین «اندیشه حقوق بشری» کنیم و از «مبناگرایی» و پرسش‌های عمیق افلاطونی و عقلی درباره طبیعت انسان و تمایز او از دیگر موجودات دست برداریم. باید جای استدلال‌های عمیق فلسفی درباره چیستی حق‌ها و حتی انسان را گفت‌وگوهای انگیزاننده درباره رنج‌ها بگیرد. باید به جای افکار به سراغ احساسات برویم؛ زیرا دیگر عصر اثربخشی و سامان‌بخشی فلسفه‌ها به سر رسیده است. امروز، روز سخن گفتن عواطف است. بسیاری از دست‌اندازی‌های امروزی به حقوق دیگران به این دلیل نیست که متجاوزان، قربانیان را انسان نمی‌دانند یا برای ایشان حق‌هایی را نمی‌پذیرند، مشکل اینجاست که آنان را چون خود، «انسان خوب»، انسان سفیدپوست، انسان دگرجنس‌گرا و انسان مسیحی نمی‌دانند. بنابراین، استدلال در این باب که همه شما در انسانیت مشترک هستید (مانند کانت) دردی دوا نمی‌کند (Rorty, 1991, p. 178). به جای مؤلفه عقل یا طبیعت باید احساسات و عواطف انسان‌ها را تحریک کرد. وداع با مبناگرایی و تمرکز بر روایت رنج «کارآمدتر است و به ما

امکان می‌دهد که تلاش خود را بر پرورش عواطف و تربیت عاطفی متمرکز کنیم» (Rorty, 1991, p. 176).

طرح عملگرایان برای توجیه حقوق بشر چند ایراد مهم دارد. اولاً، بیش از آنکه ادعا می‌کند، متکی و وابسته به پیش‌فرض‌های نظری بررسی نشده است. برای مثال، رالز ضرورت «هم‌زیستی اجتماعی» را پیش‌فرض می‌گیرد بدون اینکه درباره آن سخن گفته باشد؛ چرا جهان مبتنی بر هم‌زیستی، بهترین و بسامان‌ترین شکل حیات جمعی را مهیا می‌کند؟ به همین سیاق، رورتی نیز مطلوبیت حمایت از حقوق بشر را مفروض می‌گیرد و تنها از «تحریک عواطف» به عنوان ابزار بهتر سخن می‌گوید. او به ما نمی‌گوید کدام «حقوق بشر» و چرا مطلوب است.

ثانیاً، کمتر از آنکه دعوت می‌کند، متکی به شواهد عمل‌گرایانه است. به عبارت دیگر، برای دعاوی خود پشتوانه عمل‌گرایانه ندارد. رالز برای «فهرست حقوق فوری» خود دلایل عمل‌گرایانه ارائه نمی‌کند. چرا این حقوق برای کارکرد مورد نظر رالز ضروری است؟ آیا نمی‌توان بر سر کارآمدی فهرست کوچک یا بزرگ‌تر از این مناقشه کرد؟ دیگر اینکه چرا باید به کارکردهایی که رالز می‌گوید، قناعت کنیم؟ چرا باید از نتایج گسترده‌تری که با فهرست مفصل‌تری از حق‌ها به دست می‌آید، دست بکشیم؟ فهرست رالز تنها به درد نقد یک دولت توسط دولت دیگر می‌خورد و گروه‌های اجتماعی درون کشور را خلع سلاح می‌کند (Griffin, 2008, p. 24). از همین منظر، طرح رورتی نیز شایان نقد است؛ چگونه می‌توان با حذف مباحثات نظری به کسانی که به دلایل نظری، دیگران را «انسان حیوان‌نما» یا «نانسان» یا «انسان بد» می‌دانند، عاطفه تزریق کرد؟ رورتی نادیده می‌گیرد که انسان‌ها پیش از آنکه بجنگند یا اشک بریزند، می‌اندیشند و نه به دلیل ضعف احساسات که به استناد یک نظریه مذهبی، فلسفی، علمی یا تاریخی خود را برتر از دیگران می‌دانند. تحریک احساسات یهودی که قربانی خود را «Sangiovanni» و «مستحق رنج» می‌داند، بدون گفت‌وگوی نظری چگونه ممکن است (Monitor, 2023)؟

ثالثاً، طرح عمل‌گرایانه دردی از معضل مطرح‌شده در این مقاله یعنی ابهام و قطعیت‌گریزی مفاهیم و مصادیق دوا نمی‌کند. اگر مطلوبیتی که باید با حقوق بشر به آن برسیم، فهرست حق‌هایی که ما را به این مطلوب می‌رساند و بالاخره شیوه رسیدن به این حق‌ها محل مورد

باشد (که هست)، عمل‌گرایی ضابطه‌روشنی برای انضباط‌بخشی و رفع این مناقشه ندارد. پس از این مبنا - یا تصمیم به حذف مبنا - نیز ضابطه‌ای بر نمی‌خیزد.

## ۲. گزاره دوم: ابهام و تفسیرپذیری

سرچشمه گل‌آلود، ناگزیر به پایین‌دست سرایت می‌کند و خلأ مبنای توجیهی مفاهیم پرکاربرد گفتمان مخصوصاً «بشر» و «حق» را تفسیرپذیر می‌سازد. این دو مفهوم کلیدی اینک در آشفته‌بازار خوانش‌های متکثر برآمده از امیال بی‌شمار و بی‌انضباط به «دال‌های شناور»<sup>۱</sup> و خانه‌های روی شن تبدیل می‌شوند. با اضطراب مبنایی که دیدیم، بشر و حق چگونه تعریف و تحدید می‌شوند؟

### ۱.۲. انسان

بشر یا انسان مورد نظر گفتمان و اسناد حقوق بشر کیست؟ در بحث مربوط به «طبیعت انسان» یک بار به این پرسش پرداختیم و اینک مصداقی‌تر می‌نگریم. مهم‌ترین سند معاصر - اعلامیه جهانی حقوق بشر - عامدانه از تعریف انسان پرهیز می‌کند تا فرصتی برای جهان‌شمولی و همگانی شدن سند فراهم کند (قاری سیدفاطمی و بحرینی، ۱۴۰۰، ص. ۵۲۱)، اما این تلاش نتیجه عکس می‌دهد و در غیاب تعریف مناقشه‌برافکن انسان بودن/نبودن، به تعاریف محلی، گروهی و سلیقه‌ای تن می‌دهد و راه را برای آنچه پژوهشگران نسل‌کشی مرحله نخست جنایت علیه بشریت نامیده‌اند باز می‌کند؛ «انسان‌زدایی» از سوژه‌های تحت ستم. انسان‌زدایی در ادبیات متنوع خود، به مدد فقدان تعریف برای انسان یا سوژه حق‌ها میسر می‌شود. بنگرید که جنگجویان صرب، آلبانیایی‌های «غیرتمدن» را در دفاع از تمدن خود می‌کشتند. افسران آمریکایی، متهمان گوانتانامو را مادون سگ و محروم از امکانات اولیه حیوانات می‌دانستند<sup>۲</sup> و مقام اسرائیلی در اکتبر ۲۰۲۳، کشتار

#### 1. Floating Signifier

۲. جمال‌الحریت انگلیسی که سابقاً در خلیج گوانتانامو در بازداشت به سر می‌برد، تعریف می‌کند: «بعد از مدتی دیگر حقوق بشر مطالبه نمی‌کردیم؛ خواهان حقوق حیوان بودیم. در اردوگاه اکسری قفس من دقیقاً کنار آغل یک سگ گرگی بود. یک آغل چوبی با تهویه هوا و چمن سبزی که رویش می‌دوید. به نگهبانان گفتم من این حق‌ها را می‌خواهم و آنان جواب دادند این سگ یکی از اعضای ارتش ایالات متحده است» (Douzinas, 2007, p. 120).



گسترده ساکنان غیرنظامی غزه را جنگ با «حیوانات انسان‌نما» می‌داند (Middle East Monitor, 2023) و در کرانه دیگر، برخی مفهوم انسان را گسترش و حق‌ها را به میمون‌های واجد بسیاری از خصایص شبه‌انسانی توسعه می‌دهند.<sup>۱</sup> آیا معیاری برای شناسایی انسان و ختم این اختلافات هست؟

اعلامیه جهانی حقوق بشر در ماده ۱، انسان را موجود برخوردار از عقل و وجدان معرفی می‌کند، اما آیا «عقل و وجدان» مفاهیمی روشن و قابل تطبیق بر مصادیق مشخص هستند؟ مجادلات ناتمام تاریخ فلسفه بر سر عقلانیت، پاسخ امیدوارکننده‌ای نمی‌دهد. اگر تعاریف متکلمان ادیان و خدایرستان را به مجادلات فلسفی بیفزاییم، فضا مه‌آلودتر می‌شود. استناد به همین عقل و وجدان و درجه‌بندی این ضابطه است که به جان استوارت میل جرئت می‌دهد در اثر پرشهرت و اثرگذار خود «درباره آزادی»، انسان‌ها را به متمدن و نامتمدن تقسیم کند و گروه دوم را از لوازم آزادی محروم بداند (Mill, 2003, p. 81).

آیا می‌توان از علوم تجربی کمک گرفت؟ آیا انسان‌ها، گونه‌ای زیستی با ویژگی‌های فیزیکی و جسمانی یا ژنتیک مشترک‌اند؟ بسیاری از زیست‌شناسان شباهت‌های زیستی (مثل شست‌های متقابل یا ابزارسازی) را مختص گونه انسان نمی‌دانند یا محصول اتفاق و هر لحظه در معرض تغییر مبتنی بر فرگشت می‌دانند (Fukuyama, 2002, p. 152). علوم تجربی نمی‌توانند به روشنی وجه تمایز دلفین و میمون، محصولات فناوری نوین (هوش مصنوعی)، ابداعات فناوری زیستی که از ترکیب ژن یا سلول‌های انسانی و حیوانی (کایمرا یا انسان هیبریدی) به دست می‌آیند (رحیمی و حاتمی، ۱۴۰۱، ص. ۱۴۷)، محصولات شبیه‌سازی‌شده (Fukuyama, 2002, p. 160) و گونه (ظاهراً) انسان را بیان کنند. اگر - چنان‌که برخی گفته‌اند - امتیاز انسان، برخورداری از فکر، باور، رفتار مدلل و قدرت مفهوم‌سازی یا زبانمندی باشد، بعید نیست بتوان دلفین را انسان دانست. به‌سختی می‌توان رفتار مدلل یعنی عملی برای رسیدن به هدفی را در دلفین‌ها انکار کرد

---

۱. این طرح تنها در حد استدلال فلسفی باقی نمانده است و کمپینی با عنوان «پروژه میمون‌های بزرگ» بر تمهید سازوکارهای حمایتی و به رسمیت‌شناسی حقوق بشر برای میمون‌ها تلاش می‌کنند و فرانچسکو گاریدو، نماینده پارلمان اسپانیا نیز طرحی با همین مضمون به مجلس ارائه کرده است (Singer, 2006).

(MacIntyre, 1999, p. 27). به همین استناد، پیتز سینگر «گونه‌گرایی» را رد و بر لزوم پذیرش حق‌های مشابه انسان برای حیوانات استدلال می‌کند (Singer, 2002, p. 19). به همین سیاق و با تکیه بر خصایص زیست‌شناختی سزار لومبروزو، جرم‌شناس ایتالیایی، بسیار از انسان‌زادگان برخوردار از علائم ظاهری خاص (گودی پس‌سری، انگشتان بلند و...) را با وصف «مجرمان مادرزاد» از عداد انسان‌های عادی خارج کرد. این گروه، عقب‌ماندگان از فرایند تکامل زیستی و محروم از اراده آزاد و محکوم به فنا یا طرد همیشگی از اجتماع هستند (Lombroso, 2006, p. 91). جدال مکاتب مختلف بر سر چیستی انسان و استحقاقات و تکالیف او از همین بی‌سروسامانی تعریفی برمی‌خیزد. فردگرایان انسان را واجد خصیصه ذاتی واحد می‌دانند که با هرس ویژگی‌های اکتسابی (مانند مذهب و قومیت) به دست می‌آید. این خصیصه - که فوکویاما آن را «فاکتور ایکس» و «قابلیت ذاتی انسانی» می‌نامد - پس از حذف رنگ، نژاد، قومیت و... به دست می‌آید (Fukuyama, 2002, p. 149). اعلامیه‌های نخستین حق‌ها (با الهام از آموزه حق‌های طبیعی) نیز چنین انسانی بدون تاریخ، سنت، فرهنگ، مذهب، قومیت، «خودخواه و بریده از انسان‌های دیگر و جامعه» را پذیرفته بودند (Marx, 1971, p. 102). این انسان خودآیین بی‌نیاز از اجتماع و فاقد تعهد نسبت به آن است و تنها برای حفظ نفس در کنار دیگران قرار می‌گیرد. جماعت‌گرایان این انسان انتزاعی و بی‌جماعت را دقیقاً عاری از ویژگی انسانی و تکریم‌نشده می‌دانند:

«همگی در جماعتیم. باهم‌بودگی<sup>۱</sup> جزء لاینفک خود بودن است. خود با دیگری مواجه می‌شود، در بیرون‌بودگی می‌زید و دیگری، بخشی از درون اوست» (Douzinas, 2007, P. 55).

انسانیت فردگرایان و اعلامیه‌های نخستین در بدو تولد شکل می‌گیرد و محصول زاده شدن از انسان است، اما جماعت‌گرایان چنین انسانی را در تاریخ حیات بشری نیافته‌اند. «خود انسانی هویتی ایستا و انتزاعی نیست که از پیش شکل گیرد، به جهان وارد شود و مطابق انگیزه‌ها و مقاصد پیش‌ساخته عمل کند. خود، در روابط مستمر با دیگران شکل می‌گیرد و شخص همواره بین‌الاشخاص است.

هویت من در گفت‌وگو و تقلای مستمر برای شناسایی شدن ساخته می‌شود. دیگران (افراد و نهادها) در این روند به خصایص، اوصاف و توانایی‌های مشخصی در من اذعان و کمک می‌کنند تا به درکی از خویشستن خویش برسیم. هویت از دل این گفت‌وگو و تقلا با دیگران زاده می‌شود» (Douzinas, 2007, p. 37).

فلسفه هگل و روان‌تحلیلگری لاکان - در موافقت با فهم فردگرایانه - به ما می‌آموزد که «من» در وابستگی به «جز من» شکل می‌گیرد و با کسب شناسایی از دیگری «من» می‌شود. حق‌ها بدون تأیید جماعت، قابل شناسایی و بنابراین، موجود و محقق نیستند. سوژه، خودآگاهی را از دیگران می‌گیرد و در تعامل با میل دیگران خلق می‌شود. پس نمی‌تواند خودِ خود و قائم به خود<sup>۱</sup> باشد. انسان ملغمه‌ای از خودبودگی و دگربودگی، تشابه و تفاوت و هویت او پویا و همواره در حرکت است (Douzinas, 2007, p. 38).

در فراز بعد، ثمره اختلاف فردگرایان و جماعت‌گرایان را بر سر تعریف انسان خواهیم دید، اما اینک به همین اکتفا کنیم که انسان در طرح‌های مختلف درون‌گفتمان حقوق بشر فاقد تعریفی روشن و نزاع‌شکن است.

## ۲.۲. حق

«حق» نیز مثل انسان مبتلا به ابهامی است که از فقدان مبنا برمی‌خیزد. ریشه‌یابی لغت حق در زبان‌های مختلف جز ملالت حاصلی ندارد (Finnis, 2011, pp. 206-208). مسئله اصلی این است که گزاره «الف حق بر ب دارد»، متضمن چه نتایجی است؟ آیا این گزاره‌ای توصیفی است و از هستومندی به نام حق در واقع خبر می‌دهد یا گزاره‌ای هنجاری و حتی اعتباری است؟ افزون‌براین، گزاره «الف حق بر ب دارد»، چه دلالتی دارد؟ برای صاحب حق «آزادی بر ب»، «ادعا نسبت به ب»، «قدرت بر ب»، «مصونیت در خصوص ب»، «اهلیت انجام دادن ب» یا «مالکیت بر ب» می‌آفریند؟ به معنی «عادلانه بودن ب» است؟ یا چنان‌که دورکین می‌گوید تنها «برگ برنده‌ای علیه مداخله دولت» به شمار می‌رود (Wenar, 2023)؟ برخی از این دلالت‌ها

ثمرات متمایزی دارند. بنگرید بر سر «الف حق بر مسکن» دارد، چه بلوایی است! یکی آن را مولد تکلیف دولت بر تأمین مسکن افراد می‌داند و دیگری آن را موجب رخصت بر تصاحب مسکن توسط افراد. در معنای نخست، دولت مکلف به تمهید امکانات و هزینه‌های برخورداری از مسکن است و در معنای دوم، دولت باید کنار بایستد و مانع برخورداری فرد از مسکن مناسب نشود. این ابهام معناشناختی میراث سرگشتگی مبنایی سابق‌الذکر است. وقتی مشخص نباشد مادر معرفتی گفتمان حق (کدام) نظریه اخلاقی است یا طبیعت‌گرایی یا... دلالت گزاره حق‌محور نیز مشخص نیست.

### ۳. گزاره سوم: تکثیر و تعارض

دو مقدمه پیشین - بی‌مبنایی و ابهام - راه را بر تکثیر بی‌انضباط و ناهمگون مصادیق حق‌ها باز می‌کند. برخلاف روزگار تولد، اینک و در بزرگ‌سالی گفتمان حقوق بشر، توافقی بر شمار و مصادیق حق‌ها نیست. سندها، سیاهه حق‌ها، فهرست الزامات حق‌ها، قوانین و مقررات مرتبط و نهادهای متولی حق‌ها در حال تکثیرند و این بازار متنوع برای تمام مدعیان فردی، گروهی و نهادی حق‌ها کالای جذاب دارد<sup>۱</sup>. این زاد و ولد روزافزون در حالی ادامه می‌یابد که راهی برای رفع اختلاف و اصطکاک میان مصادیق و مجاری متعارض نیست. از باب مثال، تنها به جدال مصادقی دو حق برابری و آزادی بنگریم.

برابری و آزادی با منظرهای مختلف گران‌بار می‌شوند. این منظرهای متفاوت حتی به تعریف واحدی از آزادی نمی‌رسند چه رسد به تعریفی سازوار از آزادی و برابری (Golder, 2015, p. 89). گروهی آزادی را حقی ایجابی می‌دانند که با کنار ایستادن و «عدم مداخله» دولت به دست نمی‌آید. انسان عریان، بی‌سواد، گرسنه، مریض و بی‌خانمان برای اینکه بتواند از آزادی خود بهره برد و رئیس خود باشد، باید نخست سیر، باسواد و درمان شود. بدون کمک توزیعی دولت، انسان آزادی استفاده از آزادی ندارد و وقتی نتوان از آزادی استفاده کرد، به چه می‌ارزد (Berlin, 1969).

---

۱. عجیب نیست اگر کسی مدعی «حق بر رسمیت یافتن ازدواج با تلفن همراه» باشد. در سال ۲۰۱۶، مردی در لاس‌وگاس با گوشی آیفون خود ازدواج کرد. در حال حاضر ایالت نوادا ثبت قانونی این ازدواج را نمی‌پذیرد، اما چه پاسخی برای مدعی چنین حقی وجود دارد (Review-Journal, 2016).

124 p.؟ به عبارت دیگر، در این نگرش، آزادی فرع بر برابری است. شرط تحقق آزادی در این فهم جماعت‌گروانه، مداخله دولت و تحدید برخی از آزادی‌ها از جمله آزادی اقتصادی است. در مقابل، گروهی مانند آیزیا برلین با اندیشه‌ای فردگرایانه به استقبال آزادی می‌روند و آن را حقی سلبی می‌دانند. آزادی در مفهوم سلبی قربانی برابری نمی‌شود و مستلزم عدم مداخله دولت - آنچه ایشان ساختارهای انضباطی و تمامیت‌خواه و ضد آزادی می‌دانند - است (Berlin, 1969, p. 171). لشکرکشی این دو تعریف از حق آزادی و برابری به تولد سیاهه متنوع و عمدتاً متنازع حق‌ها یا نسل‌های حقوق بشر منتهی شده است. نسل نخست بر «حق‌های مدنی و سیاسی» (آزادی بیان، مالکیت و...)، نسل دوم بر «حق‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی» (حداقل سطح زندگی، خوراک، پوشاک، حقوق کار و...) و نسل سوم بر «حق‌های گروهی» (خودمختاری، محیط‌زیست، میراث فرهنگی و...) تکیه می‌کنند.<sup>۱</sup> از هرکدام از این نسل‌ها، ارزش‌ها و حق‌های فرعی متفاوت با متفرعات فهرست دیگر استنتاج می‌شود. مناقشه نسل‌ها بیش از هر جا در مهم‌ترین سند حقوق بشری نمود یافته است. حق‌های مواد ۲۴ و ۲۲ تا ۲۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر بدون مداخله دولت (مخصوصاً در حوزه اقتصاد) تحقق‌یافتنی نیستند و این مداخله با تفاسیر رایج از حق آزادی (ماده ۱) یا حق استفاده از منافع مادی اثر علمی، ادبی و هنری (ماده ۳) در نزاع است. همچنین، ماده ۲۹ اعلامیه، آزادی را با «شناسایی و احترام لازم به حقوق و آزادی‌های

۱. حق‌های نسل نخست در میثاق حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، حق‌های نسل دوم در میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۹۷۶) و حق‌های نسل سوم در اسناد پراکنده ملی و بین‌المللی بیان شده‌اند. سند نخست مورد حمایت بلوک غرب و سند دوم پیشنهاد بلوک شرق بود و هرکدام از فهرست‌ها گران‌بار از مبانی و نگرش دو رویکرد چپ و راست به انسان، آزادی و... (Douzinas, 2007, p. 22).

۲. منع برده‌داری و برده‌فروشی.

۳. حق برخورداری از تأمین اجتماعی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی لازم برای حفظ کرامت و رشد آزاد شخصیت، شرایط عادلانه و مطلوب کار، دستمزد عادلانه و مطلوب، تشکیل اتحادیه صنفی، استراحت و فراغت و محدودیت ساعات کار و تعطیلی ادواری، سطح زندگی مناسب برای تأمین بهداشت، رفاه، خوراک، پوشاک، مسکن و مراقبت‌های پزشکی و حق آموزش.

دیگران و رعایت مقتضیات صحیح اخلاقی و نظم عمومی و رفاه همگانی» قابل تقييد می‌داند<sup>۱</sup> و این می‌تواند برای دولت‌هایی که مایل‌اند مستند به «حق امنیت»، «حق بر فرهنگ»، «حق بر محیط اخلاقی» و... آزادی را کنار بزنند، توجیهاات قابل گفت‌وگویی مهیا کند. در گفت‌وگو حقوق بشر و اسناد مرتبط، ضابطه مؤثری برای رفع کشمکش بر سر عرض و طول سیاهه‌ها و لوازم عملی حق‌ها نیست. چه چیزی می‌تواند مانع انهدام حق‌های نسل نخست توسط حق‌های نسل سوم یا برعکس یا ظهور نسل‌های چهارم، پنجم و صدم باشد؟ هانا آرنهت به درستی گفته است:

«در قلمرو سیاست عملی موضوعی ممکن است که سرانجام در یک روز، یک بشریت کاملاً سازمان‌یافته و مکانیزه شده به گونه‌ای دمکراتیک یعنی با تصمیم اکثریت به این نتیجه برسد که به خیر و صلاح بشریت در کل است که اجزای خاصی از این کل را از بین ببرد» (آرنهت، ۱۳۹۲، ص. ۲۵۷).

هیچ بعید نیست روزی نسل صدم حقوق بشر - ضمن احترام به نسل‌های مختلف حقوق بشر - برده‌داری را به عنوان یک حق مهم تجویز کند.

#### ۴. گزاره چهارم: حقوق بشر و استیلا

سه گزاره پیشین در ترکیب با دو ویژگی دیگر، حق‌ها را به ابزاری برای بسط سلطه تبدیل می‌کنند. مؤلفه نخست که در مقدمه مقاله به آن اشاره شد، تبدیل حقوق بشر به ایدئولوژی و زبانی قدرتمند و مؤثر است. مؤلفه دوم که اینک به آن خواهیم پرداخت، وابستگی حقوق بشر به قدرت به مثابه یگانه ضامن اجرای حق‌هاست. این ترکیب به شکل زیر عمل می‌کند.

اولاً، گفت‌وگو حقوق بشر با بزرگ‌نمایی و توسل به تاریخ پرشکوه، حق‌ها را تنها نیرو و ضابطه تحقق عدالت و درستی در دوران معاصر می‌نمایاند.

ثانیاً، قطعیت‌گریزی و عدم تعین، این نیروی مؤثر را به ایدئولوژی و نقابی مشروعیت‌بخش تبدیل می‌کند. به عبارت دیگر، هر فرد یا قدرتی که بتواند خود را مطابق یا فاقد مغایرت با این

---

۱. «هرکس در اعمال حقوق و آزادی‌های خود تنها مشمول محدودیت‌هایی خواهد بود که به حکم قانون منحصرأ به منظور تأمین شناسایی و احترام لازم به حقوق و آزادی‌های دیگران و رعایت مقتضیات صحیح اخلاقی و نظم عمومی و رفاه همگانی در جامعه دمکراتیک مقرر شده باشد».

ضابطه‌نما نشان دهد، از انتقاد مصون و موجه خواهد شد. ثالثاً، غیاب سازوکار درونی حل اختلافات مفهومی و مصداقی، حق‌ها را به قدرت بیرونی وابسته و نسبت به کشاکش منافع آسیب‌پذیر می‌کند. رابعاً، وابستگی حقوق بشر به قدرت سیاسی بدون اینکه این رابطه معکوس باشد، گفتمان حقوق را به خطری بزرگ تبدیل می‌کند. قدرت سیاسی از طریق تصرف در مفاهیم («انسان» به «تروریست خطرناک»، «تجاوز» به «مسئولیت حمایت» و...)، مصداق‌سازی و اولویت‌دهی (ترجیح آزادی بر برابری، ترجیح امنیت بر آزادی و...) می‌تواند از این ابزار در راستای منافع بهره برد. این بخش از مقاله به تحقق دو فراز آخر (ثالثاً و رابعاً) در اسناد و رویه نهادین حقوق بشر معاصر می‌پردازد.

#### ۱.۴. حقوق بشر و ضمانت اجرا

حقوق بشر انتزاعی برای هجرت از آسمان به زمین محتاج ضمانت اجرا هستند. این ضامن اجرا در جهان دولت‌ملت‌ها و پیدایش «جامعه بین‌الملل»، نظام حقوقی ملی و بین‌المللی است. اعلامیه جهانی حقوق بشر بر این ناچاری تصریح می‌کند:

«نظر بر اینکه حقوق بشر باید از حمایت حکومت قانونی برخوردار باشد تا مردم مجبور نشوند که به‌عنوان آخرین علاج در برابر ظلم و تعدی به عصیان برخیزند...». (موحد، ۱۳۹۶، ص. ۵۹۱)

پس حقوق بشر ناگزیر از آویختن به نظم حقوقی رسمی و چنگ زدن به مواد قانون است.<sup>۱</sup> گفتمان حقوق بشر امیدوار است با توصیه و الزام، نظام‌های ملی را به تزریق حق‌های بنیادین به درون مقررات خود مجاب و وادار کند. این ضمانت اجرای داخلی حق‌ها در سطح بین‌المللی سازمان ملل به‌مثابه «حکومت جهانی» برای نظارت و حمایتش از حقوق بنا شده است. معماران

---

۱. اعلامیه جهانی نیز مانند امانوئل کانت «عصیان و شورش» را برای تحقق حق‌ها مناسب نمی‌بیند و به‌جای خیابان و مشتهای گره کرده و فریادهای برآمده از حلقوم، خستگان کار را به کنگره‌ها، مجمع‌ها، نشست‌ها و وست‌مینسترها، شوراها و کمیسیون‌ها می‌سپرد. بی‌تأمل نگذریم!



سازمان ملل با نگاهی به قفا و از ترس تکرار بدترین فجایع، این سازمان و اسناد حقوق بشری را به امضا گذاشتند. سپس برای اطمینان از معطل و معوق نماندن اسناد، به قدرت دولت‌های عضو پناه بردند و البته برای اطمینان بیشتر، این قدرت را در یک قوه مجریه مهم یعنی شورای امنیت و پنج عضو دارای حق وتو تجمیع کردند. پس اینک مهم‌ترین ضامن حقوق بشر این پلیس قوی است که قرار است از زور خود برای پیشگیری از فجایع بیشتر پیشگیری یا با آن‌ها برخورد پسینی کند.<sup>۱</sup>

این وابستگی ناگزیر حق‌ها به حاکمان ملی و بازیگران بین‌المللی تنها در حالتی می‌تواند هراس‌آور نباشد که اراده سیاسی این دو مرجع «همواره» هم‌نوا با آرمان حقوق بشر باشد. اگر این «همواره» به «گاه» تبدیل شود، حقوق بشر گفتمانی ترسناک است. به محض اینکه این ضامن‌های اجرا، حکومت ملی یا پلیس بین‌المللی از تفسیر و حمایت بی‌طرفانه و امانت‌دارانه از حقوق بشر دست بردارند و قوه‌ای دیگر برای تعدیل ایشان نباشد، حقوق بشر یا معطل و معوق می‌ماند یا به ابزار اعمال زور دلبخواهانه ایشان تبدیل می‌شود. استتسهاد به موارد وقوع این احتمال از موضوعات جذاب حوزه مطالعات انتقادی حقوقی و خارج از حوصله این مقاله است.<sup>۲</sup> در اینجا تنها به وجه بین‌المللی این ادعا اشاره می‌کنیم. آنتونیو کاسسه این تصویر ساده از وضعیت نظم بین‌المللی را ترسیم می‌کند:

«در جامعه جهانی، زور جلودار است و هر کشوری می‌تواند بی‌آنکه مجازات شود، به زور متوسل شود. این همان «حالت طبیعی» هابز است که در آن نه ژاندارمی وجود دارد و نه قاضی‌ای، بلکه تنها ارگان‌های جمعی بی‌کارایی واقعی موجود هستند؛ "شورای امنیت"، "مجمع عمومی" سازمان

---

۱. نقش دیگر ارکان سازمان ملل، نهادهای غیردولتی، محاکم بین‌المللی، افکار عمومی و حاکمان ملی محفوظ (شافع، ۱۳۹۵، صص. ۲۵۴-۲۶۰) اما تاریخ حقوق بشر و سازمان ملل را به شهادت می‌گیریم که قدرت مجتمع در شورای امنیت طوفان است و توان بیانیه‌ها و قطعنامه‌های غیرالزام‌آور، گزارش‌های فاقد اثر الزامی، دستور موقت‌ها یا آرای فاقد ضمانت اجرا و اعمال فشار گذرا و نامنظم این بازیگران را خنثی می‌کند. پس راه را دور نکنیم؛ همه چیز در شورای امنیت و حق وتو خلاصه می‌شود.

۲. برای مطالعه در خصوص بی‌وفایی نظم حقوقی ملی به خیر عمومی و خدمت آن به «منافع» ر.ک. به: Gordon, 1984. و برای مطالعه درباره خدمت حقوق بشر به قدرت بین‌المللی ر.ک. به: Douzinas, 2007.

ملل متحد و... بی آنکه قطعنامه‌های آن‌ها هیچ‌گونه نتیجه عملی داشته باشند. "حق" وجود ندارد و تنها "گلوله" به شمار می‌آید» (کاسسه، ۱۳۷۵، صص. ۶۱-۶۲)

در این نظم حقوقی:

«قواعد بین‌المللی قطعی و مشخص نیستند، پر از کمبودها و "حفره‌های سیاه" هستند و به‌ویژه بر تضمین‌های نهادی مؤثری تکیه ندارند... . توسل به قوای نظامی حربه‌ای است که به‌طور مستقیم به منافع حیاتی کشورها به‌ویژه قدرت‌های بزرگ مربوط می‌شود و امکان ندارد تحت سلطه قواعد حقوقی قطعی مؤثر و منسجمی قرار گیرد» (کاسسه، ۱۳۷۵، صص. ۸۳).

بنابراین، خبری از «قاضی و ژاندارم» نیست و در حقوق بین‌الملل تنها «مجازات سیاسی و "اخلاقی"» وجود دارد (کاسسه، ۱۳۷۵، صص. ۸۴). کاش همه چیز به همین یأس از وجود ضمانت اجرای بین‌المللی ختم می‌شد. متأسفانه استنتاج کاسسه بخشی از حقیقت است نه تمام آن. در این روایت نیمه‌کاره، ارگان‌های سازمان ملل، منفعل و ناکارآمدند و شاید بتوان این انفعال را با «وزن اخلاقی» یا «مجازات سیاسی و اخلاقی» دیگر عوامل ترمیم کرد، اما حقیقت نیمه دیگری نیز دارد. مهم‌ترین نهاد سازمان یعنی شورای امنیت منفعل نیست، بلکه «نقش ایجابی و فعالانه» علیه حقوق بشر ایفا می‌کند. برخلاف کاسسه و انسان کوچه و بازارش، شورای امنیت و ابرقدرت‌های مسلح به حق و تو تنها به سکوت و بی‌عملی اکتفا نمی‌کنند، بلکه از صلح و حقوق بشر اهرمی علیه صلح و حقوق بشر می‌سازند.

مقارن نگارش این مقاله، حملات اسرائیل (آغازشده از اکتبر ۲۰۲۳) به نوار غزه به تلفات و خساراتی از جمله موارد زیر انجامیده است.

مرگ بیش از ۳۶۰۰۰ غیرنظامی که بیش از ۷۰ درصد ایشان کودکان و زنان هستند، جراحات شدید بیش از ۸۰۰۰۰ غیرنظامی، جابه‌جایی اجباری بیش از ۶۷۰۰۰۰ نفر از شمال به جنوب غزه، زندگی بیش از ۱ میلیون نفر (بیش از نصف جمعیت غزه) در پناهگاه‌های پرجمعیت و فاقد امکانات یا اماکن روباز و فاقد امنیت (سرانه فضای ۱ متر برای هر نفر)، آوارگی ۱۰۰ درصد

ساکنان غزه، بحران و فاجعه غذایی برای ۱۰۰ درصد ساکنان (OCHA, 2024).<sup>۱</sup> این اقدامات اسرائیل نقض روشن اصل تفکیک نظامیان و غیرنظامیان در مخاصمات مسلحانه و اصول روشن حقوق بشر است. حتی سازمان‌ها و کشورهای که حق دفاع علیه حماس را برای اسرائیل پذیرفته‌اند، اقدامات علیه غیرنظامیان را ناموجه می‌دانند. دیوان بین‌المللی دادگستری در ژانویه ۲۰۲۴ (حدود چهار ماه پس از آغاز درگیری) پس از رسیدگی به درخواست آفریقای جنوبی و تأیید اجمالی شواهد وقوع نسل‌کشی، اسرائیل را ملزم به پیشگیری و اجتناب از اقدامات نسل‌زدایانه کرد (اقداماتی که در تمام این چند ماه ادامه یافته است و به احتمال زیاد در رسیدگی ماهوی دادگاه تأیید خواهد شد) (ICJ, 2024). مجمع عمومی سازمان ملل در نخستین ماه جنگ و با رأی مثبت ۱۲۱ کشور عضو (در مقابل ۱۴ مخالف و ۴۴ ممتنع) ضمن پذیرش «وضعیت فاجعه‌بار حقوق بشری»، بر ضرورت آتش‌بس تأکید کرد. دیدبان حقوق بشر از موارد متعدد نقض فاحش حقوق بشر توسط اسرائیل گفت (Yager, 2024). شورای حقوق بشر سازمان ملل البته با تأخیر پنج‌ماهه (آوریل ۲۰۲۴) نقض فاحش و گسترده حقوق بشر را پذیرفت و قطعنامه‌ای غیرالزام‌آور مبنی بر لزوم آتش‌بس صادر کرد. صلیب سرخ جهانی در ادبیاتی مشابه (البته با متهم کردن دو سوی مخاصمه و اشاره بیشتر به نقض‌هایی که مرتکب آن اسرائیل است)، جنگ جاری را وحشیانه و ناقض هرگونه حس انسانی دانست (ICRC, 2024). این اجماع کم‌مانند تاکنون (بیش از ۸ ماه پس از آغاز جنگ) نتوانسته است برای هزاران کودک فلسطینی جان و نان تأمین کند آن هم تنها به یک دلیل؛ دولت ایالات متحده آمریکا چندین بار با اعمال حق وتو مانع صدور قطعنامه آتش‌بس مورد تأیید اکثریت اعضا شده است (Borger, 2024). در اینجا تنها با آنچه کاسسه «فقدان ژاندارم و قاضی» می‌خواند، مواجه نیستیم، بلکه معضل ما ژاندارمی است که از حق وتو به‌مثابه «چراغ سبزی برای کشتار مستمر» استفاده می‌کند (Borger, 2024). حتی اگر ضامن اجرای

---

۱. نابودی کامل ۱۱ مورد از ۳۵ بیمارستان غزه، ۸۰ درصد از سیستم آبرسانی، ناپایداری انرژی برق، عدم پایبندی اسرائیل به تفکیک مناطق امن و حملات مکرر به اردوگاه‌ها و مناطق امن شناخته‌شده، حملات به امدادگران و نیروهای بین‌المللی که هرگونه کمک بشردوستانه را دشوار می‌سازد و... عملاً برخورداری ساکنان غزه از کمترین حقوق بنیادین اعلامیه جهانی حقوق بشر را به مزاحی تلخ تبدیل کرده است (Aljazeera, 2024).

حقوق بشر و صلح (شورای امنیت) در روزهای نخست جنگ اقدام به صدور قطعنامه آتش‌بس<sup>۱</sup> می‌کرد، باز هم تا تصمیم قطعی ابرقدرت‌ها برای مداخله مستقیم نظامی فاصله بود. نسبت این معضل با گزاره‌های مقدماتی این مقاله چیست؟ وابستگی حقوق بشر به ضمانت اجرای این‌چنینی، محصول قهری آن مقدمات نیست، اما در پیوند با آن مقدمات، ما را به عواقب بندهای بعدی می‌رساند. بنگریم که ضمانت اجراهایی (ژاندارم‌هایی) که حتی در مصادیق کمتر مناقشه‌برانگیز نقض حقوق بشر از کار می‌افتند یا به کرانه کم‌طرف‌دار مناقشه جنگ می‌زنند، چگونه از ابهامات و مناقشات بزرگ‌تر کسب سود می‌کنند. بندهای بعدی شواهدی بر این پیامد هستند.

#### ۲.۴. حقوق بشر، طرد و بیرون‌گذاری

وابستگی حقوق بشر - در سطح ملی - به نظم حقوقی رسمی و ضرورت ترجمه حق‌ها به زبان قانون نخستین مرحله واگذاری گفتمان به قدرت سیاسی است. آیا نظم حقوقی داخلی که بازتاب روابط قدرت سیاسی است برای حمایت از بی‌قدرتان سوگند یاد کرده است؟ به چند زبان، خیر. اولاً، نظام حقوقی ملی چتر خود را تنها بر سر «شهروندان» و تابعان خود می‌گستراند. حق‌های جهان‌شمول باید ابتدا از گمرک حقوق اساسی کشور بگذرند و - البته پس از پرداخت تعرفه‌های محلی و تعیین شده توسط قدرت سیاسی داخلی - به حقوق شهروندان آن کشور تبدیل شوند. غیرشهروندان، غیرتابعان و دیاران محروم از هویت رسمی و قانونی و بی‌دولت‌های فاقد اوراق هویتی و رسمی از این دایره خارج‌اند<sup>۲</sup>. این جمعیت انبوه و (به دلیل مهاجرت‌های گسترده) رو به افزایش حتی از فرصت له شدن زیر چکمه‌های قانون محروم‌اند. «شهروندان» قربانی قانون ناعادلانه و تبعیض‌آمیز می‌توانند به مبارزه برای اصلاح قانون امیدوار باشند، اما طردشدگان هرگز

۱. شورا در ۲۵ مارس ۲۰۲۴، با صدور قطعنامه ۲۷۲۸، آتش‌بس را تنها در طول ماه رمضان الزامی دانست (Unnews, 2024).

۲. قانون اساسی فرانسه نخستین حقوق را تنها به اتباع خود می‌دهد و در اصل ۲ می‌گوید «دولت، اصل برابری در مقابل قانون را برای تمام اتباع خود... تضمین می‌کند» و در اصل ۳، تنها اتباع فرانسوی حق رأی دارند. قانون اساسی آمریکا در حق «مردم آمریکا» که بعداً به «اتباع آمریکا» تفسیر می‌شود، قابل اعمال است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز مهم‌ترین حق‌ها (حقوق ملت در فصل ۳) را اگرچه عمدتاً به «مردم ایران»، «اشخاص»، «هر فرد» و... می‌دهد، اما قوانین عادی این کلمات را به «اتباع ایران» ترجمه می‌کنند.

به چشم قانون نمی‌آیند (آرنت، ۱۳۹۲، ص. ۲۵۰). بی‌دولت‌ها باید تا انعقاد معاهدات بین‌المللی حاوی حقوقی برای پناجویان، مهاجران و... صبر کنند؛ البته مشروط به اینکه حاکمان ملی از سر کرم و عنایت تصمیم به الحاق به این معاهدات بگیرند. به این ترتیب، پیوند ضروری حقوق بشر و قدرت رسمی به حذف، طرد و بیرون‌گذاری رسمی و نظام‌مند منتهی می‌شود. این طرد و استننا تنها شامل غیرتابعان نمی‌شود. دولت‌ها می‌توانند با استفاده از حاشیه ابهام در مفاهیم و مصادیق حقوق بشر بسیاری از تابعان ناسربه‌راه و چموش را از عداد عائله خود خارج و از کمترین امکانات حیاتی محروم کنند. حقوق بشر حق‌های کسانی است که «حکومت قانونی» حکم به «انسان»، «نیمه‌انسان»، «حیوان انسان‌نما»، «دشمن ملت»، «جنایت‌کار محروم از حقوق» و... بودن ایشان نکنند. تا وقتی کسی «انسان» یا «تبعه و شهروند» مورد نظر قدرت ملی نباشد، نه تنها از حقوق خود که از «حق داشتن» محروم است (آرنت، ۱۳۹۲، صص. ۲۵۱-۲۵۲) این، وضعیت خیل گسترده آوارگان جنگی مستقر در کشورهای دیگر، مهاجران، پناهندگان و انسان‌های انتزاعی است که توان ورود به ساحت «شهروند» زمینی کشورها را ندارند و بیرون‌گذاری می‌شوند و در بهترین حالت، مشمول اعانه‌ها (و نه حق‌ها) و صدقات مرحمت‌شده از جانب دولت‌ها و در راستای منافع سیاسی یا اقتصادی مقطعی هستند.<sup>۱</sup> از یاد نبریم که این از یادرفتگان، حاشیه از قلم افتاده و خطای جزئی گفتمان حقوق بشر نیستند. گفتمان حقوق بشر اولاً و اساساً برای حمایت از این گروه بود که پا به میدان گذاشت؛ کسانی که جز انسان بودن چیزی ندارند.

#### ۳.۴. حقوق بشر و مشروعیت‌بخشی

کارل مارکس حقوق بشر اعلامیه ۱۷۸۹ فرانسه (و قانون اساسی ۱۷۹۱) را خمیرمایه نظم سرمایه‌داری می‌دانست؛ زیرا این حق‌ها برای انسان خودخواه، مונاد (موجود بسیط)، منزوی و فاقد تعهد نسبت به جامعه‌ای که در آن زندگی می‌کند، نوشته شده بود؛ انسانی، تنها انسان (Marx,

۱. آمار رسمی درباره تعداد بی‌شناسنامه‌های ایران وجود ندارد، اما مطابق برخی گزارش‌ها، از ۱ تا ۵ میلیون مهاجر غیرقانونی و فاقد اوراق هویتی و بیش از ۱ میلیون ایرانی فاقد مدارک هویتی اصلی شناسنامه و... در کشور به سر می‌برند. این دیاران، فاقد محل رسمی برای ورود اولیه به سازوکارهای برخورداری از حق‌های به رسمیت شناخته‌شده در قانون اساسی و قوانین عادی هستند (جیت‌ساززاده و حقیقت‌طلب، ۱۴۰۰، ص. ۷).

(1971, p. 60). آزادی چنین انسانی از داشتن و مالکیت آغاز و به همین جا ختم می‌شود: «حق بشر بر مال، حق بهره‌برداری از مایملک و تصرف مالی دلخواهانه و بی‌اعتنا به دیگران است؛ حق بر خودخواهی» (Marx, 1971, p. 60).

این حق بر انسان بودن، مساوی حق بر بورژوا شدن بود (Marx, 1971, p. 60). نهضت روشنگری و انقلاب حق‌ها بشر را از انقیاد فئودالیسم رها کردند، اما به اسارت «انسان» بورژوا سپردند:

«خلع ید از یوغ سیاسی، قیدهایی را برداشت که تا پیش از این روح خودگروانه جامعه مدنی را مهار کرده بودند... [از این پس] جامعه فئودال در اساس خود یعنی انسان منحل شد، اما انسان به معنای دقیق کلمه یعنی انسان خودخواه، ... از قید مالکیت آزاد نشد، آزادی مالکیت را به دست آورد. از قید خودگروی تجارت آزاد نشد، آزادی تجارت را به دست آورد» (Marx, 1971, p. 63).

آزادی چنین نقش مهلکی در تکامل اشکال استثمار دارد. آیا «برابری» می‌تواند به «آزادی» افسار بزند، پاسخ منفی است. تا زمانی که از برابری، «برابری صوری» و «برابری در برابر قانون» فهمیده می‌شود<sup>۱</sup>، این حق نیز در خدمت آزادی مالکیت است. برابری صوری تنها امکان شرکت در مسابقه‌ای با قوانین برابر برای تمام رقبا را فراهم می‌کند، اما برای دوندگان فاقد پا، کوتاه‌قد، محروم از امکان مالی تقویت جسمی، محروم از مریبان و امکانات ورزشی گران‌قیمت و... چیزی ندارد. ارمغان اعلامیه‌ها الصاق عنوان «رقابت برابر» به چنین بازی نابرابری است. پس گناه حق‌ها تنها سکوت و تأیید نابرابری نیست، بلکه آن‌ها گران‌بار از قوه اقتناع، تزیین و مشروعیت‌بخشی هستند. حق‌ها در کنار اراده قدرت می‌ایستند و بر طبل این ادعا می‌کوبند که در جهان مدرن دیگر اثری از اراده و منبع هنجاری مافوق فرد نیست. قدرت از شماست، خود شماست و شما خود<sup>۲</sup>، قانون<sup>۳</sup> خود را وضع می‌کنید (Douzinas, 2007, p. 91). این نقاب موجه و کرنش‌آفرین،

۱. چنان‌که ماده ۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر و شهروند فرانسه به صراحت و تفسیر لیبرالیسم از حق برابری در مواد ۶ و ۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر (حق بر برابری در مقابل قانون) بر این قرار است.

2. Autos  
3. Nomos

ساکت‌کننده هر زبان معارض و ابزار عادی‌سازی استیلاست. قانون‌گذاران ملی و قاعده‌گذاران فراملی با تکیه به حق‌های کلان توزیع‌شده در انبوه قوانین و مقررات و پیمان‌نامه‌ها، تک‌تک سکنت‌های شهروندان ملت و جامعه جهانی را به‌نجار می‌کنند و از طریق ضمانت‌اجراه‌های متنوع و ظاهراً مشروع، بر حیات ایشان چیره می‌شوند. حق‌ها فناوری جدید قدرت‌اند که انسان را از دیگر نظم‌های هنجاری رها می‌کنند و این سوژه نجات‌یافته را به‌گونه مشروع و انتقادناپذیر، منقاد خویش می‌سازند. به این ترتیب، در دوره‌ای که به تعبیر مناسب میشل فوکو سر شاه قطع و در لایه‌های اجتماع پنهان شده است، حق‌ها فناوری توزیع و نامرئی‌سازی روابط قدرت هستند:

«نقش اساسی آموزه حق، تثبیت مشروعیت قدرت بود... کارکرد اصلی فناوری و گفت‌وگو، انحلال سلطه در قدرت و مبدل‌سازی آن است. سلطه باید به دو چیز فروکاسته یا با این دو، نقاب زده شود؛ حقوق مشروع حکمران و تکلیف قانونی به تبعیت. سازوکار حق کاملاً شاه را هدف گرفته و... در نهایت، به دنبال امحای سلطه و پیامدهای آن است» ( Michel Foucault, 2003, p. 26).

ژان لوک نانسی، شانتال موفه و ژاک رانسیر در ادبیاتی هم‌نوا، حق‌ها را تقویت‌کننده سیاست متعارف<sup>۱</sup> و پنهان‌کننده امر سیاسی<sup>۲</sup> می‌دانند. سیاست بستر بده‌وبستان‌های متعارف استوار بر نظم طبقاتی مستقر است و به مدد قوانین و حق‌های طبیعی میسر می‌شود. حق‌ها روغن پیچ‌ومهره سیاست مستقر و مهم‌ترین یاور او در - به تعبیر رانسیر - نظم‌گستری<sup>۳</sup> هستند. سیاست، فرایند استدلال و مذاکره در لایه‌های مختلف اجتماع برای توزیع منافع، اجرت‌ها و موقعیت‌هاست بدون اینکه توازن کلی، اجماع، جایگاه از پیش تعیین‌شده فرمانروا، طبقات و گروه‌های فرمان‌بر به چالش کشیده شود. حقوق بشر، سیاست را ممکن و چالش و نزاع را به تعویق می‌اندازد (Rancière, 1995, p. 29). برخلاف سیاست، «امر سیاسی» محرک نزاع است، شکاف‌ها را برملا، تخصم کتمان و خاک‌مالی‌شده را آشکار و آنتاگونیسم لازم برای تغییر را مهیا می‌کند. کارکرد

---

1. La Politique  
2. Le Political  
3. Policing

حق‌ها، بهنجارسازی و بهنجارنمایی نظم مستقر و کتمان امر سیاسی است (Mouffe, 2005, p. 9). گفتمان حقوق بشر با «طبیعی» نمایاندن «آنچه هست» و «قانوناً معتبر و بحق» اعلام کردن مناسبات موجود، همگان را به پذیرش نظام توزیع کنونی وامی‌دارد (Douzinas, 2007, p. 108). هر مصداق از «مطالبه قانونی و رسمی حق» لیبکی به نظم موجود است. متقاضی حق، هر بار که آهنگ حق خواهی سر می‌دهد و داد خود به بیدادگاه نظم مستقر می‌برد، این نظم را جلا داده است. مسکینی را در نظر بگیرد که از ارباب مسبب عسرت خویش، طلب چند سکه ناچیز کند. او ارباب را ارباب‌تر و خود را مسکین‌تر می‌سازد.<sup>۱</sup> نظم حقوقی حق‌بنیاد با ساختار سلطه و استثمار نمی‌جنگد، بلکه بر آن مهر تأیید می‌زند.

#### ۴.۴. حقوق بشر و گلوله‌های بشردوستانه

حقوق بشر بین‌المللی با خلق گفتمان «حقوق بشردوستانه» و تجویز «مداخله بشردوستانه»، نقاب و توجیهی قوی برای برنامه‌های توسعه‌طلبانه و بازارگستری سرمایه‌داری جهانی فراهم کرده است. دوگانه پول و اسلحه برای گسترش خود به صورتکی ملیح و کرنش‌آفرین نیاز داشت و آن را از گفتمان حقوق بشر وام گرفت. تاریخ مداخلات نظامی مستند به «بشردوستی» ایالات متحده گواهی روشن است. بیل کلینتون، رهبر ائتلاف ناتو برای حمله به یوگسلاوی در سال ۱۹۹۹، آنگاه که با جهانیان سخن می‌گفت، این اقدام را برای «پیشگیری از فاجعه بشری»، «ارتقای دموکراسی» و «برقراری صلح» علیه دیکتاتوری «هیتلر مسلک» (Talbot, 2000, p. 94) توصیف کرد، اما به هم‌وطنانش می‌گفت:

«اگر به دنبال رابطه اقتصادی مستحکمی هستیم که به ما امکان فروش در

سراسر جهان را بدهد، اروپا می‌تواند فتح باب باشد...؛ داستان کوزوو از این

قرار است» (Talbot, 2000, p. 99).

بشردوستی یا آنچه لباس «مسئولیت حمایت از شهروندان تحت حاکمیت مستبد» به تن کرده،

۱. آیا چنان‌که برخی از نظریه‌پردازان انتقادی گفته‌اند، باید به بردن‌های جزئی مستند به این نظم، دل خوش کرد یا باید با

باختن‌های جزئی، به بردی بزرگ رسید؟

باده گر بر خاک ریزی به که در جام رقیب

می‌خورد با او کسی حیف از تو و حیف از شراب



عمدتاً نقابی برای حذف شرکت‌های رقیب، کوبیدن و از نو ساختن ساختار اقتصادی کشور هدف و تبدیل ساختاری آن به بازار کشور مداخله‌کننده است. ژنرال پترائوس - فرمانده نظامی دولت اوپاما در خاورمیانه - مسئولیت حمایت بشردوستانه ایالات متحده و ضرورت مداخلات نظامی سال ۲۰۰۹ به بعد را چنین تبیین می‌کند:

«سرزمین‌ها و آب‌های مشمول قلمرو مسئولیت سنتکام چندین منطقه ممتاز و حیاتی را دربرمی‌گیرد. گستره این قلمرو فراتر از ۴/۶ میلیون مایل مربع و ۲۰ کشور است و مجاری حیاتی حمل‌ونقل و تجارت از جمله دریای سرخ، شمال اقیانوس هند، خلیج فارس و نیز تنگه‌های راهبردی دریایی مانند کانال سوئز، باب‌المندب و هرمز را پوشش می‌دهد. این قلمرو مسئولیت، حاوی غنی‌ترین منطقه جهان از لحاظ انرژی است. خلیج فارس و آسیای مرکزی به‌طور مشترک، دست‌کم ۶۴ درصد ذخایر نفت جهان، ۳۴ درصد از تولید نفت خام و ۴۶ درصد از ذخایر گاز طبیعی را در خود دارند» (United States Senate Committee on Armed Services, 2010, p. 62).

گزارش پترائوس بر ملا می‌کند که حضور نظامی آمریکا افزون‌بر «نجات مردم افغانستان و پاکستان از چنگال افراط‌گرایان متعصب القاعده» هدف دیگری نیز دارد:

«جدی‌ترین تهدید برای ایالات متحده، متحدان و منافع آمریکا در قلمرو حمایت سنتکام، شبکه افراط‌گرایان فراملی است. در سراسر قلمرو حمایت القاعده و متحدان افراط‌گرای آن، منبع طغیان برای کاهش نفوذ ایالات متحده و ناپایداری نظام اقتصادی، اجتماعی و سیاسی موجود هستند» (United States Senate Committee on Armed Services, 2010, p. 64).

البته این اختصاص به ایالات متحده ندارد و دیگر صلح‌دوستان ضامن! حقوق بشر نیز همواره از نمد حقوق بشر برای خود کلاه می‌دوزند. در سال ۲۰۱۱، ائتلاف ایالات متحده و دول اروپایی با ادعای «کمک به انقلاب لیبی و نجات مردم این کشور از دست دیکتاتور» وارد عمل شد. هیلاری کلینتون در رایانامه‌ای که بعدها در ویکی‌لیکس منتشر شد، افشا می‌کند که رؤسای جمهور فرانسه و انگلیس پس از براندازی قذافی، در شورای انتقالی بر سر سهم و پاداش خود چانه

می‌زدند. سارکوزی مدعی بود بدون فرانسه، انقلابی هم در کار نبود پس باید سهم توتال از صنعت نفت لیبی فردا بیش از ۳۵ درصد باشد (WikiLeaks, 2011).

### نتیجه‌گیری

به طرح مسئله برگردیم؛ چرا گفتمانی که برای دفاع از بی‌قدرتان یا به میدان گذاشت، اینک نه تنها در دفاع از عائله اصلی خود ضعیف است که به ابزاری برای تزیین و توجیه نقض خود بدل شده است؟ در علت‌شناسی این معضل به چهار رخنه مهم در گفتمان حقوق بشر پی بردیم که به ترتیب از یکدیگر تغذیه می‌شوند.

اولاً، حقوق بشر فاقد مبنای توجیهی کافی و مشخصی است که از عهده حل اختلافات و مناقشات حقوق بشری - به گونه‌ای که امکان تمسک همگانی به این گفتمان را از بین ببرد - برآید. بخش اعظم مبانی نامزدشده (مکاتب حقوق طبیعی، نظریه‌های اخلاق هنجاری و ادیان) اولاً، دلایل توجیهی مناسب برای دعاوی حقوق بشر معاصر فراهم نمی‌کنند. ثانیاً، به دلیل تنوع وفاق‌ناپذیر مبانی به درک واحدی از «طبیعت انسان» یا الزامات اخلاقی انسانیت نائل نمی‌شوند تا بتوانند فصل‌الخطاب مناقشات باشند.

ثانیاً و به تبع گزاره اول، مفاهیم مهم گفتمان حقوق بشر مثل «حق» و «انسان» فاقد تعریف و معنای واحد هستند و این ابهام زمینه توسعه معنایی و تفاسیر قیاس‌ناپذیر را فراهم می‌کند. ثالثاً و به تبع گزاره‌های اول و دوم، مصادیق حق‌ها متکثرند و در روندی بی‌وقفه زاد و ولد می‌کنند. محصول این زاد و ولد، پیدایش مصادیق متعارض از حق‌ها و اسناد و نهادهای متولی، گروه‌های متخاصم حق‌ها هستند. ظهور نسل‌های متعدد حق‌ها نمونه روشن این تکثر و تعارض است.

رابعاً و در نتیجه مقدمات فوق، حقوق بشر از سویی فاقد عینیت و انضباط در معنا و مصداق و از سوی دیگر، وابسته به ضمانت اجراهایی است که در قدرت سیاسی ملی یا بین‌المللی خلاصه می‌شوند. این دو ویژگی، گفتمان و محتوای حقوق بشر را به ابزاری برای استیلا و انقیاد تبدیل می‌کند. به این ترتیب، حقوق بشر از انگیزه و داعیه تاریخی و نخستین خویش - رهایی‌بخشی و دفاع از بی‌قدرتان - به ابزار و مستمسکی علیه خودش - استیلا و انقیاد آفرینی - تبدیل شده است.

دستاورد این جستار وقوف به این قابلیت تناقض‌آمیز حقوق بشر است. چنانچه درون یا بیرون از گفت‌وگو حقوق بشر راهی برای خنثی‌سازی این خطر نباشد، باید عطای این منجی عصر مدرن را به لقایش بخشید، که به قول خواجه:

«من آن نگین سلیمان به هیچ نستانم

که گاه‌گاه بر او دست اهرمن باشد»

اما اگر بتوان با به میدان آوردن قدرت فرودستان، افسار مفاهیم و مصادیق حقوق بشر را از ابرقدرتان گرفت یا از ته‌مانده حقوق بشر به غارت‌رفته برای اعاده جایگاه کهن‌تران بهره برد، باید در طرد و ترک این گفت‌وگو احتیاط کرد. این، موضوع پژوهش یا پژوهش‌های دیگر است.

## منابع

- ۱) آرنت، هانا (۱۳۹۲). افول دولت-ملت و پایان حقوق بشر؛ قانون و خشونت (جواد گنجی، مترجم). تهران: رخداده نو.
- ۲) ارسطو (۱۳۶۴). سیاست (حمید عنایت، مترجم). تهران: علمی و فرهنگی.
- ۳) جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۵). فلسفه حقوق بشر. قم: بنیاد اسرا.
- ۴) چیت‌ساززاده، امیرحسین و حقیقت‌طلب، پیمان (۱۴۰۰). زیست مهاجران غیرقانونی در ایران؛ بررسی چالش‌ها و ارائه راهکارها. تهران: مرکز بررسی‌های استراتژیک ریاست‌جمهوری.
- ۵) رحیمی، فتح‌الله و حاتمی، سیما (۱۴۰۱). چالش‌های اخلاقی و حقوقی فناوری تولید انسان هیبریدی (ترکیب انسان-حیوان). حقوق فناوری‌های نوین، ۵ (۳). doi: 10.22133/mtlj.2022.337921.1091
- ۶) طالبی، محمدحسین (۱۳۹۶). مقایسه گفتمان حق در فرهنگ غرب و اسلام. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- ۷) قاری سیدفاطمی، سیدمحمد و بحرینی، علی (۱۴۰۰). ویژگی‌های انسان از منظر نویسندگان اعلامیه جهانی حقوق بشر. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، شماره ۵۱ (۲). doi: 10.22059/jpls.2019.285463.2082
- ۸) کاپلستون، فردریک (۱۳۷۱). تاریخ فلسفه (مجتبی مینوی، مترجم) (جلد ۱). تهران: علمی و فرهنگی.
- ۹) کاسسه، آنتونیو (۱۳۷۵). نقش زور در روابط بین‌الملل (مرتضی کلانتریان، مترجم). تهران: آگه.
- ۱۰) کانت، امانوئل (۱۳۸۰). فلسفه حقوق (منوچهر صانعی دره‌بیدی، مترجم). تهران: نقش‌ونگار.
- ۱۱) مطهری، مرتضی (۱۳۸۱). نظام حقوق زن در اسلام. قم: صدرا.
- ۱۲) موحد، محمدعلی (۱۳۹۶). در هوای حق و عدالت. تهران: کارنامه.
- ۱۳) هوفه، اتفرید (۱۳۹۱). قانون اخلاقی در درون من (رضا مصیبی، مترجم). تهران: نشر نی.
- 14) Aristotle (1885). The politics of Aristotle (B. Jowett, Trans.). Oxford University Press.
- 15) Bentham, J. (1843). Anarchical fallacies (J. Bowring, Ed.). Marshall & Co.
- 16) Berlin, I. (1969). Four essays on liberty. Oxford University Press.
- 17) Bix, B. (2004). Natural law: The modern tradition. In J. Coleman & S. Shapiro (Eds.), The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law. Oxford University Press.
- 18) Borger, J. (2024, February 20). US vetoes Arab-backed UN resolution demanding ceasefire in Gaza. The Guardian. <https://www.theguardian.com/world/2024/feb/20/us-vetoes-un-resolution-ceasefire-israel-gaza>.
- 19) Committee on Armed Services. (2010). Command and Special Operations Command. U.S. Government Printing Office.

- <https://www.centcom.mil/AREA-OF-RESPONSIBILITY>.
- 20) Douzinas, C. (2007). *Human rights and empire: The political philosophy of cosmopolitanism*. Taylor & Francis.
  - 21) Finnis, J. (2004). *Natural law: The classical tradition*. The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law. Oxford University Press.
  - 22) Finnis, J. (2011). *Natural law and natural rights*. Oxford University Press.
  - 23) Foucault, M. (2002). *The archaeology of knowledge* (A. M. Sheridan Smith, Trans.). Routledge.
  - 24) Foucault, M. (2003). *Society must be defended: Lectures at the Collège de France, 1975-76* (D. Macey, Trans.; F. Ewald, M. Bertani, & A. Fontana, Eds.). Allen Lane.
  - 25) Fukuyama, F. (2002). *Our postmodern future*. Picador.
  - 26) Golder, B. (2015). *Foucault and the politics of rights*. Stanford University Press.
  - 27) Gordon, R. W. (1984). *Critical legal histories*. *Stanford Law Review*, 36(1), 57-125.
  - 28) Griffin, J. (2008). *On human rights*. Oxford University Press.
  - 29) Hobbes, T. (1996). *Leviathan*. Oxford University Press.
  - 30) Ignatieff, M. (2011). *Human rights as politics and idolatry*. Princeton University Press.
  - 31) International Committee of the Red Cross (ICRC). (2024, March 9). *A statement on Gaza and Israel from the president of the ICRC*.  
<https://www.icrc.org/en/document/statement-gaza-and-israel-president-icrc>.
  - 32) International Court of Justice (ICJ). (2024, January 26). *Summary of the order of 26 January 2024*.  
<https://www.icj-cij.org/node/203454>.
  - 33) al-Jazeera (2024, April 14). *Israel-Gaza war in maps and charts: Live tracker*. Al Jazeera. Retrieved April 14, 2024, from  
<https://aje.io/pnauxp>.
  - 34) Kant, I. (1999). *Metaphysical elements of justice* (J. Ladd, Trans.). Hackett Publishing Company.
  - 35) Kant, I. (2002). *Groundwork for the metaphysics of morals* (A. W. Wood, Ed. & Trans.). Yale University Press.
  - 36) Kennedy, D. (2012). *The international human rights regime: Still part of the problem?* In R. Dickinson, E. Katselli, C. Murray, & O. W. Pedersen (Eds.), *Examining critical perspectives on human rights*. Cambridge University Press.
  - 37) Lombroso, C. (2006). *Criminal man* (N. H. Rafter & M. Gibson, Trans.). Duke University Press.
  - 38) Lupton, D. (2010). *Discourse analysis: A new methodology for understanding the ideologies of health and illness*. *Australian Journal of Public Health*.
  - 39) MacIntyre, A. (2007). *After virtue: A study in moral theory*. University of Notre Dame Press.
  - 40) MacIntyre, A. C. (1999). *Dependent rational animals: Why human beings need the virtues*. Open Court.
  - 41) Marx, K. (1971). *On the Jewish question*. In D. McLellan (Trans.), *Karl Marx*:

- Early texts. Blackwell.
- 42) McCumber, J. (2014). *Understanding Hegel's mature critique of Kant*. Stanford University Press.
  - 43) Mende, J. (2021). Are human rights Western—and why does it matter? A perspective from international political theory. *Journal of International Political Theory*, 17(1).
  - 44) Middle East Monitor. (2023, October 29). Netanyahu declares holy war against Gaza, citing the Bible. Middle East Monitor.
  - 45) Middle East Monitor. (2023, October 9). Israeli minister: "We are fighting human animals." Middle East Monitor.  
<https://www.middleeastmonitor.com/20231009-israeli-minister-we-are-fighting-human-animals/>.
  - 46) Mill, J. S. (2003). *On liberty* (D. Bromwich & G. Kateb, Eds.). Yale University Press.
  - 47) Mouffe, C. (2005). *On the political*. Psychology Press.
  - 48) Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR). (2023). Universal Declaration of Human Rights translation project.  
<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/universal-declaration-human-rights/about-universal-declaration-human-rights-translation-project>.
  - 49) Perry, M. J. (2010). *The political morality of liberal democracy*. Cambridge University Press.
  - 50) Rancière, J. (1995). *Disagreement: Politics and philosophy* (J. Rose, Trans.). University of Minnesota Press.
  - 51) Rawls, J. (2001). *The law of peoples: With "The idea of public reason revisited"*. Harvard University Press.
  - 52) Raz, J. (2010). Human rights without foundations. In S. Besson & J. Tasioulas (Eds.), *The philosophy of international law*. Oxford University Press.
  - 53) Review-Journal, Las Vegas. (2016, June 27). Man 'marries' his smartphone in Vegas – really.  
<https://www.reviewjournal.com/entertainment/celebrity/man-marries-his-smartphone-in-vegas-really/>.
  - 54) Rorty, R. (1991). Human rights, rationality, and sentimentality. In *Truth and progress: Philosophical papers* (pp. 167-185). Cambridge University Press.
  - 55) Sangiovanni, A. (n.d.). Why there cannot be a truly Kantian theory of human rights? In R. Cruft, S. M. Liao, & M. Renzo (Eds.), *The philosophical foundations of human rights* (pp. 671-691). Oxford University Press.
  - 56) Schofield, M. (1996). Sharing in the constitution. *The Review of Metaphysics*, 79(4).
  - 57) Sedgwick, S. (2011). Hegel's critique of Kant's empiricism and the categorical imperative. In S. Houlgate & M. Baur (Eds.), *A companion to Hegel*. Wiley.
  - 58) Singer, P. (2002). *Animal liberation*. HarperCollins.
  - 59) Singer, P. (2006, May 27). Great apes deserve life, liberty, and the prohibition of torture. *The Guardian*.

<https://www.theguardian.com/commentisfree/2006/may/27/comment.anim-alwelfare>.

- 60) Talbot, K. (2000). The real reasons for war in Yugoslavia: Backing up globalization with military might. *Social Justice*, 27(4).
- 61) Tasioulas, J. (2007). The moral reality of human rights. In T. Pogge (Ed.), *Freedom from poverty as a human right: Who owes what to the very poor?* Co-Published with UNESCO & Oxford University Press.
- 62) United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA). (2024, May 31). Reported impact snapshot: Gaza Strip (31 May 2024).
- 63) United States Senate Committee on Armed Services (2010).
- 64) Unnews. (2024, March 25). Gaza: Security Council passes resolution demanding 'an immediate ceasefire' during Ramadan. UN News. <https://news.un.org/en/story/2024/03/1147931>.
- 65) Wenar, L. (2023). Rights. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring ed.). Stanford University Metaphysics Research Lab. <https://plato.stanford.edu/entries/rights>.
- 66) WikiLeaks (2011). Clinton emails: Email ID 12900. <https://wikileaks.org/clinton-emails/emailid/12900>.
- 67) Yost, B. S. (2011). Kant's justification of the death penalty reconsidered. *Kantian Review*, 15(2), 1-27.

## References

- 1) Arendt, Hannah (1392 SH/2013). Afūl-i daulat-millat va pāyān-i ḥuqūq-i bashar; qānūn va khushūnat [The decline of the nation-state and the end of human rights; law and violence] (Javād Ganjī, Trans.). Tehran: Rukhdād-i Nū. [in Persian]
- 2) Aristotle (1364 SH/1985). Siyāsāt [Politics] (Ḥamīd 'Ināyat, Trans.). Tehran: 'Ilmī va Farhangī. [in Persian]
- 3) Aristotle (1885). The politics of Aristotle (B. Jowett, Trans.). Oxford University Press.
- 4) Bentham, J. (1843). Anarchical fallacies (J. Bowring, Ed.). Marshall & Co.
- 5) Berlin, I. (1969). Four essays on liberty. Oxford University Press.
- 6) Bix, B. (2004). Natural law: The modern tradition. In J. Coleman & S. Shapiro (Eds.), The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law. Oxford University Press.
- 7) Borger, J. (2024, February 20). US vetoes Arab-backed UN resolution demanding ceasefire in Gaza. The Guardian.  
<https://www.theguardian.com/world/2024/feb/20/us-vetoes-un-resolution-ceasefire-israel-gaza>.
- 8) Cassese, Antonio (1375 SH/1996). Naqsh-i zūr dar ravābiṭ-i bayn al-milal [The role of force in international relations] (Murtazā Kalāntariān, Trans.). Tehran: Āgah. [in Persian]
- 9) Chīt-sāzzādah, Amīrḥusayn & Ḥaḥiqattalab, Piymān (1400 SH/2021). Zīst-i muhājirān-i ghayr-i qānūnī dar Īrān; barrasi-yi chālīsh'hā va irā'ah-yi rāhkār'hā [Life of illegal migrants in Iran; challenges and solutions]. Tehran: Markaz-i Barrasi'hā-yi Istirātijik-i Riyāsāt-i Jumhūrī. [in Persian]
- 10) Committee on Armed Services. (2010). Command and Special Operations Command. U.S. Government Printing Office.  
<https://www.centcom.mil/AREA-OF-RESPONSIBILITY>.
- 11) Copleston, Frederick (1371 SH/1992). Tārīkh-i falsafah [History of philosophy] (Mujtabā Mīnūyī, Trans.) (Vol. 1). Tehran: 'Ilmī va Farhangī. [in Persian]
- 12) Douzinas, C. (2007). Human rights and empire: The political philosophy of cosmopolitanism. Taylor & Francis.
- 13) Finnis, J. (2004). Natural law: The classical tradition. The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law. Oxford University Press.
- 14) Finnis, J. (2011). Natural law and natural rights. Oxford University Press.
- 15) Foucault, M. (2002). The archaeology of knowledge (A. M. Sheridan Smith, Trans.). Routledge.
- 16) Foucault, M. (2003). Society must be defended: Lectures at the Collège de France, 1975-76 (D. Macey, Trans.; F. Ewald, M. Bertani, & A. Fontana, Eds.). Allen Lane.
- 17) Fukuyama, F. (2002). Our postmodern future. Picador.
- 18) Golder, B. (2015). Foucault and the politics of rights. Stanford University Press.
- 19) Gordon, R. W. (1984). Critical legal histories. Stanford Law Review, 36(1), 57-125.



- 20) Griffin, J. (2008). *On human rights*. Oxford University Press.
- 21) Hobbes, T. (1996). *Leviathan*. Oxford University Press.
- 22) Höffe, Otfried (1391 SH/2012). *Qānūn-i akhlāqī dar darūn-i man* [The moral law within me] (Riḍā Maṣībī, Trans.). Tehran: Nashr-i Ni. [in Persian]
- 23) Ignatieff, M. (2011). *Human rights as politics and idolatry*. Princeton University Press.
- 24) International Committee of the Red Cross (ICRC). (2024, March 9). A statement on Gaza and Israel from the president of the ICRC.  
<https://www.icrc.org/en/document/statement-gaza-and-israel-president-icrc>.
- 25) International Court of Justice (ICJ). (2024, January 26). Summary of the order of 26 January 2024.  
<https://www.icj-cij.org/node/203454>.
- 26) Javādī Āmulī, ‘Abdullāh (1395 SH/2016). *Falsafah-yi ḥuqūq-i bashar* [Philosophy of human rights]. Qom: Bunyād-i Isrā. [in Persian]
- 27) al-Jazeera (2024, April 14). Israel-Gaza war in maps and charts: Live tracker. Al Jazeera. Retrieved April 14, 2024, from  
<https://aje.io/pnauxp>.
- 28) Kant, I. (1999). *Metaphysical elements of justice* (J. Ladd, Trans.). Hackett Publishing Company.
- 29) Kant, I. (2002). *Groundwork for the metaphysics of morals* (A. W. Wood, Ed. & Trans.). Yale University Press.
- 30) Kant, Immanuel (1380 SH/2001). *Falsafah-yi ḥuqūq* [Philosophy of law] (Manūchir Ṣānī‘i Darah-Bidī, Trans.). Tehran: Naqsh va Nigār. [in Persian]
- 31) Kennedy, D. (2012). The international human rights regime: Still part of the problem? In R. Dickinson, E. Katselli, C. Murray, & O. W. Pedersen (Eds.), *Examining critical perspectives on human rights*. Cambridge University Press.
- 32) Lombroso, C. (2006). *Criminal man* (N. H. Rafter & M. Gibson, Trans.). Duke University Press.
- 33) Lupton, D. (2010). Discourse analysis: A new methodology for understanding the ideologies of health and illness. *Australian Journal of Public Health*.
- 34) MacIntyre, A. (2007). *After virtue: A study in moral theory*. University of Notre Dame Press.
- 35) MacIntyre, A. C. (1999). *Dependent rational animals: Why human beings need the virtues*. Open Court.
- 36) Marx, K. (1971). On the Jewish question. In D. McLellan (Trans.), *Karl Marx: Early texts*. Blackwell.
- 37) McCumber, J. (2014). *Understanding Hegel’s mature critique of Kant*. Stanford University Press.
- 38) Mende, J. (2021). Are human rights Western—and why does it matter? A perspective from international political theory. *Journal of International Political Theory*, 17(1).
- 39) Middle East Monitor. (2023, October 29). Netanyahu declares holy war against Gaza, citing the Bible. Middle East Monitor.

- 40) Middle East Monitor. (2023, October 9). Israeli minister: "We are fighting human animals." Middle East Monitor.  
<https://www.middleeastmonitor.com/20231009-israeli-minister-we-are-fighting-human-animals/>.
- 41) Mill, J. S. (2003). On liberty (D. Bromwich & G. Kateb, Eds.). Yale University Press.
- 42) Mouffe, C. (2005). On the political. Psychology Press.
- 43) Muṭahharī, Murtazā (1381 SH/2002). Nizām-i ḥuqūq-i zan dar Islām [The legal system of women in Islam]. Qom: Šadrā. [in Persian]
- 44) Mūvaḥed, Muḥammad ‘Alī (1396 SH/2017). Dar havā-yi ḥaqq va ‘adālat [On the air of right and justice]. Tehran: Kārnāmah. [in Persian]
- 45) Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR). (2023). Universal Declaration of Human Rights translation project.  
<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/universal-declaration-human-rights/about-universal-declaration-human-rights-translation-project>.
- 46) Perry, M. J. (2010). The political morality of liberal democracy. Cambridge University Press.
- 47) Qārī Sayyidfāṭimī, SayyidMuḥammad & Baḥrīnī, ‘Alī (1400 SH/2021). Viżigī'hā-yi insān az manzar-i nivīsandagān-i i‘lāmiyah-yi jahānī-yi ḥuqūq-i bashar [Characteristics of human beings from the perspective of the authors of the Universal Declaration of Human Rights]. Faşlnāmah-yi Muṭālī‘āt-i Ḥuqūq-i ‘Umūmī, 51(2). doi: 10.22059/jpls.2019.285463.2082 [in Persian]
- 48) Raḥīmī, Faṭḥullāh & Ḥātāmī, Sīmā (1401 SH/2022). Chālīsh'hā-yi akhlāqī va ḥuqūqī-yi fanāvārī-yi taḥlīl-i insān-i hibrīdī (tarkīb-i insān-ḥayvān) [Ethical and legal challenges of hybrid human production technology (human-animal combination)]. Ḥuqūq-i Fanāvārī'hā-yi Nūvin, 5(3). doi: 10.22133/mtlj.2022.337921.1091 [in Persian]
- 49) Rancière, J. (1995). Disagreement: Politics and philosophy (J. Rose, Trans.). University of Minnesota Press.
- 50) Rawls, J. (2001). The law of peoples: With "The idea of public reason revisited". Harvard University Press.
- 51) Raz, J. (2010). Human rights without foundations. In S. Besson & J. Tasioulas (Eds.), The philosophy of international law. Oxford University Press.
- 52) Review-Journal, Las Vegas. (2016, June 27). Man ‘marries’ his smartphone in Vegas – really.  
<https://www.reviewjournal.com/entertainment/celebrity/man-marries-his-smartphone-in-vegas-really/>.
- 53) Rorty, R. (1991). Human rights, rationality, and sentimentality. In Truth and progress: Philosophical papers (pp. 167-185). Cambridge University Press.
- 54) Sangiovanni, A. (n.d.). Why there cannot be a truly Kantian theory of human rights? In R. Cruft, S. M. Liao, & M. Renzo (Eds.), The philosophical foundations of human rights (pp. 671-691). Oxford University Press.
- 55) Schofield, M. (1996). Sharing in the constitution. The Review of Metaphysics,

- 79(4).
- 56) Sedgwick, S. (2011). Hegel's critique of Kant's empiricism and the categorical imperative. In S. Houlgate & M. Baur (Eds.), *A companion to Hegel*. Wiley.
- 57) Singer, P. (2002). *Animal liberation*. HarperCollins.
- 58) Singer, P. (2006, May 27). Great apes deserve life, liberty, and the prohibition of torture. *The Guardian*.  
<https://www.theguardian.com/commentisfree/2006/may/27/comment.anim.alwelfare>.
- 59) Talbot, K. (2000). The real reasons for war in Yugoslavia: Backing up globalization with military might. *Social Justice*, 27(4).
- 60) Ṭālibī, MuḥammadḤusayn (1396 SH/2017). *Muqāyisah-yi guftimān-i ḥaqq dar farhang-i gharb va Islām* [Comparison of the discourse of rights in Western and Islamic cultures]. Qom: Pizhūhishgāh-i Ḥūzah va Dānishgāh. [in Persian]
- 61) Tasioulas, J. (2007). The moral reality of human rights. In T. Pogge (Ed.), *Freedom from poverty as a human right: Who owes what to the very poor?* Co-Published with UNESCO & Oxford University Press.
- 62) United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA). (2024, May 31). Reported impact snapshot: Gaza Strip (31 May 2024).
- 63) United States Senate Committee on Armed Services (2010).
- 64) Unnews. (2024, March 25). Gaza: Security Council passes resolution demanding 'an immediate ceasefire' during Ramadan. UN News.  
<https://news.un.org/en/story/2024/03/1147931>.
- 65) Wenar, L. (2023). Rights. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring ed.). Stanford University Metaphysics Research Lab.  
<https://plato.stanford.edu/entries/rights>.
- 66) WikiLeaks (2011). Clinton emails: Email ID 12900.  
<https://wikileaks.org/clinton-emails/emailid/12900>.
- 67) Yost, B. S. (2011). Kant's justification of the death penalty reconsidered. *Kantian Review*, 15(2), 1-27.



## Validation of Objective Interpretation based on the Apparent Meaning of the Text, Versus Subjective Interpretation Relying on Speculative Clues

Mohammad Abdossaleh Shahnoosh Forooshani · Assistant Professor, Department of  
Islamic Law, Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative  
Services, Tehran. Iran. [h\\_shahnoosh@ujas.ac.ir](mailto:h_shahnoosh@ujas.ac.ir)

### Abstract

#### 1. Introduction

Interpretation, as explored in both legal and religious scholarship, is an intricate process of uncovering and clarifying intended meanings embedded within language. Broadly, interpretation seeks to bridge the gap between the literal expression and the intent of the speaker or legislator. In Islamic jurisprudence, particularly within Uṣūl al-Fiqh (Principles of Islamic Jurisprudence), interpretation is viewed as an act of unveiling meanings when ambiguity exists. Here, the act is not merely reading words but understanding the intentions behind them, especially when these intentions may not align with the apparent meaning of the text. In cases where the text's meaning aligns with a clear, apparent interpretation, some scholars do not categorize this as interpretation in the technical sense, as no unveiling is necessary.

Within the legal field, interpretation similarly seeks to ascertain the intent behind legislative language, especially when the wording is ambiguous, capable of multiple interpretations, or may appear contradictory when viewed in a broader legislative framework. In both Islamic and legal interpretative traditions, the challenge lies in balancing apparent textual meaning with underlying intent, especially when dealing with terms with specific, restrictive applications or general, unrestricted meanings.

The study presented here is motivated by a central question: Can an objective, singular interpretation of a text be determined based solely on its apparent meaning, or does each individual inevitably interpret texts subjectively based on personal knowledge, context, and cognitive framework? The exploration of this



question is critical for both legal and theological discourse, as it touches upon whether interpretation is an act that can yield consistent meanings or if it is inherently subjective, shaped by individual perspectives and backgrounds.

## **2. Research Question**

The primary question guiding this study is: Is it possible to derive an objective interpretation from a text based solely on its apparent, literal meaning, or is interpretation an inherently subjective process influenced by personal knowledge and cognitive frameworks? This inquiry has significant implications, especially within legal and religious contexts where an objective, standardized interpretation may impact the uniformity and consistency of judgments and beliefs. The study aims to investigate whether objective interpretation – based on the apparent textual meaning – can be definitively distinguished from subjective interpretation, which relies on speculative clues and individual perception.

## **3. Research Hypothesis**

The hypothesis underpinning this research is that the meaning implied by a term is stable and does not vary significantly across individual interpreters, provided that they apply a methodologically sound approach. This implies that interpretation, when grounded in objective, apparent meaning, can yield a consistent result, not subject to the individual interpreter's biases or contextual influences. However, while recognizing that alternative interpretations can exist, the hypothesis asserts that reasonable individuals in a shared linguistic and cognitive context will generally converge on a common understanding of a text's meaning, thereby upholding the purpose of language as a medium for reliable communication.

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

This research employs a doctrinal approach, analyzing classical and contemporary interpretations in Islamic jurisprudence, and legal philosophy. By examining the works of scholars who have shaped the foundational principles of Islamic law and interpretation, as well as those who have contributed to modern legal philosophy, the study identifies established interpretive methods and their implications on objective versus subjective interpretation. Textual sources are scrutinized to understand how scholars have historically balanced apparent meanings with speculative or contextual clues, especially when textual ambiguity arises.

The framework of this study integrates linguistic theory, hermeneutics, and principles from Islamic jurisprudence to analyze interpretative acts in a structured manner. Linguistic theory aids in understanding how language inherently conveys meaning and how terms serve as the primary vehicles for communication. Hermeneutics provides a lens through which the process of

interpretation, especially in legal contexts, is examined as an act that must reconcile both literal and contextual meanings.

## 5. Results & Discussion

This study reveals a strong preference among Uṣūl al-Fiqh scholars for relying on the apparent meaning of words [zuhūr al-lafz] as the foundation for interpreting a speaker's intent. The primary results indicate that defining zuhūr based on the structural composition of words provides an objective standard, enabling consistent interpretation across different audiences. The structural approach, grounded in linguistic conventions, posits that words have intrinsic meanings tied to their form, offering a universal interpretive framework that minimizes individual biases or subjective inferences. Scholars favoring this approach argue that words, as vessels of meaning, establish a communicative contract between speaker and audience; hence, the apparent meaning should be prioritized to maintain the communicative purpose of language.

The results further highlight a divergence in scholarly views regarding the alternative approach that defines zuhūr based on the cognitive state it induces in the audience. This subjective approach accounts for extratextual factors and personal cognitive responses, suggesting that interpretation could vary among audiences based on their individual knowledge, experiences, and perceptions. While this method embraces a holistic understanding of communication, it also introduces challenges related to consistency and reliability. Relying on the cognitive state can lead to subjective interpretations, where each individual may arrive at different meanings influenced by personal context, thus potentially undermining the objective function of language as a tool for shared understanding.

The discussion focuses on the advantages and limitations of each approach. The structural approach has the advantage of being objective and universally applicable, which promotes a standardized understanding of the speaker's intent. However, it may fall short in scenarios where additional contextual factors are crucial for understanding nuanced meanings or culturally specific references. On the other hand, the cognitive state approach allows for a nuanced interpretation by incorporating context and intention beyond the apparent meaning, but its reliance on individual perspectives creates variability, making it challenging to establish a consistent interpretative outcome across different audiences. This approach can obscure the original communicative intent by allowing the interpreter's context to overshadow the primary meaning embedded within the text.

Furthermore, the study discusses the implications of each approach in legal and theological contexts. In legal interpretation, an objective approach based on the structure of language is generally favored, as it upholds the principle of fairness by providing a clear, uniform basis for understanding laws. This

method enables courts to apply the law consistently, avoiding arbitrary judgments influenced by individual perspectives. In theological interpretation, particularly within Quranic studies, the structural approach also aligns with the goal of transmitting God's intended message as accurately as possible. However, the cognitive approach remains relevant in cases requiring a more comprehensive understanding of complex or ambiguous texts, where contextual clues may provide insights beyond the apparent meaning.

## **6. Conclusion**

This study supports the argument that the apparent meaning of a word, grounded in its structural composition, provides a reliable foundation for interpreting a speaker's intent. This conclusion aligns with the view in Uṣūl al-Fiqh that the objective nature of word structure allows for a consistent transmission of meaning across different audiences, fulfilling the communicative purpose of language. The structural approach, or the concept of *zuhūr* based on linguistic form, is thus seen as superior to the cognitive state approach, which relies on subjective interpretation influenced by personal context and experience.

This research highlights the limitations of relying on cognitive state as the basis for *zuhūr*, noting that it introduces unnecessary subjectivity that can obscure the original intent behind the text. By emphasizing the objectivity of word structure and its inherent meaning, the study suggests that apparent meanings are inherently aligned with the speaker's intended meaning, as long as no explicit indication exists to contradict this. The structural approach promotes an objective standard that avoids the variability introduced by personal interpretation, ensuring that language functions effectively as a medium for conveying shared meaning.

**Keywords:** Objective Interpretation, Subjective Interpretation, Apparent Meaning of Words, Word Structure.



## اعتبارسنجی تفسیر عینی مبتنی بر ظهور لفظ، در برابر تفسیر شخصی متکی بر قرائن گمان آور

محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی \* استادیار، گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.  
h\_shahnoush@ujscs.ac.ir

### چکیده

«تفسیر» در اصطلاح، پرده‌برداری از معنای مراد گوینده است، به طوری که مراد او آشکار گردد. در علم حقوق، تفسیر قانون را به معنای «کشف مقصود قانون‌گذار از طریق کاربری قواعد و مقررات ادبی، منطقی و یا استفاده از سوابق تاریخی» دانسته‌اند. هر نوع تبیین معنای لفظ، متضمن عمل تفسیر در معنای لغوی آن است، چه اینکه خود لفظ پرده‌ای است میان مخاطب و مراد گوینده؛ مخاطب از طریق لفظ صادر شده از گوینده است که معنای مورد نظر او را می‌فهمد. اگر مخاطب نتواند از پل لفظ عبور کند، مآلاً نمی‌تواند به مقصود گوینده پی‌ببرد، لذا در این جستار تفسیر در معنای عام لغوی آن به کار رفته است. پرسش مقاله پیش‌رو آن است که «آیا برای فهم معنای مراد گوینده از متن، روشی وجود دارد که تنها یک معنا را به گوینده منتسب کند، یا اینکه هر فردی بر اساس دانش و شرایط ذهنی خویش، برداشتی گوناگون از متن خواهد داشت؟ آیا تفسیر، عملی ذهنی است که به طور نسبی از فردی به فرد دیگر نتیجه متفاوتی خواهد داشت، یا عملی است که به شرط اعمال درست روش تفسیر، نتیجه واحد و عینی خواهد داشت؟» در این مقاله که ضمن روش توصیفی تحلیلی با نقد و بررسی آراء و اندیشه علمای اصول فقه در خصوص تعریف «ظهور لفظ» صورت گرفته، نشان داده شده است که تفسیر متن بر اساس معنای ظاهر، تفسیری عینی خواهد بود که از فردی به فرد دیگر تغییر نخواهد کرد.

واژگان کلیدی: تفسیر عینی، تفسیر شخصی، ظهور لفظ، ساختار لفظ.



مقدمه

معنای اصطلاحی «تفسیر» دور از معنای لغوی آن نیست. در لغت، تفسیر به معنای برداشتن پرده از روی چیز است. در اصطلاح، تفسیر برداشتن پرده از روی معنای مراد گوینده است؛ به طوری که مراد او آشکار شود. این اصطلاح در علوم قرآنی به معنای تلاش برای فهم معنای مراد از قرآن رایج است (خویی، ۱۴۳۰ق، ص. ۳۹۷). در اصول فقه، برخی حمل لفظ بر معنای ظاهر را مصداق تفسیر ندانسته‌اند (صالحی مازندرانی، ۱۳۸۱، ج ۳، ص. ۳۹۷)؛ زیرا «تفسیر مصدر باب تفعیل از ماده «فسر» است و معنی و مفهومش چنان که اهل لغت گفته‌اند ایضاح امر پنهان و تبیین مراد از لفظ مشکل است. اهل تفسیر هم با تعبیرات گوناگون خود از این معنی دور نیفتاده و تفسیر قرآن را ایضاح و تبیین مراد خداوند از کلامش (قرآن) دانسته‌اند. پیداست این معنی هنگامی صادق است که در معنی نوعی خفا و پوشیدگی وجود داشته باشد. بنابراین، بیان مراد خداوند در صورتی که با نصوص و ظواهر آیات مطابق باشد، تفسیر شمرده نمی‌شود. تفسیر، زمانی موجه است که مقصود خداوند از آیه‌ای که مفسر به تبیین آن می‌پردازد، از احتمالات مجمل یا خلاف ظاهر باشد» (گرچی، ۱۳۸۵، ص. ۲۲۰). در مقابل، برخی دیگر تفسیر را شامل حمل لفظ بر معنای ظاهر آن و مراد از تفسیر در روایات ناهی از تفسیر قرآن را تفسیر به رأی دانسته‌اند (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۴۷۹).

در حقوق نیز برخی محققان، تفسیر قانون را به معنای «کشف مقصود قانون‌گذار از طریق به کار بردن قواعد و مقررات ادبی یا منطقی یا از طریق استفاده از سوابق تاریخی» دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ الف، ص. ۷۱). با این حال، در ادامه این تعریف که عام است، عمل تفسیر قانون را منحصر در مواردی دانسته‌اند که یا مفهوم قانون روشن نباشد یا مفهوم آن روشن باشد ولی سعه و ضیق مدلول آن محل تردید باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ الف، ص. ۷۱). همین نویسنده در جای دیگر می‌نویسد «هرگاه عبارت قانون، تاب بیش از یک احتمال را داشته باشد یا مجمل یا متعارض با قانون دیگر باشد یا رابطه اطلاق و تقیید یا عموم و خصوص داشته باشد، قاضی ناچار است مدلول قانون را با اعمال نظر علمی استخراج کند. این عمل را تفسیر می‌گویند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ ب، ص. ۲۲۰). این تعریف از عمل تفسیر با همان معنای پیش‌گفته اول از تفسیر در اصول فقه سازگار است.

به نظر می‌رسد هر نوع تبیین معنای لفظ متضمن عمل تفسیر در معنای لغوی آن است؛ زیرا

خود لفظ پرده‌ای است میان مخاطب و مراد گوینده؛ در یک جمله، تفسیر «فرایند کاوش معنا و عمل پرده‌برداری از معنای متن» است (واعظی، ۱۳۹۰، ص. ۷). مخاطب از طریق لفظ صادرشده از گوینده است که معنای مورد نظر او را می‌فهمد. اگر مخاطب نتواند از پل لفظ عبور کند، نمی‌تواند به مقصود گوینده پی ببرد. به همین دلیل، در این مقاله تفسیر در معنای عام لغوی آن به کار رفته است. پرسش این است که آیا برای فهم معنای مراد گوینده از متن، راه و روشی وجود دارد که تنها یک معنا را به گوینده منتسب کند یا اینکه هر فردی بر اساس دانش و شرایط ذهنی خودش برداشتی از متن خواهد داشت؟ به تعبیر دیگر، آیا تفسیر عملی ذهنی است (سویزکتیو) که به‌طور نسبی (به تعبیر برخی اندیشمندان اصول فقه، اضافی (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۵۳)) از فردی به فرد دیگر نتیجه متفاوتی خواهد داشت یا اینکه عملی است که به‌شرط اعمال درست روش تفسیر نتیجه واحدی خواهد داشت؟

پیشینه پژوهش: مصطفی همدانی با تأکید بر نظرات آیت‌الله سبحانی، در مقاله‌ای با عنوان «قطعیت دلالت ظواهر؛ رویکردی نوین در علم اصول (تبیین اندیشه اصولی حضرت استاد سبحانی در قطعی بودن دلالت ظواهر و نقد اندیشه مشهور در ظنیت دلالت ظواهر) کوشیده است تا نشان دهد دلالت ظواهر بر معانی استعمالی قطعی است، بلکه حتی دلالت آن‌ها بر معانی جدی هم قطعی است؛ زیرا احتمالاتی که بیان شده‌اند، در ذهن متکلم و مخاطب وجود ندارند؛ زیرا در دنیا کسی تصور نمی‌کند که شاید متکلم شوخی داشته است یا شاید در معنای مجازی به کار برده و قرینه برای آن نیاورده است و امثال ذلک» (همدانی، ۱۳۹۹، ص. ۲۵۳). هم استدلال و هم نتیجه این مقاله مناقشه‌برانگیز است. صرف‌نظر از برخی اصطلاحات که به نظر می‌رسد به‌صورت دقیق در این مقاله استفاده نشده است (مانند معنای جدی یا معنای استعمالی)، اینکه متکلم در مقام جد نباشد تنها به این معنا نیست که در مقام شوخی کردن (برای مثال، هزل) است، بلکه احتمالات دیگری نیز قابل طرح است. جمع این احتمالات قابل اعتناست و معمولاً عقلاً با تکیه بر قرینه حالیه از آن‌ها صرف‌نظر می‌کنند و صرف ظواهر بودن معنا از لفظ برای نفی آن احتمالات کافی نیست. در مقاله پیش رو، در گام نخست مدعی قطعی بودن دلالت نیستیم، بلکه ادعای عینی بودن تفسیر مبتنی بر ظواهر است. عینی بودن به این معناست که معنای ظواهر میان خوانندگان متفاوت فرقی ندارد. براین اساس، ممکن است با اماره‌ای نوعی مواجه باشیم. بنابراین، لزوماً عینی بودن تفسیر مستلزم

قطعی بودن دلالت نیست.

همچنین، محمدحسین انصاری حقیقی و همکاران در مقاله‌ای با عنوان «چیستی قطع و تأثیر آن در باب ظواهر اصول فقه» کوشیده‌اند تا نشان دهند با تکیه بر ظواهر می‌توان به‌طور قطعی به مراد متکلم دست یافت. به تعبیر آن‌ها، «بنا بر نظر برخی اصولیان، استقرار سیره عقلا بر عمل به یک اماره به معنی عدم احتمال خلاف مؤدای آن اماره است». به اعتقاد آن‌ها، «این موجب می‌شود که آن اماره نه از مصادیق ظن که از مصادیق قطع باشد. آن‌ها با تکیه بر عقلایی بودن اصول لفظی کوشیده‌اند قطعیت دلالت ظاهر را اثبات کنند (انصاری حقیقی و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۲۷). به نظر می‌رسد این مقاله نیز میان دو مطلب خلط کرده است؛ قطعی بودن دلالت و نوعی بودن دلالت لفظی. عقلایی بودن اصول لفظی و دلالت الفاظ مستلزم قطعی بودن دلالت لفظی نیست؛ زیرا اساساً عقلا صرفاً و غالباً بر اساس قطع و یقین خود عمل نمی‌کنند، بلکه آن‌ها بر اطمینان و ظنونی که مورد استناد غالب افراد است نیز تکیه می‌کنند.

در این مقاله در تلاشیم تا نشان دهیم دلالت لفظی، نوعی است و از فردی به فرد دیگر تغییر نمی‌کند. براین اساس، همواره احتمال اراده معنایی خلاف ظاهر وجود دارد، اما چنین احتمالی در مقام عمل مورد اعتنای عقلا نیست؛ زیرا با قانون وضع و هدف از قرارداد الفاظ برای معنا که انتقال معناست، در تنافی است.

#### ۱. نسبت میان ظهور لفظ و کشف معنای مراد

معنای ظهور و ظاهر را برخی اصولیان در ضمن بررسی معنای اجمال بیان کرده‌اند. آخوند خراسانی لفظ مبین را لفظی می‌داند که ظهور داشته باشد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۵۳). بر اساس تعریف او از مبین، اراده گوینده، ظهور لفظ و بیان و اجمال مفاهیم به هم وابسته‌اند و فهم هر یک به فهم دیگری منوط است. پیش از او، سیدمرتضی علم‌الهدی نیز کشف مراد گوینده را از راه توجه به ظاهر لفظ مورد مذاقه قرار داده است.<sup>۱</sup> از نگاه آخوند خراسانی، آنچه اجمال را بر طرف می‌کند، این است که لفظ ظهور داشته باشد. بنابراین، به قواعد و اصولی نیازمند خواهیم بود

۱. سیدمرتضی علم‌الهدی در تعریف ظهور فرموده است «و أمّا قولنا "ظاهر" فالأولی أن یکون عبارة عما أمکن أن يعرف المراد به...» (سیدمرتضی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۳۲۹).

که ظهور لفظ را تعیین کنند.

از نظر شیخ انصاری (رحمت‌الله علیه)، اصول لفظی اصالة الظهور در کنار اصول لفظی دیگر مانند اصالة العموم و اصالة الاطلاق، اماراتی هستند که برای تشخیص مراد متکلم به کار می‌روند و نه ظهور لفظ (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۱۳۵). به اعتقاد او، این اصول وقتی به کار می‌روند که در مراد بودن معنای ظاهر تردید کنیم<sup>۱</sup>. شیخ انصاری (رحمت‌الله علیه) میان معنای ظاهر از لفظ و معنای مراد تمایز قائل می‌شود و ابزار رسیدن به هرکدام از آن‌ها را نیز متمایز می‌سازد. در این صورت معنای ظاهر ارتباط مستقیمی با معنای مقصود (مراد) گوینده ندارد مگر از طریق استدلال (اصول لفظی نوع اول در کلامی که از شیخ انصاری نقل شد). درحالی‌که معنای ظاهر به‌طور مستقیم به لفظ مرتبط است، برخی دیگر از اصولی‌ها ظهور را با معنای مقصود گوینده پیوند زده‌اند. به همین دلیل، برای فهم معنای ظاهر، قرائن لفظی و غیرلفظی را نیز مؤثر دانسته‌اند. بر همین اساس نیز اجمال و بیان (ظاهر بودن لفظ در معنایی و عدم ظهور آن) را موضوعی اضافی (نسبی) دانسته‌اند که از فردی (مخاطبی) به فرد دیگر متفاوت خواهد بود؛ یعنی ممکن است لفظی برای فردی ظاهر (مبین) باشد و برای فردی دیگر مجمل (غیرظاهر) (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۵۳). در ادامه این مقاله، ضمن بررسی نظر کسانی که ظهور لفظ را به‌طور مستقیم به معنای مراد گوینده پیوند زده‌اند، نشان خواهیم داد که ظهور لفظ با ساختار آن مرتبط و تنها از طریق آن و همچنین، به ضمیمه توجه به هدف وضع است که به معنای مقصود گوینده پیوند می‌خورد. قرائن تنها در قالب ساختار لفظ و پیوند با آن است که می‌توانند در فهم مراد گوینده مؤثر باشند و خارج از این چهارچوب نمی‌توان آن‌ها را دلیلی مستقل برای فهم متن دانست. به تعبیر دیگر، قرائن به‌تبع متن اصلی دال بر مراد گوینده هستند (محقق داماد و شاهنوش فروشانی، ۱۳۹۸، صص. ۷۱-۹۸).

## ۲. رویکرد شخصی (ذهنی) در تعریف «ظهور لفظ»

برخی اندیشمندان اصول با تعریف ظاهر به‌مثابه معنایی که مراد گوینده است، پیوند مستقیمی میان

---

۱. «... و بالجملة فالمطلوب في هذا القسم أن اللفظ ظاهر في هذا المعنى أو غير ظاهر؟ و في القسم الأول أن الظاهر المفروغ عن كونه ظاهراً مراد أو لا؟ و الشك في الأول مسبب عن الأوضاع اللغوية و العرفية و في الثاني عن اعتماد المتكلم على القرينة و عدمه. فالقسمان من قبيل الصغرى و الكبرى لتشخيص المراد» (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۱۳۶).

آن و معنای مراد ایجاد کرده‌اند که قرائن لفظی و غیرلفظی در آن مؤثر است. در اینجا تعریف پنج اندیشمند مورد بررسی قرار می‌گیرد. این تعاریف همه در یک نکته مشترک هستند؛ معنای ظاهر معنایی است که گمان (ظن) می‌رود گوینده آن را اراده کرده است. روشن است که «گمان» حالتی است که بر اساس علل ایجادکننده آن در نفس مخاطب، از فردی به فرد دیگر متفاوت خواهد بود. ممکن است لفظی برای کسی این گمان را ایجاد کند که گوینده معنایی را اراده کرده است و فرد دیگری همان متن را بخواند و آن گمان برای او ایجاد نشود یا گمان کند معنای دیگری مراد گوینده است. بر همین اساس، این نظریات را تجویز تفاسیر شخصی از لفظ می‌دانیم.

#### ۱.۲. تعریف ظهور با استفاده از عنصر ظن به مراد گوینده

به اعتقاد غزالی، ظاهر لفظی است که برای مخاطب حالت ظن ایجاد می‌کند؛ ظن به مراد گوینده. او می‌نویسد «الظاهر اللفظ الّذی یغلب علی الظنّ فهم معنی منه، من غیر قطع» (غزالی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۸۵). اگر ظاهر ایجاد ظن به مراد گوینده کند، نمی‌تواند به تنهایی دلیل معتبری برای استناد معنایی آن باشد. اعتبار یا حجیت این ظن نیازمند دلیل است مانند هر ظن دیگر. به همین دلیل، شیخ انصاری (رحمت‌الله علیه) اصالة الظهور را اماره‌ای برای کشف مراد گوینده دانسته است. اصالة الظهور دلیلی است برای اینکه معنای ظاهر همان معنای مراد گوینده است. اگر ظاهر لفظی است که معنای مراد از آن مضمون است، باید از وجه حجیت این ظن (اماره) سخن گفت، اما اگر ظاهر لفظی باشد که معنای مراد از آن شناخته می‌شود، دیگر جایی برای بحث از وجه حجیت ظاهر وجود ندارد. برخی مانند سیدمرتضی و شیخ طوسی (رحمت‌الله علیهما)، از مسئله حجیت ظهور سخن نگفته‌اند. این در حالی است که یکی از مباحث مهم میان اصولیان بعد از آن‌ها در قرون متأخر مسئله حجیت ظهور است. شاید دلیل پررنگ شدن اصالة الظهور در میان اصولیان متأخر، تغییر رویکرد آن‌ها در خصوص مفهوم «ظهور» باشد.

در هر صورت، به نظر می‌رسد دلیل تغییر این رویکرد از سوی غزالی، تغییر طُرُق کشف معنای مراد گوینده از معیارهای عینی متکی بر ساختار لفظ به معیارهای شخصی است. بر این اساس، توجه به اوضاع و احوال مخاطب، گوینده و احتمال عدم دسترسی به قرائنی که گوینده بر آن‌ها تکیه داشته است، مهم خواهد بود.

میرزای قمی (رحمت‌الله علیه) نیز ظاهر را با تکیه بر عنصر ظن به مراد گوینده معنا می‌کند؛

«ظاهر آن چیزی است که بر معنایی دلالت دارد؛ دلالتی ظنی که احتمال غیر آن نیز وجود دارد مانند الفاظی که برای آن‌ها معنای حقیقی وجود دارد و بدون قرینه مجاز استعمال شده‌اند؛ چه این معنای حقیقی لغوی باشد و چه شرعی و چه غیر آن‌ها. همچنین، از موارد ظاهر است مجازی که قرینه واضح همراه آن باشد...» (میرزای قمی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص. ۲۲۸). در این تعریف باید به دو واژه توجه کرد؛ زیرا برای فهم کل تعریف، فهم آن دو بسیار مهم است؛ دلالت ظنی و عدم قرینه مجاز. میرزای قمی می‌گوید «ظاهر» دلالت دارد، اما بر چه چیزی دلالت دارد؟ ممکن است پاسخ داده شود دلالت دارد به معنا، اما این پاسخ پرسش دیگری را برمی‌انگیزد؛ کدام معنا؟ معنای موضوعی لفظ یا معنای مورد اراده متکلم؟ اگر پاسخ دوم درست است باز هم نیازمند پاسخ به پرسش دیگری هستیم؛ کدام معنای مراد متکلم؛ زیرا متکلم در سطوح مختلفی از الفاظی که به کار می‌گیرد، معنا را اراده می‌کند. برای توضیح و فهم این نکات لازم است مفهوم دلالت لفظ و اقسام آن بازخوانی شود.

رکن دیگر در تعریف ظاهر واژه ظن است. از نظر میرزای قمی، آنگاه که لفظی بر دو معنا یا بیشتر با درجه احتمال مساوی دلالت داشته باشد، آن کلام مجمل است و اگر احتمال یکی از دو معنا بیشتر از دیگری باشد، آن لفظ ظاهر در آن معنا خواهد بود و اگر با وجود این احتمال بیشتر، لفظ بر معنای مرجوح (یعنی آنکه احتمالش کمتر است) حمل شود، آن را مؤول می‌نامند. در این صورت باید دو پرسش از ایشان پرسیده شود. نخست، اگر یکی از دو معنا احتمال بیشتر داشته باشد، ولی به هر دلیل نتوان به این احتمال بیشتر (ظن) عمل کرد، بلکه در مقام عمل، معنایی که احتمال آن بیشتر و معنایی که احتمالش کمتر است، در یک رتبه باشند و نتوان هیچ‌کدام را در مقام عمل بر دیگری رجحان داد، چه فرقی با صورت اجمال دارد؟ مثال آن عام مخصّص است در صورتی که مفهوم مخصّص مجمل باشد و دوران بین دو معنای متباین داشته باشد. در این صورت عمومیت عام نسبت به هریک از طرفین شبهه به تنهایی مظنون است، اما به دلیل علم اجمالی به تخصیص یکی از آن‌ها نمی‌توان به عام تمسک کرد. چنین موردی را از موارد اجمال دانسته‌اند، اما با تعریفی که میرزا از ظاهر و مبین ارائه می‌کند، باید آن را مبین دانست؛ زیرا در اینجا عام در عمومیتش ظاهر است باین حال، نمی‌توان به آن عمل کرد!

همچنین باید از میرزا پرسید که در تأویل چگونه معنای مرجوح بر معنای راجح مقدم داشته

می‌شود؟ آیا عامل دیگری غیر از ساختار لفظی، احتمال آن معنا را در نهایت بیش از احتمال معنای دیگر می‌کند یا با وجود احتمال کمتر مقدم می‌شود؟ اگر پاسخ نخست درست است، پس این معنای مرجوح است که با توجه به عامل خارجی (خارج از ساختار لفظ) راجح شده است. همچنین، اگر «ظن به معنا» به معنای «ظن به مراد متکلم» باشد، آنگاه کلام شیخ انصاری در تعریف اصول لفظیه را باید دوباره بازخوانی و معنا کنیم؛ زیرا به نظر می‌رسد اصول لفظیه از نظر شیخ انصاری امارات کشف مراد متکلم باشند درحالی‌که از نظر میرزای قمی (رحمت‌الله علیه)، «ظاهر» لفظی است که ظن به معنای مراد متکلم را موجب می‌شود. شیخ محل اجرای اصول لفظیه را پس از انعقاد ظهور می‌داند درحالی‌که ظهور در تعریف میرزای قمی خود ظن به مراد متکلم است. چگونه می‌توان اصول لفظیه را که امارات یعنی ادله ظن‌آور برای مراد متکلم هستند، پس از اینکه ظن به مراد متکلم حاصل شده است (ظهور)، دوباره اجرا کرد؟! نمی‌توان هم ظهور را معنای راجح و مظنون از مراد متکلم تعریف کرد و هم اماره کشف مراد متکلم را اصالة‌الظهور به معنای بنای عقلا بر تطابق معنای ظاهر با مراد جدی دانست! به نظر می‌رسد چنین اشکالی ناشی از تکیه بر معیار ذهنی در تعریف ظاهر است. اگر ظاهر معیاری عینی داشته باشد، آنگاه آن معیار عینی (مثلاً وضع) دال بر معنای ظاهر خواهد بود و ظاهر دال بر معنای مراد. براین اساس، ساختار لفظ و معنای مراد رابطه‌ای مستقیم خواهند داشت.

## ۲.۲. تعریف ظهور با تکیه بر بی‌نیازی از غیر در انتقال معنا

فخر رازی در تعریف ظاهر می‌گوید «الظاهر هو ما لا یفتقر فی افادته لمعناه إلی غیره سواء أفاده وحده أو مع غیره» (رازی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۱۵۲). فخر رازی ظاهر را آن لفظی می‌داند که برای افاده معنا به غیر خود (یعنی غیر خود این لفظ) نیازی ندارد. از نظر او فرقی نمی‌کند تنها همین معنا را افاده کند یا همراه با آن معنای دیگری را نیز افاده کند. با این قید، او میان ظاهر و نص فرق می‌گذارد؛ زیرا به اعتقاد او نص لفظی است که تنها به کار بردن آن در یک معنا ممکن است درحالی‌که ظاهر می‌تواند معنای دیگری را نیز افاده کند، ولی این معنای دوم مرجوح است؛ یعنی احتمال کمتری در خصوص مراد بودن آن وجود دارد (رازی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۱۵۲). با این قید فخر رازی نیز مانند غزالی عنصر ظن به مراد گوینده را در تعریف ظهور دخیل می‌کند. شاید به نظر برسد او در تعریف نص و ظاهر از دو معیار مختلف استفاده کرده است و به همین دلیل، این دو



تعریف ناسازگارند. در تعریف نص او بر ساختار لفظ تکیه کرده و همین ساختار است که مانع احتمال معنای دیگر شده است در حالی که در تعریف ظاهر از عنصر ظن به مراد استفاده کرده است که موضوعی ذهنی است و به ساختار لفظ ارتباطی ندارد، اما این تحلیل درست نیست. فخر رازی در هر دو مورد بر ساختار لفظ تکیه کرده است. در نص ساختار فقط قالب برای یک معناست، اما در ظاهر ساختار قالب برای یک معنا نیست، بلکه می‌تواند قالب برای معنای دیگر باشد. باین حال، این پرسش باقی خواهد ماند که ظن به مراد گوینده چگونه به یکی از دو معنایی که ساختار لفظ می‌تواند برای آن‌ها قالب باشد، تعلق می‌یابد؟ ظن به یکی از دو معنا نمی‌تواند به ساختار بازگردد؛ زیرا ساختار به تنهایی نسبت به این دو معنا علی‌السویه است. بنابراین، تعریف نص و ظاهر از جهتی بر ساختار تکیه دارد، اما عنصر ظن به مراد متکلم تعریف ظهور را از معیاری عینی (یعنی ساختار) به معیاری ذهنی نزدیک می‌کند.

### ۳.۲. تعریف ظاهر با تأکید بر عنصر وضع

پس از فخر رازی، آمدی نیز از عنصر ظن به مراد گوینده فاصله گرفته و بر عنصر وضع تکیه کرده است. او می‌نویسد «اللفظ الظاهر ما دلّ علی معنی بالوضع الأصلي أو العرفی و یحتمل غیره احتمالا مرجوحا» (آمدی، ۱۴۲۴ق، ج ۳، ص. ۶۵). به اعتقاد او، ظاهر معنایی است که به واسطه وضع - چه وضع اصلی و چه وضع عرفی - به معنایی دلالت می‌کند، اما بر معنای دیگری نیز با احتمال کمتر دلالت دارد. او در ادامه می‌نویسد «اینکه گفتیم به وضع اصلی یا عرفی برای احتراز از معانی دومی بود که عرفی نشده‌اند مانند لفظ اسد [شیر] برای معنای انسان و غیر آن. اینکه گفتیم احتمال معنای دیگری نیز از آن می‌رود، برای احتراز از لفظی بود که معنای مراد از آن قطعی است و قابل تأویل نیست. اینکه گفتیم احتمال معنای دوم کمتر است، برای احتراز از الفاظ مشترک [مشترک لفظی] بود»<sup>۱</sup>. تأکید بر وضع اصلی و عرفی تعریف او را از معیاری ذهنی به معیاری عینی نزدیک کرده است، اما دخیل کردن عنصر احتمال موجب می‌شود معیارهای ذهنی نیز در ظاهر

۱. «فقولنا بالوضع الأصلي أو العرفی، احتراز عن دلالتہ علی المعنی الثانی، إذا لم یصر عرفیاً، کلفظ الأسد فی الإنسان و غیره و قولنا یحتمل غیره، احتراز عن القاطع الذی لا یحتمل التأویل و قولنا احتمالا مرجوحا، احتراز عن الألفاظ المشتركة» (آمدی، ۱۴۲۴ق، ج ۳، ص. ۶۵).

مؤثر شود. بنابراین، آمدی نیز مانند فخر رازی بر اهمیت ساختار لفظ در انتقال معنای مراد توجه کرده است، ولی روشن نمی‌کند افزون بر لفظ و ساختار آن، چه چیزی احتمال را موجب می‌شود. شاید بتوان قسمت نخست تعریف او را متوجه مدلول تصویری لفظ دانست و قسمت دوم را مرتبط با مدلول تصدیقی آن؛ زیرا احتمال تنها در ارتباط میان لفظ و اراده گوینده قابل طرح و این مدلول تصدیقی لفظ است که به مراد گوینده ارتباط دارد. در خصوص مدلول تصویری و تصدیقی در ادامه مقاله سخن خواهیم گفت.

علامه حلی (رحمت‌الله علیه) تعریف آمدی را به دلیل همین تکیه او بر وضع اصلی و عرفی نقد می‌کند؛ زیرا معتقد است هرگاه لفظ به گونه‌ای باشد که احتمال معنایی برای آن بیشتر از معانی دیگر باشد، ظاهر خواهد بود و این احتمال تنها ناشی از وضع اصلی یا عرفی نیست (حلی (علامه)، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص. ۴۸۹).

علامه حلی (رحمت‌الله علیه) ظاهر را از امور نسبی می‌داند که گاه در مقایسه با اشخاص لحاظ می‌شود و گاه در مقایسه با معانی. در صورت دوم، معنایی ظاهر خواهد بود که در مقایسه با معنای دیگر با احتمال بیشتری مراد گوینده باشد. او می‌نویسد «... و التحقيق أنه من الأمور الإضافية يختلف باختلاف ما ينسب إليه و هو قد يضاف تارة إلى الأشخاص و تارة إلى المعاني و الأخير هو المراد هنا و هو ما تترجح دلالتة على ما أضيف إليه، فإن جعلناه جنسا للنص، اقتصرنا عليه و الا أضيف إليه ترجيحا غير مانع من التقيض» (حلی (علامه)، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص. ۴۸۹). دو نکته در این عبارت علامه شایان توجه است. نخست اینکه، علامه موضوع را معنا قرار داده است نه لفظ را. دوم اینکه، معیار عینی وضع و مانند آن را برای ظاهر بودن نمی‌پذیرد، بلکه صرف احتمال بیشتر را معیار قرار داده است. براین اساس، نظریه علامه حلی از تعریف ظاهر از معیار عینی دور و به معیار ذهنی نزدیک می‌شود.

### ۳. رویکرد عینی در تعریف «ظهور لفظ» با تأکید بر ساختار لفظ و هدف وضع

پیش از این اشاره شد که در مقابل دسته نخست، برخی دیگر از اندیشمندان اصول فقه، معنای ظاهر را مرتبط با ساختار لفظ دانسته‌اند. در این صورت مخاطب و دانش او در خصوص قرائن اهمیتی ندارد. آنچه مهم است ساختار خود لفظ (قالب لفظ) است. بنابراین، ظاهر معنایی است که بر اساس روش‌های ساختارشناسانه کشف می‌شود و بر اساس استدلالی غایت‌شناسانه (غایت

وضع) به گوینده مرتبط می‌شود. براین اساس، گوینده نمی‌تواند فراتر از ساختار لفظی که به کار برده است، معنایی را اراده کند. به این معنا که اگر چنین کند، لفظ و مقتضای ساختار آن علیه ادعای او دلیل خواهد بود. همچنین، مخاطب نیز نمی‌تواند فراتر از ساختار لفظ و مقتضای آن معنایی را به گوینده نسبت دهد. به این معنا که اگر او چنین ادعایی داشته باشد، معنای ظاهر که از ساختار لفظ به دست آمده است و با عنایت به غایت وضع، دلیل علیه ادعای او خواهد بود. در ادامه، نظرات هشت اندیشمند اصولی بررسی خواهد شد و در ضمن آن نشان خواهیم داد بدون تکیه بر چنین دلیل عینی که از فردی به فرد دیگر متفاوت نیست، امکان دلیل قراردادن لفظ در نظام حقوقی ممکن نیست. این روش ممکن است نتایجی نص‌گرا را به نمایش بگذارد. به نظر می‌رسد آن را باید با اصول حقوقی تعدیل کرد (شاهنوش فروشانی، ۱۴۰۲، صص. ۶۴۷-۶۷۴).

### ۱.۳. تعریف ظهور با تأکید بر امکان شناخت مراد گوینده از لفظ

سیدمرتضی «ظاهر» را خطاب می‌داند که مراد گوینده را بتوان از طریق آن فهمید (سیدمرتضی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۳۲۹). ممکن است منظور او تنها این باشد که ظهور عاملی است برای شناخت مراد گوینده. بنابراین، وضعیتی در خطاب (که از نظر سیدمرتضی (رحمت‌الله علیه) موضوع مباحث اصول فقه است) وجود دارد که بر اساس آن می‌توان مراد گوینده را شناخت. در این صورت ایشان ظاهر را تعریف نکرده است؛ زیرا باز باید از او پرسید «این چه عاملی است که موجب شناخت مراد گوینده می‌شود؟». به نظر می‌رسد منظور ایشان این است که اگر خطاب به گونه‌ای باشد که بتوان از آن به مراد گوینده را بی‌برد، آن خطاب ظاهر است. براین اساس، تفاوتی میان نص و ظاهر وجود نخواهد داشت؛ زیرا سیدمرتضی در تعریف نص می‌نویسد «اعلم أنّ النصّ هو کلّ خطاب أمکن معرفة المراد به» (سیدمرتضی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۳۲۹ همچنین، ایشان اصطلاح دیگری را نیز به کار برده است. او خطاب را به مفسّر (که مستقلاً می‌توان از آن مراد گوینده را شناخت) و مجمل که مستقلاً مراد گوینده را افاده نمی‌کند، تقسیم کرده است (سیدمرتضی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۳۲۵). سپس مواردی را که مشمول عنوان مفسّر است، احصا کرده است. بی‌تردید این موارد داخل در تعریف ظهور خواهند بود. می‌توان پرسید مواردی که به ضمیمه چیز دیگری (اعم از لفظی یا غیرلفظی)، مراد گوینده از آن فهمیده می‌شود، داخل در تعریف ظاهر است یا نه؟ آنچه او در ذیل تعریف نص می‌گوید، نشان می‌دهد این قسم نیز داخل در تعریف ظهور باقی است؛ زیرا

به تصریح او نص خطابی است که شناخت مراد گوینده از آن ممکن است. او می‌نویسد «اعلم أنّ المجمل هو الخطاب الذي لا يستقل بنفسه في معرفة المراد به و المفسر ما استقل بنفسه و المستقل بنفسه على أقسام؛ أحدها ما يدل على المراد بلفظه و ثانيها ما يدل بفحواه و ثالثها ما ألحقه قوم به من الدال على المراد بفائدته و رابعها ما ألحق - أيضا - مما يدل بمفهومه و مثال الأول قوله تعالى "وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ" و "أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ" و "لَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا" و ما لا يحصى من الأمثلة و مثال الثاني قوله تعالى "فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌّ" و مثال الثالث طريقة التعليل و مثال الرابع الزجر و تعلق الحكم بالأسباب و وجوب ما لا يتم ما كلفناه إلا به» (سیدمرتضی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۳۲۳). مواردی که او در ذیل کلام مفسر (مستقل در افاده مراد گوینده) بیان می‌کند با توجه به مثال‌هایی که برای آن‌ها می‌آورد، همه تکیه بر معیارهای عینی دارند و نه ذهنی مانند لفظ، مفهوم موافقت (ما يدل بفحواه)، عموم و خصوص مستفاد از بیان علت و درنهایت، مفهوم مخالف. همه این موارد معیارهای عینی هستند؛ زیرا از فردی به فرد دیگر تفاوت نمی‌کنند و برداشت عرفی از آن‌ها یکسان است. همچنین، ظاهر عبارت او این است که برخی موارد لفظی و برخی غیرلفظی هستند، اما به نظر می‌رسد سه مورد اخیر مستند به لفظ هستند.

شیخ طوسی نیز ظاهر را کلامی می‌داند که مراد گوینده به واسطه آن برای شنونده ظهور می‌یابد.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد این تعریف تنها تعریفی لفظی است؛ زیرا ظهور را به واسطه خودش تعریف کرده است. روشن نیست ظهور یافتن در این تعریف به چه معناست. ممکن است مراد شیخ طوسی (رحمت‌الله علیه) همان باشد که سیدمرتضی (رحمت‌الله علیه) فرمود؛ یعنی مراد از ظهور در تعریف شیخ طوسی (رحمت‌الله علیه) همان شناخت (معرفت) در تعریف ارائه‌شده سیدمرتضی (رحمت‌الله علیه) باشد، اما شیخ پیش از ارائه تعریفی برای ظهور، مفاهیمی مانند محکم و متشابه را تعریف کرده و در تعریف آن‌ها عنصر احتمال به مراد گوینده را دخیل دانسته است. ممکن است ظهور در تعریف ظاهر نیز همین ویژگی را به همراه داشته باشد. با این حال، از این تعریف نمی‌توان مراد دقیق شیخ (رحمت‌الله علیه) از ظاهر را دانست.

قبل از تعریف «ظاهر»، او دو وصف دیگر برای کلام بیان و آن‌ها را با توجه به احتمال معنا از

۱. «و أما الظاهر، فهو ما يظهر المراد به للسامع»، فمن حيث ظهر مراده وصف هو بآنه ظاهر» (طوسی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص.

آن تعریف می‌کند. او مُحکَم را کلامی می‌داند که احتمال معنایی غیر از آنچه از آن اراده شده است، نمی‌رود<sup>۱</sup> و متشابه را کلامی می‌داند که چند احتمال در معنای مراد از آن می‌رود<sup>۲</sup>.

در عین حال، شیخ (رحمت‌الله علیه) نصّ را چنین تعریف می‌کند «وَأَمَّا النَّصُّ، فَهُوَ كَلِّ خُطَابٍ يُمْكِنُ أَنْ يَعْرِفَ الْمُرَادَ بِهِ» (طوسی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۴۰۷). این همان تعریف سیدمرتضی (رحمت‌الله علیه) از نص است. شیخ (رحمت‌الله علیه) در ادامه، تعریفی از شافعی برای نص بیان می‌کند و در رد آن و دفاع از تعریفی که خود ارائه کرده است، می‌فرماید «وَأَلَّذِي يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ مَا اخْتَرْنَاهُ أَنَّ النَّصَّ إِنَّمَا يَسْمَى نَصًّا لِأَنَّهُ يَظْهَرُ الْمُرَادُ وَيُكْشَفُ عَنِ الْغَرَضِ تَشْبِيْهًا بِالنَّصِّ الْمَأْخُوذِ مِنَ الرَّفْعِ نَحْوَ قَوْلِهِمْ "مَنْصَّةُ الْعُرُوسِ" إِذَا ظَهَرَتْ وَنَحْوَ مَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) أَنَّهُ كَانَ حِينَ أَفَاضَ مِنْ عَرَفَاتٍ إِلَى جَمْعٍ يَسِيرٍ عَلَى هَيْئَتِهِ فَإِذَا وَجَدَ فِجْوَةً نَصًّا يَعْنِي أَنَّهُ بَلَغَ فِيهِ الْغَايَةَ فَعَلِمَ بِذَلِكَ صِحَّةَ مَا قَلْنَاهُ» (طوسی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۴۰۷). از نظر ایشان، وجه تسمیه نص این است که مراد گوینده از آن ظاهر می‌شود. ظهور در این عبارت وابسته به احتمال و ظن نیست، بلکه ظهور در این عبارت معادل کشف است. بنابراین، ظهور در تعریف ظاهر هم به معنای کشف است. شاید این عبارت بهترین قرینه برای فهم تعریف شیخ (رحمت‌الله علیه) از ظاهر باشد. شیخ طوسی (رحمت‌الله علیه) از مفهوم دیگری نیز سخن می‌گوید که سید (رحمت‌الله علیه) آن را مَبِين (مقابل مجمل) می‌نامد، اما شیخ (رحمت‌الله علیه) آن را مَفْسَّر می‌نامد و چنین تعریف می‌کند «هُوَ مَا يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ الْمُرَادِ بِهِ» (طوسی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۴۰۷). مفسّر از نظر شیخ (رحمت‌الله علیه) - مانند سیدمرتضی (رحمت‌الله علیه) که مَبِين یا کلام مستقل در انتقال معنای مراد را با معیارهای عینی در کلام تعریف می‌کند - متکی بر معیارهای عینی در کلام است. پس ظهور نیز نزد او وصفی است در کلام که می‌توان آن را بر اساس معیارهای عینی در کلام مانند وضع، اولویت مفهومی و... تعریف کرد. ظهور نزد شیخ طوسی (رحمت‌الله علیه) مفهومی نسبی و شخصی نیست.

۱. «وَأَمَّا الْمُحَكَّمُ، فَهُوَ مَا لَا يَحْتَمِلُ إِلَّا الْوَجْهَ الْوَاحِدَ الَّذِي أُرِيدُ بِهِ» و وصف محکماً لآنچه قد أحکم فی باب الإبانة عن المراد» (طوسی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۴۰۸).

۲. «وَأَمَّا الْمُتَشَابِهُ، فَهُوَ مَا احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ فَصَاعِدًا» (طوسی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۴۰۸).

### ۲.۳. تعریف ظهور لفظ با ارجاع به مدلول‌های سه‌گانه لفظی؛ مطابقی، تضمینی و التزامی

از نظر شیخ انصاری (رحمت‌الله علیه)، ظهور لفظ متکی بر یکی از دلالت‌های سه‌گانه لفظ (تطابقی، تضمینی و التزامی) است. او ظن به مراد گوینده را وقتی حجت می‌داند که مستند به ظاهر لفظ باشد و منتهی به یکی از دلالت‌های سه‌گانه لفظی شود. به نظر او، ظن صرف به مضمون و مفاد لفظ بدون استناد به یکی از دلالت‌های سه‌گانه حجت نیست.<sup>۱</sup> دلالت وضعی به دلالت لفظی و غیرلفظی قابل تقسیم است. دلالت لفظی گاه مطابقی است؛ یعنی دلالت لفظ بر تمام معنای خود، و گاه تضمینی است؛ یعنی دلالت لفظ بر جزء معنایش مانند اینکه وقتی می‌گویید «ساعت»، این لفظ به‌طور ضمنی بر اجزای تشکیل‌دهنده ساعت نیز دلالت دارد و گاه معنای لفظ در ذهن با معنای دیگری تلازم دارد و به‌واسطه این تلازم ذهنی بر آن نیز دلالت دارد (حلی (علامه)، ۱۳۶۳، ص. ۸). با ارجاع ظهور به دلالت‌های سه‌گانه لفظی، ظهور با وضع مرتبط خواهد بود؛ زیرا همان‌طور که توضیح داده شد، دلالت لفظی ناشی از وضع است. از نظر شیخ انصاری، معنایی ظاهر از لفظ است که مبتنی بر وضع و دلالت لفظی باشد. همین معنا به‌واسطه اصالة‌الظهور قابل انتساب به گوینده است (شاهنوش فروشانی، ۱۳۹۸، صص. ۱۵۲ و ۱۵۳). محقق اصفهانی به‌خوبی توضیح داده است که چرا معنایی که منتهی به وضع می‌شود، قابل انتساب به گوینده است. او از مفهوم «قانون وضع» بهره می‌گیرد. محقق اصفهانی معتقد است مقتضای قانون وضع این است که گوینده معنای ظاهر از لفظ را که مستند به وضع لفظ است، اراده کرده است (اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۱۸۳).

### ۳.۳. تعریف ظهور و توجه به نقش قرائن حالیه و مقالیه در ساختار آن

برخلاف برخی اصولیان که اصالة‌الحقیقه را مصداق اصالة‌الظهور می‌دانند<sup>۲</sup>، محقق نراقی معتقد است

۱. «الظن المستند إلى ظواهر الألفاظ، المنتهی إلى إحدى الدلالات الثلاث و لو بمعونة القرائن الحالیه أو المقالیه المتعارفة فی المحاورات لدى الإفادة و الاستفادة و لو كانت بسبب سبق عهد بین المتكلم و المخاطب أو اشتهاار المشترك فی أحد معانیه، بخلاف غیرها ممّا لا تعویل علیها فی العرف و العادة فی استكشاف مقاصدهم من الألفاظ كالرمل و نحوه و بخلاف الظنون التی قد تستفاد من اللفظ و من ینتسب إلیه بواسطة أمر خارج عنه بالمرّة مثل فهم الأصحاب أو اشتهاار مضمون اللفظ، فإنّها فی الحقیقة لیست من الظنون المنتهیه إلى إحدى الدلالات بل هو ظنّ بمضمون اللفظ...» (انصاری، ۱۳۸۳، ج ۳، ص. ۸۷).

۲. «فلو عبرنا بدلاً عن كل من هذه الاصول بأصالة‌الظهور كان التعبير صحيحاً مؤدباً للغرض، بل كلّها يرجع اعتبارها إلى اعتبار أصالة‌الظهور، فلیس عندنا فی الحقیقة إنّ أصل واحد هو "أصالة‌الظهور" و لذا لو كان الكلام ظاهراً فی المجاز و احتّمّل إرادة

موضوع اصالة الحقيقة و اصالة الظهور با هم متفاوت‌اند. گاه تردید در این است که آیا گوینده لفظ را در معنای موضوع<sup>۱</sup> آن استعمال کرده یا اینکه آن را در غیر موضوع<sup>۲</sup> له به کار برده است؟ گاه پرسش این است که آیا گوینده معنایی را که از لفظ به ذهن مخاطب خطور کرده، اراده کرده یا معنای دیگری را از لفظ در نظر داشته است؟ در پاسخ به پرسش (تردید) نخست، اصالة الحقيقة به کار می‌آید که بر اساس آن، اصل بر این است که گوینده لفظ را در معنای موضوع<sup>۳</sup> له به کار برده است در حالی که در پاسخ به پرسش دوم، اصالة الظهور به کار می‌آید که بر اساس آن، معنای ظاهر که از لفظ به ذهن خطور کرده، همان معنای مراد گوینده است، اما این معنا باید مستند به قرائن حالیه یا مقالیه باشد. ایشان چنین می‌نویسد «و من الأصول الثلاثة، أصل إرادة الظاهر و المراد بالظاهر ما يسبق إلى الذهن من اللفظ و لو بملاحظة القرائن الحالية أو المقالية المقترنة معه، فهو أعم من أصل الحقيقة؛ لجريانه في المجازات أيضا...» (نراقی، ۱۴۳۰ق، ص. ۱۰۰).<sup>۴</sup>

بنابراین، برخلاف شیخ انصاری که ظهور را مستند به دلالت‌های سه‌گانه لفظی می‌داند، محقق نراقی منشأ ظهور را اعم از دلالت وضعی و قرائن می‌داند. باید از محقق نراقی پرسید قرینه چگونه دلالت لفظی را به کناری می‌نهد و خود جای آن را می‌گیرد؟ قرینه یا لفظ است یا غیرلفظ. اگر قرینه لفظی است، پس در نهایت بر اساس «قانون لفظ» عمل می‌کند. به تعبیر دیگر، قرینه خود بخشی از ساختار ترکیب لفظ به‌کاررفته توسط گوینده است، اما اگر قرینه لفظ نباشد، استناد به آن چه توسط گوینده برای افاده و انتقال معنایی که در نظر دارد و چه توسط مخاطب برای انتساب معنایی به گوینده، خلاف «قانون وضع» است (برای دیدن بحث بیشتر در خصوص نقش قرینه در فهم معنای متن ن. ک به: محقق داماد و شاهنوش فروشانی، ۱۳۹۸، صص. ۷۱-۹۸).

### ۴.۳. تعریف ظهور با تأکید بر رابطه ساختار لفظ و معنا

همان‌طور که از ابتدای این مقاله روشن شد، مفهوم «مبین» و مفهوم «ظهور» با هم نسبت دارند.

---

الحقیقة انعكس الأمر و كان الأصل من اللفظ المجاز، بمعنى أن الأصل الظهور، و مقتضاه الحمل على المعنى المجازى و لا تجرى أصالة الحقيقة حينئذ و هكذا لو كان الكلام ظاهراً في التخصيص أو التقييد» (مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۱، ص. ۷۶).  
۱. ایشان در ادامه می‌فرماید «و الدليل عليه - مع أنه لولاه لزم الإغراء و انتفت فائدة الخطاب - أن على ذلك جرت العادة في المحاورات و عليه بناء أهل اللغات و قد عرفت أنه الحجّة في المقام و يشهد له أن الحامل للفظ على الظاهر معذور عند أرباب اللسان - و لو وقع له خطأ في فهم المراد - و الذام له و المخطئ إياه ملوم في العرف و العادة».

نص و ظاهر هر دو از مصادیق کلام مبین هستند. ارتباط میان این دو مفهوم موجب شده است برخی از اصولیان نظر خود را درباره معنای ظاهر در ضمن تعریف مفهوم «مبیین» ارائه کنند. محقق خراسانی از کسانی است که مبیین را بر اساس مفهوم «ظاهر» تعریف کرده است. ایشان در تعریف مبیین می‌نویسد «مبیین لفظی است که [معنای] ظاهر دارد و به حسب متفاهم عرف، قالب برای خصوص یک معناست»<sup>۱</sup>. به نظر می‌رسد عطف میان دو جمله در این تعریف، تفسیری باشد؛ یعنی قالب بودن لفظ برای خصوص یک معنا تعریف ظاهر است (مشکینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۵۲۵). در این تعریف، گوینده و مخاطب نادیده گرفته شده‌اند و ظهور تنها بر اساس ساختار (قالب) لفظ و نسبت آن با معنی تعریف شده است. پیش‌تر گفتیم که فخر رازی هم ظهور را با ارجاع به ساختار لفظ تعریف کرده است، اما از آنجاکه فخر رازی عنصر احتمال را نیز در تعریف ظهور دخیل کرده بود، ذهن گوینده و مخاطب را نیز در تعریف ظهور دخیل کرده بود. بنابراین، محقق خراسانی برخلاف دیگر اصولیان، ظهور را تنها بر اساس معیاری عینی و بدون ارجاع به معیاری ذهنی تعریف کرده، اما در ادامه او در تناقض با معیار عینی که برگزیده است، «ظاهر» را برهان‌ناپذیر و منوط به وجدان و درک مخاطب یا شنونده می‌داند<sup>۲</sup>. روشن است که در بدو امر این سخن با معیار عینی ساختار لفظ سازگار به نظر نمی‌رسد. همچنین، در کلامی صریح‌تر، مجمل یا مبیین بودن لفظ را نسبی (اضافی) تلقی می‌کند. با توجه به اینکه اجمال و بیان خود با ظهور لفظ مرتبط هستند، ظهور نیز نسبی خواهد بود، اما می‌توان این عدم سازگاری ظاهری را با توجه به یک نکته برطرف کرد؛ ساختار لفظ موضوعی عینی است، ولی علم به تمام اجزایی که ساختار لفظ صادره از گوینده

۱. «و الظاهر أن المراد من المبیین فی موارد إطلاقه الكلام الذی له ظاهر و یکون بحسب متفاهم العرف قالباً لخصوص معنی و المجمل بخلافه فما لیس له ظهور مجمل و إن علم بقرینه خارجیة ما أرید منه كما أن ما له الظهور مبیین و إن علم بالقرینه الخارجیة أنه ما أرید ظهوره و أنه مؤول و لكل منهما فی الآیات و الروایات و إن كان أفراد كثيرة لا تكاد تخفى إلا أن لهما أفراد مشتبهة وقعت محل البحث و الكلام للأعلام فی أنها من أفراد أيهما كآیة السرقة و مثل حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتُكُمْ وَ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ مما أضيف التحليل إلى الأعیان و مثل "لا صلاة إلا بطهور" (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۵۳).

۲. «و لا یذهب علیک أن إثبات الإجمال أو البیان لا یکاد یکون بالبرهان لما عرفت من أن ملاکهما أن یکون للكلام ظهور و یکون قالباً لمعنی و هو مما یظهر بمراجعة الوجدان فتأمل. ثم لا یخفی أنهما وصفان إضافیان ربما یکون مجملاً عند واحد لعدم معرفته بالوضع أو لتصادم ظهوره بما حف به لدیه و مبیناً لدی الآخر لمعرفة و عدم التصادم بنظره فلا یهمنا التعرض لموارد الخلاف و الكلام و التقض و الإبرام فی المقام و علی الله التوکل و به الاعتصام» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۵۳).



را می‌سازد، نسبی است؛ زیرا ممکن است به دلایل مختلفی برخی از اجزای ساختار به دست شنونده یا خواننده متن نرسد یا او از آن غافل بماند. بنابراین، ظهور وابسته به ساختار و ساختار موضوعی است عینی که از فردی به فرد دیگر متفاوت نیست، اما علم به تمام اجزای متن موضوعی است که از فردی به فرد دیگر متفاوت است.

#### ۴. رابطه «دلالت» لفظ بر معنای مراد گوینده و «ظهور» تصدیقی

فهم تعریف ظهور نیازمند بازخوانی و فهم معنای دلالت لفظی است. شهید محمدباقر صدر پس از بحث از دلیل حجیت اصالة الظهور به بررسی موضوع این اصل می‌پردازد و به همین اعتبار، ظهوری را که موضوع برای آن واقع می‌شود، تحدید و تعریف می‌کند. به نظر شهید صدر برای هر لفظی دو مرتبه یا دو قسم ظهور و دلالت وجود دارد.<sup>۱</sup> مرتبه نخست، ظهور تصویری است. در ظهور تصویری، تصور لفظ موجب تداعی معنای آن به ذهن می‌شود. وجود رابطه ذهنی میان لفظ و معنا مستلزم این است که احضار یکی از آن‌ها در ذهن موجب احضار دیگری باشد. در این قسم ظهور، کشفی صورت نمی‌گیرد، بلکه صرف شنیدن لفظ موجب ایجاد معنی در ذهن است؛ البته در صورتی که وضع میان لفظ و معنی صورت گرفته باشد و

---

۱. در بحوث با تقریر جناب شاهرودی (دام ظلّه)، از ابتدا اقسام ظهور سه‌گانه تقریر شده است؛ «الجهة الثانية في تشخيص موضوع حجية الظهور و هذا بحث تحليلي يرجع إلى تحليل المركبات العقلانية التي هي أساس كبرى حجية الظهور و قد وقع الخلاف بين المحققين المتأخرين في تحديد موضوع أصالة الظهور و قبل استعراض كلماتهم لا بدّ من استذكار ما تقدّم في بحوث العام و الخاصّ من أنّ للكلام ظهورات و دلالات ثلاثة. ۱. الدلالة التصورية و هي الصورة التي تنتقش من سماع اللفظ في الذهن على أساس من الوضع و المحفوظة اللفظ من لافظ غير ذي شعور. ۲. الدلالة التصديقية الاستعمالية و هي الدلالة على إرادة المتكلم و قصده لإخطار المعنى و المدلول التصوري إلى ذهن السامع و هذا لا يكون إلّا حيث يكون هناك متكلم عاقل ذي قصد و شعور و لذلك تكون أخصّ من الأولى. ۳. الدلالة التصديقية الجديّة و هي الدلالة على أنّ المتكلم ليس هازلًا بل مرید جدًّا للمعنى حكاية أو إنشاء و هذا أخصّ من الثاني أيضا، إذ الدلالة التصديقية الأولى تكون محفوظة في موارد الهزل أيضا» (صدر، ۱۴۱۷ق، الف، ج ۴، ص. ۲۶۶). همچنین در تقریری که شاگرد دیگر ایشان ارائه کرده، تقسیم سه‌گانه است (صدر، ۱۴۱۷ق، ب، ج ۹، ص. ۳۰۳).

شنونده هم عالم به وضع (یعنی ارتباط میان لفظ و معنی) باشد<sup>۱</sup>.

وی مرتبه دوم را ظهور تصدیقی می‌نامد؛ زیرا مستلزم تصدیق و اذعان به اراده انتقال معنا به مخاطب توسط گوینده است. برخلاف مرتبه نخست، در این مرتبه دلالت وجود دارد؛ دلالت لفظ بر مراد گوینده. از این رو صرف وضع کفایت نمی‌کند. همچنین، قرینه متصله که دلالت بر استعمال لفظ در غیر موضوع<sup>۲</sup> داشته باشد نیز نباید وجود داشته باشد (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۱۶۴). از نظر شهید صدر این مرتبه خود دو مرحله در طول هم دارد. مرحله نخست، دلالت استعمالی است. در این مرحله لفظ دلالت دارد بر اینکه گوینده خواسته است تا لفظ موجب احضار (خطور) معنای موضوع<sup>۳</sup> در ذهن مخاطب شود. روشن است که اگر قرینه‌ای وجود داشته باشد بر اینکه معنای موضوع<sup>۴</sup> مراد گوینده نبوده است، دیگر این دلالت وجود نخواهد داشت مانند قرینه‌ای که تنها دلالت کند بر اینکه مراد متکلم تفهیم معنای موضوع<sup>۵</sup> نبوده است، بلکه او تنها خواسته است لفظی را برای تمرین زبان ادا کند یا اینکه آن را برای تمرین خط بنویسد، اما مرحله دوم از مرتبه دوم را دلالت جدیه می‌نامد. این مرحله از ادای لفظ توسط گوینده دلالت می‌کند بر اینکه انگیزه او در احضار معنای تصویری در ذهن شنونده از روی شوخی مثلاً «هزل» یا بی‌هدف نبوده است. برای مثال، انگیزه و هدف او از بیان عبارت «علی می‌نویسد»، خبر دادن از این وقوع این فعل بوده است. به نظر شهید صدر، هر دو مرحله ظهور تصدیقی متوقف است بر اینکه قرینه متصله‌ای برخلاف آن‌ها وجود نداشته باشد. به نظر او، قرائن منفصله مرتبط با حجیت ظهور است و نه تحقق آن (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۱۶۵). ایشان می‌فرماید «فتحصّل أنّ هناک مرحلتین للظهور، مرحلة الوضع و هی مرحلة الظهور التصوّری و مرحلة عدم القرینة المتصلّة و هی مرحلة الظهور التصدیقی و أمّا مرحلة عدم القرینة المنفصلّة فلیست مرحلة للظهور أصلاً و إنّما هی مرحلة الحجیّة» (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۱۶۵)<sup>۲</sup>.

۱. «إنّ للكلام قسمین من الظهور: القسم الأول هو الظهور التصوّری و هو عبارة عن إلقاء اللفظ معناه الموضوع له فی الذهن. و هذا باب لیس باب الكشف بل باب العلیة و الإیجاد و یکفی فی إیجاد المعنی فی الذهن الوضع، و کون السامع عالماً به فعندئذ یؤثر اللفظ أثره من نقش المعنی فی الذهن و لو صدر من جدار لا من إنسان واع» (صدر، ۱۴۰۸ق، ص. ۱۶۴).

۲. در بحوث ذیل تقسیمات سه‌گانه چنین تقریر شده است «... و الدلالة الأولى منشأها الوضع و لا ینتم بالقرینة، و أنّما القرینة تؤثر علی الظهورین الاستعمالی و الجدی إذا كانت متصلّة لأنهما ظهوران حالیان للمتکلم بما هو متکلم یدلان علی أنّه یرید

به نظر می‌رسد اشکالاتی به نظریه شهید صدر در خصوص چگونگی دلالت لفظ از طریق ظهور بر معنای مراد گوینده وارد است.

#### ۱.۴. اشکال نخست: مترادف بودن ظهور تصویری و دلالت

در نگاه شهید صدر، ظهور و دلالت یک معنا دارند. این در حالی است که ظهور در مرتبه نخست (مرحله وضع)، تداعی معنایی از لفظ است و نمی‌توان آن را دلالت دانست. دلالت مستلزم تصدیق به وجود چیزی است؛ زیرا چیزی دیگر تحقق دارد. در مرتبه نخست، اساساً تصدیقی وجود ندارد. پس ظهور در مرتبه نخست تسامحاً دلالت نامیده شده است. در توضیح همین مطلب گفته‌اند «الدلالة هي الإراءة و هو تعريف لفظي و أما شرح ماهيتها فقد عرفوها بكون الشيء بحيث يلزم من العلم به العلم بشيء آخر و كونه بهذه الحيثية عبارة أخرى عن كونه سببا و مقتضيا للعلم كما ان كونه النار بحيث تحرق و كونه السراج بحيث يضيء ليس آلا عبارة عن الاقتضاء للتأثير فالدلالة صفة اقتضائية للدال و الدليل فالمتصف بالدلالة عبارة عن المتصف بهذا الاقتضاء فالدال و الدليل عبارة عن مقتضى العلم و سببه ...» (مجتهد تبریزی، ۱۳۱۷ق، ص. ۱۴۰).

#### ۲.۴. اشکال دوم: اشتباه در نقش قرینه متصله و منفصله

ایشان در قسم دوم (ظهور تصدیقی) میان قرینه متصله و منفصله تفاوت قائل شدند. عدم قرینه متصله به ظهور قسم دوم مرتبط است و عدم قرینه منفصله به حجیت ظهور. براین اساس، شهید صدر پیش از بررسی و بیان نظر خود در باب موضوع اصالة الظهور، تکلیف آن را روشن کرده و این مصادره به مطلوب است.

همچنین، روشن نیست چرا قرینه متصله در کشف مراد گوینده مؤثر است، اما قرینه منفصله چنین نیست. به تعبیر دیگر، حجت نبودن ظهور یا به معنای این است که مراد گوینده احراز نشده یا به معنای این است که این معنا به گونه‌ای احراز نشده است که حجت باشد. در صورت نخست، همان‌طور که قرینه متصله در احراز مراد گوینده نقش دارد، قرینه منفصله نیز نقش دارد، اما در

صورت دوم یا قرینه منفصله موجب می‌شود لفظ دلالتی بر مراد گوینده نداشته باشد؛ نه یقینی و نه ظنی یا موجب می‌شود ظن حاصل از آن مشمول دلیل حجیت نباشد. از حیث دلالت لفظ بر معنا فرقی میان قرینه متصله و منفصله نیست (با فرض قرینه بودن). از حیث شمول ادله حجیت نسبت به لفظ نیز اگر در مقام تعریف ظهور بگوییم، قرینه متصله ربطی به آن ندارد ولی قرینه منفصله که مشمول ادله حجیت نسبت به لفظ را منتفی می‌کند، مصادره به مطلوب است. پیش از این باید دلیل حجیت و موضوع آن روشن شده باشد. درحالی‌که در این مقام در پی روشن کردن موضوع دلیل حجیت هستیم، پس نمی‌توان آن را به خود دلیل حجیت تعریف کرد.

#### ۵. عینی بودن ظهور با عنایت به تقسیم آن به «ذاتی وضعی» و «فعلی استعمالی»

محقق اصفهانی (رحمت‌الله علیه) از دو اصطلاح ظهور ذاتی وضعی و ظهور استعمالی استفاده می‌کند. او نیز مانند محقق خراسانی، ظهور را قالب بودن لفظ برای معنا می‌داند (اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص. ۴۵۲) و معتقد است ظهور دو مرتبه دارد. مرتبه ظهور ذاتی وضعی و مرتبه ظهور فعلی استعمالی<sup>۱</sup>. در مرتبه نخست ظهور، ذات لفظ و وضع ملاک قرار می‌گیرد. این دو لفظ را قالب برای معنا قرار می‌دهند. وضع اختصاص و وابستگی میان لفظ و معنا ایجاد می‌کند. محقق اصفهانی قالب بودن ذات لفظ برای معنا را که ناشی از وضع است، ظهور ذاتی وضعی می‌نامد.

وقتی گوینده از لفظ استفاده می‌کند، آن را در قالب و ساختاری ناشی از ترکیب با دیگر الفاظ قرار می‌دهد. مراد او از ظهور فعلی استعمالی این است که لفظ به واسطه استعمال آن قالب برای معنا واقع می‌شود. اجزای دیگری را که در کنار لفظ قرار می‌گیرند و آن را در مقام استعمال قالب برای

۱. «يمكن أن يقال: إن معنى ظهور العام في العموم قاليبة اللفظ للمعنى العام و له مرتبتان: إحداهما: الظهور الذاتي الوضعي و هو كون اللفظ - بذاته و ضعاً - قالباً للمعنى و هذا الظهور محفوظ و لو مع القطع باستعماله في الخصوص؛ لصدق كون اللفظ بذاته قالباً للعموم و لا ينسلخ عن هذا الشأن إلا بعد هجر المعنى الحقيقي و ثانيتهما: الظهور الفعلي الاستعمالي و هو كون اللفظ - بالاستعمال المساوق للفعلية - قالباً للمعنى و هذا إنما يقطع به ما لم يكن هناك ما يصلح لكون اللفظ قالباً لغيره، و وجود المخصّص قطعاً يصلح للكشف عن ذلك - و لو بقرينة مختلفة - لا أنه يصلح لجعل اللفظ قالباً، فإنه شأن القرينة المتصلة و فيه: أن مقتضى أصالة الحقيقة حمل المستعمل فيه على ما هو ظاهر فيه بذاته و صلاحية المخصّص المنفصل ليست إلّا عليته لإحداث احتمال الاستعمال في خلاف ما وضع له، و هو لا يكون حجة في قبال أصالة الحقيقة» (اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص. ۴۵۲).

معنا قرار می‌دهند، قرینه متصله می‌نامند. قرینه متصله لفظ را قالب برای معنای دیگر قرار می‌دهد. این مرحله ظهور فعلی استعمالی است؛ فعلی در برابر ذاتی و اشاره دارد به فعلیت قالب لفظ برای معنا و استعمالی در برابر وضعی و اشاره دارد به اینکه این قالب بودن با لحاظ ترکیبی که میان لفظ و دیگر اجزای جمله صورت گرفته، محقق شده است.

ممکن است معنایی که لفظ در مقام استعمال، قالب برای آن شده است همان معنایی باشد که در مقام وضع، قالب برای آن واقع شده است. محقق اصفهانی در موارد متعددی از این دو مفهوم بهره برده است.<sup>۱</sup>

براین اساس، قرائن نیز به شکلی عینی دخیل در کشف مراد گوینده خواهند بود؛ زیرا ساختار ترکیب یا قالب برای معنایی هست یا نیست. در صورت نخست، ترکیب ظهور در معنا دارد و در غیر این صورت ظهور ندارد. ابزار کشف مراد گوینده نیز تنها ظهور لفظ است.

#### ۶. ظهور ذاتی (تفسیر شخصی) و ظهور موضوعی (تفسیر عینی)

شهید صدر نیز از دو واژه ذاتی و موضوعی استفاده کرده، اما آن‌ها را در معانی دیگری غیر از معنایی که محقق اصفهانی استفاده کرده، به کار برده است؛ ذاتی معادل ذهنی یا سوژکتیو و موضوعی معادل عینی یا ابژکتیو. گاه ظهور به لحاظ معنایی که به ذهن هر شخص خطور می‌کند،

---

۱. «و أما توهم منافاة الوضع للمعنى حال كونه مرادا، لما وقع النزاع فيه من: أن الظهور حجة مع الظن الشخصي، أو النوعي بالمراد، أو لا، بل يكون حجة تعبدًا؛ فمندفع بالفرق بين الظهور الذاتي - وهو كون اللفظ قالبًا بالقوة للمعنى - و الظهور الاستعمالي الفعلي - وهو كونه قالبًا له بالفعل - ...» (اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۶۹). «و أما في المتصلة فربما يتوهم الفرق بين المجمل وغيره نظرًا إلى سراية إجماله إلى الظاهر، فلا ظهور كي يكون حجة بخلاف غيره. وفيه أن الظهور الذاتي محفوظ حتى في المجمل، و الظهور الفعلي مرتفع حتى في المبين. و الفرق بينهما بانعقاد الظهور الفعلي في غير الموضوع له إذا كان المتصل مبينًا دون ما إذا كان مجملًا. و الميزان في اتباع الظهور هو الفعلي و هو مشكوك في كليهما» (اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۱۷۸). «إن أريد من الظهور المقطوع به ظهوره الذاتي الوضعي، فلا يقابله إلا الصورة الثالثة من الشق الثاني. و إن أريد ما هو أعم من الظهور الذاتي الوضعي، و من الظهور الاستعمالي الفعلي فالتقابل صحيح، فإن بعض تلك الصور الثلاث ظهورها الذاتي معلوم و بعضها غير معلوم، إلا أن مقتضاه عدم إحراز الظهور الفعلي في الشق الثاني فيخرج احتمال القرينة المنفصلة لمعلومية ظهوره النوعي، الفعلي. مع أن احتمال القرينة المنفصلة كالمتصلة في الحاجة إلى اصالة عدم القرينة. مضافًا إلى أن احتمال القرينة منفي فيما إذا قطع بعدمها، و مع ذلك أراد خلاف الظاهر مع عدم نصب قرينة لحكمة أو لغفلة، فيخرج مثل هذه الصورة عن كلا الشقين فتدير» (اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۱۷۹).

مورد توجه اصولیان قرار گرفته است (ظهور ذاتی شخصی) مانند غزالی و فخر رازی که عنصر احتمال و ظن مخاطب به مراد گوینده را در تعریف ظهور دخیل کرده‌اند و گاه اصولیان ظهور را با توجه به معنایی که همه افراد (عرف) از لفظ برداشت می‌کنند، لحاظ کرده‌اند (ظهور موضوعی) مانند شیخ انصاری و محقق خراسانی و محقق اصفهانی.

این دو ظهور ممکن است با هم متفاوت باشند؛ زیرا عوامل اجتماعی و شخصی که هر فرد با آن مواجه می‌شود، می‌تواند در ذهن او میان لفظ و معنایی خاص انس و ارتباط برقرار کند و در نتیجه، لفظ موجب خطور معنایی در ذهن او شود که در ذهن فرد دیگر در مواجهه با آن لفظ خطور نمی‌کند.<sup>۱</sup> شهید صدر به درستی معتقد است که موضوع اصالة الظهور، ظهور موضوعی است و نه ظهور ذاتی.

صرف نظر از تفاوت معنای دو واژه ذاتی و موضوعی در نوشته‌های شهید صدر و محقق اصفهانی، هر دو به نتیجه مشابهی می‌رسند. ظهور ذاتی و استعمالی در کلام محقق اصفهانی (رحمت‌الله علیه) و ظهور موضوعی در کلام شهید صدر (رحمت‌الله علیه) بر معیارهای عینی مبتنی هستند که نسبت به مخاطبان مختلف متفاوت نمی‌شوند. شهید صدر (رحمت‌الله علیه) درباره ظهور ذاتی شخصی و ظهور موضوعی می‌گوید «و من هنا يعلم انَّ الظهور الذاتى الشخصى نسبى مقام ثبوته عين مقام إثباته و لهذا قد يختلف من شخص إلى آخر و اما الظهور الموضوعى فهو حقيقة مطلقة ثابتة مقام ثبوته غير مقام إثباته لأنه عبارة عن ظهور اللفظ المشترك عند أهل العرف و أبناء اللغة بموجب القوانين الثابتة عندهم للمحاورة و هي قوانين ثابتة متعينة و إن شئت عبرت بأنه الظهور عند النوع من أبناء اللغة و من هنا يعرف أنه يعقل الشك فيه لكونه حقيقة موضوعية ثابتة قد لا يحرزها الإنسان و قد يشك فيه» (صدر، ۱۴۱۷ق، الف، ج ۴، ص. ۲۹۱)؛ البته آنچه ایشان در

۱. «و المراد بالظهور الذاتى الظهور الشخصى الذى ينسب إلى ذهن كل شخص شخص و بالظهور الموضوعى الظهور النوعى الذى يشترك فى فهمه أبناء العرف و المحاورة الذين تمت عرفيتهم و هما قد يختلفان لأن الشخص قد يتأثر بطروفه و ملابساته و سنخ ثقافته أو مهنته أو غير ذلك فيحصل فى ذهنه أنس مخصوص بمعنى مخصوص لا يفهمه العرف العام عن اللفظ» (صدر، ۱۴۱۷ق، الف، ج ۴، ص. ۲۹۱).

۲. همچنین، در کتاب دیگر خود چنین می‌فرماید «الظهور الذاتى و الظهور الموضوعى، الظهور سواء كان تصوّراً أو تصديقاً، تارة يراد به الظهور فى ذهن انسان معين و هذا هو الظهور الذاتى و اخرى يراد به الظهور بموجب علاقات اللغة و اساليب التعبير العام و هذا هو الظهور الموضوعى و الأول يتأثر بالعوامل و الظروف الشخصية للذهن التى تختلف من فرد الى آخر، تبعاً الى أنسه

اینجا درباره قوانین ثابت و مشترک نزد عرف می‌گویند، با دیدگاهی که درباره وضع و ارتباط لفظ و معنا دارد، سازگار نیست. بالاین حال، به نظر می‌رسد شهید صدر نیز بالمآل همان راهی را رفته که محقق اصفهانی (رحمت‌الله علیه) در این باره پیموده است.<sup>۱</sup>

### نتیجه‌گیری

علمای اصول فقه دریافت مراد متکلم از راه لفظ (یا متن) صادره از او را بر «ظهور لفظ» و «اصالة الظهور»، بینان نهاده‌اند، اما در تعریف ظهور دو رویکرد در میان آن‌ها وجود دارد. نخست، ابتدای ظهور بر ساختار لفظ و دوم، ابتدای ظهور بر حالتی که از حیث شناختی (قطع و احتمال) در مخاطب ایجاد می‌کند. تکیه بر ساختار لفظ ممکن است موجب قطع به مراد گوینده نشود، اما غالباً ساختار موضوعی عینی است که نسبت به مخاطبان گوناگون یکسان است. اگر ظهور لفظ مبتنی بر ساختار آن باشد و اگر راه رسیدن به معنای مراد ظهور لفظ باشد و اگر ساختار موضوعی عینی

---

الذهنی و علاقته، بخلاف الثانی الذی له واقع محدد یتتمّل فی کلّ ذهن یتحرّک بموجب علاقات اللغة و اسالیب التعبير العام و ما هو موضوع الحجیة، الظهور الموضوعی، لأنّ هذه الحجیة قائمة علی أساس انّ ظاهر حال کل متکلم ارادة المعنی الظاهر من اللفظ، و من الواضح انّ ظاهر حاله باعتبارها انسانا عرفیا ارادة ما هو المعنی الظاهر موضوعیا، لا ما هو الظاهر نتیجة لملاسات شخصیة فی ذهن هذا السامع أو ذاک و أما الظهور الذاتى و هو ما قد یعبر عنه بالتبادر أو الانسباق، فیمکن ان یقال بأنّه امارة عقلائیة علی تعیین الظهور الموضوعی، فکل انسان إذا انسبق الی ذهنه معنی مخصوص من کلام و لم یجد بالفحص شیئا محددًا شخصیا یمکن أن یفسّر ذلك الانسباق، فیمعتبر هذا الانسباق دلیلا علی الظهور الموضوعی و بهذا ینبغی ان یمیز بین التبادر علی مستوى الظهور الذاتى و التبادر علی مستوى الظهور الموضوعی، فالاول کاشف عن الظهور الموضوعی و بالتالى عن الوضع. و الثانی کاشف إتی تکوینی - مع عدم القرینة - عن الوضع» (صدر، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۱۸۹).

۱. ایشان در ادامه عبارت بالا پس از توضیح درباره دو مفهوم ظهور ذاتی شخصی و ظهور موضوعی این نکته را به بحث می‌گذارد که ظهور موضوعی چگونه قابل احراز است؛ «و الظهوران قد یتطابقان کما عند الإنسان العرفی غیر المتأثر بظروفه الخاصة و قد یختلفان فیخطی الظهور الذاتى الشخصى الظهور الموضوعی و ذلك أما لعدم استيعاب ذلك الشخص لتنام نکات اللغة و قوانین المحاوره أو لتأثره بشئونه الشخصیة فی مقام الانسباق من اللفظ إلى المعنی و موضوع أصالة الظهور لا ینبغی الإشکال فی أنه الظهور الموضوعی لا الذاتى لأنّ حجیة الظهور بملاک الطریقیة و کاشفیة ظهور حال المتکلم فی متابعة قوانین لغته و عرفه و من الواضح انّ ظاهر حاله متابعة العرف المشترك العام لا العرف الخاصّ للسامع القائم علی أساس أنس شخصی ذاتی یختص به و لا یعلم به المتکلم عادة و هذا واضح إلاّ أنه یتجه السؤال عندئذ عن کیفیة إحراز هذا الظهور الموضوعی، فإنّ ما هو بید کلّ إنسان وجداناً أنّما هو الظهور الذاتى و المفروض أنه لیس موضوعاً لحجیة الظهور العقلائیة» (صدر، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۱۸۹).

باشد که از مخاطبی به مخاطب دیگر متفاوت نیست، آنگاه معنای قابل استناد به گوینده (یا نویسنده) به‌عنوان معنای مراد او نیز به شکلی نوعی منحصر در همان معنای ظاهر خواهد شد. به همین دلیل - همان‌طور که در پیشینه مقاله اشاره شد - برخی دلالت ظاهر بر معنای مراد را قطعی تلقی کرده‌اند. مزیت این رویکرد بر رویکرد مبتنی بر حالتی که از حیث شناختی در مخاطب ایجاد می‌کند، این است که ظاهر دلیلی نوعی خواهد شد که اطمینان نوع مخاطبان را به مراد گوینده ایجاد می‌کند. با این حال، رویکرد دوم نیز این مزیت را دارد که در فهم مراد گوینده، همه عوامل مؤثر در فهم متن (ولو عوامل فرامتنی) را در نظر می‌گیرد. از آنجاکه چنین عواملی در متن غیرقابل احصا و از فردی به فرد دیگر متفاوت است، نتیجه تکیه بر چنین رویکردی، شخصی شدن تفسیر متن و غیرقابل استناد بودن معنای ظاهر به گوینده (یا نویسنده) در نزد برخی و قابل استناد بودن آن در نزد برخی دیگر خواهد بود.

در عین حال، بر اساس آنچه در نقد رویکرد دوم (ابتنای ظاهر بر حالت شناختی که در مخاطب ایجاد می‌کند) گفته شد، ظاهر لفظ به‌عنوان موضوعی عینی که در نزد نوع مخاطبان یکسان است، می‌توان در اینکه ظهور موجب ظن به مراد متکلم است، تردید کرد. همان‌طور که در متن مقاله اشاره شد، لفظ برای معنا وضع می‌شود تا معنای مورد نظر گوینده را به دیگری منتقل کند (قانون وضع). توجه به قانون وضع و هدف آن می‌تواند مشکل ظنی دلالت لفظ بر معنا را با لحاظ عینی بودن ظهور حل کند. از آنجاکه ظهور معیاری عینی است؛ یعنی مبتنی است بر ساختار لفظ و لفظ و ساختار آن برای انتقال معنایی خاص وضع شده‌اند نه هر معنایی، بنابراین، اگر از هر لفظی بتوان معنایی را فهمید، دیگر رابطه‌ای خاص میان لفظ و معنا وجود ندارد و قانون وضع لغو و بدون هدف خواهد شد. هدف از اختصاص لفظ برای یک معنا نیز همین است که همان معنا را منتقل کند و نه معنای دیگری را. به همین دلیل، علمای بلاغت گفته‌اند در استعمال مجازی افزون بر قرینه صارفه و قرینه معینه، علاقه میان معنای موضوع<sup>۱</sup> و معنای مستعمل<sup>۲</sup> قیه ضروری است (تفتازانی، ۱۳۸۷، ص. ۵۷۱). استعمال لفظی که قالب برای معنایی خاص است، چه به لحاظ وضع (ظهور ذاتی وضعی) یا به لحاظ استعمال و قرائنی که لفظ را قالب برای معنایی غیر موضوع<sup>۳</sup> قرار داده‌اند (ظهور فعلی استعمالی)، خلاف دو پیش‌فرض یادشده است؛ یعنی نادیده گرفتن هدف از وضع و هدف از استعمال لفظ.

اگر تردید داریم آن معنایی که با لفظ در ارتباط است (معنای موضوع<sup>۴</sup>) همان معنای مراد



گوینده است، صرف‌نظر از اینکه ممکن است معنای موضوع‌گه محل تردید باشد، منشأ تردید ما یا تردید در این است که گوینده در مقام تفهیم معناست یا تردید در وجود قرینه‌ای است که می‌تواند لفظ را از قالب بودن برای آن معنا خارج و آن را قالب برای معنای دیگری کند یا تردید در هر دو مورد است. چنین تردیدهایی است که مانع می‌شود تا قطع به مراد گوینده داشته باشیم<sup>۱</sup>. تکیه بر قانون وضع (رابطه قراردادی میان لفظ و معنا)، هدف از وضع (غایت وضع؛ انتقال معنای مراد گوینده به مخاطب) و ساختار لفظ به‌متابزه ظرف و قالبی برای معنا هنگام به‌کار بردن آن (استعمال)، می‌تواند این تردیدها را در مقام عمل از میان بردارد. این پژوهش برخلاف دو پژوهشی که در بخش پیشینه به آن‌ها اشاره شد، نشان می‌دهد ساختار لفظ و معنای ظاهر از آن به‌طور وثیقی به هم پیوند دارند. براین‌اساس، از آنجاکه ساختار لفظ موضوعی عینی است، پس معنای ظاهر از آن نیز عینی است و تعریف ظاهر بر اساس حالت معرفتی (شناختی) که برای شنونده یا خواننده ایجاد می‌کند، منجر به نادیده گرفتن نقش ساختار لفظ، رابطه میان لفظ و معنا در مرحله وضع (قرارداد لفظ برای معنا) و هدف از وضع الفاظ برای معنا می‌شود و عملاً نقش لفظ را در انتقال معنا نادیده می‌گیرد.

---

۱. «اعلم ان الارادة على قسمين؛ احدهما ارادة الشيء في اللب و نفس الامر و الثاني ارادة المعنى من اللفظ في مقام الاستعمال و هما قد تتفقان، كما اذا قال المتكلم: اكرم العلماء و اراد من اللفظ انشاء وجوب اكرام كل منهم، و كان في الواقع ايضا مریدا له و قد تختلفان، كما انه في المثال لم يرد اكرام واحد منهم بالخصوص، فحكمه في مقام الارادة الاستعمالية على ذلك الفرد حكم صوری و لم يظهر الواقع لمصلحة في اخفائه و المقصود الاصلی في هذا المقام تشخيص الارادة الاستعمالية و ما اراد من اللفظ في مقام الاستعمال، و بعد هذا التشخيص تطبيق هذه الارادة على الارادة الواقعية عند الشك باصل آخر غير ما يتكلم فيه في المقام. اذا عرفت هذا فنقول اذا علمنا بان المتكلم يكون في مقام تفهيم المراد و نعلم انه لم ينصب قرينة مع الالتفات تصرف اللفظ عن ظاهره تقطع بان مراده هو ما يستفاد من ظاهر اللفظ، اذ لو لا ذلك لزم الالتزام بانه تصدى لتقض غرضه عمدا، و هذا مستحيل و لا يختص ذلك بمورد يكون المتكلم حكیما، بل العاقل لا يعمل عملا يكون فيه نقض غرضه، سواء كان حكیما ام لا و هذا واضح، فمتى شككنا في ان المتكلم اراد من اللفظ معناه الظاهر او غيره، فإما ان يكون الشك من جهة الشك في كونه في مقام التفهيم و اما من جهة الشك في وجود القرينة، و اما من جهة كليهما» (حائری يزدي، ۱۴۱۸ق، ص. ۳۶۰).

## منابع

- ۱) آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۹ق). کفایة الاصول. قم: مؤسسه آل‌البتیت (علیهم‌السلام).
- ۲) آمدی، علی بن محمد (۱۴۲۴ق). الاحکام فی اصول الاحکام (جلد ۳). بی‌جا: دارالضمیعی.
- ۳) اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۹ق). نهایة الدرایة فی شرح الکفایة (جلدهای ۱، ۲ و ۳). بیروت: مؤسسه آل‌البتیت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث.
- ۴) اصفهانی، سیدابوالحسن (۱۴۲۲ق). وسیلة الوصول الی حقائق الاصول (جلد ۱). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۵) انصاری حقیقی، محمدحسین، ناصری مقدم، حسین و علمی سولا، محمدصادق (۱۳۹۸). چیستی قطع و تأثیر آن در باب ظواهر اصول فقه. فصلنامه فقه و اصول دانشگاه فردوسی مشهد، سال ۵۱، ۴ (۱۱۹). صص. ۹-۲۹. doi: 10.22067/jfu.v51i4.20221
- ۶) انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۳۸۳). مطارح الانظار (جلد ۳). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ۷) انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۲۸ق). فرائد الاصول (جلد ۱). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ۸) تفتازانی، سعدالدین مسعود بن عمر (۱۳۸۷). المطول. بی‌جا: دارالکوخ للطباعة والنشر.
- ۹) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸ الف). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- ۱۰) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸ ب). وسیط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- ۱۱) حائری یزدی، عبدالکریم (۱۴۱۸ق). دررالفوائد. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۱۲) حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۳۶۳). الجوهر النضید. قم: بیدار.
- ۱۳) حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۵ق). نهایة الوصول الی علم الاصول (جلد ۲). قم: مؤسسه الامام الصادق (علیه‌السلام).
- ۱۴) خویی، ابوالقاسم (۱۴۳۰ق). البیان فی تفسیر القرآن. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- ۱۵) رازی، فخرالدین (بی‌تا). المحصول (جلد ۳). بی‌جا: مؤسسه الرسالة.
- ۱۶) سیدمرتضی علم‌الهدی، علی بن حسین (۱۳۷۶). الذریعة الی اصول الشریعة (جلد ۱). تهران: دانشگاه تهران.
- ۱۷) شاهنوش فروشانی، محمد عبدالصالح (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، شماره پیاپی ۶۲، صص. ۶۴۷-۶۷۴. doi: 10.30497/law.2023.245526.3463
- ۱۸) شاهنوش فروشانی، محمدعبدالصالح (۱۳۹۸). نقش اصول لفظی در رفع اجمال حقوقی. مشهد:

- دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- ۱۹) صالحی مازندرانی، اسماعیل (۱۳۸۱). مفتاح الاصول (جلد ۳). قم: صالحان.
- ۲۰) صدر، محمدباقر (۱۴۰۸ق). مباحث الاصول (کاظم حسینی حائری، تقریرات). قم: مکتبه‌الاعلام الاسلامی.
- ۲۱) صدر، محمدباقر (۱۴۱۷ق، الف). بحوث فی علم الاصول (محمود هاشمی شاهرودی، تقریرات) (جلد ۴). قم: مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
- ۲۲) صدر، محمدباقر (۱۴۱۷ق، ب). بحوث فی علم الاصول (حسن عبدالساتر، تقریرات) (جلد ۹). بیروت: الدار الاسلامیة.
- ۲۳) صدر، محمدباقر (۱۴۱۸ق). دروس فی علم الاصول (جلد ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۲۴) طوسی، محمدین حسن (۱۴۱۷ق). العدة فی اصول الفقه (جلد ۱). قم: محمدتقی علاقیندیان.
- ۲۵) غزالی، ابو حامد محمد (بی تا). المستصفی (جلد ۳). المدینة المنوره: الجامعة الاسلامیة.
- ۲۶) گرجی، ابوالقاسم (۱۳۸۵). ادوار اصول الفقه. تهران: میزان
- ۲۷) مجتهد تبریزی، صادق بن محمد (۱۳۱۷ق). المقالات الغریبة فی تحقیق المباحث الاصولیة. تبریز: مطبعه مشهدی اسدآقا.
- ۲۸) محقق داماد، سیدمصطفی و شاهنوش فروشانی، محمد عبدالصالح (۱۳۹۸). مفهوم قرینه و نقش آن در فهم معنای یک متن. فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۲، شماره ۸۶، صص. ۷۱-۹۸. doi: 10.29252/lawresearch.22.86.71
- ۲۹) مشکینی اردبیلی، ابوالحسن (۱۴۱۳ق). کفایة الأُصول (میرزا ابوالحسن مشکینی، حواشی) (جلد ۲). قم: لقمان.
- ۳۰) مظفر، محمدرضا (۱۴۳۰ق). اصول الفقه (جلد ۱). قم: اسلامی.
- ۳۱) میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۳۰ق). القوانين المحکمة فی الاصول (جلد ۲). قم: احیاء الکتب الاسلامیة.
- ۳۲) نراقی، ملا احمد (۱۴۳۰ق). مفتاح الاحکام. قم: بوستان کتاب.
- ۳۳) واعظی، احمد (۱۳۹۰). نظریه تفسیر متن. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- ۳۴) هل تائنی، سید محمود و توکلی اسلامی، محمد کاظم (۱۴۰۳). اعتبارسنجی تبادل پسا تشریحی در خوانش گزاره‌های فقهی حقوقی؛ مدخلی بر اصلاح قوانین اسلامی. پژوهشنامه حقوق اسلامی، (۳)۲۵، ۴۹۰-۴۶۱. doi: 10.30497/law.2024.246018.3511
- ۳۵) همدانی، مصطفی (۱۳۹۹). قطعیت دلالت ظواهر؛ رویکردی نوین در علم اصول (تبیین اندیشه اصولی

حضرت استاد سبحانی در قطعی بودن دلالت ظواهر و نقد اندیشه مشهور در ظنیت دلالت ظواهر).  
مجموعه مقالات اولین همایش ملی بررسی اندیشه‌های حضرت آیت‌الله العظمی جعفر سبحانی  
(مدظله العالی)، تبریز: دانشگاه صنعتی سهند.

## References

- 1) Ākhūnd Khorāsānī, Muḥammad-Kāẓim bin Ḥusayn (1409 AH/1988). Kifāyat al-Uṣūl. Qom: Mu'assasah Āl al-Bayt ('alayhim al-salām). [in Arabic]
- 2) Āmidī, 'Alī bin Muḥammad (1424 AH/2003). Al-Aḥkām fi Uṣūl al-Aḥkām (vol. 3). n.p. [in Arabic]
- 3) Anṣārī Ḥaḥiqī, Muḥammad-Ḥusayn, Nāṣirī Muqaddam, Ḥusayn & 'Ilmī Sūlā, Muḥammad-Ṣādiq (1398 SH/2019). Čisti-yi qat' va ta'tīr ān dar bāb ḡawāhir uṣūl-i fiqh [The Essence of Certainty and Its Effect on the Principles of Islamic Jurisprudence]. Faṣlnāmāh-yi Fiqh va Uṣūl-i Dānishgāh-i Firdawsī-yi Mashhad, Sāl 51, 4 (119), pp. 9-29. doi: 10.22067/jfu.v51i4.20221 [in Persian]
- 4) Anṣārī, Murtaḡā bin Muḥammad-Amīn (1383 SH/2004). Maṭāriḥ al-Anzār (vol. 3). Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī. [in Arabic]
- 5) Anṣārī, Murtaḡā bin Muḥammad-Amīn (1428 AH/2007). Farā'id al-Uṣūl (vol. 1). Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī. [in Arabic]
- 6) Ghazālī, Abū Ḥāmid Muḥammad (n.d.). al-Mustaṣfā (vol. 3). al-Madīna al-Munawwara: al-Jāmi'a al-Islāmiya. [in Arabic]
- 7) Gorjī, Abūl-Qāsim (1385 SH/2006). Adwār uṣūl al-fiqh. Tehran: Mīzān. [in Arabic]
- 8) Ḥā'irī Yazdī, 'Abd al-Karīm (1418 AH/1997). Durrar al-Fawā'id. Qom: Mu'assasah al-Nashr al-Islāmī. [in Arabic]
- 9) Hal-ātā'ī, Sayyid Maḥmūd & Tawakūlī Islāmī, Muḥammad Kāẓim (1403 SH/2024). I'tibār-sanji-yi tabādur-i pasā tishrī'ī dar khwānish-i gozārahā-yi fiqhī-yi ḥuqūqī; Madkhalī bar iṣlāḥ-i qawānin-i islāmī [Post-Legislative Validation of Spontaneous Mental Occurrence [Tabador] in the Interpretation of Legal-jurisprudential Propositions: An Introduction to the Reform of Islamic Codified Laws]. Pažūheš'nāme-ye Hoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], 25(3), pp. 461-490. doi: 10.30497/law.2024.246018.3511. [in Persian]
- 10) Hamadānī, Muṣṭafā (1399 SH/2020). Qaṭ'iyyat-i dalālat-i ḡawāhir; Rawishī nawīn dar 'ilm-i uṣūl [The Certainty of the Indication of Apparent Meanings; A New Approach in Uṣūl al-Fiqh]. Majmū'a-yi Maqālāt-i Avvalīn Hamāyish-i Millī-yi Barrasī-yi Andīshahhā-yi Ḥaḡrat Āyatullāh al-'Uzmā Ja'far Subḡānī (Madd ḡilluh al-'ālī), Tabriz: Dānishgāh-i Ṣan'atī-yi Sahand. [in Persian]
- 11) Ḥillī ('Allāmāh), Ḥasan bin Yūsuf (1363 SH/1984). Al-Jawhar al-Naḡīd. Qom: Bīdār. [in Arabic]
- 12) Ḥillī ('Allāmāh), Ḥasan bin Yūsuf (1425 AH/2004). Nihāyat al-Wuṣūl ilā 'Ilm al-Uṣūl (vol. 2). Qom: Mu'assasah al-Imām al-Ṣādiq ('alayh al-salām). [in Arabic]
- 13) Iṣfahānī, Muḥammad-Ḥusayn (1429 AH/2008). Nihāyat al-Dirāya fi Sharḡ al-Kifāya (vols. 1, 2, & 3). Beirut: Mu'assasah Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) li-lhyā' al-Turāth. [in Arabic]
- 14) Iṣfahānī, Sayyid Abū al-Ḥasan (1422 AH/2001). Wasīlat al-Wuṣūl ilā Ḥaḡā'iq al-Uṣūl (vol. 1). Qom: Mu'assasah al-Nashr al-Islāmī. [in Arabic]
- 15) Ja'farī Langarūdī, Muḥammad-Ja'far (1388a SH/2009). Tarmīnūlūjī-yi Ḥuqūq [Terminology of Law]. Tehran: Ganj-i Dānish. [in Persian]

- 16) Ja'farī Langarūdī, Muḥammad-Ja'far (1388b SH/2009). Wāsīt dar Tarmīnūlūjī-yi Ḥuqūq [An Intermediate Work on Legal Terminology]. Tehran: Ganj-i Dānish. [in Persian]
- 17) Khū'ī, Abū al-Qāsim (1430 AH/2009). Al-Bayān fi Tafsīr al-Qur'ān. Qom: Mu'assasah Ihyā' Āthār al-Imām al-Khū'ī. [in Arabic]
- 18) Mīrzā-yi Qummī, Abū al-Qāsim ibn Muḥammad Ḥasan (1430 AH/2009). al-Qawānīn al-muḥkama fi al-uṣūl (vol. 2). Qom: Ihyā' al-Kutub al-Islāmīya. [in Arabic]
- 19) Mishkīnī Ardabilī, Abū al-Ḥasan (1413 AH/1992). Kifāyat al-uṣūl (Mīrzā Abū al-Ḥasan Mishkīnī, ḥawāshī) (vol. 2). Qom: Luqmān. [in Arabic]
- 20) Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafā' & Shāhnūsh Furūshānī, Muḥammad 'Abd al-Ṣāliḥ (1398 SH/2019). Mafhūm qarīna wa naqsh ān dar fahm ma'nā-yi yak matn [The Concept of Context and Its Role in Understanding the Meaning of a Text]. Faṣṣnāma-yi Taḥqīqāt-i Ḥuqūqī, vol. 22, no. 86, pp. 71-98. doi: 10.29252/lawresearch.22.86.71. [in Persian]
- 21) Muḥtāhid Tabrīzī, Ṣādiq ibn Muḥammad (1317 AH/1899). al-Maqālāt al-gharriya fi taḥqīq al-mabāḥith al-uṣūliya. Tabriz: Maṭba'at Mashhadī Asad Aqā. [in Arabic]
- 22) Muẓaffar, Muḥammad Riḍā (1430 AH/2009). Uṣūl al-fiqh (vol. 1). Qom: Islāmī. [in Arabic]
- 23) Narāqī, Mullā Aḥmad (1430 AH/2009). Miftāḥ al-aḥkām. Qom: Bustān al-Kitāb. [in Arabic]
- 24) Rāzī, Fakhr al-Dīn (n.d.). Al-Maḥṣūl (vol. 3). n.p. [in Arabic]
- 25) Ṣadr, Muḥammad Bāqir (1408 AH/1987). Mabāḥith al-uṣūl (Kāẓim Ḥusaynī Ḥā'irī, taqrīrāt). Qom: Maktabat al-I'lām al-Islāmī. [in Arabic]
- 26) Ṣadr, Muḥammad Bāqir (1417 AH-a/1996-a). Buḥūth fi 'ilm al-uṣūl (Maḥmūd Hāshimī Shāhrūdī, taqrīrāt) (vol. 4). Qom: Mu'assasa Dā'irat al-Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī bar Madhhab Ahl al-Bayt ('alayhim al-salām). [in Arabic]
- 27) Ṣadr, Muḥammad Bāqir (1417 AH-b/1996-a). Buḥūth fi 'ilm al-uṣūl (Ḥasan 'Abd al-Sāṭir, taqrīrāt) (vol. 9). Beirut: al-Dār al-Islāmīya. [in Arabic]
- 28) Ṣadr, Muḥammad Bāqir (1418 AH/1997). Durūs fi 'ilm al-uṣūl (vol. 2). Qom: Mu'assasa al-Nashr al-Islāmī. [in Arabic]
- 29) Ṣāliḥī Māzandarānī, Ismā'īl (1381 SH/2002). Miftāḥ al-Uṣūl (vol. 3). Qom: Ṣāliḥān. [in Arabic]
- 30) Sayyid Murtaḍā 'Ilm al-Hudā, 'Alī bin Ḥusayn (1376 SH/1997). Al-Dharī'a ilā Uṣūl al-Sharī'a (vol. 1). Tehran: Dānishgāh-i Tehran. [in Arabic]
- 31) Shāhnūsh Furūshānī, Muḥammad 'Abd al-Ṣāliḥ (1398 SH/2019). Naqsh-i Uṣūl-i Lafzī dar Rafī-i Ijmāl-i Ḥuqūqī [The Role of Verbal Principles in Resolving Legal Ambiguity]. Mashhad: Dānishgāh-i 'Ulūm-i Islāmī-yi Raḍawī. [in Persian]
- 32) Shāhnūsh Furūshānī, Muḥammad 'Abd al-Ṣāliḥ (1402 SH/2023). Tabyīn-i Kārbast-i "Uṣūl-i Ḥuqūqī" ba Manzūr-i Ḥifẓ-i Tamāmiyyat-i Nizām-i Qānūnī, dar Barābar-i Kārbast-i "Uṣūl-i Lafzī" ba Manzūr-i Kashf-i Murād-i Qānūn'gozār [Clarifying the Utilization of "Legal Principles" for Preservation of

- Legal System Integrity, against Utilization of "Literal Principles" for Discovering Legislators' Intention]. *Pažūheš'nāme-ye Hoqūq-e Islāmī* [Journal of Islamic Law Research], 24(4), 647-674. doi: 10.30497/law.2023.245526.3463 [in Persian]
- 33) Taftāzānī, Sa'd al-Dīn Mas'ūd bin 'Umar (1387 SH/2008). *Al-Muṭawwal*. n.p. [in Arabic]
- 34) Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan (1417 AH/1996). *al-'Udda fī uṣūl al-fiqh* (vol. 1). Qom: Muḥammad Taqī 'Ilāqbandiyān. [in Arabic]
- 35) Wā'izī, Aḥmad (1390 SH/2011). *Naẓariyya-yi tafsīr-i matn* [Theory of Text Interpretation]. Qom: Pizhūhishgāh-i Ḥawza wa Dānishgāh. [in Persian]





## Feasibility of Rescinding a Condition Embedded in a Contract While Preserving the Contract

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

Seyyed Fazel Seyyedi · PhD Student in Private Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.  
sf.seyyedi@isu.ac.ir

### Abstract

#### 1. Introduction

Contracts serve as a foundational mechanism through which individuals and entities engage in transactions, ensuring that their rights and obligations are clearly defined and legally enforceable. Within various legal frameworks, contracts may be either unconditional or conditional, with the latter incorporating specific conditions that must be fulfilled for the contract to remain valid or for certain obligations to be activated. The concept of embedded conditions [provisio], known in Islamic jurisprudence as "Shart-e Zemn-e 'Aqd" [provisio], plays a pivotal role in the formation and execution of contracts. The interrelationship between the contract and these embedded conditions has been the subject of extensive legal analysis, particularly within the context of Islamic law. This article delves into the issue of whether it is feasible to annul an embedded condition within a contract while preserving the underlying contract. It explores the legal ramifications of such an action, addressing both theoretical perspectives and practical implications within Islamic law.

#### 2. Research Question

The primary research question guiding this paper is whether it is legally feasible to rescind a condition embedded within a contract without nullifying the entire contract, particularly within the context of Islamic law and jurisprudence. This inquiry leads to several subsidiary questions: What is the legal status of the contract if a condition is annulled? Does the rescission of a condition automatically trigger the dissolution of the contract, or can the contract survive



independently? Furthermore, under what circumstances, if any, might a party have the right to annul a condition without affecting the contract's validity? This article seeks to answer these questions by examining the conditions under which a contract and its embedded conditions can be legally separated, and the potential consequences of such an action.

### **3. Research Hypothesis**

The hypothesis proposed in this article is that, according to Islamic jurisprudence, it is indeed possible to rescind a condition embedded within a contract while allowing the primary contract to remain intact. This hypothesis is grounded in the analysis of Islamic legal principles, which suggest that the embedded condition and the contract, although interrelated, can be treated as distinct legal entities under certain circumstances. The article posits that the mutual dependency between a contract and its conditions is not absolute and that there may be instances where the rescission of a condition does not necessitate the annulment of the contract. Specifically, the authors hypothesize that Islamic jurists, particularly those aligned with certain schools of thought, may permit the severability of a condition from the contract, thus enabling one party to annul the condition while preserving the contract's validity.

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

This article employs a doctrinal research methodology, focusing on a detailed analysis of legal texts, precedents, and principles within Islamic jurisprudence. The research is primarily library-based, involving the examination of classical and contemporary legal sources that address the relationship between contracts and embedded conditions. The doctrinal approach is particularly suited to this study as it allows for a comprehensive understanding of how Islamic law conceptualizes the interplay between contracts and conditions.

The framework of analysis is structured around three key agreements that constitute a conditional contract: the main commitment, the ancillary commitment, and the agreement regarding the dependency of the main commitment on the ancillary one. By dissecting the conditional contract into these components, the article systematically explores the legal principles governing each aspect and how they interact. This analytical framework facilitates a nuanced discussion of the barriers to rescinding a condition while preserving the contract and provides a clear structure for examining the potential outcomes of such an action.

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

The study of the feasibility of rescinding a condition embedded within a contract while preserving the contract itself, particularly within the context of Islamic jurisprudence, reveals legal dynamics that have been insufficiently addressed in existing literature. Through a meticulous analysis of Islamic jurisprudence

[Fiqh], the article uncovers several key findings that contribute to the understanding of conditional contracts and the potential for separating embedded conditions from the main contractual obligations.

Firstly, the analysis of the relationship between the contract and the embedded condition suggests that there are multiple interpretations within Islamic jurisprudence. These interpretations include viewing the condition as an integral part of the contract, as a suspended agreement, or as an independent yet related commitment. The authors ultimately favor the interpretation of the contract as conditional upon the embedded condition. This perspective is aligned with the common legal understanding of "conditioned and conditional" and emphasizes that the main contractual obligation is contingent upon the fulfillment of the ancillary condition.

The article identifies three potential barriers to the rescission of an embedded condition: 1) considering the condition as an integral part of the contract that is subject to rescission; 2) the rule of the condition's dependence on the contract, which involves the effect of the contract's dissolution on the condition; and 3) the need to maintain the integrity of the contract or prevent its fragmentation. These barriers are crucial in determining whether it is legally feasible to rescind a condition without affecting the contract's validity.

The discussion reveals that not all conditional contracts are created equal in terms of their susceptibility to the rescission of embedded conditions. Conditional contracts that include a condition of result or performance, which entail all three agreements (main commitment, ancillary commitment, and the dependency agreement), are subject to rescission. In contrast, contracts that include a condition of qualification, particularly when the subject of the condition is a "certain object," lack the ancillary commitment agreement, rendering the rescission of the condition irrelevant.

Furthermore, the analysis shows that when the subject of the condition is an essential element or attribute of the main commitment, separating the condition from the contract is unreasonable. In such cases, the condition does not create a separate ancillary commitment, and its rescission would undermine the contract's integrity.

The article also addresses the rule of the condition's dependence on the contract, which raises the question of whether the condition continues to exist if the contract is dissolved. The findings suggest that while the condition and the contract are related, they are not inseparably linked. The rescission of the condition by one party does not necessarily nullify the contract; instead, it destabilizes the contract, giving the other party the right to respond.

The article outlines various scenarios in which the rescission of a condition might occur and the corresponding effects on the contract. These scenarios include situations where the condition is not fulfilled, becomes impossible due to external factors, or is affected by the behavior of either party or a third party.

The general principle that emerges is that the rescission of the condition can lead to the destabilization of the contract, but the right to annul the contract depends on the specific circumstances and the conduct of the parties involved.

## **6. Conclusion**

The research concludes that within Islamic jurisprudence, it is indeed possible to rescind a condition embedded within a contract while preserving the contract itself, although this possibility is contingent upon the specific nature of the condition and the contract. The key findings of the study indicate that the relationship between the condition and the contract is nuanced and multifaceted. The possibility of rescission is determined by the type of condition, the existence of ancillary commitments, and the interdependence of the contractual obligations.

The study reached is that while the main and ancillary commitments within a conditional contract are separate yet related, their connection does not make them inseparable. The rescission of a condition does not automatically lead to the nullification of the contract, but it does destabilize the contractual relationship, giving the other party potential grounds for further legal action.

The article suggests that Islamic statutory laws should explicitly address the consequences of rescinding a condition embedded within a contract. Specifically, it recommends that laws clarify that the rescission of a condition by one party may give the other party the right to annul the contract unless the rescission is attributable to the conduct of the party seeking to annul the contract. This recommendation aims to provide clearer legal guidance and reduce ambiguity in contractual disputes involving embedded conditions.

This research contributes to the legal discourse on conditional contracts within Islamic law by providing a detailed analysis of the feasibility and implications of rescinding embedded conditions. It offers practical recommendations for legal reform, emphasizing the need for clearer statutory provisions to address the complexities of conditional contracts and the rights of the parties involved.

**Keywords:** Conditional Contract, Condition Embedded in a Contract [Proviso], Rescinding the Embedded Condition, Relationship Between Contract and Condition, Condition's Dependence on the Contract, Principle of Contract Integrity.

## امکان سنجی فسخ شرط ضمن عقد با وجود بقای عقد

محمدهادی جواهرکلام • استادیار، گروه حقوق خصوصی و اقتصادی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)  
javaherkalam@atu.ac.ir  
سیدفاضل سیدی • دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.  
sf.seyedi@isu.ac.ir

### چکیده

در پژوهش حاضر، امکان‌سنجی فسخ شرط ضمن عقد علی‌رغم بقای عقد مورد مطالعه قرار گرفته است؛ پرسش اصلی جستار این است که چنانچه از ناحیه شرط ضرری متوجه یکی از طرفین باشد، آیا او می‌تواند شرط ضمن عقد را فسخ نموده و عقد را باقی گذارد؟ در این صورت، اثر فسخ شرط بر سرنوشت عقد چه خواهد بود؟ در این مقاله، با روش توصیفی تحلیلی، ضمن بررسی اختلاف نظر فقهاء و حقوقدانان در زمینه رابطه شرط و عقد، تبیین دیدگاه مختار و واکاوی موانع احتمالی امکان فسخ شرط ضمن عقد، سرانجام این نتیجه حاصل شد که اصولاً فسخ شرط ضمن عقد با وجود بقای عقد، امکان‌پذیر است. به علاوه، قاعده تبعیت شرط از عقد و لزوم یکپارچگی عقد، مانع فسخ شرط ضمن عقد نیست. ره‌آورد دیگر پژوهش اینکه، در خصوص اثر فسخ شرط ضمن عقد بر قرارداد اصلی می‌توان چنین گفت که فسخ شرط توسط مشروط‌له، عقد را به نفع طرف دیگر متزلزل می‌کند، مگر فسخ شرط منسوب به رفتار مشروط‌علیه باشد؛ که در این صورت عقد از سوی مشروط‌علیه قابل فسخ نخواهد بود.

واژگان کلیدی: عقد مشروط، شرط ضمن عقد، فسخ شرط ضمن عقد، رابطه عقد و شرط، تبعیت شرط از عقد، اصل یکپارچگی قرارداد.



## مقدمه

یکی از راه‌های رفع نیاز که انسان برگزیده، دادوستد و مبادله با دیگران است که از طریق عقود و قراردادهای انجام می‌دهد. اشخاص گاه این عقود را مطلق می‌گذارند و گاه مشروط به شرایطی می‌کنند که از آن به شروط ضمن عقد یاد می‌شود. مباحث حقوقی مربوط به شرط ضمن عقد با محوریت تأثیر و تأثر عقد و شرط بر یکدیگر، بخش مهمی از پژوهش‌ها را به خود اختصاص داده است. پرسشی که پژوهش حاضر به آن می‌پردازد، امکان جدایی عقد و شرط از یکدیگر است. بارها به این مسئله پرداخته شده است که با انحلال عقد اصلی، شروط ضمن آن چه سرنوشتی خواهند داشت. آیا قاعده تبعیت شرط از عقد، بدون استثنا تمام شروط را دربرمی‌گیرد؟ به بیان دیگر، آیا با بطلان عقد، امکان بقا برای شرط وجود دارد و می‌توان مواردی از شروط را یافت که با زایل شدن عقد، از بین نمی‌روند؟ پاسخ این پرسش‌ها را می‌توان در عناوینی مانند شروط مستقل یافت (محمدی و همکاران، ۱۴۰۲، صص. ۸۳-۱۱۶). اکنون باید به این پرسش که کمتر مورد توجه حقوق دانان قرار گرفته است، پاسخ داد که چنانچه صرفاً از ناحیه شرط ضرری متوجه یکی از طرفین باشد، آیا او می‌تواند شرط را فسخ کند و عقد را باقی گذارد یا اینکه مجموع عقد و شرط باید موضوع فسخ قرار گیرد؟ در صورتی که پاسخ مثبت است، فسخ شرط چه تأثیری بر سرنوشت عقد دارد؟ آیا می‌توان گفت که در صورت فسخ شرط توسط یکی از طرفین، عقد نیز توسط طرف دیگر قابل فسخ است؟ آیا استثنایی بر پاسخ اخیر قابل تصور است؟

برای مثال، اگر ضمن عقد بیع شرط شود که در ازای مبلغ ۱۰ میلیون تومان، خریدار ساختمان متعلق به فروشنده را رنگ کند یا خودروی او را تعمیر کند یا ملک مشخصی را برای او بخرد و به وی تسلیم کند، ولی از اجرای شرط امتناع کند، آیا فروشنده می‌تواند به علت عدم انجام دادن شرط یا امتناع شرط و تعذر در تسلیم مورد شرط، با حفظ عقد بیع، تنها شرط ضمن آن را فسخ کند و در فرضی که اقدام به فسخ آن کند، تکلیف عقد بیع چه خواهد شد؟ وانگهی، هرگاه ضمن عقد اجاره مغازه برای یک سال، شرط شود که ابزارآلات مستأجر پس از انقضای اجاره، در ازای مبلغی به موجر انتقال یابد و کاشف به عمل آید که ابزارآلات معیوب بوده یا حق انتفاع پنج‌ساله آن‌ها به ثالث واگذار شده است، آیا موجر می‌تواند به جای فسخ اجاره، تنها شرط ضمن اجاره را فسخ کند و در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا مستأجر در این حالت می‌تواند به علت انتفای شرط، عقد اجاره را بر هم بزند؟ همچنین است اگر تنها نسبت به موضوع شرط تدلیس صورت گرفته

باشد یا صفتی که نسبت به موضوع شرط مقرر شده است، وجود نداشته باشد. نوشتار حاضر با روش توصیفی تحلیلی و شیوه گردآوری داده‌ها به صورت کتابخانه‌ای، در پی پاسخ به امکان‌سنجی فسخ شرط ضمن عقد با وجود بقای عقد، ابتدا به رابطه شرط و عقد می‌پردازد. سپس موانع احتمالی فسخ شرط به‌رغم بقای عقد مورد بررسی قرار می‌گیرد و برای تسهیل بحث در مانعیت موارد فوق، عقد مشروط به سه توافق منحل و تجزیه شده است؛ توافق بر التزام اصلی، توافق بر التزام فرعی و توافق بر تقیید استقرار التزام اصلی بر التزام فرعی. سرانجام، بر اساس نتیجه حاصل‌شده از مباحث قبلی، به بررسی اثر فسخ شرط بر عقد پرداخته خواهد شد؛ اینکه فسخ شرط توسط یکی از طرفین چه وضعیتی برای عقد می‌آفریند.

#### ۱. رابطه عقد و شرط

فرض مسئله این است که عقد به صورت مشروط واقع شده است و از ناحیه شرط ضرری متوجه یکی از طرفین می‌شود. می‌دانیم مشروط‌له همواره می‌تواند از حق خود عدول کند (مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ قانون مدنی)، اما آیا می‌توان به او اختیار داد تا ضمن ابقای عقد، شرط ضمن آن را به کلی فسخ کند؟

به‌عنوان مقدمه باید گفت برای تحقق مفهوم شرط باید نوعی علاقه یا ارتباط میان مفاد شرط و عقد موجود باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۱۳۶)، اما در تبیین این رابطه نظریات گوناگونی از قبیل جزئیت<sup>۱</sup> (نراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۴۴)،<sup>۲</sup> ظرفیت<sup>۳</sup> (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص. ۳۰۷)،<sup>۴</sup> قیدیت مورد معامله<sup>۵</sup> (انصاری، بی‌تا، ص. ۹۳)،<sup>۶</sup> تعلیق (خویی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۲۷) و... ارائه

۱. طبق این نظر، شرط جزئی از عوضین است و قسمتی از ثمن یا مبیع را تشکیل می‌دهد.

۲. «... و مما یدل علی وجوب الوفاء بالشرط فی ضمن العقد انه بصیر جزء من احد العوضین فیصیر لازماً کسائر اجزائهما اما انه بصیر جزء من احدهما فلانه لیس المراد بالعوض الا ما وقع بازاء معوضه فإذا لم یرض احد المتقاعدين بما یعطى عوضاً عن متاعه الا مع هذا الشرط فهو ایضاً یکون جزء مما هو بازاء متاعه فیکون جزء من عوضه وای فرق بین ما إذا باع فرسه مثلاً بغمم وحمار أو بغمم بشرط ان یعطیه حماراً ایضاً...».

۳. مطابق این نظر، شرط التزامی اضافه بر و مستقل از عقد است که در ظرف عقد قرار گرفته است.

۴. «فتحصل من ذلک ان الشرط عبارة عن قرار مستقل فی قرارته مقابل قرار البیع، لکن یعتبر فی تحقق عنوانه و تحققه ان یقع فی ضمن العقد من غیر تقیید مطلقاً لا للعوضین ولا للانشاء ولا المنشأ».

۵. بر اساس این نظر، شرط جزئی از عوضین نیست، اما به‌عنوان وصف یا قید، بر ارزش آن‌ها مؤثر است.

شده است (برای تفصیل بحث ر.ک به: صغیری، ۱۳۸۴، ص. ۱۰۵؛ محقق داماد، ۱۳۹۹، ج ۱، ص. ۳۱۱). در میان این دیدگاه‌های گوناگون، برخی از تحلیل‌ها از جمله رابطه فرع و اصل، با نظریاتی مانند تقیید یا ظرفیت قابلیت تطبیق دارد؛ اگرچه به تنهایی در تبیین نوع رابطه و تأثیر و تأثر شرط و عقد وافی به مقصود نیست، بلکه تنها مبین این موضوع است که عقد و شرط رابطه تعدد مطلوب دارند. براین اساس و با توجه به اختلاف دیدگاه‌ها، بیان نظر مختار در مورد نوع رابطه شرط و عقد، از این حیث که در بررسی شبهات امکان فسخ شرط ضمن عقد مؤثر است، ضروری می‌نماید. به نظر می‌رسد که در بین تحلیل‌های ارائه‌شده، «نظریه قیدیت» برای تبیین رابطه شرط و عقد، با تحلیل نوعی اراده طرفین و ارتکاز عرفی از شرط سازگارتر است. شهید اول نیز در تبیین این رابطه، شرط را قید عقد می‌شمارد (عاملی (شهید اول)، بی تا، ص ۱۱۰)؛ توضیح اینکه، این نظریه از سه حالت خارج نیست<sup>۱</sup> (طباطبایی یزدی، ۱۳۳۷، ص ۱۰۷). ۱. شرط، قید اصل عقد باشد. این فرض مستلزم تعلیق در عقد و باطل است. ۲. شرط، قید استمرار عقد است. این فرض نیز مردود است؛ زیرا مستلزم انفساخ عقد است و نه ایجاد حق فسخ برای مشروط‌له. ۳. شرط، قید لزوم عقد باشد. اولاً، چنین تعبیری از شرط، خلاف ظاهر عقد است؛ زیرا ظاهر آن است که به وسیله شرط،

۶. «منع مقابله شیء من العوضین عرفاً و لا شرعاً؛ لأن مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن والمثمن، غاية الأمر كون الشرط قيداً لأحدهما يكون له دخل في زيادة العوض و نقصانه، و الشرع لم يحكم على هذا العقد إلا بإمضائه على النحو الواقع عليه، فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين؛ و لذا لم يكن في فقهه إلا الخيار بين الفسخ و الإمضاء مجاناً، كما عرفت».

۷. «أن اشتراط العقد بشيء ليس معناه مجرد مقارنة التزام مع التزام آخر، بل هو يختلف باختلاف الموارد، فقد يكون معنى الشرط في ضمن العقد تعليق الالتزام بالعقد والوفاء به عليه كما إذا اشترط في بيع عبد مثلاً كونه كاتباً أو عادلاً أو ما شاكل ذلك، وقد يكون معناه تعليق نفس العقد على الالتزام بشيء كما إذا اشترطت المرأة في عقد النكاح السكنى في بلد معين مثلاً أو نحو ذلك، وقد يكون كلا الأمرين معاً كما إذا اشترط البائع أو المشتري على الآخر خياطة ثوب أو كتابة شيء مثلاً».

۸. «... فإما أن يكون قيدا في أصل البيع أو في لزومه أو في استمراره فعلى الأول يلزم التعليق المبطل و أيضا لازمه البطلان عند التخلف و لو كان الشرط من الشروط الصحيحة مع أنه خلاف الإجماع و خلاف حكم العرف كما عرفت و دعوى أن ذلك لدليل خارجي و إلا فمقتضى القاعدة البطلان كما ترى و أيضا ظاهر الفقهاء إلا الشهيد وجوب الوفاء بالشرط و مع إرادة التقيد لا وجه له كما عرفت و على الثاني كما هو ظاهر الشهيد نقول إنه خلاف المنساق من الألفاظ المذكورة في الصيغ فإن قولهم بعتك بشرط أن تفعل كذا ظاهر في عود الشرط إلى أصل البيع إذ لا ذكر للزوم و الخيار في الكلام حتى يكون الشرط راجعا إليه و دعوى أنه مفهوم من سياق الكلام كما ترى و على الثالث كما هو ظاهر العوائد بل صريحه أيضا نقول إنه خلاف ظاهر الألفاظ كما هو واضح مضافا إلى أن لازم كون القيد راجعا إلى الاستمرار الانفساخ عند التخلف لا الخيار كما لا يخفى هذا».



اصل عقد هدف قرار می‌گیرد. ثانیاً، لزوم حکم شرعی عقد است و در اختیار طرفین نیست تا بتوانند چیزی را شرط لزوم عقد قرار دهند (مراغی (حسینی)، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۲۸۳).

در مقام ارزیابی، فرض‌های اول و دوم را در حقوق ایران، «شرط تعلیقی» گویند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۱۲۴) که از نظر موضوعی، از بحث نوشتار حاضر خارج است. نسبت به فرض دوم نیز به نظر می‌رسد مقصود از «قید لزوم عقد» تقیید استقرار منشأ عقد است (عالی‌پناه، ۱۳۹۹، تقریرات کلاسی)؛ یعنی طرفین در ناحیه موضوع دخالت دارند و توافق را متزلزل قرار می‌دهند؛ همچنان‌که اختیارات قراردادی نیز در ناحیه موضوع، عقد را متزلزل و غیرمستقر قرار می‌دهند. این به معنای تغییر حکم شرعی عقد از لزوم به جواز نیست و عقد همچنان لازم، اما قابل فسخ است. از سوی دیگر، تبادل عرفی از موضوع مشروط نیز رابطه تقیید را تأیید می‌کند. موضوع مشروط عرفاً این است که با انتفای شرط، مشروط نیز منتفی شود و با عدم شرط، عدم مشروط لازم آید. با این توصیف، آنچه در عقد مشروط، «مشروط» است، استقرار منشأست نه خود منشأ. از حیث توصیفی، با توجه به ارتکازات ذهنی متعاملان، رابطه عقد و شرط از باب تعدد مطلوب است. قصد طرفین چنین نیست که اگر وصف (در شرط صفت) وجود نداشت، عقد باطل باشد، بلکه خواهسته‌اند در صورت تخلف از آن، ذی‌نفع بتواند پایبند به عقد نباشد و گرنه چنانچه مشروط‌الّه به مبیع فاقد شرط راضی باشد، نیاز به انشای عقد جدیدی نیست و به همان پایبند می‌ماند<sup>۱</sup> (طباطبایی یزدی، ۱۳۳۷، ص. ۱۰۷). بنابراین، به نظر می‌رسد قصد مشترک طرفین سازنده رابطه عقد و شرط است و می‌توانند از میان روابط مختلف دست به گزینش بزنند (ره‌پیک، ۱۴۰۰، ص. ۲۶)، اما می‌توان پذیرفت که حقیقت عرفی و متعارف شرط، تقیید استقرار منشأست.

## ۲. موانع احتمالی فسخ شرط ضمن عقد

موانع احتمالی فسخ شرط به اختصار عبارت‌اند از قرار گرفتن شرط به‌عنوان موضوع فسخ (آیا

۱. «و لکنه فی اللب علی وجه تعدد المطلوب فإن مرکوز فی أذهانهم لیس عدم البیع عند عدم بل عدم الالتزام به و إنا فلو رضی بالمبیع مع فقد الشرط لا یکون من الرضا بأمر خارجی حتی یحتاج إلی إنشاء معاملة جدیدة بل یمکن أن یجعل من هذا الباب جملة من المقامات التي یکون الشرط من قبیل الأفعال لکن یکون نظر المتعاقدين إلی التقیید فلا یحکم بالبطان بل بالصحة علی الوجه المذكور بل یمکن من هذا البیان أن یجعل جمیع الشروط کذلک».

شرط ضمن عقد می‌تواند موضوع فسخ قرار گیرد) و قاعده تبعیت شرط از عقد و لزوم حفظ یکپارچگی عقد (جلوگیری از تجزیه شدن عقد) که هر یک از آنها به صورت مجزا مورد بحث قرار خواهد گرفت.

## ۱.۲. موضوع فسخ

فسخ مانند هر عمل حقوقی دیگر، موضوع دارد. همان‌طور که از معنای فسخ پیداست، موضوع فسخ، توافق، عهد، قرار یا التزام حقوقی است.<sup>۱</sup> حال باید بررسی کرد که آیا شرط می‌تواند موضوع فسخ قرار گیرد یا خیر؟ در این باره گفتنی است که آنچه به عنوان موضوع فسخ مورد بررسی قرار می‌گیرد، شرط به معنای توافق فرعی است. به عبارت دیگر، «شرطیت» یا «قیدیت» موضوعی (توافق فرعی) در استقرار عقد (توافق اصلی)، خود توافقی حقوقی است، اما اصولاً از ناحیه «شرطیت» زبانی متوجه طرفین شرط نیست تا اقدام به گسستن چنین توافقی کنند، بلکه التزامی که موضوع شرط قرار گرفته و در واقع «قید» استقرار عقد است، ممکن است موجبات فسخ را فراهم آورد. بنابراین، تأمل در این موضوع ضروری است که آیا مشروط‌علیه متعهد به ایفای مشروط‌به است تا از ناحیه این التزام ضروری به او رسد یا مشروط‌به تنها قیدی است که مشروط‌علیه التزامی به ایفای آن ندارد و تنها فایده آن، این است که تخلف از شرط موجب حق فسخ باشد. در این زمینه، برخی نویسندگان، اثر شرط را تقیید محض دانسته‌اند و معتقدند هیچ‌گونه التزامی از شرط حاصل نمی‌شود. برخی دیگر، اثر شرط را تقیید توأم با التزام شناخته‌اند. در مقابل، گروهی میان شرط صفت و شرط فعل قائل به تفصیل شده‌اند (فرح‌زادی، ۱۳۸۵، ص ۱۷). اهمیت این اختلاف در این است که چنانچه شرط التزام حقوقی ایجاد نکند، سخن گفتن از فسخ بلاموضوع و بی‌معنا خواهد بود، اما اگر چنین التزامی وجود داشته باشد، عقد مشروط را می‌توان به سه توافق تجزیه کرد. ۱. توافق بر التزام اصلی، ۲. توافق بر التزام فرعی، ۳. توافق بر تقیید استقرار التزام اصلی بر التزام فرعی.<sup>۲</sup> از این رو، شناخت اثر شرط در نظام حقوقی ایران ضروری است. در این باره چنان‌که

۱. برای دیدن مفهوم شرط و تعریف عقد و رابطه آن با التزام و عهد و تعهد، ر. ک به: صالحی علی‌آبادی، ۱۴۰۲، صص. ۸۲۱-

۸۲۴؛ بیگدلی و محمدی، ۱۴۰۲، صص. ۶۳-۷۵.

۲. قصد طرفین بر شرطیت توافق فرعی، دلالت بر همین توافق دارد.

می‌دانیم، ماده ۲۳۴ قانون مدنی، شرط صحیح را بر سه قسم شرط صفت، فعل و نتیجه تقسیم کرده است.

الف. در مورد «شرط نتیجه»، تردیدی وجود ندارد که موضوع آن التزام حقوقی است؛ زیرا موضوع مادی به صرف اشتراط در عالم مادی تحقق نمی‌پذیرد (شهیدی، ۱۴۰۲، ج ۴، ص. ۷۵). ماده ۲۳۶ قانون مدنی هم مقرر داشته است «شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد، آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود». بنابراین، چنین شرطی می‌تواند موضوع فسخ قرار گیرد؛ زیرا توافقی بر یک التزام فرعی شده است مانند اینکه ضمن قرارداد اجاره خانه‌ای، اجاره روزانه دو خودرو نیز برای مستأجر در قالب شرط درآید درحالی که یکی از آن دو خودرو در زمان عقد تلف شده است. باین حال، در ادامه خواهیم دید که اگر عمل به شرط به علت خارجی و به صورت مطلق منتفی شود، شرط منفسخ خواهد شد نه اینکه از سوی مشروط‌له قابل فسخ باشد. به هر حال، اگر تحقق شرط نتیجه مقرر در عقد منوط به سبب خاصی باشد و مشروط‌له بدان جاهل باشد، می‌تواند شرط ضمن عقد را فسخ کند.

ب. در زمینه «شرط فعل»، ماده ۲۳۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد «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...». بنابراین، شرط فعل، التزام مشروط‌علیه را به انجام فعل یا ترک آن به دنبال دارد. همچنین، صدر ماده ۲۴۴ همان قانون نیز حق ناشی از شرط را قابل اسقاط دانسته است که اولاً، در شمول این ماده بر شرط فعل تردیدی نیست. ثانیاً، شناسایی حق ناشی از شرط بر وجود التزام مشروط‌علیه دلالت دارد. بنابراین، مانعی برای فسخ چنین شرطی وجود ندارد؛ زیرا توافقی بر التزام فرعی صورت گرفته است مانند اینکه ضمن عقد بیعی، انجام عملی در ازای مبلغی بر فروشنده شرط شود درحالی که عرفاً تعادل اقتصادی عوضین به طور فاحش رعایت نشده است.

---

۱. «طرف معامله که شرط به نفع او شده [است] می‌تواند از عمل به آن شرط صرف‌نظر کند. در این صورت مثل آن است که این شرط در معامله قید نشده باشد، اما شرط نتیجه قابل اسقاط نیست».

امکان فسخ شرط فعل در صورت خودداری متعهد از عمل به شرط در صورتی تقویت می‌شود که گفته شود ضمانت اجرای اولیه تخلف از شرط فعل، امکان فسخ عقد از سوی مشروط‌له است بدون اینکه وی تکلیفی به الزام مشروط‌علیه به انجام شرط داشته باشد. برای روشن‌تر شدن بحث باید افزود که در فقه شیعه و حقوق ایران، در اینکه به صرف تخلف مشروط‌علیه از اجرای شرط، مشروط‌له حق فسخ قرارداد را دارد یا اینکه ابتدا باید الزام مشروط‌علیه را به اجرای شرط بخواند و تنها در صورتی می‌تواند عقد را فسخ کند که الزام وی به اجرای آن ممکن نباشد، دیدگاه‌ها یکسان نیست. گروهی از فقیهان امامیه معتقدند که فسخ عقد تنها در صورتی امکان دارد که امکان الزام به اجرای شرط وجود نداشته باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص. ۷۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص. ۲۱۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص. ۶۹؛ نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص. ۱۳۴؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۲۷۴؛ مراغی (حسینی)، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۲۸۱؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۱۳۷؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۵۰۶؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۴۹۴؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۶۷؛ هاشمی شاهرودی با همکاری جمعی از پژوهشگران، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۳۸۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۷، ص. ۲۲۷)؛ یعنی مشروط‌له ابتدا باید الزام متعهد به اجرای شرط را بخواند و تنها در صورت عدم امکان الزام به «وفای به شرط»، مشروط‌له به‌عنوان آخرین راهکار می‌تواند عقد اصلی را فسخ کند. در مقابل، جمعی از فقهای بزرگ بر این عقیده‌اند که با تخلف مشروط‌علیه، مشروط‌له می‌تواند عقد را فسخ کند یا الزام وی به انجام دادن شرط را بخواند (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۲۸؛ حلی (علامه)، ۱۳۸۸، ج ۲، ص. ۲۵۲؛ عاملی کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۴۲۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۳۷، ج ۲، ص. ۱۲۸؛ خویی، بی‌تا، ج ۷، ص. ۳۷۴؛ اصفهانی (کمپانی)، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص. ۱۹۲؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص. ۳۲۸؛ خویی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، صص. ۲۲۱-۲۲۷؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۳۰۳؛ روحانی (حسینی)، ۱۴۲۹ق، ج ۶، ص. ۳۰۴). براین اساس، در صورت تخلف از شرط، مشروط‌له تکلیفی به الزام مشروط‌علیه به اجرای شرط ندارد، بلکه از همان ابتدا می‌تواند عقد را فسخ کند.

قانون مدنی به ظاهر نظر نخست را برگزیده؛ زیرا در ماده ۲۳۹ آمده است «هرگاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام دادن فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت». نویسندگان حقوق مدنی نیز اغلب همین دیدگاه را پذیرفته و به قانون‌گذار نسبت داده‌اند (کاتوزیان،

۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۹۲؛ امامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۴۸۵؛ شهیدی، ۱۴۰۲، ص ۱۴۵؛ عدل، ۱۳۴۲، ص ۳۰۸؛ شیروی، ۱۳۷۸، ص ۵۶. باین حال، دیدگاه اخیر قابل انتقاد می‌نماید و باعث صرف وقت بسیار و هزینه فراوان و در نتیجه، تحمیل ضرر ناروا به مشروط‌له می‌شود. وانگهی، الزام «مشروط‌له» به پایبند بودن به مفاد شرط و تکلیف او به الزام مشروط‌علیه به انجام دادن شرط، توجیه منطقی ندارد، بلکه این موضوع امتیازی برای اوست و او می‌تواند اجبار مشروط‌علیه به ایفای عین تعهد را درخواست کند بدون اینکه تکلیفی به این موضوع داشته باشد. تجربه نیز نشان داده است که مشروط‌علیه که به اختیار از عمل به شرط سر باز می‌زند، به اجبار نیز مفاد شرط را انجام نخواهد داد و تکلیف مشروط‌له به الزام به اجرای شرط، موضوعی لغو و بیهوده است و در نهایت، او ناچار به فسخ عقد می‌شود. بنابراین، لازم است که از همان ابتدا حق فسخ قرارداد به وی داده شود تا از ورود ضرر بیشتر به او جلوگیری شود. شاید به خاطر همین ملاحظات است که ماده ۲۳۷ قانون مدنی پس از بیان تکلیف «مشروط‌علیه» به وفای به شرط، الزام او به اجرای شرط را از حقوق مشروط‌له شمرده است و مقرر می‌دارد «در صورت تخلف مشروط‌علیه طرف معامله، مشروط‌له می‌تواند به حاکم رجوع کند، تقاضای اجبار به وفای شرط بکند». در نتیجه، به نظر می‌رسد که همگام با گروه وسیعی از فقهای امامیه، دست‌کم از حیث تحلیلی، باید نظری را تأیید کرد که صرف تخلف از اجرای شرط را سبب پیدایش حق فسخ برای مشروط‌له می‌شمرد.

ج. شرط صفت چه در عین معین و چه در عین کلی، در مرحله انشا، شرطی وجودی است؛ یعنی ثبوت صفتی در مورد معامله شرط می‌شود. تصور این موضوع در عین معین روشن است. نسبت به عین کلی نیز تصور شیء ذمی و اعتباری که موصوف به صفتی باشد، دشوار نیست و می‌توان شرط صفت در عین کلی را نیز پذیرفت. باین حال، در مرحله اجرای عقد، باید میان شرط راجع به عین معین و عین کلی تفاوت نهاد. چنانچه موضوع معامله عین معین باشد، با توجه به اینکه قصد طرفین به موجودیت خارجی تعلق گرفته است، مشروط‌علیه تعهدی در ایجاد صفت مشروط در عین خارجی ندارد؛ اگرچه متعهد بودن مشروط‌علیه در فرض اخیر نیز

بدون قائل نیست<sup>۱</sup> (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص. ۱۲۶)، اما در عین کلی، آنچه در مرحله انشای شرط صفت شناخته می‌شد، در مرحله اجرا به شرط فعل برمی‌گردد (شهیدی، ۱۴۰۲، ص. ۶۲؛ صفایی، ۱۳۹۶، ج ۲، ص. ۲۰۵)؛ زیرا مشروط‌علیه متعهد است مصداقی از کلی را که از حیث جنس، وصف و مقدار مورد توافق قرار گرفته است، تسلیم کند و صفات تمییزدهنده مورد معامله از بین انواع دیگر کلی است (امامی، ۱۳۸۵، ج ۱، صص. ۲ و ۸۲). بنابراین در مورد شرط صفت، در صورتی که مورد معامله عین کلی باشد، مشروط‌علیه ملتزم به انجام دادن یک عمل است. بنابراین، این قسم از شرط صفت می‌تواند موضوع فسخ واقع شود<sup>۲</sup> مانند آنکه فروشنده کالای تجاری به‌طور کلی که از هر حیث معلوم است، با حيله و بیان کارکردهای واهی، به نفع خود شرط کند که مصادیق درجه دو از آن کالا را تهیه کند، اما درجه دو بودن آن کالا، عرفاً آن را در حکم معیوب قرار دهد. در مقابل، در شرط صفتی که ناظر بر عین معین است، از آنجاکه توافق بر التزام فرعی وجود ندارد، بلکه آنچه مازاد بر توافق اصلی است، تنها توافق بر شرطیت موضوعی در استقرار توافق اصلی است، ورود ضرر از این ناحیه و همچنین، وجود موضوعی برای فسخ، قابل تصور نیست. بنابراین، این قسم از شرط صفت نمی‌تواند موضوع فسخ قرار گیرد.

گاه ممکن است طرفین برای تعهد اصلی، اوصاف کمی یا کیفی یا اجلی برای اجرای تعهد تعیین کنند که این موضوع نباید با شرط ضمن عقد خلط شود. می‌دانیم تعهد لزوماً باید معلوم باشد و در ظرف زمان و مکان اجرا شود. سکوت در این موارد، گاهی قوانین تکمیلی را مجری می‌کند، اما توافق برخلاف قوانین تکمیلی، همواره آن را در ردیف تعهدات فرعی قرار نمی‌دهد. در نتیجه، ضمانت اجرای تخلف از آن، الزام به ایفای تعهد و مطالبه خسارت است. باین حال، ممکن است یکی از اوصاف تعهد یا اجل اجرای تعهد، قید استقرار عقد نیز قرار گیرد و عقد را مشروط کند. به نظر می‌رسد در این نوع شروط، ضرر رساندن شرط به عقد نیز سرایت خواهد کرد؛ زیرا هر دو،

۱. «ینبغی تخصیص ذلک بالأوصاف الّتی لا یمکن تحصیلها و إحدائها للمشروط علیہ قبل تسلیم الموصوف إلی مالکة و إلیا کوصف الکتابة للعبد مثلاً أو إزالة العیب عنه إذا کان معیبا فاللّازم علیه تحصیل الشرط و تسلیمه متصفا بالوصف و لا خیار للمشروط له أیضاً...».

۲. کلی در معین در بحث حاضر ملحق به عین معین است؛ زیرا کلیت آن مقید به خارجیت است.

موضوع واحدی (تعهد اصلی) دارند و شرط شدن اجل یا وصفی، تعهد جدیدی بر تعهد اصلی نمی‌افزاید، بلکه تنها آن را قید استقرار عقد قرار می‌دهد. به عبارت دیگر، در مواردی که یکی از اوصاف تعهد اصلی، قید استقرار عقد (شرط) قرار می‌گیرد، توافقی بر ایجاد التزام فرعی به وجود نمی‌آورد، بلکه آنچه پیش‌تر به عنوان یکی از اوصاف التزام اصلی وجود داشت، به عنوان قید برگزیده می‌شود مانند آنکه اجل اجرای تعهد به عنوان شرط درآید. بنابراین، از میان سه توافق فوق، توافق دوم که موضوع فسخ قرار می‌گیرد، وجود ندارد. در نتیجه، فسخ شرط و ابقای عقد معقول نیست و از فرض مسئله خارج است.

## ۲.۲. تبعیت شرط از عقد

مشهور است که شرط در لزوم و بقا از عقد تبعیت می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۱۳۷؛ شهیدی، ۱۴۰۲، ج ۲، ص. ۴۳). ماده ۲۴۶ قانون مدنی در مورد تبعیت شرط از عقد در بقا بیان داشته است «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد، شرطی که در ضمن آن شده است، باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است، عمل به شرط کرده باشد، می‌تواند عوض او را از مشروط‌له بگیرد». با توجه به تبعیت شرط از عقد در بقا، آیا می‌توان به رغم ابقای عقد، شرط را فسخ کرد؟

در تبیین قاعده تبعیت شرط از عقد در بقا چنین می‌توان گفت که هدف دو طرفین عقد از درج شرط ضمن عقد آن است که خواسته‌اند شرط تابع عقد باشد. بنابراین، اگر معلوم شود عقد باطل بوده است، شرط ضمن عقد نیز چون از عقد تبعیت می‌کند، باطل خواهد بود. به عبارت دیگر، در صورتی که التزامی در چهره شرط درآید، بقای آن تابع عقد اصلی است؛ اگرچه به تنهایی و مستقلاً امکان بقا داشته باشد. نتیجه این تبعیت آن است که چنانچه ثابت شود عقد از ابتدا باطل بوده است، شرط هم بلاثر خواهد بود؛ گرچه تمام شرایط صحت معامله را نیز داشته باشد (خوبی، ۱۴۱۸ق، ص. ۳۴۶؛ رشتی، ۱۴۰۷ق، ص. ۱۰۳؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۹۱؛ روحانی (حسینی)، ۱۴۲۹ق، ج ۶، ص. ۲۷۸). با وجود این، تبعیت شرط از عقد از لوازم و مقتضای ذات شرط نیست؛ زیرا طرفین از درج شرط ضمن عقد اهداف مختلفی را دنبال می‌کنند و نمی‌توان تصور کرد که غرض آن‌ها تنها ایجاد تبعیت میان شرط و عقد است. ممکن است دو طرف برای پرهیز از ابتدایی شدن شرط یا برای کسب لزوم از عقد به نهاد شرط ضمن عقد تمسک کرده باشند (محمدی و

همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۸۹).

با این توضیح روشن می‌شود که قاعده فوق با مسئله پژوهش حاضر مرتبط نیست؛ زیرا قاعده بالا به این پرسش پاسخ می‌دهد که آیا با انحلال عقد، شرط نیز منحل خواهد شد یا می‌توان مواردی از شروط را یافت که با زایل شدن عقد از بین نمی‌روند درحالی‌که مسئله مورد بحث ما این است که آیا اگر ضرری از شرط متوجه یکی از طرفین باشد، او می‌تواند با باقی گذاشتن عقد، شرط را از آن جدا سازد؟ به بیان دیگر، آیا بقای عقد، مانع انحلال شرط است؟ در پاسخ باید گفت همان‌طور که در بحث پیشین گفته شد، با توجه به مبنای قانون مدنی که شرط را موجد التزام می‌داند، اصولاً عقد مشروط مشتمل بر سه توافق است؛ توافق بر التزام اصلی، توافق بر التزام فرعی، توافق بر تقیید استقرار التزام اصلی بر التزام فرعی.

می‌دانیم آنچه موضوع فسخ قرار می‌گیرد، توافق بر التزام فرعی است. دو توافق اصلی و فرعی مجزا، اما مرتبط هستند؛ مجزا هستند؛ زیرا از حیث موضوع و مفاد با یکدیگر متفاوت‌اند و مرتبط هستند؛ زیرا توافق فرعی قید استقرار توافق اصلی است. از توجه به رابطه «تقیید» استنباط می‌شود که متعاملان توافق فرعی را از توافق اصلی جداناپذیر نپنداشته‌اند؛ زیرا اگر چنین بود، توافق فرعی در قالب شرط و قید استقرار عقد قرار نمی‌گرفت، بلکه قید بقای عقد می‌بود حال آنکه به علت تفاوت در میزان مطلوبیت این دو توافق، شرط تنها قید استقرار عقد است. بنابراین، درست است انضمام و اجتماع عقد و شرط مقصود طرفین بوده است، اما از میان رفتن انضمام این دو، عقد را به کلی نامطلوب قرار نمی‌دهد. به عبارت دیگر، نوع ارتباط عقد و شرط، نه به آن دو وحدت می‌بخشد و نه وصف جداناپذیری به آن دو می‌دهد. همچنین، توجه به تفاوت مفادی این دو توافق و نوع رابطه میان دو توافق، چنین نتیجه می‌دهد که ضرری بودن یکی به خودی خود به دیگری سرایت نمی‌کند. از سوی دیگر، هرچند عقد مشروط با انشای واحدی صورت می‌گیرد اما دو التزام حقوقی که موضوع و مفاد متفاوتی دارند، می‌آفریند. هدف از انشای واحد نیز ایجاد ارتباط میان این دو التزام است. بنابراین، هر یک از این دو التزام حقوقی مجزا، اما مرتبط، منفرداً موضوع حکم «الزام‌آور بودن قراردادها» هستند و اینکه ممنوعیت وضع احکام ضرری که قابل فسخ بودن توافق فرعی را به دنبال خواهد داشت، به تعهد اصلی سرایت نمی‌کند. در صورت فسخ توافق فرعی که در واقع انتفای قید است، مقید نیز منتفی می‌شود و در برخی موارد، توافق اصلی نیز به واسطه فسخ شرط، قابل فسخ می‌شود.



## ۳.۲. حفظ یکپارچگی عقد

تأمل دیگری که در جدایی شرط از عقد به ذهن می‌آید، احتمال برهم خوردن نظام و یکپارچگی قرارداد است. قانون مدنی در مواد ۴۱۲، ۴۳۱، ۴۳۲، ۸۱۵ و ۸۲۴، حفظ یکپارچگی قرارداد را مورد حمایت قرار داده است. باین حال، به نظر می‌رسد منع تبعیض در قرارداد، مطلق نباشد بلکه منوط به موردی است که «اصل تبعیض» منشأ ضرر باشد. ماده ۴۳۱ این احتمال را تأیید و در اطلاق مواد یادشده تردید ایجاد می‌کند؛ زیرا منع تبعیض را منوط به حالتی دانسته است که قیمت هریک از چند چیز به صورت علی‌حده با لحاظ اراده طرفین قابل تعیین نباشد. بنابراین، اگر قیمت چند چیز به صورت علی‌حده تعیین شده باشد، تبعیض در عقد بلامانع است؛ هرچند طرفین دو مبیع را در کنار یکدیگر موضوع بیع قرار داده‌اند. همچنین، در توجیه ماده ۴۳۲ بیان شده است که اگر تبعیض در عقد پذیرفته شود، شراکت بایع در مبیع رخ می‌دهد و این موضوع عرفاً ضرر شمرده می‌شود (امامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۵۱۱). در این ماده تفاوتی میان مبیع متعدد یا واحد نیست؛ همچنان که تعیین قیمت به صورت علی‌حده هم تأثیری در حکم ندارد؛ زیرا در هر صورت «اصل تبعیض» زیان‌بار است. در مقابل، ماده ۴۳۳ قانون مدنی در فرض تعدد بایع، چون مبیع از ابتدا مشترک بوده، رد مشتری را زیان‌بار نشمرده و تبعیض را مجاز دانسته است. افزون‌بر این

۱. «هرگاه مشتری بعضی از مبیع را دیده و بعض دیگر را به وصف یا از روی نمونه خریده باشد و آن بعض مطابق وصف یا نمونه نباشد، می‌تواند تمام مبیع را رد کند یا تمام آن را قبول کند».
۲. «در صورتی که در یک عقد چند چیز فروخته شود بدون اینکه قیمت هریک علی‌حده معین شده باشد و بعضی از آن‌ها معیوب درآید، مشتری باید تمام آن را رد کند و ثمن را مسترد دارد یا تمام را نگاه دارد و ارش بگیرد و تبعیض نمی‌تواند بکند مگر به رضای بایع».
۳. «در صورتی که در یک عقد، بایع یک نفر و مشتری متعدد باشد و در مبیع عیبی ظاهر شود، یکی از مشتری‌ها نمی‌تواند سهم خود را به تنهایی رد کند و دیگری سهم خود را نگاه دارد مگر با رضای بایع و بنابراین، اگر در رد مبیع اتفاق نکردند، فقط هریک از آن‌ها حق ارش خواهد داشت».
۴. «حق شفعه را نمی‌توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا کرد. صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف‌نظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجرا کند».
۵. «هرگاه یک یا چند نفر از وراث حق خود را اسقاط کند، باقی وراث نمی‌توانند آن را فقط نسبت به سهم خود اجرا کنند و باید یا از آن صرف‌نظر کنند یا نسبت به تمام مبیع اجرا کنند».
۶. «اگر در یک عقد بایع متعدد باشد، مشتری می‌تواند سهم یکی را رد و دیگری را با اخذ ارش قبول کند».

موارد، ماده ۸۱۲<sup>۱</sup>، در موردی که بعض مبیع قابل اخذ به شفعه و بعض دیگر غیر قابل اخذ به شفعه باشد، تبعیض در عقد را ظاهراً به دلیل تجزیه‌پذیری موضوع معامله، مجاز دانسته است. از جمع مواد اخیر می‌توان چنین استنباط کرد که «نفس تبعیض» همواره زیان‌بار نیست، بلکه بسته به مورد متفاوت است.<sup>۲</sup> تبعیض در عقد گاه در موضوع<sup>۳</sup> و گاه در طرف عقد<sup>۴</sup> قابل تصور است. در مورد تبعیض در موضوع که قرابت بیشتری با مسئله پژوهش حاضر دارد، مستفاد از مجموع مواد قانونی چنین است: در مواردی که مبیع قابل تجزیه است و پیوستگی عرفی ندارد و ثمن با لحاظ اراده طرفین، قابلیت توزیع بر هریک از اجزای تجزیه‌شده را دارد، «اصل تبعیض» زیان‌بار نیست و نظام قراردادی را بر هم نمی‌زند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۳۰۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص. ۲۹۹). قاعده انحلال عقد واحد به عقود متعدد نیز این استنباط را تأیید می‌کند (امامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۵۱۰). این قاعده بیان می‌دارد تعلق عقد به کل مانند تعلق عقد به اجزای آن است<sup>۵</sup> (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۱۶۰).

اکنون باید به این پرسش پاسخ داد که آیا با توجه به تحلیل فوق می‌توان نتیجه گرفت که «اصل تبعیض» میان شرط و عقد، زیان‌بار و ممنوع است؟ شرط و عقد هریک التزامی با موضوع و عوض (در صورت وجود داشتن عوض) متفاوت و مجزا هستند. همچنین، شرط جزئی از عوضین عقد نیست، بلکه قید استقرار منشأ عقد است. بنابراین، تقابلی با ثمن معامله ندارد تا توزیع ثمن بر آن دشوار آید (الشروط لا یوزع علیها الثمن). در نتیجه، از ناحیه جدایی شرط از عقد و تبعیض در

۱. «اگر مبیع متعدد بوده و بعض آن قابل شفعه و بعض دیگر قابل شفعه نباشد، حق شفعه را می‌توان نسبت به بعضی که قابل شفعه است، به‌قدر حصه آن بعض از ثمن اجرا کرد».

۲. با این حال، برخی معتقدند اساساً تبعیض در چنین مواردی زیان‌بار نیست، بلکه غیر قابل فسخ بودن معامله تبعیض یافته توسط مقابل، ضرری است. بنابراین، چنانچه یکی از طرفین در عقد تبعیض کند، طرف دیگر می‌تواند عقد تبعیض یافته را فسخ کند. در نتیجه، تبعیض زیان‌بار نخواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۳۳۷، ص. ۱۷۶).

۳. مواد ۴۱۲، ۴۳۱، ۸۱۵ و ۸۲۴ قانون مدنی.

۴. ماده ۴۳۱ قانون مدنی.

۵. «ان المراد من انحلال العقد الواحد إلى عقود متعددة هو ان العقد الواقع علی هذا المركب واقع علی کل جزء من اجزائه، فإذا باع داره مثلاً فالبیع - آی: التملیک بعوض مالی - واقع علی جمیع اجزاء هذه الدار فکما انه یصح ان یقال ان جمیع هذه الدار مبیع یصح ان یقال بالنسبة إلى کل جزء من اجزائها: انه مبیع».

معامله، زیبایی به مشروط‌له نمی‌رسد؛ زیرا انحلال شرط نه سبب جهل به ثمن معامله می‌شود و نه شراکت ناخواسته‌ای ایجاد می‌کند. بنابراین، پذیرش تبعیض در عقد و شرط نسبت به آنچه در مواد قانونی پیش‌گفته (پذیرش تبعیض در موضوع یا اطراف عقد) آمده است، اولویت دارد. وانگهی، نوع ارتباط (تقیید استقرار منشأ) شرط و عقد، عدم تبعیض را ایجاب نمی‌کند.

### ۳. اثر فسخ شرط

چنانچه قابل فسخ بودن شرط (توافق فرعی) محرز شود و متعاقباً متضرر از شرط، آن را فسخ کند، به علت انتفای قید استقرار عقد، توافق اصلی نیز توسط طرف دیگر قابل فسخ به نظر می‌رسد. برای مثال، اگر در عقد بیع زمینی شرط شود که مشتری خودروی معینی را در ازای ۱۰ میلیون تومان حق‌الزحمه برای بایع خریداری و به او تسلیم کند، اما عمل به شرط صورت نگیرد و بپذیریم که فروشنده (مشروط‌له) می‌تواند شرط مزبور را بر هم زند، در این صورت خریدار (مشروط‌علیه) نیز می‌تواند قرارداد اصلی (عقد بیع) را فسخ کند. در این باره ملاک ماده ۲۴۰ قانون مدنی قابل استناد است که می‌گوید «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده، کسی که شرط بر نفع او شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت...». با توجه به ملاک این ماده می‌توان گفت که هرگاه شرط (به‌خاطر فسخ از طرف فروشنده) منتفی شود، چون شرط به نفع خریدار نیز بوده است، او حق فسخ عقد اصلی را خواهد داشت.

گفتنی است که ذیل ماده ۲۴۰ قانون مقرر کرده است «... مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط‌له باشد» که این استثنا در بحث حاضر نیز قابل اعمال به نظر می‌رسد. مثلاً اگر در مثال مزبور، عدم اجرای تعهد مستند به فعل خریدار باشد مانند اینکه وی عمداً از اجرای شرط خودداری کرده باشد، او حق فسخ عقد اصلی را نخواهد داشت. باین حال، ممکن است تصور شود که چون انتفای شرط با فسخ مشروط‌له (فروشنده) صورت می‌گیرد، امتناع شرط همواره مستند به مشروط‌له است و در نتیجه، التزام اصلی (عقد) همواره از سوی مشروط‌علیه قابل فسخ است، اما این پندار صحیح نیست؛ زیرا فسخ که خود وسیله دفع ضرر است، قاطع استناد عرفی نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص. ۲۰۹). بنابراین، در مواردی که فسخ شرط ناشی از تخلف مشروط‌علیه است، باید فسخ شرط را مستند به مشروط‌علیه دانست. در چنین مواردی، التزام اصلی از سوی او قابل فسخ نیست. همچنین، ممکن است عدم اجرای شرط ناشی از فعل شخص

ثالث یا هر عامل دیگری (غیر از تقصیر مشروط‌علیه) باشد مانند اینکه در مثال مزبور، مالک خورو حاضر به فروش آن نشود که در این صورت، عدم اجرای شرط مستند به مشروط‌علیه نیست و به همین دلیل، با فسخ شرط از سوی مشروط‌له (فروشنده) و منتفی شدن آن، خریدار (مشروط‌علیه) هم حق فسخ عقد اصلی را خواهد داشت.

براین اساس، در مورد وضعیت شرط (قابل فسخ بودن یا منفسخ شدن شرط) در صورت عدم اجرای شرط یا انتفای آن، صورت‌های گوناگونی به شرح زیر از یکدیگر قابل تفکیک است.

۱. در صورتی که مشروط‌علیه از عمل به شرط امتناع ورزد، مشروط‌له می‌تواند به جای عقد، صرفاً شرط ضمن عقد را فسخ کند. در این صورت، چون عدم اجرای شرط مستند به فعل خود مشروط‌علیه بوده است، او حق فسخ عقد اصلی را ندارد.

۲. هرگاه عمل به شرط به طور کلی و به علت قوه قاهره منتفی شود مانند اینکه مبیع در اثر آتش‌سوزی ناشی از صاعقه تلف شود، شرط ضمن عقد خودبه‌خود منفسخ می‌شود و فسخ آن مورد نمی‌یابد؛ زیرا وفای به شرط برای همیشه متعذر شده است و از این رو امکان فسخ آن توجیهی ندارد. قانون مدنی نیز در مصادیق گوناگون مانند تلف مبیع پیش از قبض یا تلف مورد اجاره که هدف اساسی طرفین منتفی شده است (مواد ۳۸۷، ۴۸۱، ۴۸۳، ۴۹۶، ۵۲۷، ۵۸۷، ۶۸۳ و ۷۴۶)، از همین دیدگاه پیروی کرده و ملاک آن در مورد انتفای کلی شرط نیز قابل اجراست. تابع همین فرض است اگر معلوم شود که موضوع شرط (خودرو)، ملک شخص دیگری بوده است و او آن را تنفیذ نمی‌کند.

۳. چنانچه عدم اجرای شرط منتسب به مشروط‌له (فروشنده) باشد مانند اینکه وی موضوع شرط را تلف کند، او حق فسخ شرط را ندارد و برای همین فسخ عقد اصلی از سوی مشروط‌علیه (خریدار) نیز منتفی خواهد بود.

۴. اگر تلف موضوع شرط (خودرو) ناشی از فعل مشروط‌علیه (یعنی خریدار در مثال یادشده) باشد، با توجه به ملاک ماده ۳۸۷ قانون مدنی و دیدگاه فقها و حقوق‌دانان که در فرض اتلاف مبیع، حکم به ضمان قهری می‌دهند و ضمان معاوضی را جاری نمی‌شمرند (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۹۶)، باید مشروط‌علیه را ضامن بدل اجرای تعهد (خسارات) دانست و چنین تلفی موجب انفساخ شرط ضمن عقد نمی‌شود. ترجیح ضمان قهری بر ضمان معاوضی، طرفین را در حال قرارداد اجراشده قرار می‌دهد که به

اراده آن‌ها نزدیک‌تر است. در این حالت، به علت تعذر تسلیم عین تعهد، مشروط‌له مختار است که شرط ضمن عقد را فسخ کند یا شرط را باقی گذارد و خسارات را مطالبه کند. در صورت فسخ شرط توسط مشروط‌له، عقد توسط مشروط‌علیه قابل فسخ نیست؛ زیرا عرفاً فسخ شرط منسوب به رفتار اوست.

۵. هرگاه ثالث موجب تلف موضوع شرط باشد همچون فرض پیشین، ضمان قهری بر ضمان معاوضی ترجیح دارد و به علت تعذر تسلیم، مشروط‌له مختار در فسخ شرط یا مطالبه خسارات است. در صورت فسخ شرط، برخلاف حالت پیشین، مشروط‌علیه می‌تواند عقد اصلی را فسخ کند؛ زیرا امتناع شرط منسوب به او نیست.

۶. در صورتی که خیاراتی مثل عیب یا تدلیس یا غبن تنها نسبت به موضوع شرط وجود داشته باشد، مشروط‌له می‌تواند تنها شرط را بر هم زند و عقد را نگاه دارد که در این صورت مشروط‌علیه نیز می‌تواند عقد اصلی را فسخ کند مگر اینکه فسخ مستند به فعل او بوده باشد مانند تدلیس یا اطلاع وی از عیب.

### نتیجه‌گیری

نوشتار حاضر در پی پاسخ به این پرسش است که آیا می‌توان شرط ضمن عقد را فسخ کرد، اما عقد را باقی گذاشت؟ در این صورت فسخ شرط چه تأثیری بر وضعیت عقد دارد؟ مطالعه موضوع در متون فقهی و قوانین موضوعه حاکی است که تاکنون به این بحث پرداخته نشده است و بحث منسجمی در نوشته‌های فقهی و حقوقی در این باره دیده نمی‌شود، اما تحلیل مبنایی بحث، نتایج زیر را نشان می‌دهد.

۱. از میان تحلیل‌های ارائه‌شده در زمینه رابطه عقد و شرط، از قبیل «جزئیت»، «تعلیق»، «ظرفیت» و...، با توجه به مفهوم عرفی «امر مشروط»، رابطه «تقیید» به‌عنوان نظر مختار برگزیده و به شبهات ناظر به آن پاسخ داده شد. حاصل اینکه، در عقد مشروط، استقرار التزام اصلی مقید بر التزام فرعی است.

۲. عقد مشروط را می‌توان به سه توافق تجزیه و منحل کرد؛ توافق بر التزام اصلی، توافق بر التزام فرعی و توافق بر تقیید استقرار التزام اصلی بر التزام فرعی. بر این اساس، سه مانع احتمالی فسخ شرط ضمن عقد که در این پژوهش مورد بررسی قرار گرفتند، عبارت‌اند از امکان قرار گرفتن

- شرط به‌عنوان موضوع فسخ، قاعده تبعیت شرط از عقد (یا اثر بطلان و انحلال عقد بر شرط ضمن عقد) و لزوم حفظ یکپارچگی عقد یا جلوگیری از تجزیه شدن عقد.
۳. عقود مشروطی که متضمن شرط نتیجه یا شرط فعل باشند، هر سه توافق بالا را به همراه دارند، اما در عقود مشروطی که متضمن شرط صفت هستند، چنانچه موضوع شرط صفت «عین معین» باشد، توافق بر التزام فرعی قابل تصور نیست. بنابراین، فسخ چنین شرط صفتی معقول نیست. به بیان دیگر، شرط ضمن عقود مشروطی که متضمن هر سه توافق فوق باشند، قابل فسخ خواهند بود؛ زیرا فسخ شرط ضمن عقد مشروطی که فاقد توافق بر التزام فرعی باشد، بلاموضوع خواهد بود.
۴. اگر موضوع شرط یکی از ارکان یا اوصاف التزام اصلی باشد، از آنجاکه التزام فرعی جدید و متفاوتی از التزام اصلی ایجاد نمی‌کند، جدایی شرط از عقد معقول نیست و از موضوع بحث خارج است. به عبارت دیگر، در این نوع از عقود مشروط نیز توافق بر التزام فرعی وجود ندارد.
۵. قاعده تبعیت شرط از عقد - در بقا - بدین پرسش پاسخ می‌دهد که آیا با انحلال عقد، شرط به حیات خود ادامه می‌دهد یا خیر، اما مسئله پژوهش حاضر این است که آیا می‌توان با وجود بقای عقد، شرط ضمن آن را به صورت یک طرفه فسخ کرد؟ به عبارت دیگر، آیا حیات عقد، مانع فسخ شرط ضمن عقد می‌شود؟ نتیجه حاصل شده این بود که دو توافق اصلی و فرعی مجزا، اما مرتبط هستند؛ زیرا از سویی، از حیث موضوع و مفاد با یکدیگر متفاوت‌اند و از سوی دیگر، توافق فرعی قید استقرار توافق اصلی است و این ارتباط وصف جداناپذیری به این دو التزام نمی‌بخشد؛ زیرا اگر چنین بود، شرط، قید بقای منشأ قرار می‌گرفت و نه قید استقرار منشأ.
۶. ظاهر اجتماع و هم‌نشینی عقد و شرط در کنار یکدیگر، حفظ یکپارچگی آن را ایجاب می‌کند. با این حال، قانون مدنی «عدم تبعیض» در عقد را به صورت مطلق ضروری ندانسته است، بلکه ممنوعیت آن را محدود به حالتی می‌داند که تبعیض در عقد، منشأ ضرر باشد. بنابراین، چنانچه تبعیض در موضوع یا طرف قرارداد در صورتی که منشأ ضرر نباشد و مورد پذیرش قانون‌گذار باشد، امکان تبعیض در عقد و شرط که هریک التزامی مجزا و متفاوت هستند، اولویت دارد. همچنین، نوع ارتباط میان آن دو نیز عدم تبعیض را ایجاب نمی‌کند.
۷. در مورد اثر فسخ شرط ضمن عقد، به‌عنوان قاعده می‌توان گفت که فسخ شرط توسط یکی از طرفین، عقد را به نفع طرف دیگر متزلزل می‌کند مگر اینکه فسخ شرط توسط طرف اول

منسوب به رفتار طرف دوم باشد که در این صورت عقد از سوی طرف دوم قابل فسخ نیست. در این خصوص حالت‌های گوناگونی به شرح زیر متصور است:

۱. در صورت عدم اجرای شرط از سوی مشروط‌علیه، مشروط‌له حق فسخ شرط را دارد

بدون اینکه مشروط‌علیه در اثر آن بتواند عقد اصلی را بر هم بزند.

۲. در فرض امتناع کلی شرط به علت خارجی مانند آفات سماوی، شرط منفسخ می‌شود

و فسخ آن مورد نمی‌یابد.

۳. چنانچه شرط به علت رفتار مشروط‌له ناممکن شود، شرط توسط او قابل فسخ نیست.

۴. در صورت ناممکن شدن شرط به علت رفتار مشروط‌علیه، مشروط‌له مختار در

مطالبه خسارت یا فسخ شرط است. در حالت فسخ شرط توسط مشروط‌له، عقد توسط

مشروط‌علیه قابل فسخ نیست.

۵. هرگاه تعهد ناشی از شرط به علت رفتار ثالث ناممکن شود، حکم فرض پیشین

جریان دارد با این تفاوت که در صورت فسخ شرط توسط مشروط‌له، عقد توسط

مشروط‌علیه قابل فسخ است.

۶. هرگاه خیاراتی مانند عیب یا تدلیس یا غبن تنها نسبت به موضوع شرط جاری باشد،

مشروط‌له می‌تواند شرط را بر هم زند. در این صورت مشروط‌علیه نیز می‌تواند عقد

اصلی را فسخ کند مگر اینکه فسخ مستند به فعل او بوده باشد مانند تدلیس.

به این ترتیب، به قانون‌گذار پیشنهاد می‌شود که ضمن افزودن ماده‌ای به مبحث شروط ضمن عقد

در قانون مدنی، امکان فسخ شرط را به تنهایی و به عنوان قاعده تجویز و تصریح کند که در اثر

فسخ شرط از سوی مشروط‌له، مشروط‌علیه نیز می‌تواند عقد را بر هم بزند مگر اینکه فسخ شرط

منسوب به رفتار خود او باشد.

## منابع

- ۱) اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین (۱۴۱۸ق). حاشیه کتاب مکاسب (جلد ۵). قم: انوارالهدی.
- ۲) امامی، سیدحسن (۱۳۸۵). حقوق مدنی (جلد ۱). تهران: کتاب‌فروشی اسلامیه.
- ۳) انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). کتاب مکاسب (جلد ۶). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری (رحمت‌الله علیه).
- ۴) انصاری، مرتضی (بی‌تا). مکاسب (جلد ۶). بی‌جا: تراث الشیخ الاعظم.
- ۵) ایروانی، علی (۱۴۰۶ق). حاشیه مکاسب (جلد ۲). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۶) بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیه (جلد ۳). قم: نشر الهادی.
- ۷) بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة (جلد ۱۹). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۸) بیگدلی، عطاءالله و محمدی، محمدرضا (۱۴۰۲). بررسی انتقادی تعریف عقد در حقوق ایران با تمرکز بر تفسیر ماده ۱۸۳ قانون مدنی بر اساس ماهیت عقد در فقه امامیه، حقوق انگلیس و حقوق فرانسه. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۲۴ (۱)، صص. ۵۰-۸۳. doi: 10.30497/law.2023.244082.3343
- ۹) حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسه دارالتفسیر.
- ۱۰) حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام (جلد ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۱۱) حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۳۸۸). تذکره الفقهاء (جلد ۲). قم: مؤسسه آل‌البتیت (علیهم‌السلام).
- ۱۲) خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (جلد ۵). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۱۳) خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۶ق). المبانی فی شرح العروة الوثقی (جلد ۱). بی‌جا.
- ۱۴) خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). الموسوعة الامام الخویی. قم: موسسه احیا آثار الامام الخویی.
- ۱۵) خویی، سیدابوالقاسم (بی‌تا). مصباح الفقاهة (المکاسب) (جلد ۷). بی‌جا.
- ۱۶) خویی، سیدمحمدتقی (۱۴۱۴ق). الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود (جلد ۱). بیروت: دارالمؤرخ العربی.
- ۱۷) رشتی، میرزا حبیب‌الله (۱۴۰۷ق). فقه الامامیه قسم الخیارات. قم: کتاب‌فروشی داوری.
- ۱۸) روحانی (حسینی)، سیدصادق (۱۴۲۹ق). منهاج الفقاهة (جلد ۶). چاپ ۵. قم: انوارالهدی.
- ۱۹) ره‌بیک، حسن (۱۴۰۰). مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد. تهران: خرسندی.
- ۲۰) سبزواری، سیدعبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام (جلد ۱۷)، چاپ ۴. قم: مؤسسه المنار.
- ۲۱) سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳ق). کفایة الاحکام (جلد ۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۲۲) شهیدی، مهدی (۱۴۰۲). حقوق مدنی؛ شروط ضمن عقد (جلد ۴). تهران: مجد.



- ۲۳) شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۷). فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران. مجله مجتمع آموزش عالی قم، (۱)، صص. ۴۹-۷۱.
- ۲۴) صالحی علی‌آبادی، حامد (۱۴۰۲). دامنه چشم‌پوشی از اصل لزوم رفع ابهام در شروط ضمن عقد. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۲۴ (۴)، صص. ۸۵۰-۸۱۵. doi: 10.30497/law.2024.245667.3481
- ۲۵) صغیری، اسماعیل (۱۳۸۴). بررسی فقهی رابطه شرط و عقد. نشریه علامه، (۷)، صص. ۱۰۵-۱۴۲.
- ۲۶) صفایی، سیدحسین (۱۳۹۶). دوره مقدماتی حقوق مدنی (جلد ۲). تهران: میزان.
- ۲۷) طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۳۷). حاشیه‌المکاسب (جلد ۲). چاپ ۲. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۲۸) عالی‌بناه، علیرضا (۱۳۹۹). مدنی ۳ (تقریرات کلاسی). تهران: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.
- ۲۹) عاملی (شهید اول)، محمدبن‌مکی (بی‌تا). اللمعة‌الدمشقیة. بی‌جا: دارالفکر.
- ۳۰) عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین (۱۴۱۰ق). الروضة‌البهیة (جلد ۳). قم: داوری.
- ۳۱) عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین (۱۴۱۳ق). مسالک‌الافهام (جلد ۳). قم: مؤسسه المعارف‌الاسلامیة.
- ۳۲) عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی‌بن‌حسین (۱۴۱۴ق). جامع‌المقاصد (جلد ۴). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۳۳) عدل (منصورالسلطنه)، مصطفی (۱۳۴۲). حقوق مدنی. چاپ ۷، تهران: امیرکبیر.
- ۳۴) فرحزادی، علی‌اکبر (۱۳۸۵). رابطه شرط ضمن عقد و قرارداد. فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، (۳۸)، صص. ۱۵-۲۷.
- ۳۵) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱). دوره عقود معین (جلد ۱). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۳۶) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶ الف). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۴). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۳۷) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶ ب). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۵). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۳۸) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). ایقاع. تهران: میزان.
- ۳۹) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۳). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۴۰) محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۹). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی (جلد ۱). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۴۱) محمدی، قاسم، جواهرکلام، محمد‌های و جمالی، مرتضی (۱۴۰۲). تأثیر «بطلان» و «انحلال» عقد بر شرط ضمن آن؛ تدارک قاعده برای «استقلال شرط از عقد» از منظر حقوق اسلامی و رویه قضایی. دانشنامه‌های حقوقی، ۶ (۱۸)، صص. ۸۳-۱۱۶. doi: 10.22034/law.2021.533203.1088

- ۴۲) مراغی (حسینی)، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیه (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۴۳) نایینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۳). منیة الطالب (جلد ۲) (موسی خوانساری، مقرر). تهران: المكتبة المحمدية.
- ۴۴) نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام (جلد ۲۳). چاپ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۴۵) نراقی، احمد (۱۴۱۷ق). عوائد الایام (جلد ۱). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۴۶) هاشمی شاهرودی، سید محمود با همکاری جمعی از پژوهشگران (۱۴۱۷ق). معجم فقه الجواهر (جلد ۳). بیروت: الغدير للطباعة والنشر والتوزيع.

## References

- 1) Adl, Muṣṭafā (1342 SH/1963). Ḥuqūq-e Madanī [Civil Law], 7th ed. Tehran: Amīr Kabīr [in Persian].
- 2) Āli-Panāh, 'Alī-Rezā (1399 SH/2020). Madanī 3 (Taqrīrāt-e Kelāsī) [Civil Law 3 (Class Notes)]. Tehran: Dāneshgāh-e Imām Šādiq ('alayhi al-salām) [in Persian].
- 3) Āmili Karakī (Muḥaqqiq Thānī), 'Alī b. Ḥusayn (1414 AH/1993). Jāmi' al-Maqāsid (Vol. 4). Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
- 4) 'Āmili, Muḥammad b. Makkī (n.d.). al-Lum'ah al-Dimashqiyya. n.p.: Dār al-Fikr [in Arabic].
- 5) Āmili, Zayn al-Dīn (1410 AH/1990). al-Rawḍah al-Bahiyyah (Vol. 3). Qom: Dāvārī [in Arabic].
- 6) Āmili, Zayn al-Dīn (1413 AH/1992). Masālik al-Afhām (Vol. 3). Qom: Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmiyyah [in Arabic].
- 7) Anšārī, Murtaẓā (1415 AH/1994). Kitāb al-Makāsib (Vol. 6). Qom: Kongreh-ye Jahānī-ye Bozorgdāsht-e Šaykh Anšārī (Raḥmatullāh 'alayh) [in Arabic].
- 8) Anšārī, Murtaẓā (n.d.). Makāsib (Vol. 6). n.p.: Turāth al-Šaykh al-A'zam [in Arabic].
- 9) Baḥrānī, Yūsuf (1405 AH/1984). al-Ḥadā'iq al-Nāḍira (Vol. 19). Qom: Daftar Intishārāt-e Islāmī [in Arabic].
- 10) Bajnourdi, Sayyed Ḥasan (1419 AH/1998). al-Qawā'id al-Fiqhiyya (Vol. 3). Qom: Nashr al-Hādī [in Arabic].
- 11) Bigdili, 'Atā'allāh & Moḥammadī, Moḥammad Rezā (1402 SH/2023). Barrasī-ye Enteqādī-ye Ta'rīf-e 'Aqd dar Ḥuqūq-e Īrān bā Tamarkoz bar Tafsīr-e Maddah-ye 183 Qānūn-e Madanī bar Asās-e Māhiyat-e 'Aqd dar Feqh-e Imāmiyyah, Ḥuqūq-e Engelīs va Ḥuqūq-e Farānseh [Critical Study of the Definition of Contract in Iranian law with a Focus on the Interpretation of Article 183 of the Iranian Civil Code based on the Nature of Contract under Imamiya Jurisprudence, English law and French law]. Pazhūheshnāmeḥ-ye Ḥuqūq-e Eslāmī [Journal of Islamic Law Research], 24(1), 50-83. doi: 10.30497/law.2023.244082.3343 [in Persian].
- 12) Emāmī, Sayyed Ḥasan (1385 SH/2006). Ḥuqūq-e Madanī (Jeld 1) [Civil Law]. Tehran: Ketābfurūshī-ye Eslāmiyya [in Persian].
- 13) Eṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (1418 AH/1997). Ḥāshiyat Kitāb al-Makāsib (Vol. 5). Qom: Anwār al-Hudā [in Arabic].
- 14) Farah-Zādī, 'Alī-Akbar (1385 SH/2006). Rabṭeh-ye Sharṭ-e Ḍamn-e 'Aqd wa Qardād [The Relationship Between a Contractual Condition and the Contract]. Faṣlnāmeḥ-ye Dīdgāhhā-ye Ḥuqūqī [Legal Perspectives Quarterly], (38), pp. 15-27 [in Persian].
- 15) Ḥakīm, Sayyed Moḥsen (1416 AH/1995). Mustamsak al-'Urwa al-Wuthqā. Qom: Mu'assasat Dār al-Tafsīr [in Arabic].
- 16) Hāshimī Shāhrūdī, Sayyed Maḥmūd, with cooperation of a group of researchers (1417 AH/1996). Mu'jam Fiqh al-Jawāhir (Vol. 3). Bayrūt: al-Ghadīr li-l-Ṭibā'a wa l-Nashr wa l-Tawzī' [in Arabic].
- 17) Ḥillī ('Allāmah), Ḥasan b. Yūsuf (1388 SH/2009). Tadhkirat al-Fuqahā' (Vol. 2).

- Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
- 18) Ḥillī (Muḥaqqiq), Ja'far b. Ḥasan (1408 AH/1987). Sharā'i' al-Islām (Vol. 2). Qom: Mu'assasat Ismā'iliyān [in Arabic].
  - 19) Irāwānī, 'Alī (1406 AH/1985). Ḥāshiyat al-Makāsib (Vol. 2). Tehran: Vazārat-e Farhang wa Ershād-e Eslāmī [in Arabic].
  - 20) Kātūziān, Nāṣer (1371 SH/1992). Dowreh-ye 'Uqūd-e Ma'ayyan (Vol. 1) [The Course on Specific Contracts (Vol. 1)]. Tehran: Sherkat-e Sahāmī-ye Enteshār [in Persian].
  - 21) Kātūziān, Nāṣer (1376 SH, a/1997, a). Qawā'id-e 'Umūmī-ye Qardādihā (Vol. 4) [General Rules of Contracts (Vol. 4)]. Tehran: Sherkat-e Sahāmī-ye Enteshār [in Persian].
  - 22) Kātūziān, Nāṣer (1376 SH, a/1997, b). Qawā'id-e 'Umūmī-ye Qardādihā (Vol. 5) [General Rules of Contracts (Vol. 5)]. Tehran: Sherkat-e Sahāmī-ye Enteshār [in Persian].
  - 23) Kātūziān, Nāṣer (1377 SH/1998). Īqā' [Unilateral Act]. Tehran: Mizān [in Persian].
  - 24) Kātūziān, Nāṣer (1387 SH/2008). Qawā'id-e 'Umūmī-ye Qardādihā (Vol. 3) [General Rules of Contracts (Vol. 3)]. Tehran: Sherkat-e Sahāmī-ye Enteshār [in Persian].
  - 25) Khomeynī, Sayyed Rūḥallāh (1421 AH/2000). Kitāb al-Bay' (Vol. 5). Tehran: Mu'assasat Tanzim wa Nashr Āthār-e Imām Khomeynī (Raḥmatullāh 'alayh) [in Arabic].
  - 26) Khū'i, Sayyed Abū l-Qāsim (1406 AH/1985). al-Mabānī fi Sharḥ al-'Urwa al-Wuthqā (Vol. 1). n.p. [in Arabic].
  - 27) Khū'i, Sayyed Abū l-Qāsim (1418 AH/1997). al-Mawsū'a al-Imām al-Khū'i. Qom: Mu'assasat Ihyā' Āthār al-Imām al-Khū'i [in Arabic].
  - 28) Khū'i, Sayyed Abū l-Qāsim (n.d.). Mišbah al-Fiqhah (al-Makāsib) (Vol. 7). n.p. [in Arabic].
  - 29) Khū'i, Sayyed Muḥammad Taqī (1414 AH/1993). al-Shurūṭ aw al-Iltizāmāt al-Tab'iyya fi al-'Uqūd (Vol. 1). Bayrūt: Dār al-Mu'arrikh al-'Arabī [in Arabic].
  - 30) Marāghī, Sayyed Mīr 'Abd al-Fattāḥ (1417 AH/1996). al-'Anāwīn al-Fiqhiyyah (Vol. 2). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī [in Arabic].
  - 31) Muḥammadī, Qāsim, Javāharkalām, Muḥammad Hādī & Jamālī, Morteżā (1402 SH/2023). Ta'thīr-e "Baṭlān" wa "Inḥilāl" 'Aqd bar Sharṭ-e Ḍamn-e Ān; Tadāruk-e Qā'idah bar "Istiqlāl-e Sharṭ az 'Aqd" az Manẓar-e Ḥuqūq-e Islāmī wa Ruyyeh-ye Qazā'i [The Effect of "Voidance" and "Dissolution" of a Contract on Its Contained Condition; Proposing a Rule for "Independence of Condition from Contract" in View of Islamic Law and Judicial Practice]. Dānishnāmeḥ-hā-ye Ḥuqūqī [Legal Encyclopedias], 6(18), pp. 83-116. doi: 10.22034/law.2021.533203.1088 [in Persian].
  - 32) Muḥaqqiq Dāmād, Muṣṭafā (1399 SH/2020). Nazariyyah-ye 'Umūmī-ye Shorūṭ wa Iltizāmāt dar Ḥuqūq-e Islāmī (Vol. 1) [General Theory of Conditions and Obligations in Islamic Law (Vol. 1)]. Tehran: Markaz-e Nashr-e 'Ulūm-e Eslāmī [in Persian].

- 33) Najafī, Muḥammad Ḥasan (1404 AH/1984). *Jawāhir al-Kalām* (Vol. 23), 7th ed. Bayrūt: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī [in Arabic].
- 34) Narāqī, Aḥmad (1417 AH/1996). 'Awā'id al-Ayyām (Vol. 1). Qom: Daftar Tabliḡhāt Islāmī [in Arabic].
- 35) Nāyini, Mīrzā Muḥammad Ḥusayn (1373 SH/1994). *Mīnyat al-Ṭālib* (Vol. 2) (Mūsā Khwānsārī, Morattib). Tehran: al-Maktaba al-Muḥammadiyah [in Persian].
- 36) Rah-Peyk, Ḥasan (1400 SH/2021). *Mabāḥith-e Taḥlīli-ye Shorūṭ-e Ḍamn-e 'Aqd* [Analytical Discussions of Terms within the Contract]. Tehran: Khorsandī [in Persian].
- 37) Raštī, Mīrzā Ḥabībollāh (1407 AH/1987). *Fiqh al-Imāmiyya: Qism al-Khayārāt*. Qom: Ketābfurūshī Dāvārī [in Arabic].
- 38) Rūḥānī, Sayyed Ṣādiq (1429 AH/2008). *Minḥāj al-Fiqhah* (Vol. 6), 5th ed. Qom: Anwār al-Hudā [in Arabic].
- 39) Sabzewārī, Muḥammad Bāqir (1423 AH/2002). *Kifāyat al-Aḥkām* (Vol. 1). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī [in Arabic].
- 40) Sabzewārī, Sayyed 'Abd al-'Alā (1413 AH/1992). *Muhadhdhab al-Aḥkām* (Vol. 17), 4th ed. Qom: Mu'assasat al-Manār [in Arabic].
- 41) Ṣafā'ī, Sayyed Ḥusayn (1396 SH/2017). *Dowreh-ye Moqaddamāti-ye Ḥuqūq-e Madanī* (Vol. 2) [Introductory Course to Civil Law (Vol. 2)]. Tehran: Mizān [in Persian].
- 42) Ṣāleḥī 'Alīābādī, Ḥāmed (1402 SH/2023). *Dāmaneh-ye Čāšmpūshī az Aṣl-e Lozūm-e Raf'-e Abḥām dar Shorūṭ-e Ḍamn-e 'Aqd* [The Scope of Waiving the Principle of Necessity to Remove Ambiguity from Contractual Terms]. *Pazhūheshnāmeḥ-ye Ḥuqūq-e Eslāmī* [Journal of Islamic Law Research], 24(4), pp. 815–850. doi: 10.30497/law.2024.245667.3481 [in Persian].
- 43) Ṣāqīrī, Esmā'il (1384 SH/2005). *Barrasī-ye Fiqhī-ye Rabṭeh-ye Sharṭ wa 'Aqd* [A Jurisprudential Analysis of the Relation Between Condition and Contract]. *Nashriyyeh-ye 'Allāmeḥ* ['Allāmeḥ Journal], (7), pp. 105–142 [in Persian].
- 44) Shahīdī, Mahdī (1402 SH/2023). *Ḥuqūq-e Madanī; Shorūṭ-e Ḍamn-e 'Aqd* (Vol. 4) [Civil Law; Contractual Conditions (Vol. 4)]. Tehran: Majd [in Persian].
- 45) Šīrawī, 'Abd al-Ḥusayn (1387 SH/2008). *Faskh-e Qardād dar Šūrat-e Imtinā'-e Muta'ahhid az Anjām-e Ta'ahhud dar Ḥuqūq-e Īrān* [Termination of the Contract in Case of Refusal of the Promisor to Perform in Iranian Law]. *Majallah-ye Mojtama'-e Āmūzesh-e 'Āli-ye Qom* [Journal of Qom Higher Education Complex], (1), pp. 49–71 [in Persian].
- 46) Ṭabāṭabā'i Yazdī, Sayyed Muḥammad Kāzīm (1337 SH/1958). *Ḥāshiyat al-Makāsib* (Vol. 2), 2nd ed. Qom: Mu'assasat Ismā'īliyyān [in Arabic].



## Analysis of the Status of "Agreement to Form Marriage" in Islamic Law, according to the Right-Based and Rule-Based Revocability

Hosein Javar · Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran. (Corresponding Author) [hjavar@ut.ac.ir](mailto:hjavar@ut.ac.ir)

Mohaddeseh Osuli Yamchi · PhD in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran.

[m.osuli114@yahoo.com](mailto:m.osuli114@yahoo.com)

### Abstract

#### 1. Introduction

The study explores a complex facet of contract law in Islamic jurisprudence: the binding or discretionary nature of agreements concerning future marital commitments. Specifically, it delves into whether a promise between two individuals to marry in the future constitutes a binding contract enforceable by judicial authorities or remains a discretionary commitment, allowing either party to withdraw from the agreement. This question holds significance as agreements of this nature are increasingly relevant within Islamic societies, where traditional legal principles intersect with evolving societal norms.

The paper recognizes that contract law within Islamic jurisprudence contains distinct principles related to legally-binding and revocability, which influence the enforceability of agreements, including those associated with marriage. The scope of this study includes a doctrinal analysis examining authoritative legal texts and juristic opinions on agreements to marry, as well as an evaluation of perspectives within Islamic law that argue for and against the binding nature of these commitments. The findings aim to clarify the role of judicial intervention in enforcing marital commitments and determine whether a right-based or rule-based approach better aligns with foundational Islamic legal principles. This



distinction between right-based revocability, which reflects individual discretion, and rule-based revocability, which entails inherent legal obligations, serves as a central framework for analyzing whether an "agreement to form a marriage" constitutes an enforceable contract.

## **2. Research Question**

This study addresses the following critical question within Islamic jurisprudence and contract law:

Is an "agreement to form a marriage" between two parties legally binding, allowing for enforceability in an Islamic court, or is it inherently discretionary, permitting either party to retract the agreement without legal repercussions?

In answering this question, the paper also examines related considerations, such as the authority of the Islamic ruler to intervene in marital agreements and the potential for a court to act on behalf of a recalcitrant party to formalize a marriage. This inquiry into the scope and limits of bindingness in marital agreements addresses broader concerns regarding personal autonomy, judicial authority, and the interface of religious principles with societal expectations in Islamic contexts.

## **3. Research Hypothesis**

The authors hypothesize that the enforceability of an agreement to marry under Islamic jurisprudence is governed by a rule-based framework of revocability rather than a right-based approach. This hypothesis proposes two key points:

**Revocability as Rule-Based:** The revocability attached to such agreements is intrinsically connected to the contract's nature, meaning it is governed by fixed principles of Islamic law rather than individual rights or discretionary powers.

**Non-Enforceability of Marriage Agreements:** Following a rule-based interpretation, a commitment to marry lacks enforceability, implying that the agreement does not grant the other party a right to compel marriage, nor does it empower the court to enforce such a contract through a proxy.

The hypothesis suggests that an agreement to marry is not inherently binding, as its enforceability would compromise the individual's "right to refuse marriage," which Islamic law recognizes as a protected right. Thus, the paper posits that any attempt to enforce an agreement to marry contradicts the rule-based understanding of revocability in Islamic contract law and that the autonomy to refuse remains intact under this framework.

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

This study employs a doctrinal methodology, focusing on a detailed analysis of primary Islamic legal texts and interpretations by prominent Islamic jurists. The approach involves reviewing classical jurisprudential sources, including Quranic verses, Hadith, and scholarly commentaries, as well as secondary literature that addresses modern interpretations and applications of Islamic law.



The framework is divided into two central concepts: right-based revocability and rule-based revocability, both of which are foundational in Islamic legal theory.

**Right-Based Revocability:** This concept reflects agreements where the revocability or legally-binding is viewed as a right of the individual parties, allowing them to retain discretion over enforcing or withdrawing from the agreement. Such revocability emphasizes personal autonomy, implying that the individual has the liberty to uphold or reject the agreement without legal consequences imposed by an external authority.

**Rule-Based Revocability:** In contrast, rule-based revocability asserts that the nature of the agreement inherently includes obligations, thereby embedding bindingness within the contract itself. This interpretation aligns with principles suggesting that the obligations are inseparable from the contract's nature and must be upheld according to Islamic legal precepts, leaving little room for personal discretion.

## **5. Results & Discussion**

The study's findings elucidate the complexity of enforcing marital agreements within the framework of Islamic jurisprudence, distinguishing between rule-based and right-based revocability. Through an analysis of juristic opinions and principles, the research demonstrates that an "agreement to form a marriage" does not constitute a binding commitment in the legal sense, due to its unique position as an agreement with irrevocable revocability. This classification diverges from most contract types, where obligations are often enforceable by law and governed by a right to terminate or fulfill the contract based on mutual consent or legal authority.

The research clarifies that while Islamic contract law generally upholds the binding nature of agreements – backed by principles like "fulfill your contracts" and "the faithful are bound by their conditions" – a promise to marry operates outside this paradigm. Marriage agreements are categorized under "rule-based revocability," where the revocability (or non-binding nature) is inherent to the agreement. This type of revocability underscores the autonomy retained by the individuals involved, reinforcing that they possess an unalterable right to refuse the marriage at any stage. This right to autonomy in marital decisions is not only protected but also deemed non-negotiable, emphasizing that neither party can unilaterally, nor can an Islamic court on their behalf, compel the marriage to proceed.

The findings also reveal that attempts to enforce marriage agreements may lead to misinterpretations of Islamic legal principles if the hierarchical reasoning and subject-matter relationship are disregarded. Misapplication of the principle "the Islamic ruler has authority over the recalcitrant" risks confusing moral or ethical expectations with enforceable legal duties, particularly where marriage

is concerned. Unlike typical contracts that bind parties to fulfill obligations, the promise to marry prioritizes individual discretion and respects the "right to refuse," underscoring that marriage decisions rest firmly within the realm of personal choice.

Additionally, the concept of "irrevocable revocability" further defines the nature of a marital promise, indicating that while the agreement may be morally binding in some respects, it remains legally non-binding. This distinction reflects the values embedded within Islamic jurisprudence regarding the sanctity of marital autonomy and freedom of choice. The discussion highlights that marriage agreements fall outside the enforceable scope of Islamic contract law principles, as binding individuals to marry would violate the principle of mutual consent and respect for personal choice in matters of marriage.

The study also suggests an amendment in legal terminology, proposing that the term "promise" be replaced with "commitment" to reduce interpretive errors. This distinction clarifies that a promise to marry, unlike other contractual obligations, lacks enforceability and maintains the individuals' autonomy, emphasizing the importance of precise language in addressing commitments with significant moral but limited legal weight.

## **6. Conclusion**

The study concludes that the enforceability of marriage agreements is distinct from most contractual commitments due to the nature of marriage as a personal and discretionary decision in Islamic jurisprudence. The analysis reveals that misinterpretation of key Islamic principles may arise when the hierarchical structure of reasoning or the relationship between legal rulings and specific subject matter is overlooked. Specifically, the principle of irrevocable revocability underlines that individuals retain the right to terminate the agreement, even if made as a commitment, and this right cannot be overridden by external authorities or enforced by a judicial body.

Unlike other contracts where the "right to terminate" is intrinsic and non-revocable, a marital promise holds a unique position. The commitment to marry remains "permissible (revocable)" and operates under a rule-based framework, whereby autonomy and discretion in marital choices are safeguarded. This means that, regardless of whether the agreement is a unilateral or bilateral commitment, or directed at a third party, it does not impose enforceable obligations on the parties involved. Islamic law thereby excludes such agreements from the general rules mandating the fulfillment of commitments, underscoring the significance of maintaining autonomy in decisions related to marriage.

The exclusion of marriage agreements from enforceability within Islamic jurisprudence is thus rooted in the importance of preserving the individual's right to choose freely in marriage matters. Attempts to enforce a marriage

agreement would undermine personal freedom and autonomy, contrary to the principles of Islamic law that protect individual rights in marital selection. The conclusion emphasizes that the commitment to form a marriage should not be construed as a legally binding contract, reinforcing that the right to withdraw or refuse marriage is inherent and cannot be waived by either party.

In response to interpretive ambiguities, the study recommends adopting "commitment" instead of "promise" to clearly delineate non-binding moral obligations from enforceable legal contracts. This precision in terminology could enhance legal clarity in addressing the nuances of agreements within Islamic jurisprudence, avoiding misinterpretations that might otherwise obscure the protective principles surrounding marital autonomy.

**Keywords:** Marriage Contract, Agreement to Form Marriage, Right-Based Revocability, Rule-Based Revocability, Enforceability of Commitment.

## تحلیل وضعیت «توافق بر تشکیل نکاح» با ابتناء بر جواز حقی و حکمی

حسین جاویر \* دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشکده‌گان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. (نویسنده مسئول)

hjavair@ut.ac.ir

محدثه اصولی یامچی \* دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشکده‌گان

m.osuli114@yahoo.com

فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران.

### چکیده

اگر چه در خصوص «توافق بر عقد نکاح»، از منظر قواعدی مثل لزوم وفای به عهد و اصل حاکمیت اراده پژوهش‌هایی صورت گرفته است، مع‌هذا بررسی آن از منظر دلایل بنیادی‌تر، مانند تأثیر ماهیت لزوم و جواز حقی و حکمی در مسأله، ضروری به نظر می‌رسد. پرسش پژوهش حاضر از این قرار است که مبنا انگاری وصف لزوم و جواز تعهد بر تشکیل نکاح بر شناسایی سلسله مراتب دلایل و یافتن مبانی حاکم چه تأثیری دارد و نسبت آن با عموماً یادشده چگونه است؟ ضمن مراجعه گسترده به آراء فقیهان و حقوقدانان با روش توصیفی تحلیلی، معلوم شد «تعهد بر تشکیل نکاح»، اعم از آنکه به صورت «ایقاع»، «وعده یک طرفه ضمن عقد»، «وعده متقابل زن و مرد» و یا «تعهد بر ثالث» و نظایر آن باشد، در مرتبه «قواعد امری» قرار می‌گیرد و در نتیجه، «التزام‌ناپذیر» و «جایز حکمی» است و بنابراین، وصف «جواز رجوع» و «اختیار امتناع از نکاح»، «سلب‌ناشدنی» است. در مقابل، دیدگاه رقیب که به دلیل غفلت از مبانی بنیادی‌تر و با خلط مبنا و بناء و حاکم و محکوم، معتقد است به موجب دلیل لزوم وفای به عهد و عموماً صلح، «آزادی اراده و اختیار» اشخاص در امر وصلت، در مرتبه «قواعد تخییری» و در نتیجه، «تحدیدپذیر» و «سلب‌شدنی» است و در نتیجه، توافق بر تشکیل عقد نکاح، موجب «التزام متعهد» و «امکان الزام وی به انجام نکاح به امر حاکم» خواهد بود. سرانجام، اصلاح عبارت «وعده» به «تعهد» برای برون‌رفت از خطا در تفسیر ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی ایران ضروری است.

واژگان کلیدی: عقد نکاح، توافق بر تشکیل نکاح، جواز حقی، جواز حکمی، التزام‌پذیری تعهد.



## مقدمه

یکی از ساحت‌های مهم در توافقات‌های اشخاص، این است که آیا تعهدات ناشی از این توافقات‌ها برای طرفین الزام‌آور است یا خیر؟ به همین مناسبت، در قراردادها از «وصف لزوم و جواز» گفت‌وگو می‌شود. یکی از توافقات‌های محل بحث، «توافق زن و مرد بر تشکیل نکاح در آینده» است. حتی ممکن است سخن از الزام به ازدواج ناشی از شرطی باشد که اشخاص ثالث برقرار کرده‌اند (تعهد ازدواج بر ثالث).

پرسش مهمی که در این باره وجود دارد، این است که آیا این توافق، الزام‌آور است؛ به گونه‌ای که اولاً، متعهد له که ممکن است زن باشد یا مرد یا هر دو، بتواند از محکمه، الزام متعهد را به تشکیل نکاح مطالبه کند و ثانیاً، دادگاه نیز برحسب مضمون تعهد، به الزام متعهد حکم دهد و در صورت استنکاف از اجرای حکم، نماینده دادگاه به جای متعهد در دفترخانه حاضر شود و انشای نکاح را انجام دهد.

از آنجاکه اولاً، این قبیل توافقات‌ها رو به فزونی است و ثانیاً، یافتن وضعیت این توافقات‌ها، بر روابط خصوصی اشخاص و نیز امکان دخالت حاکمیت مؤثر است، بررسی آن، مهم و ضروری به نظر می‌رسد.

پاسخ به این پرسش بر اساس دلایل و مبانی مختلف، متفاوت است. در دیدگاه رقیب، مبتنی بر دلایلی مانند «اوفوا بالعقود» یا «عمومات صلح (الصلح جایز بین المسلمین)» یا «عمومات شرط (المؤمنون عند شروطهم)»، تعهد بر تشکیل نکاح، الزام‌آور و التزام‌پذیر تلقی شده است و به موجب این تعهد، «اختیار امتناع از ازدواج»، از شخص متعهد سلب می‌شود. بدین ترتیب، در صورت استنکاف متعهد، امکان الزام وی به انعقاد نکاح وجود دارد و به موجب قاعده «الحاکم ولی الممتنع»، در نهایت، امکان تشکیل نکاح توسط حاکم به ولایت از سوی شخص مستنکف هم وجود دارد. به نظر می‌رسد در این رویکرد، از سلسله مراتب استدلال و مبانی بنیادی تر و رابطه حاکم و محکوم موجود میان دلایل غفلت شده است. در نتیجه، نتایج حاصل از این استدلال، پذیرفتنی نیست.

در دیدگاه مختار، از آنجاکه این پرسش به وصف لزوم و جواز مربوط است، پاسخ دقیق‌تر و فنی‌تر، به نوع لزوم و جواز موجود در این قبیل تعهدات بستگی دارد. اگر وصف جواز یا لزوم از توافق یا تعهد انفصال‌پذیر باشد، با «لزوم و جواز حقی» و اگر پیوستگی وصف لزوم یا جواز به کیفیتی باشد که نوعی اتصال انفصال‌ناپذیر با قرارداد یا تعهد داشته باشد که با هیچ شیوه‌ای نتوان

آن را سلب کرد، با «لزوم و جواز حکمی» روبه‌رو هستیم. یکی از ابعاد مهم این تقسیم، به مرحله تشکیل نکاح یا به تعبیر بهتر به «توافق یا تعهد بر تشکیل نکاح» مربوط است که ماهیتاً، نوعی «توافق یا تعهد بر توافق» شمرده می‌شود. درباره تعهداتی که مضمون آن‌ها، «التزام به تشکیل نکاح در آینده» است، صورت‌های مختلفی وجود دارد. این تعهد ممکن است «به صورت یک‌جانبه و در قالب ایقاع»، «به صورت یک‌جانبه و ضمن توافق عقد تشکیل نکاح»، «به صورت یک‌جانبه و ضمن صلح بر خون‌بس/خون‌بر» یا «با تعهد متقابل به تشکیل نکاح» باشد. به موجب وصف جواز حکمی و تحلیل‌های نتیجه‌گرا (جلوگیری از نتایج زیان‌بار ناشی از تشکیل ازدواج‌های با کراهت شدید)، می‌توان به امتناع‌پذیری ذاتی نکاح تا قبل از تشکیل نهایی آن نظر داد. بدین ترتیب، اولاً، تعهد یا توافقی که در این باره می‌شود، جایز است. ثانیاً، جواز آن، حکمی و سلب‌نشده است. بنابراین، «تعهد بر ازدواج» «التزام‌پذیر» نیست و در نتیجه، «اختیار امتناع از ازدواج»، سلب‌نشده نیست.

برای تبیین مسئله، نخست، مفهوم لزوم و جواز حقی و حکمی در نکاح و جنبه‌های امری و تخییری در آن و سپس، آثار لزوم و جواز حقی و حکمی در حقوق خانواده و در ادامه، کاربست آن در دو مورد توافق بر تشکیل نکاح از جمله در قالب صلح بر خون‌بس (متضمن تعهد بر نکاح یکی از دختران خانواده قاتل) بررسی شده است.

#### ۱. مفهوم لزوم و جواز حقی و حکمی در نکاح

پیش از بحث درباره جایگاه لزوم و جواز حقی و حکمی در نکاح، لازم است مفهوم شایع از لزوم و جواز در قراردادها و مفهوم حق یا حکم بودن آن، به‌طور کلی بررسی و سپس موقعیت این نهاد در نکاح شناسایی شود. این دو مطلب در ادامه به ترتیب بررسی می‌شود.

##### ۱.۱. مفهوم شایع از لزوم و جواز در قراردادها

به صورت رایج، در بیان لزوم و جواز قراردادها به مواد ۱۸۵ و ۱۸۶ قانون مدنی استناد می‌شود. درحقیقت، در این رویکرد بر اساس برخی مبانی فقهی (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۲۴)، «اختیار بر هم زدن»، محور تشخیص قراردادهای لازم شمرده شده است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۲۴). براین اساس، ملاک در لازم بودن قرارداد این است که آیا می‌توان آن را یک‌جانبه و بدون رضای طرف دیگر و بدون وجود هیچ سببی بر هم زد یا خیر؟

در این رویکرد، عقد لازم، قراردادی است که طبع اولیه و شأن آن چنان است که به صورت یک‌جانبه قابل بر هم زدن نیست (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۵). با همین دیدگاه و به موجب ماده ۱۸۵ قانون مدنی نیز «عقد لازم آن است که هیچ‌یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه». بنابراین، بر هم زدن یک‌جانبه قرارداد تنها با مجوز قانونی (اختیارات) ممکن خواهد بود. به موجب ماده ۱۸۶ قانون مدنی، «عقد جایز آن است که هریک از طرفین بتواند هر وقت بخواهد آن را فسخ کند».

در قراردادهای جایز اصولاً برای بر هم زدن، دلیلی نیاز نیست و می‌توان عقد را بدون دلیل موجه نیز بر هم زد. به همین دلیل، در قراردادهای جایز جز درباره جعل خیار برای ثالث، از شرط خیار گفت‌وگو نمی‌شود؛ زیرا خیار درحقیقت، سلطه و اختیاری است که صاحب خیار برای بر هم زدن عقد دارد؛ به طوری که در صورت نبود این خیار، عقد لازم باشد درحالی که این معنا در عقود جایز وجود ندارد؛ زیرا در این نوع قراردادها «عهد و التزام» مؤکد وجود ندارد و بنای آن‌ها بر اباحه است (غروی نایینی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۸۹) و بدون خیار نیز این قراردادها جایز شمرده می‌شوند (گیلانی نجفی، ۱۴۰۷ق، ص. ۸۳). در این معیار، به‌طور طبیعی، حقی یا حکمی بودن لزوم و جواز تابع وصف این اختیار و امکان سلب و اسقاط آن خواهد بود.

## ۲.۱. مفهوم دقیق‌تر از لزوم و جواز و جهات امری و تخییری در آن

ظاهراً معیار شایع در تمایز وصف لزوم و جواز در قراردادها کامل به نظر نمی‌رسد و از این نظر، انتقاد محققان را در پی داشته است (قنواتی و همکاران، ۱۳۷۹، ص. ۱۱۲). با پیمایش کلمات فقیهان و تحلیل موارد، معلوم می‌شود که باید به معیارهای جوهری و دسته‌بندی‌های موجود توجه داشت.

### ۱.۲.۱. معیار جوهری در تشخیص لزوم و جواز حقی و حکمی

بر اساس مبنایی که در مقایسه با مبانی دیگر، جوهری و بنیادی‌تر شمرده می‌شود، اگر بازگشت لزوم یا جواز به «قاعده وفای به عقد» باشد؛ به طوری که التزام به عقد در قلمرو تصرف طرفین قرارداد قرار داشته باشد، این لزوم و جواز، «حقی» شمرده می‌شود و سلب‌شدنی است و امکان سلب آن به موجب شرط یا اقاله وجود دارد و اگر لزوم و جواز از «خود عقد» و «به حکم شرعی/قانونی» ناشی شود، لزوم و جواز، «حکمی» است و امکان سلب آن وجود ندارد؛ زیرا اگر

از «خود عقد» ناشی شود، لزوم ذاتی یا جواز ذاتی دارد و اوصاف ذاتی سلب‌شدنی نیست و اگر «وصف لزوم و جواز، مبتنی بر حکم شرعی باشد»، با توجه به اینکه حکم شرعی قابل اسقاط نیست، لزوم و جواز ناشی از حکم شرعی نیز اسقاط‌پذیر نیست. بر اساس این ضابطه، چون اسباب انحلال نکاح، توقیفی است و در آن، خیار و اقاله راه ندارد (غروی نایینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص. ۵۵)، کشف می‌شود که لزوم نکاح، لزوم حکمی است. بنابراین، اتصاف نکاح به وصف لزوم، جنبه امری، حکمی و سلب‌نشدنی دارد؛ زیرا شأن قواعد و اوصاف امری از شأن توافق‌ها و تعهدات اشخاص بالاتر است و امکان توافق برخلاف آن وجود ندارد.

#### ۲.۲.۱. گسست «قابلیت بر هم زدن (ارادی)» از «وصف بر هم خوردن (قهری)»

قراردادها از دیدگاه دخالت اراده برای بر هم زدن یا سلب این اختیار و نیز وصف بر هم خوردن قهری به دو دسته تقسیم می‌شوند. قراردادهایی که در آن‌ها این دو بُعد از یکدیگر متمایز می‌شوند (مانند قراردادهای اذنی و عموم قراردادهای لازم) و توافق‌هایی که قابلیت بر هم زدن در آن‌ها جنبه حکمی و امری دارد (مثل هبه و توافق بر تشکیل نکاح)؛ زیرا بر اساس نظر مشهور فقیهان، اختیار رجوع در هبه، «حکم» است و با هیچ شیوه قراردادی قابل سلب نیست و در توافق بر تشکیل نکاح نیز حسب مدعای نوشتار حاضر و بنا به دلایلی که در ادامه خواهد آمد، اختیار امتناع از ازدواج، جنبه حکمی دارد و سلب‌شدنی نیست.

#### الف. توافق با وصف گسست‌پذیری توافق از اختیار بر هم زدن

در بیشتر قراردادهای، ملاحظه می‌شود که دو ساحت «اختیار بر هم زدن یک طرفه» و «وصف بر هم خوردن»، از حیث لزوم و جواز از یکدیگر متمایز است و هرکدام وصف جداگانه‌ای دارد. جنبه نخست، حقی بودن «قابلیت سلب حق بر هم زدن» و «تخیری بودن» آن است؛ زیرا این بُعد در عموم قراردادهای لازم و نیز قراردادهای جایز اذنی، از مصادیق مقتضای اطلاق قرارداد است. در واقع، قابلیت سلب این اختیار، مبتنی بر «حق بودن» اختیار طرفین است؛ زیرا «امکان بر هم زدن» اگر ذاتی عقد باشد، سلب‌شدنی نیست (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۲۰۶). بنابراین، اصل نخست این است که ماهیت تغییر‌پذیر نیست، اما به نظر می‌رسد در این نوع قراردادها، «امکان (اختیار) بر هم زدن قراردادها»، جنبه «ترخیصی» دارد و بر «اطلاق عقد» متکی است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۸، ص. ۲۵۹). در نتیجه، در رتبه قواعد تخیری قرار می‌گیرد



و «سلب‌شدنی» است.

بنابراین، اگر اختیار بر هم زدن در قالب شرط سقوط یا با اسقاط سلب شده باشد، حکم به امکان بر هم زدن، حکم به اعاده معدوم بعد از سقوط و از بین رفتن آن است درحالی‌که اعاده معدوم، عقلاً محال است (الساقط لا یعود والمعدوم لا یُعَاد) (کوه‌کمری، ۱۴۰۹ق، ص. ۷۴). به همین دلیل (اختیار بر هم زدن) است که به نظر بسیاری از فقیهان، قراردادهای جایز اذنی از قلمرو شمول ادله لزوم عقد از جمله «اوفوا بالعقود» خارج است و امکان محدود کردن اصل فسخ یا تعیین محدوده برای اعمال فسخ (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص. ۳۴۰) و لازم شدن آن وجود دارد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۲۰) و از دیدگاه «حق بر هم زدن»، جواز موجود در عقود جایز اذنی، «حقی» شمرده شده است (غروی نایینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص. ۲۱).

درحقیقت، در نوع قراردادهایی که امکان فسخ در آن‌ها وجود دارد، اختیار بر هم زدن، اقتضای ذات نیست؛ زیرا اولاً، بر این مدعا دلیلی وجود ندارد و ثانیاً، در صورت شک، اصل، عدم آن است و ثالثاً، اگر چنین بود، امکان شرط برخلاف، ممکن نبود (جمعی از نویسندگان، بی‌تا، ص. ۸۴). پس در «قراردادهای جایز اذنی»، «استقلال در بر هم زدن» وجود دارد که سلب‌شدنی است و در «قراردادهای لازم»، هویت بسیط و واحدی شکل می‌گیرد و هیچ‌کدام از طرفین قرارداد در بر هم زدن قرارداد، استقلال ندارند، اما «نداشتن استقلال در بر هم زدن»، سلب‌شدنی است و «اعطای استقلال در بر هم زدن» امکان دارد و امکان بر هم زدن در گروهی اختیار قراردادی یا قانونی است و به دلیل جنبه حقی داشتن این اختیار، شرط‌پذیری و اسقاط‌پذیری در آن راه دارد (بهبهانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص. ۴۰۳).

جنبه دوم، حکمی بودن «وصف انحلال قهری» در اثر عواملی مثل وفات و «امری بودن» آن است. در قراردادهای لازم، قرارداد با مواردی مانند وفات، جنون و سفه منحل نمی‌شود و این وصف جنبه حکمی و امری دارد. درباره عقود جایز اذنی به دلیل متکی بودن نفس این قراردادها به اذن جوازی که از وابستگی عقد به اراده اثنایی و سلامت اراده ناشی می‌شود، جواز حکمی است و جنبه امری دارد و سلب‌شدنی است.

در کنار «اختیار بر هم زدن یک‌طرفه» در ماده ۱۸۶، در ماده ۹۵۴ قانون مدنی معیار دیگری نیز در عقود جایز اذنی مطرح شده است. به‌موجب این ماده، «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین، به سفه در مواردی که رشد معتبر است». آنچه به‌وضوح در این

ماده ملاحظه می‌شود، معیار ممتازی است که می‌توان به‌اختصار، «وصف بر هم خوردن» نامید که در اثر عواملی مانند وفات، جنون و سفه (در قراردادهایی که موضوعشان مالی است) رخ می‌دهد و با توجه به ابعاد امری ماده ۹۵۴، به‌هیچ‌روی نمی‌توان از این معیارها چشم پوشید.

بنابراین، تکیه بر معیارهای مواد ۱۸۵ و ۱۸۶ قانون مدنی اگرچه لازم است، کافی و جامع نیست. از این‌رو برخی حقوق‌دانان با تأسی به برخی تعبیر و کلمات فقیهان امامیه در عقود جایز اذنی (غروی نایینی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۸۲؛ همدانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص. ۵۵۴)، عقد لازم و جایز را به‌گونه‌ای دیگر تعریف کرده‌اند. از دیدگاه ایشان، «عقد لازم، عقدی است که در مرحله حدوث، نیازمند وجود طرف‌های دارای اراده معتبر است، اما عقد جایز، در حدوث و بقا، به طرف‌های دارای اراده معتبر نیاز دارد» (شهیدی، ۱۳۸۰، ص. ۶۵). باید دقت داشت که در این تعریف، منظور از جواز، جوازی است که در عقود جایز اذنی مدنظر است و آن، با جواز موجود در لزوم و جواز نسبی یا عقودی که در آن‌ها اختیار رجوع وجود دارد، متفاوت است و این دو دسته را باید با ادبیات دیگری بیان و تحلیل کرد.

«جواز» در لزوم و جواز نسبی به معنای «اسقاط یا اعراض از حق» و «رجوع» در مثل هبه هم نوعی حکم است و به دلیل ماهیت حکمی با حق بر هم زدن اصطلاحی در قراردادهای جایز اذنی یا خیار فسخ در قراردادهای لازم فرق دارد و با آن‌ها مقایسه‌شدنی نیست. در این معیار، ممکن است امکان بر هم خوردن قراردادها از جهات مختلفی جنبه حکمی یابند. نخست اینکه، «وصف بر هم خوردن قهری، در زمره احکام شمرده شود» (خمینی، ۱۴۲۴ق، ص. ۴۶۳). در این صورت این وصف، «حکم» است و ارتباط آن با قراردادهای جایز، جنبه حکمی و امری خواهد داشت.

بعد دیگر امری بودن، در ناحیه انحلال قراردادهای لازم است. طبع قراردادها و انتظار متعارف این است که این قراردادها در اثر عواملی مانند وفات، جنون و سفه متزلزل نشوند و سلب این خصلت ممکن نباشد، اما درباره عقود جایز اذنی، وابستگی آن به شخص و شخصیت از اوصاف جوهری است و این وابستگی به‌گونه‌ای است که اگر منشأ اذن (اراده) به‌خاطر وفات از بین برود یا به دلیلی مثل جنون و سفه (در امور مالی) از سلامت بیفتد، عقد جایز اذنی به دلیل از بین رفتن اهلیت در مرحله استمرار، منفسخ می‌شود. در عقد جایز اذنی، در مرحله تشکیل (پیدایش) مانند

دیگر قراردادهای به وجود آمده و سلامت اراده دو طرف عقد نیاز است. از این رو در این قراردادها، در مرحله استمرار هم به وجود اراده انشایی سالم نیاز است و اگر بعد از تشکیل قرارداد، مواردی مانند وفات، جنون و سفه بر هر کدام از طرف‌های توافق عارض شود، به انفساخ قرارداد منجر می‌شود. در مانند وفات به دلیل ارتفاع اذن به موت و به دلیل از بین رفتن اهلیت و اذن و انتقال مالکیت به ورثه (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۷ق، ص. ۱۴۰)، به اذن جدید ورثه یا تجدید عقد نیاز است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص. ۱۳۴). برخی فقیهان (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ق الف، ص. ۴۹) سقوط‌پذیری وصف بر هم خوردن را در قالب شرط بقای عقد بعد از وفات پذیرفته‌اند، اما شمار ایشان اندک است و مدعای ایشان بر مبنای تمایزی که بیان شد، پذیرفتنی نیست.

#### ب. توافق با وصف گسست‌ناپذیری توافق از اختیار بر هم زدن

اگرچه در عموم توافقی‌ها، اختیار بر هم زدن به شیوه‌های مختلف و به تعبیر قانون مدنی «به وجه ملزم» سلب‌شدنی است (مواد ۱۲۰، ۵۸۹ و ۶۵۱ قانون مدنی)، با معیار برخی فقیهان (بهبهانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص. ۲۴۰)، برخی توافقی‌ها به صورتی هستند که اختیار بر هم زدن را نمی‌توان از آن‌ها جدا کرد و این اختیار، ذاتی آن‌هاست. در این باور، اولاً، اختیار بر هم زدن و «جواز» در عقود که ذاتاً جایز هستند، از «شئون سلطنت بر نفس و عمل» نیست. ثانیاً، «سلب اختیار شخص برای بر هم زدن» این نوع قراردادها ممکن نیست. در نتیجه، اسقاط‌پذیری و انقلاب عقد جایز به لازم، ممکن نیست. در این گونه توافقی‌ها، اختیار بر هم زدن قرارداد به عنصر استقلال داشتن یا نداشتن ارتباطی ندارد، بلکه به دلیل وجود مناسبت‌های موضوعی و متعلق اختیار و مصلحتی در ناحیه موضوع و نیز مفاسدی که از سلب اختیار ناشی می‌شود، ماهیت توافق با عنصر «اختیار رجوع» یا «امتناع از عمل به تعهد» چنان پیوندی دارد که امکان سلب و اسقاط آن با

۱. «اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سرتیری بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند مگر اینکه به وجه ملزمی این حق را از خود سلب کرده باشد».
۲. «هر شریک‌المال می‌تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید مگر در مواردی که تقسیم به موجب این قانون ممنوع یا شرکا به وجه ملزمی ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند».
۳. «اگر برای ادای قرض به وجه ملزمی اجلی معین شده باشد، مقرض نمی‌تواند قبل از انقضای مدت، طلب خود را مطالبه کند».

هیچ‌یک از شیوه‌های حقوقی وجود ندارد. بنابراین، وصف جواز در این موارد، سلب‌شدنی نیست و تعهد مبتنی بر سلب اختیار رجوع یا امتناع، التزام‌ناپذیر است. به نظر می‌رسد «اختیار امتناع از وصلت» که به‌صراحت در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی به آن تصریح شده، از همین قبیل است و گسست توافق از این اختیار امکان ندارد. تفصیل مطلب در ادامه همین نوشتار مطرح خواهد شد. لزوم و جواز، بسته به حقی یا حکمی بودن آن، آثار متفاوتی به دنبال دارد که در ادامه بررسی می‌شود.

### ۳.۱. آثار لزوم و جواز حقی در نکاح

لزوم حقی به این معناست که مصلحت لزوم در این قرارداد، تنها به یکی از طرفین مربوط است. از این رو می‌توان برای طرفین یا یکی از آنها و حتی برای شخص ثالث، «شرط خیار» قرار داد یا از شیوه‌هایی مانند «شرط فاسخ (انفساخ)» و «اقاله» برای برهم زدن قرارداد استفاده کرد. به‌موجب ماده ۱۸۸ قانون مدنی، «عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد». بنابراین، یکی از سنجه‌های لزوم حقی، «خیارپذیری» آن است؛ زیرا با وضع خیار جز در موارد قانونی، امکان دیگری هم برای انحلال قرارداد پیش می‌آید و معلوم می‌شود حکم اولیه لزوم از نظر «برهم زدن»، از پیامدهای اطلاق عقد است و جنبه حقی دارد و نه حکمی.

پس لزوم حقی در نکاح بر فرض وجود، به این معناست که در مورد دارای بحث و تردید، شخص بتواند برخلاف جریان لزوم با درج شرط خیار و شرط فاسخ و مانند آن و با اعمال اراده مستقیم و غیرمستقیم به استمرار نکاح پایان دهد. امکان درج خیار تخلف از شرط در نکاح را نیز می‌توان با همین دیدگاه ارزیابی کرد و نیز به این معناست که اگر برای مثال، امکان رجوع مرد به زن در طلاق رجعی یا امکان رجوع زن به فدیة در طلاق رجعی جنبه حقی داشته باشد، امکان سلب آن در قالب اسقاط یا تحدید حق نیز ممکن باشد.

### ۴.۱. آثار لزوم و جواز حکمی در نکاح

در این معنا برای مثال، «لزوم سلب‌نشدنی» قرارداد به استحکام عقد در برابر امکان برهم زدن به شیوه‌های غیرمُصرَّح اشاره دارد و «جواز اسقاط‌ناپذیر» در قلمرو نفوذ اراده طرفین قرارداد، در تشکیل (مانند جواز تعهد به تشکیل نکاح) و انحلال قرارداد و حتی در روابط بعد از انحلال (مثل

جواز رجوع به فدیة، منشأ تأثیرهای مهمی است که شایسته بررسی است. اقاله‌ناپذیری نکاح، امکان نداشتن درج شرط خیار و خیار تخلف از شرط فعل یا پذیرش ضمانت اجرای فسخ برای تخلف از شرط فعل از جمله آثار لزوم حکمی در نکاح است. همچنین، می‌توان نپذیرفتن اسقاط حق رجوع در طلاق رجعی یا در رجوع به فدیة یا در رجوع به هبه منعقدشده پیش از نکاح یا ضمن نکاح یا بعد از آن را نیز با همین دیدگاه ارزیابی کرد. افزون‌براین، الزام‌ناپذیری تعهد به تشکیل نکاح و عقد تشکیل نکاح از جمله آثار جواز حکمی در نکاح است.

## ۲. قلمرو نفوذ اراده در وعده ازدواج و تعهد بر آن مبتنی بر وصف لزوم و جواز

### ۱.۲. مفهوم وعده و تعهد بر نکاح

با تشکیل عقد نکاح در لازم و الزام‌آور بودن آن بحثی نیست، اما ممکن است بعد از مذاکرات و مقاولات، با عناوینی روبه‌رو شویم که به مسئله نوشتار حاضر مربوط باشد. کیفیت وضع ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی و استفاده از واژه «وعده» نیز بر اهمیت مفهوم‌شناسی در قلمرو وعده و نکاح افزوده است. به موجب این ماده، «وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند، اگرچه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده، پرداخته شده باشد. بنابراین، هریک از زن و مرد مادامی‌که عقد نکاح جاری نشده، می‌تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی‌تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کند یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی کند».

از مهم‌ترین موارد، ارتباط دو عنوان «وعده» و «تعهد» است. این دو واژه به لحاظ لغوی به یکدیگر نزدیک‌اند. برای وعده معانی متعددی بیان کرده‌اند. گاه وعده در وجه خبری به کار رفته و به معنای «اخبار» و «نوید دادن» از انجام دادن کاری در آینده (تجلیل تبریزی، ۱۴۲۱ق، ص. ۴۲۳) و گاه در وجه انشایی به معنای «قول»، «عهد» و «پیمان» آمده است. تعهد را نیز «تازه کردن پیمان»، «شرط یا عهده را پذیرفتن» و «التزام» معنا کرده‌اند (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۵۱۶؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص. ۳۱۱)؛ البته درباره تعهدآور بودن وعده در فقه و حقوق و نیز در اینکه اگر تعهدی پدید بیاید، آیا آن تعهد، الزام‌آور است یا نه، اختلاف است.

بررسی همه ابعاد این اختلاف‌ها از موضوع نوشتار حاضر خارج است، اما به صورت اجمالی درباره باورهای مربوط به وعده و تعهد بر نکاح، از نظر الزام‌آوری و درنهایت، تأثیر آن بر نفوذ اراده یا تحدید اراده اشخاص متعهد، با تأکید بر ضابطه حق و حکم بحث خواهد شد.

به نظر می‌رسد رابطه «وعده نکاح» و «تعهد بر نکاح» از قبیل «اذا اجتمع افتراقا و اذا افترقا اجتماعا» است که ممکن است به دو صورت تحلیل شود. نخست اینکه، وعده و تعهد هر دو به یک معنا هستند یا اینکه رابطه معنای دو واژه، عموم و خصوص من وجه است؛ یعنی وقتی در کنار هم قرار می‌گیرند، متباین می‌شوند؛ یعنی در حالت اجتماع، هر کدام معنای خاص و متفاوت از یکدیگر دارند. در این صورت حالت اصلی دو واژه، حالت افتراق و اجتماع آنها برخلاف قاعده اولیه است.

در صورت دوم، معنای دو واژه با یکدیگر متفاوت است، اما در حالت افتراق معنای یکسانی دارند. در این فرض، حالت اصلی دو واژه حالت اجتماع و افتراق، برخلاف قاعده است. صرف نظر از تحلیل یادشده، به هر حال، نسبت این دو لفظ این گونه است که اگر به صورت جداگانه به کار روند، ممکن است وعده به معنای «نوید» باشد که تنها جنبه اخلاقی دارد و نیز ممکن است به معنای «پیمان» باشد که الزام آور است و جنبه حقوقی می‌یابد و اگر با هم به کار روند، وعده به معنای تعهد اخلاقی و غیرالزام آور و تعهد به معنای پذیرش و عهده‌دار شدن عهد و التزام است که جنبه حقوقی دارد.

با این توضیح به نظر می‌رسد برخلاف برخی دیدگاه‌ها که در آنها وعده در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی بر وعده اخلاقی، حمل و حکم ماده از تعهد حقوقی منصرف دانسته شده (میرباقری و محقق داماد، ۱۴۰۱، ص. ۷۹)، واژه وعده در ماده یادشده به معنای تعهد حقوقی به ازدواج است. یکی از نکات مؤثر در تفسیر معنای این واژه مناسبات حکم و موضوع در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی است. تناسب میان حکم و موضوع رابطه‌ای است میان حکم و موضوع که باعث می‌شود با توجه به لفظ، موضوع متناسب با حکم یا حکم متناسب با موضوع در ذهن انسان متبادر شود که در این ماده، از قسم دوم است. افزون بر مناسبت حکم و موضوع، ظهور مجموع این گزاره قانونی نیز تفسیر یادشده را توجیه می‌کند. با این بیان که پرداخت مهریه زمانی موضوعیت دارد که اولاً، توافقی در میان باشد، ثانیاً، در ضمن این توافق تعهدی شده باشد و ثالثاً، این توافق میان طرفین صورت الزام‌آوری داشته باشد که بخشی از مفاد آن تعهد درباره مهریه به مرحله پرداخت هم رسیده باشد، اما این تلقی الزام‌آوری میان طرفین حتی اگر معهود عرفی هم باشد، از نظر قانون‌گذار معتبر شناخته نشده است. یکی از فواید این گونه تفسیر از واژه وعده این است که حکم ماده ۱۰۳۵

قانون مدنی به طریق اولی در وعده ایقاعی هم جاری خواهد بود؛ زیرا وعده مبتنی بر قرارداد و توافق دوجانبه، از وعده مبتنی بر ایقاع، شدیدتر و نوعی عهد مؤکد است. در ادامه و در چگونگی توصیف این توافق‌ها در ارتباط با جواز حکمی، مطالب بیشتری بیان خواهد شد.

## ۲.۲. وضعیت الزام‌پذیری وعده نکاح و تعهد بر آن؛ صورت‌بندی فرض‌های ممکن

به‌هرحال، بر اساس هرکدام از احتمال‌های بیان‌شده در بند پیش، باید وضعیت الزام‌پذیری وعده یا تعهدی که «متعلق آن»، «ازدواج در آینده» است، جداگانه بررسی شود. بنابراین، موضوع این بخش نوشتار، قراری است که میان طرفین برای «تشکیل عقد نکاح در آینده» شکل می‌گیرد. در ادامه، بر اساس فرض‌های ممکن، حکم مسئله با تأکید بر ضابطه حق و حکم بررسی می‌شود؛ البته پیش از بررسی وضعیت فرض‌ها باید تذکر داد که در صورت وجود موانع نکاح، بدون نیاز به بررسی وضعیت هر صورت، حکم مسئله روشن است و در صورت وجود موانع نکاح، به دلیل وجود حرمت فوقانی و مقدم بر نکاح، تعهد دادن به امر حرام و ممنوع، مقذور اشخاص نیست (الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً).

همچنین، می‌توان گفت به‌جز بحث الزام به نکاح که محل خلاف است، در سایر موارد مانند الزام به پرداخت خسارت در فرض خودداری، این مسئله بدون اختلاف پذیرفتنی است و از این‌رو این مسئله در این نوشتار بررسی نخواهد شد.

### ۱.۲.۲. فرض نخست: وعده و تعهد یک‌طرفه بر تشکیل نکاح (اخبار/ایقاع)

یکی از فرض‌های مطرح در این مسئله این است که یک طرف، مرد یا زن، به‌صورت یک‌جانبه بر نکاح با دیگری وعده می‌دهد که ممکن است ماهیتاً، صرف «اخبار» باشد یا در رتبه «تعهد».

#### الف. صورت نخست: نوید و اخبار

یکی از احتمال‌هایی که اتفاقاً زیاد رواج دارد و قدر متیقن از ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی شمرده می‌شود، این است که یک طرف تنها به دیگری «نوید می‌دهد» که در آینده با او ازدواج خواهد کرد. چنین وعده‌ای الزام‌آور نیست و نمی‌توان به این مناسبت، زن یا مرد را بر ازدواج الزام کرد. چنین اقدامی ماهیت خبری دارد و بحث از الزام و التزام به مضمون خبر معنا ندارد.

### ب. صورت دوم: تعهد یک‌طرفی (ایقاع) بر تشکیل نکاح در آینده

این صورت این‌گونه است که شخص متعهد اعم از زن یا مرد، بدون داشتن توافق مستقل یا بدون توافق ضمن قراردادهای دیگر، چنین تعهدی را بپذیرد و «به صورت کاملاً یک‌جانبه، بر تشکیل نکاح در آینده با شخص معین، متعهد شود». این تعهد، ماهیتاً ایقاع است. تفاوت این مورد با قسم قبلی در این است که مورد قبلی تنها جنبه خبری و اعلامی دارد و شبیه آن است که کسی، خواست یا آرزوی خود را به دیگری اعلام کند، اما این قسم، «جنبه انشایی و حقوقی» دارد. در عین حال، الزام‌آوری این قسم از وعده، تابع «وضعیت وعده یک‌طرفه» است که آیا الزام‌آور است یا خیر. حکم مسئله در دیدگاه کسانی که تعهد ابتدایی را الزام‌آور نمی‌دانند (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۰، ج ۲، ص. ۲۳؛ شهیدی، ۱۳۸۰، ص. ۲۱۳) کاملاً روشن است و این اعلام، شخص را به مضمون و مفاد آن یعنی «تعهد بر تشکیل نکاح در آینده»، ملتزم نمی‌کند و از این رو امکان الزام او به خواست متعهد له یا حاکم نیز وجود ندارد، اما در دیدگاهی که تعهدات یک‌جانبه الزام‌آور دانسته شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۱۱۷)، مسئله تابع حکم صورت توافق مستقل یا شروط ضمن عقد است که در ادامه بررسی خواهد شد.

### ۲.۲.۲. فرض دوم: «توافق» زن و مرد بر «تشکیل نکاح» (عقد تشکیل نکاح)

ممکن است زن و مرد درباره تشکیل زندگی مشترک در آینده با یکدیگر توافق کنند که می‌توان این توافق را «عقد تشکیل نکاح» نامید؛ یعنی «توافقی که مضمون آن، تشکیل نکاح در آینده» است؛ البته ممکن است توافق طرفین بر تشکیل نکاح در بردارنده «تعهد یک طرف؛ تعهد یک‌جانبه» یا «تعهد هر دو طرف؛ تعهد متقابل» یا «تعهد به نفع ثالث» باشد.

### الف. صورت نخست: تعهد متقابل به تشکیل نکاح ضمن توافق (عقد تشکیل)

این توافق ممکن است به صورت مستقل و ساده و «بدون تشریفات خاص» یا به صورت مستقل، اما در قالب «نامزدی» واقع شود.<sup>۱</sup> در حقیقت، نامزدی در عرف امروز، مبرز و ویژه چنین توافقی است، اما نمی‌توان توافق طرفین به ازدواج در آینده را به تشریفات نامزدی که امروزه رواج دارد، منوط

۱. برای ملاحظه دیدگاهی که نامزدی را مرادف با وعده نکاح می‌داند ر. ک به: کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص. ۳۹.



کرد. همچنین، ممکن است توافق مستقل در هرکدام از این دو مورد به همین صورت و «بی‌نام» و نیز ممکن است در قالب «قراردادهایی مثل صلح» و مانند آن باشد.

#### ب. صورت دوم: تعهد یک‌جانبه به تشکیل نکاح ضمن توافق (عقد تشکیل)

صورت دوم این است که با توافق طرفین در قالب بخشی از قرارداد، موضوع تعهد برای طرف دیگر الزام‌آور باشد. برای مثال، جایی که دو نفر به مدت محدودی در قالب نکاح موقت با هم محرم می‌شوند و مرد به زن تعهد می‌دهد که در پایان مدت محرمیت او را به نکاح دائم خود درآورد. این توافق ممکن است در ضمن هر عقد لازم دیگری از جمله صلح نیز برقرار شود و از این نظر محدودیتی در پی ندارد؛ البته پرسش مهم در این قسمت، درجه الزام‌آوری هرکدام از صورت‌های پیش‌گفته است و اگر تنها خبری از قصد شخص برای اقدام در آینده اعلام می‌شود، بحث از الزام‌آوری آن بی‌معنا به نظر می‌رسد.

مهم‌ترین محل چالش، صورتی است که در آن، قراردادهای مستقل یا توافقاتی ضمن قراردادهای الزام‌آور دیگر مبنی بر تعهد به تشکیل نکاح بسته می‌شود؛ اعم از آنکه مفاد تعهد در این توافق‌ها و شروط، ناظر به یک طرف تعهد باشد (تعهد یک‌طرفه ضمن عقد) یا به صورت متقابل و ناظر به دو طرف تعهد باشد. برای سهولت در بحث، توافق‌های ضمن قراردادهای جایز به دلیل الزام‌آور نبودن تعهدات ضمن آن‌ها که تقریباً درباره آن‌ها اتفاق نظر وجود دارد، از موضوع بحث خارج شده است.

به پرسش مطرح درباره وضعیت این قبیل تعهدات از دو دیدگاه می‌توان پاسخ داد. نخست و از دیدگاه رقیب، حل این پرسش ذیل قواعدی مثل «اوفوا بالعقود» یا «عمومات صلح (الصلح جائز بین المسلمین» یا «عمومات شرط (المؤمنون عند شروطهم)» است (قبولی درافشان، ۱۳۹۵، ص. ۵). به موجب نتایج حاصل از این تحلیل، در صورت محقق شدن تعهد بر ازدواج در هرکدام از قالب‌های یادشده، مضمون این توافق، متعهد را به انجام دادن آن متعهد و ملتزم می‌کند و از این رو امکان الزام و اجبار مستتکف و عندالافتضای دخالت حاکم در این باره وجود دارد. برخی فقیهان بزرگ (حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۸۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق، ص. ۳۸۹) و برخی حقوق‌دانان (امامی، ۱۳۷۹، ج ۴: ۲۷۱؛ محقق داماد، ۱۳۹۰، ص. ۳۳) در این زمره قرار دارند. از دیدگاه این دسته از حقوق‌دانان، واژه وعده در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی، منصرف از این قبیل تعهدات است و به

جایی که تعهدی بر ازدواج داده شده است، مربوط نمی‌شود.

البته به خاطر تحلیل این دلایل در نوشته‌های دیگر، بررسی دوباره آن‌ها لازم نیست، اما از بیان این اشکال نمی‌توان گذشت که گرچه لفظ «شرط»، «عهد» و «صلح»، الفاظ عامی شمرده می‌شوند، یکی از مواردی که به تحدید اختیار در اشتراط و مصالحه می‌انجامد، همان ضابطه تناسب حکم و موضوع است که پیش‌تر نیز به آن اشاره شد و گاه به تزییق دامنه شمول الفاظ و عبارات می‌انجامد (کاربرد تزییقی قرینه مناسبت حکم و موضوع). بنابراین، با ملاحظه نسبت التزام و اختیار در تشکیل نکاح و جنبه‌های اخلاقی و اجتماعی آن، این فرد از تعهد و التزام، در ارتکاز متشرعه و عقلاً مضمول عنوان شرط و عهد قرار نمی‌گیرد و در نتیجه، می‌توان ادعا کرد که این مسئله به تحدید قلمرو شروط و عهد و به انصراف الفاظ «به» برخی افراد یا «از» برخی افراد می‌انجامد. پس، در نظریه رقیب، این قبیل مناسبات و ارتکازهای عرفی در این‌گونه تفسیرها نادیده گرفته می‌شود و به همین دلیل، نتایج حاصل‌شده نیز قابل التزام نیست.

از دیدگاه دوم (دیدگاه مختار)، به سلسله‌مراتب قواعد در اعمال اراده و مبتنی بر «جواز حکمی» توجه شده است. از این دیدگاه، «اختیار امتناع» از نکاح با دیگری «حق اصطلاحی» نیست تا با شرط و عقد و مانند آن عدول‌پذیر باشد. در نتیجه، «جواز تعهد به تشکیل نکاح»، «جواز حکمی» است و نمی‌توان با ابزارهایی مانند شرط ضمن عقد این وصف را از آن سلب کرد. در حقیقت، در دیدگاه نخست (رقیب)، به قواعد موجود در این باره و اینکه نفوذ شرط و عقد در گروی آن است که برخلاف قواعد امری نباشد، بی‌توجهی شده است؛ زیرا شأن قواعد و اوصاف امری از شأن توافقات و تعهدات اشخاص بالاتر است و امکان توافق برخلاف آن وجود ندارد. درباره فلسفه «جواز امری تعهد بر نکاح» هم به‌طور خلاصه می‌توان گفت اگر مصلحت‌هایی مثل مودت و رحمت به عنوان اصول بنیادین خانواده (روم، آیه ۲۱) و جلوگیری از بروز مفسده در مرحله تشکیل نکاح مدنظر قرار گیرد، اختیار زوجین در تشکیل نکاح باید تا آخرین لحظه قبل از تشکیل نکاح حفظ شود؛ زیرا کراهت ناشی از الزامی بودن نکاح برای هریک از زوجین، نهاد خانواده را که از اساس و بنیان بر مبنای محبت، عشق‌ورزی، تشیید مبنای خانواده و حسن سلوک اخلاقی بنا نهاده می‌شود، از همان لحظه آغاز در معرض تزلزل قرار می‌دهد. همچنین، به دلیل نبود تمایل که ممکن است در لحظه تشکیل عقد به‌ویژه در زن وجود داشته باشد، مفسد اخلاقی

بسیاری در انتظار خانواده خواهد بود و نتیجه چنین ازدواجی چندان با ازدواج اکراهی و از سر اجبار متفاوت نخواهد بود. از این رو اکثر قریب به اتفاق حقوق دانان، تعهد بر ازدواج را الزام آور نمی‌دانند (گرجی و همکاران، ۱۳۹۰، ص. ۲۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص. ۴۲).

### ج. صورت سوم: تعهد به تشکیل نکاح به نفع ثالث در ضمن صلح؛ مطالعه موردی خون‌بس

تعهد بر تشکیل نکاح، گاه در ضمن عقدی الزام آور، اما به نفع ثالث معین یا نامعین رخ می‌دهد. این صورت، در نوعی سنت بومی عشایر برخی مناطق کشور واقع می‌شود که در آن برای پایان دادن به انتقام‌های بی‌پایان، طبق توافق، خانواده قاتل باید دختر نشان‌شده‌ای را به عقد یکی از افراد خانواده مقتول درآورند که حتی ممکن است در زمان مصالحه، آن مرد، معلوم باشد یا نباشد. خون‌بس که در اصطلاح گاه با عناوین دیگری مانند خون‌صلح و خون‌بر نیز هم نامیده می‌شود (رضوی فرد و همکاران، ۱۳۹۵، ص. ۲۱۹)، «نوعی قاعده عرفی و اجتماعی است که برای تنظیم روابط اجتماعی میان جوامع مختلف از جمله جامعه عشایری و طایفه‌ای با تکیه بر هنجار، اخلاق و فرهنگ قومی و قبیله‌ای به کار می‌رود» (نامیان و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۱۱۰). این قاعده عرفی هنگامی اجرا می‌شود که به خاطر وجود زمینه‌های فراوان در زندگی ایلاتی و پدید آمدن نزاع فردی یا جمعی، فردی از افراد یک ایل به دست فردی از ایل دیگر کشته می‌شود. در مناطقی که هنوز ریشه‌های قومی و طایفه‌ای و ویژگی‌های جوامع سنتی در آن‌ها ملموس است، با توجه به ساختار سنتی، عصبیت قومی و اعتقاد به اجرای عدالت خصوصی، وقوع قتل می‌تواند آغازی برای ارتکاب انواع جرائم باشد؛ با این توضیح که در نظام عشیره‌ای، هر فرد افزون بر هویت فردی، یک هویت جمعی هم دارد و ارتکاب جرم نسبت به یک نفر، تجاوز به تمام افراد است. بنابراین، با وقوع قتل، مردم به دو گروه بزه‌کار و بزه‌دیده تقسیم می‌شوند. پیامد این شکاف در جامعه، استمرار نزاع این دو گروه علیه یکدیگر است (غلامی و مرادقلی، ۱۳۹۴، ص. ۱۵۹). در نتیجه، به شیوه‌ای متناسب نیاز است تا این دست افراد را از وقوع نزاع‌های جدید و استمرار نزاع‌ها حفظ کند. خون‌بس یا خون‌صلح، در واقع پاسخی کاربردی به این نیاز عملی است.

رسم خون‌بس با نقش‌آفرینی سه گروه واقع می‌شود. کسان طایفه یا دودمان مقتول، کسان طایفه یا ایل قاتل و ریش‌سفیدان سادات و بزرگان بی‌طرف. خون‌بس کنش اجتماعی به هم پیوسته‌ای است که میان اعضای سه گروه یادشده صورت می‌گیرد تا در نهایت، به سازش و

توافق دست یابند (ارجمندی و نوروزی، ۱۳۸۹، ص. ۱۵). پس از حصول توافق، مراسم خون‌بس به صورت نمادین اجرا می‌شود که بررسی جزئیات آن خارج از موضوع نوشتار حاضر است. مراجعه به برخی پژوهش‌ها که مفاد این توافقات در آن‌ها بررسی شده‌اند، نشان می‌دهد که در متن این سازش‌ها چند عنصر ثابت وجود دارد. نخست، جبران‌های مالی، مثل دادن زمین، پول و احشام به خانواده مقتول، دوم، دادن تفنگ، سوم، مهاجرت خانواده قاتل از محل جنایت، چهارم، دادن دختری از خانواده قاتل به فردی به انتخاب خانواده (طایفه) مقتول (عباسی و همکاران، ۱۴۰۲، ص. ۱۴). در کنار مزیت‌های انکارناپذیر این سنت بومی، این سنت معایب خاصی هم دارد از جمله، رعایت نشدن حقوق شهروندی و بدرفتاری با شخصی که از خانواده قاتل به خانواده مقتول وارد شده است، گسترش ازدواج‌های اجباری، نگاه به زن در جایگاه جنس فرودست جامعه، دل‌زدگی از قوانین و باورها به‌ویژه در میان زنان و ایجاد زمینه خیانت و خودکشی در میان زنان خون‌بس (نامیان و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۱۲۶).

همچنین، در متن توافق‌نامه نیز یکی از مفاد آن، ازدواج دختری از یک طایفه با مردی از طایفه دیگر است. در گذشته ازدواج دختری از خانواده قاتل با یکی از بستگان مقتول، از شرایط اصلی توافق بود و به همین دلیل در بیشتر طوایف شاهد حضور تعدادی از زنان هستیم که بدین شکل ازدواج کرده‌اند، اما در دوره‌های اخیر، این وضعیت تغییر یافته است (خان‌محمدی و احسانی، ۱۳۹۷، ص. ۲۵۶). از میان همه مفاد خون‌بس یا خون‌صلح، ازدواج دختری از خانواده و طایفه قاتل با مردی از خانواده مقتول، چالش‌برانگیزترین موردی است که به موضوع این نوشتار ارتباط دارد. این ازدواج، به نوعی تنبیه قاتل، بستگان و حتی طایفه او شمرده می‌شود؛ زیرا در جامعه عشایری، زن، ناموس فرد و ناموس طایفه و الزام به ازدواج مصداقی از مجازات ترضیلی و نوعی ننگ و عار و تنبیهی برای افراد طایفه قاتل شمرده می‌شود. وجه ترضیلی و تنبیهی این قضیه زمانی نمود بیشتری دارد که برای مثال، دختری با شخصیت ممتاز را از طایفه قاتل انتخاب می‌کنند و به نکاح شخص دارای نقصان عقلی و جسمی درمی‌آورند.

در مجموع، با مشاهده وضعیت زندگی عاملان درگیر در این رسم - به‌ویژه زنان - می‌توان گفت این پدیده دارای آثار مثبت و منفی اجتماعی متعددی است. پدیده خون‌بری برای طوایف و نظام ایلی به لحاظ اجتماعی خوب است و سبب هم‌بستگی و اتحاد خویشاوندی میان اهالی منطقه

می‌شود. از سویی، اختلافات در درون ایل به آسانی و با توافق حل و فصل می‌شود. حتی هزینه کمتری در بر دارد، اما به لحاظ جایگاه اجتماعی زن پدیده‌ای ضد زن است. زن در این جریان مورد ظلم و نادیده گرفتن شخصیت قرار می‌گیرد؛ به طوری که بیشتر زنان خون‌بسی از این جریان در رنج هستند و احساس نارضایتی فردی دارند. همچنین، دچار نوعی سرخوردگی اجتماعی و از دست دادن عزت نفس و شخصیت اجتماعی می‌شوند. برچسب خوردن در میان ایل بزرگ‌ترین داغی است که زنان خون‌بس از آن رنج می‌برند. نکته دیگر آثار اجتماعی این پدیده، واکنش‌های بدی است که افراد ایل مقتول نسبت به عروس خون‌بس دارند. بیشتر افراد ایل احساس طلب‌کاری از وی دارند و با دیدن او رفتارها و کلامی توهین‌آمیز و اذیت‌کننده نسبت به وی دارند و همواره جریان قتل یا درگیری و خسارت‌ها را یادآوری می‌کنند. سخنان بزرگان قوم نیز نشان می‌دهد که پدیده خون‌بس در بلندمدت موفق نبوده و نتوانسته است ریشه اختلاف و درگیری میان اقوام را حل کند؛ زیرا با گذشت زمان، با اتکا به همان مسائل قبلی، درگیری و نزاع از نقطه‌ای دیگر آغاز می‌شود. بنابراین، اصل پدیده خون‌بس، تسکین‌دهنده موقتی به شمار می‌آید. با وجود این، زن به‌ناچار آینده زندگی خود را با آن گره می‌زند (خان‌محمدی و احسانی، ۱۳۹۷، ص. ۱۵۶).

بنابراین، قاعده عرفی خون‌بس که نوعی عرف حکمی است و الزاماتی را در عمل بر زنان طوایف عشایری تحمیل می‌کند، به‌طور خلاصه مزیت‌هایی را دارد، اما در محتوا با نقض برخی حقوق مسلم زنان و گاه با اجبار و الزام عملی و گریزناپذیر زنان به قبول ازدواج اجباری و زیر پا گذاشتن شخصیت و کرامت آن‌ها همراه است. از این رو می‌توان خون‌بس را عرفی نامید که به این دلیل از نظر شرعی مردود است و این بخش‌های نامطلوب از آن باید زدوده شود و تعهداتی که گاه ریش‌سفیدان علیه برخی دختران خانواده قاتل بنا می‌نهند، از مصادیق «تعهد به ضرر ثالث/وعده برای دیگری/شرط فعل بر ثالث» است (ایزائلو، ۱۳۸۶، ص. ۶) و مفاد آن به‌موجب ماده ۲۳۴ قانون مدنی این است که با توافق طرفین قرارداد، «فعل یا ترک فعلی بر شخص ثالث شرط شود» و با این کار، تعهد (التزام) به انجام دادن عمل حقوقی (نکاح) بر یکی از دختران خانواده قاتل تحمیل می‌شود؛ زیرا بر اساس قواعد عمومی تشکیل قرارداد و اصل نسبی بودن قراردادها، «اراده متعاملین با رعایت مقررات می‌تواند حقوق و تکالیفی برای آن‌ها به وجود آورد، ولی اصولاً نمی‌تواند در وضع حقوق افرادی که در بستن دخالت نداشته و به آن رضایت نداده‌اند، مؤثر باشد» (صفایی، ۱۳۹۵، ص. ۱۷۹). در نتیجه، بدون رضایت متعهد ثالث، الزامی برای وی ندارد (مامقانی،

۱۳۵۰ق، ص. ۱۴۶؛ امامی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۲۹۳) و حتی اگر چنین کاری با رضایت دختر خانواده قاتل هم اعلام شود، باز هم الزام‌آور نیست و وی به حسب ماده ۲۳۱ قانون مدنی، «اختیار رد تعهد به ضرر خویش» را دارد و حتی در فرض پذیرش هم درنهایت و قبل از تشکیل نکاح، می‌تواند از آن سرباز زنند؛ زیرا در صورت‌های نخست و دوم بیان شد که اولاً، این تعهد ماهیتاً جایز است و ثانیاً، جواز آن، حکمی و سلب‌نشده و در نتیجه، التزام‌ناپذیر است. حتی در صورت وقوع ازدواج نیز ممکن است به حسب مورد از مصادیق ازدواج اکراهی یا ناشی از اضطرار شمرده شود که حکم هرکدام روشن است و به بحث جدید نیاز ندارد.

### نتیجه‌گیری

۱. در بحث از قواعد حاکم بر مسئله پژوهش ممکن است به دلیل برخی موارد مهم مانند بی‌توجهی به سلسله‌مراتب موجود در روند تحلیل و پردازش دلایل و نیز بی‌اعتنایی به مناسبت‌های موجود میان حکم و موضوع، نگاه تک‌ساحتی به متغیرهای مؤثر بر مسئله ایجاد شود که نتیجه آن، خلط مبنا و بنا و اشتباه در نتیجه‌گیری صحیح خواهد بود.
۲. برخلاف غالب قراردادهای که «حق بر هم زدن» در تعهدات جایز، به اطلاق عقد و سلب‌شدنی است، درباره وعده بر تشکیل نکاح ویژگی‌هایی وجود دارد که به تحدید اراده زن و مرد در این باره می‌انجامد و می‌توان آن را «جواز اسقاط‌ناپذیر» نامید.
۳. تعهد بر ازدواج در هر قالبی که شکل گیرد، اولاً، «جایز» است و ثانیاً، جواز آن، «جواز حکمی» است. به این معنا که جواز و اختیار بر انحلال توافق یا عدول از تعهد یک‌جانبه، جنبه امری دارد و سلب‌نشده و مورد تعهد بر تشکیل نکاح اعم از آنکه در قالب ایقاع باشد یا عقد و اعم از آنکه تعهد یک‌جانبه باشد یا دوجانبه و اعم از آنکه نسبت به طرفین باشد یا تعهد بر طرف ثالث (در مانند صلح خون‌بس)، موضوع از شمول عموماتی مثل لزوم وفای به عهد و شرط و عمومات صلح خارج است و تمسک به این موارد از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه است و بلکه به دلیل مناسباتی که میان حکم (التزام و وجوب وفای به تعهد) و موضوع (اختیار بر امتناع از وصلت) و مفاسدی که بر سلب اختیار بر ازدواج و آزادی انتخاب در طرف نکاح وجود دارد، توافق بر عقد تشکیل (توافق بر توافق) و تعهد بر آن، التزام‌ناپذیر و اختیار زن و مرد در این باره سلب‌نشده است.

۴. پیشنهاد اصلاحی: نظر به اینکه تعبیر «وعدہ» دارای معنایی اعم از تعهد ابتدایی، تعهد یک‌طرفه، تعهد متقابل و حتی اخبار است، در زمره استعمال‌های مجازی است و منشأ اشتباه در تفسیرهای حقوقی شده و شایسته است به واژه مناسب‌تری مثل «تعهد» تغییر یابد.

## منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۳) ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد (۴۱۴ق). لسان‌العرب (جمال‌الدین میرداماد، محقق). (جلد ۳). بیروت: دار صادر.
- ۴) ارجمندی، غلامرضا و نوروزی، ابوالقاسم (۱۳۸۹). حل منازعات قومی در میان عشایر بختیاری شهرستان ایذه؛ رسم «خون‌بری» یا «خون‌بس». بررسی مسائل اجتماعی ایران، ۱ (۱).
- ۵) امامی، سیدحسین (۱۳۷۹). حقوق مدنی (جلدهای ۱ و ۴). تهران: کتاب‌فروشی اسلامیه.
- ۶) انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). کتاب النکاح (جلد ۳). قم: کنگره شیخ اعظم انصاری.
- ۷) ایزانلو، محسن (۱۳۸۶). تعهد به فعل ثالث. فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱، صص ۱-۱۷.
- ۸) بحر العلوم، سیدمحمد (۴۰۳ق). بلغة الفقیه (سیدمحمدتقی بحر العلوم، شرح و تعلیق). (جلدهای ۱ و ۲). تهران: منشورات مکتبه‌الصادق.
- ۹) بهبانی، سیدعلی (۱۴۰۵ق). الفوائد العلیة-القواعد الکلیة (جلد ۲). اهواز: کتابخانه دارالعلم.
- ۱۰) تجلیل تبریزی، ابوطالب (۱۴۲۱ق). التعلیقة الاستدلالية علی تحریر الوسیلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۱۱) جمعی از نویسندگان (بی‌تا). مجله فقه اهل‌البيت (جلد ۴۷). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بيت (علیهم‌السلام).
- ۱۲) جوهری، اسماعیل (۱۴۰۷ق). الصحاح تاج‌اللغة و صحاح‌العربیة (احمد عبدالغفور عطار، محقق). (جلدهای ۱ تا ۶). بیروت: دارالعلم للملایین.
- ۱۳) حسینی مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۱۴) حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۰ق). منهاج‌الصالحین (جلد ۲). بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- ۱۵) حلی (علامه)، حسن (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام (جلدهای ۲، ۳ و ۷). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۱۶) خان‌محمدی، کریم و احسانی، حکیمه (۱۳۹۷). مطالعه انسان‌شناختی پدیده «خون‌بس» در منطقه صیدون خوزستان. فصلنامه اسلام و مطالعات اجتماعی، سال ۶، شماره ۱، صص ۱۴۰-۱۶۹. doi: 10.22081/jiss.2018.66171
- ۱۷) خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۴ق). تحریر الوسیله (علی اسلامی، مترجم). (جلدهای ۱، ۲ و ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.



- ۱۸) خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخویی (جلد ۳۱) قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- ۱۹) دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷). لغت‌نامه دهخدا (جلد ۱۲). تهران: دانشگاه تهران.
- ۲۰) رضوی‌فرد، بهزاد؛ مرادقلی، حسین و ضرغامی، سیروس (۱۳۹۵). بررسی آثار ترمیمی اجرای مراسم خون‌صلح؛ مطالعه موردی در استان کرمانشاه. مجله حقوقی دادگستری، ۸۰(۹۴)، ۲۱۷-۲۳۴.
- ۲۱) سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶ق، الف). نظام المضاربة فی الشريعة الاسلامیة الغراء، قم: مؤسسه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۲۲) سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶ق، ب). نظام النکاح فی شريعة الاسلامیة الغراء (جلدهای ۱ و ۷). قم: مؤسسه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۲۳) سیزواری، سیدعبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام (جلد ۱۸) قم: مؤسسه المنار؛ دفتر حضرت آیت‌الله سیزواری.
- ۲۴) سیزواری، محمدباقر (۱۴۲۳ق). کفایة الاحکام (جلدهای ۲ و ۱۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۲۵) سیفی مازندرانی، علی‌اکبر (۱۴۲۷ق). دلیل تحریر الوسیلة؛ المضاربة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۲۶) شبیری زنجانی، سیدموسی (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح (جلد ۴). قم: مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز.
- ۲۷) شهیدی، مهدی (۱۳۷۹). اصول قراردادها و تعهدات. تهران: عصر حقوق.
- ۲۸) شهیدی، مهدی (۱۳۸۰). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- ۲۹) صفایی، سیدحسین (۱۳۹۵). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۲). تهران: میزان.
- ۳۰) طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۰ق). حاشیة المکاسب (جلدهای ۱ و ۲) قم: اسماعیلیان.
- ۳۱) عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین (۱۴۱۲ق). الروضة البهیة فی شرح المعة الدمشقیة (جلدهای ۲ و ۵). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۳۲) عباسی دره‌بیدی، احمد، زارعی، طیبه و محبی‌پور، مریم (۱۴۰۲). مدل پارادایمی تحقق فرهنگ خون‌صلح در راستای صلح و سازش و کاهش جرم میان اقوام. فصلنامه دستاوردهای نوین در حقوق عمومی، سال ۲، شماره ۷، صص. ۱-۱۷.
- ۳۳) غروی نایینی، میرزاحمدحسین (۱۴۱۳ق). المکاسب والبیع (جلد ۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۳۴) غروی نایینی، میرزاحمدحسین (۱۴۲۴ق)، منیة الطالب فی شرح المکاسب. (جلدهای ۱ و ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۳۵) غلامی، حسین و مرادقلی، حسین (۱۳۹۴). خون‌صلح؛ حل و فصل سنتی قتل. مجله پژوهش‌های

- حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۵، صص. ۱۵۹-۱۸۴.
- ۳۶) فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۲ق). الاحکام الواضحة. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).
- ۳۷) قبولی درافشان، محمدمهدی (۱۳۹۵). بررسی جایگاه فقهی و حقوقی تعهد به ازدواج. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، دوره ۷، شماره ۲۸، صص. ۵-۲۶.
- ۳۸) فنوتی، جلیل و همکاران (۱۳۷۹). حقوق قراردادها در فقه امامیه. تهران: سمت.
- ۳۹) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۳). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۴۰) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). حقوق مدنی خانواده. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۴۱) کوه‌کمری، سیدمحمدبن‌علی حجت (۱۴۰۹ق). کتاب البیع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۴۲) گرجی، ابوالقاسم؛ قاسم‌زاده، عباس؛ حسنی، بتول؛ صفایی، سیدحسین؛ حمیدزاده، احمد؛ امامی، اسدالله؛ عراقی، سیدعزت‌الله؛ برزویی، عادل و صادقی، محمود (۱۳۹۰). بررسی تطبیقی حقوق خانواده، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ۴۳) گیلانی نجفی، میرزاحسین‌الله (۱۴۰۷ق). فقه‌الامامیه؛ قسم الخیارات. قم: کتاب‌فروشی داوری.
- ۴۴) مامقانی، عبدالله (۱۳۵۰ق). نهاية‌المقال فی تکملة غایة‌الآمال. قم: مجمع‌الذخائر الاسلامیه.
- ۴۵) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰). بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن). چاپ ۱۶، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۴۶) محقق داماد، سیدمصطفی، فنوتی، جلیل، وحدتی شبیری، سیدحسن و عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۹۰). حقوق قراردادها در فقه امامیه (جلد ۲). قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- ۴۷) مرادقلی، حسین و ضرغامی، سیروس (۱۳۹۵). بررسی آثار ترمیمی مراسم خون‌صلح؛ مطالعه موردی در استان کرمانشاه. مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۰، شماره ۹۴، صص. ۲۱۷-۲۳۴. doi: 10.22106/flj.2016.21905
- ۴۸) معین، محمد (۱۳۵۶). فرهنگ فارسی معین (جلد ۱). تهران: امیرکبیر.
- ۴۹) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح. (جلدهای ۱، ۴ و ۶). قم: مدرسه امام‌علی‌بن‌ابی‌طالب (علیه‌السلام).
- ۵۰) موسوی بجنوردی، سیدحسن‌بن‌آقا بزرگ (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه (جلد ۵). قم: نشر الهادی.
- ۵۱) میرباقری، منصوره‌سادات و محقق داماد، مریم‌السادات (۱۴۰۱). معناشناسی «وعده» و «تعهد» و تأثیر آن بر تفسیر ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی ایران. فقه و حقوق خانواده، ۲۷ (۷۷)، صص. ۷۹-۱۰۴. doi: 10.30497/flj.2022.241515.1695
- ۵۲) نامیان، فاطمه، عشایری، طاها، صالحی، حوریه‌سادات و سیفی، محمدرضا (۱۳۹۹). خون‌بس در

- فرهنگ سنتی ایران؛ تحلیل کارکردگرایانه از منظر دورکیم. نشریه فرهنگ مردم ایران، شماره ۶۰، صص. ۱۰۷-۱۳۰.
- ۵۳) نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام. (جلد ۲۶). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۵۴) همدانی، آقارضا (۱۴۱۶ق). مصباح الفقیه (جلد ۱۴). قم: مؤسسه الجعفریة لاحیاء التراث.

## References

- 1) The Holy Quran.
- 2) A Group of Authors (n.d.). Majallat Fiqh Ahl al-Bayt (Vol. 47). Qom: Mu'assasat Dā'irat al-Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī 'alā Madhhab Ahl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
- 3) 'Abbāsī Darreh-Bīdī, Aḥmad; Zāre'ī, Ṭayyibeh; Moḥebī-Pūr, Maryam (1402 SH/2023). Model-e Pārdāymī-ye Taḥaqquq-e Farhang-e Khūn-Şolḥ dar Rāstā-ye Şolḥ va Sāzesh va Kahesh-e Jorm Miyān-e Aqvām [Paradigmatic Model for Realizing Blood Peace Culture for Peace and Crime Reduction among Tribes]. Faşlnāmeḥ Dastāvardhā-ye Novīn dar Ḥoqūq-e 'Omūmī [Quarterly of New Achievements in Public Law], Year 2, No. 7, pp. 1-17 [in Persian].
- 4) Ākhund Khurāsānī, Muḥammad Kāzīm (1406 AH/1986). Ḥāshiyat al-Makāsib. Tehran: Wizārat al-Thaqāfa wa al-Irshād al-Islāmī [in Arabic].
- 5) 'Āmilī, Zayn al-Dīn (1412 AH/1991). al-Rawḍa al-Bahīya fi Sharḥ al-Lum'a al-Dimashqīya (Vols. 2 & 5). Qom: Intishārāt Daftar Tablighāt Islāmī [in Arabic].
- 6) Anşārī, Murtaḍā (1415 AH/1994). Kitāb al-Nikāḥ (Vol. 3). Qom: Kongrih al-Shaykh al-A'zam al-Anşārī [in Arabic].
- 7) Arjmandī, Gholām-Rezā & Nowrūzī, Abolqāsem (1389 SH/2010). Ḥall-e Monāza'āt-e Qawmī dar Miyān-e 'Ashāyer-e Bakhtiāri-ye Shahrestān-e Īzeh; Rasm-e «Khūnborī» yā «Khūnbas» [Ethnic Conflict Resolution among Bakhtiari Tribes in Izeh; the Custom of "Khunbori" or "Khunbas"]. Barrasī-ye Masā'el-e Ejtemā'i-ye Īrān [Iranian Journal of Social Issues], Vol. 1, No. 1 [in Persian].
- 8) Baḥr al-'Ulūm, Sayyid Muḥammad (1403 AH/1983). Bulghat al-Faqīh (Sayyid Muḥammad Taqī Baḥr al-'Ulūm, Annotator), (Vols. 1 & 2). Tehran: Manshūrāt Maktabat al-Şādiq [in Arabic].
- 9) Behbahānī, Sayyid 'Alī (1405 AH/1985). al-Fawā'id al-'Alīyah - al-Qawā'id al-Kullīyah (Vol. 2). Ahvāz: Maktabat Dār al-'Ilm [in Arabic].
- 10) Dehkhodā, 'Alī-Akbar (1377 SH/1998). Loghatnāmeḥ-ye Dehkhodā (Vol. 12) [Dehkhoda Dictionary]. Tehran: Dāneshgāh-e Tehran [in Persian].
- 11) Emāmī, Seyyed Ḥasan (1379 SH/2000). Ḥoqūq-e Madanī (Vols. 1 & 4) [Civil Law]. Tehran: Ketābforūshī-ye Eslāmīyeh [in Persian].
- 12) Fāḍil Lankarānī, Muḥammad (1422 AH/2001). al-Aḥkām al-Wāḍiḥa. Qom: Markaz Fiqhī A'immat al-Aṭhār ('alayhim al-salām) [in Arabic].
- 13) Gharawī Nā'inī, Mīrzā Muḥammad Ḥusayn (1413 AH/1992). al-Makāsib wa al-Bay' (Vol. 1). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī, Jāmi'at Mudarrisīn Ḥawzat 'Ilmīyat Qom [in Arabic].
- 14) Gharawī Nā'inī, Mīrzā Muḥammad Ḥusayn (1424 AH/2003). Munyat al-Ṭālib fi Sharḥ al-Makāsib (Vols. 1 & 2). Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
- 15) Gholāmī, Ḥosayn; Morādqolī, Ḥosayn (1394 SH/2015). Khūn-Şolḥ; Ḥall va Faşl-e Sonnatī-ye Qatl [Blood Peace: Traditional Resolution of Murder]. Majalleh-ye Pizhūhesh-hā-ye Ḥoqūq-e Jazā va Jorm-Shenāsī [Journal of Criminal Law and Criminology Studies], No. 5, pp. 159-184 [in Persian].
- 16) Gilānī Najafī, Mīrzā Ḥabibollāh (1407 AH/1986). Fiqh al-Imāmīyah; Qism al-

- Khiyārāt. Qom: Kitābfurūshī-ye Dāvārī [in Arabic].
- 17) Gorgī, Abū al-Qāsim; Qāsemzādeh, ‘Abbās; Ḥasanī, Batūl; Şafā’ī, Sayyed Ḥosayn; Ḥamidzādeh, Aḥmad; Emāmī, Asadollāh; ‘Irāqī, Sayyed ‘Ezzatollāh; Barzū’ī, ‘Adel, and Şādeqī, Maḥmūd (1390 SH/2011). Barrasī-ye Taṭbiqī-ye Ḥuqūq-e Khānevādeh [Comparative Study of Family Law]. Tehran: University of Tehran Press [in Persian].
  - 18) Ḥakīm, Sayyid Muḥsin (1410 AH/1990). Minhāj al-Şāliḥīn (Vol. 2). Beirut: Dār al-Ta’āruf lil-Maṭbū’āt [in Arabic].
  - 19) Hamadānī, Āqā Ridā (1416 AH/1995). Mişbāḥ al-Faqīh (Vol. 14). Qom: Mu’assasat al-Ja’fariyah li Iḥyā’ al-Turāth [in Arabic].
  - 20) Ḥilli, Ḥasan (‘Allāmah) (1413 AH/1992). Qawā’id al-Aḥkām fi Ma’rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām (Vols. 2, 3 & 7). Qom: Daftar Intishārāt al-Islāmī [in Arabic].
  - 21) Ḥusaynī Marāghī, Mīr ‘Abd al-Fattāḥ (1417 AH/1996). al-‘Anāwin al-Fiḥiyah (Vol. 2). Qom: Daftar Intishārāt al-Islāmī [in Arabic].
  - 22) Ibn Manzūr, Abū al-Faḍl Jamāl al-Dīn Muḥammad (1414 AH/1993). Lisān al-‘Arab (Jamāl al-Dīn Mīrdāmād, Ed.), (Vol. 3). Beirut: Dār Şādir [in Arabic].
  - 23) Īzānlū, Moḥsen (1386 SH/2007). Ta’ahhod be Fe’l-e Sāles [Commitment to the Action of a Third Party]. Faslnāmeḥ-ye Dāneshkadeh-ye Ḥoqūq va ‘Olūm-e Siyāsī [Journal of the Faculty of Law and Political Science], No. 1, pp. 1-17 [in Persian].
  - 24) Jawharī, Ismā’īl (1407 AH/1987). al-Şiḥāḥ: Tāj al-Lughah wa Şiḥāḥ al-‘Arabiyah (Aḥmad ‘Abd al-Ghafūr ‘Aṭṭār, Ed.), (Vols. 1-6). Beirut: Dār al-‘Ilm lil-Malāyīn [in Arabic].
  - 25) Kātūziān, Nāşer (1380 SH/2001). Qavā’ed-e ‘Omūmī-ye Qarārdādḥā [General Rules of Contracts] (Vol. 3). Tehran: Sherkat-e Sahāmī-ye Enteshār [in Persian].
  - 26) Kātūziān, Nāşer (1391 SH/2012). Ḥoqūq-e Madanī-ye Khānevādeh [Civil Family Law]. Tehran: Sherkat-e Sahāmī-ye Enteshār [in Persian].
  - 27) Khān-Moḥammadī, Karīm & Eḥsānī, Ḥakīmeḥ (1397 SH/2018). Moṭāle’eh-ye Ensānshenākhtī-ye Padīdeh-ye «Khūnbas» dar Mantāqeh-ye Şeydūn-e Khūzestān [An Anthropological Study of the Phenomenon of “Khunbas” in Seydun, Khuzestan]. Faslnāmeḥ-ye Eslām va Moṭāle’āt-e Ejtemā’ī [Islam and Social Studies Quarterly], Year 6, No. 1, pp. 140-169. doi: 10.22081/jiss.2018.66171 [in Persian].
  - 28) Khū’ī, Sayyid Abū al-Qāsim (1418 AH/1997). Mawsū’at al-Imām al-Khū’ī (Vol. 31). Qom: Mu’assasat Iḥyā’ Āthār al-Imām al-Khū’ī [in Arabic].
  - 29) Khumaynī, Sayyid Rūḥ-Allāh (1424 AH/2003). Taḥrīr al-Wasīlah (‘Alī Islāmī, Trans.), (Vols. 1-3). Qom: Daftar Intishārāt al-Islāmī [in Arabic].
  - 30) Kūh-Kamarī, Sayyed Moḥammad b. ‘Alī Ḥojjat (1409 AH/1988). Kitāb al-Bay’. Qom: Daftar al-Intishārāt al-Islāmīya [in Arabic].
  - 31) Makārem Shīrāzī, Nāşer (1424 AH/2003). Kitāb al-Nikāḥ (Vols. 1, 4 & 6). Qom: Madrasat Imām ‘Alī b. Abī Ṭalīb (‘alayh al-salām) [in Arabic].
  - 32) Māmaqānī, ‘Abdollāh (1350 AH/1932). Nihāyat al-Maqāl fi Takmilat Gayat al-Āmāl. Qom: Majma’ al-Dhakhā’ir al-Islāmīyah [in Arabic].
  - 33) Mīrbāqerī, Manşūreh-Şādāt, and Moḥaqeq Dāmād, Maryam al-Şādāt (1401

- SH/2022). Ma' nāshenāsī-ye "Va' deh" va "Ta' ahhod" va Ta' thūr-e Ān bar Tafsīr-e Māddah-ye 1035 Qānūn-e Madanī-ye Īrān [Semantic Analysis of "Promise" and "Commitment" and Their Impact on the Interpretation of Article 1035 of the Iranian Civil Code]. *Feqh va Huqūq-e Khānevādeh [Family Law and Jurisprudence]*, No. 27 (77), pp. 79-104. doi: 10.30497/flj.2022.241515.1695 [in Persian].
- 34) Moḥaqqueq Dāmād, Sayyed Moṣṭafā (1390 SH/2011). *Barrasī-ye Feqhī-ye Huqūq-e Khānevādeh (Nekāḥ va Enḥelāl-e Ān) [Jurisprudential Study of Family Law (Marriage and Its Dissolution)]*. 16th Edition. Tehran: Markaz-e Nashr-e 'Olūm-e Eslāmī [in Persian].
- 35) Moḥaqqueq Dāmād, Sayyed Moṣṭafā; Qanawātī, Jalīl; Vaḥdatī Shabirī, Sayyed Ḥasan, and 'Abdīpūr, Ebrāhīm (1390 SH/2011). *Huqūq-e Qarārdādhā dar Feqh-e Emāmīyeh (Vol. 2) [Contract Law in Imamī Jurisprudence]*. Qom: Pāzhūheshgāh-e Ḥawzah va Dāneshgāh [in Persian].
- 36) Mo'īn, Moḥammad (1356 SH/1977). *Farhang-e Fārsī-ye Mo'īn (Vol. 1) [Mo'īn Persian Dictionary]*. Tehran: Amīr Kabīr [in Persian].
- 37) Morādqolī, Ḥosayn, and Žarqāmī, Sīrūs (1395 SH/2016). *Barrasī-ye Āsār-e Tarmīmī-ye Marāsem-e Khūn-Šolḥ; Moṭāle'eh-ye Moredī dar Ostāne Kermānshāh [Investigating the Restorative Effects of Blood Reconciliation Rituals: A Case Study in Kermanshah Province]*. *Majalleh-ye Huqūqī-ye Dādgostārī [Judiciary Law Journal]*, Year 80, No. 94, pp. 217-234. doi: 10.22106/jlj.2016.21905 [in Persian].
- 38) Mūsavī Bojnūrdī, Sayyed Ḥasan b. Āqā Bozorg (1419 AH/1998). *Al-Qawā'id al-Fiqhīyah (Vol. 5)*. Qom: Nashr al-Hādī [in Arabic].
- 39) Najafī, Moḥammad Ḥasan (1404 AH/1984). *Jawāhīr al-Kalām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām (Vol. 26)*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī [in Arabic].
- 40) Nāmyān, Fāṭemeh; 'Ashāyerī, Ṭāhā; Šāleḥī, Ḥūrīeh-Sādāt, and Seyfī, Moḥammad-Rezā (1399 SH/2020). *Khūn-bas dar Farhang-e Sonnatī-ye Īrān; Taḥlīl-e Kār kardgarāyāneh az Manẓar-e Durkheim [Blood Vengeance in Traditional Iranian Culture; A Functionalist Analysis from Durkheim's Perspective]*. *Nashrīyeh-ye Farhang-e Mardom-e Īrān [Iranian Folk Culture Journal]*, No. 60, pp. 107-130 [in Persian].
- 41) Qabūlī Dorafshān, Moḥammad Mahdī (1395 SH/2016). *Barrasī-ye Jāygāh-e Fiqhī va Ḥoqūqī-ye Ta' ahhod be Ezdevāj [Review of Jurisprudential and Legal Position of Marriage Commitment]*. *Moṭāle'āt-e Fiqh-e Islāmī va Mabānī-ye Ḥoqūq [Studies in Islamic Jurisprudence and Legal Foundations]*, Vol. 7, No. 28, pp. 5-26 [in Persian].
- 42) Qanavātī, Jalīl et al. (1379 SH/2000). *Huqūq-e Qarārdādhā dar Fiqh-e Emāmīyeh [Contract Law in Imamīyya Jurisprudence]*. Tehran: SAMT [in Persian].
- 43) Rażavīfard, Behzād; Morādqolī, Ḥoseyn & Žarghāmī, Sīrūs (1395 SH/2016). *Barrasī-ye Āsār-e Tarmīmī-ye Ejrā-ye Marāsem-e Khūn-e Šolḥ; Moṭāle'eh-ye Mowredī dar Ostān-e Kermānshāh [Examining the Restorative Effects of Blood-Reconciliation Ceremonies; A Case Study in Kermanshah Province]*.

- Majalleh-ye Hoquqī-ye Dādgostari [Judicial Law Journal], 80(94), pp. 217-234 [in Persian].
- 44) Sabzawāri, Muḥammad Bāqir (1423 AH/2002). Kifāyat al-Aḥkām (Vols. 2 & 11). Qom: Daftar Intishārāt al-Islāmī [in Arabic].
  - 45) Sabzawāri, Sayyid ‘Abd al-A‘lā (1413 AH/1992). Muḥadhdhab al-Aḥkām (Vol. 18). Qom: Mu‘assasat al-Manār; Daftar Ḥaḍrat Āyatullāh Sabzawāri [in Arabic].
  - 46) Šafā‘ī, Sayyid Ḥusayn (1395 SH/2016). Qavā‘ed-e ‘Omūmī-ye Qarārdādhā [General Rules of Contracts] (Vol. 2). Tehran: Mīzān [in Persian].
  - 47) Seyfi Māzandarāni, ‘Alī Akbar (1427 AH/2006). Dalil Taḥrīr al-Wasīla; al-Muḍāraba. Tehran: Mu‘assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumayni (raḥmat Allāh ‘alayh) [in Arabic].
  - 48) Shahīdī, Mahdī (1379 SH/2000). Uṣūl-e Qarārdādhā va Ta‘ahhodāt [Principles of Contracts and Obligations]. Tehran: ‘Aṣr-e Hoquq [in Persian].
  - 49) Shahīdī, Mahdī (1380 SH/2001). Tashkīl al-‘Uqud wa al-Ta‘ahhudāt. Tehran: Majma‘ ‘Ilmī wa Thaqāfi Majd [in Arabic].
  - 50) Shubayrī Zanjāni, Sayyid Mūsā (1419 AH/1998). Kitāb al-Nikāḥ (Vol. 4). Qom: Mu‘assasat Pizhūhishī Ra’y Pardāz [in Arabic].
  - 51) Sobhāni Tabrizī, Ja‘far (1416 AH, a/1995, a). Nizām al-Muḍāraba fi al-Sharī‘a al-Islāmiyya al-Gharrā’. Qom: Mu‘assasat al-Imām al-Šādiq (‘alayhi al-salām) [in Arabic].
  - 52) Sobhāni Tabrizī, Ja‘far (1416 AH, b/1995, b). Nizām al-Nikāḥ fi al-Sharī‘a al-Islāmiyya al-Gharrā’ (Vols. 1 & 7). Qom: Mu‘assasat al-Imām al-Šādiq (‘alayhi al-salām) [in Arabic].
  - 53) Ṭabāṭabā‘ī Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāzim (1410 AH/1989). Ḥāshiyat al-Makāsib (Vols. 1 & 2). Qom: Ismā‘īliyyān [in Arabic].
  - 54) Tajlīl Tabrizī, Abū Ṭālib (1421 AH/2000). al-Ta‘liqat al-Istidlāliyah ‘alā Taḥrīr al-Wasīlah. Tehran: Mu‘assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khumayni (raḥmatullāh ‘alayh) [in Arabic].

## Analyzing the Nature of Apparent Authority in Islamic Jurisprudence and Iranian Law

Hamid Reza Habibi • PhD Student in Private Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam  
Sadiq University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) [hr.habibi@isu.ac.ir](mailto:hr.habibi@isu.ac.ir)

Behzad Pourseyyed • Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Islamic  
Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. [behzad\\_1433@yahoo.com](mailto:behzad_1433@yahoo.com)

### Abstract

#### 1. Introduction

The institution of "apparent authority" has become crucial in contemporary law, particularly in commercial contexts where transaction speed and security are essential. In authority relationships, where an agent acts on behalf of a principal, apparent authority allows third parties to assume the agent's authority based on appearances, even if the agent lacks explicit authorization. This principle, a key element of common law, aims to protect third parties who rely on the perceived legitimacy of an authority relationship to avoid economic harm.

Traditionally, the validity of contracts and their obligations depend on the intent and agreement of the contracting parties. However, apparent authority shifts this paradigm, requiring the principal to honor contracts made by an unauthorized agent, provided the third party's reliance on the agent's authority was reasonable. This ability to bind a principal—despite their lack of intent to confer authority—challenges foundational concepts in contract and authority law, especially in legal systems that prioritize contractual intent.

In Iranian law, informed by Islamic jurisprudence (Fiqh), apparent authority is not formally recognized. However, parallels exist in Shi'a legal thought, particularly within doctrines like dormant / sleeping partnership [Mudaraba] and rulings on sales, where implied authority concepts are occasionally acknowledged. This research explores the relevance and potential integration of apparent authority into Iranian law, assessing its compatibility with Shi'a jurisprudence and contemporary commerce.





## 2. Research Question

This study addresses the primary question: To what extent can the doctrine of apparent authority, developed in common law jurisdictions, be aligned with or integrated into Iranian law and Islamic jurisprudence? This question branches into several sub-questions:

How does the concept of apparent authority differ in its treatment within common law and Islamic jurisprudence?

What are the fundamental principles and criteria underlying the recognition of apparent authority in common law systems?

Can apparent authority be reconciled with the doctrinal positions of Iranian law and Islamic jurisprudence, particularly given the emphasis on contractual intent.

## 3. Research Hypothesis

This research operates on the hypothesis that, although apparent authority does not have an established place in Islamic jurisprudence or Iranian legal doctrine, it may be a necessary adaptation for modern Iranian commerce. Since Islamic law emphasizes mutual intent in contract formation, apparent authority challenges these principles by imposing liability on principals based on third-party reliance rather than the principal's expressed intent. The hypothesis suggests that careful doctrinal analysis could reveal a conceptual basis for apparent authority within Iranian law, aligning relevant legal doctrines and precedents with the demands of modern commerce.

## 4. Methodology & Framework, if Applicable

This research adopts a doctrinal methodology, characterized by in-depth analysis of statutory texts, legal doctrines, and jurisprudential writings, with a comparative focus on common law precedents. The research is structured into several stages: Literature Review, Jurisprudential Analysis, Comparative Analysis, and Doctrinal Synthesis and Interpretation.

## 5. Results & Discussion

The investigation into the nature and applicability of apparent authority within Iranian law and Islamic jurisprudence reveals significant insights. Primarily, apparent authority aligns with certain principles in Islamic jurisprudence, particularly the principle of governance [Hokumat], which supports its conceptualization as a "deemed contract." Through governance, apparent authority is recognized as a legally constructed relationship, despite the absence of an actual mutual authority agreement between principal and agent. This principle provides a basis for interpreting apparent authority as functionally equivalent to real authority, making it plausible for Iranian law to adopt

apparent authority principles while remaining consistent with Islamic jurisprudential values.

Governance operates by allowing one rule (the governing rule) to dominate or redefine another (the governed rule), particularly where legal outcomes align with broader societal or legal goals. This research identifies four critical aspects of governance relevant to apparent authority:

The primacy of the governing rule (apparent authority) over the governed rule (the conventional authority structure).

The shared legislative source of both rules, harmonizing apparent authority with foundational Islamic legal principles.

The clear delineation of the governing rule to prevent interpretive ambiguity in its application to real and deemed contracts.

The governing rule's supervision over the governed rule, establishing apparent authority as a structured exception in specific legal contexts.

These dimensions underscore the alignment of apparent authority with the jurisprudential framework. In commercial law, this alignment is crucial, as it allows third-party reliance on authority relationships based on appearance rather than explicit authority, fulfilling the objectives of transactional security and efficiency.

Moreover, apparent authority operates as a legal presumption, allowing for the establishment of a contract contrary to the factual intentions of the principal and agent, thereby satisfying necessary legal outcomes. This presumption posits that although the authority relationship may not exist in reality, it is "deemed" to exist to apply legal effects and protect third-party interests. This legal presumption thus supports transactional certainty, bridging gaps between the real and apparent intentions of authority participants.

Further examination reveals key substantive elements that characterize apparent authority within the framework of a deemed contract. From a legal presumption perspective, these elements include:

**Falsity:** The assumed relationship may not reflect the true will of the principal or agent.

**Conclusiveness:** The assumption is binding and provides finality for third-party transactions.

**Irreversibility:** The effects of apparent authority are legally non-negotiable.

**Legality:** The presumption holds legal force despite the lack of an actual authority agreement.

From the deemed contract perspective, apparent authority includes additional components:

**Obligatory and coercive effects:** Legal effects are imposed without negotiation, akin to real authority.

**Absence of a true authority relationship:** A real authority relationship does not exist between the parties and the deemed effects do not require such a basis.

Expansion of authority concepts: The nature of real authority is extended to the apparent relationship.

Together, these elements reveal that apparent authority is structured to serve as a deemed contract within Iranian law and Islamic jurisprudence, fulfilling both legal objectives and practical needs in commercial contexts. Consequently, Iranian law may benefit from recognizing apparent authority to balance commercial reliability with adherence to Islamic principles.

## **6. Conclusion**

This research concludes that apparent authority operates as a specific type of deemed contract within Iranian law, grounded in the principle of governance. In this sense, apparent authority is not an isolated construct but a calculated legal presumption, designed to impose the effects of real authority onto a relationship that is only assumed to be genuine. This approach maintains the flexibility necessary for commercial law while adhering to Islamic jurisprudential values.

Through the governance principle, Iranian law can adapt the structure of apparent authority to accommodate modern commercial demands by permitting third-party reliance on authority appearances in the absence of explicit authority, thus safeguarding transactional security and reliability. By integrating apparent authority within the doctrine of deemed contracts, Iranian law can leverage underlying Islamic jurisprudence concepts to justify apparent authority as a legitimate and valuable construct for modern transactions.

The findings affirm that the deemed contract, grounded in governance, offers a feasible basis for apparent authority. This conclusion suggests a path for Iranian law to embrace apparent authority within commercial legal contexts, enhancing protection for third parties while preserving doctrinal coherence. In essence, apparent authority, as a form of deemed contract, aligns with Iranian legal principles and offers substantial utility in promoting trust and efficiency in commercial interactions. This integration would establish a robust framework for managing authority-based transactions and reinforce confidence in the broader legal system.

**Keywords:** Apparent Authority, Deemed Contract, Legal Presumption, Governance.

## واکاوی ماهیت نمایندگی ظاهری در فقه امامیه و حقوق ایران

حمیدرضا حبیبی • دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)  
hr.habibi@isu.ac.ir  
بهزاد پورسید • استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران.  
behzad\_1433@yahoo.com

### چکیده

«نمایندگی ظاهری» یک فرض حقوقی است که از حیث ماهوی باید آن را یک قرارداد حکمی پنداشت. چه اینکه در نمایندگی ظاهری، قانون‌گذار و شارع ماهیت ناموجودی یعنی رابطه حقوقی میان اصیل و نماینده ظاهری را در حکم موجود فرض نموده، و آثار آن ماهیت را بر رابطه مفروض مترتب می‌نماید؛ بنابراین در وهله نخست با یک «فرض حقوقی» مواجهیم. از سوی دیگر، ماهیت این فرض حقوقی به دلیل انطباق با قاعده اصولی «حکومت»، یک قرارداد حکمی است؛ چرا که قانون‌گذار با تصرف در موضوع، رابطه حقوقی معدوم و یا پایان‌یافته میان اصیل و نماینده را در حکم رابطه نمایندگی واقعی قرار می‌دهد. این پژوهش که با روش توصیفی تحلیلی و در مقام واکاوی ماهیت نمایندگی ظاهری در فقه امامیه و حقوق ایران صورت گرفته، به این برآیند رسیده است که نمایندگی ظاهری منطبق با ساختار حکومت ایجابی است که این ساختار مصداقی از فرض حقوقی است. قرارداد حکمی به طور کلی ناظر بر وضعیتی است که قانون‌گذار یا شارع، بر خلاف اراده طرفین، وجود قراردادی را مفروض دانسته و یا ماهیت یک قرارداد را در حکم ماهیت قرارداد دیگر دانسته و آثار ماهیت دوم را بر ماهیت نخست مترتب می‌نماید. قراردادی که بر این منوال، و بر مبنای اراده و انشای قانون‌گذار اعتبار شده باشد، مبتنی بر قاعده اصولی «حکومت» بوده که تحت عنوان «قرارداد حکمی» شناسایی می‌شود.

واژگان کلیدی: نمایندگی ظاهری، قرارداد حکمی، فرض حقوقی، حکومت ایجابی.



## مقدمه

امروزه با توجه به گستره معاملات به‌ویژه در حوزه حقوق تجارت که سرعت و امنیت در آن دو محور مهم است، روابط حقوقی مبتنی بر نمایندگی شیوع بسیاری دارد که به دلیل اعتماد به ظاهر (به اقتضای سرعت در معاملات)، احتمال کشف خلاف واقع در آن وجود دارد و بطلان معامله ناشی از این وضعیت، می‌تواند موجب ضرر ناروا به ثالث با حسن نیتی شود که به ظاهر موضوع اعتماد کرده است. بر این اساس، به تدریج نهادی به نام نمایندگی ظاهری در نظام حقوقی کامن‌لا و سپس در بیشتر نظام‌های حقوقی دنیا مطرح و به‌عنوان یکی از اقسام جدید و پرکاربرد انواع نمایندگی در سطح دنیا پذیرفته شده است.

به‌طور کلی، بر اساس قاعده حاکم بر حوزه نمایندگی، هیچ نماینده غیرمجاز و فاقد اختیاری نمی‌تواند هیچ اصیلی را به مفاد قرارداد انعقاد شده توسط وی با ثالث ملزم کند. این قاعده ناشی از قواعد عمومی حاکم بر معاملات و عقود است که بر مبنای آن، رابطه میان طرفین قرارداد تنها بر پایه اراده و توافق ایشان محقق می‌شود و هر قراردادی تنها در صورتی می‌تواند طرفین آن را ملزم یا ملتزم به مفادش کند که اراده ایشان (اصالتاً یا نیابتاً) در تشکیل و تداوم آن موجود باشد. این در حالی است که در نظریه نمایندگی ظاهری - که وکالت ظاهری در فقه امامیه (مفاد حکم مندرج در ماده ۶۰۸ قانون مدنی) و مواد متعددی از قانون تجارت و به‌ویژه لایحه اصلاحی آن مبتنی بر نظریه نمایندگی ظاهری تحلیل می‌شوند - ترتب آثار نمایندگی برخلاف اراده اصیل است. در واقع، به‌موجب نظریه نمایندگی ظاهری، اصیل حتی در مواردی که نماینده فاقد اختیار لازم باشد (البته با وجود دیگر شرایط)، در برابر ثالث مسئول قلمداد می‌شود و دفاع فقدان اختیار نماینده از سوی وی در برابر ثالث مسموع نخواهد بود.

در مورد اینکه این نمایندگی ظاهری در حقوق داخلی قابل استناد است یا خیر، میان حقوق‌دانان اتفاق نظر نیست. در فقه امامیه نیز اساساً عنوانی به نام «نمایندگی ظاهری» به مفهوم موجود در حقوق خارجی، موضوع بحث فقها نبوده است، اما مفهوم آن به‌طور خاص در ذیل کتاب وکالت (مباحث ناظر به وکالت ظاهری) یا در باب عقد مضاربه (در جایی که عامل به ذمه خرید کرده است) و نیز ذیل برخی فتاوی و روایات در باب بیع قابل استنباط است.

از حیث قانون‌گذاری نیز در ماده ۲۰ لایحه تجارت، مصوب اخیر مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۹۹، نظریه نمایندگی ظاهری به‌صراحت پذیرفته شده، اما لایحه مزبور هنوز به تصویب

شورای نگهبان نرسیده است. با وجود این، تصویب لایحه اخیر تجارت توسط مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۹۹، حاکی از اهمیت این نهاد حقوقی به عنوان واقعیت، در حوزه معاملات به نمایندگی است. با توجه به اینکه این نهاد حقوقی بالاخره پس از سال‌ها به صراحت (در ماده ۲۰ لایحه مزبور) مورد تصویب مجلس شورای اسلامی قرار گرفته است و از سوی دیگر، مصادیق متعددی از آن در قانون کنونی تجارت و به ویژه لایحه اصلاحی آن دیده می‌شود، برای تحلیل دقیق مواد مزبور و به ویژه آثاری که بر آن مترتب می‌شود، تعیین ماهیت نمایندگی ظاهری ضرورت می‌یابد؛ زیرا تعیین ماهیت، مؤثر در آثاری است که بر هر نهاد حقوقی مترتب می‌شود؛ البته باید توجه داشت که هدف از تحلیل ماهیت این نهاد، فراتر از ضرورت بررسی مواد مزبور است؛ زیرا با توجه به اقتضائات امروزه در حقوق تجارت، به نظر پذیرش نهاد نمایندگی ظاهری به عنوان قسمی از اقسام نمایندگی لازم است و گریزی از آن نیست.

به لحاظ ماهوی، از آنجاکه نظریه نمایندگی ظاهری مبتنی بر فرض نمایندگی است؛ به گونه‌ای که به رغم فقدان اراده طرفین (اصیل و نماینده) بر تشکیل آن، آثارش بر طرفین و بلکه نسبت به ثالث مترتب می‌شود، نمایندگی ظاهری در حکم نمایندگی واقعی قلمداد می‌شود و در واقع، ما به اصطلاح با «قرارداد فرضی یا حکمی» مواجه خواهیم بود.

بدین ترتیب، در پژوهش حاضر با هدف دستیابی به ماهیت نمایندگی ظاهری، ابتدا باید به تبیین مفهوم نمایندگی ظاهری بپردازیم و سپس ماهیت آن و نیز ویژگی‌ها و مؤلفه‌های این ماهیت را در فقه امامیه و حقوق ایران مورد شناسایی قرار دهیم؛ البته با توجه به اینکه نمایندگی ظاهری، نهادی است که ابتدا در حقوق انگلستان مطرح شده و شکل گرفته است، به فراخور بحث، از ظرفیت مطالعه در این نظام حقوقی نیز استفاده خواهد شد تا از این طریق بتوان به تحلیل دقیق‌تری از موضوع پژوهش دست یافت.

پیشینه پژوهش: در مورد ماهیت نمایندگی ظاهری تا به حال پژوهش درخوری که ماهیت آن را به ویژه در فقه امامیه و حقوق ایران مورد ارزیابی قرار داده باشد تا بر مبنای آن، آثار مترتب بر نمایندگی ظاهری تحلیل شود، نگاشته نشده است. معدود پژوهش‌های انجام‌شده در زمینه نمایندگی ظاهری، عمدتاً ناظر به تبیین مفهوم و تا حدودی مبانی (و نه ماهیت) نمایندگی ظاهری در حقوق خارجی و ضرورت طرح آن در حقوق داخلی بوده است.

روش پژوهش: این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی و با رجوع گسترده به متون و اقوال فقها و حقوق دانان و تقریر و تحلیل این اقوال صورت گرفته است.

### ۱. مفهوم نمایندگی ظاهری

نمایندگی ظاهری مفهومی است مبتنی بر ظاهر که ابتدا در رویه قضایی انگلیس مطرح شد و سپس مورد توجه نظام حقوقی دیگر کشورها به ویژه کشورهای دارای حقوق نوشته (امیرمعزی، ۱۳۸۸، ص. ۱۱۴) و نیز حقوق بین الملل قرار گرفت (دمرجیلی و همکاران، ۱۳۸۱، ص. ۲۰۲). امروزه این مفهوم به قدری حائز اهمیت است که از آن به عنوان «مسئله‌ای عمده و مهم» (Samuel, 1961, p. 20) یا به تعبیری «مهم‌ترین مسئله» (مرسی بدر، ۱۹۸۰، صص. ۲۵۹-۲۶۰) در حوزه حقوق نمایندگی یاد می‌شود. به عقیده دموگ، حقوق دان فرانسوی، نمایندگی - به حکم ضرورت عملی - بیشتر مبتنی بر اراده ظاهری اصیل است تا اراده واقعی او. به بیان دیگر، نمایندگی بیشتر بر تعبیر ثالث از اراده ظاهری اصیل ابتدا دارد تا اراده واقعی وی و این موضوعی است که در واقع، تضمین سلامت معاملات اقتضای آن را دارد (مرسی بدر، ۱۹۸۰، صص. ۲۵۹-۲۶۰).

براین اساس، نمایندگی ظاهری یکی از اقسام نمایندگی تلقی می‌شود که در برابر نمایندگی واقعی (که اراده واقعی (به ویژه از طرف اصیل) بر تحقق آن است) قرار می‌گیرد؛ زیرا مجرای نمایندگی ظاهری در جایی است که یا رابطه نمایندگی از ابتدا وجود نداشته یا اینکه با وجود رابطه نمایندگی، منحل شده یا از حدود اختیارات تجاوز شده است (مافی و کدیور، ۱۳۹۳، ص. ۲۴). در واقع، برحسب اینکه نماینده دارای اذن یا اختیار از طرف اصیل بوده است یا خیر، نمایندگی به دو قسم «واقعی» و «ظاهری» تقسیم می‌شود. براین اساس، نمایندگی ظاهری از اقسام نمایندگی و قسم نمایندگی واقعی قلمداد شده است.

به طور کلی، نمایندگی در جایی ظاهری تلقی می‌شود که یا رابطه نمایندگی میان اصیل و نماینده، حدوداً و بقائاً وجود ندارد یا اینکه اگر وجود داشته باشد، نماینده از حدود اختیارات خود تجاوز کرده است که در هیچ‌یک از این دو حالت رابطه نمایندگی به طور واقعی وجود ندارد. به بیان دیگر، نمایندگی ظاهری ناظر به وضعیتی است که در آن نماینده نسبت به معامله‌ای که با ثالث انجام داده، در واقع اذن و اختیاری نداشته است، اما شخص ثالث با حسن نیت (که از واقعیت اطلاعی ندارد)، بر اساس باور و اتکا به ظاهری که ظهور در نمایندگی وی از طرف اصیل دارد،

وارد معامله با اصیل از طریق نماینده ظاهری می‌شود (مافی و کدیور، ۱۳۹۳، ص. ۲۴). از این رو منشأ نمایندگی ظاهری، ظاهر ایجاد شده منتسب به اصیل دانسته شده است؛ زیرا اقدام اصیل (اعم از رفتار یا گفتار وی) سبب شده است که شخص دیگری به عنوان «نماینده» در برابر ثالث شناخته شود (رستمی چلکساری و جمال‌زاده، ۱۴۰۱، ص. ۴۸). در چنین وضعیتی، نظریه نمایندگی ظاهری با متعهد کردن شخص اصیل، به حمایت از شخص ثالث برمی‌خیزد و از این طریق مانع ورود ضرر به وی می‌شود (Roger & Gaylord, 2004, p. 729).

نظریه نمایندگی ظاهری و اختیار ظاهری ناشی از آن، در حقوق ایران به‌طور خاص و به‌صراحت تا پیش از تصویب ماده ۲۰ لایحه اخیر مصوب مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۹۹ (که هم‌اکنون در شورای نگهبان در حال بررسی است) مورد توجه قانون‌گذار قرار نگرفته است، اما در میان حقوق‌دانان به دلیل اهمیت موضوع و وجود ماده ۶۸۰ قانون مدنی و همچنین، مواد متعددی در قانون تجارت و لایحه اصلاحی آن، ناظر به ترتب آثار نظریه نمایندگی ظاهری، محل بحث و تبادل نظر بوده است. به عقیده برخی حقوق‌دانان، نهاد نمایندگی ظاهری در نظام حقوقی ایران مستند قانونی (به‌طور خاص) ندارد، اما از طریق استقرا در مواد قانونی مختلف<sup>۱</sup> و نیز به استناد قواعد و اصول فقهی و حقوقی مانند قاعده لاضرر یا قاعده ضمان غرور و... قابل استنباط و پذیرش دانسته شده است (استادی، ۱۳۸۷، ص. ۱).

در فقه امامیه نیز عنوانی به نام «نمایندگی ظاهری» در متون فقهی به چشم نمی‌خورد. با وجود این، مفهوم و نیز مبانی و مصادیق این نظریه را می‌توان به‌طور خاص ذیل مباحث مربوط به عقد وکالت نسبت به موردی که خبر عزل به وکیل نرسیده است (وکالت ظاهری) یا در عقد مضاربه ناظر به جایی که عامل به ذمه خرید کرده است و نیز در کتاب بیع، ذیل فتاوی<sup>۲</sup> و روایات<sup>۳</sup>

۱. مانند مواد ۳۹۶، ۳۹۷، ۳۹۹ و ۵۱۰ قانون تجارت و مواد ۱۱۸ و ۱۳۵ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷.

۲. برای مثال، امام‌خمنی (رحمت‌الله علیه) در کتاب *تحریر الوسیله* در این زمینه چنین گفته است «اگر مالک در باطن به بیع راضی باشد، لیکن از او اذن توکیلی برای دیگری در خرید و فروش صادر نشده [باشد]، بعید نیست که از فضولی خارج باشد» (خمنی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۵۸). خروج معامله از فضولی به معنای صحیح تلقی شدن معامله‌ای است که به نمایندگی (ظاهری) رخ داده و در نتیجه، پایبند شدن اصیل به ایفای تعهد ناشی از نمایندگی (ظاهری) در برابر ثالث است.

۳. در این زمینه به روایت عروه بارقی استناد شده است (رستمی چلکساری و جمال‌زاده، ۱۴۰۱، صص. ۴۹ و ۵۳). خلاصه روایت چنین است که نبی مکرم اسلام در تأیید بیعی که عروه مازاد بر اختیاری که پیامبر به او داده بود - که با یک دینار



صادر شده در زمینه اعتبار بیعی که بدون اجازه مالک صورت گرفته و مالک باطناً بدان رضایت داشته است، دنبال و استنباط کرد.

تطبیق عنوان وکالت ظاهری (به عنوان مهم ترین مصداق فقهی) بر نمایندگی ظاهری در متون فقهی ناظر به اعتبار اقدامات و معاملات وکیلی است که توسط موکل عزل شده باشد، ولی هنوز خبر عزل به وکیل نرسیده باشد؛ البته مطابق با دیدگاهی که شرط ترتب اثر بر عزل را، اعلام آن به وکیل می داند.<sup>۱</sup> مبتنی بر این دیدگاه، تا زمانی که خبر عزل به وکیل نرسیده باشد، به رغم عزل موکل، اقدامات و تصرفات وکیل در حق موکل (نسبت به ثالث) همچنان مؤثر و نافذ است (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۱۵۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص. ۱۸؛ حلی، بی تا، ج ۱۵، ص. ۱۵۰؛ نجفی، بی تا، ج ۲۷، ص. ۳۷۵؛ حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص. ۱۵۴؛ عاملی (شهیدثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص. ۲؛ عاملی (شهیدثانی)، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص. ۳۷۰؛ یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۶، ص. ۱۸۹). تصریح به این دیدگاه در مستند روایی هشام بن سالم نیز دیده می شود (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص. ۱۶۲).<sup>۲</sup>

برای اضحیه یک گوسفند بخرد، ولی دو گوسفند خرید و گوسفند دوم را به یک دینار فروخت - چنین فرمودند «بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفَقَةِ بَيْمِينِكَ» (مدرسی طباطبایی یزدی، ۱۳۹۳، ج ۳، ص. ۵۳۶). این موضوع (تحسین عمل عروه و تأیید بیع واقع شده) دلالت بر این دارد که اصلاً بیع فضولی نبوده است و گرنه مورد توبیخ حضرت واقع می شد. فضولی نبودن بیع نیز دلالت بر صحت بیعی دارد که به نمایندگی ظاهری (خارج از حدود اختیارات) واقع شده است.

۱. این دیدگاه میان برخی حقوق دانان (امامی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص. ۲۳۷؛ عدل، ۱۳۷۳، ص. ۲۳۹؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص. ۳۶۱) و مشهور قدما و متأخران فقها (ر. ک به: منابع یاد شده در متن) مطرح است. عبارت برخی فقهای قائل به این دیدگاه، بدین شرح است «و للموکل أن يعزله بشرط أن يعلمه العزل و لو لم يعلمه لم ينزل بالعزل» (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۱۵۱). «و لا ينزل ما لم يعلم العزل و إن أشهد بالعزل على الأصح و تصرفه قبل العلم ماض على الموكل» (حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص. ۱۵۴؛ نجفی، بی تا، ج ۲۷، ص. ۳۷۵). «لاستلزام انزاله قبل العلم ضرراً عظيماً» (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص. ۲). در مقابل، دیدگاه دیگری مبنی بر کفایت عزل در انحلال وکالت وجود دارد. به نظر این دسته از فقها، اساساً آگاهی وکیل به عزل خود، هیچ گونه شرطیت و اعتباری ندارد و بلافاصله بعد از عزل، عقد وکالت منحل می شود و تصرفات وکیل باطل و بی اثر خواهد بود (حلی، ۱۴۱۳ق الف، ج ۲، ص. ۳۶؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص. ۲۷). بر مبنای این دیدگاه، اساساً مورد بحث از شمول نمایندگی ظاهری خارج می شود.

۲. مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ بِي عَمِيرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) فِي رَجُلٍ وَكَّلَ آخَرَ عَلَى وَكَاةٍ فِي أَمْرِ مِنَ الْأُمُورِ وَ أَشْهَدَ لَهُ بِذَلِكَ أَهْدِيْنَ فَمَقَامَ الْوَكِيلِ فُخِرَجَ لِأَمْرٍ فَقَالَ أَشْهَدُوا أَنِّي قَدْ عَزَلْتُ فَلَانًا عَنِ الْوَكَاةِ فَقَالَ إِنْ كَانَ الْوَكِيلُ أَمَضَى الْأَمْرَ الَّذِي وَكَّلَ فِيهِ قَبْلَ الْعَزْلِ فَإِنَّ الْأَمْرَ وَقَعَ مَاضٍ عَلَيَّ مَا أَمَضَاهُ الْوَكِيلُ كَرِهَ الْمُوَكَّلُ أَمْ رَضِيَ قُلْتُ فَإِنَّ الْوَكِيلَ أَمَضَى الْأَمْرَ قَبْلَ أَنْ يَعْلَمَ الْعَزْلَ أَوْ يَبْلُغَهُ أَنَّهُ قَدْ عَزَلَ عَنِ الْوَكَاةِ فَأَلَامَرْتُ عَلَيَّ مَا أَمَضَاهُ قَالَ نَعَمْ قُلْتُ لَهُ فَإِنْ بَلَغَهُ الْعَزْلَ

قاعده لاضرر، حجیت ظاهر عقد و اقتضای امر به شیء تا پیش از نهی از آن، از جمله دلایلی است که فقهای امامیه در این زمینه بدان استناد کرده‌اند (حلی، ۱۴۱۳ق ب، ج ۶، ص. ۲۸؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۰، ص. ۶).

افزون بر عقد وکالت، در باب عقد مضاربه نیز فرضی وجود دارد که می‌توان آن را بر نمایندگی ظاهری منطبق دانست. این فرض ناظر به وضعیتی است که عامل برای خودش به ذمه خرید کرده و قصدش این بوده است که ثمن معامله را از مال مضاربه پرداخت کند، اما با این نیت که تمام ربح و سود معامله تنها برای خودش باشد. در این زمینه احتمالات متعددی از حیث صحت و بطلان معامله مطرح شده است و یک احتمال (که قابلیت انطباق با نمایندگی ظاهری دارد) این است که چنین خریدی تنها از باب مضاربه (و نه معامله عامل برای خودش) صحیح است و قصد عامل برای معامله برای خودش لغو و بی‌اثر است؛ زیرا بنای عامل به دفع ثمن از مال مضاربه بوده و نه مال خودش، پس مبیع مال مالک ثمن می‌شود (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، صص. ۱۶۷-۱۷۰؛ حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۲، ص. ۲۹۳؛ عراقی، بی‌تا، ص. ۲۷۵؛ یزدی، ۱۴۳۱ق، ج ۲، ص. ۴۱۳؛ یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۶۴۹؛ یزدی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص. ۵۳۶؛ یزدی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص. ۳۵۶؛ اشتهااردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۸، ص. ۶۵؛ اسماعیل‌پور قشمه‌ای، ۱۴۱۶ق، ص. ۲۳۸؛ گرامی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص. ۳۴۹).<sup>۱</sup> در این فرض قصد باطنی عامل این بوده است که معامله برای خودش باشد، اما از آنجاکه ظواهر موضوع حاکی از وقوع معامله از باب مضاربه است، معامله بر مبنای مضاربه و برای مالک تلقی می‌شود. در واقع، در اینجا ظاهر موضوع موجب ایجاد تکلیفی برای مالک شده درحالی‌که قصد عامل (به‌عنوان نماینده وی در تجارت) بر این موضوع تعلق نگرفته است.

البته باید توجه داشت که مباحث مزبور بیشتر ناظر به مبانی (و نه لزوماً ماهیت) نمایندگی ظاهری است و از آنجاکه ماهیت موضوعی جدا از مبناست، بدین ترتیب، بررسی و تحلیل بیشتر

---

قَبْلَ أَنْ يُضَيَّيَ الْأَمْرَ ثُمَّ ذَهَبَ حَتَّى أَمْضَاهُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ بَشْيْءٍ قَالَ نَعَمْ إِنَّ الْوَكِيلَ إِذَا وَكَّلَ ثُمَّ قَامَ عَنِ الْمَجْلِسِ فَأَمَرَهُ مَا ضَرَّ أَبَدًا وَالْوَكَاةُ ثَابِتَةٌ حَتَّى يُبْلَغَهُ الْعَزْلُ عَنِ الْوَكَاةِ بِنَقْضِهِ أَوْ يُشَافَهُ بِالْعَزْلِ عَنِ الْوَكَاةِ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص. ۱۶۲).

۱. «... و یحتمل صحه الشراء و کون قصده لنفسه لغوا، بعد آن کان بناؤه الدفع من مال المضاربه، فإن البيع و إن کان بقصد نفسه و کلیاً فی ذمته إلا أنه ینصب علی هذا الذی یدفعه، فکان البيع وقع علیه...» (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص. ۱۶۹؛ یزدی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص. ۳۵۶؛ همچنین ر. ک به: دیگر منابع یادشده در متن).

مبانی فقهی و حقوقی نمایندگی ظاهری را - که مستلزم تحقیق و تفحصی جداگانه است - به مجال دیگری وامی نهیم.

در مجموع، تعاریف متعددی از نمایندگی ظاهری مطرح شده است. نمایندگی ظاهری در تعریفی چنین بیان شده است که اگر شخصی با رفتار یا گفتار خود، ظاهری را ایجاد کند که در پی آن، عرفاً برای شخص متعارفی چنین وانمود شود که فرد دیگری نماینده اوست؛ به گونه‌ای که اذن انجام دادن عمل حقوقی مشخصی را از طرف اصیل دارد و این تصور منجر به انعقاد معامله میان ثالث و آن دیگری شود، این تظاهر، اصیل را به همان میزان که نماینده در واقع اختیار حقیقی دارد، ملتزم می‌سازد (امیرمعزی، ۱۳۸۸، ص. ۳۱۸). به عبارت دیگر، نمایندگی ظاهری به نمایندگی نماینده‌ای اطلاق شده که به‌رغم فقدان نمایندگی شخص ثالث با حسن نیت، بنا به اعتماد به ظاهری که ظهور در نمایندگی داشته و این ظاهر نیز منتسب به اصیل بوده، با نماینده وارد معامله شده است (حاجیان، ۱۳۸۶، ص. ۲۰۹). در جای دیگر، نمایندگی یا اختیاری دانسته شده که در آن، اصیل ظاهری با رفتار (اعم از فعل یا ترک فعل) یا گفتار خود چه به‌عمد یا غیرعمد، ظاهری را ایجاد کرده است یا اینکه اجازه ایجاد چنین ظاهری را توسط دیگری (نماینده ظاهری)، به‌رغم فقدان رابطه نمایندگی و علم و آگاهی به اینکه رفتار وی ممکن است بر شخص ثالث با حسن نیت (جاهل غیرمقصر) اثر بگذارد، داده باشد. در این شرایط، در صورت اعتماد و اقدام ثالث بر مبنای ظاهر ایجادشده، اصیل (ظاهری) مسئول اجرای تعهداتی که نماینده ظاهری از طرف او پذیرفته است، خواهد بود (امینی و عبدی، ۱۳۹۳، ص. ۶۴).

با توجه به تعاریف بالا می‌توان به مؤلفه‌های تعریف نمایندگی ظاهری دست یافت. به‌طور کلی، مؤلفه‌های تعریف نمایندگی ظاهری ناظر به این موارد دانسته شده است. ۱. وجود ظاهر منتسب به اصیل (اعم از گفتار یا رفتار)، ۲. ظهور نوعی ظاهر ایجادشده در نمایندگی دیگری از طرف اصیل، ۳. اعتماد شخص ثالث با حسن نیت (ناآگاه غیرمقصر) به ظاهر و اقدام بر مبنای آن، ۴. عدم تنفیذ معامله نماینده توسط اصیل (اقدام نماینده در چهارچوب نمایندگی واقعی ننگند) و ۵. اعتبار و نفوذ معامله نماینده ظاهری با شخص ثالث نسبت به اصیل (به گونه‌ای که گویی نماینده ظاهری درحقیقت، نماینده اصیل بوده است) (Beal & Furmston, 1989. P. 6802).

البته گفتنی است که گاهی اوقات مفهوم نمایندگی ظاهری ذیل عنوان «اختیار ظاهری یا آشکار» مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته است. این اختیار ناظر به همان مفهوم نمایندگی ظاهری

دانسته شده است؛ یعنی مواردی که رابطه حقوقی نمایندگی میان اصیل و نماینده برقرار نیست یا اینکه عمل نماینده خارج از حدود اختیارات واقعی است (اسکینی و پورارشاد، ۱۳۸۹، ص. ۱۸).

## ۲. ماهیت نمایندگی ظاهری

چنان‌که بیان شد، به موجب نظریه نمایندگی ظاهری، نماینده در واقع، فاقد اختیار و اذن از سوی اصیل است، اما به دلیل اعتماد ثالث به ظهوری که منتسب به اصیل است، اصیل در برابر ثالث (با حسن نیت) مسئول قلمداد می‌شود و دفاع فقدان اختیار نماینده از سوی وی در برابر ثالث مسموع نخواهد بود، بلکه ثالث از همان حمایتی که اگر قراردادی واقعی میان او و اصیل منعقد می‌شد، برخوردار می‌شود.

بنابراین، نظریه نمایندگی ظاهری مبتنی بر فرض قراردادی است که اراده طرفین قرارداد بر تشکیل آن موجود نیست، اما آثار آن بر طرفین و بلکه نسبت به ثالث نیز مترتب می‌شود. بر اساس این نظریه، رابطه ظاهری در حکم نمایندگی واقعی فرض می‌شود. بدین ترتیب، به لحاظ ماهوی در ابتدا با یک «فرض حقوقی» و در وهله بعد، به اصطلاح با یک «قرارداد فرضی یا حکمی» مواجه هستیم. به بیان دیگر، از حیث ماهیت، نمایندگی ظاهری «فرضی حقوقی» است که در چهارچوب «قرارداد حکمی» قرار می‌گیرد. بر این اساس، نمایندگی ظاهری مصداقی از قرارداد حکمی است که این قرارداد حکمی خود نوعی از انواع فروض حقوقی است.

البته از آنجاکه فرض حقوقی خود لزوماً ناظر به تعیین ماهیت (به طور خاص) نیست، بلکه تنها اعتباری حقوقی است که اغلب در راستای ترتب اثر ماهیت حقوقی بر موضوع اعتبارشده مفروض می‌شود، از این رو ماهیت فرض حقوقی را نیز حسب مورد باید تعیین کرد. بر این اساس، در مورد موضوع پژوهش، با توجه به مراتب فوق، ابتدا به تبیین فرض حقوقی بودن نمایندگی ظاهری پرداخته می‌شود و سپس ماهیت این فرض حقوقی را که «قراردادی حکمی» است، تبیین خواهیم کرد.

### ۱.۲. نمایندگی ظاهری فرضی حقوقی است.

در نمایندگی ظاهری، رابطه حقوقی ناموجود میان اصیل و نماینده ظاهری، موجود فرض شده است و آثار نمایندگی واقعی بر آن مترتب می‌شود. بنابراین، به لحاظ ماهوی، نمایندگی ظاهری یک فرض حقوقی است.

فرض حقوقی در واقع، تمهید یا تدبیر حقوقی است که قانون‌گذار یا قاضی با هدف رسیدن به نتایج حقوقی مطلوب، عمداً وقایع را برخلاف حقیقت توصیف می‌کند (دلشاد معارف، ۱۳۹۵، ص. ۲۴). رنه دکر<sup>۱</sup>، فرض حقوقی را روشی فنی می‌داند که به موجب آن، یک پدیده اعم از شیء یا یک شخص واقع در طبقه‌بندی حقوقی که متناسب با هدف و مطلوب نیست، به صورت ارادی و آگاهانه جابه‌جا می‌شود تا با این راه‌حل عملی، با طبقه و مقوله مورد نظر و مطلوب، متناسب شود (دلشاد معارف، ۱۳۸۸، ص. ۱۷۶).

حقوق‌دانان انگلیسی فرض حقوقی را به انواع مختلفی قابل تقسیم دانسته‌اند. برای مثال، از نظر الیویر و فولر<sup>۲</sup>، فرض حقوقی به اقسام مختلفی مانند فرض تکنیک حقوقی، فرض قضایی، فرض استفاده از ابزار حقوقی توسط مردم و فرض قانونی تقسیم می‌شود<sup>۳</sup>. فرض حقوقی از نظر الیویر ناظر به واقعیتی است که به طور عامدانه، انکارناپذیر، قانونی و برخلاف حقایق اثبات شده یا محتمل در یک مورد خاص، با هدف به‌کارگیری یا تبیین قاعده حقوقی خاص فرض و توسط قانون‌گذار یا حقوق‌دانان مجاز و معتبر شناخته می‌شود. از سوی دیگر، از دیدگاه فولر، کارایی فرض حقوقی در تحقق انصاف و عدالت به‌گونه‌ای است که فروض حقوقی یک بد ضروری، برای نظام‌مند کردن تفکر حقوقی در راستای مهمترین هدف خود؛ یعنی اجرای عدالت است (دلشاد معارف، ۱۳۸۶، صص. ۱۹۴-۱۹۷). بر همین اساس است که در این زمینه چنین گفته شده است که در فرض حقوقی، دادرسی از مجاز و استعاره بهره می‌گیرد و با تصرف در موضوع دعوی، برخی از آثار و نتایج ناعادلانه قانون را به مفهوم حقیقی عدالت نزدیک می‌کند (جعفری‌تبار، ۱۳۸۶، ص. ۱۸۰).

پیدایش و ظهور فرض حقوقی در نظام حقوقی روم باستان بوده که در پی ستهندگی و اصرار جمودانه بر نصوص و متون قانونی تحقق یافته است؛ زیرا در این قلمرو به دلیل تعصب و پافشاری بر متن قوانین، مقاومت زیادی در برابر اصلاح و تغییر قانون وجود داشت و این موجب شد تا

---

1. René Dekkers  
2. Olivier & Fuller  
3. Those theorists who have sought to classify different kinds of legal fictions-e.g. Fuller (1930-1931) and Olivier (1975)-have also made reference to, for instance, legislative fictions, jurisprudential fictions, fictions of legal technique, and the fictional use of legal instruments by citizens (Del Mar, Maksymilian, 2015)

حقوق دانان اعمال و اجرای قواعد حقوقی را بدون آنکه نیاز به تغییر متون قانونی باشد، با استفاده از فرض حقوقی به سمت و سوی مدنظر خود ببرند (دلشاد معارف، ۱۳۸۶، صص. ۱۴، ۲۳ و ۴۵). از این رو یکی از حقوق دانان انگلیسی به نام هنری مین<sup>۱</sup>، فرض حقوقی را اصلاح قاعده حقوقی در مقام اعمال و اجرا توصیف می‌کند بدون آنکه آن قاعده نیازمند تغییر باشد (دلشاد معارف، ۱۳۸۸، ص. ۱۷۵). در همین راستا، برخی نهادهای حقوقی مانند قاعده استاپل<sup>۲</sup> یا شبه قرارداد<sup>۳</sup> به‌عنوان مصادیقی از فرض حقوقی دانسته شده‌اند که از آن دوران به میراث رسیده است (Shmilovits, 2018, p. 274).

به‌طور کلی، دو کاربرد عمده برای فرض حقوقی در نظر گرفته شده است. ۱. کارکرد فنی و ۲. کارکرد قاعده‌ساز. کارایی فنی به دو شکل کارکرد تفسیری (از قبیل در رهن عام بودن همه اموال بدهکار) و کارکرد تکمیلی (مانند فرض عدم پذیرش جهل نسبت به قانون) ظهور و بروز دارد، اما در کارایی قاعده‌سازی، فرض حقوقی بدون وارد کردن استثنایی به قلمرو قاعده حقوقی، موضوعی را تخصصاً داخل در شمول حکمی جدید می‌کند (شکوهی زاده، ۱۳۹۸، ص. ۱۴۹). نمایندگی ظاهری را می‌توان مصداقی از کارکرد دوم فرض حقوقی دانست؛ زیرا در نمایندگی ظاهری، رابطه ظاهری میان اصیل و نماینده، داخل در شمول حکم نمایندگی واقعی قرار می‌گیرد.

تحقق مفهوم فرض حقوقی به‌عنوان ماهیت در علم حقوق و تمییز آن از فرضیه‌های حقوقی<sup>۴</sup> و نیز دیگر استقراها یا استنتاج‌های حقوقی کاذب<sup>۵</sup>، منوط به وجود هم‌زمان پنج مؤلفه دانسته شده است. این عناصر پنج‌گانه عبارت‌اند از ۱. تصور و پندار، ۲. خلاف واقع بودن<sup>۶</sup>، ۳. علم و عمد در بیان خلاف واقع، ۴. قاطعیت و غیرقابل رد بودن و ۵. مشروع بودن فرض حقوقی (دلشاد معارف، ۱۳۸۸، صص. ۱۷۶-۱۸۰). در نمایندگی ظاهری نیز به‌عنوان فرض حقوقی، این ویژگی‌ها مشهود

---

1. Henry Maine

2. Estoppel

3. Quasi-Contract

4. Legal Hypothesis

۵. استنتاج‌های حقوقی کاذب (Conclusions False Legal) در واقع، ناظر به اظهارات نادرست و تدلیس‌آمیزی است که با

هدف گمراه‌سازی دیگری اظهار می‌شود (دلشاد معارف، ۱۳۸۸، ص. ۱۷۷).

۶. فرض حقوقی خلاف واقع است، اما از آنجاکه خلاف واقع بودنش علنی است، این ویژگی موجب تمایز آن با کذب می‌شود.

(دلشاد معارف، ۱۳۸۸، ص. ۱۷۸).

است؛ زیرا متضمن حکمی مشروع است که در مقام بیان (عالمانه و عامدانه) خلاف واقع است؛ به‌گونه‌ای که خلاف آن قابل توافق نیست (قاطع و ردنشده است).

برای اینکه مفهوم و جایگاه فرض حقوقی در حقوق داخلی بهتر و دقیق‌تر تبیین شود، تبیین تفاوت این نهاد با دیگر مفاهیم مشابه آن از قبیل اماره و اصل عملی در فقه امامیه و حقوق داخلی لازم دانسته شده است. در تفاوت میان فرض حقوقی و اصل عملی چنین اظهار شده است که فرض حقوقی در واقع نوعی استعاره و مجاز حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۲، ص. ۱۵۹) که با هدف انحراف و متعادل کردن قواعد حقوقی وضع شده است؛ به‌گونه‌ای که گاه نه تنها راهی به واقعیت ندارد، بلکه ممکن است مخالف واقع نیز باشد. براین اساس، فرض حقوقی در واقع، حکمی است تعبدی که خلاف آن قابل اثبات نیست؛ زیرا کاشف از واقع نیست و اساساً به دلیل عمد در مخالف واقع بودن آن، اثبات خلاف آن نقض غرض خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ص. ۲۵۶). این در حالی است که اماره، برخلاف فرض حقوقی که ابزاری برای گریز از واقعیت است، وسیله‌ای برای کشف واقع است افزون بر اینکه خلاف اماره با دلیل نیز قابل اثبات است درحالی‌که خلاف فرض حقوقی نه تنها قابل اثبات نیست، بلکه نقض غرض نیز خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۲، ص. ۱۶۰)؛ البته در نظام حقوقی ایران در این زمینه دیدگاه دیگری نیز وجود دارد مبنی بر اینکه امارات در فقه امامیه و حقوق ایران به دو دسته امارات قطعی (خلاف‌ناپذیر) و امارات غیرقطعی (خلاف‌پذیر) تقسیم می‌شوند که بدین ترتیب، رابطه میان فرض حقوقی با امارات قطعی را باید تساوی (امارات قطعی همان فرض حقوقی هستند) و با امارات خلاف‌پذیر را (به شرحی که بیان شد) تبیین دانست (متین‌دفتری، ۱۳۹۱، ص. ۴۶۲).

تفاوت میان اماره و فرض حقوقی محل بحث میان حقوق‌دانان خارجی نیز بوده است. فوریه<sup>۱</sup> در این زمینه معتقد است که فرض و اماره از منظر حقیقت قابل مقایسه هستند، اما هر یک در طبقه‌بندی مجزایی قرار می‌گیرند. به‌طورکلی، امارات به سوی «نظریه اثبات»<sup>۲</sup> سوق دارند درحالی‌که فروض حقوقی ذیل نظریه «توسعه قاعده حقوقی»<sup>۳</sup> قرار می‌گیرند و در واقع، جزئی از آن هستند. در واقع، این حقوق‌دان انگلیسی، اماره را راهی برای کشف واقع و حرکت کردن در

1. Foriers

2. La Théorie de La Preuve

3. La Théorie de L'extension de La Norme en Droit

راستای رسیدن به واقعیت می‌داند و برعکس، فرض حقوقی را دقیقاً حرکت برخلاف جهت واقعیت برشمرده است. به بیان دیگر، مخالفت فرض حقوقی با واقعیت به لحاظ ماهیتی که دارد، دائمی و همیشگی است درحالی‌که رسالت اصلی اماره کشف واقع است؛ هرچند که گاه ممکن است منجر به کشف واقع نشود (دلشاد معارف، ۱۳۹۵، ص. ۱۵۰). به همین دلیل، آزو<sup>۱</sup>، حقوق‌دان فرانسوی، اعمال اماره را همراه با تردید می‌داند؛ بدین معنی که چون صحت و درستی، موضوعی محتمل و مردود است، بدین دلیل قابل رد و انکار است. این در حالی است که فرض حقوقی به دلیل فلسفه وضع آن، به‌طور قطع و یقین برخلاف واقع است و این خلاف واقع یا کذب بودن آن مفروض است و از این رو انکارشدنی نیست (دلشاد معارف، ۱۳۹۵، ص. ۱۵۱).

در مورد تبیین رابطه میان فرض حقوقی با اصل عملی (که تأسیسی فقهی است) میان اندیشمندان حقوق داخلی اختلاف نظر است. پاره‌ای از حقوق‌دانان فرض حقوقی مطروح در نظام حقوقی کامن‌لا را معادل همان اصل عملی می‌دانند و در نتیجه، تمام نتایج و آثار حقوقی مترتب بر اصل عملی (در مباحث فقهی) را بر فرض حقوقی جاری و ساری می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص. ۴۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ص. ۷۷۵؛ نجومیان، ۱۳۶۶، ص. ۱۱۳). در مقابل، برخی دیگر قائل به تفصیل شده و این دو مفهوم را متمایز از یکدیگر دانسته‌اند. بدین شرح که اصل عملی گاه کشف واقع نیز می‌کند (اصول عملیه محرزه)، اما فرض حقوقی موضوعاً در این مقام نیست؛ بلکه برخلاف آن است<sup>۲</sup> (دلشاد معارف، ۱۳۹۵، صص. ۱۵۶-۱۶۴)؛ افزون‌براینکه خلاف اصل عملی را می‌توان با دلیل مخالف اثبات کرد و اصل عملی را از اعتبار انداخت درحالی‌که خلاف فرض حقوقی با هیچ دلیلی و در هیچ صورتی شایان اثبات نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۲، ص. ۱۶۰). همین مسئله در رابطه میان اماره و فرض حقوقی نیز مطرح شده است؛ توضیح اینکه، اماره مانند اصل عملی در گستره و قلمرو مقام اثبات به کار می‌رود و (مانند اصل عملی) تاب مقاومت و معارضه با دلیل مخالف را ندارد؛ به‌گونه‌ای که با اقامه دلیل معتبر مخالف

1. Azo

۲. در فرض حقوقی دادگاه یا دکتترین حقوقی، ضمن آگاهی کامل به واقعیت، آن را به‌گونه‌ای دیگر انگاشته‌اند و عامدانه واقعیت را قلب می‌کنند. براین اساس، همگان به برخلاف واقع بودن فروض حقوقی واقف و آگاه‌اند (دلشاد معارف، ۱۳۹۵، صص.



خود، از اثر و اعتبار می‌افتد درحالی‌که اثبات خلاف فرض حقوقی، به دلیل اینکه از قطعیت برخوردار است، مطلقاً امکان‌پذیر نیست و به‌مثابه قاعده مستقل موضوعی باید در هر حال و وضعیتی رعایت شود (دلشاد معارف، ۱۳۹۵، ص. ۲۴).

فرض حقوقی در فقه امامیه، از دیدگاه مرحوم جعفری لنگرودی، منطبق با مفهوم «تقادیر شرعیه» است. از نظر ایشان، تقادیر شرعیه ناظر به موردی است که در شرع مقدس چنین فرض می‌شود که موجودی در حکم معدوم باشد یا معدومی در حکم موجود. بنابراین، تقادیر شرعیه عیناً معادل همان اصطلاح فرض حقوقی است؛ البته با لحاظ این مورد که بنیاد و مبنای تقادیر شرعی رفع تنگنا و عسر و حرج و آسان‌گرایی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص. ۲۴).

در مورد وجود یا نبود فرض حقوقی در حقوق ایران، حقوق‌دانان داخلی در این زمینه معتقد به وجود فرض حقوقی هستند و در همین راستا، تمام نهادها یا قاعده‌هایی را که قانون‌گذار، ماهیتی را در حکم ماهیت دیگری قرار داده است، نمونه‌ای از فرض حقوقی به شمار آورده‌اند. برای مثال، قانون‌گذار در ماده ۳ قانون تجارت، اعمال تجاری تبعی را به‌مثابه معامله تجارتمفروض کرده است. از دیگر مصادیق فرض حقوقی در حقوق داخلی می‌توان به ماده ۳۰۸ قانون مدنی (در حکم غصب بودن اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز) یا مواد ۳۱۰ و ۶۱۶ و ۶۳۱ قانون مدنی (در حکم غاصب بودن امین از تاریخ انکار یا امتناع از استرداد) اشاره کرد. در این موارد قانون‌گذار ایران، ماهیتی را در حکم ماهیت دیگری فرض کرده و در اصطلاح با دست زدن به مجاز یا استعاره حقوقی، ماهیت نخست را تابعی از ماهیت دوم قرار داده است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۲، ص. ۱۵۹).

اما در برخی فروض حقوقی لزوماً با تغییر ماهیت مواجه نیستیم، بلکه در این فروض قانون‌گذار بنا به مصالحی، خود رأساً دست به مفروض کردن رابطه حقوقی در قالب ماهیت زده یا اینکه ماهیتی را که اعتبارش پایان یافته است، همچنان معتبر فرض می‌کند. مهم‌ترین مصداق این قسم از فرض حقوقی را می‌توان مفاد حکم ماده ۶۸۰ قانون مدنی دانست (وکالت ظاهری)؛ زیرا در این ماده قانونی، قانون‌گذار ماهیتی را که حسب قواعد حاکم بر عقود اذنی، منحل شده یا از بین رفته است، موجود فرض و آثار وکالت واقعی را بر آن مترتب می‌کند. ماده ۲۰ لایحه جدید مصوب

تجارت در سال ۱۳۹۹<sup>۱</sup> نیز که به صراحت نهاد نمایندگی ظاهری را معتبر شناخته، از این سنخ است؛ زیرا در این ماده، قانون‌گذار به صراحت رابطه معدوم یا خاتمه‌یافته را همچنان مفروض می‌پندارد. در واقع، در این ماده برخلاف مواد سابق، ماهیتی بر ماهیت دیگری مترتب نشده است، بلکه قانون‌گذار ماهیت معدوم یا پایان‌یافته را موجود فرض و آثار حقوقی را بر آن مترتب می‌کند. به همین دلیل، با توجه به مراتب فوق (مبنی بر در حکم ماهیت دیگری دانسته شدن یک ماهیت یا موجود فرض شدن ماهیت معدوم)، فرض حقوقی را منطبق بر نظریه حکومت<sup>۲</sup> در علم اصول دانسته‌اند. بر اساس نظریه حکومت، در موضوع مورد حکم، تصرفی اعتبار می‌شود که بر مبنای آن با نفی موضوع، حکم مترتب‌شده بر آن نیز منتفی می‌شود (سالبه به انتفای موضوع مانند دو حکم لاربا بین الوالد و ولده یا لاشک لکثیرالشک) یا برعکس، با اثبات موضوعی در یک مورد، حکم آن موضوع اثبات می‌شود (مانند الفقاع الخمر). از این رو فرمول و قاعده «الف در حکم ب است» یا اینکه «الف در حکم ب نیست»، مجرای فرضیه حقوقی بر اساس نظریه حکومت دانسته شده است. این رویه و روش اتخاذی در علم حقوقی را می‌توان محل تلاقی و اتصال دو دانش حقوق و ادبیات توصیف کرد که به واسطه آن، قانون‌گذار به‌رغم تأکید خود بر به‌کارگیری الفاظ در معنای حقیقی خود<sup>۳</sup> و پرهیز همه‌جانبه از مجاز و آرایه‌های ادبی در استعمال الفاظ و مفاهیم، در فرض حقوقی بنا به مصالحی با استعانت از استعاره، ماهیتی را مجاز ماهیت دیگری قرار می‌دهد (جعفری تبار، ۱۳۸۸، ص. ۱۳۴). در همین راستا، مهم‌ترین فرض قانونی مرتبط با موضوع پژوهش

۱. ماده ۲۰ لایحه تجارت مصوب اخیر مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۹۹، چنین مقرر داشته است «چنانچه شخصی به هر طریق موجب شود که دیگری نماینده یا دارای اختیاراتی از جانب او شناخت شود و اشخاص ثالث با اعتماد متعارف به وضع ایجادشده با او مانند نماینده یا شخص واجد اختیار برخورد کنند، اصیل نمی‌تواند در مقابل شخص ثالث به فقدان نمایندگی یا فقدان اختیارات نماینده استناد کند».

۲. الحکومه هو أن يقدم أحد الدليلين على الآخر تقديم سيطرة و قهر من ناحية أدائية (مظفر، ۱۳۷۵، ج ۲، ص. ۲۲۱).

۳. در علم اصول، الفاظ در تقسیم‌بندی‌ای به دو قسم حقیقت و مجاز تقسیم می‌شوند. حقیقت معنایی است که لفظ در معنای اصلی (موضوع له) خود به کار رفته است و مجاز، استعمال لفظ (به‌واسطه وجود مناسبتی) در معنایی غیر از معنای اصلی خود است. (قافی و شریعتی، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۸۲). علمای اصول به‌طورکلی چهار علامت برای تشخیص حقیقت از مجاز ذکر کرده‌اند. ۱. تصریح لغت‌شناسان، ۲. تبادر، ۳. صحت حمل و عدم صحت حمل و ۴. اطراد (شیوع استعمال لفظ در موارد و مصادیق مختلف). (برای مطالعه بیشتر ر. ک به: قافی و شریعتی، ۱۳۹۵، ج ۱، صص. ۸۵-۸۸).

در فقه امامیه و حقوق داخلی که محل جریان حکومت نیز هست، ماده ۶۸۰ قانون مدنی (به‌منزله وکیل بودن وکیل معزول تا پیش از رسیدن خبر عزل به وی) است.<sup>۱</sup>

باید توجه کرد که فرض کردن یک چیز در حکم ماهیت چیز دیگر، مطلق نیست و مستلزم رعایت ضوابطی است. در واقع، به همان منوالی که دست ادیبان و شعرا در علم ادبیات برای به کار بردن هر استعاره‌ای باز نیست، فرض حقوقی نیز به تبع استعاره بودنش به هر شیوه و منوالی امکان‌پذیر نیست و باید مدلل و موجه باشد؛ البته بدیهی است که این مسئله بدین معنا نیست که شباهت باید به‌طور کامل و همه‌جانبه باشد؛ زیرا در این صورت نیازی به استعاره نخواهد بود، بلکه در وجهی که روشن است، اتفاقاً تفاوت و اختلاف وجود دارد و تنها در جهات دیگر و اوصاف مشترکی که مدنظر در استعاره است، وجود مشابهت لازم است. برای مثال، تقصیر سنگین در حکم عمد دانسته شده است، اما نه از همه جهات و آثار؛ زیرا خسارت عمدی را برخلاف تقصیر سنگین، به دلیل مخالفت با نظم عمومی نمی‌توان بیمه کرد. ابراً نیز تنها از حیث سقوط تعهد در حکم پرداخت دانسته شده است نه از جهت دیگری. براین‌اساس، اگر زنی قبل از وقوعه، مهریه را از ذمه شوی خویش ابرا کند، دادگاه نمی‌تواند بر این مبنا که ابرا در حکم پرداخت مهریه است، زن را به پرداخت نصف مبلغ مهر در برابر مرد محکوم کند (جعفری‌تبار، ۱۳۸۸، صص. ۱۳۶-۱۳۷). در زمینه موضوع پژوهش نیز نمایندگی ظاهری از همه جهات در حکم نمایندگی واقعی قرار نمی‌گیرد، بلکه از حیث استیفای حقوق شخص ثالث آن هم در صورت وجود دیگر شرایط آن، در حکم نمایندگی واقعی قلمداد می‌شود و بیشتر از آن اقتضایی ندارد. برای مثال، اگر ظواهر موضوع حاکی از محدودیت اختیارات نماینده ظاهری (نسبت به مفاد قرارداد منعقد میان وی و ثالث) باشد، ثالث نمی‌تواند فراتر از این اختیارات از اصیل انتظار اجرای تعهدی داشته باشد.

در برابر دیدگاهی که فرض حقوقی را منطبق بر حکومت می‌داند، دیدگاه دیگری مبنی بر اینکه رابطه این دو مفهوم عموم و خصوص مطلق است، مطرح شده و معتقد است که توصیف رابطه منطقی میان این دو مفهوم براین‌اساس، تعبیر دقیق‌تری است؛ زیرا هر حکومتی، فرض حقوقی

---

۱. البته فروض قانونی متعدد دیگری در مواد قانونی وجود دارد که محل جریان حکومت است و بیان آن‌ها به دلیل عدم ارتباط مستقیم با زمینه پژوهش ضرورتی ندارد (مانند کفالت حکمی مندرج در ماده ۷۳۴ قانون مدنی یا ماده ۱۹۶ قانون مدنی ناظر بر فرض کردن معامله نماینده برای اصیل و...).

است، اما عکس آن (هر فرض حقوقی، حکومت است) صادق نیست؛ توضیح اینکه، حکومت تنها ناظر به فرضی است که دو دلیل وجود دارد و رابطه این دو دلیل به گونه‌ای است که یکی بر دیگری حاکم و موجب توسعه یا تضییق قلمرو (در موضوع یا حکم) دلیل محکوم می‌شود. این در حالی است که فرض حقوقی در همه مصادیق خود تابع چنین ساختاری نیست. برای مثال، در برخی موارد مانند ماده ۳ قانون مدنی (که دلالت بر لازم‌الاتباع فرض شدن قانون به مدت ۱۵ روز بعد از انتشار دارد)، قانون‌گذار بدون آنکه لازم بداند یا نیاز باشد ماهیتی را در حکم ماهیت دیگری یا ماهیت معدومی را موجود فرض کند، به‌طور مستقیم مبادرت به جعل فرض حقوقی می‌کند. از سوی دیگر، حکومت دو جنبه دارد. گاه ایجابی است و ماهیتی را در حکم دیگری قرار می‌دهد (مانند الفقاع‌الخمیر) و گاه سلبی است و تنها نفی حکم از موضوع می‌کند بدون آنکه آن را در حکم ماهیت دیگری قرار دهد (مانند لاشک لکثیر الشک). این در حالی است که فرض حقوقی تنها از جنبه ایجابی ساختار حکومت بهره می‌گیرد و تنها در فرضی که ماهیتی را در حکم ماهیت دیگری قلمداد می‌کند، بر مفهوم حکومت اصولی منطبق می‌شود. تفاوت دیگر نیز از حیث چگونگی استناد میان این دو مفهوم است؛ زیرا استفاده از ساختار حکومت در فرض حقوقی تنها به دست قانون‌گذار نیست و قاضی دادگاه نیز می‌تواند با تصرف در موضوع حکم، آثار و نتایج غیرمنصفانه را به انصاف و عدالت نزدیک‌تر کند (دلشاد معارف، ۱۳۹۵، ص. ۱۷۹)<sup>۱</sup> در صورتی‌که (در حقوق داخلی) جعل فرض حقوقی در انحصار قانون‌گذار است و شخص دیگری قادر به چنین اعتباری نیست.

با توجه به مراتب فوق به نظر می‌رسد که رابطه میان فرض حقوقی با حکومت برخلاف دیدگاه‌های فوق، نه تساوی و نه حتی عموم و خصوص مطلق است، بلکه در واقع باید آن را از سنخ عموم و خصوص من وجه دانست؛ هر فرض حقوقی، حکومت نیست (تنها برخی از فروض حقوقی منطبق بر حکومت (آن هم از نوع ایجابی) هستند) و از سویی هر حکومتی نیز فرض حقوقی نیست (زیرا حکومت سلبی انطباقی با فرض حقوقی ندارد).

---

۱. برای مثال، در فرضی که تکه چوبی به سرقت برود و غاصب با مثبت کاری، آن را به اثری نفیس تبدیل کند، در صورت مطالبه چوب از سوی مالک، دادگاه می‌تواند چوب را بر مبنای نظریه حکومت، در حکم تلف بداند و حکم به تسلیم مثل یا پرداخت قیمت آن به مالک چوب دهد.

در مورد رابطه میان مفهوم نمایندگی ظاهری و فرض حقوقی، با توجه به توضیحات بیان شده به نظر می‌رسد که نمایندگی ظاهری افزون بر اینکه مصداقی از فرض حقوقی است، منطبق بر حکومت ایجابی نیز هست؛ به گونه‌ای که رابطه نمایندگی ظاهری با هر یک از مفاهیم فرض حقوقی و حکومت (ایجابی) از نوع عموم و خصوص مطلق است. در این صورت نمایندگی ظاهری مصداق مشترکی میان فرض حقوقی و مفهوم حکومت (ایجابی) خواهد بود. بر این اساس، مؤلفه‌های فرض حقوقی و حکومت (از نوع ایجابی آن) در نمایندگی ظاهری نیز جاری و ساری است و باید مورد لحاظ واقع شود. برای مثال، نتیجه خصیصه فرض حقوقی بودن نمایندگی ظاهری در این است که تنها توسط قانون‌گذار قابل وضع است و قاضی (در حقوق داخلی) رأساً از این طریق نمی‌تواند با تصرف در موضوع نمایندگی، آثار آن را به نمایندگی ظاهری به بهانه اجرای عدالت تسری دهد. از سوی دیگر، ویژگی انطباق نمایندگی ظاهری بر حکومت، التزام تعبدی به حکم قانون‌گذار را نیز در پی دارد؛ به گونه‌ای که امکان تخلف از آن (توافق برخلاف آن) ممکن نیست.

در مجموع، نمایندگی ظاهری که ناظر به وجود فرضی رابطه قراردادی نمایندگی میان اصیل و نماینده ظاهری است، از حیث مفهومی نزدیک‌تر به چهارچوب ساختار ایجابی مفهوم حکومت به نظر می‌رسد؛ زیرا قانون‌گذار (یا قاضی) با تصرف در موضوع، رابطه حقوقی معدوم یا پایان یافته میان اصیل و نماینده ظاهری را در حکم رابطه نمایندگی واقعی فرض می‌کند. بنابراین، نمایندگی ظاهری در فقه امامیه و حقوق داخلی، فرض حقوقی است که به لحاظ ماهوی منطبق با ساختار حکومت ایجابی و در نتیجه، مصداقی از قرارداد حکمی است. در ادامه، به تبیین ماهیت نمایندگی ظاهری به عنوان مصداقی از قرارداد حکمی خواهیم پرداخت.

## ۲.۲. نمایندگی ظاهری مصداقی از قرارداد حکمی است.

چنان‌که بیان شد، نمایندگی ظاهری، فرضی حقوقی است که منطبق با ساختار حکومت (ایجابی) است که در نتیجه، به لحاظ ماهوی می‌توان آن را «قرارداد حکمی» پنداشت؛ زیرا در نمایندگی ظاهری میان اصیل و نماینده، رابطه حقوقی به گونه‌ای فرض می‌شود که در واقع آثار نمایندگی واقعی بر آن مترتب شود. بدین ترتیب، رابطه نمایندگی فرض شده، در حکم رابطه حقوقی واقعی برای ترتب آثار نمایندگی واقعی بر آن پنداشته می‌شود. به بیان دیگر، نظریه نمایندگی ظاهری مبتنی بر فرض رابطه قراردادی (نمایندگی) میان اصیل و نماینده است که اراده ایشان بر تشکیل آن

موجود نیست، اما آثار آن بر طرفین و بلکه بر ثالث نیز مترتب است. به موجب این نظریه، نمایندگی ظاهری در حکم نمایندگی واقعی فرض می‌شود. بنابراین، با فرض حقوقی ای مواجه هستیم که به لحاظ ماهوی «قرارداد حکمی» است.

دلیل تأسیس چنین ماهیتی (قرارداد حکمی)، ناظر به این واقعیت دانسته شده است که به لحاظ شرایط اساسی و قواعد عمومی حاکم بر معاملات، تعهدات قراردادی یا حتی ایقاعی بر پایه قصد و اراده طرفین و مفاد تراضی در عقود و قصد و اراده ایقاع کننده در ایقاعات استوار و تعیین می‌شود. این در حالی است که عملاً در برخی موارد این قاعده نادیده انگاشته شده است و شارع یا قانون‌گذار برخلاف اراده طرفین در عقود یا اراده ایقاع کننده در ایقاعات، وجود قرارداد یا ایقاعی را مفروض یا ماهیت قراردادی را در حکم ماهیت دیگری می‌داند و آثار ماهیت دوم را بر ماهیت نخست مترتب می‌کند. قراردادی که بر این منوال و بر مبنای اراده و انشای شارع یا قانون‌گذار اعتبار شده باشد، با عنوان «قرارداد حکمی» شناسایی می‌شود (ذبیحی، ۱۴۰۱، ص. ۲). وجه تسمیه این عبارت نیز از حیث واژه «قرارداد»، ترتب آثار قراردادی بر ماهیت مفروض است و از حیث واژه «حکمی»، عدم تحقق قواعد عمومی و شرایط اساسی صحت معاملات است. همین مسئله در نظریه نمایندگی ظاهری نیز قابل ملاحظه و محقق است؛ زیرا در نمایندگی ظاهری، از سویی آثار نمایندگی واقعی (به عنوان ماهیت قراردادی) بر رابطه ظاهری (خصوصاً نسبت به اصیل در برابر ثالث) مترتب می‌شود و از سوی دیگر، شرایط اساسی صحت معاملات برای تحقق نمایندگی واقعی میان اطراف نمایندگی ظاهری موجود نیست.

از آنجاکه قرارداد حکمی مبتنی بر قاعده اصولی حکومت است، بر این اساس، ابتدا باید شرایط تطبیق عنوان اصولی «حکومت» را بر نمایندگی ظاهری بررسی کرد و سپس در گام دوم، به بررسی و تبیین مؤلفه‌های حاکم بر نمایندگی ظاهری به عنوان قرارداد حکمی پرداخت.

#### ۱.۲.۲. شرایط تطبیق عنوان حکومت بر نمایندگی ظاهری

در راستای تحلیل نمایندگی ظاهری به عنوان قرارداد حکمی در فقه امامیه و حقوق داخلی، نخستین گام تبیین رابطه نمایندگی ظاهری نسبت به قاعده اصول فقهی «حکومت» است. حکومت و ورود از جمله روش‌های جمع میان ادله در بحث تعادل و تراجیح در اصول فقه امامیه است که برای نخستین بار توسط مرحوم شیخ انصاری مطرح شد و از نوآوری‌های ایشان بود (تبریزی،

۱۳۶۹ق، ص. ۵۸۸). بر اساس این روش، دلیل حاکم یا وارد همواره بر دلیل دیگر (محکوم یا مورد) مقدم می‌شود و در نتیجه، تعارضی میان آن‌ها به وجود نمی‌آید (علی‌دوست، ۱۳۹۷/۱۱/۹).

مفهوم «حکومت» در اصول فقه ناظر به وضعیتی است که در آن یکی از دو دلیل لفظی در دیگری تصرف می‌کند و با نظارت بر آن دلیل، موضوع یا محمول آن دلیل را در عالم تشریح به صورت ضمنی تفسیر می‌کند، توسعه می‌دهد یا مضیق می‌کند.<sup>۲</sup> بر این مبنا، حکومت را چنین تعریف کرده‌اند «تصرف یکی از دو دلیل (دلیل حاکم) در موضوع یا محمول دلیل دیگر (دلیل محکوم) به صورت توسعه یا تضییق» (مشکینی، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۲۶؛ لطفی، ۱۳۸۸، ج ۱۳، ص. ۸۰۰). ارتفاع یا رفع موضوع (یا حکم طبق دیدگاه دیگر) در حکومت، برخلاف ورود که حقیقی است (که البته این هم نیازمند بیان شارع و متوقف به دلیل اعتبار (شارع و در نتیجه تبعدی) است)، جعلی و تنزیلی است و همین موضوع وجه تمایز میان حکومت و ورود دانسته شده است؛ به گونه‌ای که در تمایز میان این دو چنین گفته شده که ورود در نتیجه مانند تخصص است و حکومت در برخی موارد مانند تخصیص (سبحانی تهریزی، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص. ۳۱۵؛ انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۷۵۱). مثال مرسوم و متداول حکومت، دو دلیل «لا شک فی النافله» و «متی شکت خذ بالاكثر» بیان شده است که دلیل نخست، دلیل حاکم و متفرع بر دلیل دوم (دلیل محکوم) است؛ به گونه‌ای که اگر دلیل محکوم (دلیل دوم) نبود، وجود آن لغو می‌بود (شهیدی، ۱۳۹۷/۷/۱۴). دلیل حاکم در مقام تعریف به دلیلی گفته می‌شود که به گونه تبعدی بر دلیل دیگر (محکوم) نظارت داشته و در صدد تبیین، تفسیر یا تنزیل ادعایی دلیل محکوم باشد.<sup>۳</sup>

۱. قابل دسترسی در: <http://a-alidoost.ir/persian/lessons/22682>

۲. در مورد دایره حکومت نسبت به تصرف در حکم، اختلاف دیدگاه وجود دارد. در این زمینه مرحوم نایینی (برخلاف دیدگاه فقهای مانند مرحوم فاضل مازندرانی، شیخ انصاری و وحید بهبهانی)، تصرف دلیل حاکم را تنها در موضوع ندانسته و معتقد است که حکومت از حیث حکم (من حیث الحکم) نیز امکان تحقق دارد. چنین تعبیری در کلام مرحوم عراقی نیز دیده می‌شود؛ «أن المعتبر فی الحکومة ان یکون احد الدلیلین ناظراً إلی دلیل الآخر بوجه ما و لو الی حکمه و لا یلزم کونه ناظراً الی موضوعه بتوسعة أو تضییق...» (عراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۱۹۷).

۳. «أن الدلیل الحاکم یکون لسانه تحدید موضوع الدلیل المحکوم او محموله تنزیلاً و ادعاء فلذلک یکون الحاکم متصرفاً فی عقد الوضع أو عقد الحمل فی الدلیل المحکوم». (مظفر، ۱۳۷۵، ج ۲، ص. ۲۲۲).

به‌طور کلی، حکومت بر سه قسم تفسیریه، مضمونیه و تنزیلیه مشتمل دانسته شده است (نایینی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص. ۱۰۷). در حکومت تفسیریه، دلیل حاکم، دلیل محکوم را تفسیر می‌کند (مانند اکرم‌العلماء اعنی الفقهاء). در حکومت مضمونی، مضمون یک دلیل به‌خودی‌خود ناظر به مضمون دلیل دیگر است که حکومت ادله لاضرر و لاجرح بر تمام احکام اولیه از این قبیل دانسته شده است و بالاخره در قسم سوم، دلیل حاکم، موضوع دلیل محکوم را از فردی نفی (لا شک لکثیرالشک) یا در مورد فردی اثبات می‌کند (الطواف بالبيت صلاة) (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۶/۰۸/۰۳).<sup>۱</sup> با توجه به مراتب فوق به نظر می‌رسد که نظریه نمایندگی ظاهری منطبق بر حکومت تنزیلیه است؛ زیرا در نظریه نمایندگی ظاهری، دلیل حاکم (مبنای نظریه نمایندگی ظاهری)، موضوع دلیل محکوم<sup>۲</sup> (نمایندگی واقعی) را در مورد مصداقی (نمایندگی ظاهری) که تمام ارکان نمایندگی واقعی را ندارد، اثبات می‌کند و آن را توسعه می‌دهد.

به‌طور کلی، در دیدگاه علمای اصول، حکومت چهار حکم یا ویژگی دارد.

۱. مقدم شدن دلیل حاکم بر دلیل محکوم (حتی در فرض ضعیف‌تر بودن دلالت): مراد از این حکم آن است که به دلیل نظارت مفاد دلیل حاکم بر دلیل محکوم، عرف دلیل حاکم را بر دلیل محکوم در موضوع مقدم و دلیل محکوم را برخلاف ظاهر آن (بر موضوع) حمل می‌کند (شهیدی، ۱۳۹۷/۷/۱۴). به همین منوال، در نمایندگی ظاهری نیز مبنای این نظریه<sup>۳</sup> به‌عنوان دلیل حاکمی است که رابطه نمایندگی واقعی را برخلاف ظاهر آن، در مواردی که از بین رفته یا حتی از ابتدا وجود نداشته است، حمل می‌کند تا از این طریق آثار نمایندگی واقعی بر رابطه ظاهری میان اصیل و نماینده مترتب شود.

۲. لفظی بودن خطاب دلیل حاکم و محکوم و صدور هر دو از شارع واحد: ویژگی دوم حکومت این است که اولاً، دلالت دلیل حاکم لفظی است (خطاب لفظی)؛ زیرا شأن دلیل حاکم، نظارت و

۱. قابل دسترسی در: <https://fazellankarani.com/persian/lessons/20798>

۲. مبنایی که بر اساس آن، نظریه نمایندگی ظاهری تحلیل و توجیه می‌شود.

۳. هر یک از قواعدی که مانند قاعده لاضرر، قاعده فقهی غرور، قاعده فقهی تعزیر یا قواعدی مانند قاعده استتایل یا اختیار ظاهری و ... به‌عنوان مبنای نظریه نمایندگی ظاهری پذیرفته شود، نمایندگی ظاهری تحت نظارت این مبنا به‌عنوان دلیل حاکم قرار می‌گیرد.



تفسیر است و این موضوع از شئون خطاب است. بدین ترتیب، دلیل لبی نمی‌تواند حاکم و مفسر دلیل محکوم باشد. ثانیاً، صدور دلیل حاکم باید از سوی همان مولا و شارع ابرازکننده دلیل محکوم باشد؛ زیرا تفسیر مراد شخص توسط دیگران معنا ندارد مگر در فرض خبر دادن و آگاه کردن از مراد وی (شهیدی، ۱۳۹۷/۷/۱۴).

براین اساس، با توجه به اینکه نمایندگی ظاهری مصداقی از قرارداد حکمی است، به دلیل لبی یا عقلی (حکم عقل) نمی‌توان قائل به ترتب اثر نمایندگی بر نمایندگی ظاهری شد مگر دلیل لبی یا عقلی خود را در قالب دلیل لفظی نمایان سازد که چنین دلیلی در حال حاضر به‌غیر از مورد وکالت ظاهری (یا موادی از قانون تجارت و لایحه اصلاحی آن) که نص صریح در آن وارد شده است، محرز نیست.<sup>۱</sup> در نتیجه، اعتبار نمایندگی ظاهری از باب قرارداد حکمی نیاز به تصریح لفظی و خطابی قانون‌گذار دارد؛ موضوعی که در لایحه مصوب اخیر تجارت سال ۱۳۹۹ مجلس شورای اسلامی بدان تصریح شده است که البته هنوز به تأیید شورای نگهبان نرسیده است، اما اگر قائل به این شرط نباشیم و تصرف در موضوع یا محمول دلیل محکوم را به دلیل لبی و عقلی (بنا به حکم ضرورت همان عقل) نیز از مصادیق حکومت بدانیم، آنگاه به دلیل لبی نیز می‌توان قائل به این شد که حتی بر فرض عدم تصریح قانون‌گذار، نمایندگی ظاهری مصداقی از قرارداد حکمی است که در آن مؤلفه‌های حکومت اصولی نیز جاری و ساری است. مرحوم نایینی در زمره علمایی است که قائل به عدم اشتراط این قید است؛ زیرا ایشان حکومت را به معنای «تصرف دلیلی در عقدالوضع دلیل دیگر (موضوع دلیل دیگر) یا در عقدالحمل (محمول قضیه یا حکم در قضیه) دلیل دیگر» تعبیر می‌کند که مستفاد از آن، عدم لزوم دلالت لفظی دلیل حاکم است. برای مثال، اگر اجماع فقها بنا بر جواز و مشروعیت ربا میان ولد و والد شود، تصرف در موضوع یا محمول حکم «حرم‌الربا»، از باب همان حکومت است (نایینی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص. ۷۱۱). با پذیرش این نظر، امکان قرارداد حکمی تلقی شدن نمایندگی ظاهری (بر مبنای نظریه حکومت اصول فقهی) حتی در فرض عدم خطاب لفظی قانون‌گذار میسر می‌شود.

۳. عدم سرایت اجمال دلیل حاکم به دلیل محکوم در شبهه مفهومی: به‌موجب این ویژگی، در

۱. البته در صورت تأیید لایحه جدید مصوب قانون تجارت مجلس توسط شورای نگهبان، دلیل لفظی بر پذیرش نمایندگی ظاهری (بر اساس ماده ۲۰ لایحه مزبور) محرز و نمایندگی ظاهری نیز معتبر شناخته می‌شود.

صورت اجمال دلیل حاکم، این اجمال در شبهات مفهومی به دلیل محکوم سرایت نمی‌کند؛ زیرا تقدم و سرایت دلیل حاکم بر محکوم خلاف قاعده است و باید به قدر متیقن آن (که عدم سرایت است) اکتفا کرد. غرض آنکه، خطاب مجمل (اجمال دلیل حاکم) مانع تسری آن به موضوع یا محمول دلیل محکوم می‌شود و در نتیجه، مانع تمسک به دلیل محکوم نخواهد بود (شهیدی، ۱۳۹۷/۷/۱۴)؛ زیرا در معارضه حجت و لاجت، لاجت مانع عمل به حجت نخواهد بود (نابینی، بی تا، ج ۴، ص ۷۰۳؛ صدر، ۱۴۰۵، ج ۷، ص ۲۱۱). بر اساس این ویژگی، در هر موردی که مبنای اتخاذی در نظریه نمایندگی ظاهری با اجمال روبه‌رو باشد (از آنجاکه نوع حکومت در نمایندگی ظاهری از نوع حکومت تنزیلیه و در نتیجه، اجمال دلیل حاکم مانع تسری آن به دلیل محکوم است)، ترتب اثر بر اطراف نمایندگی ظاهری در حدود اجمال به‌ویژه نسبت به اصیل مؤثر نخواهد بود.

۴. نظارت دلیل حاکم بر دلیل محکوم: بر اساس این ویژگی، حکومت دلیل حاکم به میزان نظارت آن نسبت به دلیل محکوم است؛ زیرا دلیل حاکم در حدود موضوع خود ظهور قوی‌تری نسبت به دلیل محکوم دارد و مفاد عرفی آن این است که شارع یا متکلم آن را برای تبیین مراد از دلیل محکوم اعتبار کرده است، اما گاه خود اصل نظارت (مبنی بر اینکه دلیل حاکم، موضوع خود را به منزله دلیل محکوم قرار دهد)، واضح و روشن نیست. برای مثال، در عبارت «کل شیء لک حلال حتی تعلم انه حرام»، این پرسش مطرح است که آیا حلال مشکوک (مانند خرگوش) به منزله حلال واقعی تنزیل شده است که در این صورت، حکم شرعی «تجوز الصلوة فی ما یحل اكله» ناظر به حلال‌گوش ظاهری و اعم از حلال‌گوش واقعی و مشکوک نیز باشد؟ غرض اینکه، دلیل «کل شیء لک حلال» باید ظهور در نظارت تنزیلیه داشته باشد وگرنه مصداق حکومت قرار نمی‌گیرد تا آثار شرعی حلیت واقعی بر حلیت مشکوک مترتب شود و در نتیجه، قائل به حلیت ظاهری (اعم از واقعی و مشکوک) و جواز صلات شویم یا در تعبیر «کل شیء طاهر حتی تعلم أنه قدر»، طهارت مشکوک به منزله طهارت واقعی تنزیل شده

۱. مانند مخصص منفصل که اجمال آن به عام سرایت نمی‌کند و این اجمال، مانع عمل به عام نمی‌شود (شیرازی، ۱۳۲۸ق، ص.

و تمام آثار طهارت واقعی برای طهارت مشکوک نیز اعتبار و جعل شده است نه اینکه اعتبار طهارت تنها برای طهارت واقعی باشد. بنابراین، عبارت مزبور نیز در صورتی می‌تواند مصداق حکومت باشد که ظهور در تنزیل داشته باشد و گرنه آثار طهارت واقعی بر طهارت مشکوک (طهارت ظاهری) مترتب نمی‌شود (شهیدی، ۱۳۹۷/۷/۱۵). در نتیجه، نمی‌توان حکم به صحت صلات به همراه طهارت مشکوک داد.

نتیجه اینکه، میان اعتبار و تنزیل تفاوت وجود دارد. تنزیل در واقع، اعتبار به همراه زیادت است. برای مثال، اگر در اعتبار محض، حکم به حلیت حلال مشکوک یا طاهر بودن طهارت مشکوک داده شود، برای ترتب آثار حلیت واقعی بر حلال مشکوک و طهارت واقعی بر طاهر مشکوک (یا ظاهری)، نیاز به تنزیل هم وجود دارد. با وجود این، برخی قائل به حکومت تنزیلی واقعی در ادله مزبور شده‌اند. از عبارات صاحب کفایه در ابتدای اجزا چنین مستفاد می‌شود که حکومت دلیل «کل شیء ظاهر» و «کل شیء حلال»، حکومت تنزیلی واقعی است که آثار طهارت و حلیت به صورت واقعی بر طاهر و حلال ظاهری (مشکوک) مترتب می‌شود حتی اگر کشف خلاف رخ دهد در حالی که در فرض حکومت تنزیلی ظاهری، در صورت کشف خلاف، حکم ظاهری مرتفع خواهد شد. در همین راستا، در فرضی هم که دلیل حاکم مجمل شده باشد و در اینکه حکومت واقع شده ظاهری است یا واقعی تردید شود، اطلاقات ادله ناظر بر حکومت، ظهور در این دارند که در این موارد باید به قدر متیقن که حکومت تنزیلی ظاهری است، بسنده کرد و تنها در مقام ظاهر، آثار دلیل حاکم را مترتب کرد و در صورت کشف خلاف نیز این آثار را مرتفع کرد (شهیدی، ۱۳۹۷/۷/۱۵).

بر همین اساس، نظریه نمایندگی ظاهری برای آنکه مصداقی از قرارداد حکمی و در نتیجه، محل جریان حکومت باشد، باید هر دو مؤلفه اعتبار و تنزیل (آن هم به صورت تنزیل واقعی و نه ظاهری) را داشته باشد. بدین صورت که نمایندگی ظاهری باید اولاً، به منزله نمایندگی واقعی تنزیل شده باشد تا در نتیجه آن، آثار نمایندگی واقعی بر نمایندگی ظاهری جعل و اعتبار شود. به بیان دیگر، صرف حکم به نمایندگی واقعی در نمایندگی ظاهری (اعتبار محض نمایندگی ظاهری) کافی نیست، بلکه ترتب آثار نمایندگی واقعی بر نمایندگی ظاهری، مستلزم تنزیل نیز می‌باشد. ثانیاً، این تنزیل (که اعتباری به همراه زیادت است) باید به صورت واقعی باشد و نه صرفاً ظاهری و گرنه آثار نمایندگی واقعی بر نمایندگی ظاهری مترتب نخواهد شد؛ زیرا در تنزیل ظاهری در صورت کشف

خلاف، حکم ظاهری (اعتبار نمایندگی ظاهری) مرتفع می‌شود و از آنجاکه مجرای نظریه نمایندگی ظاهری لزوماً در جایی است که خلاف واقع (نبود نمایندگی واقعی) است، همیشه فرض بر این است که با کشف خلاف واقع مواجه هستیم و در نتیجه، اگر تنزیل نمایندگی واقعی بر رابطه ظاهری، واقعی نباشد (و تنزیل مزبور صرفاً ظاهری باشد)، در این صورت حکم نمایندگی نیز مرتفع می‌شود و در نتیجه، آثار نمایندگی واقعی بر نمایندگی ظاهری مترتب نخواهد شد. در همین راستا، اگر دلیل اعتبار و تنزیل در نمایندگی ظاهری (مبنای اتخاذی) مجمل باشد و در نتیجه، نسبت به اینکه حکومت واقع شده ظاهری است یا واقعی تردید شود، از آنجاکه در این مواقع باید به قدر متیقن در حکومت تنزیلی که حکومت ظاهری است، اکتفا کرد، باید چنین حکم کرد که در اجمال دلیل و مبنای اتخاذی<sup>۱</sup>، نظریه نمایندگی ظاهری مجری نخواهد بود؛ زیرا کشف خلاف در نظریه نمایندگی ظاهری مفروض است و در حکومت ظاهری در صورت کشف خلاف، آثار واقعی مترتب بر دلیل حاکم، بر دلیل محکوم مترتب نخواهد بود.

بر اساس این ویژگی (چهارم)، ترتب اثر بر نمایندگی ظاهری حتی در فرض نبود تردید و نظارت کامل، نهایتاً محدود به آثاری است که نمایندگی واقعی بر اطراف آن دارد و نمی‌توان فراتر از آن آثار را میان طرفین مترتب کرد ولو اینکه این اثر مورد توافق نماینده ظاهری و ثالث قرار گرفته باشد؛ زیرا شأن دلیل حاکم حداکثر توسعه موضوع یا حکم دلیل محکوم است و نه ترتب آثاری که فراتر از حدود اقتضای دلیل محکوم است. از سوی دیگر، اگر ظواهر موضوع حاکی از محدودیت اختیار نماینده به ظاهر باشد، اما ثالث به این ظاهر توجه نکرده و تنها بر مبنای رفتار نماینده در خارج از حدود اختیار ظاهری با وی مبادرت به انعقاد قرارداد کرده باشد، به خاطر نظارت دلیل مبنای، نمی‌تواند بر مبنای نمایندگی ظاهری مدعی اجرای حقی نسبت به خود شود؛ به‌ویژه که در این مورد حسن نیت وی نیز مخدوش می‌شود (ترتب آثار به میزان اطلاق تنزیل است).

بنابراین، وجود اصل نظارت و تنزیل در حکومت و در نتیجه، نمایندگی ظاهری شرط است. نسبت به حدود اصل نظارت دلیل مبنای (به‌مناسبت میزان اطلاق تنزیل) اصل اولیه (در صورت نبود

۱. مبنایی که به‌عنوان دلیل اعتبار نظریه نمایندگی ظاهری اتخاذ می‌شود.

قرینه)، اطلاق تنزیل و در نتیجه، اطلاق نظارت و ترتب همه آثار و احکام بر دلیل محکوم است (شهیدی، ۱۳۹۷/۷/۱۵). اما در مواردی که تنزیل اطلاق ندارد؛ گرچه از دیدگاه برخی آنچه اهمیت دارد، احراز اصل تنزیل و اصل نظارت است و در نتیجه، در موارد عدم اطلاق تنزیل نیز همه آثار و احکام دلیل حاکم بر موضوع (یا محمول) دلیل محکوم مترتب می‌شود (شهیدی، ۱۳۹۷/۷/۱۵)، اما به نظر می‌رسد که باید همنوا با دیدگاه مخالف شد مبنی بر اینکه ترتب آثار و احکام دلیل حاکم بر موضوع (یا محمول) دلیل محکوم به میزان حدود تنزیل<sup>۱</sup> است؛ چه اینکه باید به قدر متیقن اکتفا نمود، که متعاقباً حدود نظارت دلیل حاکم نیز بر این مبنا تعیین می‌شود. نتیجه اینکه، در حکومت تنزیلیه صرف اعتبار کافی نیست؛ بلکه تنزیل هم لازم است و اطلاق یا تقیید تنزیل نیز حدود نظارت را مشخص می‌کند.

با توجه به آنچه بیان شد، به نظر می‌رسد که نمایندگی ظاهری را باید «در حکم» نمایندگی واقعی دانست و در نتیجه، نمایندگی ظاهری را به لحاظ ماهوی، نوعی «قرارداد حکمی» مبتنی بر ساختار حکومت (ایجابی) قلمداد کرد و از میان اقسام حکومت، آن را منطبق بر ساختار حکومت تنزیلیه دانست؛ زیرا در این قسم، دلیل حاکم (مبنای اتخاذی) موضوع نمایندگی ظاهری را نازل منزله و در حکم موضوع دلیل محکوم (نمایندگی واقعی) قرار می‌دهد.

## ۲.۲.۲. عناصر و مؤلفه‌های حاکم بر نمایندگی ظاهری به‌عنوان قرارداد حکمی

با توجه به تحلیلی که از تطبیق عنوان حکومت بر نمایندگی ظاهری بیان شد، این نتیجه حاصل شد که به لحاظ ماهوی، نمایندگی ظاهری قرارداد حکمی است. بدین ترتیب، با لحاظ تطبیق عنوان اصولی «حکومت» بر نمایندگی ظاهری، مهم‌ترین عناصر و مؤلفه‌های تحقق نمایندگی ظاهری به لحاظ ماهوی را باید مشتمل بر موارد زیر دانست.

۱. نمایندگی ظاهری، مصداقی از قرارداد حکمی و اقدام به اعتبار آن به لحاظ ماهوی، توسعه دایره موضوعی یا حکمی نمایندگی واقعی و منطبق بر عنوان اصول فقهی «حکومت» است؛ با این توضیح که موضوع یا حکم نمایندگی واقعی حتی در مواردی که منحل شده یا مسبوق به

۱. بدین معنی که اگر تنزیل مقید بود، به همان میزان ترتب آثار دلیل حاکم نیز مقید خواهد شد. برای دیدن استدلال هر دو دیدگاه ر. ک به: شهیدی، ۱۳۹۷/۷/۱۵.

سابقه نبوده است، توسعه داده و موارد مزبور (رابطه ظاهری) در حکم نمایندگی واقعی قلمداد می‌شود.

۲. از آنجاکه در قرارداد حکمی، تحمیل آثار قراردادی برخلاف اراده اطراف آن، موضوعی تبعیدی (تعبد به حکم شارع و قانون‌گذار (ذبیحی، ۱۴۰۱، ص ۸۴) و چه بسا عرف) است، براین اساس، تحمیل آثار نمایندگی واقعی بر اطراف نمایندگی ظاهری، تبعیدی و خارج از اراده طرفین است.

۳. رابطه نمایندگی فرض شده میان اصیل و نماینده، از نوع قراردادی است، اما رابطه قراردادی حقیقی و ارادی نیست، بلکه یا مسبوق به سابقه است (که در این صورت در حکم رابطه نمایندگی سابق منحل شده است) یا اینکه اساساً رابطه نمایندگی مفروضی است که مسبوق به سابقه نیست (که در این صورت، رابطه ظاهری در حکم نمایندگی واقعی قلمداد می‌شود).

۴. بنابراین، در نمایندگی ظاهری، اصولاً مقتضی برای حدوث یا بقای نمایندگی واقعی (اذن و اراده اصیل) وجود ندارد و شارع و قانون‌گذار یا حتی عرف به موجب دلیلی (که همان مبنای اعتبار نظریه نمایندگی ظاهری است)، رابطه نمایندگی را (که در واقع مفقود است) موجود و دارای اعتبار فقهی و حقوقی فرض می‌کند.

۵. اقدام به اعتباربخشی به نظریه نمایندگی ظاهری تنها ناظر به شناسایی قرارداد نمایندگی میان نماینده و اصیل و در نتیجه، تحمیل آثار قانونی این قرارداد بر اطراف نمایندگی ظاهری (به‌ویژه اصیل) است.

۶. مبنای شناسایی و اعتبار نظریه نمایندگی ظاهری اعم از مصالح شخصی و نوعی اطراف آن و مصالح عامه است، اما به نظر می‌رسد که مهم‌ترین مبنای اعتبار این نظریه حمایت از اشخاص ثالث و مبتنی بر (مبانی) اصل حسن نیت، حفظ نظم عمومی و اعتبار معاملات است و دیگر مبانی قابل طرح (مانند قاعده لاضرر، قاعده غرور و ...) در راستای توجه به این موضوع (حمایت از شخص ثالث با حسن نیت) است.

۷. نظریه نمایندگی ظاهری ناظر به شناسایی فرضی قرارداد نمایندگی و در نتیجه، فرضی قانونی و از امور حکمی است و از شمول عناوینی مانند تفسیر (به معنای زدودن ابهام قرارداد از طریق کشف اراده اصیل و نماینده (البته نه از قسم حکومت تفسیریه))، تغییر (حاکم کردن اقتضات و مصالح عرفی بر اراده طرفین نسبت به مفاد قرارداد)، تعدیل (به‌کارگیری راه‌حل جدید در

اجرای قرارداد، حسب شرایط به وجود آمده، اثبات (احراز وقوع و مضمون شرایط قراردادی در عالم واقع)، تکمیل (استمداد از عرف و قانون در مواقع و مواضع سکوت مفاد قرارداد منعقد میان طرفین) یا توصیف قرارداد (احراز وقوع و مضمون شرایط قراردادی در عالم واقع) ناظر به رابطه حقوقی پایه (نمایندگی واقعی) خارج است و تحت این عناوین قرار نمی‌گیرد.<sup>۱</sup>

۸. ترتب آثار بر رابطه پایه در نمایندگی ظاهری محدود به اراده شارع و قانون‌گذار و تحت نظارت کامل مبنای اتخاذی در نظریه نمایندگی ظاهری (به‌عنوان دلیل حاکم) است. برای مثال، اگر مبنای اعتبار این نظریه، قاعده لاضرر باشد، آثار مترتب‌شده بر نظریه نمایندگی ظاهری تحت نظارت حدود دلالت و مفاد قاعده لاضرر است؛ با این توضیح که قاعده لاضرر ناظر به ورود ضرر و عدم جبران آن از سوی زیان‌رسان است. حال اگر این ضرر به‌گونه‌ای جبران شود، تمسک به این قاعده بلاموضوع خواهد بود و در نتیجه، نظریه نمایندگی ظاهری نیز اثری نسبت به اطراف آن از این حیث نخواهد داشت. یا اگر مبنای اتخاذی قاعده فقهی غرور باشد و متعاقباً کشف شود که ثالث از نبود نمایندگی مطلع بوده و مورد غرور واقع نشده است، در این مورد به دلیل عدم جریان قاعده غرور باید حکم به عدم ترتب اثر نظریه نمایندگی ظاهری در این خصوص داد. یا اینکه اگر قاعده استاپل (در حقوق انگلیس) را به‌عنوان مبنای نظریه نمایندگی ظاهری در نظر بگیریم، در این صورت تنها می‌توان قائل به مسئولیت مدنی اصیل در برابر ثالث شد و بیش از آن دیگر اقتضایی برای مثال در اثبات تعهد قراردادی اصیل یا ثالث در برابر یکدیگر نخواهد داشت، اما اگر مبنای اتخاذی را نظریه اختیار ظاهری بدانیم، چون این نظریه ریشه قراردادی دارد (شریفی، ۱۳۹۲، ص ۷۳۸)، بر مبنای آن نه‌تنها اصیل در برابر ثالث متعهد می‌شود، بلکه ثالث نیز مکلف به ایفای تعهد قراردادی می‌شود و اصیل نیز می‌تواند بر مبنای نمایندگی ظاهری، شخص ثالث را ملزم به ایفای تعهد قراردادی منعقدشده میان نماینده ظاهری و ثالث کند.

۹. شناسایی نمایندگی ظاهری به‌عنوان نظریه، محدود به بازه زمانی خاصی نیست و مدت اعتبار آن به اراده شارع یا قانون‌گذار و به اقتضای شرایط و آثاری است که نظریه نمایندگی ظاهری

۱. برای تبیین تفصیلی و دقیق مفاهیم یادشده ر. ک به: علومی یزدی و بابازاده، ۱۳۸۹، ص ۲۳.

در نظام حقوقی و معاملات رایج میان مردم، واجد آن است.

### نتیجه‌گیری

ماهیت نمایندگی ظاهری، به دلیل اینکه رابطه ظاهری میان اصیل و نماینده در حکم رابطه نمایندگی واقعی فرض می‌شود تا آثار نمایندگی بر آن مترتب شود، در وهله نخست فرضی حقوقی است که به دلیل انطباق آن با قاعده اصولی «حکومت»، به لحاظ ساختار ماهوی در چهارچوب قرارداد حکمی قرار می‌گیرد.

فرض حقوقی به معنای توصیف عامدانه خلاف واقع با هدف رسیدن به نتیجه حقوقی مطلوب، از سوی قانون‌گذار یا قاضی (در حقوق خارجی) است. از سوی دیگر، قرارداد حکمی (از نقطه نظر موضوع پژوهش)، ناظر به وضعیتی است که قانون‌گذار یا شارع، وجود قراردادی را برخلاف اراده طرفین آن مفروض تلقی می‌کند و آثار آن قرارداد را بر اطراف آن مترتب می‌سازد. این وضعیت حقوقی بر پایه مفهوم و ماهیت «حکومت» (به عنوان قاعده اصولی) بنا می‌شود. نمایندگی ظاهری نیز متضمن توصیف خلاف واقع و عامدانه مبنی بر فرض کردن وجود رابطه نمایندگی برخلاف اراده اصیل و نماینده و به منظور ترتب آثار نمایندگی واقعی بر رابطه ظاهری است. بر این اساس، مؤلفه‌های فرض حقوقی و قرارداد حکمی (که مبتنی بر «قاعده اصول فقهی حکومت» است) در نمایندگی ظاهری نیز جاری و ساری است.

حکومت در اصول فقه، به معنای «تصرف یک دلیل (دلیل حاکم) در موضوع یا محمول دلیل دیگر (دلیل محکوم) به صورت توسعه یا تضييق» است که در بیانات علمای اصول واجد چهار حکم عمده است. ۱. تقدیم دلیل حاکم بر محکوم (ولو در فرض ضعیف‌تر بودن دلالت)، ۲. لفظی بودن خطاب و صدور هر دو دلیل از شارع واحد (البته در اینجا دیدگاه دیگری مبنی بر کفایت دلالت لبی نیز وجود دارد)، ۳. عدم سرایت اجمال دلیل حاکم به دلیل محکوم و ۴. نظارت دلیل حاکم بر دلیل محکوم. این چهار ویژگی در نمایندگی ظاهری نیز وجود دارد.

شاخص‌ترین مؤلفه‌های ماهوی نمایندگی ظاهری که در آن رابطه ظاهری در حکم رابطه نمایندگی واقعی فرض می‌شود، از حیث فرض حقوقی بودن شامل «خلاف واقع بودن، قاطعیت و غیرقابل رد بودن (خلاف ناپذیر بودن)، مشروع بودن و...» و از حیث قرارداد حکمی بودن مشتمل بر «تبعدی و قهری بودن آن (خلاف ناپذیری آثار مترتب‌شده)، فقدان رابطه نمایندگی واقعی میان



اصیل و نماینده، نبود مقتضی برای حدوث یا بقای رابطه نمایندگی واقعی، توسعه دایره موضوعی یا حکمی نمایندگی واقعی و در نتیجه، ترتب حکمی آثار نمایندگی بر رابطه ظاهری و...» می‌شود. نتیجه اینکه، رابطه نمایندگی ظاهری با فرض حقوقی (یا قانونی) و همچنین با قرارداد حکمی، عموم و خصوص مطلق است؛ زیرا نمایندگی ظاهری مصداقی از قرارداد حکمی است و قرارداد حکمی نیز به‌عنوان فرض حقوقی شناخته می‌شود.

## منابع

- ۱) استادی، مونا (۱۳۸۷). تئوری نمایندگی ظاهری (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). کاشان: دانشگاه کاشان.
- ۲) اسکینی، ربیعا و پورارشد، نادر (۱۳۸۹). نظریه نمایندگی ظاهری در حقوق ایران با رویکرد تطبیقی به حقوق خارجی. نشریه نامه مفید، شماره ۸۲، صص. ۲۲-۳.
- ۳) اسماعیل پور قمشه‌ای، محمدعلی (۱۴۱۶ق). التعليقات علی کتاب العروة الوثقی. قم: محمدعلی اسماعیل پورقمشه‌ای.
- ۴) اشتهااردی، علی‌پناه (۱۴۱۷ق). مدارک العروة. (جلد ۲۸). تهران: منظمة الاوقاف و الشؤون الخيرية.
- ۵) امامی، حسن (۱۳۷۴). حقوق مدنی (جلد ۲). تهران: اسلامیه.
- ۶) امیرمعزی، احمد (۱۳۸۸). نیابت در روابط تجاری و مدنی. چاپ ۱، تهران: دادگستر.
- ۷) امینی، منصور و عبدی، مونا (۱۳۹۳). بررسی تطبیقی نظریه نمایندگی ظاهری. مجله حقوقی دادگستری. شماره ۸۸. doi: 10.22106/ijl.2014.11936
- ۸) انصاری، مرتضی (۱۴۱۹ق). فرائد الاصول (جلد ۲). قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- ۹) بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم آل عصفور (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة (جلد ۲۲). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۰) بروجرودی عبده، محمد (۱۳۸۰). حقوق مدنی. تهران: گنج دانش.
- ۱۱) تبریزی، موسی بن جعفر (۱۳۶۹ق). أوثق الوسائل فی شرح الرسائل. قم: نجفی.
- ۱۲) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰). مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام. تهران: گنج دانش.
- ۱۳) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱). دانشنامه حقوقی (جلد ۴). تهران: گنج دانش.
- ۱۴) جعفری تبار، حسن (۱۳۸۸). فلسفه تفسیری حقوق. چاپ ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۱۵) حاجیانی، هادی (۱۳۸۶). حقوق نمایندگی. تهران: انتشارات دانش نگار.
- ۱۶) حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة (جلد ۱۹). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۱۷) حکیم، محسن (۱۳۷۴). مستمسک العروة الوثقی. (جلد ۱۲). قم: دارالتفسیر.
- ۱۸) حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ق). المذهب البارع فی شرح المختصر النافع (جلد ۱). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی
- ۱۹) حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (جلد ۲). چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۲۰) حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ق، الف). قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام (جلد ۲). چاپ

- ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۲۱) حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ق، ب)، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة (جلد ۶). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۲۲) حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (بی تا). تذکره الفقها (جلد ۱۵). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام).
- ۲۳) خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۸۵). ترجمه تحریر الوسیله (جلد ۱). قم: مؤسسه نشر و انتشار آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۲۴) دلشاد معارف، ابراهیم (۱۳۸۶). سهم فرض‌های قانونی در اجرای عدالت (رساله دکتری، رشته حقوق خصوصی). تهران: دانشگاه تهران.
- ۲۵) دلشاد معارف، ابراهیم (۱۳۸۸). ماهیت و اثر فرض حقوقی. مطالعات حقوق خصوصی، ۳۹ (۴)، صص. ۱۷۳-۱۹۰.
- ۲۶) دلشاد معارف، ابراهیم (۱۳۹۵). فرض‌های حقوقی؛ پژوهشی از چشم‌انداز تاریخ و فلسفه حقوق. چاپ ۲، قم: دانشگاه مفید.
- ۲۷) دمرچیلی، محمد و همکاران (۱۳۸۱). قانون تجارت در نظم حقوق کنونی. چاپ ۲، تهران: خلیج فارس.
- ۲۸) ذبیحی، عاطفه (۱۴۰۱). قرارداد حکمی در فقه امامیه و حقوق ایران با نگاهی به حقوق انگلستان (رساله دکتری). تهران: دانشگاه امام‌صادق (علیه السلام).
- ۲۹) رستمی چلکساری، عبادالله و جمال‌زاده، علی (۱۴۰۱). نمایندگی ظاهری و آثار آن در نظام حقوقی-فقهی ایران و کامن‌لا. نشریه پژوهش‌نامه حقوق خصوصی احرار، ۳ (۵)، صص. ۴۷-۶۷.
- ۳۰) سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۴ق). ارشادالعقول الی مباحث‌الاصول (جلد ۴). قم: مؤسسه امام‌صادق (علیه السلام).
- ۳۱) شریفی، سیدالهام‌الدین (۱۳۹۲). مطالعه تطبیقی اختیار ظاهری با تأکید بر اصول حقوق قراردادهای اروپایی. مجله تحقیقات حقوقی، ۱۶ (۶۲).
- ۳۲) شکوهی‌زاده، رضا (۱۳۹۸). کارکرد فرض قانونی در نظام‌های حقوقی. نشریه دانشنامه‌های حقوقی، (۲)، صص. ۱۴۵-۱۶۵. doi: 10.22034/law.2019.239547
- ۳۳) شهیدی، محمدتقی (۱۳۹۷/۷/۱۴ و ۱۳۹۷/۷/۱۵). درس خارج اصول فقه. قابل دسترسی در: [www.eshia.ir](http://www.eshia.ir)
- ۳۴) شیرازی، علی (۱۳۲۸ق). تعلیقه علی فرائدالاصول. بی‌جا.

- ۳۵) صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۰۵ق). بحوث فی علم الاصول (جلد ۷). بی‌جا.
- ۳۶) طباطبایی حائری، علی‌بن محمد (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. (جلد ۱۰). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۳۷) عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک‌الفهام الی تنقیح شرائع الاسلام (جلدهای ۲ و ۵). چاپ ۱، قم: مؤسسه المعارف‌الاسلامیه.
- ۳۸) عاملی کرکی، علی‌بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع‌المقاصد فی شرح القواعد (جلد ۸). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۳۹) عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة‌الدمشقیة. (جلد ۴). چاپ ۱، قم: کتاب‌فروشی داوری.
- ۴۰) عدل، مصطفی (۱۳۷۳). حقوق مدنی. قزوین: بحر‌العلوم.
- ۴۱) عراقی، ضیاء‌الدین (۱۴۱۷ق). نه‌ایة‌الافکار (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۴۲) عراقی، ضیاء‌الدین (بی‌تا). تعلیقة استدلالیة علی‌العروة‌الوثقی. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۴۳) علومی یزدی، حمیدرضا و بابازاده، بابک (۱۳۸۹). شیوه‌های تفسیر قرارداد در نظام حقوقی ایران و انگلستان. فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۲ (۲۹).
- ۴۴) علی‌دوست، ابوالقاسم (۱۳۹۷/۱۱/۹). درس اصول فقه (تعارض ادله). قابل دسترسی در: <http://a-alidoost.ir/persian/lessons/22682>
- ۴۵) فاضل لنگرانی، محمدجواد (۱۳۹۶/۰۸/۰۳). درس خارج فقه. قابل دسترسی در: <https://fazellankarani.com/persian/lessons/20798>
- ۴۶) قافی، حسین و شریعتی، سعید (۱۳۹۵). اصول فقه کاربردی (جلد ۱). چاپ ۱، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- ۴۷) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). دلیل و اثبات دلیل (جلدهای ۱ و ۲). چاپ ۱، تهران: میزان.
- ۴۸) گرامی، محمدعلی (۱۴۱۵ق). المعلقات علی‌العروة‌الوثقی (جلد ۴). قم: توحید.
- ۴۹) لطفی، اسدالله (۱۳۸۸). «حکومت و ورود» در دانش‌نامه جهان اسلام (جلد ۱۳). تهران: بنیاد دائرة‌المعارف اسلامی.
- ۵۰) مافی، همایون و کدیور، حسام (۱۳۹۳). بررسی اختیار ظاهری نماینده در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی. نشریه حقوق خصوصی، ۱۱ (۱)، صص. ۲۳-۵۰. doi: 10.22059/jolt.2014.52494
- ۵۱) متین‌دفتری، احمد (۱۳۹۱). آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران: مجد.
- ۵۲) مدرسی طباطبایی یزدی، محمدرضا (۱۳۹۳). البیع (جلد ۳). قم: دارالتفسیر.

- ۵۳) مرسى بدر، جمال (۱۹۸۰م). النيابة فى التصرفات القانونية. الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- ۵۴) مشکينى، ميرزا على (۱۴۱۳ق). اصطلاحات الاصول. قم: نشر الهادى.
- ۵۵) مظفر، محمدرضا (۱۳۷۵). اصول الفقه (جلد ۲). قم: اسما عيليان.
- ۵۶) مظفر، محمدرضا (بى تا)، اصول الفقه (جلد ۲). قم: مكتب الاعلام الاسلامى.
- ۵۷) نايينى، محمد حسين (۱۳۵۲). اجودالتقريات (جلد ۲). قم: مطبعة العرفان.
- ۵۸) نايينى، محمد حسين (۱۳۷۶). فوائد الاصول (جلد ۴). قم: جامعه مدرسين حوزة علميه قم.
- ۵۹) نايينى، محمد حسين (بى تا). فوائد الاصول (جلد ۴). قم: مؤسسه النشر الاسلامى.
- ۶۰) نجفى، محمد حسن (بى تا)، جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام (جلد ۲۷). چاپ ۷، بيروت: دار احياء التراث العربى.
- ۶۱) نجوميان، حسين (۱۳۶۶). مبانى قانون گذارى و دارايى. مشهد: بنياد پژوهش‌هاى اسلامى آستان قدس رضوى.
- ۶۲) يزدى، محمد كاظم بن عبد العظيم (۱۳۸۱). غايه القصى فى ترجمة العروة الوثقى (جلد ۲). قم: صبح پيروزى.
- ۶۳) يزدى، محمد كاظم بن عبد العظيم (۱۴۰۹ق). العروة الوثقى (جلد ۲). بيروت: مؤسسه العلمى للمطبوعات.
- ۶۴) يزدى، محمد كاظم بن عبد العظيم (۱۴۲۱ق). العروة الوثقى (جلدهاى ۵ و ۶). قم: جامعه مدرسين حوزة علميه قم.
- ۶۵) يزدى، محمد كاظم بن عبد العظيم (۱۴۲۲ق). العروة الوثقى (محمد فاضل موحدى لنكرانى، شارح) (جلد ۲). قم: مركز فقهى ائمه اطهار (عليهم السلام).
- ۶۶) يزدى، محمد كاظم بن عبد العظيم (۱۴۳۱ق). العروة الوثقى (اردبيلى) (عبدالكريم موسى اردبيلى، شارح) (جلد ۲). قم: جامعه مفيد.

- 67) Beal, Bishop, & Furmston. (1989). Contract cases and materials. Butterworths. (Reprinted).
- 68) Del Mar, M. (2015). Legal fictions and legal change in the common law tradition. University of London, Springer International Publishing Switzerland. Retrieved from <https://lawexplores.com>
- 69) Harmont, L. (1990). Falling off the vine: Legal fictions and the doctrine of substituted judgment. Yale Law Journal, 100(1). Retrieved from <https://digitalcommons.law.yale.edu>
- 70) Holmes, E. R. (1974). Apparent authority and undisclosed principal under German law. California Western International Law Journal.
- 71) Miller, R. L., & Jentz, G. A. (2004). Business law today: Comprehensive edition (6th ed.). USA.

72) Shmilovits, L. (2018). *Deus ex machina: Legal fictions in private law*. University of Cambridge.

73) Stoljar, S. J. (1961). *The law of agency*. Sweet & Maxwell.

## References

- 1) Adl, Moṣṭafā (1373 SH/1994). Hoḡūq-e Madanī [Civil Law]. Qazvīn: Baḡr al-'Ulūm [in Persian].
- 2) Alidūst, Abu'l-Qāsem (1397 SH/2018). Dars-e Oṣūl-e Feqh (Ta'āroz-e Adelleh) [Lessons in Principles of Jurisprudence (Conflict of Evidences)] [in Persian]. Retrieved from: <http://a-alidoost.ir/persian/lessons/22682>
- 3) Āmilī (al-Shahīd al-Thānī), Zayn al-Dīn b. 'Alī (1410 AH/1990). al-Rawḡah al-Bahīyah fī Sharḡ al-Lum'ah al-Dimashqīyah (Vol. 4, 1st ed.). Qom: Kitābfurūshī Dāwarī [in Arabic].
- 4) Āmilī (al-Shahīd al-Thānī), Zayn al-Dīn b. 'Alī (1413 AH/1992). Masālik al-Afhām ilā Tanqīḡ Sharā'i' al-Islām (Vols. 2 & 5, 1st ed.). Qom: Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyah [in Arabic].
- 5) Āmilī Karakī, 'Alī b. Ḥusayn (1414 AH/1993). Jāmi' al-Maqāshid fī Sharḡ al-Qawā'id (Vol. 8). Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt [in Arabic].
- 6) Amīnī, Manṣūr, & 'Abdī, Monā (1393 SH/2014). Barrasī-e Taṭbīqī-ye Nazariye-ye Namāyandegī-ye Zāherī [A Comparative Study of Apparent Authority Theory]. Majalleh-ye Hoḡūqī-ye Dādgostarī, No. 88. doi: 10.22106/jlj.2014.11936 [in Persian].
- 7) Amīr-Mo'ezī, Aḡmad (1388 SH/2009). Niyābat dar Ravābeṭ-e Tejarī va Madanī [Agency in Commercial and Civil Relations] (1st ed.). Tehran: Dādgostar [in Persian].
- 8) Anṣārī, Murtaḡā (1419 AH/1998). Farā'id al-Uṣūl (Vol. 2). Qom: al-Intishārāt al-Islāmīyah, Jāmi'at al-Mudarrisīn [in Arabic].
- 9) Baḡrānī, Yūsuf b. Aḡmad b. Ibrāhīm Āl 'Uṣfūr (1405 AH/1985). al-Ḥadā'iq al-Nāḡirah fī Aḡkām al-'Itrah al-Ṭāhīrah (Vol. 22, 1st ed.). Qom: Daftar al-Intishārāt al-Islāmīyah, Jāmi'at al-Mudarrisīn [in Arabic].
- 10) Beal, Bishop, & Furmston. (1989). Contract cases and materials. Butterworths. (Reprinted).
- 11) Borūjerdī-'Abdeh, Moḡammad (1380 SH/2001). Hoḡūq-e Madanī [Civil Law]. Tehran: Ganj-e Dānesh [in Persian].
- 12) Del Mar, M. (2015). Legal fictions and legal change in the common law tradition. University of London, Springer International Publishing Switzerland. Retrieved from <https://lawexplores.com>
- 13) Delshād Ma'āref, Ebrāhīm (1386 SH/2007). Sahm-e Farz-hā-ye Qānūnī dar Ejrā-ye 'Edālat [The Role of Legal Presumptions in the Implementation of Justice] (Doctoral Dissertation, Private Law). Tehran: Dāneshgāh-e Tehran [in Persian].
- 14) Delshād Ma'āref, Ebrāhīm (1388 SH/2009). Māhīyat va Asar-e Farz-e Ḥuḡūqī [Nature and Effect of Legal Presumption]. Moṭāle'āt-e Hoḡūq-e Khuṣūṣī, 39(4), pp. 173-190 [in Persian].
- 15) Delshād Ma'āref, Ebrāhīm (1395 SH/2016). Farz-hā-ye Ḥuḡūqī: Pažūheshī az Cheshm-andāz-e Tārīkh va Falsafeh-ye Hoḡūq [Legal Presumptions: Research from Historical and Philosophical Perspectives of Law] (2nd ed.). Qom: Dāneshgāh-e Mofid [in Persian].

- 16) Demarchilī, Moḥammad, et al. (1381 SH/2002). Qānūn-e Tejārat dar Naẓm-e Ḥoqūq-e Konūnī [Commercial Law in the Current Legal System] (2nd ed.). Tehran: Khalij-e Fārs [in Persian].
- 17) Emāmī, Ḥasan (1374 SH/1995). Ḥoqūq-e Madanī (Vol. 2) [Civil Law]. Tehran: Eslāmīyeh [in Persian].
- 18) Eshtehārdī, ‘Alī-Panāh (1417 AH/1996). Madārak al-‘Urwah (Vol. 28). Tehran: Munazzamat al-Awqāf wa al-Shu‘ūn al-Khayriyah [in Arabic].
- 19) Eskinī, Rabī‘ā, & Pūr-Arshad, Nāder (1389 SH/2010). Naẓariye-ye Namāyandegī-ye Zāherī dar Ḥoqūq-e Īrān bā Rūykard-e Taṭbiqī be Ḥoqūq-e Khārejī [Theory of Apparent Authority in Iranian Law with Comparative Approach to Foreign Law]. Nashriyeh-e Nāmeḥ-ye Mofid, No. 82, pp. 3–22 [in Persian].
- 20) Fāzel Lankarānī, Moḥammad Javād (1396 SH/2017). Dars-e Khārej-e Feqh [Advanced Jurisprudence Lessons] [in Persian]. Retrieved from: <https://fazellankarani.com/persian/lessons/20798>
- 21) Gerāmī, Moḥammad ‘Alī (1415 AH/1994). Al-Mu‘allaqāt ‘alā al-‘Urwat al-Wuṭqā (Vol. 4). Qom: Tawḥīd [in Arabic].
- 22) Ḥājīānī, Hādī (1386 SH/2007). Ḥoqūq-e Namāyandegī [Law of Agency]. Tehran: Enteshārāt-e Dānesh-Negār [in Persian].
- 23) Ḥakīm, Moḥsen (1374 SH/1995). Mostamsak al-‘Urvat al-Vosqā (Vol. 12). Qom: Dār al-Tafsīr [in Arabic].
- 24) Harmont, L. (1990). Falling off the vine: Legal fictions and the doctrine of substituted judgment. Yale Law Journal, 100(1). Retrieved from <https://digitalcommons.law.yale.edu>
- 25) Ḥillī, Aḥmad b. Muḥammad (1407 AH/1987). al-Muḥadhdhab al-Bārī‘ fi Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi‘ (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Daftar al-Intishārāt al-Islāmīyah [in Arabic].
- 26) Ḥillī, Ḥasan b. Yūsuf b. Muṭahhar (1413 AH, a/1992, a). Qawā‘id al-Aḥkām fi Ma‘rifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Daftar al-Intishārāt al-Islāmīyah, Jāmi‘at al-Mudarrisīn [in Arabic].
- 27) Ḥillī, Ḥasan b. Yūsuf b. Muṭahhar (1413 AH, b/1992, b). Mukhtalaf al-Shī‘ah fi Aḥkām al-Sharī‘ah (Vol. 6). Qom: Daftar al-Intishārāt al-Islāmīyah, Jāmi‘at al-Mudarrisīn [in Arabic].
- 28) Ḥillī, Ḥasan b. Yūsuf b. Muṭahhar (n.d.). Tadhkirat al-Fuqahā’ (Vol. 15, 1st ed.). Qom: Mu‘assasat Āl al-Bayt [in Arabic].
- 29) Ḥillī, Ja‘far b. al-Ḥasan (1408 AH/1988). Sharā‘i‘ al-Islām fi Masā’il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām (Vol. 2, 2nd ed.). Qom: Mu‘assasat Ismā‘īliān [in Arabic].
- 30) Holmes, E. R. (1974). Apparent authority and undisclosed principal under German law. California Western International Law Journal.
- 31) Ḥurr al-‘Āmilī, Muḥammad b. al-Ḥasan (1409 AH/1988). Tafṣīl Wasā’il al-Shī‘ah ilā Taḥṣīl Masā’il al-Sharī‘ah (Vol. 19, 1st ed.). Qom: Mu‘assasat Āl al-Bayt [in Arabic].
- 32) Irāqī, Dīā’ al-Dīn (1417 AH/1996). Nihāyat al-Afkār (Vol. 3). Qom: Daftar al-Intishārāt al-Islāmīyah [in Arabic].



- 33) Irāqī, Dīā' al-Dīn (n.d.). Ta'liqah Istidlāliyah 'alā al-'Urwat al-Vuthqā. Qom: Jāmi'at al-Mudarrisīn [in Arabic].
- 34) Ismā'īlpūr Qomsha'i, Muḥammad-'Alī (1416 AH/1995). al-Ta'liqāt 'alā Kitāb al-'Urwat al-Vuthqā. Qom: Muḥammad 'Alī Ismā'īlpūr Qomsha'i [in Arabic].
- 35) Ja'farī Langarūdī, Moḥammad-Ja'far (1370 SH/1991). Maktabhā-ye Ḥoqūqī dar Ḥoqūq-e Eslām [Legal Schools in Islamic Law]. Tehran: Ganj-e Dānesh [in Persian].
- 36) Ja'farī Langarūdī, Moḥammad-Ja'far (1391 SH/2012). Dāneshnāmeḥ-ye Ḥoqūqī (Vol. 4) [Legal Encyclopedia]. Tehran: Ganj-e Dānesh [in Persian].
- 37) Ja'farī-Tabār, Ḥasan (1388 SH/2009). Falsafeh-ye Tafsīrī-ye Ḥoqūq [Interpretive Philosophy of Law] (1st ed.). Tehran: Sherkat-e Sahāmī-ye Enteshār [in Persian].
- 38) Kātoziān, Nāṣer (1380 SH/2001). Dalīl va Esbāt-e Dalīl [Reason and Proof of Reason] (Vols. 1 & 2). 1st Edition, Tehran: Mizān [in Persian].
- 39) Khomeynī, Seyyed Rūḥollāh (1385 SH/2006). Tarjomeh-ye Taḥrīr al-Vasīleh (Vol. 1) [Translation of Taḥrīr al-Vasīlah]. Qom: Mu'asseseh-ye Nashr va Enteshār-e Āsar-e Emām Khomeynī [in Persian].
- 40) Lotfī, Asadollāh (1388 SH/2009). "Ḥokūmat va Vorūd" [Government and Inclusion]. In: Dānešnāmeḥ-ye Jahān-e Eslām [Encyclopaedia of the World of Islam] (Vol. 13). Tehran: Bonyād-e Dā'erat al-Ma'āref-e Eslāmī [in Persian].
- 41) Māfi, Homāyūn & Kadīvar, Ḥesām (1393 SH/2014). Barrasī-e Ekṭiār-e Zāherī-ye Namāyandeh dar Ḥoqūq-e Īrān va Asnād-e Beyn al-Melalī [Examining the Apparent Authority of Representatives in Iranian Law and International Documents]. Našriyeh-ye Ḥoqūq-e Koṣūši [Private Law Journal], 11 (1), pp. 23-50. doi: 10.22059/jolt.2014.52494 [in Persian].
- 42) Matīn Daftarī, Aḥmad (1391 SH/2012). Ā'in-e Dādrasī-ye Madanī va Bāzargānī [Civil and Commercial Procedure]. Tehran: Majd [in Persian].
- 43) Meškīnī, Mīrzā 'Alī (1413 AH/1992). Iṣṭilāḥāt al-Uṣūl. Qom: Našr al-Hādī [in Arabic].
- 44) Miller, R. L., & Jentz, G. A. (2004). Business law today: Comprehensive edition (6th ed.). USA.
- 45) Modarresī Ṭabāṭabā'ī Yazdī, Moḥammad-Rezā (1393 SH/2014). Al-Bay' [The Sale] (Vol. 3). Qom: Dār al-Tafsīr [in Persian].
- 46) Mursī-Badr, Jamāl (1980). Al-Niyābah fī al-Taṣarrufāt al-Qānūniyah. Al-Hay'ah al-Miṣriyah al-'Āmmah lil-Kitāb [in Arabic].
- 47) Muẓaffar, Moḥammad Rezā (1375 SH/1996). Oṣūl al-Feqh [Principles of Jurisprudence] (Vol. 2). Qom: Esmā'iliān [in Persian].
- 48) Muẓaffar, Muḥammad Riḍā (n.d.). Uṣūl al-Fiḥ (Vol. 2). Qom: Maktab al-I'lām al-Islāmī [in Arabic].
- 49) Nā'inī, Moḥammad-Ḥosayn (1352 SH/1973). Ajvad al-Taqrīrāt [Best Reports] (Vol. 2). Qom: Maṭba'at al-'Irfān [in Persian].
- 50) Nā'inī, Moḥammad-Ḥosayn (1376 SH/1997). Favā'ed al-Oṣūl [Benefits of the Principles] (Vol. 4). Qom: Jāme'eh-ye Modarresīn-e Ḥowzeh-ye 'Elmiyeh-ye Qom [in Persian].

- 51) Nā'ini, Muḥammad-Ḥusayn (n.d.). Fawā'id al-Uṣūl (Vol. 4). Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
- 52) Najafī, Muḥammad-Ḥasan (n.d.). Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharā'i' al-Islām (Vol. 27). 7th Edition, Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī [in Arabic].
- 53) Nojūmiān, Ḥosayn (1366 SH/1987). Mabānī-ye Qānūngoẓārī va Dārāyī [Foundations of Legislation and Property]. Mashhad: Bonyād-e Paẓūheṣhā-ye Eslāmī-ye Āstān-e Qods-e Razāvī [in Persian].
- 54) Olūmī Yazdī, Ḥamidreẓā, & Bābāzādeh, Bābak (1389 SH/2010). Shīveh-hā-ye Tafsīr-e Qarārdād dar Neẓām-e Ḥoqūqī-ye Īrān va Engelestān [Methods of Contract Interpretation in the Legal Systems of Iran and England]. Faṣḥnāmeḥ-ye Paẓūhesh-e Ḥoqūq-e 'Umūmī, 12(29) [in Persian].
- 55) Ostādī, Monā (1387 SH/2008). Te'ori-ye Namāyandegī-ye Zāherī [Theory of Apparent Authority] (Pāyān-nāmeḥ-ye Kārshenāsī-e Arshad). Kāshān: Dāneshgāh-e Kāshān [in Persian].
- 56) Qāfi, Ḥosayn, & Shari'atī, Sa'id (1395 SH/2016). Oṣūl-e Feqh-e Kārburdī (Vol. 1, 14th ed.). Tehran: Pazhūheshgāh-e Ḥawzeh va Dāneshgāh [in Persian].
- 57) Rostamī Chelaksārī, 'Abdollāh, & Jamālzādeh, 'Alī (1401 SH/2022). Namāyandegī-ye Zāherī va Āsar-e Ān dar Neẓām-e Ḥoqūqī-Fiḥḥī-ye Īrān va Common Law [Apparent Authority and Its Effects in Iranian Legal-Jurisprudential System and Common Law]. Nashriyeh-ye Paẓūheshnāmeḥ-ye Ḥoqūq-e Khuṣūṣī-ye Aḥrār, 3(5), pp. 47-67 [in Persian].
- 58) Ṣadr, Seyyed Muḥammad Bāqir (1405 AH/1985). Buḥūth fi 'Ilm al-Uṣūl (Vol. 7). No place [in Arabic].
- 59) Shahidī, Moḥammad-Taḳī (1397 SH/2018). Dars-e Khārej-e Oṣūl-e Feqh [Advanced Lessons in Principles of Jurisprudence] [in Persian]. Retrieved from: [www.eshia.ir](http://www.eshia.ir)
- 60) Sharīfī, Seyyed Elhām al-Dīn (1392 SH/2013). Moṭāle'eh-ye Taṭbīqī-ye Ekhtiār-e Zāherī bā Ta'kid bar Oṣūl-e Ḥoqūq-e Qarārdād-hā-ye Orūpāyī [Comparative Study of Apparent Authority with Emphasis on Principles of European Contract Law]. Majalleh-ye Taḥqīqāt-e Ḥoqūqī, 16(62) [in Persian].
- 61) Shirāzī, 'Alī (1328 AH/1910). Ta'liqah 'alā Farā'id al-Uṣūl. No place [in Arabic].
- 62) Shmilovits, L. (2018). Deus ex machina: Legal fictions in private law. University of Cambridge.
- 63) Shokūhizādeh, Reẓā (1398 SH/2019). Kār kard-e Farz-e Qānūnī dar Neẓām-hā-ye Ḥoqūqī [Function of Legal Presumption in Legal Systems]. Nashriyeh-ye Dāneshnāmeḥ-hā-ye Ḥoqūqī, (2), pp. 145-165. doi: 10.22034/law.2019.239547 [in Persian].
- 64) Stoljar, S. J. (1961). The law of agency. Sweet & Maxwell.
- 65) Subḥānī Tabrīzī, Ja'far (1424 AH/2003). Irshād al-'Uqūl ilā Mabāḥith al-Uṣūl (Vol. 4). Qom: Mu'assasat al-Imām al-Ṣādiq [in Arabic].
- 66) Ṭabāṭabā'i Ḥā'erī, 'Alī b. Muḥammad (1418 AH/1997). Riyāḍ al-Masā'il (Vol. 10). Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt [in Arabic].
- 67) Tabrīzī, Mūsā b. Ja'far (1369 AH/1950). Awthaq al-Wasā'il fi Sharḥ al-Rasā'il.

- Qom: Najafi [in Arabic].
- 68) Yazdī, Moḥammad-Kāẓem ibn ‘Abd al-‘Azīm (1381 SH/2002). Ghāyat al-Qoṣvā fi Tarjamat al-‘Urwat al-Wuṭqā [The Ultimate Purpose in Translating al-‘Urwat al-Wuṭqā] (Vol. 2). Qom: Ṣobḥ-e Pīrūzi [in Persian].
- 69) Yazdī, Muḥammad-Kāẓim ibn ‘Abd al-‘Azīm (1409 AH/1988). Al-‘Urwat al-Wuṭqā (Vol. 2). Beirut: Mu’assasat al-A‘lamī lil-Maṭbū‘āt [in Arabic].
- 70) Yazdī, Muḥammad-Kāẓim ibn ‘Abd al-‘Azīm (1421 AH/2000). Al-‘Urwat al-Wuṭqā (Vols. 5 & 6). Qom: Jāmi‘at Mudarrisīn al-Ḥawzat al-‘Ilmīya fi Qom [in Arabic].
- 71) Yazdī, Muḥammad-Kāẓim ibn ‘Abd al-‘Azīm (1422 AH/2001). Al-‘Urwat al-Wuṭqā (Sharḥ: Muḥammad Fāḍil Muwaḥḥidī Lankarānī) (Vol. 2). Qom: Markaz Fiqhī A‘immat al-Aṭhār (‘alayhim al-salām) [in Arabic].
- 72) Yazdī, Muḥammad-Kāẓim ibn ‘Abd al-‘Azīm (1431 AH/2010). Al-‘Urwat al-Wuṭqā (Ardabīlī) (Sharḥ: ‘Abd al-Karīm Mūsavī Ardabīlī) (Vol. 2). Qom: Jāmi‘at Mufid [in Arabic].
- 73) Zabiḥī, ‘Āṭefeh (1401 SH/2022). Qarārdād-e Ḥokmī dar Feqh-e Emāmīyeh va Ḥoqūq-e Irān bā Negāhī be Ḥoqūq-e Engelestān [Constructive Contract in Imamī Jurisprudence and Iranian Law with a Look at English Law] (Doctoral Dissertation). Tehran: Dāneshgāh-e Emām Ṣādeq [in Persian].

## Blocking Individuals' National ID Numbers in the Context of Enforcing Financial and Criminal Sentences: A Legal Action or Civil Execution?

Pegah Sarmadi • Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Meybod University, Meybod, Iran. (Corresponding Author)

pegahsarmadi@meybod.ac.ir

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

nasrjafari@meybod.ac.ir

### Abstract

#### 1. Introduction

The proliferation of e-government initiatives, driven by technological advancements and population growth, has fundamentally transformed public administration and governance. Integrating modern communication tools into government operations aims to enhance service delivery, reduce inefficiencies, and improve citizen satisfaction. Central to this transformation is e-government, which emphasizes using information technology to facilitate access to personal information, provide social and financial services, and enable direct interaction between citizens and governments. A cornerstone of this digital governance model is the adoption of unique identity identifiers, such as national ID numbers, which ensure streamlined access to services and efficient enforcement of legal obligations.

In many countries, national ID numbers serve as a key mechanism for identifying individuals, facilitating the execution of judgments, and enforcing financial and criminal sentences. This digital approach enables authorities to track and seize assets, ensuring that judicial penalties are effectively implemented. However, using national ID numbers as a tool for enforcing judgments raises critical legal and ethical questions, particularly when such measures involve blocking access to essential services and civil rights. The



central issue explored in this paper is whether the deprivation of fundamental rights through blocking national ID numbers constitutes a legitimate legal measure or an overreach that amounts to civil death.

## **2. Research Question**

This paper addresses a fundamental question at the intersection of law, technology, and human rights: Is blocking national ID numbers to enforce financial and criminal sentences a legitimate legal measure, or does it constitute a form of civil death by depriving individuals of their fundamental rights? This question encapsulates the tension between effective law enforcement and the protection of individual rights, particularly in the context of digital governance. It further probes whether accelerating the enforcement process through such coercive measures can be justified, given the potential infringement on non-derogable rights related to personal identity and personhood.

## **3. Research Hypothesis**

The hypothesis presented in this paper is that blocking an individual's national ID number, thereby depriving them of essential rights and services, is neither a justifiable nor effective method for enforcing financial and criminal sentences. This belief is grounded in the view that such measures fundamentally contradict the principles of justice, as they disproportionately affect an individual's ability to participate in society and maintain their personhood. The hypothesis suggests that the deprivation of rights through blocking national ID numbers exceeds legitimate legal enforcement boundaries and encroaches upon the inviolable rights inherent to human dignity and identity.

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

To explore the research question and test the hypothesis, this paper adopts a doctrinal and critical comparative methodology. The doctrinal approach involves analyzing existing legal frameworks, statutory provisions, and case law related to enforcing financial and criminal sentences using national ID numbers. This analysis is contextualized within human rights law, emphasizing proportionality, necessity, and non-derogable rights.

The comparative aspect examines various legal systems that have implemented or considered using national ID numbers for enforcement. By comparing the legal, social, and ethical implications of these practices across jurisdictions, the paper highlights the advantages and challenges associated with this enforcement mechanism. Additionally, a critical examination of Islamic jurisprudential perspectives is included, given the intersection of legal and religious principles in identity and rights.

The paper begins with a comprehensive overview of the legal foundations of national ID numbers and their role in e-government initiatives. This is followed by an in-depth analysis of the legal and ethical considerations surrounding the

blocking of national ID numbers, drawing on comparative legal experiences and Islamic jurisprudence. The methodology aims to critically assess the balance between effective enforcement and the protection of fundamental rights, ultimately evaluating whether using national ID numbers in this context is lawful and ethical.

By systematically analyzing the legal, ethical, and jurisprudential dimensions of this issue, the paper aims to provide a nuanced understanding of the implications of blocking national ID numbers for enforcing financial and criminal sentences. This approach ensures that the discussion is grounded in both legal doctrine and practical considerations, offering a comprehensive evaluation of the legitimacy and effectiveness of this enforcement measure.

## 5. Results & Discussion

The exploration of national ID numbers as a tool for enforcing financial and criminal sentences reveals significant insights into the legal, ethical, and practical implications of such measures. Findings indicate a complex interplay between the need for effective enforcement mechanisms and the protection of fundamental human rights. While national ID numbers offer undeniable advantages in efficiency and locating individuals for executing sentences, their use as a means to exert pressure through rights deprivation raises profound concerns.

One key finding is the effectiveness of national ID numbers in identifying and tracking assets, crucial for enforcing financial judgments. In many legal systems, identifying a debtor's assets is essential for successful enforcement. National ID numbers streamline this process by linking all assets and financial transactions to a unique identifier, facilitating judgment execution and reducing the potential for fraud.

However, significant ethical and legal challenges arise from using national ID numbers for enforcement. Blocking an individual's national ID number as a punitive measure is particularly contentious, stripping individuals of their ability to participate in civil life, including access to financial services, healthcare, and social benefits. This deprivation can be likened to a modern form of civil death, effectively nullifying an individual's legal and social existence.

From an Islamic jurisprudential perspective, this approach is problematic. Islamic law emphasizes protecting individual dignity and rights, even in punishment. The complete deprivation of rights through blocking a national ID number is seen as disproportionate and contrary to the principles of justice and fairness in Islamic legal traditions. Moreover, such measures may violate non-derogable rights related to identity and dignity, safeguarded under both international human rights law and Islamic jurisprudence.

The discussion suggests that while blocking national ID numbers may achieve enforcement goals, it infringes on fundamental human rights. The

disproportionate nature of this measure, coupled with the potential for abuse, renders it legally and ethically questionable. Findings underscore the need for a balanced approach that achieves enforcement objectives without compromising individual rights.

In light of these findings, alternative mechanisms are proposed to balance effective enforcement with protecting fundamental rights. Instead of completely blocking a national ID number, a more nuanced approach could restrict access to specific services directly related to enforcing financial judgments, such as limitations on opening new bank accounts or transferring property. Such targeted restrictions would apply sufficient pressure on convicted individuals to comply with legal obligations while avoiding the broader consequences of civil death.

Additionally, reviving Islamic regulations, such as insolvency / indigence [iflas], offers a culturally and legally appropriate alternative aligned with Islamic principles, providing a structured process for dealing with debtors. Under these regulations, genuinely insolvent debtors would face specific restrictions reflecting their financial status rather than the sweeping punitive measure of blocking their national ID number. This approach respects debtor rights while upholding the integrity of the enforcement process.

## **6. Conclusion**

Using national ID numbers to enforce financial and criminal sentences presents a double-edged sword: while it offers significant advantages in efficiency and traceability, it also poses serious risks to individual rights and freedoms. This paper strongly suggests that completely blocking national ID numbers as an enforcement method is excessive and unjustifiable, equating to civil death. This approach is incompatible with both international human rights standards and Islamic legal principles, which prioritize individual dignity and proportionality in punishment.

The discussion concludes that while national ID numbers can be beneficial in certain enforcement aspects, such as asset identification, their application must be carefully limited to avoid infringing on fundamental rights. Proposing targeted restrictions on specific services, rather than blanket deprivation, offers a more balanced and legally sound alternative. Furthermore, reviving insolvency [iflas] regulations provides a culturally appropriate framework for addressing debt enforcement challenges, ensuring respect for the rights of both creditors and debtors.

Ultimately, this paper calls for a reevaluation of legislative and judicial practices surrounding national ID numbers in enforcement. Legislators and policymakers in Islamic states and beyond are urged to consider the ethical and legal ramifications of such measures and to seek solutions that uphold justice, fairness, and respect for human dignity. Blocking national ID numbers should

be reserved for the most serious offenses where rights deprivation is justified by the crime's gravity, and even then, it should be implemented cautiously, respecting individuals' fundamental rights.

**Keywords:** Personality Rights, Financial Conviction, Criminal Conviction, National Identification Number, Enforcement of Judgments.



## مسدودسازی شماره ملی اشخاص در راستای اجرای محکومیت‌های مالی و کیفری؛ اقدامی قانونی یا اعدامی مدنی؟

پگاه سرمدی • استادیار، گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران. (نویسنده مسئول)

pegahsarmadi@meybod.ac.ir

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

nasrjafari@meybod.ac.ir

### چکیده

با توجه به اهمیت فراگیر تکنولوژی در دنیای امروز و ضرورت کاربرد ابزارهای نوین و موثر در مدیریت بهینه ساختارهای مختلف جوامع بشری و از جمله دادگستری، استفاده از کارت هوشمند ملی به عنوان ابزار کارآمد شناسایی و تشخیص هویت و حتی تعیین اقامتگاه اشخاص، مورد توجه قرار گرفته است. از آنجا که معمولاً محکومان مالی و کیفری رغبتی به اجرای داوطلبانه حکم ندارند، دستگاه قضایی در این زمینه با مشکلات عدیده‌ای در پرونده‌های اجرایی مواجه است، لذا ایده انسداد شماره ملی محکومان از جانب دستگاه قضایی کشور به صورت کلی مطرح شده و حتی در بازه‌ای مورد اجراء قرار گرفته است. در این نوشتار تلاش شده است با روش توصیفی تحلیلی، انسداد شماره ملی اشخاص در راستای اجرای محکومیت‌های مالی و کیفری امکان‌سنجی شود. پژوهشگران مزایا و چالش‌های انسداد شماره ملی اشخاص از نظر مبانی حقوقی را تحلیل کرده و ضمن بیان برخی تجارب از سایر نظام‌های حقوقی در این زمینه، تلاش کرده‌اند راه‌حلی متعادل در زمینه کاربرد این ابزار هوشمند در موضوع مورد بحث ارائه نمایند. گفتنی است مسدودسازی شماره ملی و محرومیت از همه حقوق مبتنی بر آن، به هیچ‌وجه مورد تأیید محققان واقع نشده و متناقض با حقوق غیرقابل‌سلب شخصیتی افراد است و از نظر راقمان سطور، به‌نوعی اعدام مدنی محکومان محسوب می‌شود؛ چرا که حیات مدنی و زندگی اجتماعی ایشان در جامعه ناممکن خواهد شد.

واژگان کلیدی: حقوق مربوط به شخصیت، محکومیت مالی، محکومیت کیفری، شماره ملی، اجرای احکام.



## مقدمه

به موازات رشد فناوری و افزایش جمعیت، استفاده از ابزارهای نوین ارتباطی در ارائه خدمات و جلوگیری از اتلاف منابع مالی و انسانی ضروری به نظر می‌رسد. از همین رو، طرح ایجاد «دولت الکترونیک» به منظور تسهیل قابلیت دسترسی به اطلاعات اشخاص، ارائه خدمات اجتماعی و مالی (نویخت و بختیاری، ۱۳۸۷، ص. ۱۴)، ارتباط مستقیم مردم با دولت‌ها (قدمی و کوثر، ۱۳۹۲، ص. ۸۶)، سهولت انجام دادن امور و کاهش زمان (توکلی راد و میری، ۱۴۰۰: ۱۱۹) مورد توجه قرار گرفته و در بیشتر کشورها به مرحله اجرا درآمده است. منظور از دولت الکترونیک، استفاده دولت‌ها از فناوری اطلاعات و به‌ویژه اینترنت برای افزایش دسترسی شهروندان و نیز مراکز دولتی به خدمات و اطلاعات برخط (یعقوبی، ۱۳۸۵، صص. ۱۶ و ۱۷) و «ساده‌سازی حکمرانی» است (Subhajit, 2004, p.109). ایجاد بانک‌های اطلاعاتی برخط شامل اسناد هویتی، مالکیت و درگاه‌های خدماتی مانند اعطای مجوزها و... (Steyaert & Steyaert, 2003, p. 1) منجر به دسترسی آسان به اطلاعات، افزایش رضایت شهروندان (Welch et al, 2005, p. 327) و نیز افزایش کیفیت خدمات دولتی شده است. برای مثال، ایجاد «بانک اطلاعات ملی جرائم» در آمریکا که در بردارنده اطلاعات مرتبط با مالکان خودرو و دارندگان گواهی‌نامه رانندگی است، راهکاری برای توقیف مجرمان و نیز پرداخت برخط جرائم شمرده می‌شود (Karen & Lee, 2001, pp. 125 & 131).

از جمله پیش‌شرط‌های ضروری تحقق طرح بالا، تعریف و تخصیص شناسه‌های هویتی یکتا (شماره ملی) به اشخاص است. دولت الکترونیک به‌طور جدی از دهه ۱۹۹۰ و برای نخستین بار در سال ۱۹۹۵، در آمریکا مطرح شد (اسدی و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۱۲۲). در امارات متحده عربی استفاده از کارت هوشمند، در سطح ملی اجرایی شده و امروزه بیشتر کارها از قبیل ثبت‌نام کارت‌های اعتباری، اجاره ماشین و خانه و افتتاح حساب بانکی وابسته به آن است و از جمله مزایای مطرح شده می‌توان به کاهش جرائم مالی و غیرمالی اشاره کرد (Almatarneh, 2016, pp. 1-2). در ایران نیز در سال ۱۳۸۳، ایده تدوین «کارت هوشمند چندمنظوره ملی» (کریم‌پور کلوری و عابدینی، ۱۳۹۹، ص. ۱۵۱) به‌عنوان سند سجلی مورد توجه قرار گرفت که شماره ملی از مندرجات آن شمرده می‌شود (میرشکاری، ۱۴۰۲، ص. ۸۸) و هم‌اکنون همه اشخاص (اعم از حقیقی و حقوقی) دارای شماره ملی متضمن اطلاعات هویتی هستند. همچنین، به‌منظور ایجاد

شفافیت، افزایش آگاهی و اعتماد عمومی اشخاص ثالث، شماره یکتای منحصربه‌فردی به نام شناسه در خصوص اشخاص حقوقی ایجاد شده است تا وضعیت ایشان به‌آسانی مورد شناسایی قرار گیرد (حبیبیا و همکاران، ۱۴۰۲، ص. ۷۴۷).

از سوی دیگر، اجرای احکام به‌عنوان بخش اساسی از مفهوم دادرسی عادلانه همواره مورد توجه بوده است (محسنی، ۱۳۹۵: ۸۷). درحقیقت، صرف صدور حکم محکومیت به‌تنهایی تأمین‌کننده اهداف دادرسی و اجرای عدالت نیست، بلکه بزرگ‌ترین بخش احکام، اجرای کامل آن‌هاست (شمس، ۱۳۹۷، ج ۱، ص. ۱۰)؛ تا جایی که این‌طور اظهار شده که اجرای رأی، غایت و هدف نهایی دادرسی است (اکرمی و حاتمی، ۱۳۹۹، ص. ۶۰). در خصوص چگونگی اجرای محکومیت‌های مالی، آخرین وضع تقنینی، «قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی» مصوب ۱۳۹۴ است. مستند به قانون مزبور، برای نیل به این هدف، سه راهکار وجود دارد. ۱. توقیف، تسلیم یا فروش اموال محکوم علیه، ۲. بازداشت محکوم علیه و حکم تقسیط یا تعیین مهلت مناسب ۳. ممنوعیت خروج از کشور. بنابراین، معرفی و شناسایی اموال محکوم به‌عنوان نخستین راهکار قانونی در خصوص اجرایی شدن احکام مورد شناسایی و تقنین قرار گرفته است و عمدتاً با استفاده از شماره ملی می‌توان اغلب اموال ثبت‌شده را شناسایی و توقیف کرد، اما باید در نظر داشت که در حال حاضر شناسایی دقیق اموال محکومان دشوار است و حتی در برخی موارد، اموال موجود در ثبت رسمی شخصی غیرمالک قرار دارد (اکرمی و حاتمی، ۱۳۹۹، ص. ۹۷) همچنین، در بسیاری موارد سازوکار شناسایی حساب‌های بانکی و اموال محکوم علیه در عمل به‌دقت اجرا نمی‌شود (السان و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۷۰).

در زمینه دادرسی کیفری نیز اجرای احکام، مرحله‌ای مهم و به تعبیری، ثمره و برآمد فرایند دادرسی به شمار می‌رود (مؤذن‌زادگان و جهانی، ۱۴۰۰، ص. ۳۵)؛ زیرا از سویی نتایج دادرسی و تلاش کنشگران عدالت کیفری ابتر نمی‌ماند و از سوی دیگر، منجر به تحقق اهداف اساسی مجازات از قبیل بازدارندگی، اصلاح و احقاق حق به نفع جامعه و زیان‌دیده می‌شود (امیری و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۴۹۳). با در نظر گرفتن این موضوع که در اغلب موارد در صورت عدم دسترسی به محکوم، احکام صادره به رغبت و به‌صورت داوطلبانه اجرا نمی‌شوند، پیش‌بینی و تعیین راهکارهای مؤثر و عملیاتی به‌منظور تأمین اهداف مطرح‌شده و اجرایی شدن احکام محکومیت

کیفری، موضوعی ضروری است (همتی، ۱۳۸۱، ص. ۱۷۹).

همچنین، با توجه به دامنه اقدامات پیش‌بینی‌شده فوق، اهمیت استفاده از فناوری و شناسه‌های هویتی الکترونیکی به خوبی مشخص می‌شود. برای مثال، امروزه استفاده از فناوری نقطه‌زنی تلفن همراه<sup>۱</sup> برای شناسایی مجرمان با دستور مقامات صالح امکان‌پذیر شده است (قنبرپور و قربانی، ۱۴۰۱، ص. ۵۱). بنابراین، استفاده از فناوری‌های نوین ارتباطی از جمله شماره ملی، هم در عرصه شناسایی و تعقیب متهمان و هم اجرای محکومیت‌های کیفری مجرمان کارآمد خواهد بود، اما مسئله اصلی این است که آیا با مسدود کردن کامل شماره ملی فرد محکوم و محرومیت او از حقوق اساسی، اجتماعی و شهروندی و ایجاد نوعی فشار و اجبار بر وی، می‌توان روند اجرای محکومیت‌های مالی و کیفری را بهبود بخشید و تسریع کرد؟ آیا تسریع در اجرای احکام می‌تواند توجیهی برای سلب حقوق اساسی و حیاتی مربوط به شخصیت اشخاص قلمداد شود یا خیر و آیا مقرر قانونی در این خصوص وجود دارد یا خیر؟

بنابراین، امکان‌سنجی استفاده از این ابزار نوین و کارآمد و مزایا و معایب آن از دیدگاه حقوقی و فقهی دارای اهمیت است و می‌توان با در نظر گرفتن امتیازات و چالش‌ها و نیز تجارب دیگر نظام‌های حقوقی پیشرو در استفاده از این ابزار، امکان انسداد شماره ملی اشخاص را مورد نقد و بررسی قرار داد. بنابراین، در این نوشتار با بیان مزایا و چالش‌های این موضوع درصدد تحلیل مسئله هستیم.

#### ۱. مزایای انسداد شماره ملی به منظور اجرای حکم

بی‌تردید استفاده از ابزارهای نوین الکترونیکی در نظام حقوقی از ضرورت‌های زندگی امروز و مسدودسازی شماره ملی نیز از جمله فرصت‌هایی است که می‌تواند در راستای اجرای احکام حقوقی و کیفری مورد استفاده قرار گیرد که مهم‌ترین مزایای استفاده از این امکان الکترونیکی در ادامه مورد تبیین قرار می‌گیرد.

### ۱.۱. امکان اجرای مطمئن و آسان احکام و کاهش حبس مدیون

همان‌گونه که گذشت، در راستای اجرای محکومیت‌های مالی در صورت عدم شناسایی اموال، راهکار دیگر «حبس» محکوم است. ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، «حبس» را به‌عنوان یکی از راهکارهای اجرای محکومیت مالی در خصوص اشخاص معرفی می‌کند. گفتنی است ماده ۳ قانون مزبور در صورت اثبات عدم اعسار محکوم، قابل اجرا خواهد بود (رحمدل، ۱۳۸۵، ص. ۹۳). گفتنی است حبس مدیون در فقه محل بحث جدی و در صورت اثبات ملائت مدیون، حبس او مجاز و در صورت اثبات اعسار ممنوع است (محسنی، ۱۳۹۵، ص. ۸۹). منظور از «حبس» در متون فقهی، «توقیف» و «مراقبت» (تقی‌زاده داغیان، ۱۳۸۵، ص. ۱۲۹) و مستند تجویز حبس نزد مشهور فقهای امامیه، روایات معتبر از جمله روایتی از جانب امام‌باقر (علیه‌السلام) است در خصوص امام‌علی (علیه‌السلام) که مدیون را حبس می‌کرد و در صورتی که عدم ملائت او مشخص می‌شد، او را رها می‌کرد (نجفی جواهری، ۱۳۹۴، ج ۲۵، ص. ۲۸۱). از پیامبر (صلی‌الله علیه و آله) نقل شده است «ریختن آبرو و مجازات کسی که مال‌دار است و از دادن بدهی خود امتناع می‌کند و طلبکار را دست‌به‌دست می‌گرداند، رواست» (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ص. ۶۹؛ مغنیه، ۱۳۷۹، ج ۴، ص. ۱۲). لازم به توضیح است که در خصوص ماهیت حبس نظرات مختلفی مطرح شده از جمله اینکه حبس در چنین مصداقی نوعی تعزیر از جانب حاکم و به‌منزله عقوبت محکوم یا صرفاً راهکاری است برای تشخیص وضعیت ملائت یا اعسار محکوم (علیزاده، ۱۳۹۸، ص. ۲۴۰).

بنابراین، صرف‌نظر از اینکه ماهیت حبس محکوم را تعزیر تفسیر کنیم یا خیر، روشن است که این راهکار و سلب آزادی محکوم در قالب سلب حقوق جسمانی مربوط به شخصیت، در متون روایی و نیز قانونی مورد پذیرش و اجرا قرار گرفته است. نکته حائز اهمیت دیگر، تجویز امکان حبس محکوم تا زمان اثبات اعسار مستند به ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی است؛ حالتی که اعسار یا ایسار محکوم هنوز مشخص نشده است و به نظر می‌رسد تجویز حبس مدیون در این شرایط، خلاف ماده ۱۱ میثاق حقوق مدنی و سیاسی<sup>۱</sup> بوده که ایران نیز در سال ۱۳۵۴ آن

۱. «هیچ‌کس را نمی‌توان تنها به این علت که قادر به اجرای تعهد قراردادی خود نیست، زندانی کرد».

را مورد تصویب قرار داده است.

درعین‌حال، گفتنی است با وجود امکان قانونی صدور حکم جلب محکومان مالی، باز این راهکار در بسیاری از اوقات کارساز نیست و محکومان مالی با ترفندهای مختلف، متواری می‌شوند و امکان جلب ایشان منتفی می‌شود و محکوم<sup>۴</sup> له نصیبی از این جلب نخواهد برد. از این رو شاید مسدود کردن شماره ملی، اثرگذاری بیشتری حتی نسبت به حکم جلب داشته باشد؛ زیرا امکان رهایی از آن میسر نیست و شخص محکوم، به نوعی در زندان حقوقی عدم استفاده از خدمات مبتنی بر شماره ملی محبوس می‌شود.

به بیان دیگر، با در نظر گرفتن وابستگی ارائه خدمات عمومی در عرصه اجتماع به شماره ملی، یکی از راهکارهای مورد توجه در خصوص اجرای محکومیت‌ها (اعم از مالی و کیفری)، انسداد شماره ملی به صورت کامل یا محدودسازی آن است؛ راهکاری که منجر به سهولت و سرعت اجرای احکام مدنی و کیفری می‌شود. همچنین، با توجه به زمان دادرسی، عاملی مؤثر در برآورد کیفیت دادرسی در نظر گرفته می‌شود (محسنی و رضایی‌نژاد، ۱۳۹۱، ص. ۴). درحقیقت، امروزه استفاده کارآمد از ابزارهای نوین اطلاعاتی و ارتباطی تأثیر مستقیمی در بهبود مدیریت دادرسی و احقاق حقوق عامه مردم و عدالت دارد (قنبرپور و قربانی، ۱۴۰۱، ص. ۴۷)؛ به گونه‌ای که منجر به روند منضبط و مدونی برای مدیریت پرونده‌های قضایی و تبادل اطلاعات میان دادگاه و اصحاب دعوی شده است. (محسنی و رضایی‌نژاد، ۱۳۹۱، ص. ۲). از این رو استفاده از شماره ملی اصحاب دعوی و مسدود کردن آن به عنوان ابزاری هوشمند و کارا در تعیین دقیق هویت اشخاص و محکومان به شمار می‌رود. در واقع، هنگامی که محکوم چه در زمینه محکومیت مالی و چه کیفری، با انسداد شماره ملی و محرومیت از تمام یا برخی خدمات اجتماعی و حقوقی مواجه شود، به منظور رفع محدودیت و استفاده از حقوق مربوط به شخصیت خویش، راهکاری جز تبعیت از حکم و اجرای اجباری محکومیت خود نخواهد داشت. بنابراین، کاربرد شماره ملی و مسدود کردن آن منجر به سهولت و کاهش زمان دادرسی می‌شود و این موضوع بر هیچ فردی پوشیده نیست.

## ۲.۱. کاهش آمار احکام فاقد قابلیت اجراء

کاربرد فناوری و انسداد شماره ملی اشخاص در بهره‌مندی از امکانات اساسی و حیاتی در بیشتر امور در جامعه به عنوان عامل اصلی کاهش آمار احکام اجرا نشده در مراجع رسیدگی و اجرا به

شمار می‌آید. در واقع، فرد محکوم به واسطه سلب حقوق اجتماعی و مدنی به علت انسداد شماره ملی خویش، ناگزیر از اجرای هرچه سریع‌تر حکم محکومیت می‌شود و علم به امکان وجود و استفاده از این راهکار خود عاملی برای کاهش فرار مالی اشخاص و ایفای تعهدات مالی و نیز احکام کیفری می‌شود.

مزیت بالا را می‌توان با اعمال «مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی» مقایسه کرد؛ مجازاتی که شیوه‌ای از منع قانونی است و به‌موجب آن، اشخاص شایستگی تمشیت امور حقوقی خود را از دست خواهند داد (اسدی‌نژاد و نیک‌کار، ۱۴۰۲، ص. ۲۸۲). به بیان دیگر، تعیین این‌گونه مجازات از جمله راهکارهای نوین در راستای اجرای سیاست‌های حبس‌زدایی، پیشگیری از تکرار جرائم (سلب توان مجرمان) (نیازپور، ۱۳۸۷، ص. ۱۲۷) و استقرار نظم اجتماعی توسط حاکمیت‌ها به شمار می‌رود (همایی چراغی و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۴۲).

بنابراین، استفاده از راهکار مسدودسازی شماره ملی محکومان کیفری به‌منظور اجرای حکم محکومیت مانند مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی، با کاهش هزینه‌های اجرایی مانند حبس و نیز ایجاد محرومیت در زمینه اجرای حقوق حیاتی و روزمره اشخاص، منجر به اجرای داوطلبانه احکام کیفری می‌شود. به بیان دیگر، چه‌بسا این راهکار سودمندتر از دیگر راهکارهای اجرای اجباری محکومیت‌های مالی باشد؛ زیرا به‌سادگی فرد محکوم نه‌تنها قادر به هیچ‌گونه نقل‌وانتقال اموال ثبت‌شده خود نیست، بلکه از اغلب فعالیت‌های اقتصادی، سیاسی و اجتماعی خود مانند افتتاح حساب، برداشت از حساب، ازدواج، طلاق و حتی خدمات درمانی نیز محروم می‌شود؛ موضوعی که بی‌تردید اثرگذاری بیشتری نسبت به حبس مدیون خواهد داشت و هزینه‌های کمتری نیز به دولت تحمیل می‌کند. از این‌رو اغراق‌آمیز نیست اگر بگوییم این امکان نه‌تنها نوعی اعمال ممنوعیت و حجر مدنی، بلکه حجر اجتماعی و سیاسی نیز هست و به‌جرئت می‌توان گفت از مهم‌ترین ابزار برای اجرای محکومیت‌های مالی و کیفری به‌خصوص در پرونده‌هایی است که دسترسی به فرد محکوم امکان‌پذیر نیست و وی متواری است.

بنابراین، هیچ تردیدی نیست که این امکان، مزایا و اهمیت زیادی در رابطه با اجرای احکام حقوقی و کیفری خواهد داشت، اما با چالش‌های متعدد مهمی نیز مواجه است که در ادامه، به تبیین آن‌ها خواهیم پرداخت.

## ۲. چالش‌های انسداد شماره ملی به منظور اجرای محکومیت

به‌رغم مزایای مطروح در قسمت بالا، انسداد شماره ملی اشخاص به‌منزله ابزاری برای اعمال اجبار به اجرای احکام صادره محکومیت، با چالش‌های فراوانی همراه است که مانع جدی در راستای استفاده از این ابزار شمرده می‌شود که در ادامه به بیان آن‌ها می‌پردازیم.

### ۱.۲. نقض حریم خصوصی

امروزه به‌خاطر ظهور و کاربرد گسترده فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطی، حقوق مربوط به شخصیت و نیز حریم خصوصی مورد تهدید جدی قرار گرفته است (شریفی و همکاران، ۱۴۰۲، ص. ۸۴)؛ به‌طوری‌که همواره یکی از نگرانی‌های عمومی در زمینه گسترش دولت الکترونیک، عدم حفظ حریم خصوصی و داده‌های شخصی اشخاص است (سرداری، ۱۳۸۶، ص. ۱۶)؛ تا جایی که استفاده از کارت هوشمند ملی در نهادهای قضایی به‌منظور اجرای محکومیت‌های مالی و کیفری، نگرانی‌هایی درباره حفظ حریم خصوصی اطلاعات شخصی ایجاد کرده است (Subhajit, 2004, p. 121). اطلاعات مهم و حساس شامل شماره ملی، نشانی، وضعیت مالی و اطلاعات بانکی در دسترس نهادها قرار می‌گیرند و در صورت عدم توجه کافی به امنیت و حفظ حریم خصوصی، این اطلاعات ممکن است در دسترس افراد غیرمجاز قرار گیرند. بنابراین با توجه به اهمیت و حساسیت اطلاعات هویتی اشخاص و ضرورت استفاده از شماره ملی متضمن این اطلاعات، ایجاد سازوکارهای امنیتی مناسب جهت تامین و حفاظت از حریم خصوصی اشخاص امری ضروری خواهد بود و یکی از چالش‌های مسدودسازی شماره ملی، عدم حفاظت از اطلاعات خصوصی افراد می‌باشد.

### ۲.۲. نقض اعتماد عمومی

اعتماد عمومی مردم نقش کلیدی در تحقق مفهوم «دولت الکترونیک» دارد (قلی‌پور و پیران‌نژاد، ۱۳۸۷، ص. ۲۲۳). موفقیت استفاده از کارت هوشمند ملی برای اجرای مجازات مالی و کیفری نیازمند اعتماد عمومی است. افراد باید به امنیت و قابل اعتماد بودن سیستم‌های مورد استفاده اعتماد کنند تا بتوانند از آن‌ها بهره‌برداری کنند. اگر اعتماد عمومی به این سیستم‌ها کاهش یابد، ممکن است افراد منصرف شوند و استفاده از آن‌ها را ترجیح ندهند. گفتنی است مسدود کردن شماره ملی و سلب کامل حقوق و امتیازات استفاده از خدمات



دولت‌های نوین منجر به افزایش کنترل حاکمیت بر اشخاص و کاهش اطمینان و اعتماد نسبت به قوای حاکمیت می‌شود؛ تا جایی که استفاده از اطلاعات هویتی اشخاص در بستر سامانه‌های الکترونیکی محدود به اجازه خود شخص یا محدود به مجوز قانونی شده است (نکویی مهر و حسینی فرد، ۱۴۰۰، ص. ۵۸۲).

بنابراین، عموم افراد جامعه به استفاده از شماره ملی و تنظیم اسناد هویتی جدید اقبال گسترده نشان داده‌اند و امروزه اغلب فعالیت‌های اقتصادی، اجتماعی و سیاسی مبتنی بر این شماره یکتا انجام می‌شود، اما مسدودسازی این شماره ملی و محرومیت از استفاده خدمات وابسته به آن مانع جدی در راه این اعتماد عمومی است و در صورت گسترش استفاده از آن، فعالیت‌های اقتصادی و اجتماعی افراد به سمت راه‌های غیرشفاف دیگری سوق می‌یابد.

### ۳.۲. نقض حقوق شخصیت؛ محرومیت گسترده از حقوق اقتصادی، سیاسی و اجتماعی

حقوق مربوط به شخصیت، حقوقی است که به هر انسان صرف‌نظر از وابستگی او به گروه اجتماعی خاص تعلق دارد؛ حقوقی که برای حمایت از شخص انسان و نه منافع مادی او تعبیه شده است (صفایی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۳۳). به بیان دیگر، حقوقی است که از انسان به‌خاطر انسان بودنش (باریکلو، ۱۳۸۷، ص. ۵۳) و نه به‌خاطر تعلق به گروه، صنف یا شغل خاصی حمایت می‌کند. هدف اولیه آن حمایت از منافع غیرمالی شخص است؛ اگرچه ممکن است در عمل و به‌صورت ثانویه از منافع مالی نیز حمایت شود. در واقع، افراد بشر فارغ از جنسیت، سن، نژاد و اینکه در شمار کدام طبقه اجتماعی قرار می‌گیرند، از یک‌سری حقوق که با شخصیت انسانی آن‌ها مرتبط است، برخوردارند که از آن‌ها با عنوان «حقوق مربوط به شخصیت» یاد شده است (بادینی، ۱۳۹۱، ص. ۹۰). در تعریف نسبتاً مشابه دیگری، حقوق مربوط به شخصیت به مجموعه حق‌هایی گفته می‌شود که از شخصیت افراد به‌عنوان کل یا از برخی از جنبه‌های مربوط به شخصیت حمایت می‌کند (انصاری، ۱۳۹۱، ص. ۶۸). برخی نویسندگان حقوق خارجی نیز حق بر شخصیت را این‌گونه تعریف کرده‌اند «مجموعه‌ای از حقوقی که از یکپارچگی و غیرقابل تجاوز بودن شخص حمایت می‌کند. منظور از این حقوق، یکپارچگی فیزیکی، روانی و احساسات است» (Reid, 2007, p. 3). به بیان دیگر، حقوقی هستند که به‌محض تولد (پیوسته همراه و همزاد با انسان) (پروین و رادپسند، ۱۴۰۰، ص. ۷۳) و تنها به‌خاطر انسان بودن، بدون در نظر گرفتن سن، مقام و جنسیت و

به صورت دائمی به اشخاص تعلق می‌گیرند. در واقع، این حقوق از منافع شخصی انسان حمایت می‌کنند. اگر موضوع این حقوق در ارتباط با دیگر اشخاص مورد توجه قرار گیرد، از آن به «حقوق مربوط به شخصیت» تعبیر می‌شود و اگر رابطه میان دولت و شهروندان و محدود کردن آن‌ها مورد بحث باشد، «حقوق بشر» نامیده می‌شود (مظهر قراملکی و همکاران، ۱۳۹۵، ص. ۲۸۰).

بنابراین، حقوق بر شخصیت، به صورت ذاتی مرتبط با ویژگی‌های شخصی افراد هستند و اصولاً خصلت غیرمالی دارند. همچنین، قابل انتقال (قراردادی یا قهری) نیستند و هدف اصلی آن‌ها جبران ضررهای روحی و روانی وارد به اشخاص در صورت نقض است. گفتنی است شمارش معینی از حقوق شخصیتی وجود ندارد. این گروه حقوقی باز و بنابراین، نقش خلاق رویه قضایی در این مورد بیش‌ازپیش باشد. (دولیان، ۱۳۹۶، ص. ۲۷۱). لازم به گفتن است که حقوق مربوط به شخصیت به دو گروه حقوق جسمی و حقوق معنوی تقسیم می‌شود و بهره‌مندی از شماره ملی و خدمات وابسته به آن، در شاخه حقوق معنوی مربوط به شخصیت و محدودیت حقوق مدنی اشخاص قرار می‌گیرد.

در نظام حقوقی ایران، در اصل ۲۲ قانون اساسی به صورت کلی به حق مربوط به شخصیت اشاره شده است. همچنین، به صورت پراکنده در برخی مواد قانون مدنی مانند مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ و مواد ۱ و ۸ قانون مسئولیت مدنی و نیز برخی مواد قانون مجازات اسلامی به بعضی از مصادیق نقض آن‌ها اشاره شده است. باید در نظر داشت که حقوق مربوط به شخصیت قابلیت توقیف به وسیله بستانکاران را ندارد؛ زیرا طلبکاران تنها قادر به توقیف اموال بدهکاران هستند (پروین و رادپسند، ۱۴۰۰، ص. ۸۱) و حقوق مربوط به شخصیت، مالی نیستند. همچنین، این حقوق از زمان ایجاد تا پایان به صورت قهری وجود دارند و در نتیجه، اکتسابی نیستند و قابلیت سلب یا توقیف را ندارند (ملکی، ۱۳۹۶، ص. ۱۲۷).

درعین حال، به نظر می‌رسد مسدود کردن شماره ملی و ایجاد محرومیت برای دارنده به عنوان عاملی برای سوق وی به اجرای حکم محکومیت، خلاف نص مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی خواهد بود؛ زیرا این راهکار، مصداق بارزی از سلب حقوق به صورت کلی و ناقض صریح حقوق معنوی مربوط به شخصیت (حقوق مدنی و سیاسی) و نیز حقوق شهروندی است.

در واقع، تأثیر استفاده از شماره ملی هوشمند در شناسایی دقیق محکومان و دسترسی به

اطلاعات هویتی و مالی ایشان انکارناپذیر است و منجر به اجرای آسان و سریع‌تر احکام می‌شود، اما به نظر می‌رسد انسداد شماره ملی به صورت کامل، چه از نظر تئوری و چه عملی قابل پذیرش و دفاع نیست. در زندگی اجتماعی نوین امروزی که جزیی‌ترین خدمات مالی و غیرمالی از جمله خدمات مرتبط با ثبت وقایع اربعه در دفاتر اسناد، دریافت خدمات درمانی و بیمارستانی، اخذ کمک‌های نقدی و غیرنقدی دولت به افراد کم‌برخوردار و... به صورت کامل وابسته به ارائه شناسه ملی و فعال بودن آن در بستر دولت الکترونیک است، استفاده از نیروی اجبارکننده از طریق انسداد کامل این شناسه هویتی موجه به نظر نمی‌رسد. همچنین، مستند به ماده ۱۳ منشور حقوق شهروندی، هیچ مقامی نمی‌تواند به نام تأمین امنیت، حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان و حیثیت و کرامت آنان را مورد تعرض قرار دهد یا محدود کند.<sup>۱</sup>

#### ۴.۲. فقدان نص قانونی برای مسدودسازی شماره ملی

مسدود کردن شماره ملی در یکی دو سال اخیر در برخی محاکم مورد استفاده قرار گرفته است، اما هیچ تردیدی نیست که این موضوع در حال حاضر کاملاً متناقض با قانون است؛ زیرا در نظام حقوقی و قوانین اجرای احکام، هیچ نصی در خصوص امکان مسدودسازی شماره ملی وجود ندارد و بی‌تردید تا زمان تصویب قانون مناسب در این زمینه، مسدودسازی شماره ملی از سوی هر مقام و مرجع قضایی یا غیرقضایی غیرقانونی و نامشروع است.

گفتنی است تنها مقرره‌ای که سبب برداشت نادرست برخی محاکم شده، «دستورالعمل سامان‌دهی و تسریع در اجرای احکام مدنی مصوبه شماره ۱۰۸۸۴۱/۹۰۰۰/۱۰۰ مورخ ۹۸/۷/۳۰» رئیس قوه قضائیه است که در آن، مرکز آمار قوه قضائیه مکلف به ایجاد ظرفیت برای ممنوع‌الخدمات کردن محکومان مالی در دستورالعمل سامان‌دهی و تسریع در اجرای احکام مدنی به شرح زیر شده است.

---

۱. ماده ۱۳ منشور حقوق شهروندی: «هر شهروند حق دارد از امنیت جانی، مالی، حیثیتی، حقوقی، قضایی، شغلی، اجتماعی و نظایر آن برخوردار باشد. هیچ مقامی نباید به نام تأمین امنیت، حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان و حیثیت و کرامت آنان را مورد تعرض و تحدید قرار دهد. اقدامات قانونی به نام تأمین امنیت به‌ویژه تعرض به حریم خصوصی مردم ممنوع است.»  
گفتنی است منشور حقوق شهروندی سند حقوقی غیرالزام‌الاجرا شمرده می‌شود.

«ماده ۱۸: مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه موظف است به منظور سامان‌دهی امور مربوط به اجرای احکام مدنی موارد زیر را انجام دهد.

۱. ارتقای سامانه مدیریت پرونده قضایی (سمپ) با ایجاد امکانات زیر:

...ح- ایجاد ظرفیت جهت ممنوع‌الخدمات کردن و انسداد حساب محکومان مالی، موضوع مواد ۱۷ و ۱۹ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی».

این دستور العمل به هیچ وجه قانون شمرده نمی‌شود و تنها دستورالعمل قوه قضائیه است و مرکز آمار این قوه مکلف به ایجاد ظرفیت ممنوع‌الخدمات کردن محکومان است و به منزله امکان قانونی برای مسدود کردن شماره ملی نیست و ممنوع‌الخدمات کردن محکومان از حقوق و امکانات دولتی و حقوق اجتماعی قطعاً منوط به تصویب قانون از سوی مجلس در چهارچوب قانون اساسی و حقوق غیراساسی و غیرشخصیتی اشخاص است. بدیهی است مسدود کردن کامل شماره ملی محکوم علیه بر فرض قانون‌گذاری در آینده، امروزه به منزله محروم کردن از همه حقوق اجتماعی و مدنی افراد است و می‌توان آن را هم‌ردیف کامل‌ترین نوع حجر مدنی یا همان اعدام مدنی دانست.

گفتنی است برداشت سوء برخی از شعب و مقامات قضایی و نیز برخی وکلا از دستورالعمل بالا در عمل منجر به ایجاد رویه نادرست در زمینه انسداد شماره ملی محکومان شد؛ رویه‌ای که فاقد مجوز قانونی لازم بود و منجر به اعتراض نیز شد؛ تا جایی که در نهایت، در ۱۴۰۳/۲/۲۳ تحت شماره ۹۰۰۰/۳۵۶۲/۱۰۰۰، بخش‌نامه‌ای از سوی معاون اول وقت قوه قضائیه با عنوان «ممنوعیت توقیف یا مسدود کردن کد ملی محکومان»، با بیان اینکه این اقدام غیرقانونی و نقض حقوق هویتی محکومان است و باعث فلج شدن زندگی اجتماعی ایشان می‌شود، مسئولان وقت را از ادامه این روند نادرست بر حذر داشت. شایان گفتن است دلیل این ممنوعیت در بخش‌نامه فوق چنین یاد شده است «... از آنجاکه این قبیل محدودیت‌ها موجب محرومیت اشخاص از حقوق مدنی و شهروندی از جمله ممانعت از تبادل اطلاعات مرتبط با بیماران جهت تهیه دارو، ملزومات و خدمات پزشکی و محدودیت برای خانواده‌ها در ثبت ازدواج و طلاق، اخذ شناسنامه برای فرزندان که نقشی در فرایند ارتکاب جرم نداشته [اند] و به‌طورکلی، ناقض حقوق اساسی اشخاص است و با توجه به اینکه در قوانین فعلی نصی در خصوص جواز محرومیت از دریافت خدمات هویتی و سجلی به‌منظور دسترسی به متهم یا محکوم علیه وجود ندارد، احضار با جلب برای

اجراى احكام قطعى كىفرى به همان نحو است كه در قانون آيين دادرسى كىفرى مصوب ۹۲، مواد ۴۸۴ به بعد به‌ويژه ماده ۵۰۰ قانون موصوف پيش‌بينى شده است.

### ۳. راهكار نگارندگان: احياى مقررات افلاس فقهى و مسدودسازى محدود شماره مى

همان‌گونه كه گذشت، مسدودسازى شماره مى به منزله محروميت گسترده از حقوق مدنى، اجتماعى و سياسى افراد است كه اين محروم‌سازى نيازمند وضع قانون مناسب و مبتنى بر اصول و ضوابط حقوقى است. از جمله مهم‌ترين ضوابط قابل استفاده در اين خصوص، صدور حكم حجر و به دنبال آن، مسدودسازى شماره مى، مى‌تواند راهكار قانونى، مشروع و ميانه‌اى باشد.

به بيان ديگر، به نظر مى‌رسد با توجه به اينكه مسدودسازى شماره مى به‌نوعى همان ممنوع‌التصرف كردن افراد از امور حقوقى و اقتصادى است و چه بسا فراتر از آن، ممنوع كردن افراد از حقوق اجتماعى و مدنى افراد نيز تلقى مى‌شود، به‌نوعى صدور حكم حجر شخص شمرده مى‌شود و از اين رو بايسته و شايسته است از اين امكان نوين در راستاى همان نهادهاى حجر موجود در نظام حقوقى بهره برد تا ضمن حفظ حقوق افراد، مبانى و اصول نظام حقوقى، به‌گونه صحيح و عادلانه از مديون و دائن نيز حمايت كرد.

در اين خصوص گفتنى است در اغلب نظام‌هاى حقوقى، نظام حجر سوءظنى براى حمايت از طلب‌كاران و سوءاستفاده بدهكاران وضع شده است كه بر اساس آن، فرد مديون در صورت عدم توانايى پرداخت دين و عدم كفاف دارايى، ممنوع‌التصرف مى‌شود و دارايى موجود وى ميان طلب‌كاران تقسيم مى‌شود.

در حقوق ايران همسو با نظام‌هاى حقوقى غرب، يكى از مهم‌ترين نظام‌هاى حجر، نظام ورشكستگى است كه آثار حقوقى متعددى از جمله ممنوعيت تصرف، تعيين مدير تصفيه و تقسيم دارايى ميان طلب‌كاران را دربردارد. از سوي ديگر، به‌موجب احكام و مقررات درباره اعسار بدون اينكه ممنوعيت در تصرفى براى معسر ايجاد شود، مديون به‌طور موقت از پرداخت دين معاف مى‌شود و يكسره زير چتر حمايتى قانون‌گذار قرار مى‌گيرد و حقوق طلب‌كاران يكسره به فراموشى سپرده مى‌شود. همگام با احكام اعسار كه به نوعى از مديون حمايت مى‌كند، احكام افلاس هم وجود دارد كه به‌موجب آن، مانند مقررات ورشكستگى در حقوق غرب، مديون ممنوع‌التصرف

اعلام می‌شود و دارایی وی میان طلب‌کاران به نسبت مساوی تقسیم می‌شود. این احکام در سال ۱۳۱۰ به موجب قانون اعسار و افلاس وارد نظام حقوقی ایران شد، اما کمتر از سه سال بعد، به تصور هم‌پوشانی مقررات افلاس با قانون تجارت و احکام ورشکستگی مندرج در آن، در سال ۱۳۱۳ به موجب قانون اعسار نسخ شد و تاکنون احیا نشده است. در این راستا، بازگشت به نظام حقوقی اسلام و رجوع به قواعد و احکام افلاس که از قدمت ۱۴۰۰ ساله برخوردار است، روشن‌کننده اعتلای این نظام حقوقی و نقد نظام حقوقی ایران است.

به بیان دیگر، هر شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی، تاجر یا غیرتاجر، ممکن است به‌خاطر فعالیت‌های مالی یا اقتصادی دچار بحران شود و نتواند از عهده دیون خود برآید. در این خصوص، فقهای شیعه و اهل سنت به استناد آیه ۲۸۰ سوره بقره، حکم به وجوب مهلت دادن به فرد مدیون می‌کنند (نجفی، ۱۳۷۷، ج ۲۵، صص. ۳۵۲-۳۵۳). به جهت اطلاق آیه، حکم آن را عام دانسته‌اند و تمام دیون را داخل در حکم می‌دانند. برخی فقها و مفسران معتقدند این حکم ویژه قرض ربوی است و در اصل قرض و سرمایه، دادن مهلت واجب شده است، اما در دیون دیگر مهلت داده نمی‌شود، بلکه مدیون زندانی می‌شود (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ص. ۵۶۹). همچنین، در رابطه با صدور حکم افلاس با وجود تحقیق و تتبع نگارندگان در متون فقهی قدیم و جدید، هیچ‌گونه تفکیکی میان تاجر و غیرتاجر وجود ندارد و احکام آن عام‌الشمول است و همه بدهکاران را دربرمی‌گیرد که در بخش مربوط به آن خواهیم پرداخت.

در عین حال، در نظام حقوق کنونی ایران در برخورد با مدیون تاجر و غیرتاجر، رویکرد واحدی اتخاذ نشده است و بر اساس مقررات ورشکستگی در قانون تجارت مصوب ۱۳۰۹، از طلب‌کاران تاجر به‌گونه مطلوبی حمایت کرده و بر اساس اصل تساوی حقوق طلب‌کاران، احکامی درباره تصفیه مدیون تاجر وضع کرده است، اما با نسخ قانون افلاس مصوب ۱۳۱۰، نه تنها حمایت مطلوب از طلب‌کاران غیرتاجر را به فراموشی سپرده، بلکه با وضع مقررات اعسار یکسره از مدیون حمایت کرده است. قوانین پراکنده دیگری که در راستای پیشگیری از فرار دین وضع کرده نیز نتوانسته است این خلاء قانونی را پر کند و توالی فاسد نسخ قانون افلاس بر هیچ محقق منصفی پوشیده نیست، اما راهکار برون‌رفت از این وضعیت نظام حقوقی چیست؟

به نظر می‌رسد تنها راهکار برون‌رفت از این وضعیت حقوقی، احیای قانون افلاس از طریق تصویب مجدد آن به وسیله مجلس قانون‌گذاری است که این موضوع نه تنها از اختیارات مجلس

است، بلکه از تکالیف قانونی و شرعی مجلس و متولیان وضع قانون است. شایان گفتن است که به استناد اصل ۴ قانون اساسی، «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است...». از این رو در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران که داعیه‌دار اجرای احکام و مقررات اسلامی است، استمرار وضعیت حقوقی کنونی در برخورد با مدیون غیرتاجر به هیچ وجه پذیرفتنی نیست و احیای قانون افلاس بایسته و شایسته است.

بنابراین، در راستای اجرای هرچه سریع‌تر محکومیت‌های مالی محکومان در صورت احیای احکام افلاس، می‌توان پس از صدور حکم افلاس با مسدودسازی محدود شماره ملی، فرد مزبور را از همه فعالیت‌های اقتصادی محروم ساخت. به بیان دیگر، مسدودسازی شماره ملی می‌تواند از جمله لوازم قانونی حکم افلاس باشد.

در عین حال، هیچ تردیدی نیست که دامنه حکم حجر و افلاس به هیچ وجه دیگر حقوق اجتماعی و سیاسی افراد از قبیل ازدواج، خدمات درمانی و بیمارستانی، شرکت در انتخابات و استفاده از حق رأی را دربر نمی‌گیرد و نمی‌توان افراد جامعه را از این حقوق مدنی، اجتماعی و سیاسی محروم کرد. به بیان دیگر، در همه سیستم‌های حقوقی، نظام حجر سوءظنی که به گونه‌ای مهم‌ترین ابزار برای حمایت از طلب‌کاران و جلوگیری از سوءاستفاده فرد مدیون است، تنها سبب ممنوعیت از اعمال حقوقی مالی و اقتصادی می‌شود و حقوق غیرمالی و اجتماعی و سیاسی را دربر نمی‌گیرد. از این رو مسدودسازی شماره ملی به صورت کامل و محروم کردن محکومان مالی به صورت موقت یا دائم از همه حقوق اقتصادی، مدنی، اجتماعی و سیاسی نمی‌تواند به هیچ وجه مورد استفاده قرار گیرد.

دور از انتظار نیست که مسدودسازی شماره ملی به صورت کامل به عنوان مجازات تبعی یا اصلی در برخی جرائم مانند جرائم اقتصادی سنگین یا جرائم سیاسی مورد پذیرش قانون‌گذار قرار گیرد. از نظر نگارندگان، مسدودسازی شماره ملی به صورت کامل چیزی جز اعدام مدنی نیست که تنها در صورت ارتکاب جرائم سنگین می‌تواند مورد وضع قانون‌گذار در اصلاح قوانین جزایی قرار گیرد.

همچنین، مسدودسازی شناسه ملی اشخاص حقوقی نیز پس از صدور حکم ورشکستگی، با هیچ مانعی مواجه نیست و قانون‌گذار می‌تواند در قوانین مربوط به سادگی این موضوع را پیش‌بینی کند.

### نتیجه‌گیری

قانون‌گذار در خصوص روند اجرای احکام مالی ابتدا به توقیف اموال و حقوق مالی بدهکار رهنمون شده است و در صورتی که اموالی قابل حصول و محکوم معسر نباشد، راهکار حبس را به استناد منابع روایی مورد تقنین قرار داده است. با وجود این، دسترسی به اموال مدیون همواره امکان‌پذیر نیست. همچنین، راهکار حبس در همه موارد منجر به اجبار محکوم به تأدیه دیون نمی‌شود. از سوی دیگر، این راهکار باعث ایجاد هزینه و بار مالی نگهداری محکومان برای حاکمیت می‌شود. در زمینه اجرای محکومیت‌های کیفری نیز شناسایی و دسترسی به محکومان همواره آسان نیست. در پرتوی کاربرد گسترده فناوری‌های نوین الکترونیکی در مدیریت جوامع بشری، اختصاص شماره ملی یکتای هوشمند به تمام افراد، دسترسی به اشخاص را به‌منظور اجرای احکام اعم از مدنی و کیفری ممکن ساخته است. دستگاه تقنین و اجرای احکام در محاکم ممکن است با در نظر گرفتن سهولت و مزیت انکارناپذیر مسدود کردن شماره ملی، به دنبال ایجاد اهرم فشار در خصوص اجرای احکام باشد، اما باید در نظر داشت که انسداد شماره ملی اشخاص، مصداق بارزی از سلب حقوق مربوط به شخصیت اشخاص به‌صورت کامل و مخالف نص صریح ماده ۹۶۰ قانون مدنی و از نظر تحلیل حقوقی و فقهی به‌شدت محل مناقشه است.

در خصوص بهینه‌سازی استفاده از ابزار نوین شماره ملی در زمینه اجرای محکومیت‌های مالی و کیفری با در نظر گرفتن مزایا و چالش‌های مورد بحث، پیشنهادهایی به شرح زیر بیان می‌شود. در وهله نخست، اجرا شدن طرح کاربرد شماره ملی در عرصه رسیدگی‌های نوین قضایی و به‌تبع آن، در خصوص تسریع در روند اجرای احکام، نیازمند بستر مناسب و گسترش عادلانه و برابر برای همگانی شدن استفاده از فناوری‌های نوین ارتباط جمعی و اطلاعات است؛ به‌گونه‌ای که این امکان نسبت به اشخاص در جامعه قابل استفاده باشد. نکته دوم حائز اهمیت، ایجاد بستر مناسب برای حفاظت مناسب و ایمن از اطلاعات هویتی اشخاص است. در واقع، اختصاص شماره ملی به اشخاص به نوعی دسته‌بندی تمام اطلاعات هویتی و اموال و دارایی‌های ایشان است. بنابراین،



ایجاد سیستم‌های امنیتی قدرتمند و ارتقای آن‌ها به منظور حفاظت از اطلاعات کاملاً ضروری به نظر می‌رسد. به بیان دیگر، مزیت استفاده از ابزارهای نوین ارتباطی و شناسایی نباید منجر به سلب اعتماد عمومی و نقض حریم خصوصی اشخاص شود. از سوی دیگر، محرومیت کلی از حقوق حیاتی به صورت کامل و سلب حقوق اجتماعی به منظور ایجاد فشار و جبر در اجرای محکومیت مالی یا کیفری، موضوعی خلاف اخلاق، قواعد حقوقی و آزادی‌های اشخاص است. بنابراین، سلب حقوق به صورت کلی در قالب انسداد شماره ملی اشخاص به منزله نوعی اعدام مدنی است و پذیرفتنی نیست، اما با وضع نظام حجر سوءظنی مانند ورشکستگی و افلاس و در راستای ممنوع‌التصرف کردن فرد محکوم از امور حقوقی و فعالیت‌های اقتصادی و به منظور بهره‌مندی از شماره ملی و رسیدن به هدف اجرای احکام، می‌توان با ایجاد سازوکار مناسب برخی از خدمات عمومی را که فاقد جنبه‌های شخصیتی هستند، ممنوع ساخت. به بیان دیگر، به جای انسداد شماره ملی به صورت کامل، ایجاد محدودیت در برخی شاخه‌های خدمات اجتماعی می‌تواند مورد توجه مقنن قرار گیرد. از جمله می‌توان به ایجاد محدودیت‌هایی در زمینه امور مالی، افتتاح حساب‌های بانکی و نیز نقل و انتقال اسناد اشاره کرد. به بیان دیگر، استفاده از این راهکار در نگاه نخست می‌تواند منجر به حصول هدف اصلی و مهم اجرایی شدن آرای قضایی شود، اما باید در نظر داشت که انسداد شماره ملی اشخاص به صورت کلی و ایجاد محرومیت از حقوق اساسی زندگی جمعی، مخالف قواعد حقوق مربوط به شخصیت و نیز نص صریح قانون مدنی و قانون اساسی است. از سوی دیگر، محدود کردن دامنه خدمات ارائه‌شده به دارنده شماره ملی در زمینه‌هایی مانند برخی خدمات مالی، افتتاح حساب بانکی و نقل و انتقال اموال در دفاتر اسناد رسمی به عنوان اهرم فشار نسبت به محکوم شمرده می‌شود و روند اجرا شدن احکام را سرعت می‌بخشد. این موضوع از لوازم و فروع حکم حجر مدیون بر اساس قواعد افلاس و ورشکستگی شمرده می‌شود.

به دیگر سخن، حمایت از طلبکار و بدهکار هر دو در چهارچوب قانون و مبانی فقهی و حقوقی و جاهت دارد. با توجه به سوءاستفاده برخی محکومان مالی در تظاهر به اعسار و فرار از دین و...، به نظر بهترین راهکار، احیای مقررات افلاس و صدور حکم حجر برای بدهکاران به‌طور کلی است. در این صورت وضع محدودیت‌هایی مانند عدم امکان استفاده از سیستم بانکی و نقل و انتقال اموال کاملاً موجه و منطقی خواهد بود. امید است این نوشتار، روزه‌ای برای احیای

مقررات افلاس باشد؛ زیرا مسدودسازی شماره ملی و محرومیت از همه خدمات اجتماعی، مدنی، سیاسی، درمانی و... در حکم اعدام مدنی است و به هیچ وجه شایان حمایت نیست. پوشیده نیست که مسدودسازی شماره ملی و محرومیت کامل از همه خدمات وابسته به آن می‌تواند در قوانین جزایی به‌عنوان مجازات تبعی یا اصلی برخی جرائم مانند جرائم اقتصادی یا سیاسی سنگین، مورد پذیرش قانون‌گذار قرار گیرد.

## منابع

- ۱) قرآن کریم
- ۲) اسدی نژاد، سیدمحمد و نیک‌کار، جمال (۱۴۰۲). تحلیل کیفرشناختی نهاد محرومیت از حقوق اجتماعی. نشریه پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۹، شماره ۴. doi: 10.22059/jorr.2023.349549.1009200
- ۳) اسدی، منوچهر، عطایی، محمد و دوردیان، محمود (۱۴۰۱). رابطه حکمرانی خوب با اعتماد عمومی با میانجیگری ادراک اثربخشی. دولت الکترونیک، دوره ۱۳، شماره ۴، صص. ۱۱۳-۱۳۶. doi: 10.52547/jpap.2022.225344.1150
- ۴) اکرمی، زهرا و حاتمی، علی‌اصغر (۱۳۹۹). اعسار از محکوم‌به و انحراف‌های دادرسی در آینه قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴ با تکیه بر رویه قضایی. مطالعات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۲. doi: 10.22099/jls.2020.35514.3689
- ۵) السان، مصطفی، منوچهری، محمدرضا و مظلومی، سجاد (۱۴۰۱). شرایط و استثنای بازداشت بدهکار در اجرای محکومیت‌های مالی. مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۲۰، صص. ۷۱-۴۹. doi: 10.22106/jlj.2021.532573.4244
- ۶) امیری، مهدی، رضانی، احمد، گلدوزیان، ایرج و صلاحی، سهراب (۱۳۹۷). مطالعه تطبیقی جایگاه نهاد اجرای احکام در نظام کیفری ایران، فرانسه و انگلستان. مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، شماره ۲، صص. ۴۹۳-۵۱۹. doi: 10.22059/jcl.2017.243924.633561
- ۷) انصاری، باقر (۱۳۹۱). مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی ناشی از نقض حقوق مربوط به شخصیت در رسانه‌ها. مجله حقوق خصوصی، دوره ۹، شماره ۲، صص. ۶۷-۱۰۰. doi: 10.22059/jolt.2013.35160
- ۸) بادینی، حسن (۱۳۹۱). مسئولیت مدنی ناشی از نقض حقوق مربوط به شخصیت و حقوق بشر. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۲، شماره ۱، صص. ۸۹-۱۰۷. doi: 10.22059/jlq.2012.29818
- ۹) باریکلو، علی‌رضا (۱۳۸۷). حقوق مدنی ۱؛ اشخاص و حمایت‌های حقوقی آنان. چاپ ۴، تهران: مجد.
- ۱۰) پروین، فرهاد و رادپسند، حسینی (۱۴۰۰). تأثیر سلب حق بر کرامت ذاتی و شخصیت انسان در حقوق مدنی. پژوهش‌های اخلاقی، سال ۱۲، شماره ۱، صص. ۶۹-۸۸.
- ۱۱) تقی‌زاده داغیان، مجتبی (۱۳۸۵). بررسی فقهی-حقوقی قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی. مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۲۰.
- ۱۲) توکلی راد، رضا و میری، حوریه‌السادات (۱۴۰۰). تحول‌گرایی حکمرانی؛ از دولت الکترونیک تا حکمرانی دیجیتال. فصلنامه حکمرانی تعالی، سال ۲، شماره ۷.
- ۱۳) حبیبیا، سعید، طباطبایی حصار، نسرین، نصیری، محمد، عسکری، امیرعباس و صفی‌زاده، سروش

- (۱۴۰۲). «وضعیت اشخاص حقوقی و تأثیر آن بر اعتبار «شناسه ملی». مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۲، صص. ۷۲۸-۷۵۱. doi: 10.22059/jcl.2023.365440.634552
- (۱۴) دولیان، پلود (۱۳۹۶). حقوق معنوی و حقوق شخصیتی (علیرضا محمدزاده وادقانی، مترجم). تأملاتی در حقوق تطبیقی (مجموعه مقالات هدایی به دکتر سیدحسین صفایی)، چاپ ۶، تهران: سمت.
- (۱۵) رحمدل، منصور (۱۳۸۵). حمایت کیفری از طلب در حقوق ایران. مجله حقوقی، شماره ۵۵.
- (۱۶) سرداری، احمد (۱۳۸۶). دولت الکترونیکی. رهیافت، شماره ۳۹.
- (۱۷) شریفی، علی اصغر، صفایی، سیدحسین، الماسی، نجادعلی و ساورایی، پرویز (۱۴۰۲). مسئولیت مدنی و اخلاقی با محوریت نقض حقوق مربوط به شخصیت اشخاص در فضای سایبر. فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری، سال ۱۸، شماره ۳.
- (۱۸) شمس، عبدالله (۱۳۹۷). اجرای احکام مدنی (جلد ۱). چاپ اول، تهران: دراک.
- (۱۹) صفایی، سیدحسین (۱۳۹۰). دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اشخاص و اموال (جلد ۱). تهران: میزان.
- (۲۰) علیزاده، امیرحسین (۱۳۹۸). تحلیل و نقد ماهیت حبس، اعسار و آیین حاکم بر آن‌ها با نگرشی به قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی. مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۳، شماره ۱۰۸. doi: 10.22106/jlj.2020.88691.2210
- (۲۱) قدمی، حسن و کوثر، زهرا (۱۳۹۲). تأثیر دولت الکترونیک بر مسئولیت‌پذیری اجتماعی. فصلنامه مطالعات مدیریت (بهبود و تحول)، سال ۲۳، شماره ۷۱، صص ۷۵-۱۰۴.
- (۲۲) قلی‌پور، آرین و پیران‌نژاد، علی (۱۳۸۷). ارتقای اعتماد عمومی و دمکراسی الکترونیکی؛ تبیین نقش دولت الکترونیک. فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۱۲، شماره ۱.
- (۲۳) قنبرپور، بهنام و قربانی، امید (۱۴۰۱). بررسی تأثیر ایجاد ابلاغ و ثبت الکترونیکی در روند دادرسی قضایی. آموزه‌های فقه و حقوق جزا، سال اول، شماره ۴. doi: 10.30495/jcld.2023.1975052.1032
- (۲۴) کریم‌پور کلوری، سیدعیسی و عابدینی، صمد (۱۳۹۹). بررسی آثار اجتماعی و اقتصادی پیاده‌سازی کارت هوشمند ملی در استان اردبیل. نشریه تغییرات اجتماعی-فرهنگی، سال ۱۷، شماره ۶۵.
- (۲۵) محسنی، حسن (۱۳۹۵). نوآوری‌های قانون نحوه اجرای محکومیت مالی. فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ۴، شماره ۱۵. doi: 10.22054/jplr.2016.4458
- (۲۶) محسنی، حسن و رضایی‌نژاد، همایون (۱۳۹۱). دادگستری و پیشرفت فناوری اطلاعات و ارتباطات. مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ۴، شماره ۲.
- (۲۷) مظهر قراملکی، علی، قدرتی، فاطمه و نظری توکلی، سعید (۱۳۹۵). شاخصه‌ها و احکام حقوق وابسته به شخصیت انسان. فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۴۹، شماره ۲، صص. ۲۷۹-۲۹۳. doi: 10.22054/jplr.2016.4458

10.22059/jzfil.2017.62584

- ۲۸) مغنیه، محمدجواد (۱۳۷۹). فقه‌الامام جعفرالصادق (جلد ۴). قم: انصاریان.
- ۲۹) مقدس اردبیلی، احمد (بی‌تا). زبدةالبیان فی احکامالقرآن. تهران: مکتبه‌المرتضویه.
- ۳۰) ملکی، مصطفی (۱۳۹۶). امکان سلب حقوق مربوط به شخصیت در فقه و حقوق ایران. مطالعات حقوق، شماره ۱۵.
- ۳۱) مؤذن‌زادگان، حسنعلی و جهانی، بهزاد (۱۴۰۰). ساختار اجرای احکام کیفری ایران در پرتوی اصل استقلال قضایی. مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره ۹، شماره ۱۸. doi: 10.22034/jclc.2021.268731.1459
- ۳۲) موسوی خوانساری، احمد (۱۳۵۵). جامع‌المدارک فی شرح‌المختصرالنافع. (جلد ۶). تهران: مکتبه‌الصدوق.
- ۳۳) میرشکاری، عباس (۱۴۰۲). حقوق ثبت احوال. چاپ ۳، تهران: میزان.
- ۳۴) نجفی جواهری، محمدبن‌حسن (۱۳۷۷). جواهرالکلام (جلد ۲۵). قم: دارالکتب‌الاسلامیه.
- ۳۵) نکویی مهر، نفیسه و حسینی فرد، عاطفه (۱۴۰۰). حفظ حقوق شهروند مجازی در راستای منشور حقوق شهروندی. پژوهش‌های اخلاقی، سال ۹، شماره ۱.
- ۳۶) نوبخت، محمدباقر و بختیاری، حمید (۱۳۸۷). دولت الکترونیک و امکان‌سنجی استقرار آن در ایران. تهران: معاونت پژوهشی دانشگاه آزاد اسلامی.
- ۳۷) نیازپور، امیرحسن (۱۳۸۷). محرومیت از حقوق اجتماعی در لایحه «مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان»؛ جلوه‌ای از کارکرد توان‌گیرانه کیفرهای اجتماع‌محور. مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۴.
- ۳۸) همایی چراغی، پیمان، حبیبی تبار، حسین و قیوم‌زاده، محمود (۱۳۹۸). بررسی کرامت ذاتی انسان در مجازات‌های محرومیت از حقوق اجتماعی. فصلنامه علمی-پژوهشی تعالی حقوق، شماره ۵. doi: 10.22034/thdad.2019.241065
- ۳۹) همتی، مریم (۱۳۸۱). اجرای احکام محکومیت جزای نقدی در حقوق کیفری ایران و انگلستان. مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۲۱.
- ۴۰) یعقوبی، نورمحمد (۱۳۸۵). دولت الکترونیک؛ رویکرد مدیریتی. چاپ ۴، تهران: افکار.

- 41) Almatarneh, A. (2016). Ethics and smart governments: The case of national ID smart card in the United Arab Emirates. American Research Journal of Business and Management.
- 42) Karen, L., & Lee, J. (2001). Developing fully functional e-government: A four-stage model. Government Information Quarterly, 18(2), 122-136. [https://doi.org/10.1016/S0740-624X\(01\)00066-1](https://doi.org/10.1016/S0740-624X(01)00066-1)
- 43) Reid, E. (2007). Protection for right of personality in Scots law: A comparative evaluation. Electronic Journal of Comparative Law, 11(4).

- 44) Steyaert, H., & Steyaert, J. C. (2003). Measuring the performance of electronic government services. *Information & Management*, 39(5), 1-7.  
[https://doi.org/10.1016/S0378-7206\(01\)00103-6](https://doi.org/10.1016/S0378-7206(01)00103-6)
- 45) Subhajit, B. (2004). E-government and developing countries: An overview. *International Review of Law, Computers & Technology*, 18(1), 109-132.  
<https://doi.org/10.1080/13600860410001674779>
- 46) Welch, W. E., Hinnant, C. C., & Moon, M. J. (2005). Linking citizen satisfaction with e-government and trust in government. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 15(3), 371-391.  
<https://doi.org/10.1093/jopart/mui021>

## References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Akrami, Zahrā & Hātami, 'Alī-Ashghar (1399 SH/2020). E'sār az Maḥkūm-on beh va Enḥerāf-hā-ye Dādresī dar Āyīneh-ye Qānūn-e Naḥveh-ye Ejṛā-ye Maḥkūmiyat-hā-ye Mālī 1394 bā Takyeh bar Raveye-ye Qaḍāyī [Insolvency in Financial Judgments and Procedural Deviations in Light of the 1394 Law on Execution of Financial Convictions with Emphasis on Judicial Procedure]. Moṭāle'āt-e Hoḡūqī [Legal Studies], Vol. 12, No. 2. doi: 10.22099/jls.2020.35514.3689 [in Persian].
- 3) Alizādeh, Amīr-Ḥosayn (1398 SH/2019). Taḥlīl va Naqd-e Māhiyat-e Ḥabs, E'sār va Āyin-e Ḥākem bar Ānhā bā Negaresḥī beh Qānūn-e Naḥveh-ye Ejṛā-ye Maḥkūmiyat-hā-ye Mālī [Analysis and Critique of the Nature of Imprisonment, Insolvency, and Their Governing Procedure with a View to the Law of Execution of Financial Judgments]. Majalleh-ye Hoḡūqī-ye Dādgostari [Judicial Law Journal], Year 83, No. 108. doi: 10.22106/jlj.2020.88691.2210 [in Persian].
- 4) Almatarneh, A. (2016). Ethics and smart governments: The case of national ID smart card in the United Arab Emirates. American Research Journal of Business and Management.
- 5) Amīri, Mahdī; Ramazāni, Aḥmad; Goldūziān, Īraj & Ṣalāhi, Sohrāb (1397 SH/2018). Moṭāle'eh-ye Taṭbiqī-ye Jāygāh-e Nahād-e Ejṛā-ye Aḥkām dar Neẓām-e Kayfari-ye Īrān, Farānseh va Engelestān [Comparative Study of the Institution of Judgment Execution in the Criminal Systems of Iran, France, and England]. Moṭāle'āt-e Hoḡūq-e Taṭbiqī [Comparative Law Studies], Vol. 9, No. 2, pp. 493-519. doi: 10.22059/jcl.2017.243924.633561 [in Persian].
- 6) Anṣārī, Bāqer (1391 SH/2012). Moṭāle'eh-ye Taṭbiqī-ye Mas'ūliyat-e Madanī Nāshī az Naqz-e Hoḡūq-e Marbut beh Shakhshiyat dar Resāneh-hā [Comparative Study of Civil Liability Resulting from the Violation of Personality Rights in Media]. Majalleh-ye Hoḡūq-e Khosūsi [Private Law Journal], Vol. 9, No. 2, pp. 67-100. doi: 10.22059/jolt.2013.35160 [in Persian].
- 7) Asadi, Manūchehr; 'Aṭāyī, Moḥammad & Dürdiyān, Maḥmūd (1401 SH/2022). Rābeṭeh-ye Ḥokmrāni-ye Khūb bā E'temād-e 'Omūmi bā Miyānjigari-ye Edrāk-e Aṣarbakshī [The Relationship of Good Governance with Public Trust Mediated by Perceived Effectiveness]. Dowlat-e Elektronik [Electronic Government], Vol. 13, No. 4, pp. 113-136. doi: 10.52547/jpap.2022.225344.1150 [in Persian].
- 8) Asadinezhād, Seyyed Moḥammad & Nikkār, Jamāl (1402 SH/2023). Taḥlīl-e Kayfarshenākhti-ye Nahād-e Maḥrūmiyat az Ḥuḡūq-e Ejtemā'i [Criminological Analysis of the Institution of Deprivation of Social Rights]. Nashriye-ye Pazhūhesh-hā-ye Feqhī [Journal of Jurisprudential Research], Vol. 19, No. 4. doi: 10.22059/jorr.2023.349549.1009200 [in Persian].
- 9) Bādīni, Ḥasan (1391 SH/2012). Mas'ūliyat-e Madanī Nāshī az Naqz-e Hoḡūq-e Marbut beh Shakhshiyat va Hoḡūq-e Bashari [Civil Liability Arising from Violation of Personality and Human Rights]. Faṣlnāmeḥ-ye Moṭāle'āt-e Hoḡūq-e Khosūsi [Private Law Studies Quarterly], Vol. 42, No. 1, pp. 89-107. doi: 10.22059/jlq.2012.29818 [in Persian].

- 10) Bāriklū, 'Alī-Rezā (1387 SH/2008). Hoquq-e Madanī 1; Ashkhāṣ va Ḥemāyat-hā-ye Hoquqī-ye Ānān [Civil Law 1; Persons and Their Legal Protections]. 4th ed., Tehran: Majd [in Persian].
- 11) Dūliyān, Plūd (1396 SH/2017). Hoquq-e Ma'navī va Hoquq-e Shakhshiyati [Moral and Personality Rights] ('Alirezā Moḥammadzādeh Vādeqānī, trans.). Ta'ammolāti dar Hoquq-e Taṭbīqī (Majmū'eh Maqālāt-e Ehdāyī beh Doktor Seyyed Ḥosayn Ṣafā'ī), 6th ed., Tehran: Samt [in Persian].
- 12) Elsān, Moṣṭafā; Manūchehrī, Moḥammad-Rezā & Mazlūmī, Sajjād (1401 SH/2022). Sharāyeṭ va Estesnāhā-ye Bāzdāsht-e Bedehkār dar Ejrā-ye Maḥkūmiyat-hā-ye Mālī [Conditions and Exceptions for the Arrest of Debtors in Execution of Financial Judgments]. Majalleh-ye Hoquqī-ye Dādgostari [Judicial Law Journal], Vol. 86, No. 120, pp. 49-71. doi: 10.22106/jlj.2021.532573.4244 [in Persian].
- 13) Ḥabībā, Sa'id; Ṭabāṭabā'ī Heṣārī, Nasrīn; Naṣirī, Moḥammad; 'Askarī, Amīr-'Abbās & Ṣafizādeh, Sorūsh (1402 SH/2023). "Waz'iyat"-e Ashkhāṣ-e Hoquqī va Ta'sīr-e Ān bar E'tebār-e "Shenāseh-ye Mellī" [The "Status" of Legal Persons and Its Impact on the Validity of the "National ID"]. Moṭāle'āt-e Hoquq-e Taṭbīqī [Comparative Law Studies], Vol. 14, No. 2, pp. 728-751. doi: 10.22059/jcl.2023.365440.634552 [in Persian].
- 14) Hemmatī, Maryam (1381 SH/2002). Ejrā-ye Aḥkām-e Maḥkūmiyat-e Jazā-ye Naqdī dar Hoquq-e Keyfari-ye Irān va Engelestān [Enforcement of Monetary Penalties in the Criminal Law of Iran and England]. Majalle-ye Pazhūhesh-hā-ye Hoquqī [Journal of Legal Research], No. 21 [in Persian].
- 15) Homāyī Cherāghī, Peymān, Ḥabībī Tabār, Ḥoseyn & Qayyūmzādeh, Maḥmūd (1398 SH/2019). Barrasī-ye Kerāmat-e Zāti-ye Ensān dar Mojāzāt-hā-ye Maḥrūmiyat az Hoquq-e Ejtemā'ī [Examining Human Dignity in Social Rights Deprivation Penalties]. Faslnāmeḥ-ye 'Elmī-Pazhūheshī-ye Ta'ālī-ye Hoquq [Quarterly Journal of Legal Excellence], No. 5. doi: 10.22034/thdad.2019.241065 [in Persian].
- 16) Karen, L., & Lee, J. (2001). Developing fully functional e-government: A four-stage model. Government Information Quarterly, 18(2), 122-136. [https://doi.org/10.1016/S0740-624X\(01\)00066-1](https://doi.org/10.1016/S0740-624X(01)00066-1)
- 17) Karīmpūr Kalūrī, Seyyed 'Isā & 'Ābedinī, Ṣamad (1399 SH/2020). Barrasī-ye Āsar-e Ejtemā'ī va Eqteṣādī-ye Piyādehsāzi-ye Kārt-e Hūshmand-e Mellī dar Ostān-e Ardābil [Examining the Social and Economic Effects of Implementing the National Smart Card in Ardabil Province]. Nashriyeh-ye Taḡyīrāt-e Ejtemā'ī-Farhangī [Journal of Socio-Cultural Changes], Year 17, No. 65 [in Persian].
- 18) Malekī, Moṣṭafā (1396 SH/2017). Emkān-e Salb-e Hoquq-e Marbuṭ be Shakhshiyat dar Feqh va Hoquq-e Irān [Possibility of Deprivation of Personality Rights in Iranian Jurisprudence and Law]. Moṭāle'āt-e Hoquq [Legal Studies], No. 15 [in Persian].
- 19) Mazḥar-e Qarāmalekī, 'Alī, Qodratī, Fāṭemeh & Nazārī Tavakkolī, Sa'id (1395 SH/2016). Shākhesh-hā va Aḥkām-e Hoquq-e Vābasteh be Shakhshiyat-e Ensān



- [Characteristics and Rules of Rights Related to Human Personality]. *Feqh va Mabānī-ye Hoqūq-e Eslāmī* [Jurisprudence and Principles of Islamic Law], Year 49, No. 2, pp. 279-293. doi: 10.22059/jjfil.2017.62584 [in Persian].
- 20) Mīrshakārī, ‘Abbās (1402 SH/2023). *Hoqūq-e Sabt-e Aḥvāl* [Civil Registration Law], 3rd ed. Tehran: Mīzān [in Persian].
  - 21) Mo’azzenzādegān, Ḥasan ‘alī & Jahānī, Behzād (1400 SH/2021). *Sākhtār-e Ejrā-ye Aḥkām-e Keyfari-ye Īrān dar Partow-e Aṣl-e Esteqlāl-e Qazāyī* [The Structure of Criminal Judgment Enforcement in Iran in Light of Judicial Independence Principle]. *Majalle-ye Pazhūhesh-hā-ye Hoqūq-e Jazā va Jormshenāsī* [Criminal Law and Criminology Research Journal], Vol. 9, No. 18. doi: 10.22034/jclc.2021.268731.1459 [in Persian].
  - 22) Moḡnīyeh, Moḥammad Javād (1379 SH/2000). *Feqh al-Imām Ja’far al-Ṣādiq* (Vol. 4) [Jurisprudence of Imam Ja’far al-Ṣādiq]. Qom: Anṣāriyān [in Persian].
  - 23) Moḥsenī, Ḥasan & Rezā’inezād, Homāyūn (1391 SH/2012). *Dādgostarī va Pishraft-e Fanāvārī-e Eṭṭelā’āt va Ertebātāt* [Judiciary and Advances in Information and Communication Technology]. *Majalleh-ye Motāle’āt-e Hoqūqī-ye Dāneshgāh-e Shīrāz* [Journal of Legal Studies of Shiraz University], Vol. 4, No. 2 [in Persian].
  - 24) Moḥsenī, Ḥasan (1395 SH/2016). *No’āvārī-hā-ye Qānūn-e Nahveh-ye Ejrā-ye Maḥkūmiyat-e Mālī* [Innovations in the Law on Execution of Financial Sentences]. *Faslnāmeḥ-ye Pažūhesh-e Hoqūq-e Khosūsi* [Private Law Research Quarterly], Year 4, No. 15. doi: 10.22054/jplr.2016.4458 [in Persian].
  - 25) Muqaddas Ardabilī, Aḥmad (n.d.). *Zubdat al-Bayān fī Aḥkām al-Qur’ān*. Tehran: Maktabat al-Murtaḍawīyah [in Arabic].
  - 26) Mūsavī Khvānsārī, Aḥmad (1355 SH/1976). *Jāme’ al-Madārek fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfi’* (Vol. 6). Tehran: Maktabat al-Ṣadūq [in Arabic].
  - 27) Najafī, Muḥammad ibn Ḥasan (1377 SH/1998). *Javāher al-Kalām* (Vol. 25). Qom: Dār al-Kutub al-Islāmīya [in Arabic].
  - 28) Neko’ī Mehr, Nafīseh & Ḥoseynī Fard, ‘Āṭefeh (1400 SH/2021). *Ḥefz-e Hoqūq-e Shahrvand-e Majāzī dar Rāstā-ye Manshūr-e Hoqūq-e Shahrvandī* [Protecting the Rights of Virtual Citizens According to the Charter of Citizenship Rights]. *Pazhūhesh-hā-ye Akhlāqī* [Ethical Studies], Year 9, No. 1 [in Persian].
  - 29) Nīyāzpūr, Amīr Ḥasan (1387 SH/2008). *Maḥrūmiyat az Hoqūq-e Ejtemā’ī dar Lāyeḥeh-ye "Mojāzāt-hā-ye Ejtemā’ī-ye Jāygozīn-e Zendān"; Jelveh-ī az Kārkard-e Tavāngīrāneh-ye Kīfarhā-ye Ejtemā’-Maḥvar* [Deprivation of Social Rights in the "Alternative Social Punishments to Prison" Bill; A Reflection of the Empowering Function of Community-based Punishments]. *Majalle-ye Hoqūqī-ye Dādgostarī* [Judicial Law Journal], No. 64 [in Persian].
  - 30) Nobakht, Moḥammad Bāqer & Bakhtiārī, Ḥamīd (1387 SH/2008). *Dowlat-e Elektronik va Emkān-sanjī-ye Esteqrār-e Ān dar Īrān* [E-Government and the Feasibility of Its Establishment in Iran]. Tehran: Mo’āvenat-e Pazhūheshī-ye Dāneshgāh-e Āzād-e Eslāmī [in Persian].
  - 31) Parvīn, Farḥād & Rādpassand, Ḥosaynīyeh (1400 SH/2021). *Ta’ṣīr-e Salb-e Ḥaqq bar Karāmat-e Zātī va Shakḥīyat-e Ensān dar Hoqūq-e Madanī* [Impact of

- Right Deprivation on Human Dignity and Personality in Civil Law]. Pazhūhesh-hā-ye Akhlāqī [Ethical Researches], Vol. 12, No. 1, pp. 69-88 [in Persian].
- 32) Qadamī, Ḥasan & Kowsar, Zahrā (1392 SH/2013). Ta'sir-e Dowlat-e Elektronik bar Mas'ūliyat-paziri-ye Ejtemā'i [The Impact of Electronic Government on Social Accountability]. Fashnāmeḥ-ye Moṭāle'āt-e Modiriyat (Behbūd va Tahavvol) [Management Studies Quarterly (Improvement and Transformation)], Year 23, No. 71, pp. 75-104 [in Persian].
  - 33) Qanbarpūr, Behnām & Qorbāni, Omīd (1401 SH/2022). Barrasi-ye Ta'sir-e Ijād-e Eblāgh va Sabt-e Elektroniki dar Ravand-e Dādrasi-ye Qazāyi [Examining the Impact of Electronic Notification and Registration on Judicial Proceedings]. Āmūzeh-hā-ye Feqh va Ḥoqūq-e Jazā [Teachings of Jurisprudence and Criminal Law], Year 1, No. 4. doi: 10.30495/jcl.2023.1975052.1032 [in Persian].
  - 34) Qolipūr, Ārian & Pirānežād, 'Alī (1387 SH/2008). Erteqā-ye E'temād-e 'Omūmi va Demokrāsi-ye Elektroniki; Tabyyin-e Naqsh-e Dowlat-e Elektronik [Enhancing Public Trust and Electronic Democracy: Explaining the Role of Electronic Government]. Fashnāmeḥ-ye Modarres-e 'Olūm-e Ensāni [Modarres Human Sciences Quarterly], Vol. 12, No. 1 [in Persian].
  - 35) Raḥmdel, Manṣūr (1385 SH/2006). Ḥemāyat-e Kayfari az Ṭalab dar Ḥoqūq-e Irān [Criminal Protection of Debt Claims in Iranian Law]. Majalleh-ye Ḥoqūqi [Law Journal], No. 55 [in Persian].
  - 36) Reid, E. (2007). Protection for right of personality in Scots law: A comparative evaluation. *Electronic Journal of Comparative Law*, 11(4).
  - 37) Ṣafā'i, Seyyed Ḥosayn (1390 SH/2011). Dowreh-ye Moqaddamāti-ye Ḥoqūq-e Madani; Ashkhāsh va Amvāl (Vol. 1) [Introductory Course of Civil Law; Persons and Properties]. Tehran: Mizān [in Persian].
  - 38) Sardāri, Aḥmad (1386 SH/2007). Dowlat-e Elektroniki [Electronic Government]. Raḥyāft, No. 39 [in Persian].
  - 39) Shams, 'Abdollah (1397 SH/2018). Ejra-ye Aḥkām-e Madani (Vol. 1) [Execution of Civil Judgments]. 1st ed., Tehran: Derāk [in Persian].
  - 40) Sharifi, 'Alī-Ashghar; Ṣafā'i, Seyyed Ḥosayn; Almāsi, Nejad'alī & Sāvarā'i, Parviz (1402 SH/2023). Mas'ūliyat-e Madani va Akhlāqi bā Maḥvariyyat-e Naqz-e Ḥuqūq-e Marbut be Shakhsiyat-e Ashkhāsh dar Fazā-ye Sāyber [Civil and Ethical Liability Centered on the Violation of Personality Rights in Cyberspace]. Fashnāmeḥ-ye Akhlāq dar 'Ulūm va Fannāvari [Quarterly of Ethics in Science and Technology], Vol. 18, No. 3 [in Persian].
  - 41) Steyaert, H., & Steyaert, J. C. (2003). Measuring the performance of electronic government services. *Information & Management*, 39(5), 1-7. [https://doi.org/10.1016/S0378-7206\(01\)00103-6](https://doi.org/10.1016/S0378-7206(01)00103-6)
  - 42) Subhajit, B. (2004). E-government and developing countries: An overview. *International Review of Law, Computers & Technology*, 18(1), 109-132. <https://doi.org/10.1080/13600860410001674779>
  - 43) Taqizādeh Dāghiyān, Mojtabā (1385 SH/2006). Barrasi-ye Feqhi-Ḥoqūqi-ye Qānūn-e Nahveh-ye Ejra-ye Maḥkūmiyyat-hā-ye Māli [Jurisprudential-Legal

- Analysis of the Law on Execution of Financial Judgments]. *Majalleh-ye Takhaşşuşī-ye Elāhīyāt va Hoqūq* [Journal of Theology and Law], No. 20 [in Persian].
- 44) Tavakkoli Rād, Rezā & Mirī, Hūrīyeh al-Sādāt (1400 SH/2021). *Taḥavvolgarā`ī-ye Hoḵmrānī; az Dowlat-e Elektronik tā Hoḵmrānī-ye Dijītal* [Transformative Governance; from E-Government to Digital Governance]. *Faşlnāmeḥ-ye Hoḵmrānī-ye Ta`ālī* [Governance Excellence Quarterly], Year 2, No. 7 [in Persian].
- 45) Welch, W. E., Hinnant, C. C., & Moon, M. J. (2005). Linking citizen satisfaction with e-government and trust in government. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 15(3), 371–391.  
<https://doi.org/10.1093/jopart/mui021>
- 46) Ya`qūbī, Nūr Moḥammad (1385 SH/2006). *Dowlat-e Elektronik; Rūykard-e Modīriyati* [E-Government; A Managerial Approach], 4th ed. Tehran: Afkār [in Persian].



## Legal Analysis of the Concept and Provisions of "Unenforceable" Status in Iranian Commercial Law

Ahad Golizadeh Manghutay · Associate Professor, Department of Law, Faculty of  
Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran.

gholizadeh@ase.ui.ac.ir

### Abstract

#### 1. Introduction

The Iranian Commercial Code, as originally enacted in 1932 (1311 SH) and subsequently amended in 1969 (1347 SH), draws heavily from the Napoleonic Code and remains largely devoid of Islamic jurisprudence influences. Notably, the term "Unenforceable" is absent from both versions of the code. Instead, the legal framework utilizes the concept of "Valid but Voidable" to describe transactions or actions that lack certain required conditions but are not outright invalid. These transactions can be remedied, preventing them from being declared voidable. This article seeks to explore the nuanced distinctions between "Valid," "Invalid," and "Valid but Voidable" statuses in the context of Iranian commercial law, particularly examining the concept of enforceability and its implications.

#### 2. Research Question

The primary research question this article addresses is: How does the absence of the term "Unenforceable" in the Iranian Commercial Code affect the legal interpretation and status of transactions, particularly in relation to the concepts of "Valid but Voidable" and "Invalid"? Additionally, it investigates whether there is a legal basis for incorporating or substituting the concept of "Unenforceable" within the existing legislative framework.

#### 3. Research Hypothesis

The hypothesis underlying this research posits that the determination of



whether a transaction or action is "Valid," "Invalid," or "Valid but Voidable" under Iranian commercial law is significantly influenced by the scope of authority exercised by company representatives. It suggests that actions taken outside the scope of authority may render transactions voidable or invalid, but that the absence of an "Unenforceable" status creates ambiguity. Moreover, the research hypothesizes that it may be possible to conceptually replace or introduce the term "Unenforceable" within the current legal framework, particularly in situations where the legal status of transactions is otherwise indeterminate.

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

This article adopts a doctrinal legal research methodology, focusing on a detailed analysis of primary legal texts, including the original 1932 Commercial Code and the 1969 Amended Act. The research involves a comparative study of the relevant provisions, considering both the original and amended texts, to understand the legislative intent and the practical implications of the existing terminology. The article also explores the potential for extending the current legal interpretations to cases where the enforceability of transactions is in doubt. Through this approach, the research aims to critically evaluate the possibility of integrating or substituting the "Unenforceable" status within the Iranian commercial law framework, offering a potential resolution to the ambiguities identified.

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

The analysis of the Iranian Commercial Code reveals a deliberate avoidance of the term "Unenforceable", opting instead for the concept of "Valid but Voidable" to describe transactions that, while lacking certain required conditions, are not entirely invalid. The research finds that this substitution has significant implications across various aspects of commercial law, not just within company law or the 1969 Amended Act but also within the broader scope of the original 1932 Code. The distinction between "Valid," "Invalid," and "Valid but Voidable" emerges as a central theme, with the latter effectively replacing the concept of unenforceability in cases where a legal or contractual deficiency exists.

The study identifies key areas where the "Valid but Voidable" status is applied, such as in transactions involving company representatives who act beyond their scope of authority, dealings with a bankrupt merchant's assets, and self-dealing transactions by corporate officers. It also highlights the doctrinal underpinnings of this substitution, rooted in principles of agency law, which emphasize the need to protect the interests of third parties and maintain the expediency of commercial transactions.

Furthermore, the research discusses the retroactive effect of voidability rulings, emphasizing that remedying the grounds for voidability before a court

ruling can preserve the transaction's validity. However, once a ruling is issued, its effects are generally binding on the parties involved but not on third parties who acted in good faith. This discussion extends to the principles of independence of signatures and the protection of good-faith holders, underscoring the complexities of enforceability in commercial transactions.

## 6. Conclusion

The research concludes that the Iranian Commercial Code's approach of substituting "Unenforceable" with "Valid but Voidable" provides a flexible yet robust framework for dealing with questionable transactions in commercial law. This substitution, while safeguarding the interests of involved parties, especially third parties, ensures that commercial transactions remain efficient and enforceable within the legal system. The principle of expediency, vital in the context of commercial law, supports this approach by allowing for remedial measures that can retroactively validate transactions before voidability rulings are issued.

**Keywords:** Unenforceable, Valid but Voidable, Void and Unenforceable, Causes for Nullification of Transaction.

## تحلیل حقوقی چگونگی و احکام جایگزینی وضعیت «غیر نافذ» در قانون تجارت ایران

احمد قلی‌زاده منقو طای • دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.  
gholizadeh@ase.ui.ac.ir

### چکیده

قانون تجارت ایران، نه در مواد مصوب ۱۳۱۱ و نه در لایحه اصلاحی مصوب ۱۳۴۷، هرگز عبارت «غیر نافذ» را به کار نبسته است و مصادیق متعددی در لایحه اصلاحی پیش‌گفته نشان می‌دهد که در موارد نیاز به این وضعیت، از وضعیت جایگزین «صحیح قابل ابطال» استفاده کرده است؛ مصادیقی از این وضعیت در تصمیم‌گیری‌های هیأت‌مدیره، تصمیمات و اقدامات مدیرعامل واجد شرایط سلبی، و در معامله با خود مدیران و سایر نمایندگان قابل مشاهده است. نیاز به «قابل تنفیذ بودن» باعث شده که موجبات ابطال قبل از ابطال قابل رفع بوده و با رفع آن‌ها قبل از صدور حکم بطلان، وضعیت «صحیح قابل ابطال» به «صحیح غیر قابل ابطال» بدل شود. در مواردی، علت خاصی مانع از «قابل ابطال» شدن معامله می‌شود. در هر حال، منظور از «موجبات بطلان» به وضوح مشخص نشده است. بعد از ابطال، «صحیح قابل ابطال» به صورت «باطل غیر قابل استناد» نمود پیدا می‌کند. این وضعیت استثنایی است و نباید با وضعیت «باطل» مواردی مثل تصمیمات و اقدامات خارج از موضوع شرکت اعضای هیأت‌مدیره و مدیرعامل، و معاملات اشخاص دیگر با دارایی تاجر ورشکسته اشتباه گرفته شود. در واقع، اگر معامله‌کننده واجد سمت نمایندگی از سوی شرکت نباشد، معامله وی از سوی او نه «صحیح قابل ابطال» بلکه «باطل» تلقی می‌شود. نشانه‌هایی وجود دارد که در مقام شک در وضعیت سایر معاملات مشابه در لایحه اصلاحی فوق‌الذکر و معاملات تحت شمول متن اصلی قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ هم به جای «غیر نافذ» باید حکم به «صحت» معامله نمود و اصولاً به طرف مقابل یعنی ذینفع، اجازه ابطال معامله را داد مگر اینکه قانون‌گذار آن را تجویز نکرده باشد.

واژگان کلیدی: غیر نافذ، صحیح قابل ابطال، باطل غیر قابل استناد، موجبات ابطال معامله.





**مقدمه**

قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ نه در مصوبه اصلی و نه در لایحه اصلاحی ۱۳۴۷، هرگز کلمه «غیرنافذ» را به کار نبسته است. آن لایحه در موارد نیاز به جای آن، از وضعیت «صحیح قابل ابطال» «صحیح قابل ابطال» به «صحیح غیرقابل ابطال» بهره برده است؛ برای مثال در تصمیم‌گیری‌های هیات مدیره، تصمیمات و اقدامات مدیرعامل فاقد شرایط لازم، و در معامله با خود مدیران و سایر نمایندگان. گرچه منظور از «موجبات ابطال» به درستی در قانون مشخص نشده ولی نیاز به «قابل تفیذ بودن» باعث شده که موجبات ابطال قابل رفع بوده و با رفع آن‌ها قبل از صدور حکم ابطال، وضعیت بدل شود. گاه علت خاصی مانع «قابل ابطال» شدن معامله می‌شود. بعد از ابطال، «صحیح قابل ابطال» به صورت «باطل غیرقابل استناد» نمود می‌یابد. وضعیت قابل ابطال استثنایی و متفاوت از وضعیت «باطل» است. به عنوان فرضیه، به نظر می‌رسد داشتن یا نداشتن سمت نمایندگی از سوی شرکت، و برای نمایندگان شرکت، فعالیت در داخل یا خارج محدوده اختیارات خود، از عوامل تعیین‌کننده در وضعیت‌های «صحیح»، «باطل» یا «صحیح قابل ابطال» است. در ضمن، به نظر می‌رسد از این نظر وضعیت دیگر معاملات مشابه در لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ و معاملات مشمول متن اصلی قانون تجارت اصولاً تفاوتی با وضعیت پیش‌بینی شده در آن لایحه نخواهد داشت.

در این تحقیق تحلیلی توصیفی بعد از طرح راهکار چگونگی جایگزینی وضعیت «غیرنافذ» در متن اصلی قانون تجارت، امکان تسری راهکار مورد نظر به موارد مشکوک و چگونگی جایگزینی وضعیت «غیرنافذ» در لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت مورد بحث قرار می‌گیرد.

**۱. چگونگی جایگزینی وضعیت «غیرنافذ» در متن اصلی قانون تجارت**

جایگزینی وضعیت «غیرنافذ» در لایحه اصلاحی قانون تجارت سوابق کم‌وبیش مشخصی هم در متن اصلی قانون تجارت دارد، اما این متن این موارد را به اندازه آن لایحه پخته، بی‌ابهام و کامل بیان نکرده است.

**۱.۱. در نظر گرفتن وضعیت «صحیح قابل ابطال»**

متن اصلی قانون تجارت نیز اگرچه به طور غیر صریح، وضعیت «غیرنافذ» را با وضعیت «صحیح قابل ابطال» جایگزین کرده است. مثال‌های متعددی در این باره وجود دارند. برای مثال،

قراردادهای بسته شده در فاصله شروع به اجرا تا فسخ یا بطلان قرارداد ارفاقی، مطابق قانون، «باطل نمی‌شود». پس با توجه به عدم بیان وضعیت «غیر نافذ» در قانون تجارت و مطرح بودن رابطه نمایندگی در قرارداد ارفاقی، عبارت «باطل نمی‌شود» در فوق، آن گونه که دیگران (ستوده، ۱۳۵۰، ج ۴، ص. ۱۸۴؛ انوری پور، ۱۳۵۳، ص. ۱۴۶؛ عرفانی، ۱۳۶۶، ج ۳، ص. ۱۹۴؛ قائم مقام فراهانی، ۱۳۶۸، ص. ۱۷۳؛ عبدی پورفرد، ۱۳۹۳، ج ۴، ص. ۲۲۰؛ فرازنده مهر، ۱۳۹۶، ص. ۴۱۶) هم نظر داده‌اند، باید به «صحیح» تعبیر شود. به عبارتی، ابطال قرارداد ارفاقی در مقابل کسانی که آن را درخواست نکرده‌اند (اشخاص ثالث)، قابل استناد نخواهد بود. قراردادهای آن فاصله صحیح خواهند بود مگر اینکه استثنائاً آن گونه که دیگران (انوری پور، ۱۳۵۳، ص. ۱۴۶) هم نظر داده‌اند، به درخواست ذی‌نفع ثابت شود به قصد اضرار به طلبکاران بوده و منجر به ضرر آن‌ها هم شده است و به حکم دادگاه ابطال شود؛ البته با تبانی بودن هم باید به این دو شرط افزوده می‌شد. پس مشابه وضعیت «صحیح قابل ابطال» برای این مورد هم پیش‌بینی شده است؛ البته در این مورد موجب ابطال قرارداد، برخلاف آنچه در لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت تأکید شده است، نه هرگونه «عدم رعایت مقررات قانونی»، بلکه تنها «قصد اضرار به طلبکاران و ورود ضرر به آن‌ها» است. به‌طور کلی، منظور از «بطلان قرارداد ارفاقی» نیز با توجه به نتایج مطروح در قانون برای آن، به نظر می‌رسد همان «ابطال» باشد.

در ادامه وضعیت «صحیح قابل ابطال»، باید متن اصلی قانون تجارت هم مانند لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت، وضعیت «باطل غیر قابل استناد» را می‌آورد، اما آن متن به‌رغم استفاده از این وضعیت در جای دیگر، در مورد فوق تصریحی به آن نکرده است. با این حال، به‌طور کلی مشخص است که ابطال یکی از قراردادها به دلایل فوق نمی‌تواند مورد استناد ورشکسته یا مدیر تصفیه آن در شانه خالی کردن از تعهدات در قراردادهای دیگر باشد؛ حتی اگر قراردادهای دیگر وابسته به قرارداد اول باشد. برای مثال، اگر به‌موجب قرارداد ابطال شده قرار بود دستگاهی را از خارج وارد کنند و به‌موجب قرارداد دوم همان دستگاه را به مشتری در داخل تحویل بدهند، ابطال قرارداد اول، قرارداد دوم را باطل نمی‌کند و قرارداد دوم به‌گونه مقتضی باید اجرا شود.

در مثال دیگر، در اداره دارایی تاجر ورشکسته توسط طلبکاران، قانون تجارت در حالت خاصی، طلبکاران موافق را «در حدود اختیاراتی» که داده‌اند، مسئول تعهدات و کیلشان دانسته

است. در نگاه نخست به نظر می‌رسد که این مقرر مفهوم مخالف دارد و طبق آن مفهوم، طلب‌کاران موافق مسئول تعهدات خارج از اختیار وکیلشان نیستند مگر اینکه آن تعهدات را که فعلاً «غیرنافذ» به نظر می‌رسند، تنفیذ کنند، اما باز قانون چه‌بسا آگاهانه از به کار بردن ادات لازم امتناع کرده است و در واقع، آن جمله قابل مفهوم مخالف گرفتن نیست؛ خصوصاً به این دلیل که طبق یافته‌های این تحقیق تحلیلی که در مبحث مربوط به لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت به‌طور مفصل بیان می‌شود، خروج وکیل از حدود اختیاراتش در حقوق تجارت، معاملات او را اصولاً صحیح قابل ابطال می‌کند، موکل را از استناد به این خروج در مقابل ذی‌نفع منع می‌کند و مانع امتناع او از اجرای تعهدات خارج از حدود اختیارات مزبور می‌شود. طرف مقابل (ذی‌نفع) می‌تواند چنین معامله‌ای را به استناد آن خروج، با مراجعه به دادگاه ابطال کند، اما این ابطال نیز در مقابل اشخاص ثالث از سوی موکل استنادناپذیر است.

در مثالی دیگر، اگر مجمع عمومی، اختیارات مدیر شرکت با مسئولیت محدود را محدود کرده باشد، معاملات خارج از اختیار او، طبق یافته‌های این مقاله در مبحث مربوط به لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت، به‌رغم نظر بعضی (حسینی، ۱۳۸۰، ص. ۲۷۲؛ صفی‌نیا، ۱۳۸۱، ص. ۲۱۴)، برای شرکت است و نه دیگر «غیرنافذ»، بلکه به‌رغم نظر بعضی (پاسبان، ۱۳۸۵، ص. ۳۲۴) قاعداً صحیح خواهند بود، اما آیا معاملات مزبور از سوی طرف مقابل آن قابل ابطال‌اند و آیا می‌توان با رفع موجبات ابطال مانع ابطال آن‌ها شد؟ طبق انتظار، مقرر مربوط به‌گونه‌ای تنظیم شده است که شرکت را از استناد به این محدودیت برای ابطال قرارداد منع می‌کند، اما مانع استناد طرف مقابل (ذی‌نفع) به رعایت نشدن محدودیت قانونی برای ابطال آن قرارداد نیست. ابطال چنین قراردادی به میل طرف مقابل، طبعاً قابل استناد برای ابطال قراردادهای وابسته به آن نیست و مجمع عمومی می‌تواند با رفع موجبات ابطال یعنی محدودیت‌هایی که برای انعقاد چنین معاملاتی وضع کرده است و پذیرش قراردادهای به‌این‌ترتیب منعقدشده، مانع ابطال آن‌ها شود. به‌همین ترتیب، مطابق قانون تجارت، محدود کردن اختیارات قائم‌مقام تجارتي در مقابل اشخاصی که از آن اطلاع نداشته باشند، معتبر نیست.

## ۲.۱. در نظر گرفتن وضعیت «باطل غیرقابل استناد»

متن اصلی قانون تجارت نیز به شرح پیش‌گفته نه‌تنها هرگز از کلمه «غیرنافذ» استفاده نکرده، بلکه

به‌طور صریح یا ضمنی و معمولاً جسته و گریخته، به مفاهیم جایگزین توجه داشته است؛ تا جایی که افزون بر مطالب گفته‌شده، وضعیت «باطل غیر قابل استناد» را بارها درباره شرکت‌هایی که به دلیل رعایت نشدن مقررات تشکیل آن‌ها، باطل (در واقع با اقدام بعدی، ابطال) می‌شده‌اند، به کار برده است. به «عدم رعایت مقررات قانونی» در این باره برخلاف لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت نه در هر شکلی، بلکه تنها درباره آورده‌های نقدی و غیر نقدی و تسلیم‌شده بودن آن‌ها به شرکت توجه شده است. سهام‌داران شرکت، آن‌گونه که دیگران (حسنی، ۱۳۸۰، ص. ۳۶۷) هم ابراز کرده‌اند، قانوناً نمی‌توانند با استناد به ابطال شرکت، از تعهداتی که در قالب شرکت باطل فراهم آورده‌اند، شانه خالی کنند. مدیران و بازرسانی که در این باره انجام وظیفه نکرده‌اند نیز باید متضامناً از عهده تعهدات مزبور برآیند. در واقع، در این موارد از لفظ «باطل» استفاده شده، اما مراد «قابل ابطال» بوده است؛ زیرا اگر «باطل» به مفهوم خاص منظور بود، آن وضعیت در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد می‌شد. بدیهی است آنچه «ابطال» شده باشد، «باطل» خواهد بود.

در مورد دیگری، حق‌العمل‌کار با خروج از حدود اختیارات خود، برای مثال، به‌رغم مخالفت آمر یا آن‌گونه که در رأی وحدت رویه شماره ۸۴۷ مورخ ۱۴۰۳/۲/۲۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح شده است، برخلاف مصلحت موکل، کالا را نسیه می‌فروشد. برخلاف انتظار، چنین فروشی «غیر نافذ» تلقی نمی‌شود، بلکه قانون تجارت آن را به‌رغم نظر تلویحی بعضی (ستوده، ۱۳۵۰، ج ۴، ص. ۵۴)، صحیح تلقی می‌کند و حق‌العمل‌کار را در مقابل آمر تنها مسئول خسارات حاصل می‌داند. اگر لازمه جبران خسارت، جایگزین کردن مال خریداری‌شده (برای مثال، قطعه نامناسب برای موتور خودرو) با مال دیگری باشد، این موضوع به‌رغم نظر بعضی (ستوده، ۱۳۵۰، ج ۴، ص. ۵۰)، به معنی امکان رد (باطل کردن) معامله قطعه نامناسب توسط آمر نخواهد بود. مطابق سوابق، این صحیح بودن به این معنی است که این محدود کردن اختیارات در مقابل طرف مقابل (ذی‌نفع) قابل استناد نیست، اما ذی‌نفع می‌تواند با استناد به آن، معامله را ابطال کند، اما اگر حق‌العمل‌کار بدون اخذ اجازه از آمر، قطعه را بعد از خرید به دیگری فروخته باشد، این ابطال در مقابل آن خریدار غیر قابل استناد خواهد بود. با رفع موجب ابطال پیش از ابطال، مثلاً پذیرش معامله نسیه توسط آمر، معامله غیر قابل ابطال می‌شود. پس معامله با خود دلال هم صحیح و به‌شرح متن توسط ذی‌نفع قابل ابطال خواهد بود.

همچنین، حق‌العامل‌کار اگر در خرید از حدود اختیارات خود خارج و ثمن معامله حواله شده باشد، او نمی‌تواند با استناد به ابطال این معامله به خواست محیل، از پرداخت به محتال امتناع کند؛ اگرچه می‌تواند بابت وجه پرداختی به محیل رجوع کند. پس غیرقابل استناد بودن ابطال در اینجا مطابق انتظار دیگران (کاویانی، ۱۳۸۳، ص. ۱۳۸)، زمینه‌ساز پذیرش «اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل دارنده با حسن نیت» در حقوق اسناد تجاری خاص می‌شود. طبق این اصل، برای مثال، آن‌گونه که دیگران (محمدی، ۱۳۸۶، ص. ۱۳۳؛ نوری، ۱۳۸۳، ص. ۱۶۱) هم مطرح کرده‌اند، با ابطال معامله منشأ صدور سند تجاری میان صادرکننده و ظهرنویس، صادرکننده نمی‌تواند در مقابل دارنده با حسن نیت با استناد به این ابطال، از پرداخت وجه سند به او امتناع کند.

## ۲. امکان تسری راهکار مورد بحث به موارد مشکوک

معاملات مدیر تصفیه نسبت به مستثنیات دین ورشکسته، آن‌گونه که دیگران (اعظمی زنگنه، ۱۳۵۳، ص. ۳۳۳) هم به‌طور تلویحی نظر داده‌اند، به‌خاطر نمایندگی نداشتن مدیر تصفیه در این باره، نه صحیح قابل ابطال، بلکه باطل خواهد بود. همین‌طور خواهد بود اگر به‌رغم نظر بعضی (عرفانی، ۱۳۶۶، ج ۳، ص. ۱۰۹ و عیسانی تفرشی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص. ۱۹۲)، خود ورشکسته اموال غیر از مستثنیات دین خود را آن‌گونه که دیگران (اعظمی زنگنه، ۱۳۵۳، ص. ۳۳۷؛ محمدی، ۱۳۸۶، ص. ۲۳۷؛ قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۶۸، ص. ۱۳۸؛ اسکینی، ۱۳۷۵، ص. ۶۰) هم نظر داده‌اند، معامله کرده باشد. اعمال حق فسخی (عملیاتی) که به ضرر طلب‌کاران است، توسط مدیر تصفیه نیز آن‌گونه که به‌عنوان نظر تلویحاً در رأی شماره ۱۵۷/۲۰۰۱۳۱۰۹۹۸۹۳ مورخ ۱۳۹۴/۹/۳۰ شعبه ۳ دیوان عالی کشور نیز اتخاذ شده، صحیح است، ولی این اقدام به علت عدم رعایت تشریفات قانونی از سوی مدیر تصفیه (نماینده) توسط طرف مقابل یا طلب‌کاران ذی‌نفع قابل ابطال است. درضمن، با توجه به کاربردهای کلمه «ذی‌نفع» در قانون تجارت، اگر طرف مقابل «ذی‌نفع» نباشد و آن‌گونه که در کامن‌لا (Haupt & Rockwell, 2006, p. 110) نیز معمول است، از موضوع قابل ابطال ضرر نکند، نمی‌تواند از این حق استفاده کند.

به‌عنوان موردی دیگر، طلب‌کار در فاصله توقف تا ورشکستگی، در ازای طلبش، مالی از تاجر گرفته و آن را فروخته است. این معامله (دریافت) به‌رغم نظر بعضی (عرفانی، ۱۳۷۵، ص. ۱۹۷) و

آن‌گونه که دیگران (صقری، ۱۳۷۵، ص. ۱۹۱) هم ابراز کرده‌اند، باطل و این بطلان قاعدتاً قابل استناد در مقابل شخص ثالث (خریدار) است. در واقع، برخلاف آنچه در کامن‌لا (Blumberg et al, 2022, pp. 57-85) معمول است، ترجیح یکی از طلب‌کاران بر دیگران باطل است. همچنین است اگر به‌رغم نظر بعضی (اسکینی، ۱۳۷۵، ص. ۷۶)، تاجر در این فاصله مالی را به‌رغم آنچه در کامن‌لا (Blumberg et al, 2022, pp. 69-29) معمول است، به دیگری انتقال بلاعوض داده و آن مال باز منتقل شده باشد. صلح محاباتی نیز در این فاصله نه به‌رغم نظر بعضی (صقری، ۱۳۷۶، ص. ۲۹۸) قابل ابطال، بلکه باطل خواهد بود؛ زیرا به‌رغم نظر بعضی (محمدی، ۱۳۸۶، ص. ۲۲۶) و برخلاف آنچه در کامن‌لا (Tomasic et al, 2002, p. 460) معمول است، معاملات این فاصله نه قابل ابطال، بلکه باطل‌اند.

معاملات بازرس با شرکت منع شده است، اما قاعدتاً نباید باطل باشد، پس صحیح است؛ البته بازرس آن‌گونه که دیگران (خزاعی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۱۳۰) هم به‌طور کلی نظر داده‌اند، باید خسارات ناشی از چنین تخلفی را جبران کند. به نظر می‌رسد در مقایسه با معامله با خود مدیران و شدت بیشتر نهی قانون درباره بازرس، شرکت به‌عنوان ذی‌نفع می‌تواند ابطال این معامله را به‌رغم نظر بعضی (پاسبان، ۱۳۸۵، ص. ۲۳۸) که این موضوع را مشکل می‌دانند، به‌خاطر عدم رعایت مقررات قانونی انعقاد معامله (عملیات شرکت) توسط یکی از ارکان شرکت، از دادگاه بخواهد. به آن حکم ابطال اگر صادر شود، نمی‌توان در مقابل ایادی بعدی استناد کرد. در ضمن، بازرس نماینده شرکت در نظارت بر عملکرد مدیران است نه در معامله. پس معامله (انتقال دارایی شرکت به دیگران) اگر توسط او انجام شود، قاعدتاً باطل است. همچنین است اگر آن‌گونه که دیگران (صفی‌نیا، ۱۳۸۱، ص. ۶۶) هم نظر داده‌اند، یکی از اعضای هیئت‌مدیره منفرداً اقدام به انتقال دارایی شرکت کند؛ زیرا آن‌گونه که دیگران (ستوده، ۱۳۴۷، ج ۲، ص. ۱۴۸) هم نظر داده‌اند، اعضای هیئت‌مدیره به‌طور فردی حق تصمیم‌گیری یا اقدام ندارند. همین‌طور خواهد بود اگر آن‌گونه که دیگران (صفی‌نیا، ۱۳۸۱، ص. ۶۷؛ پاسبان، ۱۳۸۵، ص. ۳۲۶) هم به‌طور تلویحی نظر داده‌اند، مدیرعامل شرکت بدون اخذ اجازه از هیئت‌مدیره، دیگری را به‌جای خود گذاشته باشد و او اقدام به انتقال دارایی شرکت کند.

معاملات مدیرعامل یا اعضای هیئت‌مدیره با استفاده از اطلاعات نهانی شرکت به نظر می‌رسد

آن‌گونه که دیگران (اسکینی ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۱۴۷؛ پاسبان، ۱۳۸۵، ص. ۲۱۰؛ صفی‌نیا، ۱۳۸۱، ص. ۹۱) هم ابراز کرده‌اند، اصولاً باطل نیستند. برای مثال، شرکت محصولاتی با کیفیت و قیمت مناسب را از خارج وارد و در بازار عرضه می‌کرده، اما یکی از اعضای هیئت‌مدیره از اسرار این معامله آگاه شده و اقدام به واردات مستقیم از خارج کرده و رقیب شرکت شده است. برای چنین معاملاتی آن‌گونه که دیگران (باریکلو، ۱۳۸۳، ص. ۴۵) هم ابراز داشته‌اند، از دارایی معنوی (اطلاعات نهانی) شرکت سوءاستفاده می‌شود، اما به نظر نمی‌رسد برخلاف نظر تلویحی قانون‌گذار مبنی بر صحت این معاملات و معامله نکردن عضو متخلف برای شرکت، بتوان آن معاملات را «باطل» اعلام کرد.

### ۳. چگونگی جایگزینی وضعیت «غیرنافذ» در لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت

لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت به‌طور صریح زنجیره وضعیتی خاصی را جایگزین وضعیت «غیرنافذ» در قانون مدنی کرده و با طرح وضعیت‌های «صحیح قابل ابطال»، «صحیح غیرقابل ابطال»، «باطل غیرقابل استناد» و «باطل»، احکام مربوط را به‌دقت و اغلب با ذکر مصادیق، بیان کرده است. آن‌گونه که دیگران (طالب احمدی، ۱۳۸۲، ص. ۸۱) هم توجه داشته‌اند، قانون دریایی ایران هم درباره قرارداد موسوم به «نجات»، از این وضعیت استفاده کرده است.

#### ۱.۳. استفاده از وضعیت «صحیح قابل ابطال»

مطابق لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت در شرکت سهامی، اعضای هیئت‌مدیره، مدیرعامل، و بازرس نباید محجور، ورشکسته یا محروم از حقوق اجتماعی به‌خاطر ارتکاب جرائم مالی معین باشند. آن‌گونه که بعضی (صفی‌نیا، ۱۳۸۱، ص. ۷۸) مطرح کرده‌اند، کارمند دولت، سردفتر یا دفتریار نبودن را هم باید به این موارد افزود. افزون‌براین، مدیرعامل شرکت سهامی در شرکت دیگری نباید مدیرعامل باشد. باین‌حال، قانون شخصی را که با داشتن یکی از این شرایط سلبی، برگزیده شده یا بعداً دچار یکی از این شرایط شده است و به‌رغم داشتن آن شرط، مدتی کار کرده باشد، در مقابل دادخواست ذی‌نفع برخلاف انتظار، به‌جای «باطل‌الانتخاب» تنها «قابل عزل» می‌داند. اثر عزل مانند فسخ از لحظه اعلام آن است درحالی‌که در موضوع مورد بحث، اثر بطلان باید از لحظه انتخاب می‌بود.

در واقع، قانون به‌رغم نظر بعضی (رباطی و همکاران، ۱۳۹۶، ص. ۱۳۳)، با اعلام عزل به‌جای

بطلان، مانع اثر قهقراپی حکم دادگاه بر عملکرد برای مثال، عضو هیئت‌مدیره معزول می‌شود و تصمیمات پیش از عزل او را به هر تعداد که باشد، به جای اینکه طبق معمول «غیرنافذ» بدانند، آن‌گونه که بعضی (خزاعی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۱۳۰؛ پاسبان، ۱۳۸۵، ص. ۲۰۳) نیز به طور تلویحی نظر داده‌اند، صحیح می‌داند. ممکن است برای مثال، این شخص واجد شرایط سلبی، عضوی از هیئت‌مدیره پنج‌عضوی شرکت سهامی باشد؛ دو نفر از بقیه اعضا اغلب در جلسات هیئت‌مدیره، به دلایلی غایب و دو عضو دیگر با یکدیگر لجبازی داشته باشند؛ به گونه‌ای که با هر چه این موافق باشد، او مخالفت کند و برعکس. بنابراین، نقش عضو واجد شرایط سلبی در تصمیم‌گیری‌ها تعیین‌کننده باشد؛ زیرا او طرف هر کدام از دو عضو دیگر را در جلسه بگیرد، حرف او به کرسی می‌نشیند. آن‌گونه که دیگران (باریکلو، ۱۳۸۳، ص. ۴۸) هم توجه داشته‌اند، قانون تجارت به خاطر رعایت اصل سرعت، تعداد زیاد تصمیمات تجار به خصوص شرکت‌ها و اجتناب از تزلزل تصمیمات و معاملات با رسیدگی به وضعیت تک‌تک آن‌ها، همه تصمیمات و معاملات پیش از عزل را اصولاً صحیح دانسته است، اما لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت تقریباً در اواخر مقررات، آن تصمیمات و عملیات ارکان شرکت و تشکیل شرکت را که در آن‌ها «مقررات قانونی» رعایت نشده، به جای «غیرنافذ»، نه به‌رغم نظر بعضی (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۵۴)، «باطل»، بلکه «صحیح قابل ابطال» دانسته است؛ البته آن‌گونه که در کامن‌لا (Haupt & Rockwell, 2006, p. 110) نیز معمول است، نوعی «عدم نفوذ»<sup>۱</sup> در درون «قابل ابطال بودن»<sup>۲</sup> نهفته است. در مثال بالا، دو تصمیم و یک عملیات مطرح است؛ تصمیم مجمع عمومی به انتخاب شخص واجد شرایط سلبی به عضویت هیئت‌مدیره و تصمیم (شرکت در تصمیم‌گیری) عضو هیئت‌مدیره به تصویب قراردادهایی که در دستور جلسات هیئت‌مدیره قرار داشته است و اقدام (عملیات) مدیرعامل به اجرای آن تصمیمات هیئت‌مدیره. آن تصمیم مجمع عمومی، با یا بدون اطلاع آن مجمع از وجود شرایط سلبی، مخالف «مقررات قانونی» است، اما به‌رغم نظر بعضی (خزاعی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۱۳۱؛ صفی‌نیا، ۱۳۸۱، ص. ۱۰۱)، به‌خواست هر ذی‌نفعی (سهام‌داران یا طلب‌کاران شرکت)، نه «قابل ابطال»، بلکه «قابل درخواست فسخ» (عزل) از دادگاه است و دادگاه آن عضو هیئت‌مدیره

---

1. Unenforceability  
2. Voidability



را عزل می‌کند.

در واقع، چنین انتخابی قاعدتاً نه غیرنافذ، بلکه باطل تلقی می‌شود. پس به جای آن، لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت «عزل» را برگزیده است. تصمیم با رأی تعیین‌کننده عضو واجد شرایط سلبی در جلسات هیئت‌مدیره هم به هر تعداد که باشد، خلاف «مقررات قانونی» است و قابل ابطال خواهد بود. آن‌گونه که در کامن‌لا (Singh et al, 2021, p. 29) نیز معمول است، تصمیمات مزبور پیش از ابطال، معتبر، اما بعد از ابطال، غیرمعتبرند. عملیات اجرا از سوی مدیرعامل درباره تصمیمات هیئت‌مدیره که با رأی تعیین‌کننده آن عضو گرفته شده هم خلاف قانون و به شیوه گفته‌شده قابل ابطال است. برای قانون، رعایت نشدن مقررات قانونی مهم است نه عمدی یا سهوی بودن آن.

### ۲.۳. تحول «صحيح قابل ابطال» به «باطل غير قابل استناد»

به‌طور قانونی با ابطال «صحيح قابل ابطال» به درخواست ذی‌نفع و به حکم دادگاه، آن ابطال آن‌گونه که دیگران (محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۸۹، ص. ۲۵۵) هم نظر داده‌اند، در مقابل اشخاص ثالث توسط ارکان شرکت غیرقابل استناد خواهد بود. بعضی (محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۸۹، ص. ۲۵۵؛ ایزانلو و شریعتی‌نسب، ۱۳۹۱، ص. ۴۵)، به غلط از این حالت به «بطلان نسبی» تعبیر کرده‌اند درحالی‌که به‌رغم نظر آنان، در اینجا تصمیم یا اقدام نه از سویی صحيح و از سوی دیگر باطل، بلکه با حکم دادگاه به ابطال به‌رغم نظر بعضی (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۵۶؛ حیدری‌پور، ۱۳۸۲، ص. ۱۴۱) و آن‌گونه که دیگران (محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۸۹، ص. ۲۴۵؛ ایزانلو و شریعتی‌نسب، ۱۳۹۱، ص. ۴۵) هم نظر داده‌اند و آن‌گونه که در کامن‌لا (Kuchhal & Kuchhal, 2013, p. 14) نیز معمول است، از هر دو سو باطل خواهد بود.

همچنین، با صدور حکم قطعی ابطال تشکیل شرکت، اگرچه به‌رغم نظر بعضی (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۵۶) و آن‌گونه که دیگران (انصاری‌پور و سوهانی، ۱۴۰۰، ۶۳؛ محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۸۹، ص. ۲۵۹) هم به‌طور کلی نظر داده‌اند و در کامن‌لا (Gilmore & Wermuth, 1914, p. 417) نیز معمول است، این حکم عطف به ما سبق می‌شود، اثر قهقرايي دارد و به‌رغم نظر

بعضی (کاوپانی، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۸) به ابطال همه قراردادهای فاصله تشکیل<sup>۱</sup> تا صدور آن حکم منجر می‌شود، اما در مقابل طرف قراردادهای شرکت باطله که ابطال قراردادشان را از دادگاه نخواستند، مسئولان شرکت نمی‌توانند آن‌گونه که دیگران (ایزائلو و شریعتی‌نسب، ۱۳۹۱، ص. ۴۵) هم نظر داده‌اند، به ابطال شرکت استناد کنند و از اقداماتی که بدل اجرای قراردادهای مزبور باشد، شانه خالی کنند. بیان صریح نکته اخیر در قانون نشان می‌دهد که به‌رغم نظر بعضی (محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۸۹، ص. ۲۵۳)، چنین شرکتی قابل ابطال است نه باطل. به‌عنوان فرق، در مقابل اشخاص ثالث، آن‌گونه که در کامن‌لا (Bradgate & White, 2007, p. 16) نیز معمول است، بطلان معامله باطل قابل استناد است، اما ابطال معامله قابل ابطال قابل استناد نیست. بعضی (محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۸۹، ص. ۲۵۳) نوع اول را «باطل مطلق» و نوع دوم را «باطل نسبی» دانسته‌اند.

برای مثال دیگر، ممکن است مجمع عمومی اختیار تصمیم‌گیری هیئت‌مدیره را مثلاً درباره استخدام کارمند، در اساسنامه یا در خارج از آن محدود کرده باشد، اما هیئت‌مدیره به‌رغم این محدودیت، تصمیم به استخدام پنج نفر گرفته و مدیرعامل آن را اجرا کرده باشد. پس به‌رغم نظر بعضی (غریبه و پوررضایی، ۱۳۹۸، ص. ۲۲۲)، باز به‌جای وضعیت «غیرنافذ» وضعیت «صحیح قابل ابطال» پیش می‌آید. در اینجا، «امکان ابطال» نسبی هست، ولی «بطلان» نسبی نیست؛ یعنی برخلاف شرکت، استخدام‌شوندگان به‌رغم نظر بعضی (صفی‌نیا، ۱۳۸۱، ص. ۶۶)، می‌توانند به‌عنوان ذی‌نفع، ابطال قراردادشان را از دادگاه بخواهند. اگر در اثر ابطال آن قرارداد شرکت نتواند قرارداد دیگری را به اجرا گذارد، نمی‌تواند در مقابل طرف آن قرارداد دیگر (ثالث)، با استناد به ابطال قراردادش با استخدام‌شوندگان، برای مثال، انتظار مهلت برای انجام دادن تعهد یا امکان ابطال یا فسخ قرارداد را داشته باشد. در این باره اشکالی ندارد که طرف آن قرارداد دیگر، هریک از آن استخدام‌شوندگان یا به‌رغم نظر بعضی (حیدریور، ۱۳۸۲، ص. ۱۴۱)، هریک از سهام‌داران یا کارمندان شرکت نیز باشند؛ زیرا برخلاف آنچه در کامن‌لا (Tulsian, 2005, pp.13-15) معمول است، ملاک، اطلاع داشتن یا نداشتن آن‌ها از مصوبه مجمع عمومی یا اساسنامه شرکت نیست.

قانون، «غیرقابل استناد بودن» را در دو موقعیت مختلف مطرح کرده است. موقعیت نخست، درباره «ابطال» تشکیل شرکت یا تصمیم یا عملیات ارکان شرکت در مقابل «اشخاص ثالث» و موقعیت دوم درباره «تحدید» اختیارات هیئت‌مدیره در مقابل «ذی‌نفع»؛ یعنی شرکت نمی‌تواند به تحدید اختیارات هیئت‌مدیره برای ابطال تصمیمات آن در مقابل ذی‌نفع استناد کند. ظاهراً محدود شدن اختیارات اجرایی مدیرعامل از سوی اعضای هیئت‌مدیره یا مجمع عمومی هم به‌رغم سکوت قانون، آن‌گونه که دیگران (خزاعی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۱۳۲) هم نظر داده‌اند و به‌رغم نظر بعضی (پاسبان، ۱۳۸۵، ص. ۲۰۰؛ رسایی‌نیا، ۱۳۸۸، ص. ۱۵۳ و صفی‌نیا، ۱۳۸۱، ص. ۷۹)، از سوی شرکت در مقابل ذی‌نفع غیرقابل استناد است. در واقع، قانون عام (در اینجا قانون تجارت) خلأهای قانونی قانون خاص (در اینجا لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت) را پر می‌کند؛ گرچه عکس آن صادق نیست. پس حکم متن اصلی قانون تجارت درباره غیرقابل استناد بودن محدود شدن اختیارات مدیر (مدیرعامل)، قابل تسری به مدیرعامل شرکت‌های سهامی نیز است. در این باره، به‌رغم نظر بعضی (ثابت سعیدی، ۱۳۹۱، ص. ۴۳) و به‌رغم نظری که در رأی شماره ۹۳۰۹۹۸۱۳۱۰۲۰۰۱۵۷ مورخ ۱۳۹۴/۹/۳۰ شعبه ۳ دیوان عالی کشور و در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۰۷۴۶ مورخ ۱۳۹۳/۸/۱۹ شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اتخاذ شده است، اصولاً آن‌گونه که دیگران (قلی‌زاده منقوطای، ۱۳۹۵، ص. ۳۹) اثبات کرده‌اند، مدیرعامل همه اختیارات اجرایی را دارد مگر اینکه اختیارات او محدود شده باشد.

البته آن‌گونه که بعضی (ستوده، ۱۳۴۷، ج ۲، ص. ۲۴۰) نیز استنباط کرده‌اند، ظاهراً طبق مفهوم مخالف مقرر مربوط در آن قانون عام، حکم آن مقرر شامل اختیارات محدودشده در اساسنامه نیست، اما خلاف این برداشت دلایلی دارد؛ ۱. در آن مقرر به‌رغم وجود شرط، ادات شرط وجود ندارد تا بتوان از آن مفهوم مخالف گرفت و ظاهراً به‌رغم نظر بعضی (پاسبان، ۱۳۸۵، ص. ۳۲۴)، قانون نمی‌خواسته است از آن مفهوم مخالف گرفته شود. ۲. با گذشت یک قرن از تصویب آن، آن‌گونه که دیگران (حسنی، ۱۳۸۰، ص. ۲۷۲) هم ابراز کرده‌اند، دسترسی به اساسنامه شرکت‌ها به‌رغم پیدایش اینترنت، همچنان دشوار است. ۳. قانون در لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت به‌طورمطلق محدود شدن اختیار مدیران در مقابل اشخاص ثالث (ذی‌نفع) را غیرقابل استناد تلقی کرده، یعنی با گذر زمان، نظر اصلی قانون‌گذار از لفافه خارج و آشکار شده است. ۴. در لایحه پیشنهادی ۱۳۸۴، آن مقرر دیگر گنجانده نشده است. در این باره، به‌رغم نظر بعضی (خزاعی،

۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۱۲۵)، تصمیم‌گیری در شرکت‌های با مسئولیت محدود هم اصولاً از اختیارات مدیر شرکت است.

اصولاً، مدیر در شرکت‌های مشمول قانون تجارت، اختیارات تقنینی هیئت‌مدیره و اختیارات اجرایی مدیرعامل شرکت‌های مشمول لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت را با هم دارد حال آنکه اختیارات مدیرعامل در شرکت‌های سهامی اصولاً فقط اجرایی است نه تقنینی. پس تصمیم تقنینی مدیرعامل شرکت سهامی مثلاً به فروش ساختمان مرکز اصلی آن، باطل است؛ زیرا تصمیم و اقدام نماینده در حوزه‌ای که آشکارا برای آن نمایندگی ندارد باطل، در حوزه‌ای که اصولاً برای آن نمایندگی دارد صحیح، اما در قسمت محدودشده حوزه اخیر، صحیح قابل ابطال است. به‌رغم نظر بعضی (پاسبان، ۱۳۸۵، ص. ۲۰۵)، در دو حالت اخیر، آن تصمیم یا اقدام برای شرکت، به عبارت بعضی (فخاری، ۱۳۸۰، ص. ۱۰۶)، برای منوب<sup>۲</sup> عنه است.

### ۳.۳. تبدیل وضعیت «صحیح قابل ابطال» به «صحیح غیر قابل ابطال»

با رفع موجبات ابطال، صدور حکم به ابطال تصمیم یا اقدام منتفی می‌شود. این حالت، آن‌گونه که دیگران (کاوپانی، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۲) هم نظر داده‌اند، مانند «تنفیذ» به رفع موجبات ابطال اثر قهقرایی خواهد داد. ابتدا باید دید چگونه موجبات ابطال رفع می‌شوند.

#### ۱.۳.۳. رفع موجبات ابطال

به‌طور قانونی «عدم‌رعایت مقررات قانونی» موجب ابطال است. می‌توان گفت منظور از «مقررات قانونی» تنها مقررات آمره قانونی نیست، بلکه افزون‌بر مقررات تکمیلی قانونی، مقررات توافقی ناشی از مقررات قانونی مانند مقررات اساسنامه، مصوبات مجامع عمومی و مصوبات هیئت‌مدیره را نیز دربرمی‌گیرد، اما مشخص نشده که رفع موجبات ابطال، به‌طورکلی (با صرف رفع موجب ابطال) یا به‌طورجزئی (با رفع نتیجه موجب ابطال در هر تصمیم یا اقدام به‌طور جداگانه) یا با هر دو است. در حالت نخست، برای مثال، به شرح فوق، در راستای رفع موجبات ابطال درباره اعضای هیئت‌مدیره و مدیرعامل، رفع حجر با عاقل شدن، رفع ورشکستگی با اعاده اعتبار و رفع محرومیت از حقوق اجتماعی با اتمام دوره سوءپیشینه خواهد بود، اما به‌عنوان ایراد، با رفع این موارد، موجب ابطال بدون اثر قهقرایی برای تصمیم‌ها و اقدام‌های آتی و نه قبلی، رفع می‌شود. در حالت دوم، همچنان مواردی مانند ورشکستگی موجب ابطال تلقی می‌شوند، اما نتایج وجود

آن موجبات در هر تصمیم یا اقدام قبلاً گرفته یا انجام شده نیز باید رفع شود؛ یعنی مثلاً بعد از اعاده اعتبار عضو ورشکسته، هیئت‌مدیره با تشکیل جلسه و بررسی تصمیمات گرفته شده با رأی تعیین‌کننده آن عضو در حالت فقد شرایط، آن تصمیمات را دوباره تصویب کند. در این روش نیز با تصویب هیئت‌مدیره، اما آن‌گونه که دیگران (کاوپانی، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۳) هم نظر داده‌اند، به‌هرحال، رفع نتیجه موجب ابطال با تمسک به اثر قهقرایی است. برخلاف انتظار اصولی، به نظر می‌رسد قانون ایران برخلاف کامن‌لا (Dobson & Stokes, 2012, p. 113)، موافقت طرف مقابل یعنی ذی‌نفع مطالبه ابطال برای عملی شدن اثر قهقرایی را لازم نمی‌داند.

مثال دیگر اثر قهقرایی، تصویب معامله با خود اعضای هیئت‌مدیره یا مدیرعامل شرکت سهامی بعد از انجام آن توسط مجمع عمومی عادی یا هیئت‌مدیره است که می‌تواند آن‌گونه که دیگران (پاسیان، ۱۳۸۵، ص. ۲۰۸) هم به‌طور تلویحی یا به‌صراحت (طالب احمدی، ۱۳۸۲، ص. ۷۸) نظر داده‌اند و آن‌گونه که در کامن‌لا (Southgate & Glazer, 2014, pp. 8-31) نیز معمول است، آن را به غیرقابل ابطال بدل کند. در این موارد، به‌رغم نظر بعضی (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۱۵۷؛ صفی‌نیا ۱۳۸۱، ص. ۸۷؛ خویباری و رضی، ۱۴۰۰، ص. ۱۲۱)، معامله حتی بدون اخذ اجازه هیئت‌مدیره نیز منعقد می‌شود و «باطل» نیست، بلکه «صحیح قابل ابطال» است. حتی آن‌گونه که دیگران (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۱۵۹) نیز ابراز کرده‌اند، انجام دادن بدون اطلاع مجمع عمومی، آن را اصولاً باطل نمی‌کند. قانون‌گذار کامن‌لا (Stapleton & Williams, 2004, p. 228) بدون مدت بودن وضعیت قابل ابطال را نمی‌پسندد و مدتی عقلایی<sup>۱</sup> (Dobson & Stokes, 2012, p. 113) برای اعمال آن در نظر می‌گیرد. در حقوق ایران هم عرفاً آن وضعیت برای مدت طولانی باقی نمی‌ماند، اما درباره معامله با خود عضو هیئت‌مدیره یا مدیرعامل مدت سه‌ساله معین شده است. معامله با خود قاعدتاً باید «غیرنافذ» تلقی و با تنفیذ موکل صحیح می‌شد، اما لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت با ذکر مصدافی مشخص، آن را اصولاً صحیح قابل ابطال دانسته و آن‌گونه که در کامن‌لا (Singh et al, 2021, p. 29) نیز معمول است، موجبات ابطال را پیش از ابطال قابل رفع<sup>۲</sup> دانسته است.

---

1. Reasonable length of time  
2. Curable

با رفع شرایط سلبی عضو هیئت‌مدیره یا مدیرعامل (موجبات عزل)، دادگاه دیگر او را عزل نمی‌کند. پس نخست این‌طور تداعی می‌شود که به همین سیاق، با رفع موجبات عزل دیگر نباید بتوان تصمیم‌هایی را که در اتخاذ آن‌ها عضو واجد شرایط سلبی، نقش تعیین‌کننده داشته است (یعنی نتایج آن موجبات)، ابطال کرد، اما برخلاف آن تداعی، قانوناً نتایج موجبات عزل در معرض ابطال قرار می‌گیرند. پس در کنار رفع موجبات ابطال نیز باید رفع شده بودن «نتایج موجبات ابطال» را هم ملاک قرار داد. در واقع، با رفع موجبات عزل، دلیلی برای عزل نمی‌ماند، اما با رفع موجبات ابطال به‌طورکلی، دلیل ابطال تصمیمات و اقدامات ناشی از موجبات ابطال یعنی رعایت‌نشده بودن مقررات قانونی درباره آن‌ها باقی می‌ماند. بنابراین، قابل ابطال بودن تصمیمات و اقدامات خلاف مقررات قانونی، به‌عنوان امری اصولی، آن‌گونه که بعضی (کاوایانی، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۲) نیز به‌طور تلویحی نظر داده‌اند، به موارد مشکوک هم سرایت می‌کند؛ یعنی «رفع موجبات ابطال» در مقام شک شامل «رفع نتیجه موجبات ابطال» نیز هست. گاه آن دو یکی می‌شوند. آن‌گونه که در کامن‌لا (Emanuel, 2009, p. 224) نیز معمول است، تصویب معامله با خود عضو هیئت‌مدیره یا مدیرعامل توسط هیئت‌مدیره یا مجمع عمومی، هم موجب ابطال آن معامله می‌شود و هم نتیجه آن را از بین می‌برد.

مصادیق موجب ابطال (عدم رعایت مقررات قانونی) محصور به حجر، ورشکستگی یا محرومیت عضو هیئت‌مدیره یا مدیرعامل از حقوق اجتماعی نیست؛ ضمن اینکه، رفع موجب ابطال در آن موارد، به‌صورت دیگری مانند فوت عضو هیئت‌مدیره یا مدیرعامل، عزل او توسط دادگاه یا مرجع منصوب‌کننده، استعفا یا انقضای مدت نیز واقع می‌شود. رفع موجب ابطال به‌رغم نظر بعضی (حیدرپور، ۱۳۸۲، ص. ۱۴۵)، برای معامله قابل ابطالی است که حکم ابطال آن صادر نشده نه برای معامله از اول باطل یا معامله قابل ابطالی که حکم ابطال آن صادر شده است.

### ۲.۳.۳. رفع شده یا غیرقابل رفع فرض شدن موجب ابطال

گاه موجب ابطال خودبه‌خود رفع شده فرض می‌شود. برای مثال، به تحقیق، قانون تجارت «معامله با خود» نماینده بدون موافقت اصیل (آمر) را «صحیح قابل ابطال» تلقی و به‌رغم نظر کلی بعضی (ستوده، ۱۳۵۰، ج ۴، ص. ۵۲)، مجاز می‌داند. معامله با خود عضو هیئت‌مدیره، مدیرعامل شرکت سهامی یا حق‌العمل‌کار و دلال مصادیق این امرند. مطابق انتظار، بعضی (ستوده، ۱۳۴۷، ج ۲، ص.

۲۴۱) معامله با خود مدیر شرکت با مسئولیت محدود را نیز صحیح دانسته‌اند. اگر موضوع معامله با خود حق‌العمل‌کار مظنه بورسی یا بازاری معین داشته باشد، مقررات قانونی رعایت و موجب ابطال رفع‌شده فرض و استثنائاً آن معامله غیرقابل ابطال تلقی می‌شود. این استثنایها به دیگر موارد معامله با خود هم قابل تسری هستند.

ابطال این معاملات هم به تصریح قانون تجارت اصولاً غیرقابل استناد در مقابل اشخاص ثالث خواهد بود؛ یعنی برای مثال، اگر مدیرعامل، فرش شرکت را خودش خریده و بعد آن را به همسایه‌اش فروخته باشد، باطل تلقی شدن معامله شرکت با مدیرعامل اصولاً به‌رغم نظر بعضی (محسنی و قبولی درافشان ۱۳۸۹، ۲۵۹) باعث نمی‌شود، آن‌گونه که در کامن‌لا (Gilmore & Wermuth, 1914, p. 368) نیز معمول است، بتوان معامله مدیرعامل با همسایه را باطل کرد. استثنائاً اگر مدیرعامل در معامله با شرکت «الف» تدلیس و تقلب کرده و «ب» همسایه هم در این تدلیس و تقلب نقش داشته باشد، هر دو معامله باطل خواهند بود؛ مانند اینکه همسایه به‌عنوان کارشناس رسمی دادگستری به خواست مدیرعامل قیمتی پایین‌تر از قیمت واقعی برای فرش شرکت تعیین کرده باشد. پس دو شرط فوق، معامله صحیح قابل ابطال را به باطل بدل می‌کند. در واقع، در این حالت امکان رفع موجب ابطال هم وجود ندارد. در این باره، به‌رغم نظر بعضی (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۱۶۰؛ باریکلو، ۱۳۸۳، ص. ۴۲) و به‌رغم آنچه در کامن‌لا (Tulsian, 2005, pp. 13-15) معمول است، صرف «خبر داشتن» همسایه از معامله با خود مدیرعامل، حتی اگر مدیرعامل بی‌مشارکت همسایه در معامله با خود تدلیس و تقلب کرده باشد، معامله مدیرعامل با همسایه را باطل نمی‌کند.

همسایه اگر در تدلیس و تقلب مشارکت نداشت یا اصلاً تدلیس و تقلبی در کار نبود، قاعدتاً نمی‌توانست معامله مدیرعامل با شرکت را به هم بزند و مقرر صریح قانونی هم وجود نداشت که به استناد آن، معامله خود با مدیرعامل را ابطال کند؛ زیرا مقررات موجود درباره معامله با شرکت‌اند درحالی‌که معامله او با شرکت نبوده است، اما اگر معامله مدیرعامل با شرکت که آن هم به‌خاطر مجاز نبودن معامله با خود مدیرعامل یا اعضای هیئت‌مدیره قاعدتاً باید «غیرنافذ» تلقی می‌شد، به‌خاطر مخالفت هیئت‌مدیره و مجمع عمومی و به‌رغم نظر بعضی (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۱۶۰)، به حکم دادگاه ابطال شود، طبق قواعد اولیه، معامله او (همسایه) با مدیرعامل نیز «غیرنافذ» خواهد شد. پس او در آن صورت باید بتواند طبق نتیجه تحقیق این مقاله، معامله خود

با مدیرعامل را آن‌گونه که دیگران (ایزانلو و شریعتی‌نسب، ۱۳۹۱) هم نظر داده‌اند، ابطال کند، اما حق ابطال، حقی استثنایی است و به این‌گونه موارد مشکوک (درباره ایادی لاحق) سرایت نمی‌کند؛ یعنی آن‌گونه که قانون تجارت تصریح کرده است، ابطال معامله اول قابل استناد در برابر طرف مقابل معامله دوم نخواهد بود.

به‌رغم نظر بعضی (محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۸۹، ص. ۲۶۰)، شخص ثالث لزوماً قائم‌مقام طرف مقابل نیست. اگر معامله مدیرعامل با شرکت دومی باشد که مدیرعامل عضو هیئت‌مدیره آن است، آن شرکت هم حق درخواست ابطال معامله را خواهد داشت. دارنده حق درخواست ابطال معامله با واگذاری موضوع به دیگری توسط خودش آن‌گونه که در کامن‌لا (Tulsian, 2005, pp. 1-7) نیز معمول است، حق ابطال را قاعدتاً از دست می‌دهد، ولی شرکت اول با واگذاری موضوع به دیگری توسط طرف مقابل او (شرکت دوم)، نباید حق ابطال را قاعدتاً از دست بدهد؛ گرچه اعمال این حق و ابطال بعدی معامله آن‌گونه که در کامن‌لا (Kuchhal & Kuchhal, 2013, p. 76) نیز معمول است، قابل استناد در برابر واگذارشونده نخواهد بود. چنین ابطالی آن‌گونه که در کامن‌لا (Tulsian, 2005, p. 13) نیز معمول است، قاعدتاً قابل استناد در برابر مرتنه‌ی که مال را قبل از ابطال از مدیرعامل رهن گرفته است نیز نخواهد بود.

در واقع، به‌عنوان تحول دیگر، طبق قانون مدنی در سلسله معاملات بعد از معامله غیرنافذ، با تنفیذ معامله غیرنافذ، بقیه معاملات نیز تنفیذ می‌شود، اما با عدم تنفیذ و بطلان آن، آن‌چنان‌که دیگران (محمدی، ۱۳۸۶، ص. ۱۳۵ و عزیزاللهی و طلابکی، ۱۳۹۹، ص. ۲۵۴) هم ابراز کرده‌اند، همه معاملات بعدی هم باطل می‌شود، اما در روش لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت، ابطال معامله اول لزوماً به ابطال معاملات بعدی نمی‌انجامد و حتی این ابطال، معاملات بعدی را از سوی ذی‌نفع قابل ابطال نیز نمی‌کند. آن‌گونه که در کامن‌لا (Tulsian, 2005, pp. 1-7) نیز معمول است، با ابطال، هریک از طرفین باید منافع استفاده‌شده از موضوع معامله را جبران کند. پس اصل استقلال امضات که برای مثال درباره تعهدات ظهنویسان در قانون تجارت، آن‌گونه که دیگران هم (محمدی، ۱۳۸۶، ص. ۱۳۵؛ نوری، ۱۳۸۳، ص. ۱۶۴) ابراز کرده‌اند، مطرح می‌شود نیز ناشی از این بحث است. در مورد فوق، اگر مدیرعامل فرش خود را به شرکت فروخته و بعد بدون اطلاع از حق ابطال، آن فرش را در مقابل طلب به یکی از طلب‌کاران شرکت داده باشد، آن‌گونه که در



کامن لا (Tulsian, 2005, pp. 1-7) نیز معمول است، ابطال معامله فرش قابل استناد در برابر آن طلب‌کار نیست و فرش مزبور قابل استرداد از او نخواهد بود.

درخواست ابطال از سوی شرکت در مورد معامله با خود اعضای هیئت‌مدیره یا مدیرعامل، تعارضی با قاعده کلی یعنی امکان درخواست ابطال از سوی «ذی‌نفع» ندارد؛ زیرا در این مورد شرکت هم به‌عنوان طرف دیگر «معامله‌ای» که در آن مقررات قانونی رعایت نشده، ذی‌نفع است. در هر حال، فروش مال خریداری‌شده توسط عضو هیئت‌مدیره یا مدیرعاملی که معامله با خود کرده قبل از ابطال به دیگری، معامله جدید صحیح غیرقابل ابطالی است که معامله با خود نیست. پس طرف مقابل آن هم نمی‌تواند آن‌گونه که دیگران (پاسبان، ۱۳۸۵، ص. ۲۱۱) هم نظر داده یا (رباطی و همکاران، ۱۳۹۶، ص. ۱۳۳) مطرح کرده‌اند، ابطال آن را از دادگاه بخواهد.

به شرح پیش‌گفته، مقررات لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون تجارت درباره «قابل ابطال» تلقی شدن تشکیل، تصمیمات و اقدامات شرکت که در خارج از فضای قانون تجارت «غیرنافذ» تلقی می‌شدند، تنها مختص به موارد یادشده در آن لایحه نیست، بلکه این موارد اصولی است و آن‌گونه که دیگران (کاویانی، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۷) هم به‌طور تلویحی نظر داده‌اند، در مباحث مشمول متن اصلی قانون تجارت نیز قابل اعمال‌اند. برای مثال، افزون‌بر مقررات شرکت‌های با مسئولیت محدود، تضامنی، نسبی و مختلط سهامی، وضعیت «صحیح قابل ابطال» در مقررات حق‌العمل‌کاری، دلالی و ورشکستگی نیز ملاحظه می‌شود.

### ۴.۳. موارد «باطل» نه «قابل ابطال» و موارد «صحیح غیر قابل ابطال»

عدم رعایت مقررات قانونی در موارد استثنایی به وضعیت «صحیح قابل ابطال» نمی‌انجامد. قانون درباره تصمیم یا اقدام ارکان شرکت در خارج از «موضوع» آن با صراحت کامل نظر نداده است، اما به نظر می‌رسد چنین تصمیم و اقدامی آن‌گونه که دیگران (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۱۶۹؛ اسکینی و شریفی، ۱۳۷۹، ص. ۹) هم به‌طور تلویحی نظر داده‌اند، باطل خواهد بود نه به‌رغم نظر بعضی (ستوده، ۱۳۴۷، ج ۲، ص. ۳۶؛ حیدرپور، ۱۳۸۲، ص. ۱۳۸)، صحیح قابل ابطال یا به‌رغم نظر بعضی (غریبه و پوررضایی، ۱۳۹۸، ص. ۲۱۹) صحیح (صحیح غیرقابل ابطال). آن‌گونه که در

کامن لا (Singh et al, 2021, p. 29) نیز معمول است، «بطلان»<sup>۱</sup> یعنی به وجود نیامدن چیزی از ابتدا. پس بطلان به‌رغم نظر بعضی (پاسبان، ۱۳۸۵، ص. ۱۹۹) هم له و هم علیه هم شرکت و هم طرف مقابل معامله آن‌گونه که دیگران (کاویانی، ۱۳۸۶، ۱۶۹) هم نظر داده است و بعضی (رباطی و همکاران، ۱۳۹۶، ص. ۱۲۷) به‌طور تلویحی بیان کرده‌اند، قابل استناد است.

علت این تفاوت، ۱. آن‌گونه که دیگران (صفی‌نیا، ۱۳۸۱، ص. ۶۳) هم توجه داشته‌اند، تأکید قانون بر خارج نشدن هیئت‌مدیره در تصمیم‌گیری از حدود موضوع است؛ به‌گونه‌ای که به‌طور صریح درباره مجمع عمومی، خروج از موضوع شرکت و خروج از محدوده تعیین‌شده از هم جدا شده است. در واقع، هیئت‌مدیره آن‌گونه که دیگران (پاسبان، ۱۳۸۵، ص. ۱۹۹) هم نظر داده‌اند، خارج از موضوع شرکت اختیاری ندارد و نمی‌تواند داشته باشد. این موضوعی اصولی است و مجامع عمومی شرکت و مدیرعامل آن نیز چنین اختیاری ندارند. ۲. اهمیت موضوع شرکت به‌اندازه‌ای است که با تمام شدن یا غیرممکن شدن انجام آن، شرکت خودبه‌خود منحل می‌شود. ۳. شرکت‌های تجاری اصولاً نمی‌توانند از محدوده کلی موضوعی خود یعنی «اعمال تجاری» خارج شوند، «اعمال غیر تجاری» را موضوع خود قرار دهند یا به آن اعمال بپردازند. آن‌گونه که بعضی (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۱۵۴) مطرح کرده‌اند، وقتی خود شرکت حق معامله کردن در خارج از موضوع خود را ندارد، قاعدتاً به‌رغم نظر بعضی (حیدرپور، ۱۳۸۲، ص. ۱۳۸)، ارکان آن نیز چنین حقی را ندارند. بدیهی است آن‌گونه که دیگران (پاسبان، ۱۳۸۵، ص. ۳۲۶) هم نظر داده‌اند، این محدودیت قابل اجرا درباره همه شرکت‌هاست. پس باید شرکت‌ها را مجبور کرد در کنار نام خود، موضوع خود را نیز بگنجانند.

همچنین، آن‌گونه که دیگران (پاسبان، ۱۳۸۵، ص. ۱۹۸) هم نظر داده‌اند، هیئت‌مدیره اصولاً حق ندارد درباره مواردی تصمیم بگیرد که تصمیم‌گیری درباره آن‌ها در صلاحیت خاص هریک از مجامع عمومی شرکت است. بنابراین، تصمیم‌گیری هیئت‌مدیره درباره مواردی مانند تصویب حساب سود و زیان و ترازنامه، کاهش یا افزایش سرمایه و تغییر اساسنامه، نه قابل ابطال، بلکه باطل خواهد بود. تصمیم‌گیری درباره موارد ضروری، اما خارج از حوزه موضوع شرکت مانند

خرید و فروش ساختمان مرکز اصلی شرکت (اموال غیرمنقول) نیز به‌رغم نظری که در رأی اصراری شماره ۲۲ مورخ ۱۳۷۴/۷/۱۱ اتخاذ شده است، با مجمع عمومی خواهد بود. وام، اعتبار، یا ضمانت گرفتن اعضای هیئت‌مدیره و مدیرعامل از شرکت را نیز قانون اصولاً باطل می‌داند. بنابراین، اگر مدیرعامل با پولی که از شرکت وام گرفته است، برای همسرش ماشینی خریده باشد، آن وام گرفتن باطل است و به‌رغم نظر بعضی (فروچی، ۱۳۷۲، ص. ۱۸۱)، قاعداً آن معامله خرید ماشین نیز باطل خواهد بود. در واقع، اصولاً از نظر قانون تجارت، معامله با خود اعضای هیئت‌مدیره و مدیرعامل صحیح قابل ابطال است مگر اینکه در مواردی مانند وام گرفتن، باطل بودن آن‌ها ثابت شود.

همچنین، مطابق قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی اگر مأموری که امر تصفیه ورشکستگی را به عهده دارد، دارایی ورشکسته را به نزدیکان خود بفروشد و از آن بهره‌مند شود، آن معامله گرچه نوعی «معامله با خود» است و قاعداً آن‌گونه که در کامن‌لا (Tomasic et al, 2002, P. 376) معمول است، باید «صحیح قابل ابطال» تلقی شود، استثنائاً باطل می‌شود.

در حالتی مشابه، اگر دارایی تاجر ورشکسته را نه به‌رغم نظری که بعضی (فرازنده‌مهر، ۱۳۹۶، ص. ۴۴۰) مطرح کرده‌اند، خود او، بلکه اشخاص ثالث مانند همسر یا فرزند او که نماینده و خدمه تجارتهای او شمرده نمی‌شده‌اند، بعد از تاریخ توقف او معامله کنند، برای مثال بفروشند، چنین معامله‌ای حتی نسبت به خود او باطل است. مقررات قانون مدنی آن‌گونه که بعضی (خوبیاری و طباطبایی، ۱۳۹۸، ص. ۳۲) بررسی کرده‌اند، قاعداً چنین معامله‌ای را «غیرنافذ» و از سوی مدیر تصفیه قابل تنفیذ می‌دانست. مجموعه مقرراتی که مورد بحث واقع شد، نشان می‌دهد که طبق قانون تجارت اگر معامله فضولی باشد، اما معامله‌کننده نماینده اصیل نباشد یا در برابر طرف مقابل دلیلی بر نمایندگی او از سوی اصیل وجود نداشته باشد، معامله او از سوی اصیل نه «غیرنافذ» و نه به‌رغم نظر بعضی (اعظمی زنگنه، ۱۳۵۳، ص. ۳۳۹) «صحیح قابل ابطال»، بلکه باطل تلقی می‌شود.

### نتیجه‌گیری

تحقیق حاضر نشان داد که جانشینی «غیرنافذ» با «صحیح قابل ابطال» و عواقب آن، به‌عنوان موضوع اصولی ناشی از نمایندگی، اختصاص به حقوق شرکت‌ها یا لایحه اصلاحی ۱۳۴۷ قانون

تجارت ندارد و در همه مباحث قانون تجارت قابل اعمال است. مقررات مشابهی با تفاوت در چگونگی بیان و معمولاً در مقایسه با مقررات آن لایحه اصلاحی همراه با کاستی‌هایی، در متن اصلی قانون تجارت، برای مثال، درباره شرکت‌های با مسئولیت محدود، تضامنی، نسبی، مختلط سهامی، خروج مدیر شرکت با مسئولیت محدود یا قائم‌مقام تجارتنی از حدود اختیاراتش، دلالتی، حق‌العمل‌کاری، اداره دارایی تاجر ورشکسته توسط طلب‌کاران و قرارداد ارفاقی هم دیده می‌شود. با اعمال آن قاعده، وضعیت موارد مشکوک مانند اعمال حق فسخ به ضرر طلب‌کاران توسط مدیر تصفیه، معامله اموال غیرمستثنیات دین توسط تاجر ورشکسته، معاملات بازرس با شرکت و برای شرکت، معاملات انفرادی اعضای هیئت‌مدیره برای شرکت، معاملات جانشین مدیرعامل و معاملات اعضای هیئت‌مدیره و مدیرعامل شرکت با استفاده از اطلاعات نهانی آن نیز مشخص می‌شود.

به‌خاطر رعایت اصل سرعت و تعداد زیاد معاملات تجاری، به‌طور ارادی، وضعیت «غیرنافذ» معاملات نمایندگان در قانون تجارت، اصولاً با وضعیت «صحیح قابل ابطال» جایگزین شده است. برای مدت محدود و تنها برای شخص ذی‌نفع ابطال ممکن خواهد بود نه شخصی که عدم رعایت مقررات قانونی از سوی او بوده است. این موضوع به معنی نسبی بودن ابطال نیست. نه واگذاری موضوع معامله قابل ابطال به دیگری توسط آن شخص، بلکه واگذاری آن توسط ذی‌نفع، آن را اصولاً غیرقابل ابطال می‌کند. رفع خود و نتیجه موجبات ابطال پیش از صدور حکم ابطال از دادگاه ممکن است و اثر قهقرایی خواهد داشت، اما با عدم رفع آن‌ها حکم دادگاه صادر می‌شود. این حکم ابطال به‌طور دوجانبه (برای ذی‌نفع و شخص مقابل، هر دو) اثر قهقرایی دارد، اما از سوی ذی‌نفع و آن شخص در مقابل اشخاص ثالث اصولاً قابل استناد نخواهد بود. اصل استقلال امضائات و اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل دارنده با حسن نیت نیز از نتایج همین بحث است. غیرقابل استناد بودن برای شخص ثالثی است که در تدلیس و تقلب منجر به ابطال شرکت نداشته و تبانی نکرده باشد. ذی‌نفع موضوع قابل ابطال شخص ثالث نیست؛ گرچه به شرح متن، اتفاقاً جمع این دو عنوان (ذی‌نفع و ثالث) در یک نفر ممکن است. در ضمن، ذی‌نفع می‌تواند زیرمجموعه طرف رعایت‌نکننده مقررات باشد؛ البته، ذی‌نفع لزوماً قائم‌مقام آن شخص نیست.

به‌عنوان تفاوت اساسی، برخلاف ابطال معاملات قابل ابطال، بطلان معاملات باطل به معاملات بعد از آن سرایت می‌کند و در مقابل همه (ذی‌نفع، طرف رعایت‌نکننده مقررات و اشخاص ثالث)

قابل استناد خواهد بود. در این باره، غیرقابل استناد بودن به معنی ابطال نشدن نیست. در مقایسه میان بطلان، صحت و صحت قابل ابطال، تصمیم و اقدام در خارج از حوزه نمایندگی (مانند معامله نمایندگان شرکت در خارج از موضوع آن، تصمیم‌گیری هیئت‌مدیره در حوزه صلاحیت خاص مجامع عمومی، وام، اعتبار یا ضمانت گرفتن نمایندگان شرکت از آن و معامله مستثنیات دین تاجر ورشکسته توسط مدیر تصفیه)، باطل، در داخل حوزه نمایندگی، اصولاً صحیح و در قسمت استثنائیه داخل حوزه نمایندگی، صحیح قابل ابطال (جانشین غیرنافذ) خواهد بود. در واقع، به‌طور مستتر، حق عدم تنفیذ امر غیرنافذ از اصیل سلب و درباره حق تنفیذ هم با تأخیر اصیل در تنفیذ، به‌حق، به طرف مقابل (ذی‌نفع)، اجازه اخذ حکم ابطال داده شده است. غیرنافذهای مستتر در قانون تجارت به «صحیح قابل ابطال» تعبیر می‌شوند اگر شخص معامله‌کننده نماینده صاحب موضوع معامله باشد وگرنه با نبود چنین سمتی، معامله اصولاً آن‌گونه که درباره معامله کسان تاجر متوقف با دارایی او دیدیم، باطل می‌شود؛ البته، برخلاف نماینده قراردادی، اصولاً نماینده قانونی همه اختیارات را دارد مگر اینکه اختیار نداشتن او ثابت شود.

در قانون تجارت افزون بر «عدم رعایت مقررات قانونی»، به‌طور مستتر «عدم رعایت مقررات قراردادی» هم موجب غیرنافذ (صحیح قابل ابطال) شدن است. معامله با خود نماینده را نیز قانون تجارت اصولاً صحیح قابل ابطال، استثنائاً اگر موضوع معامله مظنه بازاری یا بورسی معین داشته باشد، صحیح غیرقابل ابطال و استثنائاً وام، اعتبار، یا ضمانت گرفتن اعضای هیئت‌مدیره و مدیرعامل از آن و همچنین معامله با خود مدیر تصفیه شرکت را باطل دانسته است.

بدیهی است با کشف داشته‌های کنونی قانون تجارت و دانستن قدر آن قانون، این تحلیل تحقیقی نیز کمک می‌کند که در اصلاحات آتی آن قانون قسمتی از خلأها و ابهامات قانونی برطرف شوند.

## منابع

- ۱) اسکینی، ربیعا (۱۳۷۵). حقوق تجارت؛ ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته. تهران: سمت.
- ۲) اسکینی، ربیعا (۱۳۸۳). حقوق تجارت؛ شرکت‌های تجاری (جلد ۲). تهران: سمت.
- ۳) اسکینی، ربیعا و شریفی، الهام‌الدین (۱۳۷۹). تحلیل اختیارات مدیران شرکت‌های سهامی با توجه به مبانی رابطه مدیران با شرکت در نظام‌های حقوقی ایران و انگلیس. مدرس علوم انسانی، سال ۴، شماره ۴، صص. ۱-۱۵.
- ۴) اعظمی زنگنه، عبدالحمید (۱۳۵۳). حقوق بازرگانی. تهران: بی‌جا.
- ۵) انصاری‌پور، محمدعلی و سوهانی، مجید (۱۴۰۰). مفهوم قراردادهای قابل ابطال در حقوق انگلیس، فرانسه، ایران و فقه. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال ۸، شماره ۲، صص. ۴۱-۶۶. doi: 10.22091/csiw.2021.5984.1908
- ۶) انوری‌پور، محسن (۱۳۵۳). ورشکستگی در حقوق ایران. تهران: بابک.
- ۷) ایزانلو، محسن و شریعتی‌نسب، صادق (۱۳۹۱). مطالعه تطبیقی «عدم‌قابلیت استناد» در حقوق ایران و فرانسه. حقوق خصوصی، سال ۹، شماره ۲، صص. ۳۵-۶۶.
- ۸) باریکلو، علیرضا (۱۳۸۳). معامله خارج از حدود اختیار مدیر. اندیشه‌های حقوقی، صص. ۳۵-۵۱.
- ۹) پاسبان، محمدرضا (۱۳۸۵). حقوق شرکت‌های تجاری. تهران: سمت.
- ۱۰) ثابت سعیدی، ارسلان (۱۳۹۱). حقوق تجارت. تهران: دانشگاه پیام نور.
- ۱۱) حسنی، حسن (۱۳۸۰). حقوق تجارت. تهران: میزان.
- ۱۲) حیدری‌پور، البرز (۱۳۸۲). محدودیت‌های مدیران شرکت‌ها در انجام معاملات؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس. تهران: مه‌زیار.
- ۱۳) خزاعی، حسین (۱۳۸۵). حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری، کلیات، شرکت‌های اشخاص، شرکت با مسئولیت محدود و شرکت‌های تعاونی؛ تطبیق اجمالی با لایحه قانونی ۱۳۸۴ (جلد ۱). تهران: قانون.
- ۱۴) خزاعی، حسین (۱۳۸۵). حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری؛ تطبیق اجمالی با لایحه اصلاحی ۱۳۸۴ (جلد ۲). تهران: قانون.
- ۱۵) خویبیری، حامد و رضی، پوریا (۱۴۰۰). نقد وضعیت قابلیت ابطال قرارداد در حقوق ایران و تطبیق آن با حقوق کامن‌لا. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال ۸، شماره ۲، صص. ۹۹-۱۲۸. doi: 10.22091/csiw.2021.5464.1805
- ۱۶) خویبیری، حامد و طباطبایی، سیدمحمدصادق (۱۳۹۸). بررسی آثار معامله فضولی در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان. پژوهش حقوق تطبیقی اسلام و غرب، سال ۶، شماره ۳، صص. ۲۹-

doi: 10.22091/csiw.2019.4238.1552 ۵۴

- (۱۷) رباطی، مهسا، محسنی، سعید و قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی (۱۳۹۶). عدم قابلیت استناد بطلان در شرکت‌های تجاری. مطالعات حقوقی، سال ۹، شماره ۱۴، صص. ۱۱۷-۱۴۰. doi: 10.22099/jls.2018.24736.2322
- (۱۸) رسایی‌نیا، ناصر (۱۳۸۸). حقوق تجارت. تهران: آوای نور.
- (۱۹) ستوده، حسن (۱۳۴۷). حقوق تجارت (جلد ۲). تهران: دانشگاه تهران.
- (۲۰) ستوده، حسن (۱۳۵۰). حقوق تجارت (جلد ۴). تهران: دهخدا.
- (۲۱) صفی‌نیا، نورالدین (۱۳۸۱). درآمدی بر قانون شرکت‌های تجاری در ایران. تهران: دانشگاه تهران.
- (۲۲) صقری، محمد (۱۳۷۵). رأی وحدت رویه راجع به بطلان عملیات دوران توقف و سرنوشت وصول طلب از طریق محاکم یا ادارات ثبت. دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۱، صص. ۱۸۲-۱۹۲.
- (۲۳) صقری، محمد (۱۳۷۶). حقوق بازرگانی، ورشکستگی، نظری و عملی. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- (۲۴) طالب احمدی، حبیب (۱۳۸۲). معاملات قابل ابطال در حقوق ایران. مجله حقوقی دادگستری، سال ۶۷، شماره ۴۳، صص. ۷۱-۹۲.
- (۲۵) عبدی یورفرد، ابراهیم (۱۳۹۳). حقوق تجارت (جلد ۴: حقوق ورشکستگی). تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- (۲۶) عرفانی، محمود (۱۳۶۶). حقوق تجارت؛ ورشکستگی شرکت‌ها و تجار (جلد ۳). تهران: جهاد دانشگاهی.
- (۲۷) عرفانی، محمود (۱۳۷۵). بطلان معاملات تاجر بعد از توقف. دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۱، صص. ۱۹۳-۲۰۰.
- (۲۸) عزیزاللهی، محمد مهدی و طلا بکی، زینب (۱۳۹۹). تعادل منافع مالک و خریدار در معاملات فضولی در حقوق ایران و فقه امامیه با تطبیق بر کامن‌لا. پژوهش حقوق تطبیقی اسلام و غرب، سال ۷، شماره ۱، صص. ۲۴۱-۲۶۶. doi: 10.22091/csiw.2020.4392.1568
- (۲۹) عیسیایی تفرشی، محمد (۱۳۷۸). مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری (جلد ۱). تهران: دانشگاه تربیت مدرس.
- (۳۰) غریبه، علی و پوررضایی، علی (۱۳۹۸). گستره حمایت از اشخاص ثالث در قواعد حاکم بر معاملات خارج از موضوع شرکت (مطالعه‌ای در حقوق ایران و انگلیس). فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ۸، شماره ۲۸، صص. ۱۹۷-۲۳۳. doi: 10.22054/jplr.2018.8810.1218
- (۳۱) فخاری، امیرحسین (۱۳۸۰). نگاهی به رأی اصراری شماره ۳ مورخ سال ۱۳۷۷ هیئت عمومی دیوان

عالی کشور در زمینه انعقاد قرارداد حمل و نقل توسط نماینده. تحقیقات حقوقی. شماره‌های ۳۳ و ۳۴، صص. ۸۵-۱۰۶.

۳۲) فرازنده‌مهر، علیرضا (۱۳۹۶). محشای قانون تجارت. تهران: جاودانه.

۳۳) فروحی، حمید (۱۳۷۲). حقوق تجارت؛ شرکت‌های سرمایه‌ای، شخصی و مختلط. تهران: روزبهان.

۳۴) قائم‌مقام فراهانی، محمدحسین (۱۳۶۸). حقوق تجارت؛ ورشکستگی و تصفیه. تهران: دانشگاه تهران.

۳۵) قلی‌زاده منقوطای، احد (۱۳۹۵). تحلیل حقوقی اصل اختصاص انحصاری ارگان اجرایی شرکت به

مدیرعامل. دانشنامه حقوق اقتصادی، سال ۲۳، شماره ۹، صص. ۳۹-۶۹. doi:

10.22067/1e.v23i9.54559

۳۶) کاویانی، کورش (۱۳۸۳). حقوق اسناد تجاری. تهران: میزان.

۳۷) کاویانی، کورش (۱۳۸۶). حقوق شرکت‌های تجاری. تهران: نشر میزان.

۳۸) محسنی، سعید و قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی (۱۳۸۹). مفهوم و آثار بطلان نسبی. دانش و توسعه،

سال ۱۷، شماره ۳، صص. ۲۴۵-۲۷۱.

۳۹) محمدی، جلیل (۱۳۸۶). حقوق بازرگانی. تبریز: فروزش.

۴۰) نوری، حسن (۱۳۸۳). اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در اسناد تجاری. مجله تخصصی الهیات و

حقوق، شماره ۱۳، صص. ۱۵۷-۱۷۶.

- 41) Blumberg, P. I., Strasser, K. A., Georgakopoulos, N. L., & Gouvin, E. J. (2022). Blumberg on corporate groups (2nd ed.). New York: Wolters Kluwer.
- 42) Bradgate, R., & White, F. (2007). Commercial law. New York: Oxford University Press.
- 43) Dobson, P., & Stokes, R. (2012). Commercial law (8th ed.). London: Sweet & Maxwell.
- 44) Emanuel, S. L. (2009). Corporations. New York: Wolters Kluwer.
- 45) Gilmore, E. A., & Wermuth, W. C. (1914). Modern American law (Vol. 15). Chicago: Blackstone Institute.
- 46) Haupt, K. J., & Rockwell, D. L. (2006). Principles of California real estate. Bellevue: Rockwell Publishing Company.
- 47) Kuchhal, M. C., & Kuchhal, V. (2013). Business law (6th ed.). Noida: Vikas Publishing House Pvt Ltd.
- 48) Singh, B. K., Tiwary, A., & Gupta, N. (2021). Business law. Delhi: SBPD Publications.
- 49) Southgate, R. W., & Glazer, D. W. (2014). Massachusetts corporation law & practice (2nd ed.). New York: Wolters Kluwer.
- 50) Stapleton, C. O., & Williams, M. R. (2004). California real estate principles (5th ed.). Chicago: Dearborn Real Estate Education.
- 51) Tomasic, R., Bottomley, S., & McQueen, R. (2002). Corporations law in Australia. Sydney: The Federation Press.



- 52) Tulsian, P. C. (2005). Business law, questions and answers. New Delhi: The McGraw-Hill Companies.

## References

- 1) Abdī-pūrfard, Ebrāhīm (1393 SH/2014). Ḥoqūq-e Tejārat (Vol. 4: Ḥoqūq-e Varshakastegī) [Commercial Law (Vol. 4: Bankruptcy Law)]. Tehran: Majma‘-e ‘Elmī va Farhangī-ye Majd [in Persian].
- 2) Anṣārīpūr, Moḥammad ‘Alī, and Sūhānī, Majīd (1400 SH/2021). Mafhūm-e Qarārdād-hā-ye Qābel-e Ebtāl dar Ḥoqūq-e Engelīs, Farānseh, Īrān va Feqh [The Concept of Voidable Contracts in the Law of England, France, Iran, and Islamic Jurisprudence]. Faṣḥnāmeḥ-ye Pažūheš-e Taṭbīqī-ye Ḥoqūq-e Eslām va Ġarb [Comparative Research Quarterly on Islamic and Western Law], Year 8, No. 2, pp. 41-66. doi: 10.22091/csiw.2021.5984.1908 [in Persian].
- 3) Anvarīpūr, Moḥsen (1353 SH/1974). Varšekastegī dar Ḥoqūq-e Īrān [Bankruptcy in Iranian Law]. Tehran: Bābak [in Persian].
- 4) A‘zamī Zangeneh, ‘Abd al-Ḥamīd (1353 SH/1974). Ḥoqūq-e Bāzargānī [Commercial Law]. Tehran: n.p. [in Persian].
- 5) Azīzollāhī, Moḥammad Mahdī & Ṭollābakī, Zeynab (1399 SH/2020). Ta‘ādol-e Manāfe‘-e Mālek va Kharīdār dar Mo‘āmelāt-e Fozūlī dar Ḥoqūq-e Īrān va Feqh-e Emāmīyeh bā Taṭbīq bar Common Law [Balancing Owner and Buyer Interests in Unauthorized Transactions in Iranian Law and Imāmī Jurisprudence Compared with Common Law]. Pazhūhesh-e Ḥoqūq-e Taṭbīqī-ye Eslām va Gharb [Comparative Legal Research on Islam and the West], Year 7, No. 1, pp. 241-266. doi: 10.22091/csiw.2020.4392.1568 [in Persian].
- 6) Bārīklū, ‘Alīrezā (1383 SH/2004). Mo‘āmelah Kārej az Ḥodūd-e Ekṭiār-e Modīr [Transactions Beyond the Authority of Directors]. Andīseh-hā-ye Ḥoqūqī [Legal Thoughts], pp. 35-51 [in Persian].
- 7) Blumberg, P. I., Strasser, K. A., Georgakopoulos, N. L., & Gouvin, E. J. (2022). Blumberg on corporate groups (2nd ed.). New York: Wolters Kluwer.
- 8) Bradgate, R., & White, F. (2007). Commercial law. New York: Oxford University Press.
- 9) Dobson, P., & Stokes, R. (2012). Commercial law (8th ed.). London: Sweet & Maxwell.
- 10) Emanuel, S. L. (2009). Corporations. New York: Wolters Kluwer.
- 11) Erfānī, Maḥmūd (1366 SH/1987). Ḥoqūq-e Tejārat; Varshakastegī-ye Sherkat-hā va Tojjār (Vol. 3) [Commercial Law: Bankruptcy of Companies and Merchants]. Tehran: Jahād-e Dāneshgāhī [in Persian].
- 12) Erfānī, Maḥmūd (1375 SH/1996). Boṭlān-e Mo‘āmelāt-e Tājer ba‘d az Tavaqqof [Nullity of the Merchant’s Transactions After Suspension]. Dīdgāh-hā-ye Ḥoqūqī [Legal Viewpoints], No. 1, pp. 193-200 [in Persian].
- 13) Eskinī, Rabī‘ā (1375 SH/1996). Ḥoqūq-e Tejārat; Varšekastegī va Taṣfiyeh-ye Omūr-e Varšekasteh [Commercial Law; Bankruptcy and Liquidation of Bankruptcies]. Tehran: Samt [in Persian].
- 14) Eskinī, Rabī‘ā (1383 SH/2004). Ḥoqūq-e Tejārat; Šerkat-hā-ye Tejārī (Vol. 2) [Commercial Law; Commercial Companies]. Tehran: Samt [in Persian].
- 15) Eskinī, Rabī‘ā, and Šarīfī, Elḥām al-Dīn (1379 SH/2000). Taḥlīl-e Ekṭiārāt-e Modīrān-e Šerkat-hā-ye Sehāmī bā Tavajjoh be Mabānī-ye Rābeṭeh-ye Modīrān

- bā Šerkat dar Neẓām-hā-ye Hoqūqī-ye Īrān va Engelīs [Analysis of the Powers of Directors of Joint-Stock Companies Considering the Foundations of the Relationship of Directors with Companies in Iranian and English Legal Systems]. *Modarres-e 'Olūm-e Ensānī* [Modarres Journal of Humanities], Year 4, No. 4, pp. 1-15 [in Persian].
- 16) Fakhārī, Amīr Ḥossein (1380 SH/2001). *Negāhī beh Ra'y-e Ešrārī Shomāreh-ye 3, Mowarrakh-e Sāl-e 1377 Hey'at-e 'Omūmī-ye Dīvān-e 'Ālī-ye Keshvar dar Zamīneh-ye En'eqād-e Qarārdād-e Ḥaml-o-Naql Tavassoṭ-e Namāyandeh* [A Look at Insistence Verdict No. 3 (1377 SH) by the Supreme Court General Assembly on Contract of Carriage through an Agent]. *Tahqīqāt-e Hoqūqī* [Legal Research], Nos. 33 & 34, pp. 85-106 [in Persian].
  - 17) Farāzandeh-mehr, 'Alirezā (1396 SH/2017). *Maḥshā-ye Qānūn-e Tejārat* [Annotated Commercial Code]. Tehran: Jāvīdāneh [in Persian].
  - 18) Forūhī, Ḥamīd (1372 SH/1993). *Hoqūq-e Tejārat; Sherkat-hā-ye Sarmāyeh-ī, Shakhšī va Mokhtaṭeṭ* [Commercial Law: Capital, Personal, and Mixed Companies]. Tehran: Rūzbehān [in Persian].
  - 19) Gharībeh, 'Alī & Pūrrizā'ī, 'Alī (1398 SH/2019). *Gostaresh-ye Ḥemāyat az Ashkhāsh-e Sāles dar Qavā'ed-e Ḥākem bar Mo'āmelāt-e Khārej az Mawzū'-e Sherkat (Moṭāle'e'ī dar Hoqūq-e Īrān va Engelīs)* [The Scope of Protection for Third Parties in Rules Governing Transactions Beyond Company Objectives (A Study in Iranian and English Law)]. *Fašlnāmeḥ-ye Pazhūhesh-e Hoqūq-e Khuṣūšī* [Private Law Studies Quarterly], Year 8, No. 28, pp. 197-233. doi: 10.22054/jplr.2018.8810.1218 [in Persian].
  - 20) Gilmore, E. A., & Wermuth, W. C. (1914). *Modern American law* (Vol. 15). Chicago: Blackstone Institute.
  - 21) Ḥasanī, Ḥasan (1380 SH/2001). *Hoqūq-e Tejārat* [Commercial Law]. Tehran: Mīzān [in Persian].
  - 22) Haupt, K. J., & Rockwell, D. L. (2006). *Principles of California real estate*. Bellevue: Rockwell Publishing Company.
  - 23) Ḥaydar-Pūr, Alborz (1382 SH/2003). *Maḥdūdīyat-hā-ye Modīrān-e Šerkat-hā dar Enjām-e Mo'āmelāt; Moṭāle'eh-ye Taṭbīqī dar Hoqūq-e Īrān va Engelīs* [Limitations on Company Directors in Conducting Transactions; A Comparative Study of Iranian and English Law]. Tehran: Mahzyār [in Persian].
  - 24) Īsā'ī Tafreshī, Moḥammad (1378 SH/1999). *Mabāḥesī Tahlīlī az Hoqūq-e Sherkat-hā-ye Tejāratī* (Vol. 1) [Analytical Discussions on Commercial Companies Law]. Tehran: Dāneshgāh-e Tarbiyat-e Modarres [in Persian].
  - 25) Īzānlū, Moḥsen, and Šarī'atī-Nasab, Šādeq (1391 SH/2012). *Moṭāle'eh-ye Taṭbīqī-ye "Adam-e Qābelīyat-e Estenād" dar Hoqūq-e Īrān va Farānseh* [A Comparative Study on "Non-Invocability" in Iranian and French Law]. *Hoqūq-e Koṣūšī* [Private Law], Year 9, No. 2, pp. 35-66 [in Persian].
  - 26) Kāvīyānī, Kūrosh (1383 SH/2004). *Hoqūq-e Asnād-e Tejārī* [Commercial Papers Law]. Tehran: Mīzān [in Persian].
  - 27) Kāvīyānī, Kūrosh (1386 SH/2007). *Hoqūq-e Sherkat-hā-ye Tejāratī* [Commercial Companies Law]. Tehran: Nashr-e Mīzān [in Persian].

- 28) Kazā'ī, Hoseyn (1385 SH/2006). Hoqūq-e Tejārat: Šerkat-hā-ye Tejāratī, Kollīyāt, Šerkat-hā-ye Aškāš, Šerkat-e bā Mas'ūliyat-e Maḥdūd va Šerkat-hā-ye Ta'āvonī [Commercial Law: Commercial Companies, General Principles, Partnerships, Limited Liability Companies, and Cooperative Companies]; Comparative Review with the 1384 Draft Law (Vol. 1). Tehran: Qānūn [in Persian].
- 29) Kazā'ī, Hoseyn (1385 SH/2006). Hoqūq-e Tejārat: Šerkat-hā-ye Tejāratī; Taṭbīq-e Ejmālī bā Lāyeḥeh-e Eslāhī-ye 1384 (Vol. 2) [Commercial Law: Commercial Companies; Brief Comparison with the 1384 Amendment Bill]. Tehran: Qānūn [in Persian].
- 30) Khūbyārī, Hāmid & Ṭabāṭabā'ī, Seyyed Moḥammad Šādeq (1398 SH/2019). Barrasī-ye Āsār-e Mo'āmele-ye Fozūlī dar Feqh-e Emāmīyeh, Hoqūq-e Īrān va Hoqūq-e Engelestān [Reviewing the Effects of Unauthorized Transactions in Imāmī Jurisprudence, Iranian Law, and English Law]. Pazhūhesh-e Hoqūq-e Taṭbīqī-ye Eslām va Gharb [Comparative Legal Research on Islam and the West], Year 6, No. 3, pp. 29-54. doi: 10.22091/csiw.2019.4238.1552 [in Persian].
- 31) Kūbyārī, Hāmed, and Razī, Pūryā (1400 SH/2021). Naqd-e Vaz'iyat-e Qābelīyat-e Ebtāl-e Qarārdād dar Hoqūq-e Īrān va Taṭbīq-e Ān bā Hoqūq-e Common Law [A Critique of Voidability of Contracts in Iranian Law and its Comparison with Common Law]. Pažūhesh-e Taṭbīqī-ye Hoqūq-e Eslām va Ġarb, Year 8, No. 2, pp. 99-128. doi: 10.22091/csiw.2021.5464.1805 [in Persian].
- 32) Kuchhal, M. C., & Kuchhal, V. (2013). Business law (6th ed.). Noida: Vikas Publishing House Pvt Ltd.
- 33) Moḥammadī, Jalīl (1386 SH/2007). Hoqūq-e Bāzargānī [Commercial Law]. Tabrīz: Forūzesh [in Persian].
- 34) Moḥsenī, Sa'īd & Qabūlī Darafshān, Seyyed Moḥammad Maḥdī (1389 SH/2010). Mafhūm va Āsār-e Botlān-e Nasbī [Concept and Effects of Relative Nullity]. Dānesh va Tose'eh [Knowledge and Development], Year 17, No. 3, pp. 245-271 [in Persian].
- 35) Nūrī, Ḥasan (1383 SH/2004). Aṣl-e 'Adam-e Qābelīyat-e Estenād be Īrādāt dar Asnād-e Tejārī [Principle of Non-invocability of Objections in Commercial Papers]. Majalleh-ye Takhaššoši-ye Elāhīyāt va Hoqūq [Specialized Journal of Theology and Law], No. 13, pp. 157-176 [in Persian].
- 36) Pāsbān, Moḥammad-Rezā (1385 SH/2006). Hoqūq-e Šerkat-hā-ye Tejārī [Law of Commercial Companies]. Tehran: Samt [in Persian].
- 37) Qā'em-maqām Farāhānī, Moḥammad Ḥossein (1368 SH/1989). Hoqūq-e Tejārat; Varshakastegī va Taṣfīyeh [Commercial Law: Bankruptcy and Liquidation]. Tehran: Dāneshgāh-e Tehrān [in Persian].
- 38) Qolizādeh Manqūtāy, Aḥad (1395 SH/2016). Taḥlīl-e Hoqūqī-ye Aṣl-e Ekhtesās-e Enḥešārī-ye Orgān-e Ejrā'ī-ye Sherkat beh Modīr-e 'Āmel [Legal Analysis of the Principle of Exclusive Allocation of Company's Executive Body to the CEO]. Dāneshnāmeḥ-ye Hoqūq-e Eqtesādī [Economic Law Encyclopedia], Year 23, No. 9, pp. 39-69. doi: 10.22067/le.v23i9.54559 [in Persian].
- 39) Rabāṭī, Maḥsā, Moḥsenī, Sa'īd & Qabūlī Darafshān, Seyyed Moḥammad Maḥdī

- (1396 SH/2017). 'Adam-e Qābeliyat-e Estenād-e Boṭlān dar Sherkat-hā-ye Tejāri [Non-invocability of Nullity in Commercial Companies]. *Moṭāle'āt-e Hoqūqī* [Legal Studies], Year 9, No. 14, pp. 117-140. doi: 10.22099/jls.2018.24736.2322 [in Persian].
- 40) Rasāyī-niyā, Nāṣer (1388 SH/2009). *Hoqūq-e Tejārat* [Commercial Law]. Tehran: Āvā-ye Nūr [in Persian].
- 41) Šābet Sa'idi, Arsalān (1391 SH/2012). *Hoqūq-e Tejārat* [Commercial Law]. Tehran: Payām-e Nūr University [in Persian].
- 42) Šafi-niyā, Nūr al-Dīn (1381 SH/2002). *Darāmadī bar Qānūn-e Sherkat-hā-ye Tejāri dar Īrān* [An Introduction to the Law of Commercial Companies in Iran]. Tehran: Dāneshgāh-e Tehrān [in Persian].
- 43) Šaqri, Moḥammad (1375 SH/1996). *Ra'y-e Vaḥdat-e Ravīye Rāje' beh Boṭlān-e 'Amaliyāt-e Dowrān-e Tavaqqof va Sarnevesht-e Voṣūl-e Ṭalab az Ṭariq-e Maḥākem yā Edārāt-e Sabt* [The Judicial Precedent Regarding the Nullity of Operations During Suspension Period and the Fate of Debt Collection via Courts or Registration Offices]. *Dīdgāh-hā-ye Hoqūqī* [Legal Viewpoints], No. 1, pp. 182-192 [in Persian].
- 44) Šaqri, Moḥammad (1376 SH/1997). *Hoqūq-e Bāzargāni, Varshakastegi, Nazari va 'Amali* [Commercial Law, Bankruptcy: Theoretical and Practical]. Tehran: Sherkat-e Sahāmi-e Enteshār [in Persian].
- 45) Singh, B. K., Tiwary, A., & Gupta, N. (2021). *Business law*. Delhi: SBPD Publications.
- 46) Sotūdeh, Ḥasan (1347 SH/1968). *Hoqūq-e Tejārat* (Vol. 2) [Commercial Law]. Tehran: Dāneshgāh-e Tehrān [in Persian].
- 47) Sotūdeh, Ḥasan (1350 SH/1971). *Hoqūq-e Tejārat* (Vol. 4) [Commercial Law]. Tehran: Dehkhodā [in Persian].
- 48) Southgate, R. W., & Glazer, D. W. (2014). *Massachusetts corporation law & practice* (2nd ed.). New York: Wolters Kluwer.
- 49) Stapleton, C. O., & Williams, M. R. (2004). *California real estate principles* (5th ed.). Chicago: Dearborn Real Estate Education.
- 50) Ṭāleb Aḥmadi, Ḥabīb (1382 SH/2003). *Mo'amelāt-e Qābel-e Ebṭāl dar Hoqūq-e Īrān* [Voidable Transactions in Iranian Law]. *Majalleh-ye Hoqūqī-ye Dādgostari* [Judicial Law Journal], Year 67, No. 43, pp. 71-92 [in Persian].
- 51) Tomasic, R., Bottomley, S., & McQueen, R. (2002). *Corporations law in Australia*. Sydney: The Federation Press.
- 52) Tulsian, P. C. (2005). *Business law, questions and answers*. New Delhi: The McGraw-Hill Companies.

## A Feasibility Study of Analyzing Letter 53 in Nahj al-Balagha from the Perspective of Procedural Law Rules

Mahdi Hamzeh Howeyda • Assistant Professor, Higher Education Institute of Nahavand, Bu-  
Ali Sina University, Hamedan, Iran. [m.hamzehoweyda@basu.ac.ir](mailto:m.hamzehoweyda@basu.ac.ir)

### Abstract

#### 1. Introduction

Imam Ali's Letter 53 in Nahj al-Balagha, known as the "Principles of good governance in the letter of Imam Ali to al-Ashtar", in the meaning of principles of good governance in his instructions to Malik al-Ashtar, holds profound significance in Islamic jurisprudence and governance, serving as a foundational document for ethical and procedural governance principles. Addressed to Malik al-Ashtar, a governor under Imam Ali's rule, this letter lays out comprehensive guidelines on various aspects of governance, particularly emphasizing the ethical and procedural responsibilities of those in judicial roles. The document's sections on judicial conduct offer insight into the essential qualities a judge must embody, procedural standards they should adhere to, and methods of implementing justice.

This paper aims to investigate Letter 53 from the unique perspective of procedural law rules, analyzing whether the principles outlined within it align with the foundational doctrines of procedural law. The legal framework addressed here is significant, as procedural law underpins the enforceability and substantive rights within a judicial system, serving as a vehicle for justice. Procedural rules, when effectively implemented, ensure that laws are not only enacted but also upheld, providing mechanisms for adjudication and remedy.

Given the limited research specifically exploring Letter 53 through the lens of procedural law, this paper undertakes a pioneering analysis of its contents.

#### 2. Research Question

The primary research question guiding this study is: Can Letter 53 in Nahj al-Balagha, as articulated by Imam Ali, be feasibly analyzed from a procedural law



perspective? This inquiry addresses whether the principles and guidelines within Letter 53 provide a foundation for procedural legal standards and whether they can be directly interpreted as procedural rules within the broader scope of Islamic law.

This question is crucial, as it explores the potential of Letter 53 to serve as an Islamic judicial document detailing procedural laws, thus extending beyond mere ethical guidelines.

### **3. Research Hypothesis**

The hypothesis of this study is that while Letter 53 provides general instructions on the principles of judicial governance and management, it does not detail specific procedural law practices in a modern sense. This hypothesis is grounded in the premise that, although the letter promotes ethical and foundational qualities relevant to governance, the level of procedural detail expected in contemporary legal frameworks may not be explicitly addressed.

Furthermore, it is hypothesized that the judicial instructions provided in Letter 53 act more as guiding ethical principles rather than structured legal mandates typically found within codified procedural law. These principles suggest standards for behavior, integrity, and responsibilities expected of those in judicial positions but may not cover the procedural specifics that contemporary legal scholars might anticipate. However, the hypothesis also acknowledges that the ethical foundations in the letter could influence procedural law interpretations, especially within Islamic jurisdictions, due to their focus on justice, impartiality, and accountability.

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

This study employs a doctrinal research methodology, heavily grounded in documentary analysis of classical Islamic texts. Given the limited availability of prior studies examining procedural law in the context of Letter 53, the paper primarily relies on a textual examination of this specific document. Doctrinal research, known for analyzing legal principles within texts and drawing from authoritative sources, is well-suited to this study's objectives, allowing for an in-depth exploration of the judicial values imparted by Imam Ali in Letter 53.

To ensure a rigorous analysis, the study focuses on specific sections of Letter 53 that address procedural rules and judicial ethics. By categorizing and thematically organizing these sections, it examines how the described guidelines align with procedural law standards, evaluating the relevance of Imam Ali's instructions to modern legal interpretations. A thorough comparison is drawn between the procedural mandates outlined in Letter 53 and traditional procedural law theories to evaluate both congruences and potential gaps.

## 5. Results & Discussion

The analysis of Imam Ali's Letter 53, particularly the "Portrait of Judges" section, provides critical insights into the judicial and procedural ethos advocated in this foundational text. Through a content analysis, three types of rules become apparent: fundamental governance principles within the judiciary, ethical standards for organizational and judicial conduct, and broad principles of procedural justice. Each of these categories reflects Imam Ali's emphasis on justice, equity, and ethical governance, positioning the letter as a vital document on governance and judicial management, though perhaps not a strict procedural law manual.

The first category, fundamental governance principles, primarily addresses the constitutional rights and administrative duties of judiciary officials. These principles underscore the importance of governance structures in ensuring justice, suggesting that any functioning judicial system must be founded on clear, stable organizational guidelines. The emphasis on governance in the letter signifies that Imam Ali viewed justice as deeply tied to the administrative integrity of judicial institutions, a perspective aligned with modern constitutionalism where judiciary autonomy and accountability are essential to uphold citizens' rights.

The second category pertains to ethical standards within the judiciary. Imam Ali emphasizes that judges must embody fairness, wisdom, and integrity, illustrating a vision of judges as moral exemplars within society. The ethical dimensions reflected in these instructions illustrate that procedural justice cannot stand apart from the moral quality of those executing it. This focus on judicial ethics aligns with contemporary understandings of judicial impartiality and integrity, showing that Imam Ali's directives prioritize the moral compass of judicial officers as foundational to fair proceedings.

The final category identified in the content analysis covers principles of procedural justice, though these principles are described in broad terms rather than prescriptive procedural rules. Procedural justice is implied through principles of fairness, transparency, and adherence to ethical governance, suggesting that Imam Ali prioritized these as essential to achieving substantive justice. However, only two specific procedural principles are mentioned, hinting at a broader approach rather than detailing the systematic processes found in codified procedural laws.

This distribution of rules illustrates that, contrary to some interpretations, Letter 53 does not extensively address procedural law in the strict sense. While there is a focus on achieving justice, the letter stops short of delineating formal procedures or standardized legal mechanisms. Instead, it highlights the adaptability and context-specific nature of procedural practices, which in Islamic legal theory is often referred to as the [Mantaghat al-Firagh] (in the meaning of Sharia region of discretion). This concept allows procedural



practices to evolve according to societal needs, signifying that while certain ethical principles are immutable, procedural specifics may adapt according to custom and practical necessities.

From a historical perspective, this approach to procedural justice—emphasizing ethical underpinnings rather than rigid formalities—has resulted in a comparatively flexible and simple procedural law structure within Islamic legal traditions. Over time, procedural practices in Islamic governance have often been shaped by rational custom rather than strict codification, a perspective reinforced by the findings from this study. This adaptive nature of Islamic procedural law reflects the letter’s core principle: that while justice requires procedural integrity, specific methods may evolve with society.

## **6. Conclusion**

The findings of this study clarify that, while Imam Ali’s Letter 53 addresses governance principles and ethical judicial conduct, it does not serve as a codified source of procedural law. The directives outlined for Malik al-Ashtar, particularly in the “Portrait of Judges,” emphasize the ethical and administrative responsibilities within judicial management rather than delineating structured procedural laws. This distinction challenges the commonly held view that the Letter constitutes a procedural legal framework, suggesting instead that the letter offers a foundational ethical compass rather than procedural mandates.

This understanding has far-reaching implications for interpreting the Islamic judicial system. Rather than being rooted in procedural formality, Islamic procedural law, as reflected in Letter 53, places primary emphasis on the ethical qualifications and character of judicial officers, encouraging flexibility in procedural practices that align with societal customs and rational agreements. This adaptability has allowed Islamic procedural law to be less formalized over centuries, evolving organically in response to shifting socio-political contexts without losing its core principles of justice and fairness.

**Keywords:** Nahj al-Balagha, Principles of Good Governance in the Letter of Imam Ali to al-Ashtar, Procedural Rules, Procedural Law, Judicial Governance.

## امکان‌سنجی تحلیل نامه ۵۳ نهج‌البلاغه از منظر قواعد آیین دادرسی

مهدی حمزه‌هویدا • استادیار، مجتمع آموزش عالی نهاوند، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.

m.hamzehoweyda@basu.ac.ir

### چکیده

نامه پنجاه و سوم نهج‌البلاغه، مشهور به عهدنامه امیرالمؤمنین علی علیه‌السلام با مالک اشتر، متضمن دستورات و هنجارهایی برای اداره شئون مختلف حکومت است. قضاوت و دادرسی نیز به عنوان یکی از مهم‌ترین شئون حکومت، به‌طور ویژه در این عهدنامه مورد توجه قرار گرفته است. مقاله حاضر با شیوه توصیفی تحلیلی به دنبال یافتن پاسخ برای این پرسش است که آیا موازین آیین دادرسی و شیوه رسیدگی محاکم، در این نامه منعکس شده است یا خیر؟ دور از نظر ارباب دانش نیست که مقررات دادرسی را می‌توان به سه دسته «اصول»، «قواعد آیینی» و «تشریفات» تقسیم کرد. اگر چه برخی از دکترین‌های دادرسی در حقوق ایران، این نامه را از منابع مهم دادرسی اسلامی می‌دانند و معتقدند موازین قضایی تحت عنوان سیمای قاضیان در این نامه مورد تصریح قرار گرفته است، اما حسب نتیجه این جستار، عهدنامه مالک تنها متضمن دو اصل بنیادین دادرسی است و سایر قواعد دادرسی انعکاسی در آن نیافته است؛ تحلیل مضمون عهدنامه نشان می‌دهد که «حکمرانی قضایی» و «مدیریت قوه قضاییه» پایه و مایه اصلی آن بوده و به همین علت، از اساس وارد جزئیات دادرسی و تشریفات رسیدگی نشده است و امکان تحلیل عهدنامه از منظر تشریفات دادرسی محاکم، امری بعید است. وانگهی، به عقیده برخی فقیهان اسلامی، شکل و شیوه دادخواهی و دادرسی، منطقه‌الفراغ است و حد شرعی معینی ندارد و آن حضرت ضمن اشاره به اصول کلی مدیریت دستگاه قضا، سایر جزئیات را به بنای عقلا و مقتضیات زمان سپرده و فرمانی در این خصوص صادر نکرده‌اند.

واژگان کلیدی: نهج‌البلاغه، عهدنامه مالک اشتر، قواعد دادرسی، آیین دادرسی، حکمرانی قضایی.



## مقدمه

یکی از بخش‌های مهم در نامه ۵۳ نهج‌البلاغه، قواعد و رهنمودهایی است که آن حضرت در خصوص قضاوت و شیوه دادرسی داشتند؛ اینکه قاضی چه ویژگی‌هایی باید داشته و دادرسی او مبتنی بر کدام اصول و موازین باشد، همواره مورد توجه نظام‌های قضایی بوده است. دادرسی جزء جدایی‌ناپذیر حقوق است و بدون توجه به قواعد قضاوت و چگونگی رسیدگی نمی‌توان از نظام حقوقی و حتی از حقوق ماهوی سخن گفت. برای همین است که برخی حقوق‌دانان، قواعد آیین دادرسی را «تضمین‌کننده» حقوق ماهوی دانسته‌اند (شمس، ۱۳۸۴، ج ۱، ص. ۱۹). وضع قاعده و قانون در صورتی نتیجه دارد که ضمانت اجرای نقض آن نیز توسط قانون‌گذار پیش‌بینی شده باشد. باید مشخص باشد که اگر حقی نادیده گرفته یا تضییع شده است، صاحب حق چگونه و از چه طریقی می‌تواند تظلم‌خواهی کند؟ حق‌گزاری و رسیدگی به اختلافات توسط حکومت دقیقاً با چه شیوه‌ای انجام می‌پذیرد؟ آیا احقاق حق مستلزم طی فرایندهای شکلی است یا می‌توان بدون تشریفات نیز حق انکارشده را به حق‌دار بازگرداند؟

پاسخ به پرسش‌هایی از این دست، ماهیت نظام حقوقی و قضایی هر کشوری را تعیین می‌کند. اینکه در عهدنامه مالک به‌طور خاص به قضاوت و چگونگی آن اشاره شده است، این انتظار را در مخاطب ایجاد می‌کند که این نامه جای ترسیم قواعد دادرسی بوده و پی بردن به ماهیت نظام قضایی از دیدگاه نهج‌البلاغه مستلزم تحلیل نامه ۵۳ است. نویسندگان حقوقی نیز این انگاره را مفروض و مقبول تلقی کرده‌اند که عهدنامه مزبور از منابع اصلی و مهم در دادرسی اسلامی است (افتخار جهرمی و السان، ۱۴۰۱، ج ۱، ص. ۲۹؛ ادیبی مهر، ۱۳۸۹، ص. ۱۲۷؛ کریمی و زارعی، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص. ۱۲۳).

نوشتار حاضر با بررسی و احصای قواعد مندرج در این نامه (بخش قاضیان)، ماهیت این قواعد و نسبت آن‌ها با حقوق دادرسی را مورد مطالعه قرار داده است. بر این اساس، ضمن بررسی مفهوم و انواع قواعد دادرسی (بخش نخست)، موازین مطرح‌شده در نامه ۵۳ نیز احصا و از حیث ماهیت مورد تحلیل قرار گرفته‌اند (بخش دوم).

پیشینه پژوهش: جایگاه ممتاز عهدنامه مالک و طرح مسائل اساسی و فراگیر در آن موجب شده است تا ادبیاتی نسبتاً غنی از جهات و ابعاد مختلف درباره آن شکل گیرد و پژوهش‌ها و تحلیل‌های مدیریتی، امنیتی-نظامی، سیاسی، اجتماعی و ادبی شایان توجهی در این خصوص نوشته

شده است. برخی نویسندگان از وجود ۵۶ شرح بر این عهدنامه خبر داده‌اند (دلشاد تهرانی، ۱۳۸۸، ص. ۳۷)، اما از مرتبط‌ترین موارد به پژوهش حاضر، می‌توان به موارد زیر اشاره کرد.

موسوی بجنوردی و روحانی (۱۳۹۱) در مقاله «شاخصه‌های عدالت قضایی از منظر امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) با رویکردی بر آرای امام خمینی»، ضمن بررسی منابع مختلف در خصوص عدالت قضایی، به نامه ۵۳ نهج‌البلاغه نیز استناد و شرایط قضاوت از دیدگاه امام علی (علیه‌السلام) را بازخوانی و مرور کرده‌اند. تمرکز این مقاله بر عهدنامه مالک نیست و برای تحلیل موضوع، به منابع دیگر نیز استناد کرده است.

پرهیزکاری (۱۳۹۹)، در مقاله «مدیریت نیروی انسانی (کارگزاران قضایی) در نظام قضایی علوی»، مؤلفه‌های مدیریتی در گزینش، به‌کارگیری و نظارت بر قضات در نظام علوی را مورد بررسی قرار داده است. چنان‌که نویسنده نیز بدان تصریح داشته، مقاله مزبور میان‌رشته‌ای بوده و موازین علم مدیریت در آن غالب است.

بهادری (۱۳۹۸)، در مقاله «تحلیل مضمون عهدنامه امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) با مالک اشتر» مندرج در پژوهش‌نامه نهج‌البلاغه، بدون آنکه نظر به موضوعی خاص در عهدنامه داشته باشد، به دنبال این است که به‌طورکلی، تمام سیاست‌نامه علوی را تحلیل مضمون کند. یافتن جهت‌گیری‌های کلی، قالب و شبکه‌ای که مضامین موجود در نامه از آن تبعیت می‌کنند، هدف اصلی این مقاله را تشکیل داده است. آنچه در این پژوهش مورد بررسی قرار گرفته، عمدتاً عبارت است از مرتب کردن مضامین و انتخاب مضامین پایه، سازمان‌دهنده و فراگیر و ترسیم نقشه مضامین. بدیهی است دادرسی نیز مانند دیگر حوزه‌های تخصصی موجود در عهدنامه، نمی‌تواند موضوع پژوهش یادشده باشد.

مقاله پیش رو، دست‌کم از دو بُعد با پژوهش‌های یادشده در بالا تفاوت بنیادین دارد. نخست اینکه، تنها آن بخش از عهدنامه را مورد مطالعه قرار می‌دهد که به دادرسی و قضاوت مربوط است و دوم اینکه، قواعد دادرسی را تنها با تکیه بر متن نامه ۵۳ مورد جست‌وجو قرار داده و دیگر منابع را داخل در بررسی‌های خود نکرده است. با وجود این دو قید و با رعایت احتیاط می‌توان گفت تا زمان نگارش این مقاله، پژوهشی که به‌طور مستقل و منسجم، «قواعد دادرسی» را در «نامه ۵۳ نهج‌البلاغه» مورد بررسی قرار داده باشد، به نظر نرسیده است.

روش پژوهش: این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی انجام گرفته است؛ بدین گونه که با استفاده از روش گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای، به تحلیل مضامین به‌کاررفته در نامه ۵۳ و تطبیق آن با قواعد دادرسی پرداخته شده است.

### ۱. مفهوم و انواع قواعد دادرسی

برای تطبیق با رهنمودهای مندرج در نامه ۵۳، ضروری است ابتدا مفهوم قواعد مربوط به دادرسی و نیز انواع آن مورد شناسایی قرار گیرد.

#### ۱.۱. مفهوم قواعد دادرسی

مقررات دادرسی در کنار قوانین موجد حق، در مجموع، تشکیل‌دهنده هر نظام حقوقی به شمار می‌روند. قواعد دادرسی را معمولاً قواعدی می‌دانند که در مقام رسیدگی به دعاوی از سوی دادگاه و اصحاب دعوی به کار گرفته می‌شوند (ماده ۱ از قانون آیین دادرسی مدنی). صرف‌نظر از مناقشات نظری و دقت‌های فنی که می‌توان در ارائه تعریفی نسبتاً مطلوب از قواعد دادرسی به دست داد، آنچه بیش از هر موضوع دیگری در معنای این دسته از قواعد مشهود به نظر می‌رسد، عنصر شکل و قالب است. حقوق دادرسی همواره مملو از فرم و شکل بوده و از این‌رو در برابر حقوق ماهوی (مدنی و تجارت) قرار گرفته است (داوودی بیرق، ۱۳۹۹، ص. ۱۹). بر این اساس، قواعد دادرسی را می‌توان مجموعه‌ای از آیین‌های ویژه دانست که چگونگی طرح دعوی، رسیدگی، صدور حکم و دیگر جنبه‌های مرافعه و دعوی را تنظیم می‌کند. بدیهی است این قواعد ناظر بر دعاوی است و بدون دعوی امکان اجرای این مقررات وجود ندارد. تا دعوی و اختلافی نزد دادگاه مطرح نشود، صحبت از چگونگی صدور حکم و ابلاغ آن بی‌معنی است؛ چنان‌که مهلت تجدیدنظر و شکایت از رأی نیز آنگاه شایان طرح است که ابتدائاً دعوایی طرح و متعاقب آن، رأیی صادر شده باشد. بنابراین، قواعد آیین دادرسی بدون وجود منازعه و اختلاف قابل تصور نیست. برعکس، قواعد ماهوی هیچ ملازمه‌ای با وجود اختلاف و دعوی ندارند. قواعد ناظر بر مالکیت، انعقاد قرارداد، نکاح، چگونگی تقسیم میراث و مانند آن‌ها در جریان زندگی عادی و بدون طرح دعوی نیز از سوی شهروندان مورد اجرا قرار می‌گیرند در حالی که قواعد دادرسی بدون وجود دعوی و منازعه مجال طرح نمی‌یابند. با این وصف، قواعد دادرسی را می‌توان ذیل «حقوق دعاوی» نیز قرار داد (خدابخشی، ۱۳۹۳، ص. ۱۳). ارتباط و تلاقی مهم حقوق دادرسی و مقررات

ماهوی آنجاست که اگر حق ماهوی مورد انکار یا تضییع واقع شد، موازین دادرسی به مثابه ابزار در خدمت احقاق حقوق ماهوی قرار می‌گیرند (کاپلتی و گارث، ۱۳۹۸، ص. ۵۱). با عنایت به همین کاربرد است که دادرسی، «حقوق تضمین‌کننده» دانسته می‌شود. با این حال، ابزار بودن دادرسی به معنای فقدان اصالت در قواعد آن نیست. نمی‌توان تشریفات و قواعد رسیدگی را تزیینی، نمایشی و زائد دانست. تنزل مقررات دادرسی تا این حد موجب می‌شود تا بود و نبود قواعد مزبور در موضوع رسیدگی یکسان تلقی شود. امروزه به خوبی این مسئله روشن شده است که قواعد آیین دادرسی را نباید پاره‌ای قواعد شکلی و تشریفاتی دانست که فقط نظام حقوقی را تزیین می‌کنند و به آن وقار می‌بخشند. برخلاف ادعای برخی نویسندگان که قواعد دادرسی را فاقد مظهر حقوقی واقعی دانسته‌اند (دل‌وکیو، ۱۳۹۱، ص. ۸۵)، این قواعد دارای اصالت‌اند و اتخاذ موضع نسبت به آن‌ها، حقوق ماهوی را نیز تحت تأثیر قرار خواهد داد (Sturmer, 1996, p. 236). برخی از اصول و موازین دادرسی دارای چنان اهمیتی هستند که دستیابی به حقوق ماهوی بدون تمسک به آن‌ها فاقد ارزش است. حقی که بدون توجه به حقوق دفاعی اصحاب دعوی به دست آمده باشد، مورد حمایت قانون‌گذار نخواهد بود؛ همچنان که رأی بدون توجیه و دلیل همواره در معرض نقض قرار دارد. جلسه رسیدگی که بدون ابلاغ و اطلاع خواننده دعوی تشکیل و منتهی به به صدور رأی شده باشد، صرف‌نظر از ماهیت و محتوای رأی، فاقد اعتبار است. این موارد و مانند آن‌ها به خوبی نشان می‌دهند که قواعد دادرسی تنها ابزار و وسیله نیستند، بلکه ارزش‌هایی ذاتی و مستقل در این دسته از قواعد وجود دارد. به هر روی، اهمیت این قواعد در احقاق حق تا آنجاست که برخی معتقدند در حقوق، همه چیز آیین دادرسی است (شمس، ۱۳۸۴، ج ۱، ص. ۲۰). بدون آشنایی با موازین دادرسی حق ماهوی نیز از بین خواهد رفت.

## ۲.۱. انواع قواعد دادرسی

مقررات دادرسی در عین حال که با قواعد ماهوی تمایز بنیادین دارند، اما همه از یک نوع نیستند. گونه‌های مختلفی از مقررات آیین دادرسی وجود دارد که معمولاً از حیث ضمانت اجرا و اهمیت از یکدیگر قابل تفکیک است و آثار حقوقی متفاوتی بر آن‌ها مترتب می‌شود. قواعد مزبور را می‌توان در سه دسته مورد بررسی قرار داد. ۱. اصول دادرسی، ۲. قواعد آیینی و ۳. تشریفات دادرسی.

### ۱.۲.۱. اصول دادرسی

برخی قواعد، پایه‌های اساسی در شیوه رسیدگی را تعیین می‌کنند. جریان دادرسی تابع اصولی است که چهارچوب و خط‌مشی کلی را برای اصحاب دعوی و مقام رسیدگی‌کننده ترسیم می‌کند. اینکه قاضی باید بی‌طرف باشد و نفع شخصی در پرونده نداشته باشد، از اصول مهم رسیدگی است. تحمل بار اثبات دعوی از سوی مدعی نیز اصل دیگری است که بر مبنای آن، مدعی<sup>۱</sup> علیه را نمی‌توان مجبور به اثبات کرد.

گفته می‌شود که همه ادعاها و استدلال‌های اصحاب دعوی باید در معرض نقد و پاسخ طرف مقابل قرار گیرد. این اصل که به‌منظور تدارک فرصت دفاع برای طرف مقابل و تضمین حقوق دفاعی طرفین مورد توجه قرار گرفته، به اصل تناظر مشهور است. بی‌آنکه در مقام تعریف و احصای اصول دادرسی باشیم، دو ویژگی بارز در شناسایی این دسته از قواعد شایان توجه به نظر می‌رسد.

نخست اینکه، اصول دادرسی بیش و پیش از آنکه به فن و تکنیک بپردازد، دادرسی را راهبری می‌کند. در اینجا به‌جای توجه به جزئیات و فنون رسیدگی، راهبردهای بنیادین دادرسی در کانون توجه قرار دارند. کلیت موجود در این دسته از قواعد، این امکان را فراهم می‌آورد تا بتوان افزون بر اصول دادرسی ملی و داخلی، از اصول فراملی دادرسی سخن گفت.

دیگر اینکه، اصول مزبور به‌رغم کلی بودن (محسنی، بهار و تابستان ۱۳۸۵، ص. ۱۰۲)، همچنان در زمره قواعد دادرسی قرار می‌گیرند. به عبارتی، اصول دادرسی از جنس حقوق ماهوی نیستند و تنها در مقام منازعه و دعوی قابلیت طرح می‌یابند.

### ۲.۲.۱. قواعد آیینی

این دسته از قواعد را می‌توان به معنای خاص مربوط به آیین دادرسی دانست؛ مقرراتی که چگونگی طرح دعوی و رسیدگی به آن را بیان می‌کنند. حجم عمده مواد قانون آیین دادرسی مدنی را می‌توان در این دسته جای داد؛ شرایط دادخواست، چگونگی ابلاغ، ویژگی‌های تصمیم قضایی، شرایط صدور رأی، جهات شکایت از آراء، اوصاف دعاوی طاری و مانند آن‌ها. این قواعد چگونگی آغاز، انجام و فرایند دادرسی را مشخص می‌کنند. قواعد آیینی در مقایسه با اصول دادرسی، از پایداری کمتری برخوردارند. قانون‌گذار هر زمان که لازم بداند، رویه‌ها و شیوه‌های

رسیدگی و طرح دعوی را تغییر می‌دهد حال آنکه اصول دادرسی کمتر تغییر می‌پذیرند. به همین علت است قواعد آیینی فوراً اجرا می‌شوند و بر دعاوی مطروح پیشین نیز اثر می‌گذارند ( Garner, 1999, p. 666; A.Martin, 2003, p. 385).

### ۳.۲.۱. تشریفات

تشریفات یا فرمالیته همواره از مؤلفه‌های جدایی‌ناپذیر در حقوق دادرسی بوده است. از آیین‌ها و اداهای ویژه در دوران کهن (فیلیپ لوی و کاستالدو، ۱۳۸۷، صص. ۲۷ به بعد) تا دادرسی‌های نوین امروزی، می‌توان نمونه‌هایی از قواعد تشریفات را در مجموعه مقررات دادرسی دنبال کرد. رعایت مهلت خاص در تجدیدنظرخواهی، الزام به ثبت و طرح دادخواست در قالب چایی مخصوص، ضرورت الصاق برگ ابلاغ در محل خاص، تعیین کارشناس از طریق قرعه و نظایر آن‌ها، وجود تشریفات و اصرار به اجرای قواعد دادرسی از طریق آن‌ها و تضمین حقوق اشخاص، راهی برای مقابله با استبداد قضایی دانسته شده است. به همین علت به عقیده برخی، هنگامی می‌توان از نظام دادرسی سخن گفت که در مجموعه مقررات رسیدگی، قواعد تشریفات نیز وجود داشته باشد (غمامی، ۱۴۰۱، ص. ۱۱۱).

معیارهای شایان توجهی برای شناسایی تشریفات از دیگر قواعد و به‌ویژه اصول دادرسی وجود دارد که البته مجال پرداختن به آن‌ها در نوشتار حاضر وجود ندارد (مولودی و حمزه هویدا، زمستان ۱۴۰۱، صص. ۷۸۶ به بعد)، اما این اثر عملی مهم را باید خاطر نشان کرد که قانون‌گذار رعایت تشریفات را در برخی دعاوی ضروری ندیده است. ماده ۸ قانون حمایت از خانواده و تبصره ماده ۱۹ از قانون شورای حل اختلاف، تشریفات رسیدگی را در دعاوی خانوادگی و دعاوی مطروح در شوراهای حل اختلاف لازم نمی‌دانند. این در حالی است که هیچ مقرره‌ای مبنی بر عدم اجرای اصول دادرسی در دعاوی یادشده یا دیگر دعاوی مشاهده نشده است. با توجه به آنچه گفته شد، مقررات دادرسی متشکل از اصول، قواعد آیینی و تشریفات است.

### ۲. ماهیت قواعد موجود در عهدنامه مالک

اکنون باید دید آنچه در نامه ۵۳ بیان شده، ماهیتاً متضمن کدام یک از قواعد دادرسی است. برای این مهم، ابتدا شمار قواعد و سپس تحلیل ماهیت آن‌ها از نظر می‌گذرد. به نظر می‌رسد که می‌توان مجموع فرامین مندرج در عهدنامه مالک را در سه دسته کلی به شرح زیر، مورد بررسی قرار داد.



## ۱.۲. قواعد حکومتی

بخشی از محتوای عهدنامه به چگونگی حکمرانی و مدیریت در قوه قضائیه مربوط می‌شود. در واقع، حقوق اساسی در دستگاه قضایی را باید در اینجا جست‌وجو کرد (آقایی طوق، ۱۳۹۴، صص. ۱۷ به بعد). فراز آغازین، انتصاب قاضی را از وظایف و صلاحیت‌های حکومت دانسته است: «اختر للحکم بین الناس أفضل رعیتک فی نفسک». نظارت بر موضوع قضا دستور دیگری است که در این نامه به مالک داده شده است: «أكثر تعاهد قضاة». مشخص است که این نوع نظارت از نوع نظارت قضایی نیست؛ اینکه، در غالب نظام‌های دادرسی، دادگاه تالی تحت نظارت دادگاه یا دیوان عالی قرار دارد. این نظارت ضمن پاسداشت استقلال قاضی در استنباط و انشای حکم، متمرکز بر رعایت قانون و موازین دادرسی در دادگاه‌های پایین‌تر است، اما آنچه در اینجا از آن یاد شده، نظارت حکومتی بر کار قضایی است. دادرسی بدون تردید می‌تواند حوزه‌های مدیریتی و حکمرانی را نیز تحت تأثیر قرار دهد. حکومت بدون دخالت مذموم سیاسی در موضوع قضا، پیامدهای حکومتی و مدیریتی آن را مورد نظارت و ارزیابی قرار می‌دهد. از سوی دیگر، همچنان که انتصاب قاضی از وظایف حاکم شناخته شده است، این نظارت می‌تواند پایش شرایط انتصاب نیز باشد. حکومت باید مطمئن باشد که شرایط و معیارهای لحظه انتصاب، در طول زمان زائل نمی‌شود و همچنان پابرجاست. در واقع، نظارت لازمه اختیاری است که در انتخاب و گزینش قاضی به حکومت داده شده است.

تضمین و تأمین نیازهای مالی: «و افسح له فی البدل ما یزیل عنته، و تُقل معه حاجته الی الناس» و جایگاه اجتماعی قضا از دیگر وظایف مهم نظام حکمرانی شمرده می‌شود: «و أعطه من المنزله لدیک ما لا یطمع فیه غیره من خاصتک لیأمن بذلک اغتیاال الرجال له عندک». در فقه، عمل قاضی اجرت‌المثل ندارد. بدین معنا که وی مانند دیگر کارگزاران و کارگران دولت در برابر کار خود مزد معین و مشخصی دریافت نمی‌کند و نیازهای او از بیت‌المال تأمین می‌شود (نجفی، ۱۴۳۲ق، ج ۴۰، ص. ۵۱؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۱۰۴). از جمله علل این تشریح آن است که قضاوت واجب کفایی است و نمی‌توان برای انجام دادن امر واجب، مزد دریافت کرد (آشتیانی، ۱۴۰۴ق، ص. ۳۵). صرف‌نظر از این حکم فقهی، پیام امام در این بخش از نامه آن است که گشاده‌دست نبودن نسبت به قاضی پیامدهای خطرناکی به دنبال دارد. فساد قاضی و خروج از دایره عدالت چنان اثری در جامعه دارد که دامان حکومت را نیز می‌گیرد و تا سقوط می‌کشاند. از این رو باید راه نفوذ بر قاضی

را بست و نیازهای مالی وی را چنان تأمین کرد که نه حاجت او از این حیث به خلق افتد و نه طمع خلق به او.

در نظر گرفتن جایگاه رفیع اجتماعی-سیاسی نیز امکان انواع نفوذ حکومتی در قاضی را منتفی می‌سازد. ندیدن این منزلت باعث می‌شود تا قاضی به طمع دستیابی به موقعیت بالاتر، حق را بفروشد. از سوی دیگر، صاحب‌منصبان نیز اگر پایگاه قاضی را مستحکم ببابند، نمی‌توانند با وعده جاه و مُلک حق را از او بخرند. واضح است که این راهبرد مدیریتی تا اندازه بسیار زیادی زمینه فساد را از میان برمی‌دارد.

## ۲.۲. اصول بنیادین دادرسی

چنان‌که گفته شد، اصول دادرسی به‌عنوان مبنا و پایه، جریان رسیدگی را هدایت می‌کند. طبیعتاً جنس این قواعد، آیینی است و به شیوه دادرسی نظر دارد بی‌آنکه به ملاحظات حکمرانی و مدیریت جامعه بیندیشد. در این معنا می‌توان به دو اصل مهم دادرسی در نامه ۵۳ اشاره کرد.

### ۱.۲.۲. عدم امکان صدور رأی بر مبنای تردید (رعایت استاندارد اثبات)

دادرسی باید نسبت به موضوع دعوی به شناخت لازم و کافی برسد و آنگاه اقدام به انشای حکم کند: «و أَوْفَهُمْ فِي الشَّبَهَاتِ». این شناخت لازم و کافی معیار و استاندارد اثبات دعوی نامیده می‌شود و در هر نظام حقوقی می‌تواند از شدت و ضعف متفاوت برخوردار باشد (حیدری، زمستان ۱۳۹۲، ص. ۵۸). آنچه تردیدی در مورد آن وجود ندارد، این است که با شک و شبهه نمی‌توان کسی را قضاوت کرد. شناخت لازم و کافی آن است که دادرسی فراتر از تردید، به علم عادی رسیده باشد و با سکون نفس، حکم خود را انشا کند (محسنی، تیر ۱۳۹۸، ص. ۳۰۲). این اصل مهم دادرسی است که شبهه توان اثبات هیچ موضوعی را ندارد و بر اساس آن نمی‌توان تصمیم قضایی گرفت.

### ۲.۲.۲. لزوم استناد و استدلال در تصمیمات قضایی

حکم قاضی اولاً، باید متضمن حجت شرعی (استناد) باشد و ثانیاً، موضوع پرونده نیز باید بر پایه ادله معتبر اثبات شود (استدلال): «و آخَذَهُمْ بِالْحُجَجِ». در واقع، دادرسی موظف است چرایی و چگونگی تصمیم خود را در رأی توضیح دهد. این قاعده به قدری اهمیت دارد که آن روایت

مشهور، یک دسته از قضات اهل دوزخ را قضاتی معرفی می‌کند که به حق حکم می‌دهند، اما نادانسته: «رَجُلٌ قَضَى بِحَقِّ وَ هُوَ لَا يَعْلَمُ فَهُوَ فِي النَّارِ...» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۴). در اینجا دادرس رأی خود را «درست» صادر کرده، اما چون مبانی تصمیم خود را به خوبی توجیه نکرده است و برای درستی آن استدلال در اختیار ندارد، این رأی درست نمی‌تواند او را نجات دهد. رأی بدون استدلال اساساً رأی نیست و از این رو همواره در معرض نقض مراجع عالی قرار دارد. استناد و استدلال آن‌چنان در نظر قانون‌گذار، اصولی و مهم است که افزون بر قوانین عادی، در قانون اساسی نیز بدان پرداخته است. اصل ۱۶۶ قانون اساسی مقرر می‌دارد «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است». ارزش حکم به منطوق آن نیست. همه اعتبار و عیار رأی به استدلال آن است. ضرورت وجود استدلال و استناد در رأی افزون بر فراهم آوردن زمینه برای صدور آرای متقن و صحیح، موجب تسهیل نظارت‌پذیری قضایی نیز می‌شود.

### ۳.۲. قواعد مربوط به اخلاق قضایی

بخش زیادی از گزاره‌ها و رهنمودهای موجود در عهدنامه، در خصوص شیوه رفتار قضایی است. دادرس در ساختار قضایی باید چه اوصافی داشته باشد؟ این قواعد با شخصیت قضایی ارتباط می‌یابند.

بردباری (لا تَضِيقُ بِه‌الامور)، عدم لجاجت (لا تُمَحِّكُهُ‌الْخُصُومَ)، عدم اصرار به اشتباه (لا يَتَمَادِي فِي‌الزَّلَّةِ)، حق‌گرایی (و لا يَحْضَرُ مِنْ‌الْفِيءِ اِلَى‌الْحَقِّ اِذَا عَرَفَهُ)، فقدان طمع (لا تُشْرِفِ نَفْسُهُ عَلَي طَمَعٍ)، داشتن فهم عمیق (و لا يَكْتَفِي بِأَدْنَى فَهْمٍ دُونَ أَقْصَاهُ)، سعه صدر (اَقْلَهُمْ تَبَرُّمًا بِمِرَاجِعَةِ‌الْخُصْمِ)، صبر در راه کشف واقعیت (اصْبِرْهُمْ عَلَي تَكْشُفِ‌الْاُمُورِ)، قاطع بودن (و اَصْرَمَهُمْ عِنْدَ اِتِّضَاحِ‌الْحُكْمِ) و نفوذناپذیری در برابر مدح و نیرنگ (مِمَّنْ لَا يَزِدُّهُ اِطْرَاءٌ وَ لَا يَسْتَمِيلُهُ اِغْرَاءٌ) از اوصاف قضایی است.

مجموعه این اوصاف کمالی را می‌توان تحت عنوان «ادب قضایی» مورد بررسی قرار داد (جوادی آملی، ۱۳۹۰، ص. ۲۹۷). آداب‌القضا دربرگیرنده توصیه‌های اخلاقی-فقهی (مستحبات و مکروهات) است و بدون اینکه به قواعد دادرسی و چگونگی رسیدگی و اصول آیینی بپردازد، اخلاق شخصی و سازمانی قضات را به آنان گوشزد می‌کند (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳،

ص. ۳۶۵). به همین علت است که معیارها و استانداردهای اخلاق قضایی در مجموعه قوانین دادرسی نمی‌آید. معمولاً این ارزش‌ها در سوگندنامه قضات یا اسناد مجزا تدوین می‌شوند (Mackay, 1995, p. 2). در سطح بین‌المللی، در سال ۲۰۰۲، تلاش گروهی از قضات عالی‌رتبه کشورهای مختلف منتهی به تهیه اصولی درباره اخلاق و ویژگی‌های قاضی شده که به «اصول بنگلور در خصوص رفتار قضایی» موسوم و ویژگی‌هایی مانند نزاکت، سلامت و سنت‌های فرهنگی و مذهبی را در خود جای داده است. اینکه قاضی باید صبور و سعه صدر داشته باشد یا اهل طمع نباشد و فریب مدح دیگران را نخورد، نه جزو اصول دادرسی است نه از قواعد آیینی به معنای خاص کلمه است و نه حتی از تشریفات رسیدگی شمرده می‌شود. از این‌روست که نقض قواعد اخلاقی قضاوت یا ضمانت اجرای عینی ندارد یا در نهایت، موجب مسئولیت انتظامی قاضی خواهد شد بی‌آنکه تأثیری در روند رسیدگی و آرای صادره داشته باشد؛ اگرچه تأثیر پیشگیرانه و عمیق آن‌ها در سلامت قضایی را نمی‌توان نادیده گرفت.

مثال این وضعیت را در رفتار امام (علیه‌السلام) با شریح بن حارث به‌وضوح می‌توان دید (نهج‌البلاغه، نامه ۳). شریح در زمان تصدی در قضا و درحالی‌که منصوب حکومت علوی بود، اقدام به خرید خانه‌ای نسبتاً گران‌قیمت می‌کند. رسیدن این خبر به امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) موجب اعتراض شدید آن حضرت نسبت به عمل شریح می‌شود. بدین‌گونه که ضمن عتاب و انداختن نگاهی از سر خشم و غضب، شریح را به پرهیز از طمع و توجه به ناپایداری دنیا فرامی‌خواند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶، ج ۹، ص. ۳). با وجود شدیدالحن بودن محتوای نامه، دستوری مبنی بر ابطال احکام صادره توسط شریح یا از سرگیری رسیدگی‌های او توسط شخصی دیگر در نامه مزبور مشاهده نمی‌شود و قاضی تنها از حیث انتظامی و اخلاقی مورد مؤاخذه قرار گرفته است.

### ۳. ارزیابی نسبت قواعد دادرسی با عهدنامه مالک

بررسی و احصای قواعد مندرج در نامه ۵۳ (بخش قاضیان) حکایت دارد که آنچه در این نامه آمده یا از جنس مقررات حکومتی است و چگونگی تدبیر و نظارت بر قوه قضائیه را به‌عنوان یکی از ارکان مهم حکمرانی بیان کرده یا به تشریح اوصاف و ویژگی‌های اخلاقی قضات پرداخته است که دسته‌آخر را نیز باید معیارهایی برای گزینش قاضی و در تحلیل نهایی، جزو مقررات حکومتی

و ابزار مدیریتی دانست. در واقع، پرداختن به اخلاق قضایی نیز از لحاظ ارائه معیار برای اداره صحیح و گزینش مطلوب نیروی انسانی در دستگاه قضایی بوده است. از مجموع گزاره‌ها و دستورات موجود در عهدنامه تنها دو اصل دادرسی قابل استنباط است. رعایت معیار لازم و کافی برای اثبات دعوی و ضرورت وجود استدلال و استناد در تصمیم قضایی. براین اساس، می‌توان این دیدگاه را تقویت کرد که نامه یادشده جزو منابع حقوق اساسی (قوه قضائیه) است و برخلاف تصور اولیه و به‌رغم عنوان بخشی از آن که به سیمای قاضیان معروف شده است، نمی‌توان چگونگی رسیدگی و قواعد دادرسی را از این نامه و دستورات آن استنباط و استخراج کرد. شأن و جایگاه نامه نیز همین موضوع را تأیید می‌کند. حضرت (علیه‌السلام) شخصی را به‌عنوان والی برای اداره بخشی از حکومت مأمور می‌کنند و دستوراتی نیز به این والی برای اداره امور می‌دهند و طبیعی است که چهارچوب کلی و نظرگاه اصلی، مسائل حکومتی باشد و نه جزئیات دادرسی. دقیقاً از این‌روست که نقض قواعد یادشده حتی آنجا که به اخلاق قضاوت پرداخته است، تأثیری در فرایند دادرسی ندارد؛ زیرا آن قواعد ماهیتاً آیینی و مربوط به دادرسی نیستند و ضمانت اجرای مستقیم از نقطه‌نظر حقوق دادرسی را نیز ندارند. به عبارتی، نقض قواعد حکومتی و عدم پایبندی به اخلاق سازمانی و قضایی می‌تواند موجبات مسئولیت انتظامی و درنهایت، عزل قاضی را به دنبال داشته باشد، اما عدم رعایت آن‌ها به‌خودی‌خود موجب نقض حکم نیست. این در حالی است که اگر قاعده‌ای جزو مقررات و اصول دادرسی باشد، نقض آن نیز دارای ضمانت اجرایی از جنس حقوق دادرسی خواهد بود؛ توضیح اینکه، صرف‌نظر از مسئولیت قضایی، جریان «رسیدگی» و «تصمیم قاضی» را تحت تأثیر قرار می‌دهد. ظاهراً نوع مواجهه آن حضرت با قضات از جنس نظارتی و از جایگاه حاکم بوده و دادرسان در چگونگی رسیدگی، مستقل و براساس اجتهاد خود عمل می‌کردند. چنان‌که در نامه به شریح‌بن حارث نیز عتاب و خطاب امام به شریح ناشی از عدم رعایت قناعت و شأن قاضی اسلامی است نه ایراد به شیوه دادرسی و نقض مقررات آیینی.

افزون‌براین، باید توجه داشت که اجتهاد قاضی و توانایی او در استنباط احکام از منابع شرعی، آگاهی وی بر اصول دادرسی را تضمین می‌کند. تسلط بر اصول دادرسی بدیهی‌ترین و کمترین انتظاری است که باید از دادرس مجتهد داشت. شاید از این حیث، تکرار و تذکار این اصول بنیادین در نامه مالک لازم دانسته نشده است. در مورد تشریفات و قواعد فنی دادرسی نیز که در مرتبه‌ای

پایین‌تر از اصول دادرسی قرار دارند، می‌توان گفت از این‌رو در نامه مورد تصریح قرار نگرفته‌اند که اساساً حد و چهارچوب شرعی برای این دسته از قواعد قابل تعیین نیست<sup>۱</sup>. چگونگی قضاوت و تشریفات دادرسی به شکل مربوط است نه ماهیت موضوع؛ چنان‌که برخی فقیهان نیز تصریح کرده‌اند که قواعد فنی و شیوه‌های دادرسی تابع مقتضیات زمان است و دادرسی اسلامی بدون آنکه حدود مشخصی را در این باره تعیین کرده باشد، آن را به بنای عقلا برحسب توسعه جوامع و کثرت و قلت دعاوی واگذار کرده است (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۲۹۸). گزارش‌های تاریخی نیز نشان می‌دهد که رسیدگی به دعاوی در دادگاه‌های اسلامی کاملاً ساده و بدون تشریفات پیچیده امروزی بوده است (برای دیدن مثال‌هایی از این دست ر. ک به: ساکت، ۱۳۶۵، ص. ۱۷۷؛ رضایی، ۱۳۹۳، ص. ۸۶). دستیابی به حق ماهوی در چهارچوب اصول کلی و بنیادین، جوهره قضاوت و احقاق حق در دادرسی‌های اسلامی است. تشریفات و قواعد جزئی دادرسی تنها ابزاری در راه رسیدن به حق ماهوی است و نمی‌توان برای این دسته از قواعد حد مشخص و بنیاد اصیل شرعی قائل شد. برخلاف اصول دادرسی که از کلیت و دوام بیشتری برخوردارند، فنون و تشریفات در گذر زمان قبض و بسط می‌یابند. به نظر می‌رسد بایسته‌ای در خصوص این دسته از قواعد دادرسی وجود نداشته است تا در عهدنامه مالک به آن اشاره شود.

### نتیجه‌گیری

- با توجه به مجموع آنچه گفته شد، نتایج پژوهش به شرح زیر ارائه می‌شود.
۱. یکی از بخش‌های مهم در عهدنامه مالک، فرمان‌هایی است که در خصوص دادرسی و قضاوت توسط آن حضرت داده شده است؛ به‌گونه‌ای که این بخش از نامه به «سیمای قاضیان» مشهور است.
  ۲. با تحلیل محتوای این قسمت از نامه، سه نوع قاعده در آن قابل شناسایی است. قواعد اساسی ناظر بر چگونگی حکمرانی در قوه قضائیه، اخلاق سازمانی و قضایی و اصول دادرسی.
  ۳. اکثریت قاطع اوامر و قواعد موجود در بخش مزبور، ماهیت حکومتی دارد و مربوط به حقوق اساسی و چگونگی اداره قوه قضائیه است. از میان قواعد دادرسی تنها به دو اصل اشاره شده

---

۱. برای دیدن مبانی معرفت‌شناختی و کلامی این دیدگاه در دیگر حوزه‌های حقوقی ر. ک به: نصیری، پاییز ۱۴۰۲، ص. ۵۰۷.

است که نشان می‌دهد برخلاف تصور مشهور، قواعد دادرسی به معنای خاص در عهدنامه مالک منعکس نشده است.

۴. مالک به موجب این نامه، منصوب امام (علیه السلام) در بخشی از حکومت می‌شود و طبیعی است دستوراتی که نیز به او داده می‌شود از نظرگاه حکومت و شیوه حکمرانی باشد نه امور دیگر.

۵. آنچه از دیدگاه حقوق دادرسی حائز اهمیت به نظر می‌رسد، این است که غایت رسیدگی قضایی احقاق حق ماهوی است. در راه رسیدن به این هدف، رعایت اصول کلی دادرسی کافی است و قواعد تشریفاتی و مقررات مربوط به چگونگی رسیدگی (آیینی) تابع مقتضیات زمان و به تعبیری، منطقه الفراع است.

۶. به همین علت، دادرسی اسلامی یکی از ساده‌ترین و کم‌تشریفات‌ترین دادرسی‌ها در طول تاریخ بوده است. قواعد دادرسی در گذر زمان و با توجه به عرف عقلا توسعه یافته است و نمی‌توان حد و اصل شرعی برای این دسته از مقررات قائل شد. این موضوع را می‌توان اصلی‌ترین علت برای بازگو نکردن قواعد آیینی در عهدنامه مالک دانست.

۷. این گزاره که عهدنامه مالک از منابع دادرسی اسلامی شمرده می‌شود، با تمام شهرتی که در گفتمان‌های عمومی و حتی در برخی منابع مهم تخصصی دارد، صحیح به نظر نمی‌رسد. رسیدن به نتیجه یادشده جز با تحلیل محتوای نامه و تطبیق آن با انواع قواعد دادرسی میسر نیست. این نتیجه به نوبه خود آثار و پیامدهای مهمی در شناخت و تفسیر نظام دادرسی در اسلام دارد که پرداختن به آن‌ها، مجال دیگری را می‌طلبد.

## منابع

- ۱) نهج‌البلاغه.
- ۲) آشتیانی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). کتاب القضا. چاپ ۱، قم: دارالهجره.
- ۳) آقایی طوق، مسلم (۱۳۹۴). حقوق عمومی در نهج‌البلاغه. چاپ ۱، تهران: خرسندی.
- ۴) ادیبی مهر، محمد (۱۳۸۹). سلوک دادرسی در فرهنگ و تمدن اسلامی. چاپ ۱، تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی.
- ۵) افتخار جهرمی، گودرز و السان، مصطفی (۱۴۰۱). آیین دادرسی مدنی (جلد ۱). چاپ ۳، تهران: میزان.
- ۶) انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). القضا و الشهادات. چاپ ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ۷) بهادری، آتنا (۱۳۹۸). تحلیل مضمون عهدنامه امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) با مالک. پژوهش‌نامه نهج‌البلاغه، شماره ۲۸، صص ۵۷-۷۷. doi: 10.22084/nahj.2019.17614.2149
- ۸) پرهیزکاری، سیدروح‌الله (۱۳۹۹). مدیریت نیروی انسانی (کارگزاران قضایی) در نظام قضایی علوی. تاریخ فرهنگ و تمدن اسلامی، شماره ۴۱، صص ۷-۳۲. doi: 20.1001.1.22520538.1399.11.41.4.8
- ۹) جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۰). ادب قضا در اسلام. چاپ سوم، قم: اسراء.
- ۱۰) حیدری، الهام (۱۳۹۲). معیار اثبات در دعاوی کیفری در دادرسی کیفری ایران و انگلستان. فصلنامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)، دوره ۴۳، شماره ۴، صص ۵۷-۷۴. doi: 10.22059/JLQ.2014.50105
- ۱۱) خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳). حقوق دعاوی؛ قواعد عمومی دعاوی. چاپ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۱۲) داوودی بیرق، حسین (۱۳۹۹). فلسفه، مبانی و شیوه‌های تفسیر آیین دادرسی مدنی. چاپ ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۱۳) دلشاد تهرانی، مصطفی (۱۳۸۸). دلالت دولت. چاپ ۱، تهران: دریا.
- ۱۴) دل‌وکیو، جورجو (۱۳۹۱). فلسفه حقوق (جواد واحدی، مترجم). چاپ ۳، تهران: میزان.
- ۱۵) رضایی، اسدالله (۱۳۹۳). آیین دادرسی و قضا در عصر امویان. چاپ ۱، قم: مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی (ص).
- ۱۶) ساکت، محمدحسین (۱۳۶۵). نهاد دادرسی در اسلام. چاپ ۱، مشهد: مؤسسه چاپ و انتشارات آستان قدس رضوی.



- ۱۷) سبحانی، جعفر (۱۴۱۸ق). نظام القضا والشهادة فی الشریعة الاسلامیة الغرا (جلد ۱). چاپ ۱، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- ۱۸) شمس، عبدالله (۱۳۸۴). آیین دادرسی مدنی (جلد ۱). چاپ ۸، تهران: دراک.
- ۱۹) صدوق، ابن بابویه محمد بن علی (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه (جلد ۳). چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۲۰) عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام (ج ۱۳). چاپ ۱، قم: مؤسسه معارف اسلامی.
- ۲۱) غمامی، مجید (۱۴۰۱). اجرای اصول دادرسی در غیاب تشریفات؛ مطلوبی ناممکن. مطالعات حقوقی، دوره ۱۴، شماره ۴، صص. ۹۵-۱۱۸. doi: 10.22099/JLS.2023.41102.4447
- ۲۲) فیلیپ لوی، ژان و کاستالدو، آندره (۱۳۸۶). تاریخ حقوق تعهدات (رسول رضایی، مترجم). چاپ ۱، تهران: مهر و ماه نو.
- ۲۳) قوجانی، محمود (۱۳۷۹). فرمان حکومتی پیرامون مدیریت؛ شرح عهدنامه امیرالمؤمنین علی (علیه السلام) به مالک اشتر. چاپ ۴، تهران: مرکز آموزش مدیریت دولتی.
- ۲۴) کاپلتی، مورو و گارث، جی برایان (۱۳۹۸). آیین دادرسی مدنی (مقدمه، سیاست‌ها، گرایش‌ها و اندیشه‌ها در آیین دادرسی مدنی) (حسن محسنی، مترجم). چاپ ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۲۵) کریمی، محمود و زارعی، صالح (۱۳۸۹). جایگاه عهدنامه امیرالمؤمنین علی (علیه السلام) به مالک اشتر در منابع اسلامی. پژوهش‌های قرآن و حدیث، سال ۴۳، صص. ۱۱۵-۱۳۲. doi: 10.22084/NAHJ.2023.27590.2912
- ۲۶) کوشه، ژرارد؛ لانگلد، جان و لیو، دانیل (۱۳۹۱). آیین دادرسی مدنی فرانسه (احمدعلی هاشمی، مترجم). چاپ ۱، تهران: دادگستر.
- ۲۷) محسنی، حسن (۱۳۸۵). مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آن‌ها و چگونگی تمییز این اصول از تشریفات دادرسی. مجله کانون وکلا، شماره‌های ۱۹۲ و ۱۹۳، صص. ۹۹-۱۳۱.
- ۲۸) محسنی، حسن (۱۳۹۸). اندیشه‌های استاد جعفری لنگرودی درباره علم در دلایل اثبات. فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی، دوره ۲، شماره ۳، صص. ۲۹۴-۳۰۹. doi: 10.22034/LAW.2019.239603
- ۲۹) مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۶). پیام امام امیرالمؤمنین (علیه السلام) (جلد ۹). چاپ ۱، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۳۰) موسوی بجنوردی، سیدمحمد و روحانی، سمیه (۱۳۹۱). شاخصه‌های عدالت قضایی از منظر امیرالمؤمنین علی (علیه السلام) با رویکردی به آرای امام خمینی. پژوهش‌نامه متین، شماره ۵۴، صص.

doi: 20.1001.1.24236462.1391.14.54.2.9 .۱۹-۴۳

۳۱) مولودی، محمد و حمزه هویدا، مهدی (۱۴۰۱). تحلیل کارکردگرایانه «تشریفات» در دادرسی مدنی.

مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۲، شماره ۴، صص. ۷۸۱-۷۹۸. doi:

10.22059/JLQ.2023.350791.1007725

۳۲) نجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۳۲ق)، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام (جلد ۴۰). چاپ ۷، قم:

مؤسسه النشرالاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.

۳۳) نصیری، مصطفی (۱۴۰۲). تأملی در «مبنای حقوق» ذیل رویکردهای مختلف به معرفت دینی.

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره ۲۴، شماره ۳، صص. ۴۹۵-۵۲۲. doi:

10.30497/law.2023.244842.3396

- 34) Garner, B. A. (1999). Black's law dictionary (7th ed.). USA: West Group.
- 35) Grainger, I., Fealy, M., & Spencer, M. (2000). The civil procedure rules in action. London; Sydney: Cavendish Publishing.
- 36) Hazard, G. C., Jr., & Taruffo, M. (1993). American civil procedure: An introduction. New Haven and London: Yale University.
- 37) MacKay, A. W. (1995). Commonwealth Judicial Education Institute, judicial ethics: Exploring misconduct and accountability for judges. Retrieved from <http://cjei.org/publications/mackay.html>
- 38) Martin, E. A. (2003). Oxford dictionary of law (5th ed.). Oxford: Oxford University Press.
- 39) Sturmer, R. (1996). Special features of comparative procedural law. In P. Gilles (Ed.), Internationales Verfahrensrecht und internationales Privatrecht.
- 40) Uzelac, A. (2014). Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems. Switzerland: Springer.

## References

- 1) Nahj al-Balāgha [in Arabic].
- 2) Adībi-Mehr, Moḥammad (1389 SH/2010). Solūk-e dādrasī dar farhang va tamaddon-e eslāmī [Judicial Conduct in Islamic Culture and Civilization]. 1st ed., Tehran: Pazhūheshkade-ye Muṭāla'āt-e Farhangī va Ejtemā'ī [in Persian].
- 3) Āmilī (al-Shahīd al-Thānī), Zayn al-Dīn ibn 'Alī (1413 AH/1992). Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'ī al-Islām (Vol. 13). 1st ed., Qom: Mu'assasat Ma'ārif al-Islāmī [in Arabic].
- 4) Anṣārī, Murtaḍā (1415 AH/1994). al-Qaḍā wa al-Shahādāt. 1st ed., Qom: al-Kungris al-'Ālamī li-Takrīm al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī [in Arabic].
- 5) Āqāyī-Ṭūq, Moslem (1394 SH/2015). Ḥuqūq-e 'umūmī dar Nahj al-Balāgha [Public Law in Nahj al-Balāgha]. 1st ed., Tehran: Khorsandī [in Persian].
- 6) Āshtiyānī, Muḥammad Ḥasan (1404 AH/1983). Kitāb al-Qaḍā. 1st ed., Qom: Dār al-Hijra [in Arabic].
- 7) Bahādorī, Ātenā (1398 SH/2019). Taḥlīl-e maẓmūn-e 'ahdnāmeḥ-ye Amīr al-Mo'menīn 'Alī ('alayh al-salām) bā Mālek [Content Analysis of Imam Ali's Letter to Malik]. Pazhūhesh-nāmeḥ-ye Nahj al-Balāgha [Nahj al-Balāgha Studies Journal], No. 28, pp. 57-77. doi: 10.22084/nahj.2019.17614.2149 [in Persian].
- 8) Dāvūdī-Beyraq, Ḥoseyn (1399 SH/2020). Falsafeh, mabānī va shīveh-hā-ye tafsīr-e āyīn-e dādrasī-ye madanī [Philosophy, Principles, and Methods of Interpretation in Civil Procedure]. 1st ed., Tehran: Sherkat-e Sahāmī-e Enteshār [in Persian].
- 9) Delshād-Tehrānī, Moṣṭafā (1388 SH/2009). Delālat-e dowlat [The Indication of Government]. 1st ed., Tehran: Daryā [in Persian].
- 10) Delvekū, Zhūrzhū (1391 SH/2012). Falsafeh-ye ḥuqūq [Philosophy of Law] (Javād Vāhedī, Trans.). 3rd ed., Tehran: Mīzān [in Persian].
- 11) Eftekhār-Jahromī, Gūdarz & Elsān, Moṣṭafā (1401 SH/2022). Āyīn-e dādrasī-ye madanī (Vol. 1) [Civil Procedure]. 3rd ed., Tehran: Mīzān [in Persian].
- 12) Garner, B. A. (1999). Black's law dictionary (7th ed.). USA: West Group.
- 13) Ghamāmī, Majīd (1401 SH/2022). Ejra-ye oṣūl-e dādrasī dar ghīāb-e tashrīfāt; Maṭlūbī nāmomken [Implementation of Procedural Principles in the Absence of Formalities: An Impossible Ideal]. Muṭāla'āt-e Ḥuqūqī [Legal Studies], Vol. 14, No. 4, pp. 95-118. doi: 10.22099/JLS.2023.41102.4447 [in Persian].
- 14) Grainger, I., Fealy, M., & Spencer, M. (2000). The civil procedure rules in action. London; Sydney: Cavendish Publishing.
- 15) Hazard, G. C., Jr., & Taruffo, M. (1993). American civil procedure: An introduction. New Haven and London: Yale University.
- 16) Ḥeydarī, Elhām (1392 SH/2013). Me'yār-e ethbāt dar da'āvī-ye keyfarī dar dādrasī-ye keyfarī-ye Īrān va Engelestān [The Standard of Proof in Criminal Proceedings in Iran and England]. Faṣlnāmeḥ-ye Ḥuqūq [Journal of Faculty of Law and Political Science], Vol. 43, No. 4, pp. 57-74. doi: 10.22059/JLQ.2014.50105 [in Persian].
- 17) Javādī Āmolī, 'Abdollāh (1390 SH/2011). Adab-e qazā dar eslām [Judicial Etiquette in Islam]. 3rd ed., Qom: Esrā' [in Persian].

- 18) Kapeleti, Muru & Garth, J. Berayan (1398 SH/2019). *Āyīn-e dādrasī-ye madanī* (Moqaddameh, Siyāsāt-hā, Gerāyesh-hā va Andīsheh-hā dar Āyīn-e Dādrasī-ye Madanī) [Civil Procedure: Introduction, Policies, Trends, and Ideas in Civil Procedure] (Ḥasan Moḥsenī, Trans.). 1st ed., Tehran: Sherkat-e Sahāmī-e Enteshār [in Persian].
- 19) Karīmī, Maḥmūd & Zāre‘ī, Šāleḥ (1389 SH/2010). *Jāygāh-e ‘ahd-nāmeḥ-ye Amīr al-Mo‘menīn ‘Alī* (‘alayh al-salām) be Mālek-e Ashtar dar manābe‘-e Eslāmī [The Position of Imam Ali’s Letter to Malik al-Ashtar in Islamic Sources]. *Pazhūhesh-hā-ye Qur‘ān va Ḥadīth* [Quran and Hadith Studies], Year 43, pp. 115-132. doi: 10.22084/NAHJ.2023.27590.2912 [in Persian].
- 20) Khodābakhshī, ‘Abdollāh (1393 SH/2014). *Ḥuqūq-e da‘āvi; Qavā‘ed-e ‘umūmī-ye da‘āvi* [Litigation Rights; General Rules of Claims]. 2nd ed., Tehran: Sherkat-e Sahāmī-e Enteshār [in Persian].
- 21) Kūsheh, Zherārd; Lāngled, Zhān & Lebū, Dāniel (1391 SH/2012). *Āyīn-e dādrasī-ye madanī-ye Farānseh* [French Civil Procedure] (Aḥmad ‘Alī Hāshemī, Trans.). 1st ed., Tehran: Dādgostar [in Persian].
- 22) MacKay, A. W. (1995). Commonwealth Judicial Education Institute, judicial ethics: Exploring misconduct and accountability for judges. Retrieved from <http://cjei.org/publications/mackay.html>
- 23) Makārem-e Shīrāzi, Nāṣer (1386 SH/2007). *Payām-e Emām Amīr al-Mo‘menīn* (‘alayh al-salām), Vol. 9 [Message of Imam Ali (PBUH)]. 1st ed., Tehran: Dār al-Kutub al-Eslāmīya [in Persian].
- 24) Martin, E. A. (2003). *Oxford dictionary of law* (5th ed.). Oxford: Oxford University Press.
- 25) Moḥsenī, Ḥasan (1385 SH/2006). *Mafhūm-e oṣūl-e dādrasī va naqsh-e tafsīrī-ye ānhā va chegūnegī-ye tamyīz-e īn oṣūl az tashrifāt-e dādrasī* [The Concept of Procedural Principles, Their Interpretive Role, and Distinction from Procedural Formalities]. *Majalleh-e Kānūn-e Vokalā*, Nos. 192 & 193, pp. 99-131 [in Persian].
- 26) Moḥsenī, Ḥasan (1398 SH/2019). *Andīsheh-hā-ye ostād Ja‘farī Langarūdī darbāreh-ye ‘elm dar dalāyel-e ethbāt* [Professor Ja‘fari Langeroudi’s Thoughts on Knowledge in Evidence]. *Faṣlnāmeḥ-ye Taḥqīq va Towse‘eh dar Ḥuqūq-e Taṭbīqī* [Quarterly of Research and Development in Comparative Law], Vol. 2, No. 3, pp. 294-309. doi: 10.22034/LAW.2019.239603 [in Persian].
- 27) Mowlūdī, Moḥammad & Ḥamzeh-Hoveydā, Maḥdī (1401 SH/2022). *Taḥlīl-e kārkardgerāyāneh-ye "tashrifāt" dar dādrasī-ye madanī* [Functional Analysis of "Formalities" in Civil Procedure]. *Muṭāla‘āt-e Ḥuqūq-e Khuṣūšī* [Private Law Studies], Vol. 52, No. 4, pp. 781-798. doi: 10.22059/JLQ.2023.350791.1007725 [in Persian].
- 28) Mūsavī Bojnūrdī, Seyyed Moḥammad & Rūḥānī, Somayyeh (1391 SH/2012). *Shākhesh-hā-ye ‘edālat-e qazā‘ī az manẓar-e Amīr al-Mo‘menīn ‘Alī* (‘alayh al-salām) bā rūykardī be ārā-ye Emām Khomeynī [Indicators of Judicial Justice from Imam Ali’s Perspective with an Approach to Imam Khomeini’s Views]. *Pazhūhesh-nāmeḥ-ye Matīn*, No. 54, pp. 19-43. doi:

- 20.1001.1.24236462.1391.14.54.2.9 [in Persian].
- 29) Najafī, Shaykh Muḥammad Ḥasan (1432 AH/2011). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ sharā'ī al-Islām* (Vol. 40). 7th ed., Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī al-Tābi'a li-Jamā'at al-Mudarrisīn [in Arabic].
- 30) Naṣīrī, Moṣṭafā (1402 SH/2023). Ta'ammolī dar "Mabnā-ye ḥuqūq" zeyl-e rūykard-hā-ye mokhtalef be ma'refat-e dīnī [A Reflection on the "Foundation of Law" in Light of Various Approaches to Religious Epistemology]. *Pazhūhesh-nāmeḥ-ye Ḥuqūq-e Eslāmī* [Journal of Islamic Law Research], Vol. 24, No. 3, pp. 495-522. doi: 10.30497/law.2023.244842.3396 [in Persian].
- 31) Parhīzkārī, Seyyed Rūḥollāh (1399 SH/2020). *Modīriyat-e nūrū-ye ensānī (Kārgozārān-e qazā'ī) dar neẓām-e qazā'ī-ye 'Alavī* [Human Resource Management (Judicial Officers) in Alawite Judicial System]. *Tārīkh-e Farhang va Tamaddon-e Eslāmī* [History of Islamic Culture and Civilization], No. 41, pp. 7-32. doi: 20.1001.1.22520538.1399.11.41.4.8 [in Persian].
- 32) Philip Lewi, Zhan & Kastaldu, Andre (1386 SH/2007). *Tārīkh-e ḥuqūq-e ta'ahhodāt* [History of the Law of Obligations] (Rasūl Reẓā'ī, Trans.). 1st ed., Tehran: Mehr va Māh-e Now [in Persian].
- 33) Qūchānī, Maḥmūd (1379 SH/2000). *Farmān-e ḥokūmatī pīrāmūn-e modīriyat; Sharḥ-e 'ahd-nāmeḥ-ye Amīr al-Mo'menīn 'Alī ('alayh al-salām) be Mālek-e Ashtar* [Governmental Decree on Management; Commentary on Imam Ali's (PBUH) Letter to Malik al-Ashtar]. 4th ed., Tehran: Markaz-e Āmūzesh-e Modīriyat-e Dowlatī [in Persian].
- 34) Reẓā'ī, Asadollāh (1393 SH/2014). *Āyīn-e dādrasī va qazā dar 'aṣr-e Omavīān* [Judicial Procedure in the Umayyad Era]. 1st ed., Qom: Markaz-e Beynolmelalī-e Tarjomeh va Nashr-e al-Moṣṭafā (s) [in Persian].
- 35) Ṣadūq, Ibn Bābawayh Muḥammad ibn 'Alī (1413 AH/1992). *Man Lā Yaḥḍuruḥu al-Faqīh* (Vol. 3). 2nd ed., Qom: Daftar al-Intishārāt al-Islāmīya al-Tābi'a li-Jamā'at al-Mudarrisīn [in Arabic].
- 36) Sāket, Moḥammad Ḥoseyn (1365 SH/1986). *Nahād-e dādrasī dar eslām* [Institution of Judiciary in Islam]. 1st ed., Mashhad: Mu'asseseh-ye Chāp va Enteshārāt-e Āstān-e Qods-e Raẓavī [in Persian].
- 37) Shams, 'Abdollāh (1384 SH/2005). *Āyīn-e dādrasī-ye madanī* (Vol. 1) [Civil Procedure]. 8th ed., Tehran: Derāk [in Persian].
- 38) Sturmer, R. (1996). Special features of comparative procedural law. In P. Gilles (Ed.), *Internationales Verfahrensrecht und internationales Privatrecht*.
- 39) Ṣubḥānī, Ja'far (1418 AH/1997). *Nīẓām al-Qaḍā wa al-Shahāda fī al-Sharī'a al-Islāmīya al-Gharrā'* (Vol. 1). 1st ed., Qom: Mu'assasat al-Imām al-Ṣādiq ('alayh al-salām) [in Arabic].
- 40) Uzelac, A. (2014). *Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems*. Switzerland: Springer.

## A Legal Analysis of Liability for the Loss of the Subject Matter of Sale after Contract Termination: A New Inquiry into Sunni Jurisprudence

Mohammad Hossein Taghipour Darzi Naghibi · Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.  
mh.taghipour@umz.ac.ir

Umm al-Banin Ramzan Zadeh · Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. (Corresponding Author)  
o.ramzanzadeh@umz.ac.ir

Mostafa Firoozi Rad · PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.  
mostafafiroozirad@gmail.com

### Abstract

#### 1. Introduction

In Islamic jurisprudence, the termination of a sales contract necessitates the restitution of exchanged properties to their original owners, as the contractual basis for their transfer no longer exists. A legal complexity arises when, after such termination but prior to the return of the property, the subject matter is lost. Determining who bears the liability for this loss becomes a contentious issue: should it be the party currently in possession or the rightful owner awaiting the return? Additionally, the question extends to whether the initiating party of the contract termination influences this liability. This topic is further complicated by the lack of consensus among Islamic scholars, particularly within Sunni jurisprudence, and the limited discourse available in Iranian legal scholarship.

#### 2. Research Question

The central question this study addresses is: Who is liable for the loss of the subject matter of a sale after contract termination but before its return in Islamic law? Sub-questions include:



Does the nature of the loss—actual versus constructive—affect the determination of liability?

How does the initiation of contract termination by either party influence the allocation of responsibility for the loss?

### **3. Research Hypothesis**

The working hypothesis suggests that if the possessor of the property did not initiate the contract termination, they are not liable for the loss until the owner demands its return. In contrast, if the possessor is the one who terminates the contract, they are obligated to return the property promptly. Failure to do so constitutes negligence, making them liable for any subsequent loss. The distinction between actual and constructive loss is also hypothesized to impact the determination of liability, with different legal implications for each scenario.

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

This study adopts a doctrinal research methodology, focusing on an analytical examination of primary Islamic legal sources, with particular emphasis on Sunni jurisprudence. By scrutinizing classical Islamic jurisprudence texts and contemporary scholarly interpretations, the research aims to delineate the principles governing liability in cases of post-termination loss. The framework involves a comparative analysis between various Sunni schools of thought and Iranian legal perspectives to identify commonalities and divergences.

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

The analysis reveals that the issue of liability for the loss of the subject matter after contract termination in Islamic law is complex and multifaceted, with significant variations based on the circumstances surrounding the termination. The prevailing opinion among Islamic jurists posits that the possessor of the property is generally liable for its loss unless they retain the property with explicit permission from the owner or a religious authority. Post-termination, such permission is typically absent, suggesting that liability would naturally fall upon the possessor.

However, this general rule does not sufficiently account for the nuances of different termination scenarios. A critical distinction emerges between cases where the possessor initiates the termination and those initiated by the non-possessor. When the possessor terminates the contract, they have a clear obligation to return the property to the original owner within a reasonable timeframe. Failure to do so constitutes negligence, rendering them liable for any subsequent loss. This obligation is grounded in the principle that the possessor, by choosing to terminate the contract, must ensure that the property is restored to its rightful owner without undue delay.

Conversely, when the non-possessor initiates the termination, the dynamics of liability shift. Despite the unilateral and declaratory nature of contract

termination in Islamic law, the possessor may remain unaware of the termination until properly informed. Imposing immediate liability on the possessor in such cases would conflict with the legal maxim that one cannot be held accountable without prior notification. This principle is supported by Article 631 of the Iranian Civil Code, which underscores the necessity of informing the possessor to establish liability. Until notification occurs, the possessor may reasonably consider themselves the lawful owner and might engage in actions that inadvertently lead to the property's loss.

The nature of the loss—whether actual or constructive—also plays a significant role in determining liability. In instances of actual loss, where the property is genuinely destroyed, the question of liability hinges on the possessor's knowledge and actions following termination. If they were aware of the termination and failed to act accordingly, they bear responsibility. In cases of constructive loss, where legal barriers prevent the owner from reclaiming the property, similar principles apply. The possessor's duty to facilitate the return of the property becomes paramount once they are informed of the termination.

Furthermore, the study highlights the importance of timely action in mitigating liability. The possessor's promptness in returning the property after being notified of the termination is crucial. Delays can result in increased risk of loss and, consequently, greater liability. This emphasis on timely restitution aligns with broader Islamic legal principles that prioritize justice and the protection of property rights.

The divergent views among Sunni jurists on this matter underscore the need for a nuanced approach. Some scholars advocate for the immediate imposition of liability on the possessor post-termination, while others recommend a more measured application based on the possessor's awareness and actions. This lack of consensus suggests that a one-size-fits-all ruling is inadequate, and each case must be assessed on its specific circumstances.

## **6. Conclusion**

The study concludes that liability for the loss of the subject matter after contract termination cannot be uniformly assigned to the possessor without considering the context of the termination and the possessor's knowledge thereof. While the default position in Islamic jurisprudence places responsibility on the possessor in the absence of the owner's permission, this must be tempered by principles of fairness and justice inherent in Islamic law.

When the possessor initiates the termination, they are obligated to return the property promptly, and failure to do so justifies holding them liable for any loss. This requirement ensures that the possessor does not unjustly benefit from retaining the property and aligns with the ethical standards prescribed in Islamic teachings.



In cases where the non-possessor terminates the contract, liability depends on the possessor's awareness of this action. It would be unjust to hold the possessor accountable for losses occurring before they are informed of the termination, as they may have acted under the legitimate belief of ownership. Once notified, however, the possessor must take immediate steps to return the property, and any negligence thereafter renders them liable.

Overall, the study advocates for a differentiated approach that considers who initiated the termination, the possessor's knowledge and actions, and the nature of the loss.

**Keywords:** Contract Termination, Loss of Subject Matter, Return of Considerations, Custodial Liability, Possessory Liability.

## تحلیل فقهی حقوقی مسئولیت تلف مبیع پس از فسخ عقد؛ کاوشی نو در فقه عامه

محمدحسین تقی‌پور درزی نقیبه • استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران،

mh.taghipour@umz.ac.ir

بابلسر، ایران.

ام‌البتین رمضان‌زاده • استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

o.ramanzadeh@umz.ac.ir

(نویسنده مسئول)

مصطفی فیروزی‌راد • دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

mostafafiroozirad@gmail.com

### چکیده

پس از فسخ عقد و انحلال رابطه قراردادی، در صورت وجود هر یک از عوضین، بی‌گمان باید به مالک قبل از انعقاد عقد مسترد گردد؛ چه اینکه دیگر موجبی برای بقاء مال در تصرف شخص وجود ندارد. اما اگر پس از فسخ عقد و پیش از استرداد مال تلف شود، مسئولیت تلف مال بر عهده کیست؟ مسئولیت تلف را باید با طرفی دانست که مال را در تصرف داشته یا طرفی که مال به وی تعلق داشته؟ و النهایه، این که فسخ از جانب کدام یک از طرفین بوده، در مسئولیت تلف مال اثری خواهد داشت؟ جستار حاضر با روش توصیفی تحلیلی و رجوع به نظرات حقوقدانان و فقیهان اسلامی، به خصوص فقهای عامه، پاسخ به پرسش‌های پیش‌گفته را در دستور کار دارد. پاسخ‌گویی به این پرسش‌ها، در گرو بررسی نوع ید و تعهد متصرف مال پس از فسخ عقد است که مطابق با برآیند مقاله، مشخص گردید اگر فسخ از جانب متصرف نباشد، وی تا زمان مطالبه از سوی مالک مسئولیتی در قبال تلف مال ندارد، اما اگر متصرف عقد را فسخ نماید، باید در اولین فرصت ممکن مال را به مالک آن مسترد نماید، در غیر این صورت به دلیل تقصیر خویش مسئول است.

واژگان کلیدی: فسخ عقد، تلف مبیع، استرداد عوضین، ید امانی، ید ضمانتی.



#### مقدمه

در غالب نوشتارهای حقوقی، حکم مندرج در ماده ۳۸۷ قانون مدنی ایران درباره تلف مبیع قبل از قبض به طور مبسوط مورد بررسی قرار گرفته، اما از جمله موضوعاتی که کمتر به آن پرداخته شده است، فرض تلف مال پس از فسخ عقد است؛ هنگامی که در عقد معوض پس از انعقاد و تسلیم مال به منتقل‌الیه، عقد فسخ و مال مورد معامله باید به مالک پیش از عقد مسترد شود. حال پرسشی که مطرح می‌شود این است که اگر مال پیش از تسلیم آن به مالک فعلی تلف شود، تلف بر عهده کدام یک از طرفین خواهد بود؟ ابتدا باید خاطر نشان ساخت که این پرسش از آنجا مطرح می‌شود که با استفاده از وحدت ملاک ماده ۲۸۷ قانون مدنی در خصوص اقاله، ماده ۴۵۹ قانون مدنی درباره بیع شرط و ماده ۸۰۴ همین قانون در مورد هبه قابل استنباط است که اثر فسخ از زمان انشای آن است و از این زمان به بعد اثرگذار می‌شود. بدین ترتیب تا زمان فسخ، مورد معامله متعلق به شخصی است که به موجب عقد مالک آن شده است و پس از فسخ، داخل در مالکیت مالک پیش از عقد می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۱، ص. ۲۰۶). در خصوص تلف نیز باید گفت تلف بر دو نوع تلف حقیقی و حکمی است؛ هنگامی که مال به طور حقیقی و واقعی از بین می‌رود، به آن تلف واقعی اطلاق می‌شود، اما اگر مال از بین نرود، بلکه مانعی میان مالک و مال وجود داشته باشد که مانع سلطه مالک بر آن شود، تلف از نوع حکمی خواهد بود (جواهرکلام و حدادی اردکانی، ۱۴۰۲، صص. ۱۱۱-۱۱۲). در این صورت تلف مال، آیا مسئولیت را باید با متصرف (مالک مال پیش از فسخ) دانست برای اینکه مال تحت تصرف وی قرار داشته و او مسئول حفظ و نگهداری آن بوده و باید آن را به مالک فعلی برمی‌گرداند یا بر عهده مالک فعلی مال است یعنی شخصی که به موجب فسخ مجدداً مالک شده است به دلیل رابطه مالکانه‌ای که با مال دارد؟ پرسش دیگر این است که در تعیین مسئول، آیا میان اینکه فسخ از جانب متصرف باشد یا طرف مقابل او تفاوتی وجود دارد؟ به عبارت دیگر، آیا باید میان فرضی که شخص از فسخ شدن عقد آگاه است و فرضی که نسبت به آن بی‌اطلاع است، تمایز قائل شد؟

در موردی که مال پس از فسخ توسط خریدار فروخته می‌شود، ماده ۴۵۴ قانون مدنی و رأی

وحدت رویه شماره ۸۱۰ دیوان عالی کشور مورخ ۱۴۰۰/۳/۴<sup>۱</sup> رفع ابهام ساخته‌اند که چنانچه عین یا منفعت مال توسط خریدار انتقال یابد، در صورت فسخ بیع اولیه، انتقال ثانویه مانع استرداد مال به مالک نخواهد بود، اما هنگامی که تلف از نوع حقیقی و واقعی باشد، همچنان ابهام باقی است که در این پژوهش مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

پیشینه پژوهش: در منابع فقهی در مورد موضوع بحث اتفاق نظر وجود ندارد؛ به‌گونه‌ای که در کتاب‌های فقهای متأخر از زمان شیخ انصاری به بعد، به‌خصوص در شروحاتی که بر کتاب مکاسب ایشان نوشته شده، با بهره‌برداری از اصول و قواعد فقهی مختلف، نتایج متفاوتی حاصل شده است و در میان حقوق‌دانان، کمتر به این موضوع پرداخته‌اند.

روش پژوهش: در این پژوهش سعی می‌شود ضمن روش توصیفی تحلیلی، دیدگاه‌های فقهی و حقوقی دسته‌بندی شده و حکمی مناسب و مقتضی برای این موضوع از میان مصادر فقهی بیان شود.

#### ۱. دیدگاه ضمانی بودن ید متصرف

به عقیده گروهی در فرض مطروح، ید متصرف پس از فسخ عقد از نوع ضمانی است که از جمله آن‌ها شیخ انصاری است. به نظر وی، اگر ذوالخیار عقد را فسخ کند، عین مورد معامله در ید او ضمانی است؛ به‌گونه‌ای که به‌زعم ایشان در این خصوص هیچ‌گونه اختلافی وجود ندارد؛ با این استدلال که پیش از فسخ نیز ید وی ضمانی بوده و انتقال‌دهنده جز در ازای دریافت عوض، آن را انتقال نداده و اصل هم بر بقای ضمان بوده است تا زمانی که عاملی بر رضای مالک دلالت دارد مبنی بر اینکه مال در ید فاسخ (شخصی که عقد را فسخ کرده) امانت است، به وجود آید؛ زیرا فسخ از جانب خود اوست. منظور از استناد به ضمان شخص فاسخ پس از فسخ عقد بیان این موضوع است که مال نه به‌صورت امانت مالکانه و نه به امانت شرعیه در ید او قرار ندارد و اذن شارع در

---

۱. به‌موجب رأی وحدت رویه یادشده، «مستفاد از مواد ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۴، ۲۲۵ و ۴۵۴ قانون مدنی، چنانچه در ضمن عقد بیع، شرط شود در صورت عدم پرداخت اقساط ثمن در مواعد تعیین‌شده، 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 بائع 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...».

فسخ عقد نیز مستلزم رفع ضمان از ید فاسخ نیست؛ همچنان که در ید آخذ به سوم چنین است و در این زمینه می‌توان به عموماً قاعده علی‌البد استناد کرد؛ با این توضیح که قبض مال به‌طور مضمونه بوده است و هنگامی که ضمانت او بابت ثمن‌المسمی با فسخ باطل می‌شود، برای او ضمان واقعی اعم از مثل یا قیمت مال در نظر گرفته می‌شود؛ چنان‌که در بیع فاسد چنین است (البته خود شیخ اذعان می‌دارد این استدلال خالی از اشکال نیست)، اما در مقابل، اگر مال در ید طرف مقابل یعنی شخصی که عقد را فسخ نکرده است، باشد، در کتاب تذکره گفته شده، ید شخص ضمانی است تا مال را به مالک آن رد کند، اما به نظر شیخ به دلیل اینکه فسخ از جانب طرف مقابل بوده است، باقی ماندن مال در ید شخص، بر رضای فاسخ دلالت دارد و مقتضی استیمان چنین است (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص. ۱۹۳).

در موردی که مال در نزد فسخ‌کننده تلف می‌شود، شیخ در ابتدا به اثر معاوضی عقود توجه دارد؛ زیرا در فرضی که شخص نمی‌تواند عوض دریافتی را برگرداند، نسبت به معوضی که بابت آن داده است، استحقاقی ندارد و تلف باید از مال وی باشد. دیگر آنکه، مالک مال اطلاع ندارد عقد فسخ شده و مال اکنون در مالکیت اوست. به همین دلیل نمی‌تواند آن را به نحو امانت نزد شخص دیگری بگذارد و امانت مالکانه‌ای وجود ندارد و شارع نیز چنین اذنی نداده است. بنابراین، ید ضمانی است، اما در موردی که طرفی که متصرف نیست، عقد را فسخ می‌کند، تا زمانی که مال را مطالبه نکرده است، این‌گونه استنباط می‌شود که به‌طور ضمنی رضایت دارد که مال در تصرف طرف مقابل باقی بماند. بنابراین، در این فرض متصرف مسئولیتی ندارد و تلف بر عهده فاسخ‌قرار می‌گیرد. در تأیید این استدلال، به عموم قاعده علی‌البد و نیز به ظاهر موضوع که صرف فسخ دلالتی بر امانت‌گذاردن مال ندارد، استناد شده است (تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۷، ص. ۳۴۹). در این حالت به دلیل اینکه ید متصرف ضمانی است، ضامن مثل یا قیمت آن است (اهتمام، ۱۳۹۲، ج ۴، ص. ۲۲۴).

برخی دیگر در توجیه دیدگاه خود به‌گونه دیگری استدلال کرده‌اند؛ زیرا بیان داشته‌اند این موضوع پوشیده نیست که میان ید ذوالخيار و طرف مقابل او تفاوتی وجود ندارد و ید هر دو ضمانی است و صرف عدم مطالبه یا اخذ مال از جانب ذوالخيار از طرف مقابل موجب امانی شدن ید متصرف مال نمی‌شود مگر اینکه او را وکیل بر مال خود سازد؛ البته گفته شده در این مورد ممکن است نسبت به اصل ضمان ایراد شود مبنی بر اینکه اگر مبنای ضمان همان ضمان معاوضی

باشد، با فسخ این مبنا از بین می‌رود (بنابراین، مبنای ضمان نمی‌تواند ضمان معاوضی باشد) و شمول قاعده علی‌الید نیز بر این موضوع دشوار است؛ زیرا شخص مجدداً بر مال کسی استیلا نمی‌یابد تا ضمان بر عهده وی قرار گیرد. به ایرادات یادشده می‌توان این‌گونه پاسخ داد که مقتضی قاعده علی‌الید این است که مال هرکس که در ید دیگری قرار دارد باید به مالک آن رد شود مگر اینکه عاملی که رافع ید ضمانی باشد، محقق شود. به بیان دیگر، مال هرکس که در ید دیگری باشد، احکام ید ضمانی بر آن مترتب می‌شود و چنانچه از این عنوان خارج شود، ضمان نیز رفع می‌شود (نایینی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص. ۳۵۱).

مطابق این دیدگاه، چگونگی استیلاي شخص بر مال چندان موضوعیت ندارد، بلکه تعلق مال به هر شکل موجب ضمانی شدن ید می‌شود مگر اینکه عاملی به وجود آید که دیگر ید ضمانی نباشد و آن را تبدیل به ید امانی کند. همچنین، مطابق دیدگاه یادشده همیشه ید از ابتدا ضمانی نیست، بلکه ممکن است در اثر تحقق موضوعی مانند فسخ عقد، ید ضمانی شود.

به نظر بعضی دیگر، ضمان ممکن است در چند معنا استعمال شود که باید دید کدام‌یک از این معانی با موضوع بحث انطباق دارد. ضمان گاه بابت غرامت و جبران خسارت است، گاه بحث ضمان معاوضی است و در برخی مواقع ضمان تلف مال است برای طرفی که خیار ندارد و نوع دیگری از ضمان، بحث ضمان نسبت به عوض معامله است. تردیدی وجود ندارد مورد اخیر قطعاً پس از فسخ معامله باقی نمی‌ماند؛ زیرا معنا ندارد در مورد عین، پس از فسخ معامله چنین ضمانی باقی بماند و ضمان در معنی دوم آن با قبض از بین می‌رود و موضوعی برای آن باقی نمی‌ماند؛ زیرا پس از فسخ، عقدی باقی نمی‌ماند تا انحلال و انفساخ آن با تلف در زمان آن طرفی که خیار ندارد، باقی بماند؛ زیرا عقد و خیاری وجود ندارد، به همین دلیل عقلانی نیست که ضمان به این معنی باشد. با توجه به آنچه بیان شد، ضمان در معنای اول آن معقول‌تر است؛ زیرا عین مال قبل از فسخ ملک کسی بود که آن را در تصرف داشت و ضمان به‌عنوان غرامت و جبران خسارت برای شخص نسبت به مال خود غیرممکن است (به عبارتی، این استدلال را که مسئولیت تلف مال پیش از فسخ بر عهده وی بوده است، بی‌معنا می‌داند). بنابراین، شخص بعد از فسخ ضامن شمرده نمی‌شود مگر به‌موجب قاعده علی‌الید؛ زیرا ید مالکانه یا شرعیه نیست و دلیلی هم بر آن وجود ندارد. به همین علت راهی باقی نمی‌ماند جز اینکه گفته شود ید ضمانی است؛ اعم از اینکه مال در

تصرف ذوالخیار قرار داشته باشد یا طرف مقابل او و اقدام به فسخ عقد به تنهایی و به وضوح دلالتی بر رضایت به امانت ماکانه ندارد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، صص. ۳۳۱-۳۳۲).

در فقه عامه نیز مطابق دیدگاه غالب، اثبات ید بر مال دیگری بدون اذن مالک غصب شمرده می‌شود (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۱۴۷؛ غنیمی، بی‌تا، ص. ۱۸۹)؛ با این توضیح که در میان فقهای شافعی، برخی غصب را به دو نوع حقیقی و حکمی تقسیم کرده‌اند که در دیدگاه ایشان مقصود از غصب حقیقی همان تسلط یافتن من غیر حق بر مال یا حق دیگری است، اما غصب حکمی را نیز بر دو گونه دانسته‌اند که برخی از آن‌ها تنها موجب ضمان و مسئولیت شخص می‌شود بی‌آنکه مرتکب گناه یا عیبانی شود مانند اینکه شخص به موجب عقد فاسد مال دیگری را در اختیار داشته باشد، اما نوع دیگر حالتی است که موجب گناه و عیبان می‌شود، اما ضمانی برای شخص در پی نخواهد داشت مانند غصب مالی که به لحاظ شرعی فاقد مالیت باشد (دمیاطی، بی‌تا، ص. ۱۳۶). در میان فقهای حنفی نیز برخی چنین دیدگاهی دارند که اگر تسلط بر مال دیگری با علم باشد، گناه و موجب ضمان است، اما اگر بدون عمل و اطلاع باشد، تنها شخص در قبال مال ضامن خواهد بود (مرغینانی، بی‌تا، ص. ۵۸۰).

با توجه به اینکه در نظر فقهای عامه مبنای غصب، تصرف مال متعلق به دیگری بدون اذن مالک است، در مورد فسخ معامله نیز تا زمانی که مالک اذن نداده باشد، مصداق غصب است و باعث مسئولیت شخص خواهد شد. گواه این استنباط مورد مشابه آن در فسخ عقد ودیعه است که از جمله طرق فسخ از جانب مودع، مطالبه مال از مستودع است که این امر یعنی مستودع را از سمت امین بودن عزل کرده است. حال چنانچه مستودع انکار کند و مال در ید وی تلف شود، مسئولیت تلف بر عهده اوست (شافعی‌المصری، ۱۴۰۶ق، ص. ۱۰۴؛ بهوتی، ۱۴۰۲ق، ص. ۱۹۵؛ سرخسی، ۱۴۱۴ق، ص. ۱۱۷)؛ چنان‌که در مورد عاریه هم این‌گونه است و بهرغم اینکه حدیث «علی‌الید ما اخذت حتی تؤدیه» در مورد غصب نقل شده، اما در خصوص استرداد مال عاریه توسط مستعیر به آن استناد شده است (بیهقی، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۲۳) و ضامن بودن غاصب نسبت به مال نیز برگرفته از این قاعده است که اشعار می‌دارد «الغاصب ضامن لما غصبه سواء تلف بامرالله او من مخلوق» (ابن جزی، بی‌تا، ص. ۳۳۱؛ ماوردی، ۱۴۱۹ق، ص. ۱۹۸).

در میان حقوق‌دانان نیز برخی در فرض مطروح میان حالتی که فسخ از جانب بایع یا خریدار باشد، قائل به تفصیل شده و گفته‌اند اگر فسخ از جانب خریدار باشد، وی ضامن مثل یا قیمت آن

خواهد بود. استدلال ایشان مشابه گروهی از فقهاست که متصرف را ضامن تلف مال می‌دانند با این استدلال که خریدار پیش از فسخ ضامن مبیع است که در ازای ثمن آن را دریافت کرده است و بعد از فسخ عقد رضایت جدیدی از سوی فروشنده برای امانت گذاردن مال در نزد او وجود ندارد. بنابراین، با اینکه ضمان خریدار پیش از فسخ به ثمن قراردادی بوده، اما در صورت تلف، ضمان آن به مثل یا قیمت است، اما مانند بیع فاسد، ضامن بودن خریدار استصحاب می‌شود (امامی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص. ۵۵۲).

## ۲. دیدگاه امانی بودن ید متصرف

در مقابل دیدگاهی که ید متصرف را ضمانی می‌داند، دیدگاه دیگری وجود دارد مبنی بر اینکه اصولاً ید متصرف امانی است که در ذیل به شرح آن پرداخته می‌شود. مطابق نظر برخی فقها در مورد استدلال شیخ انصاری که ضمانت پیش از فسخ عقد را ناشی از قاعده ضمان ید می‌داند (و بر همین مبنا، ضمان پس از فسخ را ناشی از ضمان ید می‌داند)، باید گفت ضمان متبایعین به موجب ضمان ید نیست، بلکه ضمان معاوضی است که موجب مسئولیت متصرف می‌شود. به بیان دیگر، متصرف مال به عوض آنچه دریافت کرده است، باید معوض را به طرف مقابل تسلیم کند، اما به دلیل تلف مال این هدف محقق نمی‌شود و روشن است قطعاً پس از فسخ عقد چنین ضمانی برطرف می‌شود و قابل استصحاب هم نیست (به دلیل اینکه حکم به موضوعی واحد تعلق نمی‌گیرد) و اگر هم برای فسخ‌کننده ضمانی به وجود آید، به استناد عموماً قاعده علی‌الید می‌توان گفت مقتضی ضمانت اوست تا زمانی که مال در تصرف فسخ‌کننده قرار دارد و گرنه می‌توان امانت را از نوع شرعیه دانست با این استدلال که متصرف به قصد احسان از آن مال محافظت می‌کند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۲۶۶). با اینکه دیدگاه یادشده، ابتدا استدلال شیخ را نقد می‌کند و ضمان را ناشی از قاعده علی‌الید می‌داند، اما در انتهای نظر خود قائل بر این شده است که ید متصرف را می‌توان از نوع شرعیه شمرد که در این صورت ید متصرف امانی می‌شود.

برخی دیگر استدلال کرده‌اند هرگاه طرف فسخ‌کننده بیشتر از مقدار ضرورت در تصرف خود ننگه دارد و در اعلام فسخ، تسامح یا عمداً خودداری کند، در این صورت ید عدوانی و شخص نسبت به مال ضامن است بنا بر اصل استصحاب و عموم قاعده علی‌الید، اما در مورد ید



مفسوخ‌علیه میان زمانی که فاسخ مال را مطالبه کند و هنگامی که مفسوخ‌علیه از فسخ عقد بی‌اطلاع باشد، تفاوت وجود دارد؛ زیرا با مطالبه، شخص عدم رضایت خود به بقای مال در نزد مفسوخ‌علیه را اعلام می‌دارد، اما در فرض عدم مطالبه و عدم اطلاع مفسوخ‌علیه، ظاهر آن است که به بقای مال در نزد مفسوخ‌علیه رضایت دارد (ایروانی، ۱۳۷۹، ج ۲، صص. ۷۹-۸۰).

همچنین، به نظر بعضی دیگر، هنگامی که ذوالخیار عقد را فسخ می‌کند و مال در تصرف طرف دیگر باقی می‌ماند، تا زمانی که در تأدیه مال تسامح نکند نسبت به آن ضامن نیست؛ زیرا مال را به اختیار در تصرف ندارد تا ید او ضمانتی باشد. این مورد مانند موردی است که شخصی مال دیگر را به امانت در اختیار دارد و شخص امانت‌گذار فوت می‌کند و امانت از بین می‌رود و مال را باید به ورثه مسترد کند اما تا زمانی که در ادای مال تسامح نکند، ضمانتی متوجه او نیست؛ زیرا مالی را که اکنون متعلق به ورثه است به اختیار در تصرف نگرفته است، اما اگر در ادای مال تسامح کند، در این صورت ضامن است؛ زیرا مال را به اراده خود در تصرف دارد (مدنی کاشانی، ۱۴۰۹ق، صص. ۶۱-۶۲).

بعضی از فقها در مقابل احتمال داده‌اند ید فاسخ و مفسوخ‌علیه هر دو امانی باشد؛ با این توضیح که هنگامی که شارع به شخص اجازه داده درحالی‌که مال در تصرف اوست، عقد را فسخ کند، این اجازه بقای عین را شامل می‌شود، اما در مورد ید مفسوخ‌علیه هم می‌توان گفت زمانی که مال در تصرف مفسوخ‌علیه است و فاسخ عقد را فسخ می‌کند، این موضوع بر رضای مالک دلالت دارد. بنابراین، ضمانتی وجود ندارد (روحانی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص. ۳۱۶). مطابق این دیدگاه، اگر مال در تصرف فسخ‌کننده باشد، امانت از نوع شرعیه خواهد بود، اما اگر مال در اختیار طرف مقابل باشد، فسخ عقد درحالی‌که مال همچنان در تصرف طرف دیگر است، بیان‌کننده رضای ضمنی مالک و بدین ترتیب، امانت از نوع مالکانه است.

بعضی نسبت به استدلال شیخ انصاری در مورد استصحاب ید ایراد کرده‌اند که ضمان پیش از فسخ معاوضی است و اگر بعد از فسخ ید ضمانتی باشد، در این صورت قابل استصحاب نیست؛ زیرا مبنای این دو متفاوت است. از سوی دیگر، عموم قاعده علی‌الید هم این موضوع را دربر نمی‌گیرد؛ زیرا تا زمان مقتضی برای رساندن مال به مالک آن، شخص به اذن شارع امین بوده و ید او امانی است. براین اساس، ضمان بر عهده فاسخ نیست و در مورد مفسوخ‌علیه نیز همچنین است (روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۶، ص. ۴۴۹).

همان‌طور گفته شد، برخی حقوق‌دانان میان اینکه فسخ از جانب بایع یا خریدار باشد، تمایز قائل شده و گفته‌اند در فرضی که بایع عقد را فسخ کرده باشد، چون خود او رابطه قراردادی را که موجب ضمان خریدار بوده، منحل کرده است و تا زمانی که مال را از خریدار مطالبه نکند، نزد او امانت گذارده و به نوعی امانت مالکانه است، به همین علت خریدار در مورد تلف مسئولیتی ندارد مگر اینکه تعدی و تفریط کند؛ البته به لحاظ قانونی به نظر مستنبط از ماده ۶۳۱ قانون مدنی<sup>۱</sup>، از نظر فقهایی تبعیت شده است که معتقدند ضمان با فسخ عقد از بین نمی‌رود و ضمان مشتری همچنان استصحاب می‌شود. بنابراین، طبق قانون، خریدار در این فرض هم ضامن مثل یا قیمت مبیع خواهد بود (امامی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص. ۵۵۲).

### ۳. دیدگاه تعهد به نتیجه بودن مسئولیت متصرف

به نظر برخی حقوق‌دانان، این موضوع از سویی مشابه بحث اقاله است؛ زیرا اثر هر دو نسبت به آینده است و به موجب آن‌ها عوضین باید پیش از عقد به مالک برگردانده شوند، اما تفاوت آن‌ها در این است که در اقاله توافق ضمنی بر بازگرداندن عوضین وجود دارد. بنابراین، متصرف نسبت به هرگونه تلف و نقضی مسئول است مگر اینکه تلف یا نقص در اثر قوه قاهره باشد، اما در مورد فسخ چنین توافق ضمنی وجود ندارد، بلکه به جای مقایسه وضع متصرف با امین یا غاصب باید به تحلیل مبنای التزام پرداخت؛ زیرا متصرف ملتزم به بازگرداندن مال به مالک و تعهد از نوع تعهد به نتیجه است که در صورت تلف یا نقص مال، تعهد انجام نشده و متعهد مسئول آن است مگر اینکه وقوع قوه قاهره را اثبات کند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۵، صص. ۹۱-۹۴).

مطابق دیدگاه اخیر، در بحث ضمان متصرف نباید به نوع ید وی توجه داشت، بلکه باید در پی تعیین نوع تعهد متصرف بود که در این مورد تعهد او از نوع تعهد به نتیجه است؛ یعنی او متعهد به تحویل سالم مال به مالک آن بوده است. در غیر این صورت باید از عهده جبران آن برآید. گواه

---

۱. این ماده مقرر می‌دارد «هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است. بنابراین، مستأجر نسبت به عین مستأجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی‌علیه و امثال آن‌ها ضامن نیستند مگر در صورت تفریط یا تعدی و در صورت استحقاق مالک به استرداد از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود اگر چه مستند به فعل او نباشد».

این دیدگاه موادی از قانون تجارت و قانون مدنی است از جمله ماده ۳۳۹ قانون تجارت که به موجب آن، دلال مسئول تمام اشیا و اسنادی قرار گرفته که به وی سپرده شده است مگر اینکه اثبات کند تلف شدن آن‌ها مربوط به او نبوده است. همچنین، ماده ۳۸۶ قانون تجارت قابل توجه است که مسئولیت تلف یا گم شدن مال التجاره را متصدی حمل و نقل دانسته است مگر اینکه تلف یا گم شدن مال التجاره به سبب جنس خود مال التجاره، تقصیر مرسل یا مرسل‌الیه یا به موجب حوادثی بوده است که هیچ متصدی مواظبی نمی‌تواند از جلوگیری کند. در قانون مدنی مشابه این استنباط در مورد عاریه طلا و نقره است که برابر ماده ۶۴۴ همین قانون، ضمان آن بر عهده مستعیر قرار گرفته است حتی اگر مرتکب تعدی و تفریط یا شرط ضمان بر وی نشده باشد.

ابهامی که در مورد این دیدگاه به وجود می‌آید این است که مطابق دیدگاه مذکور مسئولیت متصرف از جنس تعهدات قراردادی است که می‌توان آن را از نوع تعهد به نتیجه دانست. این تعهد از توافق ضمنی طرفین نشئت می‌گیرد. این استدلال ممکن است در مورد اقاله صدق کند، اما در مورد فسخ که تنها به اراده یکی از طرفین واقع می‌شود، چنین تعهدی با توافق طرف مقابل به وجود نمی‌آید مگر اینکه گفته شود در این مورد تعهد به اراده خود متصرف به وجود می‌آید که این توجیه بعید به نظر می‌رسد؛ زیرا شخص چنین قصدی ندارد یا اینکه استدلال شود که این مسئولیت به حکم قانون به وجود می‌آید که این موضوع نوعی الزام قانونی تلقی می‌شود.

#### ۴. تبیین موضوع از منظر قواعد فقهی

برخی فقها و حقوق‌دانان در تقویت استدلال خود در مورد اینکه مسئولیت تلف مال پس از فسخ بر عهده متصرف است به برخی قواعد فقهی مانند علی‌الید، تلف مبیع قبل از قبض، التلف فی زمن خیار ممن لاختیار له، قاعده استیمان و قاعده احسان استناد کرده‌اند که این پرسش را پدید می‌آورد که کدام‌یک از این موارد قابلیت استناد دارد و استناد به آن اعتبار دارد؟ در این بخش به بررسی این موضوع پرداخته خواهد شد.

#### ۱.۴. قاعده علی‌الید

از جمله مهم‌ترین دلایل مورد استناد فقها، حدیثی از پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) با این مضمون است که «علی‌الید ما اخذت حتی تؤدیه» که در کتاب‌های فقهی به قاعده علی‌الید معروف شده است (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص. ۴۸۴). در مورد اینکه قاعده بر چه نوع تصرفی دلالت دارد، گفته

شده است منظور عهده و ذمه شخص و مطلق استیلا و تصرف و فعل و عمل را دربرمی‌گیرد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۳۷۸). در مورد اینکه مقصود از اخذ و گرفتن مال به چه کیفیتی دلالت دارد نیز بیان شده است منظور تصرف خارجی نیست، بلکه در راستای عبارت «بد» دربردارنده معنای تسلط و استیلا بر مال شخص دیگر است اگرچه در عمل آن را نگرفته باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص. ۲۳۷). در مورد واژه «تؤدیه» گفته‌اند صرف رفع ید از مال کفایت نمی‌کند و متصرف باید مال را به مالک آن مسترد کند در صورتی که عین مال وجود داشته باشد. در غیر این صورت باید مثل یا قیمت آن را بدهد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، صص. ۵۸-۵۹) و در خصوص تأثیر علم و جهل متصرف نیز استدلال شده، مقتضای اطلاق قاعده آن است که در هر صورت، ید ضمان آور است اعم از اینکه متصرف عالم باشد یا نباشد. بنابراین، مبنای تحقق ضمان منوط به تقصیر شخص نیست، بلکه استیلا و وضع ید بر مال دیگری بدون اذن و اجازه موجب مسئولیت است حتی اگر شخص از تعلق مال به دیگری مطلع نباشد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص. ۲۳۸). در هر حال، در مورد مفاد قاعده به عقیده برخی، منظور بیان حکم تکلیفی تصرف بر مال شخص دیگر و وجوب حفظ و نگهداری و مسترد کردن مال به مالک آن است (موسوی خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۹۰) و به نظر برخی دیگر، بیان‌کننده حکم وضعی مسئولیت متصرف است که مسئول ضمان و غرامت صاحب مال است (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۸ق، ج ۲، صص. ۴۱۸). بر این اساس، اصل بر مسئولیت متصرف است مگر اینکه دلیل خاصی یا منصرف بودن موضوع از این اصل استتنا شود (ایروانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۱۴۶). از جمله استثنائات وارد بر این قاعده، امانت است اعم از اینکه مالکانه یا شرعی باشد؛ زیرا به علت وجود اذنی که از سوی مالک یا شارع صادر می‌شود، از عمومات این قاعده خارج و ضمان از متصرف برداشته می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۲۸۲).

با توجه به دیدگاه‌های بیان‌شده در مورد قاعده علی‌البد، اگر تنها عموم و اطلاق قاعده در نظر گرفته شود، بی‌شک مسئولیت تلف پس از فسخ عقد بر عهده متصرف قرار می‌گیرد اعم از اینکه خود فاسخ باشد یا مفسوخ‌علیه؛ زیرا پس از فسخ عقد، اذنی برای نگهداری مال از سوی مالک صادر نشده است مگر اینکه گفته شود پس از فسخ، مال به‌طور امانت شرعی در ید متصرف قرار دارد که ضمانی بر عهده متصرف نیست؛ زیرا در شمول این قاعده از حیث مسئولیت مدنی تفاوتی

میان علم و جهل متصرف وجود ندارد؛ یعنی در تحقق ضمان ید تقصیر موضوعیت ندارد و به همین علت است که به عقیده مؤلفان، این نوع ضمان مختص غصب نیست و دایره آن از غصب فراتر می‌رود و ید عدوانی و غیرعدوانی را دربرمی‌گیرد (محقق داماد، ۱۳۸۱، صص. ۶۷-۶۸).

#### ۲.۴. قاعده تلف مبیع قبل از قبض

مستند این قاعده، روایتی از پیامبر اکرم (صلی‌الله علیه و آله) است که فرمودند «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايع»؛ یعنی هر مبیعی که قبل از تسلیم به مشتری تلف شود، از مال فروشنده تلف شده است (نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص. ۳۰۳). همچنین استدلال شده روش عقلا در عقود معاوضی این است که در صورت تلف مبیع قبل از قبض، بیع منفسخ و ثمن به خریدار مسترد شود؛ زیرا در عالم اعتبار، هریک از عوضین در مقابل یکدیگر تملیک می‌شوند و هر عوض بدل عوض دیگر قرار می‌گیرد. بنابراین، زمانی که یکی از عوضین موجود و قابل تسلیم باشد، عقد معتبر است و عوض دیگر نیز باید تسلیم شود، اما اگر یکی از عوضین قابل تسلیم به طرف مقابل نباشد، عقد به خودی خود از بین می‌رود (منفسخ می‌شود) و اگر عوضی از طرف مقابل گرفته شده باشد، باید به او مسترد شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۸۲).

بر اساس قاعده یادشده استدلال شده همان‌طور در عقود معاوضی بنای هریک از طرفین آن است که در مقابل عوضی که می‌دهد، معوضی دریافت دارد، در مورد فسخ نیز به این ترتیب است و پس از فسخ عقد شخص باید معوضی در اختیار داشته باشد و به طرف مقابل برگرداند تا استحقاق دریافت مال خود را داشته باشد، اما نکته حائز اهمیت این است که آیا در فسخ، معاوضه صورت می‌گیرد یا هریک از عوضین به مالکیت خود پیش از انعقاد عقد برمی‌گردد؟ اگر بنا بر معاوضه باشد، استناد به این قاعده صحیح است، اما اگر بنا بر برگشت هریک از عوضین به مالکیت سابق باشد، در توجیه قاعده نمی‌توان به آن استناد کرد. در هر صورت، مفاد قاعده در صورتی اعمال می‌شود که عقدی منعقد شده و کالا تحویل خریدار نشده باشد، اما در موضوع مورد بحث، عقد

۱. این قاعده در ماده ۳۸۷ قانون مدنی مقرر شده است که «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بايع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد شود مگر اینکه بايع برای تسلیم به حاکم یا قائم‌مقام او رجوع کرده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود».

به موجب فسخ منحل شده است.

#### ۳.۴. قاعده التلف فی زمن خيار ممن لا خيار له<sup>۱</sup>

از مستندات این قاعده، صحیحه ابن سنان از امام صادق (علیه السلام) است که از پیامبر (صلی الله علیه و آله) نقل شده است که از ایشان پرسیده‌اند خریداری حیوانی را با این شرط خریده است که تا سه روز حق فسخ معامله را داشته باشد و آن حیوان در مدت سه روز تلف می‌شود، حکم چیست؟ پیامبر (صلی الله علیه و آله) فرمودند در صورتی که خریدار سوگند خورد که به عقد راضی نبوده است، ضمان از او برداشته خواهد شد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۱۳۲). به گفته برخی فقها درباره این موضوع ادعای اجماع شده است (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۳، ص. ۵۸). همچنین گفته شده است که این قاعده، مقتضای قواعد اولیه معاوضات است؛ زیرا در مواردی که خيار تنها به یکی از طرفین اختصاص دارد، عقد نسبت به او متزلزل است و او توانایی فسخ معامله را دارد. هنگامی که مال تلف می‌شود، این موضوع به منزله فسخ است و باید مال صاحب خيار، به او مسترد شود. همچنین عقل در این موارد به منفسخ شدن عقد نیز حکم می‌کند؛ زیرا دارنده خيار باید مهلت داشته باشد تا درباره عقد تأمل و تفکر کند. زمانی که مال تلف می‌شود، او این فرصت را از دست می‌دهد. بنابراین، معامله قهراً منفسخ می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، صص. ۱۳۳-۱۳۴).

در مورد این قاعده از سویی مانند قاعده تلف مبیع قبل قبض باید گفت در این مورد نیز عقد فسخ نشده و باقی است و بر اساس اینکه ذوالخيار امکان فسخ عقد را داشته و ممکن بوده است پیش از انقضای مدت خيار، عقد را فسخ کند و در این اثنا مال تلف شده است، حکم به منفسخ شدن عقد داده شده تا مسئولیت مالی که شخص ممکن بوده است قصد فسخ عقد منشای آن را داشته باشد، بر عهده وی قرار نگیرد، اما در موضوع مورد بحث با توجه به اینکه مبنای قاعده متزلزل عقد نسبت به ذوالخيار است و در موضوع مورد بحث، عقد منحل شده است، به نظر می‌رسد

---

۱. این قاعده در ماده ۴۵۳ قانون مدنی مقرر شده است که «در خيار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خيار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود، بر عهده مشتری است و اگر خيار مختص مشتری باشد تلف یا نقص بر عهده بایع است.»

استناد به قاعده یادشده چندان برای توجیه آن مناسب نباشد. همچنین، از سوی دیگر می‌توان گفت در فرضی که احتمال فسخ وجود داشته با تلف مال حکم به انفساخ عقد داده شده و مسئولیت تلف بر عهده متصرف قرار نگرفته است و ضمان آن بر مالک پیش از عقد تحمیل می‌شود، چگونه در موضوع مطروح می‌توان با قیاس از حکم قاعده تلف فی زمن خیاری، حکم به مسئولیت متصرف داد؟

البته گفتنی است در مورد قاعده یادشده در کتاب‌های فقهی و نوشتار حقوقی، قائل به استثنایی بودن آن شده‌اند (موسوی خویی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص. ۵۵۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص. ۳۳۹) و از این رو نیز استفاده از ملاک آن محل تردید قرار می‌گیرد.

#### ۴.۴. قاعده استیمان

در مقابل دیدگاه‌هایی که قائل به ضمان متصرف بوده‌اند، از جمله دلایل مورد استناد قائلان به عدم ضمان متصرف، قاعده استیمان بوده است. از مستندات این قاعده روایاتی هستند که در این خصوص وارد شده‌اند از جمله حدیثی از امیرالمؤمنین امام علی (علیه‌السلام) که می‌فرمایند «لیس علی المؤمن ضمان»؛ یعنی بر امین ضمانی نیست (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۵). همچنین، گفته شده است ضامن دانستن امین مستلزم عسر و حرج است؛ زیرا اگر ضمان بر عهده امین قرار گیرد، این موضوع موجب می‌شود باب امانت مسدود شود که در نهایت، در زندگی اجتماعی اخلاص ایجاد خواهد کرد در حالی که امانت مورد نیاز اشخاص است (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۴۸۵).

با توجه به عدم مسئولیت امین این پرسش مطرح می‌شود آیا صفت امانت بر متصرف مال پس

---

۱. مبیع باید تلف شود نه ثمن؛ زیرا نص و فتوا در مورد مبیع بیان شده است. با توجه به اینکه قاعده برخلاف مقتضای معاوضات است و سرایت حکم در غیر مورد بیان شده در روایات، مستلزم وجود قرینه و دلیلی است در حالی که در مورد این قاعده، چنین قرینه و دلیلی وجود ندارد، این قاعده تنها در مورد مبیع اجرا خواهد شد (موسوی خویی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص. ۵۵۳) و حالت استثنایی حکم مقرر در این ماده ایجاب می‌کند که از هرگونه تفسیر موسع پرهیز شود و حکم این ماده تنها شامل مبیع شود. در مورد شمول ماده ۴۵۳ قانون مدنی، خیازهای مجلس و حیوان مختص عقد بیع هستند، اما در مورد خیاری شرط نیز به نظر می‌رسد باید در عقد بیع باشد تا ضمان با بیع تداوم یابد و در دیگر قراردادها فاقد چنین اثری است (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص. ۳۳۹).

از فسخ عقد قابل تطبیق است یا خیر؟ پاسخ به این پرسش در گروی بررسی مبنای امانت است که آن را به امانت شرعیه و مالکیه تقسیم کرده‌اند. منظور از امانت شرعی نوعی از امانت است که مال بدون اذن و اراده مالک در اختیار متصرف قرار می‌گیرد مانند مال لقطه و مال مجهول‌المالک که شارع شخص را امین قرار می‌دهد درحالی‌که در امانت مالکانه، مال با اذن مالک یا شخصی که صلاحیت اذن دادن دارد، در اختیار متصرف قرار می‌گیرد (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۷، ص. ۱۰۷). ثمره تمایز مبنای امانت در این است که در امانت شرعیه امین نباید در انتظار مطالبه مالک باشد، بلکه باید بکوشد تا مال را به مالکش تسلیم کند، اما در امانت مالکی، متصرف تا هنگامی که مالک مال را مطالبه نکرده است مسئولیتی از این حیث ندارد.<sup>۱</sup> افزون‌براین، در امانت شرعیه اذن در جهت تصرف به خصوصی در مال وجود ندارد، بلکه امین برای حفظ و نگهداری، اداره، جست‌وجو و یافتن مالک و درنهایت، تحویل مال به مالک آن، امین شناخته می‌شود، اما در امانت مالکی به دلیل وجود اذن خاص از سوی مالک، حدود اختیارات امین بر اساس مفاد اذن مشخص می‌شود (علی‌آبادی، ۱۳۸۲، ص. ۳۲).

در مورد مال پس از فسخ عقد، بدیهی است که فرض امانت مالکانه منتفی است، اما به نظر می‌رسد موضوع با امانت شرعیه توجیه‌پذیر باشد؛ زیرا موضوع مانند مال لقطه است که شخص مالک هیچ اطلاعی از تصرف شخص دیگر بر مال ندارد و پس از فسخ عقد نیز اگر فسخ از جانب متصرف باشد و مالک اطلاعی نداشته باشد، مال به صورت امانی در اختیار او قرار می‌گیرد تا در اولین فرصت ممکن آن را به مالک تسلیم کند.

#### ۵.۴. قاعده احسان

از دیگر قواعد مورد استناد دیدگاه‌های قائل به عدم ضمان، قاعده احسان است که مفاد این قاعده دلالت بر این دارد که هنگامی که شخص عمل خسارت‌باری انجام دهد، بابت آن مسئول خواهد

---

۱. ماده ۶۳۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد که «هرگاه کسی مال غیر را به‌عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است. بنابراین، مستأجر نسبت به عین مستأجره قییم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی‌علیه و امثال آن‌ها ضامن نیست مگر در صورت تفریط یا تعدی و در صورت استحقاق مالک به استرداد از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود؛ اگرچه مستند به فعل او نباشد».



بود مگر اینکه با حسن نیت و با این انگیزه که موجب نفع دیگری می‌شود عملی را انجام دهد، اما به‌طور اتفاقی موجب خسارت می‌شود. در این صورت مسئولیتی نخواهد داشت (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص. ۳۰۰).

با توجه به مفاد قاعده مشخص است که این قاعده در موردی اعمال می‌شود که شخص عمل زیان‌باری را به انگیزه کمک به دیگری انجام می‌دهد، اما در موضوع مطروح در برخی مصادیق خاص ممکن است چنین فرضی روی دهد، اما به نظر می‌رسد نمی‌توان به استناد قاعده یادشده حکم کلی در مورد آن یافت و دلالت چندانی بر موضوع ندارد.

##### ۵. نظر مختار نگارندگان

در مورد فرضی که مال در تصرف طرف فاسخ نیست، تردید کمتری وجود دارد؛ زیرا وی از فسخ اطلاع ندارد و به تصور اینکه مال همچنان در مالکیت او قرار دارد، به تصرف خود ادامه می‌دهد که این تصرفات ممکن است منجر به تلف مال شود که در این خصوص قاعده قبح عقاب بلا بیان قابل استناد است؛ زیرا به موجب قاعده یادشده تا زمانی که تکلیفی از جانب شارع یا مولا به شخص بیان نشده یا به شخص چنین بیانی نرسیده باشد، کیفر و عقاب چنین شخصی به لحاظ عقلی ناپسند و قبیح است (طباطبایی حکیم، بی‌تا، ص. ۵۱۳)، اما تردید اصلی در مورد مسئول دانستن طرفی است که خود عقد را فسخ کرده است و مال را در تصرف دارد. آیا میان فرضی که فسخ را به اطلاع طرف مقابل رسانیده باشد یا خیر، تفاوتی وجود دارد؟

در موردی که عقد از جانب متصرف فسخ نشده باشد، حکم به ضمانتی بودن ید یا تعهد به نتیجه بودن التزام متصرف بسیار دشوار است؛ زیرا حتی اگر گفته شود مالک قصدی برای امانت‌گذاشتن نداشته، اما تا زمانی که مال را مطالبه نکرده و متصرف را از فسخ آگاه نساخته است، قاعدتاً نمی‌توان مسئولیتی را متوجه متصرف دانست؛ زیرا اولاً، اصولاً به‌طور یک‌جانبه و بدون اراده شخص نمی‌توان تعهدی برای دیگران ایجاد کرد. ثانیاً، شخص تنها پس از آگاهی از موضوعی ملزم به آن خواهد بود. هم‌چنین چگونه می‌توان گفت متصرفی که از فسخ آگاه نبوده متعهد به استرداد مال به طرف دیگر می‌باشد و تعهد وی نیز از نوع تعهد به نتیجه باشد، درحالی‌که وی از فسخ مطلع نبوده، بنابراین، به نظر می‌رسد تا زمانی که طرف فسخ‌کننده، وقوع فسخ را به اطلاع متصرف نرسانده و مال را مطالبه نکرده است، ید وی امانی است حتی اگر امانت از نوع مالکانه

نباشد. می‌توان گفت امانت از نوع شرعیه است و اگر پیش از اطلاع دادن فسخ و مطالبه، مال تلف شود، ضمانتی بر عهده متصرف نیست؛ زیرا مطابق قاعده اقدام، مالک به ضرر خود عمل کرده و در مطالبه و استرداد مال کوتاهی کرده است، اما چنانچه مالک مال را مطالبه کند، مطابق ذیل ماده ۶۳۱ قانون مدنی، متصرف ضامن خواهد بود.

در موردی که متصرف خود عقد را فسخ می‌کند نیز به نظر می‌رسد وی تا مهلت عرفی امانی باشد؛ زیرا مطابق قاعده اصولی اذن در شیء، اذن در لوازم آن است؛ زیرا شارع و قانون‌گذار مقرر نکرده است که شخص ابتدا مال را تسلیم و سپس عقد را فسخ کند یا شخص را ملزم نساخته است که مال را در نزد مالک پیش از فسخ حاضر سازد و هم‌زمان با فسخ، آن را تحویل دهد. بنابراین، فرض بر این است که از زمان فسخ تا تسلیم مال ممکن است مدت زمانی فاصله باشد، اما به نظر می‌رسد میان فرضی که شخص عقد را فسخ و آن را به طرف مقابل اطلاع می‌دهد و فرضی که طرف دیگر آگاه نیست، تفاوت وجود دارد؛ زیرا با اینکه اعمال حقوقی به اراده اشخاص در عالم اعتبار موجود می‌شوند، اما زمانی که شخص عقد را فسخ می‌کند، اما به طرف دیگر اطلاع نمی‌دهد، مرتکب اهمال شده است و مطابق قاعده اقدام خود وی باید مسئول باشد؛ زیرا ممکن است مالک با آگاه شدن از فسخ، تمهیدی برای استرداد و مطالبه مال بیندیشد، اما هنگامی که فسخ شدن عقد را به طرف دیگر اطلاع می‌دهد دیگر نباید در انتظار مطالبه مالک بماند، بلکه باید تا مهلت عرفی که در امانت شرعیه معمول است و در اولین فرصت عرفی، مال را تسلیم کند. در غیر این صورت نسبت به آن ضامن خواهد بود.

### نتیجه‌گیری

مطابق دیدگاه مشهور فقها اصل بر ضمانتی بودن ید است مگر اینکه تصرفات شخص بر مال دیگری با اجازه مالک یا شارع باشد و از آنجاکه در تلف شدن مال پس از وقوع فسخ عقد، چنین اجازه‌ای موجود نیست، بنابراین، مسئولیت تلف مطابق قاعده باید بر عهده متصرف قرار می‌گیرد و برخی از حقوق‌دانان نیز با استدلال‌هایی مشابه چنین دیدگاهی داشته‌اند، اما به نظر می‌رسد باید میان حالات مختلفی که فسخ رخ می‌دهد، تمایز قائل شد و برای فروض مختلف آن نباید حکم واحدی داد؛ زیرا میان فرضی که فسخ از جانب طرفی که متصرف مال است و هنگامی که غیرمتصرف عقد را فسخ می‌کند، تفاوت بسیار است. چنانچه متصرف مال عقد را فسخ کند، باید

در مهلت عرفی که استرداد مال امکان‌پذیر باشد، آن را به مالک آن مسترد کند. در غیر این صورت مسئولیت تلف بر عهده او قرار می‌گیرد، اما اگر فسخ از جانب غیرمتصرف باشد، به‌رغم اینکه فسخ ایقاعی غیرتشریفاتی و اعلامی است، به‌محض آنکه دارنده خیار اراده بر فسخ کند، عقد منحل می‌شود و عوضین باید برگردانده شوند، اما با استفاده از ملاک قسمت دوم ماده ۶۳۱ قانون مدنی باید گفت تا زمانی که شخص فاسخ طرف مقابل را از وقوع فسخ مطلع نساخته است، مطابق قاعده قبح عقاب بلابیان نمی‌توان تکلیفی را متوجه متصرف دانست؛ زیرا وی همچنان خود را مالک می‌داند و چه‌بسا تصرفاتی نکند که منجر به تلف مال شود درحالی‌که پس از اینکه فاسخ مراتب فسخ عقد را به اطلاع متصرف رسانیده و استرداد مال را مطالبه کرده باشد، در صورت امکان رد، متصرف باید مال را مسترد کند. در غیر این صورت مسئولیت تلف با او خواهد بود. به‌عنوان ضابطه کلی می‌توان گفت معیار مسئولیت یا عدم مسئولیت متصرف، علم و اطلاع متصرف از فسخ و اقدام به برگرداندن مال در مهلت عرفی است و عمل کردن برخلاف هریک از موارد مانند اینکه با وجود اطلاع از فسخ یا امکان عملی برای بازگردان مال از این اقدام امتناع کند، موجب مسئولیت متصرف می‌شود و از آنجاکه در این حالت ید ضمانی است، باید از عهده مثل یا قیمت مال در مقابل مالک آن برآید.

## منابع

- ۱) آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۶ق). حاشیه مکاسب. تهران: وزارت ارشاد اسلامی.
- ۲) ابن ادریس، عبدالله (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۳) ابن جزی، ابوالقاسم محمد بن احمد (بی تا). القوانین الفقهیه. موقع الاسلام.
- ۴) امامی، سیدحسن (۱۳۶۳). حقوق مدنی (جلد ۱). تهران: انتشارات اسلامی.
- ۵) انصاری، مرتضی (۱۴۲۰ق). کتاب المکاسب (جلد ۶). قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری.
- ۶) اهتمام، احمد (۱۳۹۲). وسائل العباد فی یوم التناذ (جلد ۴). پژوهش‌های تفسیر و علوم قرآن.
- ۷) ایروانی، باقر (۱۴۱۸ق). القواعد الفقهیه (جلد ۲). قم: مؤسسه الفقه لطباعة و النشر.
- ۸) ایروانی، علی (۱۳۷۹). حاشیه مکاسب (جلد ۲). قم: نجفی.
- ۹) بهوتی، منصور بن یونس (۱۴۰۲ق). کشف القناع علی متن الاقناع. بیروت: دارالفکر.
- ۱۰) بیهقی، احمد بن حسین (۱۴۱۰ق). السنن الصغری. جامعه الدراسات الاسلامیه.
- ۱۱) تبریزی، جواد (۱۳۸۹). ارشاد الطالب فی شرح مکاسب (جلد ۷). قم: دارالصدیقه الشهیده (سلام الله علیها).
- ۱۲) جواهرکلام، محمدهادی و حدادی اردکانی، صمد (۱۴۰۲). معیارهای شناسایی «تلف حکمی» در حقوق اسلامی با تحلیل ضابطه «انتقال به ثالث دارای حسن نیت» در رویه قضایی و طرح اصلاح قانون مدنی. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۱ (۵۹)، صص. ۱۰۹-۱۳۸. doi: 10.30497/law.2023.243910.3330
- ۱۳) حسینی مراغه‌ای، میرفتاح (۱۴۱۸ق). العناوین (جلد ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۱۴) دمیاطی، ابی بکر (بی تا). حاشیه اعانه الطالبین. بیروت: دارالفکر.
- ۱۵) روحانی، محمد (۱۳۷۸). المرتقی الی الفقه الرقی (الخيارات) (جلد ۲). تهران: دارالجللی (مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیه).
- ۱۶) روحانی، محمدصادق (۱۴۲۹ق). منهاج الفقاهه (جلد ۶). قم: انوار الهدی.
- ۱۷) سرخسی، محمد (۱۴۱۴ق). المبسوط. بیروت: دارالمعرفه.
- ۱۸) شافعی المصری، ابوالحفص (۱۴۰۶ق). تحفه المحتاج الی ادله المنهاج. مکه: دار حراء.
- ۱۹) شهیدی، مهدی (۱۳۸۱). سقوط تعهدات. تهران: مجد.
- ۲۰) طباطبایی حکیم، سیدمحمد تقی (بی تا). الاصول العامه للفقہ المقارن. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- ۲۱) علی آبادی، علی (۱۳۸۲). تمامیت قاعده فقهی استیمان. مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۷۴، صص. ۲۹-۴۹.

- ۲۲) غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۹ق). حاشیه مکاسب (جلد ۵). چاپ ۱.
- ۲۳) غنیمی، عبدالغنی (بی تا). الباب فی شرح الكتاب. بیروت: مكتبة العلمية.
- ۲۴) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۵). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۲۵) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴). قانون مدنی در نظم حقوق کنونی. تهران: میزان.
- ۲۶) کاسانی، علاءالدین (۱۴۰۶ق). بدایع الصنائع فی ترتیب الشرايع. بیروت: دارالکتب العلمیة.
- ۲۷) ماوردی، ابوالحسن علی بن محمد (۱۴۱۹ق). الحاوی الكبير. بیروت: دارالکتب العلمیة.
- ۲۸) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۱). قواعد فقه (بخش مدنی). تهران: سمت.
- ۲۹) مدنی کاشانی، رضا (۱۴۰۹ق). تعلیقه شریفه علی بحث الخيارات والشرط من کتاب المتأجر. قم: مكتبة آیت الله العظمی المدنی.
- ۳۰) مرغینانی، ابوالحسن علی بن ابی بکر (بی تا). هدایة حامل المتن البدایة. کراچی: مكتب رشیدیة.
- ۳۱) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهیة (جلد ۲). قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین (علیه السلام).
- ۳۲) موسوی بجنوردی، حسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیة (جلدهای ۲ و ۴). قم: نشر الهادی.
- ۳۳) موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (جلد ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- ۳۴) موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۳۷۷). مصباح الفقاهة (جلد ۵). قم: مكتبة الداوری.
- ۳۵) موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۳ق). مبانی تکملة المنهاج (جلد ۳). قم: دارالهادی.
- ۳۶) نایینی، میرزاحمدحسین (۱۴۱۸ق). منیة الطالب (تقریر بحث نائینی للخوانساری) (جلد ۳). قم: نشر الاسلامی.
- ۳۷) نجفی، محمدحسن (۱۳۶۸). جواهر الکلام فی شرح شرايع الاسلام (جلد ۲۳). تهران: دارالکتب اسلامیه.
- ۳۸) نجفی، محمدحسن (۱۳۹۴). جواهر الکلام فی شرح شرايع الاسلام (جلد ۲۷). تهران: دارالکتب اسلامیه.
- ۳۹) نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل (جلد ۱۳). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

## References

- 1) Ākhūnd al-Khurāsānī, Muḥammad Kāzim ibn Ḥusayn (1406 AH/1986). Ḥāshiyat al-Makāsib. Tehran: Wizārat al-Irshād al-Islāmī [in Arabic].
- 2) Aliābādī, ‘Alī (1382 SH/2003). Tamāmīyat-e Qā‘edeḥ-ye Feqhī-ye Estīmān [Completeness of the Jurisprudential Rule of Trustworthiness]. Maqālāt va Barrasī-hā, No. 74, pp. 29–49 [in Persian].
- 3) Anṣārī, Murtaḍā (1420 AH/1999). Kitāb al-Makāsib (Vol. 6). Qom: Kongreh-ye Bozorgdāsht-e Shaykh al-Anṣārī [in Arabic].
- 4) Bayhaqī, Aḥmad ibn Ḥusayn (1410 AH/1989). al-Sunan al-Ṣuḡhrā. Jāmi‘at al-Dirāsāt al-Islāmīyah [in Arabic].
- 5) Buhūti, Maṣṣūr ibn Yūnus (1402 AH/1982). Kashshāf al-Qinā‘ ‘alā Matn al-Iqnā‘. Beirut: Dār al-Fikr [in Arabic].
- 6) Damyāṭī, Abī Bakr (n.d.). Ḥāshiyat I‘ānat al-Ṭālibin. Beirut: Dār al-Fikr [in Arabic].
- 7) Ehtemām, Aḥmad (1392 SH/2013). Vasā‘el al-‘Ibād fī Yawm al-Tanād (Vol. 4) [Means of the Servants on the Day of Calling]. Pazhūhesh-hā-ye Tafsīr va ‘Ulūm-e Qur‘ān [Studies in Qur‘anic Interpretation and Sciences] [in Persian].
- 8) Emāmī, Seyyed Ḥasan (1363 SH/1984). Ḥuqūq-e Madanī (Vol. 1) [Civil Law]. Tehran: Enteshārāt-e Eslāmīyeh [in Persian].
- 9) Gharavī Eshfahānī, Muḥammad Ḥusayn (1419 AH/1998). Ḥāshiyat al-Makāsib (Vol. 5). 1st ed. [in Arabic].
- 10) Ghunaymī, ‘Abd al-Ghanī (n.d.). al-Bāb fī Sharḥ al-Kitāb. Beirut: al-Maktabah al-‘Ilmīyah [in Arabic].
- 11) Ḥusaynī al-Marāghī, Mīr Faṭḥ Allāh (1418 AH/1997). al-‘Anāwīn (Vol. 2). Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
- 12) Ibn Idrīs, ‘Abd Allāh (1410 AH/1989). al-Sarā‘ir al-Ḥawī li-Taḥrīr al-Fatāwī. Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
- 13) Ibn Juzayy, Abū al-Qāsim Muḥammad ibn Aḥmad (n.d.). al-Qawānīn al-Fiqhīyah. Mawqī‘ al-Islām [in Arabic].
- 14) Īravānī, ‘Alī (1379 SH/2000). Ḥāshīyeh-ye Makāseb (Vol. 2). Qom: Najafī [in Arabic].
- 15) Īravānī, Bāqir (1418 AH/1997). al-Qawā‘id al-Fiqhīyah (Vol. 2). Qom: Mu‘assasat al-Fiqh li al-Ṭibā‘ah wa al-Nashr [in Arabic].
- 16) Javāherkalām, Moḥammad Hādī & Ḥaddādī Ardakānī, Ṣamad (1402 SH/2023). Me‘yārḥā-ye Shenāsā‘ī-ye "Talaf-e Ḥokmī" dar Ḥuqūq-e Eslāmī bā Taḥlīl-e Žābeteh-ye "Enteqāl be Sāles-e Dārā-ye Ḥosn-e Nīyat" dar Ravīyeh-ye Qazā‘ī va Ṭarḥ-e Eslāḥ-e Qānūn-e Madanī [Identifying Criteria of ‘Waste in Law’ in Islamic Jurisprudence; by Analyzing the Rule of ‘Transfer to a Third Party of Good Faith’ in the Judicial Practice and a Plan to Amend the Iranian Civil Code]. Pazhūheshnāmeḥ-ye Ḥuqūq-e Eslāmī [Journal of Islamic Law Research], Vol. 1, No. 59, pp. 109-138. doi: 10.30497/law.2023.243910.3330 [in Persian].
- 17) Kāshānī, ‘Alā‘ al-Dīn (1406 AH/1986). Badā‘ī‘ al-Ṣanā‘ī‘ fī Tartīb al-Sharā‘ī‘. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyah [in Arabic].
- 18) Kātūziān, Naṣer (1376 SH/1997). Qavā‘ed-e ‘Omūmī-ye Qarārdādḥā (Vol. 5)

- [General Rules of Contracts]. Tehran: Sherkat-e Sahāmī-e Enteshār [in Persian].
- 19) Kātūziān, Nāṣer (1394 SH/2015). Qānūn-e Madanī dar Nazm-e Ḥuqūqī-ye Konūnī [Civil Law in the Current Legal Order]. Tehran: Mizān [in Persian].
  - 20) Madanī Kāshānī, Rezā (1409 AH/1988). Ta'liqah Sharifah 'alā Baḥth al-Khiyārāt wa al-Sharṭ min Kitāb al-Mutājir. Qom: Maktabat Āyatullāh al-'Uzmā al-Madanī [in Arabic].
  - 21) Makārem Shirāzī, Nāṣer (1411 AH/1990). al-Qawā'id al-Fiqhīyah (Vol. 2). Qom: Madrasat al-Imām Amīr al-Mu'minīn ('alayh al-salām) [in Arabic].
  - 22) Marghinānī, Abū al-Ḥasan 'Alī ibn Abī Bakr (n.d.). Hidāyat Ḥāmil al-Matn al-Bidāyah. Karachi: Maktab Rashīdiyah [in Arabic].
  - 23) Māwardī, Abū al-Ḥasan 'Alī ibn Muḥammad (1419 AH/1998). al-Ḥawī al-Kabīr. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyah [in Arabic].
  - 24) Moḥaqqueq Dāmād, Seyyed Moṣṭafā (1381 SH/2002). Qavā'ed-e Feqh (Bakhsh-e Madanī) [Jurisprudential Rules (Civil Section)]. Tehran: SAMT [in Persian].
  - 25) Mūsavi Bojnūrdī, Ḥasan (1419 AH/1998). al-Qawā'id al-Fiqhīyah (Vols. 2 & 4). Qom: Nashr al-Hādī [in Arabic].
  - 26) Mūsavi Khomeynī, Seyyed Rūḥullāh (1421 AH/2000). Kitāb al-Bay' (Vol. 1). Tehran: Mu'assasat Tanzīm wa Nashr Āthār al-Imām al-Khomeynī (Raḥmat Allāh 'Alayh) [in Arabic].
  - 27) Mūsavi Khū'i, Seyyed Abū al-Qāsem (1377 SH/1998). Meṣbāḥ al-Fiqāhah (Vol. 5). Qom: Maktabat al-Dāvarī [in Persian].
  - 28) Mūsavi Khū'i, Seyyed Abū al-Qāsem (1413 AH/1992). Mabānī Takmilat al-Minhāj (Vol. 3). Qom: Dār al-Hādī [in Arabic].
  - 29) Nā'inī, Mīrzā Muḥammad Ḥusayn (1418 AH/1997). Munyat al-Ṭālib (Taqrīr Baḥth al-Nā'inī lil-Khvānsāri) (Vol. 3). Qom: Nashr al-Islāmī [in Arabic].
  - 30) Najafī, Moḥammad Ḥasan (1368 SH/1989). Javāher al-Kalām fi Sharḥ Sharāye' al-Islām (Vol. 23). Tehran: Dār al-Kutub al-Eslāmīyah [in Persian].
  - 31) Najafī, Moḥammad Ḥasan (1394 SH/2015). Javāher al-Kalām fi Sharḥ Sharāye' al-Islām (Vol. 27). Tehran: Dār al-Kutub al-Eslāmīyah [in Persian].
  - 32) Nūrī, Mīrzā Ḥusayn (1408 AH/1987). Mustadrak al-Wasā'il wa Mustanbat al-Masā'il (Vol. 13). Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
  - 33) Rūḥānī, Moḥammad (1378 SH/1999). al-Murtaqī ilā al-Fiqh al-Raqī (al-Khiyārāt) (Vol. 2). Tehran: Dār al-Jalīl (Mu'assasat al-Jalīl li al-Taḥqīqāt al-Thaqāfiyah) [in Arabic].
  - 34) Rūḥānī, Moḥammad Ṣādiq (1429 AH/2008). Minhāj al-Fiqāhah (Vol. 6). Qom: Anwār al-Hudā [in Arabic].
  - 35) Sarakhsī, Moḥammad (1414 AH/1993). al-Mabsūṭ. Beirut: Dār al-Ma'rifah [in Arabic].
  - 36) Shāfi'i al-Miṣrī, Abū al-Ḥafṣ (1406 AH/1986). Tuḥfat al-Muḥtāj ilā Adillat al-Minhāj. Mecca: Dār Ḥirā' [in Arabic].
  - 37) Shahīdī, Mahdī (1381 SH/2002). Soqūṭ-e Ta'ahhodāt [Extinction of Obligations]. Tehran: Majd [in Persian].
  - 38) Ṭabāṭabā'i al-Ḥakīm, Sayyid Muḥammad Taqī (n.d.). al-Uṣūl al-'Āmmah li al-Fiqh al-Muqāran. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].

- 39) Tabrīzī, Javād (1389 SH/2010). Ershād al-Ṭāleb fi Sharḥ-e Makāseb (Vol. 7). Qom: Dār al-Şiddīqah al-Shahīdah (Salām Allāh ‘Alayhā) [in Arabic].





## Formulating a Comprehensive System of Contractual Excuses in the Iranian Legal Order

Seyyed Mohammad Hasan Momeni • Assistant Professor, Department of Jurisprudence and  
Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Allameh Tabataba'i  
University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) [dr.smhmomeni@atu.ac.ir](mailto:dr.smhmomeni@atu.ac.ir)

Amir Mahdi Ghorban Poor • Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law,  
University of Edalat, Tehran, Iran. [ghorbanpoor@gmail.com](mailto:ghorbanpoor@gmail.com)

### Abstract

#### 1. Introduction

The enforceability of contractual obligations is foundational to legal and economic systems. However, certain circumstances may obstruct an obligor's ability to fulfill these obligations, necessitating what is termed "Contractual Excuses" – doctrines and provisions that relieve the obligor, fully or partially, from liability under specific conditions. In Common Law, these doctrines are well-established, permitting partial or full exoneration based on predefined criteria. However, Iranian law, deeply rooted in Shi'a jurisprudence, approaches contractual excuses uniquely, emphasizing fairness, justice, and religious principles. Shi'a jurisprudence, as a primary influence on Iranian legal principles, mandates that the conceptualization of contractual excuses aligns with religious doctrines, which introduces distinct interpretative challenges and classifications that differ from Western legal frameworks. This article addresses the need for a structured, criteria-based categorization of contractual excuses, aiming to clarify their roles within the Iranian legal system, thereby facilitating more consistent legal outcomes and reinforcing justice in contractual relationships.

#### 2. Research Question

This study primarily seeks to answer the question: What are the types and



criteria for classifying contractual excuses within the context of Shi'a jurisprudence and Iranian law? In addressing this question, the research aims to identify and delineate the scope and boundaries of contractual excuses within Iranian law, distinguishing them from comparable doctrines in other legal systems. The goal is to clarify how these excuses operate, their limitations, and their significance in preserving the balance between contractual obligations and fairness, especially when circumstances obstruct full compliance.

### **3. Research Hypothesis**

This article provides an overview of the comprehensive system of contractual excuses in Islamic jurisprudence and Iranian law, aiming to categorize them systematically and does not present a specific hypothesis.

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

The research adopts a doctrinal methodology, focusing on a detailed examination of Islamic jurisprudence, statutory laws, and legal doctrines relevant to the classification of contractual excuses in Iran. By analyzing primary legal texts, religious doctrines, and scholarly interpretations from prominent Shi'a jurists, the study synthesizes a comprehensive framework for understanding contractual excuses within the Iranian context. The research structure is divided into three progressive stages: (1) a conceptual analysis of contractual excuses, emphasizing Shi'a jurisprudential principles; (2) the establishment of classification criteria for different types of excuses, tailored to Iranian law; and (3) an explication of these excuses based on practical and doctrinal applications. The framework underscores a comparative approach, drawing distinctions between Iranian and Common Law doctrines to highlight the unique aspects of the Iranian legal approach to contractual excuses.

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

The research findings highlight a structured and detailed classification of contractual excuses within Iranian law, with a foundation rooted in Shi'a jurisprudence. This framework delineates two primary categories of excuses: Ta'azzor (impossibility of performance) and Ta'assor (severe hardship in performance). Each category reflects different levels of difficulty that might prevent an obligor from fulfilling contractual obligations, and both are distinguished by the nature and extent of the impediment. Through a doctrinal analysis, the study identifies and classifies fourteen specific types of excuses under each category, resulting in a total of twenty-eight distinct conditions that legally justify contract modification, annulment, rescission, or other adjustments.

The discussion reveals that Iranian law's approach to contractual excuses is more nuanced than many other legal frameworks, such as Common Law, where excuses are often addressed as exceptions. By contrast, the Iranian system

evaluates each instance of impossibility and hardship in performance based on criteria such as timing, personal versus general nature of the excuse, severity, and the influence of the excuse on contractual performance.

## **6. Conclusion**

The study concludes that Iranian law, informed by Islamic jurisprudence, offers a systematic approach to contractual excuses, accommodating both impossibility and hardship scenarios. The distinct classification of impossibility and hardship in performance provides a robust framework that respects the intent and obligations within contracts while acknowledging legitimate barriers. With fourteen identified types of excuses under each category, resulting in twenty-eight possible scenarios, Iranian law enables precise application of legal remedies suited to the excuse type. This approach ensures that contractual obligations are balanced with fairness, where mere obstacles do not automatically trigger generic legal principles but instead prompt a specific response based on the unique nature and characteristics of the excuse encountered.

**Keywords:** Excuse, Hardship, Impossibility, Severe Contractual Hardship, Contractual Impossibility, Contractual Hardship, Contract Law.

## صورت‌بندی نظام جامع معاذیر قراردادی در نظم حقوقی ایران

سیدمحمدحسن مومنی • استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)  
dr.smhmomeni@atu.ac.ir  
امیرمهدی قربان‌پور • استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه عدالت، تهران، ایران.  
ghorbanpoor@gmail.com

### چکیده

کشف زیرمجموعه‌های یک نظام حقوقی کلان، برای تبیین و نفوذ به عمق محتوای آن با اهمیت است، لذا ضرورت پرداختن به تمام عناوین مشترک و متشابه و گردآوری آن‌ها در یک طرح پژوهشی، برای ترسیم نقشه کامل جغرافیای آن عناوین، امری انکارناپذیر است. این پژوهش هدف مزبور را در خصوص «معاذیر قراردادی» تعقیب می‌کند. «عذر» در حقوق ایران، به تبع فقه امامیه دارای نظامی قاعده‌مند است، لکن تاکنون به آن در قالب یک نظام حقوقی جامع توجه نشده است؛ جستار پیش‌رو بر آن است که انواع معاذیر قراردادی را در یک استقراء گسترده طبقه‌بندی و صورت‌بندی کند. نگاه جامع به تمام عناوین عذر در حقوق قراردادهای، از بیست‌وهشت عنوان پرده برمی‌دارد. چهارده عنوان ویژه از عذر در دو ساحت؛ یکی، تعذر و عدم امکان انجام تعهد و اجرای قرارداد، و دیگری، ساحت تعسر و سختی انجام تعهد، مجموعه نظام فقهی حقوقی عذر را شکل می‌دهد، که بروز هر کدام حسب مورد منجر به بطلان، انفساخ، ایجاد حق فسخ و یا لزوم تعدیل قرارداد خواهد شد. این مقاله با روش توصیفی تحلیلی و رجوع به منابع کتابخانه‌ای و استقراء گسترده در آثار فقهاء و حقوقدانان، سعی در معرفی این منظومه جامع دارد.

واژگان کلیدی: عذر، عسر، تعذر، تعسر، تعذر قراردادی، تعسر قراردادی، حقوق قراردادهای.



## مقدمه

اجرای تعهدات ناشی از قراردادهای مشروع و قانونی اگرچه الزامی است، گاه با موانع محکمه‌پسند روبه‌رو می‌شود و نمی‌توان شخص متعهد را در تنگنای آن تعهد محبوس کرد. از چنین موانعی در نظام‌های مختلف حقوقی با عنوان معاذیر قراردادی (روحی و مرادی، تابستان ۱۴۰۰، ص. ۷۵) و در کامن‌لا در قالب نظریه عام معاذیر قراردادی یاد می‌شود (دارایی، ۱۳۹۴، ص. ۱۰۷). در برخی نظام‌های حقوقی، عذر حاصل‌آمده گاه هیچ‌گونه استثنایی بر اصل لزوم و التزام قلمداد نمی‌شود، بلکه سبب می‌شود متعهد نسبت به بخشی از خساراتی که در راستای اجرای تعهداتش متحمل شده است، مستحق جبران از سوی متعهدله شود (صادقی مقدم، ۱۳۷۹، ۱۷۸). فقه امامیه افزون بر آنکه یک نظام حقوقی مستقل و البته در چهارچوب نظام‌های حقوقی مذهبی است، به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین منابع حقوق ایران در ترسیم نظام جامع حقوقی بسیار مؤثر است. از این‌رو در بررسی مسئله عذر در قراردادها افزون‌بر توجه به متن قوانین و رویه و آرای قضایی و دکترین حقوقی باید در منابع فقهی نیز به‌طور جدی به تتبع پرداخت. مسئله جدی در تبیین نظام حقوقی، کشف گستره کامل عذر و تعریف و بیان معیار تقسیم‌بندی آن در عرصه قراردادهاست. نقش چنین عامل مهمی چنان حساس و بغرنج است که عدم رصد آن می‌تواند در تعیین نتایج حقوقی و حتی دادرسی‌ها، مسیر انصاف و عدالت را مخدوش سازد.

بنابراین، پرسش اصلی در این پژوهش درباره انواع عذر و معیار طبقه‌بندی آن‌ها در قلمرو قراردادهاست. ساختار این تحقیق در سه لایه کلی، نخست به مفهوم‌شناسی و سپس به معیار طبقه‌بندی و تقسیم انواع عذر و آنگاه به تعریف و تبیین هر یک از آن‌ها می‌پردازد.

پیشینه پژوهش: موضوع عذر در حوزه قراردادها عاملی نیست که بتوان از نظر دور داشت یا آن را پدیده‌ای نوظهور خواند. مقتضای زندگی بشری با توجه به فرازوفرودها و پیچیدگی‌های گوناگونش در طول تاریخ حتماً می‌توانست قراردادها را با چالش عذر مواجه سازد.

کتاب‌های فقهی و حقوقی در مباحث گوناگون ذیل عقد اجاره و بیع و نیز در مباحث قواعد عمومی قراردادها و مباحث پراکنده به عناوین خاصی از عذر پرداخته‌اند. مسئله عذر در متون فقهی مانند مصباح‌الفقاهه آیت‌الله خویی و مهذب‌الاحکام آیت‌الله سبزواری و کتاب‌های حقوقی مانند عقود معین دکتر کاتوزیان و الفارق دکتر لنگرودی، اگرچه پراکنده و خارج از نظام جامع، مورد توجه قرار گرفته است. در مقالات گوناگون نیز به مسئله عذر در ارتباط با قراردادها توجه

شده و هر پژوهشی به موضوعی خاص در این زمینه پرداخته است. مقاله «تأثیر حدوث عذر عام بر عقد مزارعه از منظر فقه و حقوق» (زنگنه شهرکی و حسین‌پور، ۱۴۰۰، ص. ۱۶۵)، تنها به عذر عام و نقش آن در رابطه با عقد مزارعه توجه کرده است. مقاله «آثار و شرایط قوه قاهره در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران» (هوشیار و همکاران، بهار و تابستان ۱۳۹۹، ص. ۱۱۹)، تنها به قوه قاهره و عوامل خارج از اراده و مدیریت شخص متعهد و شرایط تحقق و آثارش پرداخته است. در قراردادهایی که در طول زمان امتداد می‌یابد و اجرا می‌شود، چه بسا شرایط اقتصادی، اجتماعی و سیاسی که در هنگام تشکیل قرارداد وجود داشته، در طول زمان و هنگام اجرای قرارداد تغییر کند و ضرورت تعدیل قرارداد لازم آید. مقاله «تغییر بنیادین اوضاع و احوال در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز؛ مطالعه موردی: حقوق ایران و کامن‌لا» (فرخانی و همکاران، ۱۴۰۰، ص. ۶۵)، به دگرگونی این شرایط در قراردادهای بالا دستی صنعت نفت و گاز توجه کرده است. مقاله «بررسی عقد اجاره در مواجهه با عذر عام» (مومنی و مومنی، بهار ۱۳۹۳، ص. ۱۴۱) نیز تنها عقد اجاره را در مواجهه با خصوص عذر عام مورد ارزیابی قرار داده است. در هیچ‌یک از این مقالات، به انواع عذر در ساحت قراردادهای نگاه جامع نشده و استقرایی شایسته در این حوزه صورت نگرفته است. این پژوهش تلاش دارد تا این کاستی را جبران کند.

## ۱. مفهوم‌شناسی عذر (Excuse)

### ۱.۱. عذر از منظر لغت

عذر از نظر لغوی بر وسیله دفاع و اعتذار (ابن منظور، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۵۴۵) و نیز بر چیزی که مایه رهایی از ملامت و سرزنش است، اطلاق می‌شود (عبدالرحمان، بی‌تا، ج ۱، ص. ۲۳۳). معنای اصطلاحی عذر در فقه امامیه و حقوق ایران مغایر با معنای لغوی آن نیست (مومنی، ۱۳۹۸، ص. ۳۱) و باید در کنار حقیقت لغوی، به بحث درباره قیود و شرایطی پرداخت که از لحاظ حکمی در نظام فقه امامیه و حقوق ایران مورد توجه قرار گرفته است. آنچه در تعریف برخی نویسندگان حقوقی آمده، مانند «عذر عاملی است که خارج از اراده آدمی باشد و بر اراده او اثر بازدارنده گذارد» (جعفری، ۱۳۸۸، ج ۴، ص. ۱۷)، در واقع، شاخصه تحقق معنای لغوی به‌عنوان ملاک رهایی از مسئولیت و هرگونه ضمانت اجرای آن است؛ زیرا ممانعت از عواملی که پیش‌بینی‌ناپذیر و بازدارنده و خارج از اراده و کنترل آدمی است، به‌طور معمول و متعارف غیرممکن است و در

برابر ناممکن هیچ الزامی وجود ندارد (مؤمنی، ۱۳۹۸، ص. ۳۲). تأثیر بازدارندگی عذر گاه به شکل عدم امکان اجرای قرارداد و گاه به شکل سختی بسیار شدید در اجرای قرارداد است. در حقوق ایران به تبع فقه امامیه از گونه نخست با عنوان «تعذر وفا به عقد» و از گونه دوم با عنوان «عسر و حرج» و «تعسر در اجرای قرارداد» یاد می‌شود. عنوان عذر در حقوق قراردادهای گاه به معنای مانع نه در برابر اجرای قرارداد، بلکه در ممانعت از صحت و تشکیل عقد اثرگذار است مانند عذر اعتباری قانونی یا شرعی در منع از خرید و فروش مشروبات الکلی.

#### ۲.۱. تمایز تعذر و تعسر

تعذر در اجرای قرارداد به معنای عدم امکان اجرای قرارداد و عمل به مفاد و تعهدات حاصل‌آمده از آن است. تکلیف در چنین عجزی را تکلیف خارج از توان دانسته‌اند و گاه اصطلاح «حرج» به این معنا به کار می‌رود (نراقی، ۱۳۷۵، ص. ۱۸۵). «تعذر وفا به مضمون عقد» قاعده‌ای فقهی است که نشان می‌دهد اگر به واسطه تعذری دائمی یعنی عدم امکان انجام دادن تعهد، وفا به مضمون و مفاد عقد از آغاز تشکیل (عذر اصلی) مقدور نباشد و اجرای آن غیرممکن باشد، آن عقد باطل است (بجنوردی، ۱۳۸۶، ج ۵، ص. ۲۶۵). برخی بر این باورند که تعذر وفا و عدم امکان اجرای عقد، چه از سوی دو طرف قرارداد و چه از سوی یک طرف، سبب بطلان عقد است؛ زیرا هر عقدی معاهده طرفینی و بر هر دو طرف قرارداد استوار است. در نتیجه، عجز یکی از دو طرف مانند عجز هر دو طرف است (بجنوردی، ۱۳۸۶، ج ۵، ص. ۲۶۵). این سخن پذیرفتنی نیست. اگر یکی از دو طرف عقد از وفا به مضمون عقد و تعهداتش عاجز باشد، اما طرف دیگر بتواند آن را جبران و عقد را اجرا کند، دلیلی بر بطلان عقد وجود ندارد. مفاد و مضمون عقد و تعهدات حاصل از آن در این صورت قابل تحقق و اجراست و از جنبه عقل و عرف و اخلاق نیز کاملاً پذیرفتنی و از هرگونه غرر و جهالت و آسیب پنهانی به عدالت قراردادی مبرا است. تنها اتفاقی که رخ داده، تعهد یکی از دو طرف به همت طرف دیگر جبران و اجرا شده است و این موضوع در صورت جهل و ناآگاهی طرف جبران‌کننده از ناتوانی شخص متعهد، موجب حق خیار فسخ برای وی است تا هم حق وی در تحفظ بر قرارداد محفوظ بماند و این‌گونه از اصل پایداری قراردادهای صیانت بیشتری شده باشد و هم در برابر انجام ندادن تعهد طرف مقابل، امکان خروج از قرارداد و تعهدات قراردادی برایش محفوظ باشد؛ البته نسبت به اقدامات جبرانی که در فرض تحفظ بر قرارداد، انجام



داده یا دست‌کم نسبت به زیان‌های احتمالی که در اثر عجز متعهد از تعهداتش متوجه وی شده است، می‌توان بر اساس مبانی مسئولیت مدنی قائل به حق مطالبه جبران خسارت شد. به هر حال، تعذر یک طرف تعهد با امکان جبران از سوی طرف دیگر، اصلاً مصداقی برای تعذر وفا به مضمون عقد نیست، بلکه می‌تواند مصداق تعذر تسلیم باشد که با خیار تعذر تسلیم قابل جبران است (مؤمنی، ۱۳۹۸، ص. ۱۳۷). به نظر می‌رسد قاعده «تعذر وفا» منحصر در عذر اصلی نیست؛ زیرا وجهی برای این انحصار وجود ندارد. از این رو در عذر عارضی و طاری نیز جاری است؛ زیرا در عقود استمراری واقع بر عین (نه منفعت)، عقد مورد تعذر با سرنوشت انفساخ روبه‌رو است نه بطلان (مؤمنی، ۱۳۹۸، ص. ۱۳۸). از این رو باید قید بطلان را در این قاعده به معنای اعم از بطلان اصطلاحی و انفساخ اصطلاحی بدانیم (بجنوردی، ۱۳۸۶، ج ۵، ص. ۲۶۵).

اما تعسر از ریشه «عسر» در قرآن کریم در مقابل «یسر» قرار گرفته<sup>۱</sup> و از نظر لغوی نیز رابطه تقابلی معنایی دارند. قاعده فقهی «نفی عسر و حرج» افزون بر آیه ۱۸۵ سوره مبارکه بقره، برآمده از آیات و روایاتی است که عنوان «حرج» را از ساحت دین خارج دانسته است.<sup>۲</sup> در معنای «عسر» به قرینه همراهی واژه «حرج» در قاعده فقهی و تطبیق آن در روایات مورد اشاره بر موارد عسر، مطلق سختی (و لو اندک) مراد نیست و سختی شدید مورد نظر است؛ البته برخی واژه «عسر» و «حرج» را مترادف دانسته، اما برخی دیگر «حرج» را حالت شدید «عسر» دانسته‌اند؛ یعنی خصوص ضیق و تنگنای شدید (نراقی، ۱۳۷۵، ص. ۱۸۴)، اما نسبت به این مسئله که آیا عسر حرجی، سختی طاقت‌سوز است یا مطلق سختی شدید، به نظر می‌رسد با توجه به اطلاق واژه «حرج» و قرینه تطبیق بر موارد «عسر» بدون تقید به طاقت‌سوزی و نیز متناسب با شریعت سمحه و سهله<sup>۳</sup>، مطلق سختی شدید معیار بحث است نه خصوص سختی شدید طاقت‌سوز؛ زیرا در موارد

۱. «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» (بقره، آیه ۱۸۵).

۲. «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج، آیه ۷۸)؛ «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ» (مائده، آیه ۶) و روایات: کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص. ۳۳ (باب الجبائر والقروح والجراحات)؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص. ۳۶۳ و باب صفة الوضوء والغرض منه،

ح ۲۷؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۳۲۷ و ابواب الوضوء، باب ۳۹، ح ۵.

۳. پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) فرمودند «لَمْ يُرْسَلَنِي اللَّهُ تَعَالَى بِالرُّهْبَانِيَّةِ وَلَكِنْ بَعَثَنِي بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّهْلَةِ السَّمْحَةِ»؛ خدای تعالی مرا به رهبانیت برنیانگیخت، بلکه مرا به دینی با گذشت و آسان مبعوث فرمود (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۴۹۴).

سختی طاقت‌ناپذیر، اساساً مکلف از نظر عقلی معذور است؛ زیرا تکلیف بما لایطاق و امر غیرمقدور، قبیح عقلی است و در چنین مواردی قاعده شرعی نفی عسر و حرج به‌عنوان قاعده‌ای مولوی و تأسیسی موضوعیتی ندارد.

از لحاظ حقوقی نیز آنچه معیار عسر و حرج است، تحقق عرفی سختی شدید و غیرقابل چشم‌پوشی است نه تنها سختی طاقت‌ناپذیر. تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مصوب مجمع تشخیص مصلحت در ۱۳۸۱/۴/۲۹، عسر و حرج را وضعیت مشقت‌آوری دانسته است که تحملش مشکل باشد. بنابراین، آنچه در تعبیر برخی نویسندگان حقوقی آمده و عسر و حرج را به تحمل‌ناپذیری معنا کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۳۳۲)، چندان با صراحت قانونی نمی‌سازد و متناسب مشقت‌ناپذیر است؛ البته ایشان در بخشی دیگری مرادش را مطابق قانون روشن ساخته و اظهار داشته که ملاک «عسر» امری نوعی است؛ به‌گونه‌ای که در نظر عرف باید طاقت‌فرسایی (نه طاقت‌سوزی) و مشقت‌باری شکل بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۳۳۳). برخی دیگر از اساتید در تعریف «عسر» مطلق مضیقه و سختی را معیار تحقق «عسر» دانسته‌اند نه سختی شدید را. استاد جعفری لنگرودی می‌نویسد «حالت تنگنا در عمل کردن به الزامات قانونی است که اگر عمل کند به مضیقه و سختی درافتد» (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰، ج ۴، ص. ۲۵۳۹)، اما به نظر می‌رسد همگی بر همان سختی شدید و طاقت‌فرسا توافق داشته باشند. خلاصه سخن، تمایز این دو وضعیت به امکان اجرای قرارداد و عدم امکان آن حتی با سختی شدید بازمی‌گردد. این همان تمایز میان «فورس‌ماژور» در عدم اجرای تعهد و «هاردشیپ»<sup>۱</sup> به معنای دشوار شدن اجرای تعهد، مطابق مقررات «یونیدروا» است (شریفی و صفری، ۱۳۸۹، ص. ۴).

## ۲. انواع عذر قراردادی در فقه امامیه و حقوق ایران

با تتبع در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه با ۱۴ عنوان عذر روبه‌رو هستیم. برخی از این عناوین مانند «عذر موجه» و «عذر غیرموجه» بیان‌کننده تقسیم کلی آن به دو بخش پذیرفتنی و ناپذیرفتنی از نظر فقهی و حقوقی است. همچنین، عذر خارجی غیر از عذر قانونی و تکوینی و

1. Hardship

عذر داخلی غیر از عذر شخصی و خاص نیست و هم‌پوشانی دارد، اما اولاً، به دلیل ارائه نظامی جامع از مقوله عذر و ثانیاً، به دلیل رأی دیوان عالی کشور به شماره ۶۴۴ در خصوص ناتوانی مستأجر از بهره‌برداری از عین مستأجره که مرزبندی میان عذر خارجی و داخلی است، به این دو نیز به طور مستقل می‌پردازیم. عنوان «عذر عام» نیز دارای دو نوع واقعی و ملاکی است که بر این عدد می‌افزاید. انواع عذر در دو ساحت کلی تعذر یا عدم امکان اجرای تعهد و قرارداد و تعسر یا سختی شدید اجرای تعهد و عقد قابل ترسیم است. بنابراین، از ضرب چهارده نوع در دو بخش مزبور به ۲۸ عنوان عذر می‌رسیم، اما برای پرهیز از زیاده‌نویسی، تنها به تعریف انواع ۱۴ گانه اکتفا می‌کنیم و نسبت به دو بخش تعذر و تعسر، به تبیین کلی، آن‌چنان که گذشت، بسنده می‌کنیم؛ زیرا تطبیق و پیاده‌سازی انواع ۱۴ گان در این دو ساحت، ابهام و چالشی به همراه ندارد.

### ۳. وجوه معیار تقسیم عذر

عذر در ساحت حقوق قراردادهای از ابعاد زیر شایان تقسیم است. این ابعاد هر یک معیاری برای نظام طبقه‌بندی عذر است.

۱. از بُعد ملاک عذر؛ عذر شخصی یا نوعی.
  ۲. از بُعد زمان بروز؛ عذر اصلی و ابتدایی یا عارضی و طاری.
  ۳. از بُعد مدت بقا؛ عذر دائمی یا موقت.
  ۴. از بُعد سبب پیدایش؛ عذر تکوینی و عقلی یا اعتباری و قانونی.
  ۵. از بُعد فراگیری؛ عذر خاص یا عام.
  ۶. از بُعد قلمرو پیدایش؛ عذر داخلی یا عذر خارجی.
  ۷. از بُعد وجاهت؛ عذر موجه یا غیرموجه.
- در ادامه، به معرفی هر یک از این انواع می‌پردازیم.

### ۱.۳. عذر شخصی

«عذر شخصی» مربوط به شخص خاص متعهد است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ج ۴، ص. ۳۹۹). برای مثال، در صورت تعذر و عدم امکان ادای مثل در ضمان «مثلی»، انجام مسئولیت با پرداخت قیمت صورت می‌گیرد. در کشف ملاک این تعذر بحث از تعذر شخصی مطرح شده است (خوبی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص. ۱۶۷). عذر شخصی در قراردادها به روشنی قابل رصد است. در عقد

اجاره، شخص طرف قرارداد گاه با عذر شخصی روبه‌رو و از تعهد ناشی از قرارداد یا استیفای آن عاجز می‌شود. در چنین موردی با عنوان عذر شخصی مواجهیم (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۲، ج ۴، ص. ۳۹۹). اگر مستأجر به دلیل عذر شخصی از انتفاع مورد اجاره ناتوان شود، این عذر به دلیل شخصی بودن، نقضی بر اصل لزوم قرارداد نیست و سبب بطلان یا حق فسخ برای مستأجر نمی‌شود (ترحینی، ۱۳۸۹، ج ۵، ص. ۳۸۹). بنابراین، تکلیف موجر مطابق ماده ۴۷۷ قانون مدنی پس از تسلیم عین مستأجره و فراهم کردن وسایل انتفاع برای مستأجر خاتمه می‌پذیرد. از این‌رو پس از آن، زایل کردن هرگونه عذر شخصی از مستأجر متوجه موجر نیست. برای مثال، رفع مزاحمت اشخاص ثالث تکلیفی نیست که به استناد ماده مزبور بتوان متوجه موجر دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۵ الف، ص. ۳۴۸).

عذر شخصی در بسیاری موارد با عذر خاص هم‌پوشانی دارد و در «عذر خاص» به آن خواهیم پرداخت.

### ۲.۳. عذر نوعی

با تکیه بر «حرج نوعی» در تعریف عذر نوعی گفته شده «عذری است که شامل همه مردم نمی‌شود و چه بسا نسبت به عده‌ای از مردم، اگرچه اندک، جنبه بازدارندگی و تعذر ندارد. به بیان دیگر، عذری است که به‌طور متعارف دامن‌گیر توده مردم است، ولی شامل همگان و لزوماً همیشگی نیست» (مؤمنی، ۱۳۹۸، ص. ۴۵).

ماده ۳۴۱ قانون مدنی ظرفیت بیع سلم را به‌صورت تعیین اجل برای تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع در نظر گرفته است. حال اگر بایع ناتوان از تسلیم شود، برای مشتری خیار فسخ ایجاد می‌شود. ظهور این ناتوانی در عذر نوعی و عجزی نامتعارف است که توده مردم معمولی در برابر آن عاجزند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۲۳۶).  
گفتنی است که تحقق عذر غیرشخصی لزوماً به معنای عذر نوعی نیست. توضیح سخن در عذر خاص خواهد آمد.

### ۳.۳. عذر اصلی یا ابتدایی

عذر اصلی یا ابتدایی در برابر عذر طاری یا عارضی قرار دارد. از نگاه فقهی موانع پدیدآمده چه از ابتدا وجود داشته باشد و چه پس از ایجاد تعهد و به‌طور ناگهانی بروز کند، در شمار عذر است.

این تقسیم هم در قلمرو عقود و ضمان معاوضی و حتی مسئولیت قراردادی و هم در ضمان غیرمعاوضی دیده می‌شود.

محقق نایینی تعذر در آغاز ایجاد ضمان را عذر ابتدایی و بعد از تحققش را طاری نامیده است (نایینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۳۴۷). عذر ابتدایی در عقد که موضوع آن را منتفی کند، بطلان عقد را رقم خواهد زد (خویی، ۱۴۱۴ق، ص. ۲۹۷). مطابق ماده ۳۴۸ قانون مدنی، منع قانونی از بیع موجب بطلان آن است. به حکم وحدت ملاک، قاعده کلی در نظام حقوقی بر همین معنا استوار است؛ البته گاه مانع ابتدایی چون موجد حق برای شخص ثالث است، عقد مزبور یا غیرنافذ است و با عدم اجازه ذی حق باطل می‌شود مانند عقد فضولی (ماده ۳۵۲ قانون مدنی) یا از جانب وی قابل فسخ است یا می‌تواند از دادگاه حکم فسخ قرارداد یا تخلیه را درخواست کند. بند نخست ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶، این حق را به موجر می‌دهد که در مورد زیر از دادگاه، حکم فسخ اجاره یا تخلیه را درخواست کند؛ یعنی در موردی که مستأجر بدون داشتن حق انتقال به غیر در اجاره‌نامه یا در موردی که اجاره‌نامه‌ای در کار نباشد، مسکن مورد اجاره را در اختیار و تصرف و استفاده اشخاصی غیر از افراد تحت کفالت قانونی خود قرار دهد یا به آن‌ها واگذار کند. همچنین، تبصره ۱ ماده ۱۹ قانون مزبور در خصوص حق کسب و پیشه در صورت انتقال مورد اجاره از سوی مستأجر بدون رعایت مفاد ماده فوق، به موجر حق درخواست تخلیه می‌دهد و حکم تخلیه علیه متصرف یا مستأجر اجرا خواهد شد. ماده ۴۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت سال ۱۳۴۷، از مشروط بودن نقل و انتقال سهام به موافقت مدیران یا مجامع عمومی در شرکت‌های سهامی عام منع می‌کند. بنابراین، انتقال سهام در شرکت‌های سهامی عام باید کاملاً آزاد باشد و چون این ماده از قوانین امری است، هرگونه توافق و قراردادی برای ایجاد محدودیت در انتقال سهام و اشتراط آن ممنوع است و نمی‌توان در اساسنامه خلاف آن را مقرر کرد (اسکینی، ۱۳۸۴، ج ۲، صص. ۶۵ و ۶۶). در واقع، چنین شرطی از آغاز باطل است، اما به استناد مفهوم مخالف ماده یادشده، در اساسنامه شرکت‌های سهامی خاص غالباً چنین شرطی نسبت به مصوبه هیئت‌مدیره پیش‌بینی می‌شود و بدون این مصوبه انتقال سهام ممکن نخواهد بود و هرگونه عملیاتی در شکل هر گونه قراردادی برای این انتقال، محکوم به بطلان است. مطابق آیین‌نامه قانون معادن سال ۱۳۹۰ همراه با اصلاحات اخیر، انتقال پروانه اکتشاف تنها یک بار با رعایت مفاد این آیین‌نامه

(ماده ۲۷) و انتقال پروانه بهره‌برداری (ماده ۴۷) منوط به موافقت وزارتخانه مربوط است. پس در صورت عدم موافقت، هرگونه عملیات انتقال در قالب هرگونه قراردادی، چه در شکل بیع یا غیر آن، غیرممکن و باطل است. بر اساس مفهوم مخالف قسمت اخیر ماده ۴۸۰ قانون مدنی، اگر هنگام تشکیل عقد اجاره، سبب فسخ مانند غبن یا تدلیس وجود داشته باشد، حق خیار فسخ نسبت به تمام مدت ثابت است و عقد به واسطه فسخ، از آغاز منحل می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵ الف، ص. ۳۴۸).

### ۴.۳. عذر طاری یا عارضی

بروز این عذر در صورت گذشت زمانی که برای انجام دادن تعهد کافی است، سبب بطلان یا انفساخ قرارداد نیست و شخص متعهد را در گروی تعهدش نگه می‌دارد و به دلیل تعذر اجراء، ذی‌نفع حق جبران خواهد داشت مانند خیار تعذر تسلیم (مؤمنی، ۱۳۹۸، ص. ۴۶)، اما در غیر این صورت می‌تواند بطلان یا انفساخ عقد را رقم بزند یا حق خیار فسخ را ایجاد کند (خویی، ۱۴۱۴ق، ص. ۲۹۷). بهره‌برداری مشروع ملک مجاور در اثنای مدت اجاره به‌گونه‌ای که استفاده مورد نظر در اجاره را غیرممکن سازد و امکان منع و رجوع به وی نیز ممکن نباشد، سبب ایجاد حق فسخ برای مستأجر می‌شود مانند احداث میدان تیر ارتش و بهره‌برداری در این باره در کنار ساختمان اجاره‌ای به‌منظور استراحت بیماران (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ص. ۳۹۹).

### ۵.۳. عذر دائمی

دوام عذر در حقوق قرارداد نسبت به طول مدت تعهد و اجرای آن قرارداد تعریف می‌شود. مسئله تعذر در لزوم بدل حیلولة می‌تواند به حوزه قراردادهای نیز ارتباط یابد. در موردی که کالای خریداری شده مستحق للغير باشد و موضوع ضمان درک شکل بگیرد، می‌تواند ظرفیتی برای بدل حیلولة باشد. در بدل حیلولة تعذر رخ داده، گاه دائمی و گاه موقت و مقطعی است (نایینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص. ۳۴۹). از این رو تعذر موقت که یأس از رد عین را در پی ندارد و امید به باز گرداندن عین مال موجود است، برای اجرای ذیل ماده ۳۱۱ قانون مدنی و حکم به بدل حیلولة کافی است (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۲، ص. ۲۴۶). ملاک تجویز بدل حیلولة که از لحاظ حائل شدن غاصب میان مالک و مال اوست (کاتوزیان، ۱۳۸۵ ج، ص. ۱۶۳)، قرینه‌ای گویا بر عدم لزوم دائمی بودن مانع مزبور است؛ زیرا نه شرعاً و نه عقلاً و نه عرفاً برای تحقق حائل، قید دوام شرط

نیست. مقصود از تعذر و منع در ماده ۳۱۱ قانون مدنی، لزوماً تعذر عقلی نیست و شامل تعذر عرفی نیز می‌شود. امکان عقلی رد تیر آهن مغضوب به‌کاررفته در بنای سازه‌ای بلندمرتبه وجود دارد، اما مبتنی بر منطق انصاف، از دیدگاه حقوقی به دلیل اتلاف بیهوده مال و ضرر غیروجیه به مالک ساختمان، تعذر عرفی موجود به‌منزله تعذر عقلی است؛ زیرا منافع عمومی نیز باید در عین تحفظ بر حقوق خصوصی، از حمایت کافی و مناسب برخوردار باشد (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۲، صص ۲۴۵ و ۲۴۶). به نظر می‌رسد مخالفت ماده ۳۱۱ قانون مدنی و مشهور فقها (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۲، ص. ۲۴۶) در این خصوص، به دلیل مبارزه جدی با غضب و منع گسترده از هرگونه ظلم مالی است.

اما تعذر دائمی که مستقیماً در ساحت قرارداد و اجرای آن دخیل باشد، نه به‌واسطه عنوانی مثل بدل حیلوله در ماده ۲۲۹ قانون مدنی ایران و ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی فرانسه<sup>۱</sup>، به‌صراحت آمده است. مطابق مواد یادشده، در فرض عدم امکان دائمی اجرای قرارداد در اثر فورس‌ماژور (قوه قاهره)، قرارداد مزبور منحل و تعهد ساقط می‌شود (مومنی، ۱۳۹۸، ص. ۴۶) و پرداخت هیچ‌گونه خسارتی متوجه شخص متعهد نیست. اگر در طول مدت عقد مزارعه، زمین به‌واسطه مانعی مثل غرق آب شدن یا دیگر موانع از امکان زراعت خارج شود، عذر دائمی شکل گرفته است.

### ۶.۳. عذر موقت

عذر موقت در برابر دائمی، مفهومی نسبی است. غرق آب شدن زمین در طول مدت عقد مزارعه، عذری دائمی و در همان حال نسبت به مزارعه دیگر که پاره‌ای از مدت مزارعه را دربر گرفته، عذر موقت است (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸، ص. ۳۹۵). ماده ۵۲۷ قانون مدنی مقرر داشته است اگر زمین به‌واسطه فقدان آب یا دیگر عواملی از این دست، از امکان انتفاع خارج شود و امکان رفع مانع نیز وجود نداشته باشد، عقد مزارعه منفسخ می‌شود. از حکم انفساخ و نیز نوع ساختار کلامی ماده مزبور روشن است که عذر شکل گرفته، از آغاز ایجاد عقد مزارعه وجود نداشته و در اثنای آن رخ داده است. بنابراین، سخن در عذر موقت است. لازمه این معنا آن است که اگر عذر مزبور

1. Art. 1148: There is no occasion for any damages where a debtor was prevented from transferring or from doing that to which he was bound, or did what was forbidden to him, by reason of force majeure or of a fortuitous event.

از آغاز تشکیل عقد وجود می‌داشت، اساساً عقدی شکل نمی‌گرفت و از بدو پیدایش محکوم به بطلان بود؛ زیرا به حکم ماده ۵۲۳ قانون مدنی، زمین مورد عقد مزارعه باید قابلیت زرع مقصود را داشته باشد.

در بروز عذر و مانع موقت، مستأجر به استناد مواد ۴۷۶ و ۴۸۵ قانون مدنی و به دلیل تعذر تسلیم، حق فسخ قرارداد را دارد. نویسندگان حقوق، مانع موقتی را که پس از برطرف شدنش، اجرای قرارداد هنوز فایده خود را حفظ کرده و منطبق با اراده طرفین است، موجب تعلیق اجرا دانسته و قرارداد را مجدداً واجد اثر دیده‌اند. «مارتی»<sup>۱</sup> و «رینو»<sup>۲</sup> بخشی از قراردادهای کلانی را که در اثر بروز جنگ اجرائی معلق شده و پس از خاتمه جنگ هنوز دارای قابلیت اجراست، از این سنخ دانسته‌اند (صفایی، ۱۳۷۵، ص. ۴۰۹). بر اساس مصوبه جلسه ۱۳۹۹/۸/۱۴ هیئت وزیران، از آنجاکه اعمال محدودیت‌های ستاد ملی مقابله با کرونا، امکان انتفاع از امکان استیجاری به ترتیب و میزان مقرر شده در قرارداد اجاره را منتفی ساخت، دستگاه‌های اجرایی می‌توانستند از اجاره‌بهای امکانی که به بخش خصوصی داده بودند همه یا قسمتی را به تناسب میزان منتفی شده از امکان انتفاع تا پایان اسفند سال ۱۳۹۹ دریافت نکنند؛ البته دستگاه‌های اجرایی مکلف به اعمال این مصوبه بودند. مطابق نظریه ۱۶۴۱۵۰-۱۴۰۰/۱۲/۱۷ معاونت حقوقی ریاست جمهوری، عبارت «می‌توانند» در متن مصوبه مزبور به معنای اختیار دستگاه‌های اجرایی در عدم رعایت آن نیست و تنها به معنای اختیار دستگاه مزبور در تطبیق موضوع با حکم است.

### ۷.۳. عذر تکوینی یا عقلی

عذر تکوینی یا عقلی (نایینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۳۴۷) که گاه با عنوان عذر و مانع و علت خارجی شناخته می‌شود (نایینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص. ۳۰۹)، مانعی در متن عالم تکوین است و عقل به طور مستقل مانعیتش را درک می‌کند. مسدود شدن راه به سبب برف سنگین در مواجهه با اجاره وسیله نقلیه برای پیمودن آن (شهید ثانی، ۱۳۶۹، ج ۲، ص. ۳) یا نابودی مثل در کالای مثلی مورد ضمانت (نایینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص. ۳۰۹)، هر دو عذری تکوینی و عقلی است. از این رو بر اساس مفاد ماده ۴۸۳ و ملاک ماده ۴۸۸ قانون مدنی، هرگاه (بعد از تشکیل قرارداد)، حوادث

1. Marty  
2. Raynaud



قهری و طبیعی سبب تلف عین مستأجره شود، قرارداد اجاره منفسخ می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵ ب، ج ۱، ص. ۱۹۴).

### ۸.۳. عذر اعتباری یا قانونی

پیدایش مانع اگر از منظر عرف یا شرع یا قانون و مانند آن باشد، عذری اعتباری است و در طبقات عذر عرفی یا عادی (نایینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص. ۳۴۲)، عذر و مانع شرعی (نایینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص. ۳۰۹) و عذر قانونی قرار می‌گیرد. در ضمانت‌های عینی، اگر در فرض تلف، مثل مال یافت شود، اما در نگاه عرفی از مالیت و ارزش مالی ساقط شده باشد، مانع عرفی شکل گرفته و مصداقی برای تعذر عرفی فراهم آمده است (نایینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۳۴۷). موانع قانونی حکومت‌ها از سنخ عذر اعتباری و قانونی است (سبزواری، ۱۴۱۶ق، ج ۱۹، ص. ۸۰). خریدوفروش سرکه‌ای که در متن قرارداد توافق شده است به شراب تبدیل شود، با مانع شرعی صحت عقد بیع مواجه است (نایینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص. ۳۰۹). منع قانونی و شرعی از خریدوفروش مشروبات الکلی در شمار عذرهای اعتباری است که از اصل تشکیل عقد و صحت قرارداد ممانعت می‌کند. ماده ۳۴۹ قانون مدنی، منع قانونی از صحت بیع وقف است، اما ماده ۳۵۲ این قانون را نباید مانع نفوذ عقد فضولی دانست، بلکه ارشاد به عدم تحقق بند نخست از ماده ۱۹۰ درباره شرایط صحت معامله است؛ هرچند فقدان شرط قانونی، نوعی از تحقق مانع قانونی است. حقوق‌دانان موانع قانونی را به‌عنوان یکی از موارد قوه قاهره و فورس‌ماژور در نظر دارند (مؤمنی، ۱۳۹۸، ص. ۵۱)؛ چه‌بسا بعد از تشکیل قرارداد، به‌واسطه تغییر مقررات، انجام دادن تعهد با مانع قانونی روبه‌رو و غیرممکن شود. از این‌رو در همه نظام‌های حقوقی، ناظر بر فورس‌ماژور و نهادهای مشابه، افزون‌بر عدم امکان مادی و فیزیکی، به عدم امکان حقوقی و قانونی هم توجه دارند (صفایی، ۱۳۷۵، صص. ۴۱۷ و ۴۱۸).

### ۹.۳. عذر خاص

عذر خاص در بسیاری موارد با عذر شخصی هم‌پوشانی دارد. این دو عنوان از لحاظ ویژگی خاص شخص معذور به هم شباهت دارند. وقتی یکی از دو طرف قرارداد، شخصی خاص باشد نه گروه و عنوانی عام، در این صورت اگر وی با عذری مختص وی در اجرای قرارداد مواجه شود، عذر شخصی خاص رخ داده است؛ زیرا عذر رخ داده مختص شخص طرف قرارداد است، اما تمایز

این دو نوع عذر زمانی آشکار می‌شود که طرف قرارداد گروهی باشند که مورد عذر واقع شده‌اند. به بیان روشن، عذر شخصی همواره مختص به شخص خاصی است، ولی عذر خاص نسبت به افراد مجموعه‌ای عمومیت دارد و درعین حال، به دلیل اختصاصش به آن مجموعه، عذری خاص به شمار می‌آید و از عذر شخصی جدا می‌شود.

وقتی شخص خاص مستأجر با عذر و مانع استیفا از مورد اجاره روبه‌رو می‌شود، عذر خاص شخصی اتفاق افتاده است مانند سرقت تمام کالاهای وی و عدم امکان جایگزینی آن‌ها در اجاره معارضه به منظور همان نوع کسب (شهید ثانی، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۲). حال اگر گروه مستأجران در چنین اجاره‌ای با این وضعیت روبه‌رو شوند؛ به گونه‌ای که در فرض جایگزینی گروهی دیگر، مانع برطرف شود و برای آن‌ها امکان تهیه کالاها دوباره فراهم باشد، «عذر خاص غیرشخصی» روی داده، اما عذر نوعی شکل نگرفته است؛ زیرا ویژگی بازدارندگی عذر از سویی نسبت به نوع و توده مردم نیست و مخصوص طرفین قرارداد یا یکی از آن‌هاست و از سوی دیگر، مربوط به شخص خاص در طرفین قرارداد هم نیست، بلکه گروه واقع در دو طرف را دربرمی‌گیرد. به هرروی، در عذر خاص مستأجر، چه عنوان عذر شخصی محقق باشد چه نباشد، نقضی بر اصل لزوم عقد وارد نمی‌شود و بطلان یا حق فسخی شکل نمی‌گیرد (ترحینی، ۱۳۸۹، ج ۵، ص ۳۸۹). همچنین، کسی که برای سفر به خارج از کشور در روز حرکت، ممنوع‌الخروج می‌شود، با عذر خاص مواجه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۴، ص ۱۷) و قرارداد خرید بلیت در مواجهه با چنین عذری محکوم به بطلان یا انفساخ نیست.

### ۱۰.۳. عذر عام

مانعی که از اراده و اقتدار همه خارج است و بازدارندگی عمومی دارد و اجرای قرارداد را ناممکن می‌سازد، عذری عام است و در عقد اجاره برای مثال، اختصاص به شخص مستأجر ندارد و هرکس دیگری نیز که بخواهد استیفاءی منافع کند، توان عبور از آن مانع را ندارد. در مثال سفر هوایی، اگر در مبدأ یا مقصد کودتا اتفاق بیفتد و پرواز هواپیما منتفی شود، عذر عام رخ داده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۴، ص ۱۷) و قراردادهای خرید بلیت بر اساس عدم امکان اجرای تعهد پرواز و حمل و نقل محکوم به بطلان است. برخلاف نظر صاحب الفارق، معیار عام بودن عذر به دلیل شمولش نسبت به موجد و مستأجر نیست، بلکه ملاک عمومیت عذر، شمولش نسبت به

همگان حتی غیر طرفین اجاره است (مؤمنی، ۱۳۹۸، ص. ۵۰). خشک‌سالی در کشاورزی نسبت به عقد مزارعه و شدت وزش باد به گونه‌ای که باعث فرو ریختن و از بین رفتن میوه درختان شود نسبت به عقد مساقات، عذر عام است (سبزواری، ۱۴۱۶ق، ج ۱۹، ص. ۷۹) و به استناد مواد ۵۲۷ و ۵۴۵ قانون مدنی، قرارداد مزارعه و مساقات منفسخ می‌شود. به موجب قاعده کلی، هر وضعیتی که انتفاع و بهره‌برداری از مورد اجاره را ناممکن سازد و هدف مطلوب از عقد را عقیم و انتفاع را معطل کند، به حسب مورد، به بطلان یا انفساخ عقد می‌انجامد. زمینی که به منظور زراعت اجاره داده می‌شود، اما پیش از تسلیم، در آب غرق شود و زراعت ناممکن شود، با انفساخ قرارداد روبه‌روست؛ هرچند دیگر انتفاعات از آن ممکن باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ج ۱، ص. ۳۸۹).

موانع قانونی که حکومت‌ها نسبت به عموم مردم حاکم می‌کنند، عذری عام است. عقد مزارعه برای کشت محصولی خاص، در صورت تصویب و ابلاغ قانون منع کشت آن محصول، با عذر عام مواجه است (سبزواری، ۱۴۱۶ق، ج ۱۹، ص. ۸۰). در دائرةالمعارف حقوق آمریکا<sup>۱</sup>، ذیل عنوان «عدم امکان قانونی»، به جنبه تجاوز به نظم عمومی در صورت اجرای قرارداد در چنین شرایطی توجه شده است (Corpus Juris Secundum, 1953, p.634). این معنا تبیین اجتماعی عمومیت عذر در منع قانونی است که افزون بر معیار مقهوریت عامه مردم نسبت به قانون حاکم، معیار حقوقی قابل قبولی است. در فقه امامیه ذیل عنوان عام «خوف و ترس» که افزون بر شخص متعهد دامن‌گیر دیگران نیز باشد (عذر عام)، می‌توان موارد بحرانی مثل «انقلاب»، «شورش‌های مردمی» و «آشوب‌های خیابانی» را به عنوان عذر رافع مسئولیت مورد توجه قرار داد. صاحب جواهر در خصوص عقد اجاره منزل برای سکونت در شهری که پس از تشکیل عقد، ترس عمومی از اقامت در آن شهر به وجود آمده است، حق خیار فسخ را برای مستأجر ثابت می‌داند (نجفی، ۱۳۴۷، ج ۲۷، ص. ۳۱۲).

### ۱۱.۳. عذر داخلی

خصوصیت داخلی و خارجی از مقولات ذات اضافه و وابسته به موضوعی است که در قیاس به آن شکل می‌گیرد. برای مثال، درباره «هاردشیپ» یا سختی اجرای قرارداد در نظام حقوق قراردادهای

---

1. Corpus Juris Secundum (CJS)

تجاری بین‌المللی که مفهومی شبیه یا قاعده‌ای مبتنی بر «عسر و حرج» یا «غبن حادث» یا «شرط صفت ضمنی» با توجه به اختلاف آرای حقوق دانان است (شریفی و صفری، ۱۳۸۹، ص. ۸)، ملاک این است که اگر عسر و حرج از خود قرارداد و شرایط پیرامونی آن ناشی شود، در قالب نظریه «هاردشیپ» پذیرفته می‌شود، اما اگر از تغییر شرایط خارجی مانند ضعف شدن وضعیت مالی شخص متعهد پدید آید، پذیرفتنی نیست (Thampapillai et al, 2012, p. 553). بنابراین، داخلی بودن در نظریه «هاردشیپ» به معنای حوزه عقد و شرایط پیرامونی آن است. از این رو ضعف مالی شخص متعهد به عنوان موضوعی خارجی قلمداد می‌شود و این برخلاف نظام حقوقی ایران ذیل ماده ۴۷۷ قانون مدنی است که در توضیح عذر خارجی روشن خواهد شد.

### ۱۲.۳. عذر خارجی

در توضیح عذر داخلی دانسته شد که ویژگی داخلی و خارجی بودن، موضوعی نسبی و ذات‌الاضافه است. برای مثال، گاه این ویژگی نسبت به توان و عجز شخصی فرد در نظر گرفته می‌شود. ماده ۴۷۷ قانون مدنی در امکان استفاد مطلوب مستأجر از عین مستأجره، نظر به موانع خارجی از قبیل سیل و زلزله دارد، اما موانع شخصی که در قلمرو مسئولیت‌های شخص مستأجر است مانند حجر و ورشکستگی و بیماری، سبب بطلان یا حق فسخ عقد اجاره برای وی نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ص. ۳۸۹). بر همین اساس، در رأی شماره ۶۴۴ شعبه ۴ دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۱۷/۳/۱۱، ناتوانی مستأجر در بهره‌برداری از عین مستأجره به دلیل بیماری وی، عذر داخلی شمرده شده است در برابر منع قانونی به عنوان مانع خارجی مانند «زهتایی». در این رویکرد، عذر خارجی در مجموعه عذر تکوینی یا اعتباری تعریف می‌شود و عذر داخلی در مجموعه عذر خاص یا شخصی. مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی در بیان علت و حادثه خارجی، اشاره‌ای گویا به عذر خارجی است.

### ۱۳.۳. عذر موجه

عذرهای دارای اثر حقوقی مانند آنچه گذشت، عذر موجه است. برای مثال، مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی به تبع نظام فقهی (شهید ثانی، ۱۳۶۹، ج ۲، صص. ۲ و ۳؛ نائینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص. ۳۰۹)، علل خارجی و حوادث ناگهانی را مانع اجرای قرارداد و عذری موجه در رفع مسئولیت قراردادی به شمار آورده است.

### ۱۴.۳. عذر غیر موجه

عذرهای غیر قابل استناد از منظر حقوقی غیر موجه است و نسبت به عقود و قراردادهای تأثیری ندارد، اما از آنجاکه وجاهت عذر موضوعی نسبی است، از این رو عذرهای خاص با آنکه نمی‌تواند انحلال عقد اجاره را در پی داشته باشد، ولی در شرایطی خاص دارای وجاهت حقوقی است. برای مثال، عذر خاص اگر از سنخ علت خارجی و حادثه ناگهانی باشد مانند حادثه سرقت پیش‌بینی‌ناپذیر و اجتناب‌ناپذیر، در موارد نقض تعهد، رافع مسئولیت قراردادی است، اما موجب انحلال اجاره نمی‌شود.

### نتیجه‌گیری

در حقوق ایران به تبع فقه امامیه به هر دو وضعیت عدم امکان اجرای تعهدات (تعذر) و سختی شدید اجرای آن (تعسر) توجه شده است و به تناسب وضعیت پیش‌آمده از شخص متعهد رفع مسئولیت می‌شود. در عین حال، بروز وضعیت «تعذر» یا «تعسر» به نوع عذر و مانع شکل‌گرفته بستگی دارد و برای سامان دادن به این موضوع، از جهات گوناگون به تقسیم «عذر» اقدام شده و این عامل نه تنها در مقام اجرای تعهدات، بلکه در مقام تشکیل قرارداد نیز مورد توجه واقع شده و در نهایت، ۱۴ نوع عذر و مانع در دو وضعیت «تعذر» و «تعسر» تعریف شده است که در مجموع، ۲۸ وضعیت عذرآور را شکل می‌دهد و در هر یک به تناسب وضع موجود، احکام بطلان و انفساخ عقد و حق فسخ و تعدیل قرارداد جاری است. بنابراین، در فقه امامیه و حقوق ایران نمی‌توان به مجرد بروز عذر و مانع با شتاب‌زدگی به قاعده کلی «عسر و حرج» یا به قاعده «تعذر وفا» و «حادثه و علت خارجی» یا به دیگر قواعد مانند «عذر عام» استناد کرد، بلکه باید حتماً در تشخیص و تفکیک وضعیت عذرآور موجود نسبت به دیگر وضعیت‌ها کمال دقت را به خرج داد و به نوع عذر و زمان بروز آن و وضعیت طاقت‌فرسایی یا طاقت‌سوزی آن و نیز به فراگیری عذر و عدم آن، شخصی یا خاص بودن و دیگر خصوصیات پیش‌گفته توجه کرد.

## منابع

- ۱) ابن منظور، ابوالفضل (۱۴۰۸ق). لسان العرب. (جلد ۴). چاپ ۳، بیروت: دارالفکر.
- ۲) اسکینی، ربیعا (۱۳۸۴). حقوق تجارت (جلد ۲). چاپ ۷، تهران: سمت.
- ۳) انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب (جلد ۳). چاپ ۱، قم: کنگره جهانی شیخ انصاری.
- ۴) بجنوردی، سیدمحمدحسن (۱۳۸۶). القواعد الفقهیه. (جلد ۵). چاپ ۳، قم: دلیل ما.
- ۵) ترحینی، محمدحسین (۱۳۸۹). الزبدة الفقهیه (جلد ۵). چاپ ۴، بیروت: دارالفقه.
- ۶) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). الفارق (جلد ۴). چاپ ۲، تهران: گنج دانش.
- ۷) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۴۰۰). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۴). چاپ ۸، تهران: گنج دانش.
- ۸) جمعی از پژوهشگران زیر نظر سیدمحمود هاشمی شاهرودی (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم السلام). (جلد ۴). چاپ ۱، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
- ۹) جمعی از پژوهشگران زیر نظر سیدمحمود هاشمی شاهرودی (۱۴۲۳ق). موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت (جلد ۴). چاپ ۱، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
- ۱۰) حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- ۱۱) حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکره الفقها (جلد ۱۸). چاپ ۱، قم: آل البيت (علیهم السلام).
- ۱۲) خوبی، سیدابوالقاسم (۱۳۷۱). مصباح الفقاهة. (جلد ۳). چاپ ۳، قم: وجدانی.
- ۱۳) خوبی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۴ق). مستندالعروة الوثقی؛ کتاب الاجارة. چاپ ۱، قم: لطفی.
- ۱۴) دارایی، محمدهادی (۱۳۹۴). مطالعه تطبیقی معاذیر اجرای قرارداد در حقوق انگلیس، آمریکا و ایران. مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱، صص. ۱۰۷-۱۵۰. doi: 10.22059/jcl.2015.54405
- ۱۵) روحی، الهام و مرادی، میثم (۱۴۰۰). بررسی مقایسه‌ای نظریه هاردشیپ، فورس‌ماژور و عقیم شدن قرارداد. فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین، سال ۲، دوره ۲، شماره ۶، صص. ۷۳-۹۵. doi: 10.22034/jaml.2021.246512
- ۱۶) زنگنه شهرکی، جعفر و حسین‌پور، علی (۱۴۰۰). تأثیر حدوث عذر عام بر عقد مزارعه از منظر فقه و حقوق. جستارهای فقهی و اصولی، ۱۷(۱)، صص. ۱۶۵-۱۹۴.
- ۱۷) سبزواری، سیدعبدالاعلی (۱۴۱۶ق). مهذب الاحکام (جلد ۱۹). چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار.
- ۱۸) شریفی، سیدالهام‌الدین و صفری، ناهید (۱۳۸۹). مطالعه تطبیقی اثر هاردشیپ (عسر و حرج) در اصول حقوق قراردادهای اروپای (PECL)، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (یونیدروا) و حقوق ایران. حقوق تطبیقی، ۷۹، جلد ۵، شماره ۲، صص ۳-۲۴.

- ۱۹) شهید ثانی، زین‌الدین (۱۳۶۹). الروضة البهیة (جلد ۲). چاپ ۱، قم: علامه.
- ۲۰) صادقی مقدم، محمدحسن (۱۳۷۹). تغییر در شرایط قرارداد. چاپ ۱، تهران: دادگستر.
- ۲۱) صفایی، سیدحسین (۱۳۷۵). مقالاتی درباره حقوق مدنی و تطبیقی. چاپ ۱، تهران: میزان.
- ۲۲) طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۷ق). تهذیب الاحکام (جلد ۷). چاپ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۲۳) عبد الرحمن، محمود. (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیه. بی جا.
- ۲۴) فرخانی، هدایت، ابراهیمی، سیدنصرالله و حمزه‌نهاد، ساحله (۱۴۰۰). تغییر بنیادین اوضاع و احوال در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز؛ مطالعه موردی: حقوق ایران و کامن‌لا. پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۸، دوره ۳، ۶۵-۹۰. doi: 10.22034/mral.2021.532427.1157
- ۲۵) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵ الف). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. چاپ ۱۳، تهران: میزان.
- ۲۶) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵ ب). درس‌هایی از عقود معین (جلد ۱). چاپ ۹، تهران: گنج دانش.
- ۲۷) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵ ج). دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ وقایع حقوقی. چاپ ۱۰، تهران: سهامی انتشار.
- ۲۸) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). حقوق خانواده (جلد ۱). چاپ ۱، تهران: سهامی انتشار.
- ۲۹) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). عقود معین (جلد ۱). چاپ ۹، تهران: سهامی انتشار.
- ۳۰) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹). مسئولیت مدنی (جلد ۱). چاپ ۱۶، تهران: گنج دانش.
- ۳۱) کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). مسئولیت مدنی (جلد ۲). چاپ ۱۵، تهران: گنج دانش.
- ۳۲) کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی (جلدهای ۳ و ۵). چاپ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۳۳) مؤمنی، سیدمحمدحسن (۱۳۹۸). دکترین عذر عام در قراردادها، چاپ ۲، تهران: مجد.
- ۳۴) مؤمنی، سیدمحمدحسن (۱۴۰۳). بصائر الاصول تبصره الفحول. چاپ ۲، قم: میراث ماندگار.
- ۳۵) مؤمنی، سیدمحمدحسن و مؤمنی، عابدین (۱۳۹۳). بررسی عقد اجاره در مواجهه با عذر عام. پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۳۵، صص. ۱۴۱-۱۵۸.
- ۳۶) نایینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق). المکاسب والبیع. (جلد ۱). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۳۷) نایینی، محمدحسین (۱۴۳۱ق). منیة الطالب. (جلد ۱). چاپ ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۳۸) نجفی، محمدحسن (۱۳۴۷). جواهر الکلام (جلد ۲۷). چاپ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۳۹) نراقی، ملا احمد (۱۳۷۵). عوائد الایام. چاپ ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۴۰) هوشیار، محمدرضا، زارع، مهدی و رضانی، محمد (۱۳۹۹). آثار و شرایط قوه قاهره در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران. دانش و پژوهش حقوقی، شماره ۹، صص. ۱۱۹-۱۴۶. doi: 10.22055/ajkr.2022.38564.1069

- 41) Corpus Juris Secundum. (1953). Legal impossibility (para. 467). The American Law Book Co., New York.
- 42) Thampapillai, D., Tan, V., & Bozzi, C. (2012). Contract law: Text and cases (p. 553). Oxford University Press, Australia.
- 43) UNIDROIT. (2016). Principles of international commercial contracts. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome.



## References

- 1) A Group of Authors, supervised by Sayyid Maḥmūd Hāshimī Shāhrūdī (1423 AH/2002). *Mawsū'at al-Fiqh al-Islāmī Ṭibqan li Madhhab Ahl al-Bayt* (Vol. 4, 1st ed.). Qom: Mu'assasat Dā'irat al-Ma'ārif al-Fiqh al-Islāmī [in Arabic].
- 2) A Group of Authors, supervised by Seyyed Maḥmūd Hāshemī Shāhrūdī (1382 SH/2003). *Farhang-e Feqh Moṭābeq-e Mazhab-e Ahl-e Bayt ('alayhem al-salām)* [Encyclopedia of Jurisprudence According to the Doctrine of Ahl al-Bayt] (Vol. 4, 1st ed.). Qom: Mo'assese-ye Dā'erat al-Ma'āref-e Feqh-e Eslāmī [in Persian].
- 3) Abd al-Raḥmān, Maḥmūd (n.d.). *Mu'jam al-Muṣṭalahāt wa al-Alfāz al-Fiqhīyah*. n.p. [in Arabic].
- 4) Anṣārī, Murtaḍā (1415 AH/1994). *Kitāb al-Makāsib* (Vol. 3, 1st ed.). Qom: Kongreh Jahānī Shaykh Anṣārī [in Arabic].
- 5) Bojnūrdī, Seyyed Moḥammad Ḥasan (1386 SH/2007). *al-Qawā'ed al-Feqhīyah* [Legal Maxims] (Vol. 5, 3rd ed.). Qom: Dalīl-e Mā [in Arabic].
- 6) *Corpus Juris Secundum*. (1953). Legal impossibility (para. 467). The American Law Book Co., New York.
- 7) Dārā'ī, Moḥammad Hādī (1394 SH/2015). *Moṭāle'e-ye Taṭbīqī-ye Ma'āzīr-e Ejrā-ye Qarārdād dar Ḥoqūq-e Engelīs, Āmrīkā va Īrān* [A Comparative Study on Excuses of Contract Performance in English, American and Iranian Law]. *Moṭāle'āt-e Ḥoqūq-e Taṭbīqī* [Comparative Law Studies], 6(1), 107-150. doi: 10.22059/jcl.2015.54405 [in Persian].
- 8) Eskinī, Rabī'ā (1384 SH/2005). *Ḥoqūq-e Tejārat* [Commercial Law] (Vol. 2, 7th ed.). Tehran: SAMT [in Persian].
- 9) Farrokhānī, Hedāyat; Ebrāhīmī, Seyyed Naṣrollāh; & Ḥamzeh-Nehād, Sāheleh (1400 SH/2021). *Taghyīr-e Bonyādīn-e Owzā' va Aḥvāl dar Qarārdādhā-ye Bālādāshī-ye Ṣan'at-e Naft va Gāz; Moṭāle'eh-ye Mowredī: Ḥoqūq-e Īrān va Kāman-lā* [Fundamental Change of Circumstances in Upstream Oil and Gas Contracts; Case Study: Iranian Law and Common Law]. *Pažūheshhā-ye Novīn-e Ḥoqūq-e Edārī* [Modern Administrative Law Researches], Year 3, No. 8, pp. 65-90. doi: 10.22034/mral.2021.532427.1157 [in Persian].
- 10) Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf ('Allāmah) (1414 AH/1993). *Tadhkirat al-Fuqahā'* (Vol. 18, 1st ed.). Qom: Āl al-Bayt [in Arabic].
- 11) Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad ibn al-Ḥasan (1409 AH/1989). *Wasā'il al-Shī'ah* (1st ed.). Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt [in Arabic].
- 12) Hūshyār, Moḥammad-Rezā; Zāre', Maḥdī; & Ramzānī, Moḥammad (1399 SH/2020). *Āthār va Sharāyeṭ-e Qovveh-ye Qāhereh dar Feqh-e Emāmīyeh va Ḥoqūq-e Madanī-ye Īrān* [Effects and Conditions of Force Majeure in Imāmī Jurisprudence and Iranian Civil Law]. *Dānesh va Pažūhesh-e Ḥoqūqī* [Legal Knowledge and Research], No. 9, pp. 119-146. doi: 10.22055/ajkr.2022.38564.1069 [in Persian].
- 13) Ibn Manzūr, Abū al-Faḍl (1408 AH/1988). *Lisān al-'Arab* (Vol. 4, 3rd ed.). Beirut: Dār al-Fikr [in Arabic].
- 14) Ja'farī Langarūdī, Moḥammad Ja'far (1388 SH/2009). *al-Fāreq* (Vol. 4, 2nd ed.). Tehran: Ganj-e Dānesh [in Persian].

- 15) Ja'farī Langarūdī, Moḥammad Ja'far (1400 SH/2021). Mabsūṭ dar Terminolożhī-ye Hoqūq [Comprehensive Legal Terminology] (Vol. 4, 8th ed.). Tehran: Ganj-e Dānesh [in Persian].
- 16) Kātoziān, Nāṣer (1385 a SH/2006 a). Qānūn-e Madanī dar Naẓm-e Hoqūqī-ye Konūnī [Civil Law in the Current Legal Order]. 13th ed., Tehran: Mīzān [in Persian].
- 17) Kātoziān, Nāṣer (1385 b SH/2006 b). Dars-hāyī az 'Oqūd-e Mo'ayyan (Vol. 1) [Lessons from Specific Contracts]. 9th ed., Tehran: Ganj-e Dānesh [in Persian].
- 18) Kātoziān, Nāṣer (1385 c SH/2006 c). Dowreh-ye Moqaddamātī-ye Hoqūq-e Madanī; Vaqāye'-e Hoqūqī [Introductory Course of Civil Law; Legal Events]. 10th ed., Tehran: Sahāmī Enteshār [in Persian].
- 19) Kātoziān, Nāṣer (1388 SH/2009). Hoqūq-e Khānevādeh (Vol. 1) [Family Law]. 1st ed., Tehran: Sahāmī Enteshār [in Persian].
- 20) Kātoziān, Nāṣer (1391 SH/2012). 'Oqūd-e Mo'ayyan (Vol. 1) [Specific Contracts]. 9th ed., Tehran: Sahāmī Enteshār [in Persian].
- 21) Kātoziān, Nāṣer (1399 SH/2020). Mas'ūliyat-e Madanī (Vol. 1) [Civil Liability]. 16th ed., Tehran: Ganj-e Dānesh [in Persian].
- 22) Kātoziān, Nāṣer (1400 SH/2021). Mas'ūliyat-e Madanī (Vol. 2) [Civil Liability]. 15th ed., Tehran: Ganj-e Dānesh [in Persian].
- 23) Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim (1414 AH/1993). Mustanad al-'Urwat al-Wuthqā, Kitāb al-Ijārah (1st ed.). Qom: Luṭfī [in Arabic].
- 24) Khū'ī, Seyyed Abū al-Qāsem (1371 SH/1992). Meṣbāḥ al-Feqāhah (Vol. 3, 3rd ed.). Qom: Vejdānī [in Arabic].
- 25) Kulaynī, Muḥammad ibn Ya'qūb (1407 AH/1987). al-Kāfi (Vols. 3 & 5). 4th ed., Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah [in Arabic].
- 26) Mo'menī, Seyyed Moḥammad Ḥasan (1398 SH/2019). Doktrīn-e 'Ozr-e 'Ām dar Qarārdādāhā [Doctrine of General Excuse in Contracts]. 2nd ed., Tehran: Majd [in Persian].
- 27) Mo'menī, Seyyed Moḥammad Ḥasan (1403 SH/2024). Baṣā'er al-Oṣūl Tabṣerat al-Foḥūl [Insights of Principles, Clarification for Scholars]. 2nd ed., Qom: Mīrāth-e Māndegār [in Persian].
- 28) Mo'menī, Seyyed Moḥammad Ḥasan; & Mo'menī, 'Ābedīn (1393 SH/2014). Barrasī-ye 'Aqd-e Ejāreh dar Movājeheh bā 'Ozr-e 'Ām [Study of Lease Contract Facing General Excuse]. Pażūhesh-hā-ye Feqh va Hoqūq-e Eslāmī [Islamic Jurisprudence and Law Researches], No. 35, pp. 141-158 [in Persian].
- 29) Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn (1413 AH/1992). al-Makāsib wa al-Bay' (Vol. 1). 1st ed., Qom: Daftar al-Intishārāt al-Islāmī [in Arabic].
- 30) Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn (1431 AH/2010). Munyat al-Ṭālib (Vol. 1). 3rd ed., Qom: Daftar al-Intishārāt al-Islāmī [in Arabic].
- 31) Najafī, Moḥammad Ḥasan (1347 SH/1968). Javāher al-Kalām (Vol. 27). 4th ed., Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah [in Arabic].
- 32) Narāqī, Mollā Aḥmad (1375 SH/1996). 'Avā'ed al-Ayyām. 1st ed., Qom: Daftar-e Tabliḡhāt-e Eslāmī [in Arabic].
- 33) Rūḡhī, Elhām & Morādī, Meysam (1400 SH/2021). Barrasī-ye Moqāyese'ī-ye

- Nazariye-ye Hârdshîp, Fûrs Mâzhûr va 'Aqîm Shodan-e Qarârdâd [Comparative Study of Hardship, Force Majeure and Contract Frustration]. Faşlnâmeh-ye 'Elmî-ye Feqh va Hoqûq-e Novîn, 2(2), 6, 73-95. doi: 10.22034/jaml.2021.246512 [in Persian].
- 34) Sabzawârî, Sayyid 'Abd al-A'lâ (1416 AH/1995). Muhadhdhab al-Aḥkâm (Vol. 19, 4th ed.). Qom: Mu'assasat al-Manâr [in Arabic].
- 35) Şadeqî Moqaddam, Moḥammad Ḥasan (1379 SH/2000). Taghyîr dar Sharâyeṭ-e Qarârdâd [Change in Contractual Conditions] (1st ed.). Tehran: Dâdgostar [in Persian].
- 36) Şafâ'î, Seyyed Ḥoseyn (1375 SH/1996). Maqâlâtî darbâreh-ye Hoqûq-e Madanî va Taṭbîqî [Articles on Civil and Comparative Law]. 1st ed., Tehran: Mîzân [in Persian].
- 37) Shahîd-e Thâni, Zayn al-Dîn (1369 SH/1990). al-Rawḍat al-Bahîyah (Vol. 2, 1st ed.). Qom: 'Allâmeh [in Arabic].
- 38) Sharîfî, Seyyed Elhâm al-Dîn & Şafarî, Nâhîd (1389 SH/2010). Moṭâle'e-ye Taṭbîqî-ye Athar-e Hârdshîp ('Usr va Ḥaraj) dar Uşûl-e Hoqûq-e Qarârdâdhâ-ye Urûpâyî (PECL), Uşûl-e Qarârdâdhâ-ye Tejâri-ye Beyn al-Melalî (UNIDROIT) va Hoqûq-e Îrân [A Comparative Study on Hardship in PECL, UNIDROIT and Iranian Law]. Hoqûq-e Taṭbîqî, 79, 5(2), 3-24 [in Persian].
- 39) Tarḥînî, Moḥammad Ḥoseyn (1389 SH/2010). al-Zubdat al-Feqhîyah [The Essence of Jurisprudence] (Vol. 5, 4th ed.). Beirut: Dâr al-Fiḥ [in Arabic].
- 40) Thampapillai, D., Tan, V., & Bozzi, C. (2012). Contract law: Text and cases (p. 553). Oxford University Press, Australia.
- 41) Ṭûsî, Muḥammad ibn al-Ḥasan (1407 AH/1987). Tahdhîb al-Aḥkâm (Vol. 7). 4th ed., Tehran: Dâr al-Kutub al-Islâmîyah [in Arabic].
- 42) UNIDROIT. (2016). Principles of international commercial contracts. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome.
- 43) Zanganeh Shahrakî, Ja'far & Ḥoseynpûr, 'Alî (1400 SH/2021). Ta'sîr-e Ḥodûth-e 'Uzr-e 'Âm bar 'Aqd-e Mozâra'eh az Manzar-e Feqh va Hoqûq [The Impact of Public Excuses on Muzara'a Contracts from Jurisprudential and Legal Perspectives]. Jostârhâ-ye Feqhî va Uşûlî, 7(1), 165-194 [in Persian].



## A Jurisprudential and Legal Inquiry into the Foundations and Limits of the Liability of Manufacturers of Internet of Things Devices

Zahra Sadat Mirhashemi · Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology, AlZahra University, Tehran, Iran.  
(Corresponding Author) z.mirhashemi@alzahra.ac.ir

Fatemeh Najib Zadeh · PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.  
fatemeh.najibzadeh@mail.um.ac.ir

Moein Gholamalipour · PhD in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Tehran, Tehran, Iran. moein.gh.alipour@ut.ac.ir

### Abstract

#### 1. Introduction

The rapid expansion of Internet of Things (IoT) devices has seamlessly integrated technology into both industrial operations and private life, significantly impacting security, privacy, and the quality of life for users and consumers. However, this growth brings forth critical issues regarding liability when these devices malfunction or cause harm. Manufacturers, as the primary creators and suppliers, hold a unique status in ensuring the proper functioning of these products. In contexts like Iran, where suitable legislative frameworks are lacking, it becomes imperative to explore the foundational jurisprudential and legal principles that could guide the establishment of manufacturer liability within the Islamic legal system.

#### 2. Research Question

What are the fundamental principles and limitations of liability for IoT device manufacturers within the Islamic legal system, and how can these principles



inform the development of appropriate legislative frameworks in Iran to address the harms caused to consumers by IoT device malfunctions?

### **3. Research Hypothesis**

Based on the principle of "action and acceptance of consequences" [Igh'dam] in Islamic law, the study hypothesizes that a moderated approach to manufacturer liability is necessary. This approach should recognize the technical complexities of IoT devices and assign appropriate responsibility to manufacturers for damages resulting from device malfunctions, while also considering the roles of consumers, governmental bodies, and quality assurance organizations in mitigating risks and addressing harms.

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

This research employs a doctrinal legal methodology, utilizing comprehensive library-based resources to analyze and propose theories related to manufacturer liability in the IoT sector.

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

The research demonstrates that relying solely on the principle of destruction "It'laf" (causing loss) in Islamic jurisprudence is insufficient to establish the liability of IoT device manufacturers. This is primarily because there is often no direct causal link between the manufacturer's actions and the damage incurred by the consumer. The complexity of IoT devices and the multifaceted nature of potential harms necessitate a more robust legal foundation. Therefore, the study explores a plurality of legal theories – including risk, negligence, product safety assurance, and strict liability – that collectively affirm the civil liability of manufacturers.

The application of these theories acknowledges that IoT devices introduce unique challenges due to their technical intricacies and the rapid pace of technological advancement. For instance, the theory of negligence highlights the manufacturer's duty to exercise reasonable care in the design and production of devices. However, given the evolving nature of IoT technology, what constitutes "reasonable care" may change over time, requiring continuous adaptation of legal standards.

Moreover, the concept of strict liability is particularly pertinent, as it holds manufacturers accountable for damages caused by defective products regardless of fault or negligence. This is crucial in situations where the consumer cannot easily identify or prove the manufacturer's fault due to the device's complexity. However, the study suggests that an absolute application of strict liability may be unjust, given the shared responsibilities among various stakeholders.

The discussion also emphasizes the importance of flexibility in jurisprudential and legal theories to address new and unforeseen issues arising

from IoT technologies. A rigid legal framework may fail to account for novel types of harm or the emergence of new actors in the IoT ecosystem. Therefore, a pluralistic and adaptable legal approach is necessary to ensure comprehensive consumer protection while also promoting innovation.

Furthermore, the research acknowledges that manufacturers are not the sole bearers of responsibility. Consumers, under the principle of "action and gain" [Qa'idat al-Ghanam] in Islamic law, accept certain risks when using IoT devices and thus share in the responsibility for any resultant harm. This acceptance is based on the understanding that engaging with advanced technologies inherently involves some level of risk.

Governmental bodies and quality assurance organizations also play a critical role. Their responsibility lies in certifying products and ensuring they meet safety standards. Failure to detect defects can render them liable for damages, which introduces an additional layer of accountability and encourages rigorous regulatory oversight.

The study highlights the necessity of investment in IoT technologies due to their significant societal benefits, such as improvements in healthcare, resource management, and transportation. To maximize these benefits, there must be concerted efforts from both governmental and private sectors to provide financial support and incentives for research and development. This investment not only accelerates technological advancement but also fosters consumer trust and widespread adoption of IoT devices.

Lastly, the research points out the global deficiency in comprehensive legislative frameworks that address the legal aspects of new technologies. This gap underscores the need for ongoing scholarly engagement in Islamic jurisprudence and legal studies to develop updated laws that can effectively manage the complexities introduced by IoT devices.

## **6. Conclusion**

In conclusion, establishing the liability of IoT device manufacturers within the Islamic legal system requires a multifaceted approach that goes beyond the traditional principle of "It'laf." The study finds that incorporating various legal theories such as risk, negligence, product safety assurance, and strict liability creates a more robust and adaptable framework. This pluralistic legal foundation is essential to address the continuous emergence of new challenges posed by the advancement of IoT technologies.

Manufacturers hold significant responsibilities, including ensuring device security, protecting consumer privacy, and accepting liability for defects. However, the complex nature of IoT devices means that consumers and governmental bodies also share in the responsibility for mitigating risks and addressing harms. Consumers, by choosing to use these devices, accept certain

inherent risks, while regulatory bodies must enforce safety standards and certify product quality.

The research emphasizes the critical role of investment and support in the development of IoT technologies. Such support enhances the quality of life and drives sustainable advancements, benefiting society at large. Encouraging innovation through financial incentives and infrastructural development is imperative for the continued growth and positive impact of IoT devices.

**Keywords:** Internet of Things, Civil Liability, Strict Liability, Negligence, Destruction.



## جستاری فقهی حقوقی در مبانی و حدود مسئولیت تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا

زهرا سادات میرهاشمی • دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه الزهرا (س)، تهران، ایران.

z.mirhashemi@alzahra.ac.ir

(نویسنده مسئول)

فاطمه نجیب‌زاده • دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد،

fatemeh.najibzadeh@mail.um.ac.ir

مشهد، ایران.

معین غلامعلی‌پور • دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران،

moein.gh.alipour@ut.ac.ir

تهران، ایران.

### چکیده

با گسترش فناوری‌های نوین در جهان امروز، تعاملات انسان با ابزارهای هوشمند نظیر ابزارهای اینترنت اشیا (IoT) در حال افزایش روزافزون است. این تعاملات علیرغم رفاهی که برای انسان‌ها به ارمغان آورده، می‌تواند منشأ بروز زیان‌هایی نیز برای بشر باشد. نظر به اینکه ابزارهای اینترنت اشیا فاقد شخصیت حقوقی بوده و در بادی امر تولیدکنندگان ابزارها به‌عنوان نخستین بازیگران صحنه، به‌عنوان مسئول جبران خسارت قلمداد می‌شوند، نوشتار حاضر با روش توصیفی تحلیلی و بهره‌مندی از اسناد کتابخانه‌ای به بررسی حدود مسئولیت تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا می‌پردازد. در این جستار پس از مرور مبانی مطرح‌شده برای جبران خسارات ناشی از ابزارهای IoT، و بررسی حدود وظایف تولیدکنندگان، مصرف‌کنندگان، و نهادهای تأییدکننده کیفیت کالا و مدنظر قراردادن پیچیدگی ابعاد به‌کارگیری این ابزارها، نهایتاً تعدیل حدود مسئولیت تولیدکنندگان این ابزارها ضروری انگاشته شده است.

واژگان کلیدی: اینترنت اشیا، مسئولیت مدنی، مسئولیت محض، تقصیر، اتلاف.



## مقدمه

با گسترش روزافزون ابزارهای اینترنت اشیا<sup>۱</sup> و نقش مهم آن‌ها در زندگی روزمره، مسئولیت‌پذیری در این حوزه به مسئله‌ای حیاتی تبدیل شده است. این ابزارها از حیطة صنعتی گرفته تا حیطة زندگی خصوصی افراد، تأثیر بسزایی بر امنیت، حریم خصوصی و کیفیت زندگی کاربران و مصرف‌کنندگان دارند. بررسی نظام مسئولیت حوزه اینترنت اشیا، افراد و نهادهای مختلفی را دربرمی‌گیرد که هرکدام می‌توانند بر چگونگی عملکرد و استفاده از این فناوری‌ها تأثیرگذار باشند. این افراد شامل تولیدکنندگان، توزیع‌کنندگان و فروشندگان، دولت و نهادهای تأییدکننده کیفیت و درنهایت، مصرف‌کنندگان این ابزارها هستند که بررسی مسئولیت هریک از این موارد نیاز به ممارست‌های علمی و دقت نظر دانشمندان فقه و حقوق دارد. میان این عوامل، مسئولیت تولیدکنندگان از جایگاه خاصی برخوردار است؛ زیرا تولیدکنندگان به‌عنوان خالقان و عرضه‌کنندگان اصلی، نقش کلیدی در اطمینان از عملکرد صحیح این محصولات ایفا می‌کنند. از این‌رو بررسی حدود مسئولیت تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا به‌عنوان هدف اصلی پژوهش حاضر از چند نظر حائز اهمیت است. نخست اینکه، در صورت بروز نقص در ابزارهای اینترنت اشیا که منجر به خسارت مالی یا جانی مصرف‌کنندگان شود، تعیین مسئولیت تولیدکننده در جبران این خسارات ضروری است. دوم اینکه، تضمین مسئولیت تولیدکنندگان، اعتماد کاربران به فناوری‌های جدید را افزایش می‌دهد و باعث گسترش استفاده از این ابزارها می‌شود. سوم اینکه، بسیاری از ابزارهای اینترنت اشیا به‌طور مستقیم با ایمنی فیزیکی افراد در ارتباط هستند و نقص یا خرابی در این ابزارها منجر به آسیب جدی یا حتی مرگ می‌شود. از این‌رو کیفیت تولید این ابزارها و بررسی مسئولیت تولیدکنندگان حائز اهمیت است و در آخر ابزارهای اینترنت اشیا دارای پیچیدگی فنی بالایی هستند و کاربران عادی ممکن است توانایی رفع مشکلات احتمالی را نداشته باشند. از این‌رو مسئولیت تولیدکنندگان در حل این مشکلات دارای اهمیت است. برای بررسی دقیق و همه‌جانبه مسئولیت تولیدکنندگان، باید ابتدا مشخص شود که با توجه به فقدان نظام تقنینی مناسب در ایران و جهان در زمینه مسئولیت تولیدکنندگان، کدام مبانی فقهی و حقوقی می‌توانند مبنای مناسبی برای قانون‌گذاری در این حوزه قرار گیرند؟ خسارات ناشی از ابزارهای تولیدی

اینترنت اشیا چه ضررهایی را به مصرف‌کنندگان وارد می‌کند و چه آثار حقوقی را در پی خواهد داشت؟ هریک از تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان ابزارهای اینترنت اشیا چه اختیارات و وظایفی دارند؟ مصرف‌کنندگان و نهادهای دولتی و تأییدکننده کیفیت کالای ابزارهای اینترنت اشیا چه مسئولیتی در قبال خسارات ابزارهای هوشمند دارند و چه اثری بر تعدیل حوزه مسئولیت تولیدکنندگان خواهند داشت؟ چرا حمایت از حقوق تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان ابزارهای اینترنت اشیا حائز اهمیت است و ضرورت دارد؟ توجه به علم و فناوری‌های نوین به‌ویژه اینترنت اشیا چه تأثیری بر زندگی افراد و جوامع خواهد گذاشت و چه پیشنهادهایی برای توسعه عملکرد این فناوری‌ها در راستای استفاده مطلوب افراد و جوامع وجود دارد؟ پاسخ به هریک از این مسائل، اهداف پژوهش حاضر را تشکیل می‌دهد.

پیشینه پژوهش: صادقی و ناصر در مقاله «ارائه چارچوب حقوقی مسئولیت پذیری در عملکرد ابزارهای اینترنت اشیا در بستر دولت الکترونیک؛ تبیین الگوی سیاست‌گذاری موثر»، پس از بیان چالش‌های مرتبط با سیاست‌گذاری مسئولیت‌پذیری که مبتنی بر آرای دانشیان حقوق غرب است، در نهایت، ایجاد آگاهی عمومی، برگزاری دوره‌های آموزشی و پیش‌بینی سازوکارهای حمایتی را به‌عنوان سیاست‌های نظام مسئولیت‌پذیری ابزارهای اینترنت اشیا معرفی کرده‌اند. گفتنی است پژوهش ارائه چهارچوب حقوقی مسئولیت‌پذیری در عملکرد ابزارهای اینترنت اشیا در بستر دولت الکترونیک؛ تبیین الگوی سیاست‌گذاری مؤثر حاضر توجه خود را معطوف به تعیین حدود مسئولیت تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا کرده و پس از بررسی مبانی فقهی و حقوقی مسئولیت تولیدکنندگان، تعدد مبانی را در راستای کمک به ارائه ساختار قانونی منسجم و جامع در سطح جهان برگزیده است. این موضوع سبب انطباق مبانی متعدد با نیازهای جامعه در مسئولیت‌پذیری تولیدکنندگان شده است و از سویی حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان را در برابر چالش‌های متعدد مسئولیت‌پذیری دربر خواهد داشت، اما مقاله یادشده به‌طور مطلق، تنها به ارائه راهکارهایی برای سیاست‌گذاری در مسئولیت‌پذیری اینترنت اشیا پرداخته و برخلاف پژوهش حاضر، توجهی به تعیین حدود مسئولیت تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا و لزوم حمایت از این گروه نکرده است. فرهادخانی و همکاران در مقاله «مسئولیت مدنی تولیدکننده کالا و ارائه‌دهنده خدمت اینترنت اشیا؛ مطالعه تطبیقی در حقوق اتحادیه اروپا، آمریکا و ایران»، پس از بیان اهمیت

مسئولیت تولیدکننده و ارائه‌دهنده خدمت اینترنت اشیا، مبنای مسئولیت تولیدکننده را مسئولیت محض و مبنای مسئولیت ارائه‌دهنده را تقصیر عنوان کرده‌اند. در مقاله یادشده مبنای مسئولیت محض به‌عنوان مبنای مسئولیت تولیدکنندگان در نظر گرفته شده است که با دقت نظر در پژوهش حاضر، انتخاب این نظریه با اشکال روبه‌رو می‌شود؛ زیرا با توجه به پیچیدگی ابزارهای اینترنت اشیا و نیز خطرآفرین بودن این ابزارها، مصرف‌کنندگان و خریداران این محصولات با توجه به قواعد غنم و اقدام، به‌نوعی پذیرای خطرات و ریسک‌های موجود در این فناوری هستند و در صورت بروز خسارت در این حیطه مسئولیت دارند. از سویی نهادهای دولتی و تأییدکننده کیفیت کالای اینترنت اشیا نیز در صورت قصور و تقصیر در تأیید کالای بی‌کیفیت و ورود خسارت به مصرف‌کنندگان مسئول هستند و مسئولیت ایشان سبب تعدیل مسئولیت تولیدکنندگان می‌شود. از این‌رو مبنای مسئولیت محض که در هر صورتی تولیدکنندگان را مسئول بدانیم، به‌نوعی دیدگاهی رادیکالی و برخلاف عدل و انصاف در بحث مسئولیت تولیدکنندگان است. از سویی پذیرش تعدد مبنای در این حیطه که در پژوهش حاضر بدان تصریح شده، سبب انطباق‌پذیری مسئولیت با تغییرات فناوری اینترنت اشیا در صورت بروز خسارت است و انعطاف‌پذیری لازم را برای پاسخ‌دهی به مسائل گوناگون در حیطه مسئولیت به همراه خواهد داشت.

روش پژوهش: این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی و مراجعه به اسناد کتابخانه‌ای، به تحلیل و ارائه نظریه در ارتباط با بحث مورد نظر پرداخته است.

## ۱. مفهوم‌شناسی

### ۱.۱. مسئولیت<sup>۱</sup>

مسئولیت به معنای «پاسخ‌گویی» یا «اجباراً ملزم یا متعهد شدن» است (باریکلو، ۱۴۰۱، ص. ۲۴). مسئولیت عبارت است از «التزام و تعهد قانونی شخص به جبران ضرر و زیانی که در نتیجه عمل مستند به او به دیگری وارد شده است». (باریکلو، ۱۴۰۱، ص. ۲۴). در نوشتار حاضر، مسئولیت در معنای غیرقراردادی خود مورد بررسی قرار گرفته است که با مفهوم ضمان قهری در فقه تطابق دارد.

## ۲.۱. اینترنت اشیا

اینترنت اشیا به شبکه‌ای از دستگاه‌ها، حسگرها و فناوری‌های متصل به هم اطلاق می‌شود که می‌توانند بدون دخالت مستقیم انسان، اطلاعات را جمع‌آوری و تحلیل کنند و به اشتراک بگذارند. این شبکه به گونه‌ای طراحی شده است که اشیا و دستگاه‌های مختلف بتوانند به صورت خودکار و هماهنگ با یکدیگر تعامل داشته باشند و در راستای تسهیل زندگی انسان‌ها و افزایش بهره‌وری همکاری کنند (Lee & Lee, 2015, p. 432).

## ۲. تاریخچه مسئولیت؛ از مشاغل سنتی تا مشاغل مبتنی بر فناوری‌های نوین

مسئولیت مدنی مشاغل به‌ویژه با تحولات گسترده در مشاغل سنتی و ظهور فناوری‌های نوین، تحولات و تغییرات زیادی را تجربه کرده است. در نظام حقوقی ایران، مباحث مربوط به مسئولیت مدنی تحت قوانین مختلفی مورد بررسی قرار گرفته است از جمله قوانین مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، قانون مجازات اسلامی، قانون مدنی، ماده ۷۸ قانون تجارت الکترونیک و قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸.

در زمینه مشاغل سنتی، نظریه‌های مختلفی برای تعیین مسئولیت مطرح شده است. گروه نخست که بر مبنای تقصیر تأکید دارند، نظریه خود را بر اساس مواد ۹۵۱، ۹۵۲ و ۹۵۳ قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ پایه‌گذاری کرده‌اند که شامل تقصیر ناشی از تفریط و تعدی است (لطفی، ۱۳۹۳، ص. ۳۲). این نظریه به‌عنوان قدیم‌ترین مبنای مسئولیت در حقوق اروپا نیز شناخته می‌شود (ماده ۱۳۸۳ قانون مدنی فرانسه). گروه دوم، با ظهور انقلاب صنعتی، به نظریه خطر روی آورده‌اند که به‌موجب آن، هر فردی که فعالیت‌های خطرآفرین انجام دهد، مسئول شناخته می‌شود حتی بدون نیاز به اثبات تقصیر. این نظریه در کشورهای در حال توسعه ممکن است به پرداخت خسارات کلان منجر شود. گروه سوم، نظریه تضمین حق را پیشنهاد کرده‌اند که بر حمایت از حقوق زیان‌دیده و منافع از دست‌رفته تمرکز دارد (قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص. ۳۳۸). کاتوزیان بر این باور است که هیچ‌یک از نظریه‌ها به‌تنهایی نمی‌تواند مبنای جامع مسئولیت باشد و هریک از آن‌ها جنبه‌های ارزشمندی را ارائه می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص. ۲۲۶). به نظر می‌رسد مبنای مسئولیت در مشاغل سنتی بیشتر تحت تأثیر عرف و اصول اجتماعی قرار دارد و به تحول شرایط اقتصادی و اجتماعی بستگی دارد.

در مورد مشاغل مبتنی بر فناوری‌های نوین، مسئولیت مدنی در دو حیطة اصلی مورد بررسی قرار گرفته است؛ مسئولیت در قبال اعمال خود و مسئولیت در قبال اعمال دیگران. در حیطة نخست، اگر ارائه‌دهندگان خدمات وب، خود اقدام به اعمال زیان‌آور کنند، مسئولیت آن‌ها بر مبنای تقصیر قرار خواهد گرفت. اگر عمل زیان‌آور به‌طور غیرعامدانه صورت گیرد، طبق حقوق کامن‌لا باید اقدامات متعارفی برای پیشگیری از آسیب‌ها به کار برده شود (Harpwood, 2005, p. 22). برخلاف این، در کشورهایمانند آمریکا و استرالیا، نظام مسئولیت مطلق پذیرفته شده است که در آن، مسئولیت بدون نیاز به اثبات آگاهی از اطلاعات غیرقانونی یا کنترل بر آن‌ها وجود دارد.

در حیطة مسئولیت در قبال اعمال دیگران، به‌طور معمول قانونی مبنی بر مسئولیت ارائه‌دهندگان خدمات وب برای حفاظت از کاربران در برابر اعمال زیان‌آور وجود ندارد و اصل بر عدم مسئولیت است (Wittliff, 2003, p. 11). قانون دیجیتال در سنگاپور نیز ارائه‌دهندگان خدمات وب را از جبران خساراتی که دیگران ایجاد کرده‌اند، معاف می‌کند (Baistrocchi, 2002, p. 117).

با ظهور هوش مصنوعی و اینترنت اشیا، قوانین مسئولیت مدنی و حریم خصوصی با چالش‌های جدیدی مواجه شده‌اند. قوانین موجود به دلیل پیچیدگی‌های فناوری‌های نوین، قادر به پاسخ‌گویی به مسائل جدید نیستند و ضرورت تدوین و به‌روزرسانی قوانین و رویه‌های قضایی در سطح جهانی احساس می‌شود. برای مثال، پیشنهاد پارلمان اروپا در سال ۲۰۲۰، رژیم مسئولیت مدنی دوگانه‌ای را برای سیستم‌های هوشمند با ریسک بالا و دیگر سیستم‌های هوش مصنوعی معرفی کرده است که ماده ۸ بند ۲ آن بیان می‌کند «در مواردی که اپراتورهای متعددی درگیر هستند، باید مسئولیت مشترک و تضامنی را مبنای جبران خسارات قرار دهیم». همچنین، قانون تجارت الکترونیک ایران مصوب ۱۳۸۲ به جبران خسارت در بستر الکترونیکی می‌پردازد و مقرر می‌کند که مؤسسات مسئول جبران خسارات هستند مگر اینکه خسارات ناشی از فعل شخصی افراد باشد.

کشورهای مختلف قوانینی مانند قانون کلی هوش مصنوعی کمیسیون اروپا مصوب ۲۰۲۴ و قانون الزامات حاکم بر اینترنت اشیا در شبکه ملی اطلاعات ایران مصوب ۱۳۹۷ را تصویب کرده‌اند که هدف آن‌ها تنظیم و هماهنگی قوانین برای مسئولیت مدنی در حوزه‌های هوش مصنوعی و اینترنت اشیاست. این قوانین و مصوبات، بر ضرورت ایجاد نظام تقنینی جامع و هماهنگ جهانی

برای پاسخ به مسائل مربوط به مسئولیت مدنی در این حوزه‌ها تأکید می‌کنند و همچنین، ایجاد استانداردهای جهانی برای شفافیت و امنیت داده‌ها را ضروری می‌سازند.

### ۳. مبنای فقهی مسئولیت ابزارهای اینترنت اشیا

#### ۱.۳. مبنای لاضرر

قاعده لاضرر مهم‌ترین مبنای مسئولیت مدنی و ضمان قهری در حقوق اسلامی است. «ضرر» شامل همه خسارت‌ها و زیان‌های وارد بر دیگری و به‌طورکلی مطلق نقصان است، اما «ضرار» مربوط به مواردی است که شخص با استفاده از یک حق یا جواز شرعی به دیگری زیانی وارد سازد که در اصطلاح امروزی به «سوءاستفاده از حق» تعبیر شده است (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص. ۳۰۱) که در این راستا، اصل ۴۰ قانون اساسی مقرر می‌دارد «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». قاعده لاضرر مبنای مناسبی برای مسئول دانستن تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت است اگر ورود نقص یا عیب در ابزارها سبب ورود خسارت به مصرف‌کنندگان و ضرری متوجه ایشان شود. عدم ضمان و مسئولیت خود ضرری خواهد بود که لاضرر رافع و مانع آن است. از این‌رو تولیدکنندگان باید در جبران این خسارات پاسخ‌گو باشند. برای مثال، اگر دستگاه هوشمند خانگی به دلیل نقص در سیم‌کشی باعث آتش‌سوزی در منزل شود، اگر تولیدکننده این دستگاه مسئولیتی را در قبال جبران این خسارت عهده‌دار نشود، خود ضرری است که قاعده لاضرر آن را نفی می‌کند و برای تولیدکننده قائل به ضمان می‌شود.

#### ۲.۳. مبنای اتلاف

قواعد عمومی مسئولیت اتلاف را یکی از مصادیق مسئولیت عینی می‌دانند. طبق مفاد این قاعده هرکس که مال دیگری را تلف کند، ضامن خواهد بود و مقصود از اتلاف، از بین بردن مال و زایل کردن آثار و منافع باارزش آن است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۴۰۴؛ داراب‌پور، ۱۴۰۱، ص. ۹۳). برای مسئول دانستن افراد برحسب قاعده اتلاف، احراز دو شرط مباشرت در اتلاف و رابطه علیت بین عمل و تلف ضرورت دارد. از آنجاکه عمل زیان‌بار تولیدکننده به‌طور مستقیم سبب تلف اموال مصرف‌کننده و ورود خسارت به او نمی‌شود (عدم تلف مستقیم) و زمانی که تلف

مستقیمی از جانب تولیدکنندگان وجود نداشته باشد، اثبات رابطه علیت میان فعل زیان‌بار تولیدکننده و تلف نیز از مصادیق سالبه به انتفای موضوع خواهد بود. در نتیجه، قاعده اتلاف نمی‌تواند مبنای مناسبی برای مسئولیت تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا قرار بگیرد.

### ۳.۳. مبنای تسبیب

مفاد قاعده تسبیب عبارت است از تمهید وسایل و تحریک شخص یا اشخاص برای انجام دادن عملی که به دیگری خسارتی وارد کند بدون اینکه برخلاف اتلاف، خود به‌طور مستقیم در وارد ساختن خسارت و اتلاف مال دیگری دخالت کند (نظری، ۱۳۹۷، ص. ۲۲۷). ورود خسارت ممکن است عمدی یا غیرعمدی باشد یا ناشی از فعل یا ترک فعل شخص باشد و صرف احتمال اینکه شخص سبب وارد ضرر شده است کفایت می‌کند و مسئول شناخته می‌شود. در پذیرش مسئولیت بر مبنای تسبیب وجود تقصیر شرط است. قانون‌گذار به‌صراحت و در هیچ نص قانونی، لزوم تقصیر را در تسبیب مقرر نکرده، اما در مواد ۳۳۳، ۳۳۴ و ۳۳۵ قانون مدنی که در مقام تبیین چند مصداق رایج تسبیب است، در همه فروض، تحقق تقصیر را شرط مسئولیت تلقی کرده است. همچنین، قانون‌گذار در مواد ۵۲۶ به بعد قانون مجازات اسلامی نیز به‌کرات تقصیر زیان‌زننده را شرط مسئولیت او در جنایات و اضرارهای بالتسبیب معرفی کرده است (میرشکاری و ملکی، ۱۴۰۱، ص. ۲۱۲). قاعده تسبیب برخلاف قاعده اتلاف یکی از مبانی محکم و قوی در اثبات مسئولیت تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا است. از آنجاکه در قاعده تسبیب وجود عنصر تقصیر لازم است، برخی آن را با نظریه تقصیر همسان دانسته‌اند. اگر در اثر بی‌احتیاطی، عدم رعایت هشدارهای ایمنی، سهل‌انگاری و اهمال تولیدکنندگان در فرایند ساخت ابزارهای هوشمند که همگی مصادیقی از تقصیر هستند، خسارتی به مصرف‌کنندگان وارد شود، تولیدکنندگان ملزم به جبران خسارت مصرف‌کنندگان خواهند بود و برای تحقق مسئولیت ضرورت دارد تا مصرف‌کننده زیان‌دیده، رابطه سببیت میان زیان و فعل زیان‌بار تولیدکننده را ثابت کند که ماده ۲۸۲ شرح مسئولیت مدنی آمریکا گواه این مطلب است. همچنین، ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی نیز با عنوان «نتیجه حاصله مستند بر رفتار مرتکب باشد»، اشاره به رابطه سببیت میان زیان و فعل زیان‌بار تولیدکننده دارد.



### ۴.۳. مبنای احترام

طبق قاعده احترام، هرگونه تعدی، تفریط و تجاوز در اعیان و منافع اموال، خون و آبروی افراد قبیح و برای آن حرمت ذاتی در نظر گرفته شده است و در صورت وقوع هرگونه خدشه و خسارات به این موارد، فرد زیان‌رسان مسئول جبران خسارت خواهد بود (قزوینی، ۱۴۱۹ق، ص. ۲۰۹). برای اثبات مسئولیت تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا باید از روایاتی<sup>۱</sup> که به‌عنوان گواه قاعده احترام مطرح شده‌اند، حکمی وضعی استنباط کرد. به این صورت که احترام مال به منزله احترام خون قرار داده شده و چون محتوای روایات از عمومیت برخوردار است، تمام احکام خون مردم بر مال ایشان نیز مترتب است و هر آنچه از باب احترام برای خون ثابت است، برای مال نیز ثابت است و تصرف غیرمأذون و تعدی و تجاوز نسبت به اموال نباید بدون تدارک بماند و از آنجاکه تصرف غیرمأذون در اموال افراد حرام است، این عمل ممنوعه تا زمانی که توسط متصرف تدارک نشود، همچنان در حال ارتکاب شمرده می‌شود و چون مزاحمت تداوم دارد و رفع مزاحمت جز از طریق تدارک مال تصرف‌شده محقق نمی‌شود، از این رو حتی اگر مفاد روایت حکم تکلیفی باشد نیز لازمه آن ضمان خواهد بود (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱، ص. ۲۲۶؛ اصفهانی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۷۹). اگر در اثر استفاده از ابزارهای هوشمند ضرر و زیانی به اموال، انفس و عرض افراد وارد شود، از آنجاکه تمام این موارد مورد احترام شارع است، تولیدکنندگان ابزارهای یادشده مسئول جبران هرگونه ضرر و زیانی هستند که در اثر نقص دستگاه به اموال، عرض و انفس اشخاص وارد شده است. در واقع، سبب هتک حرمت این موارد شده است که از منظر عقلا نیز ضرر وارده نمی‌تواند بدون جبران باقی بماند و ضمانی برای تولیدکنندگان ابزارها در نظر گرفته نشود.

### ۵.۳. مبنای استناد عرفی

عرف در لغت به معنای معرفت و در اصطلاح روشی است که مردم آن را پذیرفته‌اند و بر اساس آن حرکت می‌کنند؛ خواه در گفتار باشد یا کردار (حکیم، ۱۴۱۸ق، ص. ۴۱۹؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۱۸۳). یکی از نظریات مبنایی مسئولیت، استناد عرفی انجام فعل یا ترک فعل

۱. روایات شریفه‌ای همچون حدیث نبوی «سباب المؤمن فسوق و قتاله کفر و اکل لحمه معصیه و حرمة ماله کحرمة دمه» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۸، ص. ۵۹۹).

لازم به شخص مسئول است. با دقت به این نظریه، مبنای مسئولیت شخص به جبران ضرر وارد به دیگری، استناد عرفی عمل زیان‌بار به اوست؛ زیرا اصل پاسخ‌گو بودن افراد در قبال عملکرد خود، اصلی عقلایی و عرفی است که شایان انکار یا مناقشه نیست و هر شخص نسبت به اعمالی مسئول است که عرفاً به او استناد داده می‌شود. طبق نظر برخی فقها، معیار مسئولیت، صدق عرفی صدور فعل از عامل فعل زیان‌بار است و مباشرت و تسبیب نیز خصوصیتی ندارد (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۳۶). با توجه به اینکه استناد عرفی فعل زیان‌بار به عامل زیان اعم از تقصیر یا عدم تقصیر اوست و در روایات وارد از معصومان (علیهم‌السلام) هیچ‌گونه اشاره‌ای به لزوم تقصیر نشده است، می‌توان نتیجه گرفت که در حقوق اسلام، استناد عرفی می‌تواند یکی از مبانی مسئولیت مدنی باشد. اگر در عرف، نقص موجود در ابزارهای اینترنت اشیا به‌عنوان خسارت شناخته شود، تولیدکنندگان مسئول جبران آن خسارت خواهند بود بدون اینکه نیاز به اثبات تقصیر آن‌ها باشد.

### ۶.۳. مبنای غرور

بر اساس قاعده غرور، اگر فردی عملی انجام دهد که موجب فریب دیگری و از این رهگذر ضرر و زیان به او وارد شود، فرد فریب‌دهنده مسئول است؛ چه این فریب عمدی باشد یا غیرعمدی. (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص. ۱۶۳). اگر لفظ غرور مرادف خدعه و تدلیس باشد، در ماده «دلسه و خدعه» علم اعتبار شده است؛ یعنی هم اعتبار علم جنبه عقلایی دارد و هم در لغت در آن‌ها اعتبار شده است. در این قبیل معانی شرط این است که انسان عالم باشد والا اگر جاهل باشد معنی کتمان صدق نمی‌کند. پس ممکن است میان عالم و جاهل را تفصیل دهیم و بگوییم که روایات تصدیق‌کننده قاعده غرور شامل جاهل نمی‌شود. در این خصوص چهار صورت وجود دارد که مورد بررسی قرار می‌گیرد. ۱. غار و مغرور هر دو به کتمان خدعه عالم‌اند که در این صورت قاعده غرور جاری نمی‌شود؛ زیرا برحسب قاعده اقدام، مغرور با علم به ضرر، اقدام به وارد کردن خسارت کرده و اقدام مسقط ضمان است اگر تولیدکننده و مصرف‌کننده ابزار اینترنت اشیا هر دو عالم به کتمان خدعه باشند. از آنجاکه مصرف‌کننده خود با علم و آگاهی سبب ورود خسارت شده باشد، تولیدکننده هیچ مسئولیتی در قبال جبران خسارت ندارد. ۲. اگر متضرر عالم و غار جاهل باشد و فاعل متضرر خود نسبت به ورود خسارت اقدام کند، در این مورد نیز قاعده اقدام مانع از

ضمان غار خواهد بود. اگر مصرف‌کننده زیان‌دیده عالم به دروغ و خدعه تولیدکننده در ارائه کالای معیوب باشد و تولیدکننده خود از وجود عیب در کالا اطلاعی نداشته باشد و مصرف‌کننده را تشویق به خرید کالای هوشمند معیوب کند، مصرف‌کننده در صورت خریداری کالا و ورود خسارت برحسب قاعده اقدام، خود مسئول خسارت است و نمی‌توان فرضی را برای مسئولیت تولیدکننده در نظر گرفت. ۳. متضرر جاهل و غار عالم است که قاعده غرور در این مورد جاری می‌شود و غار نسبت به جبران خسارت مغرور مسئول است اگر مصرف‌کننده کالای هوشمند جاهل به خدعه تولیدکننده و وجود عیب در کالا باشد و تولیدکنندگان با آگاهی و تعمداً کالای معیوب را با فریب به مصرف‌کننده بفروشند. در این صورت قطعاً تولیدکننده در قبال جبران خسارت مسئول خواهد بود. ۴. هم غار و هم متضرر جاهل‌اند که در این صورت میان فقها اختلاف است؛ زیرا غار جاهل به ضرر طرف مقابل است و به همین دلیل، عده‌ای از فقها او را بری‌الذمه می‌دانند، اما مشهور فقها در این حالت هم ضمان را بر عهده غار می‌دانند. استدلال گروه نخست چنین است که صدق غرور در این صورت مشکل است؛ زیرا با توجه به اینکه فاعل نسبت به واقع جاهل است، فرض خدعه در مورد او معنایی ندارد. غرور به معنای تدلیس است و تدلیس زمانی تحقق می‌یابد که همراه با به‌کارگیری افعال فریب‌کارانه یا دست‌کم با قصد فریب طرف انجام شود. این حیل و فریب در صورتی تحقق می‌یابد که کار فریبنده به عمد و با قصد فریب صورت پذیرد و قصد فریب جز به صورت علم غار به عمل فریب‌دهنده خویش ایجاد نمی‌شود (صاحب جواهر، ۱۴۲۱ق، ج ۳۰، ص. ۳۶۳؛ حکیم، بی‌تا، ج ۱، ص. ۲۶۹). همچنین، قدر متیقن از قاعده غرور، صورتی است که غار، علم به تحقق غرور داشته باشد و مغرور، جاهل به واقع باشد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ص. ۲۲۸) و از روایات نیز به دست می‌آید که تدلیس به مجرد علم غار محقق می‌شود ولو شخص با سکوتش موجب غرر شده باشد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ص. ۲۲۱). بنابراین، احراز علم غار برای مسئول دانستن او شرط است و در صورتی که غار جاهل به تدلیس باشد، بری‌الذمه است و مسئولیتی نخواهد داشت. استدلال گروه دوم یعنی مشهور فقها مبتنی بر حدیث نبوی «المغرور یرجع الی من غره» است. با تکیه بر این حدیث، تفاوتی میان غار جاهل و عالم وجود ندارد و حکم قاعده، هر دو را شامل می‌شود. همچنین، با توجه به اینکه صدق عنوان افعال احتیاجی به علم ندارد و در صدق غرور تنها لازم است که یک نفر، دیگری را بر عملی که متضمن ضرر است،

تحریر کند؛ هر چند تحریرکننده به ترتب ضرر بر آن عمل جاهل باشد. در این صورت تحریرکننده حتی در صورت جهل به ضرر نیز ضامن خواهد بود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۲۳۷). طبق دلیلی دیگر، برای وقوع غرور موجب ضمان، علم یا عدم علم شخص غار ضرورتی ندارد و فعل شخص غار، فرد مغرور را فریب داده است (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲، ص. ۴۴۱) و برای تحقق غرور موجب مسئولیت مدنی، صرف وجود رابطه علیت میان فعل غار و فریب مغرور کفایت می‌کند و دیگر پرداختن به مقوله علم شخص غار، سالبه به انتفای موضوع است و حتی جاهل بودن شخص غار نافی مسئولیت وی نخواهد بود. به نظر می‌رسد نظر گروه دوم قائل به ضامن بودن غار حتی در صورت جهل او به تحقق غرور، اقرب به واقعیت است؛ زیرا در مقوله مسئولیت مدنی عمدتاً عنصر قصد و علم غار دخالت چندانی ندارد. بنا بر این مبنا، صرف وجود رابطه سببیت میان فعل غار و تحقق فریب موجب زیان نسبت به شخص مغرور کافی به مقصود است؛ اعم از اینکه فاعل فعل موجب فریب آگاه یا قاصد به وصف فریب فعل اشعاری باشد یا اینکه نباشد. اگر هم تولیدکننده و هم مصرف‌کننده کالای هوشمند جاهل به وجود عیب در کالای هوشمند باشند و تولیدکننده بدون نیت فریب مصرف‌کننده را تشویق به خرید کالا کرده باشد، در این صورت طبق نظر فقهای که قائل به مسئولیت برای تولیدکننده حتی در صورت جهل او نسبت به وجود عیب هستند، باز هم تولیدکننده مسئول جبران خسارات وارده به مصرف‌کننده ناشی از وجود عیب و نقص کالا است.

### ۷.۳. مبنای سیره عقلا

سیره به معنای عرف و عادت و چیزی است که برخاسته از فطرت و عقل سلیم خردمندان است (ملکی اصفهانی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۳۴۹). شهید صدر افزون بر روش عملی خردمندان، مرتکبات عقلایی ایشان را در تعریف سیره وارد می‌داند؛ بدین‌گونه که احکام عقلایی که در رفتار خردمندان وجود دارد، در سلوک عملی ایشان وارد نیست، اما می‌توان از آن به‌عنوان سیره عقلا یاد کرد (صدر، ۱۴۰۶، ج ۱، ص. ۲۶۴). از جمله مواردی که زبان عقلا بدان اعتراف دارد، این اصل است که اگر به‌موجب تقصیر و اهمال از جانب شخصی یا نقص در کالایی، ضرری به شخصی دیگر وارد شود، جبران خسارت فرد زیان‌دیده لازم است و باید مسئولیت ناشی از تقصیر، نقص و اهمال را پذیرفت. این رویه به‌طور مستمر از همه عقلای جهان بروز می‌کند و این سیره مبنایی مناسب در

راستای مسئولیت مدنی افراد است. با ورود به عصر انقلاب دیجیتال، مصداق جدیدی از مسئولیت‌پذیری در مقابل ضرر و جبران خسارت زیان‌دیده رخ نموده است. خردمندان جهان در صورت بروز خسارتی از جانب ابزارهای اینترنت اشیا دغدغه‌مند شده و مطالعاتی را در زمینه جبران خسارات و مسئولیت ناشی از این موضوع در خصوص ابزارها آغاز کرده‌اند. برای مثال، پارلمان اروپا در ۱۶ فوریه ۲۰۱۷، در باب قواعد حقوق مدنی در زمینه رباتیک، مسئولیت مدنی برای آسیب‌های وارد توسط ربات‌ها را موضوعی حیاتی عنوان کرد و کمیسیون اروپا پیش‌نویسی برای ایجاد ابزار قانونی درباره مسئولیت مدنی آسیب‌های وارد از سوی فعالیت‌های رباتی یا تعامل میان انسان‌ها و ربات ارائه داده است. همچنین، شیوه‌نامه مسئولیت کالا مصوب اتحادیه اروپا مقرر داشته است که تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا در قبال نقضی که در ابزارهای هوشمند یافت می‌شوند، مسئول‌اند. این نقض با اشاره به استانداردهای ایمنی که فرد عاقل در زمان عرضه کالا به بازار از آن توقع دارد، تعریف شده است. با توجه به اینکه قوانین مدونی در زمینه مسئولیت مدنی ناشی از ابزارهای اینترنت اشیا در ایران وضع نشده است و لزوم موضوع تقنین در آینده‌ای نزدیک احساس می‌شود، به نظر می‌رسد که سیره عقلا می‌تواند مبنای مناسبی برای مسئولیت تولیدکنندگان ابزارهای هوشمند در صورت ورود خسارت از جانب این ابزارها باشد. ممکن است طرح اشکال شود که حجیت سیره عقلا مشروط بر معاصرت با زمان معصوم (علیه‌السلام) و امضای شارع است (حائری یزدی، ۱۳۳۷، ج ۲، ص. ۳۹۵؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص. ۲۶۳؛ حکیم، ۱۴۱۸، ص. ۱۹۸) و تأیید سیره عقلا در مبحث مسئولیت مدنی ناشی از ابزارهای اینترنت اشیا با توجه به این گزاره اصولی وجود ندارد؛ زیرا مبحث مسئولیت مدنی ناشی از ابزارهای اینترنت اشیا در مرئی و مسمع معصوم (علیه‌السلام) نبوده و مورد تأیید شارع نیز قرار نگرفته است. در پاسخ باید گفت که برخی از سیره‌های عقلا برخاسته از طبع خالص عقلایی و منطبق بر رهیافت‌های عقلی قطعی‌اند و به‌خودی‌خود دارای حجیت هستند و نباید میان این دسته از سیره‌ها و دیگر سیره‌های عقلاییه خلط مبحث کرد و عهده‌دار شدن مسئولیت خسارت ابزارهای اینترنت اشیا موضوعی وجدانی و برگرفته از فطرت عقلاست که ذاتاً حجت و سخن از معاصرت این سیره با عصر معصوم (علیه‌السلام) و ردع یا عدم ردع شارع برای تأیید حجیت آن بیهوده است (طباطبایی، بی تا، ج ۲، ص. ۲۰۶؛ فخلعی و ولی‌اللهی، ۱۳۸۹، ص. ۹۲). این گونه از سیره‌های شرعی که مبتنی

بر فطرت هر انسان سلیم‌العقلی است، می‌تواند بر مسائل مستحدثه نیز منطبق باشد و حجیت آن را تأیید کند. بنابراین، می‌توان گفت سیره عقلاویه می‌تواند مبنای مناسبی برای مسئولیت مدنی تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا در صورت ورود خسارت باشد.

#### ۴. مبانی حقوقی مسئولیت ابزارهای اینترنت اشیا

##### ۱.۴. مسئولیت مبتنی بر تقصیر

تقصیر عبارت است از تعدی و تجاوز از حدود اذن متعارف نسبت به حق یا مال دیگری و تفریط در کاری که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ حق یا مال غیر لازم است (داراب‌پور، ۱۴۰۱، ص. ۸۴). تئوری تقصیر خود دارای دو مفهوم تقصیر شخصی و نوعی است که مطابق مورد نخست، تنها دلیل جبران خسارت برای زیان‌دیده، وجود رابطه علیت بین تقصیر و ضرر است و فاعل زیان تنها در صورت اثبات تقصیر ملزم به جبران خسارت است (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۱، ص. ۲۷) و طبق مورد دوم، برای تحقق تقصیر، مورد ملامت قرار دادن کار شخص ضرورت ندارد، بلکه اگر اقدام بشر با رفتار متعارف در آن شرایط در تضاد باشد، مقصر است. مصوبه ۲۰۱۷ پارلمان اروپا، مسئولیت مدنی برای آسیب‌های وارد با ربات‌های اینترنت اشیا را موضوعی حیاتی عنوان کرد. در حیطه مسئولیت مدنی ناشی از اینترنت اشیا، طیف‌های گوناگونی پاسخ‌گو هستند که یکی از ایشان گروه تولیدکنندگان هستند. گروه تولیدکنندگان شامل بازیگران و کسب‌وکارهایی می‌شود که در توسعه، طراحی و تولید سیستم‌های هوشمند مشارکت دارند مانند توسعه‌دهندگان نرم‌افزار و برنامه‌نویسان. در واقع، اصل عمومی مسئولیت تقصیر برای اشخاصی که با تولید و استفاده از ربات‌ها و دستگاه‌های اینترنت اشیا سروکار دارند، برقرار است (Von Bar, 1998, p. 48). در ماده ۱ شیوه‌نامه مسئولیت کالا<sup>۱</sup> اتحادیه اروپا آمده است «تولیدکننده باید برای آسیب‌های ناشی از نقص کالا که در اثر تقصیر او ایجاد شده است، مسئول باشد»، همچنین، ماده ۴ این شیوه‌نامه می‌افزاید «باید از شخص آسیب‌دیده خواست تا وجود آسیب، نقص در کالا و رابطه سببی میان نقص و آسیب را اثبات کند». این مواد به روشنی نشان می‌دهند که اثبات سببیت میان آسیب و تقصیر تولیدکننده، توسط زیان‌دیده لازم و ضروری و بر مبنای نظریه تقصیر است

(Machnikowski, 2016, p. 85). بنابراین، زمانی که تولیدکنندگان این دستگاه‌ها به دلیل اهمال یا سوءاستفاده از قابلیت‌های دستگاه‌ها به دیگران آسیب بزنند یا به تولید کالاهای هوشمندی بپردازند که خلاف تولید متعارف است و سبب ورود کالاهای معیوب به چرخه اقتصاد شوند، مسئول شناخته خواهند شد. ماده ۷۸ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ مقرر می‌دارد «هرگاه در بستر مبادلات الکترونیکی در اثر نقص یا ضعف سیستم مؤسسات خصوصی و دولتی به‌جز در نتیجه قطع فیزیکی ارتباط الکتریکی، خسارتی به اشخاص وارد شود، مؤسسات مزبور مسئول جبران خسارت وارده هستند مگر اینکه خسارت وارده ناشی از فعل شخصی افراد باشد که جبران خسارت بر عهده این اشخاص است». رفتار تقصیرآمیز معمولاً شامل فعل یا ترک فعل تعهداتی است که باعث آسیب‌دیدگی ناشی از ابزارهای اینترنت اشیا می‌شود. گاهی اوقات می‌توان رد پای عیب و نقص حاصل از تقصیر را تا اجزای آن کالای هوشمند که پیش از کالای نهایی تولید شده است، دنبال کرد و کسانی که در تولید آن اجزا نقش داشته‌اند، در مظان اتهام قرار می‌گیرند و بار اثبات این تقصیر بر عهده کاربران زیان‌دیده از ابزارهای هوشمند است.<sup>۱</sup>

#### ۲.۴. مسئولیت مبتنی بر خطر

بر مبنای تئوری خطر، عامل تقصیر در زمره ارکان ایجاد مسئولیت نیست و در واقع، مکاتب فکری مبتنی بر این نظریه در انکار توجه به خصوصیات روانی و درونی واردکننده زیان وجه مشترک دارند. همین که شخصی زمینه خطر و ضرری را ایجاد کرد، مسئول جبران آن ضرر و کافی است که زیان‌دیده اثبات کند که خطر و ضرر به او وارد شده و این ضرر ناشی از فعل خواننده دعوی است و به‌جای اثبات تقصیر باید به احراز رابطه میان زیان و فعل زیان‌بار پرداخت (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ج ۱، ص. ۴۰۱؛ حکمت‌نیا، ۱۳۸۹، ص. ۶۶). در تحلیل مسئولیت مدنی تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا بر مبنای نظریه خطر، دو دیدگاه اصلی وجود دارد.

دیدگاه نخست معتقد است که نظریه خطر نمی‌تواند مبنای مناسبی برای مسئولیت تولیدکنندگان این ابزارها باشد. چالش اصلی در این زمینه اثبات نقش نقص ابزارها به‌عنوان عامل آسیب است. عملکرد ابزارهای اینترنت اشیا به ویژگی‌های ذاتی آن‌ها محدود نمی‌شود و تعاملات بعدی آن‌ها با

1. Particular Arts 7(d), 8, 13 PLD and ECJ Case C-402/ 03 Skov Æg v Bilka Lavprisvarehus A/S [2006] ECR I-199, paras, p.47-48.

دیگر عوامل نیز می‌تواند تأثیرگذار باشد. همچنین، مشکلات مرتبط با به‌روزرسانی‌های مداوم این ابزارها تعیین علت دقیق آسیب را دشوار کرده است و مسئولیت تولیدکننده را مورد پرسش قرار می‌دهد. حتی اگر نقصی در عملکرد ابزارها شناسایی شود، مشخص نیست که آیا این نقص در زمان تولید وجود داشته یا ناشی از تعاملات بعدی بوده است. بنابراین، مسئول دانستن تولیدکنندگان به‌طور دقیق مشکل‌ساز و ممکن است آسیب‌ها ناشی از کاربران یا به‌روزرسانی‌های نرم‌افزاری باشد که تولیدکننده در آن نقشی نداشته است (Geistfeld, 2017, p. 105). دیدگاه دوم به میزان مسئولیت تولیدکنندگان بر مبنای نظریه خطر و کنترل آن‌ها بر تولیدات هوشمند می‌پردازد. بر اساس این دیدگاه، تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا می‌توانند کنترل بیشتری بر عملکرد محصولات خود داشته باشند و مسئولیت باید متناسب با میزان این کنترل باشد. بنابراین، تولیدکنندگان باید اقدامات احتیاطی بیشتری برای کاهش ریسک‌ها انجام دهند. در سیستم‌های نرم‌افزاری بسته که اجازه مداخله کاربران را نمی‌دهند، تنها تولیدکننده می‌تواند ویژگی‌های ایمنی را تعیین کند و بهبود بخشد. از منظر اقتصادی، تولیدکنندگان مهم‌ترین نقش را در کاهش هزینه‌های تولید و مدیریت ریسک ایفا می‌کنند و دکتترین حقوقی نیز تأکید دارد که وظیفه اتخاذ تمهیدات احتیاطی باید به منطبق اقتصادی و اجتناب‌پذیری آن‌ها بستگی داشته باشد. بنابراین، تمرکز نظام مسئولیت باید بر تولیدکننده باشد و مسئولیت هرگونه آسیب ناشی از ابزارهای اینترنت اشیا باید بر عهده او باشد. در غیاب قانونی خاص در این زمینه، به نظر می‌رسد دیدگاه دوم مبنای مناسب‌تری برای تعیین مسئولیت تولیدکنندگان به‌طور خاص باشد.

#### ۳.۴. مسئولیت مبتنی بر تضمین سلامت کالا

نظریه تضمین سلامت کالا، تولیدکنندگان را ملزم به ارائه محصولات ایمن و عاری از نقص می‌سازد و مسئولیت جبران کامل خسارات ناشی از عیوب محصولات را بر عهده آن‌ها قرار می‌دهد حتی بدون نیاز به اثبات تقصیر. این نظریه به‌ویژه در زمینه ابزارهای اینترنت اشیا از اهمیت بالایی برخوردار است؛ زیرا پیچیدگی و تنوع این محصولات و تأثیرات عمیق آن‌ها بر زندگی روزمره، ضرورت تأمین ایمنی و کیفیت آن‌ها را دوچندان می‌کند. از این‌رو تولیدکنندگان موظف به رعایت اصول طراحی ایمن، تولید باکیفیت و ارائه اطلاعات کافی در مورد شیوه استفاده درست از محصولات خود هستند. در چهارچوب قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ و



قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در برابر کالای معیوب مصوب ۱۳۸۶، مسئولیت جبران خسارات ناشی از کالاهای معیوب به‌طور صریح بر عهده تولیدکنندگان گذاشته شده است. این قوانین در نظام حقوقی ایران به حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و الزام تولیدکنندگان به جبران خسارات ناشی از عیوب محصولات پرداخته و نقش مؤثر این اصول را در تأمین عدالت جبران خسارات مورد تأکید قرار داده‌اند. در سطح بین‌المللی، دستورالعمل EEC/85/374 شورای اروپا، به‌عنوان یکی از نخستین مقررات اتحادیه اروپا، چهارچوبی برای مسئولیت تولیدکنندگان و توزیع‌کنندگان کالاهای معیوب بر مبنای نظام مسئولیت محصول تدوین کرده است. همچنین، قانون مسئولیت محصول در کشورهای آسیای جنوب شرقی به تنظیم مسئولیت محصولات بر مبنای ایمنی و تعیین حداقل استانداردهای ایمنی پرداخته و اهمیت پایبندی به اصول ایمنی را در سطح بین‌المللی مورد تأکید قرار داده است.

این قوانین و مقررات به مصرف‌کنندگان اطمینان می‌دهند که در صورت بروز نقص یا آسیب، قادر به دریافت خسارت خواهند بود و درعین‌حال، تولیدکنندگان را به سمت ارتقای کیفیت و ایمنی محصولات سوق می‌دهند. بدین ترتیب، نظریه تضمین سلامت کالا نه‌تنها به حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان می‌پردازد؛ بلکه به ارتقای استانداردهای کیفی و ایمنی در تولیدات فناورانه مانند ابزارهای اینترنت اشیا نیز کمک می‌کند.

#### ۴.۴. مسئولیت محض

مسئولیت محض یا مطلق، مسئولیتی است که معمولاً هیچ عاملی رافع آن نیست و عامل زیان در غیر از موارد قوه قاهره در هر حالت در مقابل فردی که از محصول استفاده می‌کند، مسئول است و نیازی به اثبات تقصیر فاعل زیان نیست و نظامی است جایگزین و تکمیل‌کننده نظام تقصیر که حقوق‌دانان توجیهاتی را برای این مسئله بیان می‌کنند از جمله اینکه نظام مسئولیت محض پاسخ‌گوی تصمیمات نامعقول در سطح فعالیت است و نظام تقصیر در این موارد قابل‌اعمال نیست (میرشکاری و رضائی، ۱۴۰۳، ص. ۴۸). طبق این نظریه، تولیدکننده به‌جز مواردی که عاملی قاهره مسئولیت او را سلب کند، همیشه مسئول است و مسئولیت او شامل جبران خسارات کسانی می‌شود که مصرف‌کننده کالای اینترنت اشیا هستند یا از کالای تولیدشده معیوب یا دارای نقص او استفاده کرده باشند (Amodio, 2021, p. 10). برای اثبات مسئولیت طبق این مبنا، نیازی به اثبات

آسیب و خسارت از جانب زیان‌دیده نیست و صرف استناد و سبب عرفی زیان به تولیدکننده برای مسئول دانستن او کفایت می‌کند. در واقع، مسئولیت محض نظامی است با ویژگی‌های تمرکز بر نقص و عیب محصول تولیدشده، حمایت از مصرف‌کنندگان و عدم نیاز به اثبات تقصیر تولیدکننده. در اتحادیه اروپا، دستورالعمل مسئولیت محصول، مسئولیت تولیدکنندگان را برای هرگونه نقص در محصولاتشان تعیین می‌کند. ماده ۶ این دستورالعمل بیان می‌کند «یک محصول معیوب است اگر ایمنی آن با توجه به تمام شرایط از جمله ارائه محصول، استفاده‌ای که می‌توان به طور معقول از آن انتظار داشت و زمان عرضه محصول به بازار کمتر از آن چیزی باشد که به طور معقول می‌توان انتظار داشت». در میان قوانین ایران به صراحت در ارتباط با نظام مسئولیت محض سخنی بیان نشده، اما در مواردی نظام مسئولیت مبتنی بر مسئولیت محض به طور تلویحی مورد پذیرش واقع شده است که ماده ۳۲۸ قانون مدنی و ماده ۱۴ تبصره ۴ قانون مربوط به امور دارویی مصدقی از این موارد است.

گفتنی است در خصوص انتخاب بهترین مبنا یا تئوری فقهی و حقوقی در زمینه مسئولیت تولیدکنندگان، قائل شدن به یک مبنا و نظریه، منطقی به نظر نمی‌رسد. با توجه به اینکه پیچیدگی‌های فنی و اجتماعی ابزارهای اینترنت اشیا مسائل مختلفی را در زمینه امنیت، حریم خصوصی، مسئولیت و اخلاق مطرح می‌کنند و هریک از این مسائل نیازمند رویکردهای متفاوتی از دیدگاه‌های فقهی و حقوقی هستند و همچنین، ذی‌نفعان مختلفی از جمله تولیدکنندگان، مصرف‌کنندگان، دولت‌ها و نهادهای نظارتی در این حوزه دخیل‌اند که هرکدام دارای نیازهای مختلفی هستند و این نیازمندی‌ها باید با مبانی مختلفی تطابق یابد و به دلیل توسعه مکرر فناوری اینترنت اشیا، مبانی فقهی و حقوقی باید قابلیت انطباق با تغییرات و انعطاف‌پذیری برای پاسخ‌دهی به مسائل گوناگون را داشته باشند و در سطح جهانی نیز نظام‌های حقوقی مختلفی وجود دارند که هرکدام دیدگاه‌ها و قواعد متفاوتی را در خصوص مسئولیت تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا مطرح می‌کنند، بررسی مبانی متعدد به کاهش تضادها و تعارضات حقوقی کمک می‌کند و قوانین و مقرراتی را که در آینده در این حوزه وضع می‌شود، جامع‌تر و کارآمدتر می‌کند و همچنین، سبب می‌شود که از حقوق مصرف‌کنندگان حمایت بیشتری عمل‌آید و در نهایت، باعث ارائه چهارچوب قانونی جامع‌تر و مؤثرتر می‌شود و تمام ذی‌نفعان را به‌طور منصفانه‌تری مورد توجه قرار می‌دهد. با توجه به ادله بیان‌شده باید نگاهی چندجانبه به مبانی مسئولیت تولیدکنندگان داشت و از پرداختن

به یک مبنا خودداری کرد. به همین دلیل، برگزیدن مبناى فقهى یا حقوقى به‌عنوان مبناى مسئولیت تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا موضوعى خلاف ضروریات جامعه است. همچنین، با توجه به نبود نظام تقنینى جامع و یکپارچه در سطح جهانى و ایران و کمک به قانون‌گذارى و ایجاد چهارچوب قانونى مناسب، ضرورى است که همه مبانى موجود فقهى و حقوقى به‌دقت مورد تحلیل قرار گیرد تا به برقرارى عدالت و شفافیت در مسئولیت‌پذیرى تولیدکنندگان و حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان منجر شود.

#### ۵. نقش تولیدکنندگان در فناوری اینترنت اشیا؛ بررسی اختیارات، وظایف و مسئولیت‌ها

تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا نقش کلیدی در توسعه و پیشبرد اینترنت اشیا ایفا می‌کنند و با در نظر گرفتن نیازها و انتظارات مصرف‌کنندگان نهایی، نقش مهمی در تولید ابزارهای باکیفیت و ایمن دارند. تولیدکنندگان از اختیارات و حقوقی مانند حق ثبت اختراع و مالکیت معنوی، آزادی در طراحی و توسعه محصول و تعیین شرایط استفاده از محصول برخوردارند. ایشان می‌توانند فناوری‌های نوآورانه خود را ثبت کنند و از حقوق مالکیت معنوی بهره‌مند شوند. در مقابل این حقوق و اختیارات، وظایف و مسئولیت‌های مهمی بر عهده تولیدکنندگان قرار دارد که از جمله آن‌ها موارد زیر است.

۱. تضمین امنیت و حریم خصوصی: با توجه به حساسیت داده‌های جمع‌آوری‌شده توسط تولیدکنندگان اینترنت اشیا، تولیدکنندگان موظف به اتخاذ تدابیر امنیتی قوی هستند.
۲. رعایت استانداردهای کیفیت: محصولات باید مطابق با استانداردهای صنعتی و قوانین ملی و بین‌المللی تولید شوند.
۳. شفافیت در مورد قابلیت‌ها و محدودیت‌ها: تولیدکنندگان باید اطلاعات دقیق و شفافى در مورد عملکرد، محدودیت‌ها و خطرات احتمالی محصولات خود ارائه دهند.
۴. به‌روزرسانی و پشتیبانی مداوم: با توجه به تهدیدات امنیتی مداوم، شرکت‌ها باید به‌روزرسانی‌های منظم نرم‌افزارى و پشتیبانی فنى را ارائه دهند.
۵. جبران خسارت: در صورت اثبات نقص در محصول یا عدم رعایت استانداردهای ایمنى، تولیدکننده ملزم به جبران خسارت است.
۶. اصلاح و بهبود: تولیدکنندگان باید برای رفع نقص‌های شناسایی‌شده و جلوگیری از تکرار

مشکلات مشابه اقدام کنند.

یکی از مواردی که مسئولیت تولیدکنندگان را تحت تأثیر قرار می‌دهد، توجه به انواع ضررهایی است که از جانب ابزارهای اینترنت اشیا به مصرف‌کنندگان این ابزارها وارد می‌شود. این خسارات می‌تواند ناشی از نقص کالا، بروز ضعف در کارایی و کیفیت کالا و ایراد ضرر به صورت دفعی و کوتاه‌مدت و یا تدریجی و بلندمدت باشد. نقص در ابزارهای اینترنت اشیا به معنای وجود عیب یا کاستی در طراحی، ساخت یا عملکرد این ابزارهاست. این نقص‌ها می‌تواند به طور مستقیم باعث ورود خسارت به مصرف‌کنندگان شوند. خسارات ناشی از نقص می‌تواند آثار حقوقی مانند مشکلات امنیتی، ضعف در تشخیص تهدیدات و مشکلات احراز هویت برای کاربران داشته باشد؛ به طوری که نقص در سیستم‌های امنیتی دستگاه‌های اینترنت اشیا می‌تواند منجر به دسترسی غیرمجاز به داده‌های حساس کاربران و نقض حریم خصوصی و سرقت اطلاعات شخصی وی و اقامه دعوی علیه تولیدکنندگان شود. از دیگر خساراتی که به مصرف‌کنندگان ابزارهای اینترنت اشیا وارد می‌شود، ورود ضرر تدریجی و بلندمدت و ضرر دفعی و کوتاه‌مدت است. مقصود از ضرر به صورت تدریجی و بلندمدت، آسیب‌هایی است که در طول زمان و به تدریج بر مصرف‌کنندگان اینترنت اشیا تأثیر می‌گذارد مانند جمع‌آوری تدریجی اطلاعات شخصی و استفاده نامناسب از آن‌ها. مقصود از ضررهای دفعی و کوتاه‌مدت نیز آسیب‌هایی است که به طور ناگهانی و در بازه زمانی کوتاه به مصرف‌کننده وارد می‌شود مانند خرابی ناگهانی دستگاه اینترنت اشیا و اختلال در عملکرد سیستم‌های حیاتی مانند قطع برق هوشمند. هرکدام از این ضررها می‌تواند منشأ آثار حقوقی بسیاری مانند لزوم جبران خسارات مادی و معنوی در کوتاه‌مدت، احتمال صدور دستور توقیف تولید یا فروش محصول، دشواری در اثبات رابطه علیت بین ضرر و محصول و احتمال طرح دعاوی گروهی علیه تولیدکنندگان باشد. کاهش کیفیت و کارایی در دستگاه‌های اینترنت اشیا منجر به بروز خساراتی برای مصرف‌کنندگان می‌شود. این خسارات شامل تحمیل هزینه‌های سنگین تعمیر یا تعویض دستگاه‌های معیوب و هزینه‌های مربوط به بازیابی و ذخیره‌سازی مجدد داده‌هاست (Kumari & Aggarwal, 2022, p. 8). کاهش کیفیت و کارایی ابزارهای اینترنت اشیا ناشی از موارد متعددی از جمله استفاده غیرمجاز یا نادرست توسط کاربران، طراحی ضعیف و عدم تطابق با نیازهای کاربران، نقص‌های سخت‌افزاری و نرم‌افزاری شامل باگ‌ها و استفاده از قطعات با کیفیت پایین است (Gomez & Bajaj, 2019, p. 14). این خسارات منشأ

آثار حقوقی متعددی از جمله اقامه دعوی برای جبران خسارات، تدوین قوانین و مقررات جدید برای تضمین کیفیت و کارایی و حمایت از مصرف‌کنندگان و تحریم و جریمه علیه تولیدکنندگانی که الزامات فنی را رعایت نکرده‌اند، می‌شود؛ البته به دلیل پیچیدگی فنی بالای این دستگاه‌ها و تأثیر عوامل محیطی، شناخت منشأ این خسارات و تعیین عنصر مسئول در این قضیه راحت نیست و گاه با دشواری‌های بسیاری همراه است که نیازمند دقت نظر در تعیین مسئول و قانون‌گذاری در این زمینه است.

#### **۶. تعدیل مسئولیت تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا؛ تأثیر مسئولیت کاربران و مصرف‌کنندگان و نهادهای دولتی**

با توجه به پیچیدگی ابزارهای اینترنت اشیا و خساراتی که از جانب این ابزارها پدید می‌آید، تعادل میان مسئولیت تولیدکنندگان، مسئولیت مصرف‌کنندگان و کاربران و نیز مسئولیت نهادهای دولتی مسئله‌ای درخور توجه است. مسئولیت تولیدکنندگان به تنهایی نمی‌تواند پاسخ‌گوی تمام مسائل مرتبط با جبران خسارات ناشی از استفاده از این ابزارها باشد و در این میان، نقش کاربران و مصرف‌کنندگان در استفاده درست از دستگاه‌ها و نیز نظارت‌های نهادهای دولتی در تأیید کیفیت و استانداردها تأثیر زیادی در تعیین مسئولیت دارد. در نتیجه، سهم مسئولیت تولیدکنندگان ممکن است تحت تأثیر این عوامل تعدیل شود و نقش این گروه‌ها در کاهش مسئولیت تولیدکنندگان مورد بررسی قرار گیرد. در همین راستا، ابتدا محدوده مسئولیت کاربران و مصرف‌کنندگان و سپس محدوده مسئولیت نهادهای دولتی در خصوص ابزارهای اینترنت اشیا مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### **۱.۶. مسئولیت کاربران و مصرف‌کنندگان ابزارهای اینترنت اشیا**

مصرف‌کنندگان ابزارهای اینترنت اشیا دارای اختیارات و حقوقی هستند از جمله اینکه حق دارند داده‌های شخصی‌شان را که با دستگاه‌های اینترنت جمع‌آوری می‌شود، حفظ کنند؛ به طوری که به هیچ وجه بدون موافقت آن‌ها مورد اشتراک‌گذاری واقع نشود. مصرف‌کنندگان باید به اطلاعاتی دسترسی داشته باشند که چگونگی جمع‌آوری و استفاده از داده‌های اینترنت اشیا را برای آن‌ها شفاف کند و در نهایت باید بتوانند به سادگی داده‌های جمع‌آوری شده با دستگاه‌های اینترنت اشیا را مدیریت و کنترل کنند (Cavoukian, 2011, p. 4). این گروه در کنار حقوقی که دارند، در قبال خساراتی که به وجود می‌آورند نیز دارای مسئولیت خواهند بود. مسئولیت مصرف‌کنندگان با توجه

به نظریات لاضرر، اتلاف و تسبیب، استیفا، تقصیر و خطر توجیه می‌شود. همچنین، قواعد فقهی، اقدام و غنم نیز مبنای مسئولیت ایشان است. اگر یک دستگاه هوشمند خانگی به دلیل نقص فنی باعث آتش‌سوزی شود و به اموال همسایگان آسیب برساند، مالک دستگاه ممکن است بر اساس اصل لاضرر موظف به جبران خسارت باشد؛ زیرا طبق قاعده لاضرر عدم جبران خسارت و ضرر خود ضرری است که در اسلام از آن نهی شده است. اگر کاربر دستگاه اینترنت اشیا به صورت مستقیم باعث خسارت به دیگری شود، بر اساس اتلاف بالمباشره، مسئول جبران خسارت خواهد بود. در زمینه اینترنت اشیا، کاربران و مالکان ممکن است با اعمال یا ترک اعمالی که به طور غیرمستقیم منجر به خسارت به دیگران می‌شود، مسئولیت مدنی داشته باشند (اتلاف بالتسبیب). قانون مدنی نیز در ماده ۳۳۱ مقرر می‌دارد «هرکس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب شده باشد باید از عهده نقص قیمت آن برآید». این ارتباط به ویژه در مواردی که نقص در امنیت یا مدیریت نامناسب دستگاه‌های اینترنت اشیا منجر به ورود خسارت به دیگران شود، مطرح می‌شود. استیفا یکی دیگر از مبانی توجیه‌کننده مسئولیت کاربران دستگاه‌های اینترنت اشیاست. استیفا به معنای این است که شخصی مال یا منفعت متعلق به دیگری را به تصرف خود درآورد یا از آن استفاده کند. بنابراین، استیفا ممکن است عین یا منفعت یا نیروی کار متعلق به دیگری باشد (دهخدا، ۱۳۳۰، ج ۲، ص. ۱۸۶۸). در حوزه اینترنت اشیا، کاربران ممکن است به طور مستقیم یا غیرمستقیم از منابع یا داده‌های دیگران استفاده کنند. اگر این استفاده به طور غیرمجاز باشد و منجر به خسارت شود، کاربران مسئولیت مدنی خواهند داشت. از دیگر نظریاتی که در توجیه مسئولیت کاربران بدان استناد می‌شود، نظریه تقصیر است. در زمینه اینترنت اشیا، تقصیر کاربران به صورت‌های مختلفی بروز می‌کند از جمله سهل‌انگاری در تنظیمات امنیتی، عدم نگهداری درست دستگاه‌ها یا استفاده نادرست از این دستگاه‌ها که منجر به خسارت به دیگران می‌شود. افزون بر تقصیر، نظریه خطر مبنای دیگری برای مسئولیت کاربران است. یکی از اصول اساسی نظریه خطر این است که فردی که فعالیتی را انجام می‌دهد که خطرات قابل پیش‌بینی ایجاد می‌کند، باید برای عواقب آن پاسخگو باشد. کاربران اینترنت اشیا با استفاده از دستگاه‌هایی که به اینترنت متصل‌اند، می‌توانند خطرات امنیتی و حریم خصوصی ایجاد کنند. یکی از قواعد فقهی که می‌تواند مبنای مسئولیت کاربران ابزارهای اینترنت اشیا قرار گیرد، قاعده اقدام است. طبق این قاعده، هرگاه شخصی به زیان خویش اقدامی انجام دهد، حق ندارد برای جبران خساراتی که

متحمل شده است، به دیگری مراجعه کند و خود مسئول اقدام علیه خویش است (محمدی، ۱۳۷۳، ص. ۴۵). در حوزه اینترنت اشیا، کاربران با استفاده از دستگاه‌های متصل به اینترنت می‌توانند به صورت مستقیم یا غیرمستقیم خطراتی برای خود ایجاد کنند. این خطرات ممکن است ناشی از نادیده گرفتن هشدارها، عدم به‌روزرسانی نرم‌افزارها یا عدم توجه به تنظیمات امنیتی باشد. بر اساس قاعده اقدام، اگر این خطرات ناشی از اقدامات آگاهانه و اختیاری کاربر باشد، مسئولیت خسارات بر عهده خود اوست و نمی‌تواند از دیگران مطالبه خسارت کند. از دیگر قواعد فقهی توجیه‌کننده مسئولیت مدنی کاربران اینترنت اشیا، قاعده غنم است. طبق این قاعده، هرکس که غنم و منفعت برای اوست، غرم و خسارت نیز بر عهده اوست (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص. ۴۲۶). طبق این قاعده، از آنجاکه کاربران دستگاه‌های اینترنت اشیا، مالکان آن‌ها هستند و از عین و منافع این دستگاه‌ها بهره‌مند می‌شوند، در صورتی که خسارتی از جانب این دستگاه‌ها رخ دهد، مسئولیت جبران خسارات وارده بر عهده کاربران خواهد بود. قواعد و مبانی مطرح‌شده (به‌ویژه قواعد اقدام و غنم) تعیین‌کننده حدود وظایف و مسئولیت‌های کاربران و مصرف‌کنندگان ابزارهای اینترنت اشیا هستند و به دلیل خصوصیت ذاتی و نوین بودن این فناوری، این قواعد مصرف‌کنندگان را پذیرای خطرات و آسیب‌های احتمالی می‌دانند. از آنجاکه کاربران با آگاهی از این مخاطرات اقدام به استفاده از این ابزارها می‌کنند، نمی‌توان تمام مسئولیت خسارات ناشی از استفاده از این فناوری‌ها را به طور مطلق بر عهده تولیدکنندگان دانست.

#### ۲.۶. مسئولیت نهادهای دولتی ناظر بر ابزارهای اینترنت اشیا

در حقوق اداری، اعمال و اقدامات دولت یا به لحاظ تصدیگری است یا به لحاظ حاکمیتی و مسئولیت دولت به طور مطلق نیست، بلکه این مسئولیت در مورد خساراتی است که ناشی از اعمال تصدیگری است که در این مورد، دولت مسئول خساراتی است که به افراد وارد می‌کند و در این قبیل اعمال، دلیلی بر سلب مسئولیت دولت وجود ندارد. در خصوص اعمال حاکمیتی، دولت مسئول خسارات وارده نیست؛ چنان‌که ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی نیز گواه آن است. در نظام حقوقی ایران، مسئولیت مدنی دولت مبتنی بر تقصیر است و تقصیر دولت نیز در مورد اعمال تصدیگری که موجب بروز خسارت است باید اثبات شود. در مقابل، امروزه در سطح جهان نظریه‌ای مطرح شده است که دولت را مسئول خساراتی می‌داند که بدون تقصیر ایجاد می‌شود. در

کشورهای پیشرفته، دادگاه‌ها به استناد اصل حقوق و آزادی فرد، دولت را مسئول خساراتی دانسته‌اند که حتی بدون تقصیر ایجاد شده است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۱، ص. ۳۹۹). حال در ارتباط با مسئولیت دولت و نهادهای تأییدکننده کیفیت ابزارهای اینترنت اشیا در صورت ورود خسارت، اگر مبنای مسئولیت را مبتنی بر تقصیر قرار دهیم، در این صورت اگر ثابت شود متصدیان امور دولت یا کارمندان نهادهای تأییدکننده کیفیت ابزارهای اینترنت اشیا به دلیل عدم نظارت و عدم رعایت استانداردها و مقررات لازم مرتکب تقصیر شده‌اند، باید خسارات ناشی از این تقصیر جبران شود. در مقابل، اگر مبنای مسئولیت دولت و نهادهای تأییدکننده کیفیت را مبتنی بر غیرتقصیر (خطر) بدانیم، به دلیل ماهیت ذاتاً خطرناک برخی از فناوری‌ها و تجهیزات اینترنت، دولت و نهادها مسئول خواهند بود. این مسئولیت بر پایه این فرض قرار دارد که دولت به‌عنوان تنظیم‌کننده و فراهم‌کننده بسترهای فنی و حقوقی برای استفاده از فناوری‌های اینترنت اشیا، نقش مهمی در پیشگیری از وقوع خسارت دارد و نهادها نیز با عدم تأیید دستگاه‌هایی که خطرآفرین‌اند، می‌توانند از ورود خسارت جلوگیری کنند. نهادهای تأییدکننده کیفیت نیز باید با آزمایش‌های دقیق و جامع، پیگیری و پایش ابزارها و پاسخ‌گویی در بروز هرگونه نقص یا مشکل در ابزارهای تأییدشده، ضمانت محصول مبتنی بر اینترنت اشیا را عهده‌دار شوند. مسئولیت دولت و نهادهای تأییدکننده کیفیت ابزارهای اینترنت اشیا از منظر فقهی نیز قابل بررسی است. طبق مبنای اتلاف، هرگونه تلفی که نسبت به اموال یا منافع دیگران رخ دهد، منجر به ضمان است، اما چون دولت فاقد شخصیت حقیقی است، فرض اتلاف بالمباشره برای دولت تنها از منظر متصدیان امور دولتی قابل تصور است و اتلاف از لحاظ اعمال حاکمیت جزو اتلاف بالتسبیب خواهد بود. به‌موجب این موضوع، متصدیان امور دولتی در خصوص ابزارهای اینترنت اشیا، چنانچه به سبب مسئولیتی که دارند، موجب اتلاف مال یا منافع دیگران شوند، دولت در قبال جبران خسارت مسئول خواهد بود. همچنین، اگر قاعده «الخراج بالضمنان» را مبنای مسئولیت دولت بدانیم، در خصوص این قاعده چنین برداشت می‌شود که این قاعده جزو قواعد حکومتی است و دولت اسلامی در قبال مالیاتی که به‌صورت زکات، جزیه و... می‌گیرد، تعهد دارد که حوایج و نیازهای مسلمانان را برطرف و نسبت به سروسامان دادن امور عامه اقدام کند و مردم در این امور حق مطالبه از حاکمیت را دارند (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۱۲۰). بنابراین، از سویی حکومت را ملزم به انجام دادن تعهداتش می‌کند و از سوی دیگر، مردم را مستحق الزام حاکمیت به انجام دادن تعهداتش می‌کند که



این همان ثمره مسئولیت مدنی دولت است. اگر دولت از ابزارهای اینترنت اشیا برای مدیریت خدمات عمومی، زیرساخت‌ها یا دیگر نیازهای جامعه استفاده کند، طبق این قاعده باید مسئولیت مشکلات و خساراتی را که به دلیل نقص در این فناوری‌ها یا سوءمدیریت آن‌ها به مردم وارد می‌شود، بر عهده گیرد. با توجه به وجوهی که برای مسئولیت دولت و نهادهای ناظر بر کیفیت ابزارهای اینترنت اشیا گفته شد، در صورت ورود خسارت و ضرر از قبل این ابزارها، این گروه دارای مسئولیت جدی در جبران خسارات هستند و این مسئله می‌تواند استناد عرفی مسئولیت به تولیدکنندگان را دچار تردید جدی کند.

#### ۷. لزوم حمایت از فناوری‌های نوین به‌ویژه اینترنت اشیا

حمایت و سرمایه‌گذاری در فناوری‌های نوین به‌ویژه اینترنت اشیا از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. این فناوری به‌ویژه در عرصه‌های مختلفی مانند بهداشت و درمان، مدیریت منابع و حمل‌ونقل توانسته است تحولات عمده‌ای ایجاد کند. برای بهره‌برداری کامل از این فناوری‌ها و تضمین پیشرفت‌های مداوم، حمایت مالی و تشویق‌های جدی از سوی نهادهای دولتی و بخش‌های خصوصی ضروری است. این سرمایه‌گذاری‌ها به توسعه سریع‌تر فناوری‌های نوین، بهبود زیرساخت‌ها و ارتقای کیفیت خدمات کمک می‌کنند که نتیجه آن منفعت مستقیم برای تک‌تک افراد جامعه خواهد بود. یکی از جنبه‌های برجسته این فناوری‌ها، خدمات شایانی است که به واسطه آن‌ها فراهم می‌شود. در حوزه بهداشت و درمان، اینترنت اشیا توانسته است به شکل شایان توجهی بر مراقبت‌های پزشکی تأثیر بگذارد. سیستم‌های پیشرفته مبتنی بر اینترنت اشیا قادر به نظارت دائمی بر وضعیت سلامت بیماران و ارائه درمان‌های به‌موقع و دقیق هستند. این فناوری‌ها به‌ویژه در نجات جان افراد و درمان بیماری‌های پیچیده و مزمن نقشی اساسی ایفا کرده‌اند. خدماتی مانند دستگاه‌های پایش سلامت و سیستم‌های هشداردهنده برای بیماران دارای بیماری‌های قلبی مثال‌هایی از این خدمات شایان هستند که با استفاده از اینترنت اشیا فراهم آمده‌اند و به‌طور عمده‌ای کیفیت مراقبت‌های پزشکی را بهبود بخشیده‌اند. افزون‌براین، اینترنت اشیا در بهینه‌سازی مدیریت منابع و کاهش هزینه‌ها نیز نقشی کلیدی ایفا می‌کند. برای مثال، در مدیریت انرژی، فناوری‌های نوین به کمک اینترنت اشیا قادر به نظارت و کنترل مصرف انرژی به‌صورت دقیق‌تری هستند. این موضوع نه تنها موجب صرفه‌جویی در هزینه‌ها می‌شود، بلکه به کاهش مصرف انرژی

نیز کمک می‌کند. در زمینه حمل و نقل، سیستم‌های هوشمند مدیریت ترافیک و پایش ناوگان حمل و نقل می‌توانند به کاهش ترافیک و صرفه‌جویی در زمان کمک کنند. این نوع خدمات به دلیل کارایی بالاتر نسبت به روش‌های سنتی، موجب بهبود کیفیت زندگی می‌شود. دستیابی به این نتایج، نیازمند سرمایه‌گذاری در تحقیق و توسعه، زیرساخت‌های فناوری و آموزش‌های مرتبط برای استفاده از این فناوری‌هاست. حمایت از این حوزه‌ها نه تنها به تسریع روند توسعه فناوری‌ها کمک می‌کند، بلکه به طور مستقیم به نفع جامعه و افراد خواهد بود. از این رو تضمین حمایت و تشویق‌های لازم برای توسعه فناوری‌های نوین به ویژه اینترنت اشیا به عنوان نیاز راهبردی، منافع گسترده‌ای برای جامعه فراهم می‌کند و به ارتقای کیفیت زندگی در سطح جهانی منجر می‌شود.

#### ۸. حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان ابزارهای اینترنت اشیا

با توجه به مصوبه ۲۴۸/۳۹ مجمع عمومی سازمان ملل، حقوقی برای مصرف‌کنندگان از جمله موارد زیر وجود دارد که برای تبیین حقوق کاربران و مصرف‌کنندگان ابزارهای اینترنت اشیا مورد مذاقه قرار می‌گیرند.

۱. حق برخورداری از کالا و خدمات سالم و بی‌عیب: گستردگی و فراوانی کالاهای و خدمات مبتنی بر اینترنت اشیا و القای سلیقه به کاربران این ابزارها از سوی صاحبان سرمایه سبب می‌شود که این حق را برای کاربران اینترنت اشیا قائل شویم که با فرض ارائه کالا و خدمات مبتنی بر اینترنت اشیا در بازار مصرفی، با اطمینان کامل از خدمات و کالاهای نوین استفاده کنند (باقرزاده، ۱۳۸۱، ص. ۱۹۴). کاربران حق دارند کالا و خدماتی دریافت کنند که سالم و بدون نقص باشند و دستگاه‌های اینترنت اشیا باید به طور استاندارد و با کیفیت بالا طراحی و تولید شوند. این مورد شامل آزمون‌های کیفیت برای اطمینان از عملکرد درست دستگاه‌ها و جلوگیری از خرابی‌های مکرر است. ماده ۲ از فصل ۲ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ مقرر می‌دارد در صورتی که کالا معیوب باشد، مشتری حق فسخ کالا را خواهد داشت. علم فقه نیز با تعیین خیار عیب برای مشتری و نیز شرایطی که در کتاب‌های مکاسب و متأجر برای مبیع یاد شده (مانند طهارت عین و قابلیت انتفاع)، به این حق اهتمام ورزیده است (شهید اول، ۱۴۱۱ق، ص. ۹۲؛ جزیری، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص. ۱۴۸).

۲. حق ایمنی برای مصرف‌کننده: کاربران اینترنت اشیا حق دارند از کالاهای و خدماتی بهره‌مند

شوند که ایمن بوده و از مخاطرات در امان باشند. کاربران باید اطمینان حاصل کنند که کالای مصرفی مبتنی بر اینترنت اشیا هیچ‌گونه آسیبی به امنیت آن‌ها وارد نمی‌سازد. «داشتن قابلیت انتفاع» در مبیع و عدم معامله با کالاهایی که به صورت عرفی خطرناک‌اند و نافی قابلیت انتفاع در مبیع هستند، نمونه‌هایی از اهتمام دانش فقه در بحث یادشده هستند (سبزواری، بی‌تا، ص. ۹۳).

۳. حق برخورداری از اطلاعات کامل: مطابق با این حق، کاربران اینترنت اشیا باید از معلومات اساسی درباره کالا و خدمات مبتنی بر اینترنت اشیا مطلع شوند تا بتوانند تصمیم درستی برای خرید و انعقاد عقد بیع در خصوص این کالاها بگیرند (باقرزاده، ۱۳۸۱، ص. ۸۵). در این زمینه، تولیدکنندگان و ارائه‌دهندگان خدمات باید اطلاعات کامل در مورد ویژگی‌ها، عملکرد و چگونگی استفاده از دستگاه‌های اینترنت اشیا را ارائه دهند. نهی از تدلیس و تغیر قولی و فعلی در احادیث پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) و آگاهی از قابلیت انتفاع، مثال‌هایی از اهتمام فقه در بهره‌مندی از این حق است.

۴. حق انتخاب: مطابق با حق یادشده، کاربران اینترنت اشیا باید از حق انتخاب آزادانه در استفاده از ابزارهای هوشمند برخوردار باشند تا در فضای رقابتی بتوانند بهترین کالا و خدمات را در بالاترین سطح کیفیت دریافت کنند (ریاح، ۱۴۲۶ق، ص. ۵۲). قرارداد تراضی به‌عنوان یکی از شروط صحت معاملات و نهی از احتکار اموال، مثال‌هایی از اهتمام فقه به حق یادشده است.

۵. حق برخورداری از حمایت دولت: طبق مبانی فقهی و شرعی، دستیابی به قیمت‌های مبتنی بر عدالت و مهار نرخ تورم یکی از برنامه‌های اقتصادی دولت است. به دلیل پیچیدگی کالاها و خدمات به‌ویژه کالاهای مبتنی بر فناوری‌های نوین و خودداری تولیدکنندگان از ارائه اطلاعات به مصرف‌کنندگان، این گروه را در معرض انواع خطرهای قرار می‌دهد، بر دولت لازم است از حقوق مصرف‌کنندگان و کاربران در برابر تولیدکنندگان و عرضه‌کنندگان کالاها و خدمات دفاع کند (باقرزاده، ۱۳۸۱، ص. ۱۹۸). همچنین، مصرف‌کنندگان باید از حمایت‌های دولتی در برابر کالاها و خدمات معیوب و ناپایدار بهره‌مند شوند. نظارت پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) بر فعالیت‌های اقتصادی، مثالی از مداخله حکومت اسلامی در حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان

است.

۶. حق تشکیل نهادهای مدافع حقوق مصرف‌کنندگان: کاربران و مصرف‌کنندگان ابزارهای نوین می‌توانند برای انسجام بیشتر و رسیدگی به حقوق خود تشکلهای صنفی تشکیل دهند (رباح، ۱۴۲۶ق، ص. ۱۷۱). هدف از تشکیل این تشکلهای، حمایت و دفاع از حقوق مصرف‌کنندگان و کاربران خواهد بود (رباح، ۱۴۲۶ق، ص. ۱۰۵). ماده ۹ از فصل ۳ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مقرر می‌دارد «به منظور سازمان‌دهی مشارکت مردمی در اجرای سیاست‌ها و برنامه‌های حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، به موجب این قانون انجمن‌های حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان تأسیس می‌شود و در این قانون «انجمن» خوانده خواهد شد». تشکیل چنین انجمن‌هایی در سیره پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) نیز مشاهده می‌شود که این تشکل در عصر ایشان «حلف‌الفضول» نام داشت که به حمایت از حقوق مظلومان در برابر ظالمان شهر مکه می‌پرداخت.

#### ۹. حمایت از حقوق تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا

تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا دارای حقوقی هستند که لازم است مورد حمایت قرار گیرد که در زیر به برخی از آنها اشاره می‌شود.

۱. حقوق مالکیت فکری: حفاظت از حقوق مالکیت فکری برای تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. ثبت اختراعات و علائم تجاری به تولیدکنندگان کمک می‌کند تا از فناوری‌های خود در برابر تقلید و سوءاستفاده، محافظت و از نوآوری‌های خود به‌عنوان مزیت رقابتی استفاده کنند و به جذب سرمایه‌گذاری بیشتر بپردازند (Gervaise, 2020, p. 45). طبق حدیث نبوی «من سبق الی ما لم یسبق الیه احد فهو له» (نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص. ۱۴۹)، می‌توان گفت حق مالکیت تولیدات نوآورانه برای تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا محفوظ خواهد بود.

۲. استانداردهای بین‌المللی: استانداردهای بین‌المللی مانند ISO/IEC 27001 برای مدیریت امنیت اطلاعات و ISO/IEC 30141 برای معماری اینترنت اشیا، نقش مهمی در تضمین کیفیت و امنیت محصولات آن ایفا می‌کنند. این استانداردها به تولیدکنندگان کمک می‌کنند تا محصولات خود را مطابق با الزامات جهانی تولید کنند و از حمایت‌های قانونی و تجاری بهره‌مند شوند.

همچنین، استانداردها باعث افزایش اعتماد مصرف‌کنندگان و کاهش ریسک‌های امنیتی مرتبط با اینترنت اشیا می‌شوند (Baldini, 2016, p. 28).

۳. قراردادهای و توافق‌نامه‌های تجاری: تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا نیاز به قراردادهای دقیق و محکم دارند تا از حقوق خود در تعاملات تجاری محافظت کنند. این قراردادها باید شامل جزئیاتی مانند حق مالکیت فکری، شرایط استفاده، مسئولیت‌ها و ضمانت‌ها باشند (Murray, 2019, p. 14). در ایران، قوانین مربوط به قراردادهای و توافق‌نامه‌های تجاری توسط قانون مدنی و قانون تجارت تعیین می‌شوند که به حمایت از حقوق تولیدکنندگان و اجرای عدالت در تعاملات تجاری کمک می‌کنند. در فقه اسلامی نیز رعایت تعهدات و قراردادهای بسیار اهمیت دارد؛ چنان‌که قرآن کریم می‌فرماید «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده، آیه ۱).

۴. حمایت‌های مالی و مالیاتی: دولت‌ها می‌توانند با ارائه تسهیلات مالی و مالیاتی، تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا را حمایت کنند. این حمایت‌ها شامل کاهش مالیات، اعطای وام‌های کم‌بهره و تخصیص بودجه‌های تحقیق و توسعه می‌شود. این اقدامات باعث تشویق به نوآوری و سرمایه‌گذاری در حوزه اینترنت اشیا می‌شود و به توسعه این صنعت کمک می‌کند.

۵. حفاظت از داده‌ها: تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا باید از قوانین مربوط به حفاظت از داده‌ها و امنیت سایبری پیروی کنند. این قوانین به حفظ اعتبار و اعتماد مشتریان کمک می‌کنند و از حقوق تولیدکنندگان در مقابل حملات سایبری حمایت می‌کنند (Davis, 2013, p. 54). حفاظت از داده‌ها به منزله حفاظت از امانت‌هاست که در فقه اسلامی نیز به آن توجه ویژه شده است؛ چنان‌که قرآن کریم می‌فرماید «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (نساء، آیه ۵۸).

### نتیجه‌گیری

۱. برای تعیین حدود مسئولیت تولیدکنندگان و حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان ابزارهای اینترنت اشیا، بررسی مبنای فقهی و حقوقی مسئولیت تولیدکنندگان ضروری می‌نماید که در میان مبنای فقهی ارائه‌شده، تنها مبنای اتلاف نمی‌تواند مبنایی برای مسئولیت تولیدکنندگان قرار گیرد؛ زیرا اتلاف مستقیم ابزارهای هوشمند توسط تولیدکنندگان مقدور نیست و به تبع آن، اثبات علیت میان اتلاف مستقیم تولیدکننده و عملکرد او وجود ندارد. در نتیجه، این قاعده

مبنای مناسبی برای اثبات مسئولیت نیست. همچنین، جمیع نظریات حقوقی ارائه شده مانند خطر، تقصیر، مسئولیت تضمین سلامت کالا و مسئولیت محض به طریقی اثبات‌کننده مسئولیت مدنی تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا هستند. قائل شدن به یک مبنای فقهی یا حقوقی نمی‌تواند ایده مناسبی برای مسئول دانستن تولیدکنندگان باشد؛ زیرا به دلیل توسعه مکرر فناوری اینترنت اشیا و ایجاد مسائل جدید در مسئله جبران خسارات، نظریات فقهی و حقوقی باید قابلیت انطباق با تغییرات و انعطاف‌پذیری برای پاسخ‌دهی به مسائل گوناگون را داشته باشند و انتخاب یک مبنا، قابلیت انطباق با مسائل جدید پیش رو را ندارد. همچنین، با توجه به فقدان نظام تقنینی جامع و یکپارچه در سطح جهان، توجه به تعدد مبانی فقهی و حقوقی مسئولیت تولیدکنندگان برای ایجاد چهارچوب قانونی مناسب ضرورت دارد که سبب ایجاد عدل و انصاف در حیطه مسئولیت تولیدکنندگان و حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان می‌شود. همچنین، انتخاب تعدد مبانی راه را برای تشخیص قابلیت انتساب ضرر فراهم می‌کند.

۲. تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا افزون‌بر اختیارات و حقوقی که دارند، در مقابل مصرف‌کنندگان دارای مسئولیت‌های ویژه‌ای مانند تضمین امنیت کالا، حفظ حریم خصوصی و قبول خسارت در صورت وجود عیب در کالاهای هوشمند هستند که در این خصوص، پیچیدگی ضررهای وارد به مصرف‌کنندگان ناشی از نقص، ضرر و کاهش کیفیت کالای هوشمند، آثار حقوقی ویژه‌ای را در مبحث مسئولیت تولیدکنندگان به وجود می‌آورد؛ به خصوص که به دلیل پیچیدگی فنی ابزارها، شناخت منشأ ضرر گاه با مشقت یا عدم تشخیص همراه خواهد بود.

۳. با توجه به پیچیدگی خساراتی که از جانب ابزارهای اینترنت اشیا اتفاق می‌افتد، تولیدکنندگان تنها پاسخ‌گوی مسائل مرتبط با جبران خسارات نیستند و در راستای تعدیل مسئولیت تولیدکنندگان باید مسئولیت مصرف‌کنندگان ابزارها اینترنت اشیا و نهادهای دولتی نیز در نظر گرفته شود؛ زیرا با توجه به ماهیت خاص ابزارهای اینترنت اشیا که ذاتاً خطرآفرین هستند و پذیرش این خطر توسط کاربران و مصرف‌کنندگان این ابزارها بر مبنای قواعد اقدام و غنم موجب قرار مسئولیت برای کاربران و مصرف‌کنندگان می‌شود که کاملاً منطقی است. همچنین، نهادهای دولتی که مسئولیت تأیید کالاهای هوشمند را دارند و به دلیل ضعف در تشخیص کالای معیوب کیفیت آن را تضمین کرده‌اند، در صورت ورود خسارت از قبل این کالاها، مسئول جبران خسارت هستند. این موضوع استناد عرفی مسئولیت محض تولیدکنندگان را دچار تردید

جدی کرده است و مسئولیت‌پذیری ایشان را به سمت پذیرش مبنایی منصفانه‌تر و عادلانه‌تر سوق می‌دهد.

۴. حمایت و سرمایه‌گذاری در فناوری‌های نوین به‌ویژه اینترنت اشیا به دلیل تأثیرات مثبت شایان توجهی که در بهداشت و درمان، مدیریت منابع و حمل‌ونقل دارد، از اهمیت بالایی برخوردار است. این فناوری‌ها با بهبود کیفیت خدمات و افزایش کارایی، منافع مستقیم و قابل توجهی را برای جامعه به همراه می‌آورند. از پیشرفت‌های شایان توجه در مراقبت‌های پزشکی گرفته تا بهینه‌سازی مصرف انرژی و بهبود مدیریت ترافیک، اینترنت اشیا نقش اساسی در ارتقای کیفیت زندگی ایفا می‌کند. برای دستیابی به این نتایج مطلوب، نیاز به سرمایه‌گذاری در تحقیق و توسعه و زیرساخت‌ها ضروری است. حمایت مالی و تشویق‌های جدی از سوی نهادهای دولتی و بخش‌های خصوصی به تسریع روند توسعه و کاربرد این فناوری‌ها کمک می‌کند و در نتیجه، منافع گسترده‌ای برای جامعه فراهم خواهد کرد. به این ترتیب، تضمین حمایت‌های لازم برای توسعه فناوری‌های نوین به‌عنوان یک نیاز اساسی به ارتقای کیفیت زندگی و ایجاد پیشرفت‌های پایدار در سطح جهانی منجر می‌شود. همچنین، حمایت از تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان محصولات هوشمند باعث افزایش اعتماد به محصولات و خدمات جدید و ایجاد انگیزه برای نوآوری و توسعه فناوری‌های نوین می‌شود.

۵. با توجه به فقدان نظام تقنینی جامع در تمام ابعاد حقوقی مرتبط با فناوری‌های نوین به‌ویژه اینترنت اشیا، ضرورت دارد تا دانشمندان فقه و دکترین حقوقی به مطالعه عمیق و دقیق در این رابطه بپردازند و سعی در ارائه پیشنهادها و نشر مطالب علمی دقیق برای تدوین قوانین به‌روز و منطبق با نیازهای نوپیدا داشته باشند.

## منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۷ق). حاشیه مکاسب (جلد ۱). قم: ذوی القربی.
- ۳) باریکلو، علی‌رضا (۱۴۰۱). مسئولیت مدنی. تهران: میزان.
- ۴) باقرزاده، احد (۱۳۸۱). بازار، دولت، حقوق مصرف‌کننده. قم: مؤسسه توسعه علم.
- ۵) جزیری، عبدالرحمان (۱۴۲۰ق). الفقه علی المذاهب الاربعه (جلد ۲). بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ۶) حائری یزدی، عبدالکریم (۱۳۳۷). دررالفوائد (جلد ۲). قم: مطبعة مهر.
- ۷) حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه (جلد ۸). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث.
- ۸) حسینی مراغه‌ای، عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیه (جلد ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۹) حکمت‌نیا، محمود (۱۳۸۹). مسئولیت مدنی در فقه امامیه؛ مبانی و ساختار. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ۱۰) حکیم، محسن (بی‌تا). نهج‌الفقاهه (جلد ۱). قم: نشر ۲۲ بهمن.
- ۱۱) حکیم، محمدتقی (۱۴۱۸ق). الاصول العامة للفقهاء المقارن. قم: مجمع جهانی اهل‌بیت (علیهم‌السلام).
- ۱۲) خوانساری نجفی، موسی (۱۳۷۳). منیه الطالب فی شرح مکاسب (جلد ۱). تهران: المکتبه‌المحمدیه.
- ۱۳) داراب‌پور، مهرباب (۱۴۰۱). مسئولیت مدنی خارج از قرارداد؛ پرداخت خسارت، استرداد عین و امتیازات. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- ۱۴) دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۳۰). لغت‌نامه دهخدا (جلد ۲). تهران: دانشگاه تهران.
- ۱۵) رباح، غسان (۱۴۲۶ق). قانون حمايه المستهلك الجديد. بیروت: منشورات زین‌الحقوقیه.
- ۱۶) سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۷ق). مصادرالفقه الاسلامی و منابعه (جلد ۱). بیروت: دارالاضواء.
- ۱۷) سیزواری، محمدباقر (بی‌تا). کفایة الاحکام. اصفهان: مدرسه صدر مهدوی.
- ۱۸) شهید اول، محمدبن مکی (۱۴۱۱ق). اللعنه‌الدمشقیه. قم: دارالفکر.
- ۱۹) صاحب‌جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۴۲۱ق). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام (جلد ۳۰). قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت (علیهم‌السلام).
- ۲۰) صدر، محمدباقر (۱۴۰۶ق). دروس فی علم‌الاصول (جلد ۱). بیروت: دارالکتاب‌اللبنانی.
- ۲۱) طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۱). حقوق اداری. تهران: سمت.
- ۲۲) طباطبایی، محمدحسین (بی‌تا). حاشیه‌الکفایه (جلد ۲). قم: بنیاد فکری و علمی علامه طباطبایی.
- ۲۳) فاضل‌لنکرانی، محمد (۱۳۸۱). تفصیل الشریعه؛ الاجاره. قم: مرکز فقه الاثمه‌الاطهار (علیهم‌السلام).



- ۲۴) فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۳). القواعد الفقهیه. قم: مرکز فقه الائمة الاطهار (علیهم السلام).
- ۲۵) فخلعی، محمدتقی و ولی‌اللهی، مجتبی (۱۳۸۹). بررسی شرط معاصرت سیره عقلا با عصر معصومان. مجله فقه و اصول، ۲ (۴۲)، صص. ۸۵-۱۰۴.
- ۲۶) قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۳). مبانی مسئولیت مدنی. تهران: میزان.
- ۲۷) قزوینی، علی‌بن‌اسماعیل (۱۴۱۹ق). رساله فی العدالة. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۲۸) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). الزام‌های خارج از قرارداد؛ ضمان قهری. تهران: دانشگاه تهران.
- ۲۹) کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). الزام‌های خارج از قرارداد؛ مسئولیت مدنی (جلد ۱). تهران: گنج دانش.
- ۳۰) لطفی، اسدالله (۱۳۹۳). سلسله مباحث فقهی، حقوقی مسئولیت مدنی. تهران: جاودانه.
- ۳۱) محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۴). بررسی فقهی حقوق خانواده؛ نکاح و انحلال آن. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۳۲) محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۴). قواعد فقه؛ بخش مدنی؛ مالکیت-مسئولیت. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۳۳) محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۳). قواعد فقه. تهران: یلدا.
- ۳۴) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهیه (جلد ۲). قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین (علیه السلام).
- ۳۵) ملکی اصفهانی، مجتبی (۱۳۹۳). فرهنگ اصطلاحات اصول (جلد ۱). قم: مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی (صلی‌الله علیه و آله).
- ۳۶) موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۷۹). قواعد فقهیه (جلد ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۳۷) میرشکاری، عباس و رمضانی، فاطمه (۱۴۰۳). تبیین نسبت «قاعده طلایی» با مسئولیت مدنی. فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۲۵ (۶۳)، صص. ۳۳-۶۲. doi: 10.30497/law.2024.245349.3441
- ۳۸) میرشکاری، عباس و ملکی، نفیسه (۱۴۰۱). مسئولیت مدنی مشهور در تأیید کالاها و خدمات. فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۲۳ (۵۶)، صص. ۱۹۹-۲۳۰. doi: 10.30497/law.2022.242216.3150
- ۳۹) نظری، ایراندخت (۱۳۹۷). مسئولیت مدنی مالک. تهران: انتشارات مجد.
- ۴۰) نوری، حسین‌بن‌محمدتقی (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل (جلد ۳). بیروت: مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام).
- ۴۱) هاشمی شاهرودی، محمود (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الاصول (جلد ۴). قم: مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیة.

- 42) Amodio, L. M. (2021). The intersection of product liability law and the Internet of Things. Boston: College Intellectual Property and Technology Forum.
- 43) Baistrocchi, P. (2002). Liability of intermediary service providers in the EU directive on electronic commerce. *Computer and High Technology Law Journal*, 19(1), 111-130.
- 44) Baldini, G. (2016). Standards for the Internet of Things (IoT): A literature review. IEEE.
- 45) Cavoukian, A. (2011). Privacy by design: The 7 foundational principles. *Information and Privacy Commissioner of Ontario*, 4(2), 1-5.
- 46) Davis, J. (2013). *Cybersecurity for beginners*. CreateSpace Independent Publishing Platform.
- 47) Geistfeld, M. (2017). A roadmap for autonomous vehicles: State tort liability, automobile insurance, and federal safety regulation. New York University.
- 48) Gervaise, D. (2020). The future of intellectual property. London: Oxford University Press.
- 49) Gomez, A., & Bajag, A. (2019). Challenges of testing complex Internet of Things (IoT) devices and systems. *IEEE*, 1(4), 1-16.
- 50) Harpwood, V. (2005). *Modern tort law*. New York: Routledge-Cavendish.
- 51) Kumari, A., & Aggarwal, L. (2022). Security and privacy issues in IoT. *Maharaja Surajmal Institute of Technology*, 4(2), 1-11.
- 52) Lee, I., & Lee, K. (2015). The Internet of Things (IoT): Applications, investments, and challenges for enterprises. *Business Horizons*, 58(4), 431-440.
- 53) Machnikowski, P. (2016). *European product liability: An analysis of the state of the art of new technologies*. Cambridge, England: Intersentia.
- 54) Murray, A. (2019). *Product-service systems and sustainability: Opportunities for sustainable solutions*. London: Oxford University Press.
- 55) Von Bar, C. (1998). *The common European law of torts*. Oxford, England: Clarendon Press.
- 56) Wittliff, W. (2003). Hacking and liability issues: When does liability attach? *Vanderbilt Law Review*, 61(2), 135-148.

## References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Amodio, L. M. (2021). The intersection of product liability law and the Internet of Things. Boston: College Intellectual Property and Technology Forum.
- 3) Baistrocchi, P. (2002). Liability of intermediary service providers in the EU directive on electronic commerce. *Computer and High Technology Law Journal*, 19(1), 111-130.
- 4) Baldini, G. (2016). Standards for the Internet of Things (IoT): A literature review. IEEE.
- 5) Bāqerzādeh, Aḥad (1381 SH/2002). Bāzār, Dowlat, Ḥoqūq-e Moṣref-konandeh [Market, Government, Consumer Rights]. Qom: Mo'asseseh-ye Tose'eh-ye 'Elm [in Persian].
- 6) Bārīklū, 'Alī-Rezā (1401 SH/2022). Mas'ūliyat-e Madanī [Civil Liability]. Tehran: Mīzān [in Persian].
- 7) Cavoukian, A. (2011). Privacy by design: The 7 foundational principles. *Information and Privacy Commissioner of Ontario*, 4(2), 1-5.
- 8) Dārāb-pūr, Mehrāb (1401 SH/2022). Mas'ūliyat-e Madanī Khārej az Qarārdād; Pardākht-e Khesārat, Esterdād-e 'Ayn va Emtiyāzāt [Non-contractual Civil Liability; Compensation, Restitution, and Privileges]. Tehran: Majma'-e 'Elmī va Farhangī-ye Majd [in Persian].
- 9) Davis, J. (2013). *Cybersecurity for beginners*. CreateSpace Independent Publishing Platform.
- 10) Dehkhodā, 'Alī-Akbar (1330 SH/1951). Loqat-nāmeḥ-ye Dehkhodā (Vol. 2) [Dehkhoda Dictionary]. Tehran: Dāneshgāh-e Tehrān [in Persian].
- 11) Fakhlā'ī, Moḥammad Taqī & Valiollāhī, Mojtābā (1389 SH/2010). Barrasī-ye Shart-e Mo'āṣerat-e Sireh-ye 'Oqālā bā 'Aṣr-e Ma'ṣūmān [Analysis of the Condition of Contemporary Rational Custom to the Time of Infallibles]. *Majalleh-ye Feqh va Oṣūl* [Journal of Jurisprudence and Principles], 2(42), pp. 85-104 [in Persian].
- 12) Fāzel Lankarānī, Moḥammad (1381 SH/2002). Tafṣīl al-Sharī'ah; al-Ejārah. Qom: Markaz-e Feqh al-A'emmat al-Aṯhār [in Arabic].
- 13) Fāzel Lankarānī, Moḥammad (1383 SH/2004). al-Qavā'ed al-Feqhīyah. Qom: Markaz-e Feqh al-A'emmat al-Aṯhār [in Arabic].
- 14) Geistfeld, M. (2017). *A roadmap for autonomous vehicles: State tort liability, automobile insurance, and federal safety regulation*. New York University.
- 15) Gervaise, D. (2020). *The future of intellectual property*. London: Oxford University Press.
- 16) Gomez, A., & Bajag, A. (2019). Challenges of testing complex Internet of Things (IoT) devices and systems. *IEEE*, 1(4), 1-16.
- 17) Ḥā'erī Yazdī, 'Abd al-Karīm (1337 SH/1958). Dorar al-Favā'ed (Vol. 2). Qom: Maṭba'eh-ye Mehr [in Arabic].
- 18) Ḥakīm, Muḥammad Taqī (1418 AH/1997). al-Uṣūl al-'Āmmah lil-Fiqh al-Muqāran. Qom: Majma' Jahānī Ahl al-Bayt [in Arabic].
- 19) Ḥakīm, Muḥsin (n.d.). *Nahj al-Fiqāhah* (Vol. 1). Qom: Nashr 22 Bahman [in

Arabic].

- 20) Harpwood, V. (2005). *Modern tort law*. New York: Routledge-Cavendish.
- 21) Hāshemī Shāhrūdī, Maḥmūd (1417 AH/1996). *Buḥūth fī 'Ilm al-Uṣūl* (Vol. 4). Qom: Markaz al-Ghadīr lil-Dirāsāt al-Islāmīyah [in Arabic].
- 22) Ḥekmat-niyā, Maḥmūd (1389 SH/2010). *Mas'ūliyat-e Madanī dar Feqh-e Emāmīyeh; Mabānī va Sākhtār* [Civil Liability in Imāmī Jurisprudence; Foundations and Structure]. Qom: Pazhūheshgāh-e 'Ulūm va Farhang-e Eslāmī [in Persian].
- 23) Ḥurr 'Āmilī, Muḥammad ibn al-Ḥasan (1416 AH/1995). *Tafṣīl Wasā'il al-Shi'ah ilā Tahṣīl Masā'il al-Sharī'ah* (Vol. 8). Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li-Iḥyā' al-Turāth [in Arabic].
- 24) Ḥusaynī Marāghī, 'Abd al-Fattāh ibn 'Alī (1417 AH/1996). *al-'Anāwīn al-Fiqhīyah* (Vol. 2). Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
- 25) Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (1427 AH/2006). *Ḥāshiyat al-Makāsib* (Vol. 1). Qom: Dhawī al-Qurbā [in Arabic].
- 26) Jazīrī, 'Abd al-Raḥmān (1420 AH/1999). *al-Fiqh 'alā al-Madhāhib al-Arba'a* (Vol. 2). Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyah [in Arabic].
- 27) Kātoziān, Nāsher (1378 SH/1999). *Elzām-hā-ye Khārej az Qarārdād; Żamān-e Qahrī* [Obligations Arising Outside Contract; Compulsory Guarantee]. Tehran: Dāneshgāh-e Tehrān [in Persian].
- 28) Kātoziān, Nāsher (1400 SH/2021). *Elzām-hā-ye Khārej az Qarārdād; Mas'ūliyat-e Madanī* (Vol. 1) [Obligations Arising Outside Contract; Civil Liability]. Tehran: Ganj-e Dānesh [in Persian].
- 29) Khvānsārī Najafī, Mūsā (1373 SH/1994). *Munyat al-Tālib fi Sharḥ al-Makāsib* (Vol. 1). Tehran: al-Maktabat al-Muḥammadiyah [in Arabic].
- 30) Kumari, A., & Aggarwal, L. (2022). Security and privacy issues in IoT. *Maharaja Surajmal Institute of Technology*, 4(2), 1-11.
- 31) Lee, I., & Lee, K. (2015). The Internet of Things (IoT): Applications, investments, and challenges for enterprises. *Business Horizons*, 58(4), 431-440.
- 32) Lotfī, Asadollāh (1393 SH/2014). *Selseleh Mabāḥes-e Feqhī, Ḥoqūqī-ye Mas'ūliyat-e Madanī* [Series of Jurisprudential and Legal Discussions on Civil Liability]. Tehran: Jāvedāneh [in Persian].
- 33) Machnikowski, P. (2016). *European product liability: An analysis of the state of the art of new technologies*. Cambridge, England: Intersentia.
- 34) Makārem Shīrāzī, Nāsher (1411 AH/1990). *al-Qavā'id al-Fiqhīyah* (Vol. 2). Qom: Madrasat al-Imām Amīr al-Mu'minīn [in Arabic].
- 35) Malekī Eṣfahānī, Mojtabā (1393 SH/2014). *Farhang-e Eṣṭelāḥāt-e Oṣūl* (Vol. 1) [Dictionary of Principles Terminology]. Qom: Markaz-e Beyn al-Melalī-ye Tarjomeh va Nashr al-Moṣṭafā [in Persian].
- 36) Mīrshakārī, 'Abbās & Malekī, Nafīseh (1401 SH/2022). *Mas'ūliyat-e Madanī-ye Mashhūr dar Ta'yīd-e Kalā-hā va Khadamāt* [Celebrities' Liability for Service & Product Endorsement]. *Faṣlnāmeḥ-ye 'Elmī-ye Pazūheshnāmeḥ-ye Ḥoqūq-e Eslāmī* [Journal of Islamic Law Research], 23(56), pp. 199-230. doi: 10.30497/law.2022.242216.3150 [in Persian].

- 37) Mīrshakārī, ‘Abbās & Ramazānī, Fātemeh (1403 SH/2024). Tab‘īn-e Nesbat-e "Qā‘edeh-ye Ṭalā‘ī" bā Mas‘ūliyat-e Madanī [Elucidating the Relationship between the "Golden Rule" and Civil Liability]. Faṣṣnāmeḥ-ye ‘Elmī-ye Pażūheshnāmeḥ-ye Ḥoqūq-e Eslāmī [Journal of Islamic Law Research], 25(63), pp. 33-62. doi: 10.30497/law.2024.245349.3441 [in Persian].
- 38) Moḥammadī, Abū al-Ḥasan (1373 SH/1994). Qavā‘ed-e Feqh [Jurisprudential Rules]. Tehran: Yaldā [in Persian].
- 39) Moḥaqqueq Dāmād, Moṣṭafā (1384 SH/2005). Barrasī-ye Feqhī-ye Ḥoqūq-e Khānevādeḥ; Nekāḥ va Enḥelāl-e Ān [Jurisprudential Analysis of Family Law; Marriage and its Dissolution]. Tehran: Markaz-e Nashr-e ‘Olūm-e Eslāmī [in Persian].
- 40) Moḥaqqueq Dāmād, Moṣṭafā (1384 SH/2005). Qavā‘ed-e Feqh; Bakhsh-e Madanī; Mālekīyat-Mas‘ūliyat [Jurisprudential Rules; Civil Section; Ownership-Liability]. Tehran: Markaz-e Nashr-e ‘Olūm-e Eslāmī [in Persian].
- 41) Murray, A. (2019). Product-service systems and sustainability: Opportunities for sustainable solutions. London: Oxford University Press.
- 42) Mūsavī Bojnūrdī, Moḥammad (1379 SH/2000). Qavā‘ed-e Feqhīyah (Vol. 1) [Jurisprudential Rules]. Tehran: Mo‘asseseh-ye Tanzīm va Nashr-e Āsar-e Emām Khomeynī [in Persian].
- 43) Nazārī, Īrāndokht (1397 SH/2018). Mas‘ūliyat-e Madanī-ye Mālek [Civil Liability of the Owner]. Tehran: Majd [in Persian].
- 44) Nūrī, Ḥusayn ibn Muḥammad Taqī (1408 AH/1987). Mustadrak al-Wasā‘il (Vol. 3). Beirut: Mu‘assasat Āl al-Bayt [in Arabic].
- 45) Qāsemzādeh, Morteżā (1383 SH/2004). Mabānī-ye Mas‘ūliyat-e Madanī [Foundations of Civil Liability]. Tehran: Mizān [in Persian].
- 46) Qazwīnī, ‘Alī ibn Ismā‘īl (1419 AH/1998). Risālah fī al-‘Adālah. Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
- 47) Rabāḥ, Ghassān (1426 AH/2005). Qānūn Ḥimāyat al-Mustahlik al-Jadīd. Beirut: Manshūrāt Zayn al-Ḥuqūqīyah [in Arabic].
- 48) Sabzawārī, Muḥammad Bāqir (n.d.). Kifāyat al-Aḥkām. Isfahan: Madrasat Ṣadr Mahdavi [in Arabic].
- 49) Ṣadr, Muḥammad Bāqir (1406 AH/1985). Durūs fī ‘Ilm al-Uṣūl (Vol. 1). Beirut: Dār al-Kitāb al-Lubnānī [in Arabic].
- 50) Ṣāḥib Javāhir, Muḥammad Ḥasan ibn Bāqir (1421 AH/2000). Javāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā‘ī al-Islām (Vol. 30). Qom: Mu‘assasat Dā‘irat al-Ma‘ārif al-Fiqh al-Islāmī ‘alā Madhhab Ahl al-Bayt [in Arabic].
- 51) Shahīd al-Awwal, Muḥammad ibn Makkī (1411 AH/1990). al-Lum‘ah al-Dimashqīyah. Qom: Dār al-Fikr [in Arabic].
- 52) Ṣubḥānī Tabrizī, Ja‘far (1427 AH/2006). Maṣādir al-Fiqh al-Islāmī wa Manābi‘uh (Vol. 1). Beirut: Dār al-Aḍwā‘ [in Arabic].
- 53) Ṭabāṭabā‘ī Mo‘tamenī, Manūchehr (1381 SH/2002). Ḥoqūq-e Edārī [Administrative Law]. Tehran: SAMT [in Persian].
- 54) Ṭabāṭabā‘ī, Muḥammad Ḥusayn (n.d.). Ḥāshiyat al-Kifāyah (Vol. 2). Qom: Bunyād Fikrī va ‘Elmī-ye ‘Allāmeḥ Ṭabāṭabā‘ī [in Arabic].

- 55) Von Bar, C. (1998). The common European law of torts. Oxford, England: Clarendon Press.
- 56) Wittliff, W. (2003). Hacking and liability issues: When does liability attach? *Vanderbilt Law Review*, 61(2), 135-148.

## Revisiting the Opinions of Dr. Sayyed Mohammad Beheshti on "Social Insurance" within the Iranian Legal Framework

Mohammad Bahadori Jahromi · Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of  
Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran. m.bahadori@modares.ac.ir

Mohammad Sadiq Darivand · PhD Student in Public Law, Faculty of Islamic Studies and  
Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) s.darivand@isu.ac.ir

### Abstract

#### 1. Introduction

The significance of social security and insurance in modern legal frameworks cannot be overstated, as they are fundamental to ensuring the well-being and stability of societies. The right to social security, including insurance, is enshrined in the legal, political, and social governance ideologies of nations worldwide. This paper revisits the opinions of Dr. Sayyed Mohammad Beheshti (1928-1981), a prominent Iranian jurist, philosopher, and politician, who played a pivotal role in shaping the constitutional principles related to social insurance in the Islamic Republic of Iran. The study aims to critically analyze Beheshti's views on the jurisprudential nature, necessity, and state versus private nature of insurance within Islamic law and Iran's legal framework, highlighting his intellectual contributions to the field.

#### 2. Research Question

The primary research question guiding this study is: How does Martyr Sayyed Mohammad Beheshti assess the concept, jurisprudential nature, necessity, and Islamic as well as state or private nature of insurance within the context of Iran's legal framework? The study seeks to uncover the underlying principles in Beheshti's thought process, particularly in relation to the implementation and categorization of insurance in Iran, as outlined in the Constitution.

#### 3. Research Hypothesis

The study hypothesizes that Martyr Beheshti's views on insurance are deeply



rooted in Islamic jurisprudence, reflecting a unique synthesis of religious and legal principles. It posits that Beheshti advocates for the necessity of insurance as a state-run institution in Iran, with its foundation firmly anchored in Islamic teachings. Furthermore, it is hypothesized that Beheshti distinguishes between public and private forms of insurance, advocating for a balanced approach that aligns with the broader goals of social justice and security as envisioned in the Islamic Republic's Constitution.

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

This research adopts an analytical approach, utilizing both qualitative and doctrinal research methodologies to explore Beheshti's legal opinions on social insurance. The study is structured around a detailed examination of primary and secondary sources, including Beheshti's writings, speeches, and constitutional debates. It also involves a comparative analysis of different juristic perspectives on the nature of insurance, contextualizing Beheshti's views within the broader Islamic legal tradition. The framework of the study is designed to progressively build upon the analysis, beginning with a conceptual understanding of insurance, followed by a detailed exploration of its jurisprudential and constitutional implications as interpreted by Beheshti.

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

The analysis of Martyr Sayyed Mohammad Beheshti's views on social insurance within Iran's legal framework reveals several critical insights into the jurisprudential and constitutional principles governing insurance in the Islamic Republic. Beheshti's contributions, as a key figure in the drafting of Iran's Constitution, provide a nuanced understanding of how Islamic jurisprudence can be applied to contemporary issues like insurance.

One of the central findings is that Beheshti viewed insurance as a vital component of social security, which is necessary for ensuring the well-being and stability of society. His interpretation aligns with the broader Islamic principles of social justice, cooperation, and solidarity, which are essential in fostering a supportive community. He argued that insurance should be understood as an independent contract within Islamic jurisprudence, rather than trying to fit it into pre-existing categories of contracts. This perspective highlights the flexibility of Islamic legal principles in accommodating new and emerging issues, such as the modern concept of insurance.

Beheshti's stance on the necessity of state involvement in insurance is particularly significant. He believed that the state has a crucial role in ensuring that all citizens have access to basic social protections, including insurance. This is reflected in the emphasis on social insurance within the Iranian Constitution, where it is mandated as a fundamental right. Beheshti's advocacy for mandatory public health insurance underscores his commitment to the idea that the state



should not only regulate but also actively participate in providing social security to its citizens.

Moreover, Beheshti's views on the Islamic roots of insurance emphasize the importance of collective responsibility and social cooperation. He argued that insurance is not merely a financial transaction but a moral and ethical obligation rooted in Islamic teachings. The principles of benevolence, social responsibility, and solidarity are central to his understanding of insurance, which he saw as a means of fulfilling the Islamic state's duty to care for all segments of society, especially the most vulnerable.

## **6. Conclusion**

The study concludes that Martyr Sayyed Mohammad Beheshti's views on social insurance are deeply rooted in both Islamic jurisprudence and the principles of social justice. His contributions to the drafting of the Iranian Constitution reflect a profound understanding of the need for social security mechanisms that are both equitable and in line with Islamic values. Beheshti's advocacy for state involvement in insurance, particularly in the form of mandatory public health insurance, highlights his belief in the government's responsibility to protect its citizens through comprehensive social insurance policies.

Beheshti's conceptualization of insurance as an independent contract within Islamic law underscores the adaptability of Islamic jurisprudence to contemporary issues. His emphasis on the moral and ethical dimensions of insurance further illustrates the depth of his commitment to creating a just and supportive society. Ultimately, Beheshti's legacy in this area continues to influence the ongoing development of social insurance policies in Iran, providing a framework that balances legal, religious, and social considerations in the pursuit of social welfare.

**Keywords:** Social Insurance, Right to Insurance, Right to Social Security, Martyr Beheshti.

## بازخوانی آراء شهید دکتر بهشتی پیرامون «بیمه اجتماعی» در نظام حقوقی ایران

محمد بهادری جهرمی • استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

m.bahadori@modares.ac.ir

محمدصادق داریوند • دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه السلام،

s.darivand@isu.ac.ir

تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

### چکیده

ضرورت بیمه اجتماعی در زندگی امروزه یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های جوامع انسانی محسوب شده و در قوانین اساسی کشورها غالباً مورد توجه قرار گرفته است و دولت‌ها می‌کوشند تا این حق مهم را برای شهروندان خویش تأمین کنند. در نظام حقوقی ایران، این حق بنیادین در اصول سوم، بیست و یکم و بیست و نهم قانون اساسی برای همه مردم به رسمیت شناخته شده است. از میان نمایندگان ملت در مجلس خبرگان قانون اساسی، شهید سیدمحمد بهشتی که به دلیل آشنایی با نظامات و ساختارهای حقوقی دیگر کشورها، نسبت به مسائل مستحدثه فقهی از جمله بیمه دارای نگاه دقیق‌تری بوده است، در تصویب اصول پیش‌گفته نقش اساسی ایفاء کرده است. پژوهش حاضر با روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای به دنبال پاسخ به این پرسش است که بیمه در اندیشه شهید بهشتی دارای چه جایگاهی است و نظرات ایشان پیرامون ابعاد مختلف آن دارای چه چارچوبی است؟ نتایج پژوهش حاکی از آن است که از نگاه شهید بهشتی، بیمه یک قرارداد فیما بین بیمه‌گذار و بیمه‌گر است که از جهت ماهیت فقهی، یک عقد مستقل محسوب شده و نیازی به واردکردن آن در یکی از ابواب فقهی نیست. ایشان ریشه‌های اسلامی بیمه را ناشی از سه اصل مهم احساس تعاون اجتماعی، احساس مسئولیت اجتماعی و اصل تکافل اجتماعی دولت اسلامی می‌داند و در همین راستا، وجود بیمه‌های اجتماعی همگانی و علی‌الخصوص بیمه‌های درمانی همگانی را یک ضرورت می‌داند و معتقد است دولتی بودن بیمه طبق اصل چهل و چهارم قانون اساسی، ایجاب می‌کند که دولت سیاست‌های حمایتی نسبت به مقوله بیمه اتخاذ نماید.

واژگان کلیدی: بیمه اجتماعی، حق بر بیمه، حق بر تأمین اجتماعی، شهید بهشتی.



#### مقدمه

امروزه حق برخورداری از تأمین اجتماعی، جایگاهی والا در اندیشه‌های حقوقی، سیاسی و اجتماعی حکمرانی کشورهای جهان دارد؛ زیرا بشر پیوسته در طول تاریخ احتیاج به حداقلی از ضرورت‌ها برای زندگی خود داشته و از این رو مهم‌ترین دلیل گردهمایی انسان‌ها در کنار هم، برطرف کردن نیازهای اجتماعی‌شان بوده است (بهادری جهرمی و همکاران، ۱۴۰۰، ص. ۷۴). اگر بیمه را مهم‌ترین مصداق تأمین اجتماعی بدانیم، چه‌بسا حرف‌گرافی نباشد؛ زیرا انسان‌ها در زندگی امروز خویش، با انواع خطر‌ها و تهدیدات طبیعی و پیشامدهای بشری مواجه هستند. بروز این مخاطرات احتمالی است، اما نگرانی آدمی از حدوث این اتفاقات، ضرورت وجود «بیمه» را برای بشریت بیش از پیش آشکار ساخته است. حق بهره‌مندی از بیمه و تأمین اجتماعی به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین انسان‌ها در قوانین اساسی و عادی کشورها به رسمیت شناخته شده است؛ تا جایی که در نظام حقوقی ایران، در بند ۱۲ اصل ۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ضرورت تعمیم بیمه، در اصل ۲۱، ایجاد بیمه خاص بیوگان، زنان سالمند و بدون سرپرست و در اصل ۲۹، مسئله تأمین اجتماعی از جمله بیمه‌های همگانی و اجتماعی مورد تأکید قرار گرفته است. همچنین، در قوانین عادی مانند قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی و قانون بیمه همگانی خدمات درمانی کشور، این حق بنیادین برای یکایک مردم به رسمیت شناخته شده و دولت موظف شده است تا تمام تلاش و کوشش خود را معطوف به اجراءسازی آن کند. در این میان، شهید بهشتی شخصیتی است که از نقشی بی‌بدیل در تصویب اصول مربوط به حق بیمه و تأمین اجتماعی در قانون اساسی برخوردار بوده و به دلیل زندگی در خارج از ایران، درباره ابعاد مختلف مسائل مستحدثه فقهی از جمله بیمه اظهار نظر کرده‌اند. بهره‌مندی علمی از محضر فقهای بزرگی مانند آیت‌الله‌العظمی بروجردی، علامه طباطبایی و امام‌خمينی (رحمت‌الله علیهم)، حضور چندساله در مرکز اسلامی هامبورگ آلمان به منظور تبلیغ اسلام، حضور در شورای انقلاب اسلامی، نایب‌رئیس بودن در مجلس خبرگان قانون اساسی و اداره بیشتر جلسات توسط ایشان و ریاست دیوان عالی کشور و شورای عالی قضایی ابعاد چند از حیات برجسته علمی و سیاسی-اجتماعی شهید بهشتی است که نشان از اهمیت جایگاه اندیشه ایشان در مقاله پیش رو دارد (طحان نظیف و داریوند، ۱۴۰۲، صص. ۲-۳؛ طحان نظیف و داریوند، ۱۴۰۳، ص. ۱۲۸). پرسش اساسی تحقیق پیش رو این است که مفهوم، ماهیت فقهی، ضرورت، مبانی اسلامی و دولتی یا خصوصی بودن بیمه

در اندیشه شهید بهشتی چگونه ارزیابی می‌شود؟ بر همین اساس، پژوهش حاضر با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی می‌کوشد تا بدین پرسش پاسخ دهد.

گفتنی است که در رابطه با بازخوانی آرا و اندیشه‌های شهید بهشتی با تمرکز بر موضوع بیمه، به گونه‌ای که شایسته باشد، هیچ‌گونه تحقیقی صورت نگرفته است. این موضوع می‌تواند منجر به فراموشی و تضعیف نظرهای ایشان شود. وجه نوآورانه تحقیق و پژوهش حاضر این است که آرا و نظرات شهید بهشتی درباره مسئله بیمه را در یک اثر مدون کرده است.

در همین راستا، ابتدا موضع فکری شهید بهشتی درباره مفهوم بیمه مورد تبیین واقع شده (۱) سپس ضمن بررسی تقسیم انواع بیمه به بیمه‌های خصوصی و عمومی، موضع ایشان در قبال هر یک مورد واکاوی قرار می‌گیرد (۲). در ادامه ضمن بررسی دیدگاه‌های مختلف فقها درباره ماهیت فقهی بیمه، دیدگاه شهید بهشتی در این باره توضیح داده خواهد شد (۳). پس از آن، با بررسی ریزمؤلفه‌های اندیشه شهید بهشتی در خصوص مسأله بیمه، نخست ضرورت وجود بیمه بررسی شده (۴) سپس ریشه‌ها و مبانی اسلامی بحث بیمه از نگاه ایشان مورد تبیین واقع شده (۵) و در نهایت به چرایی دولتی‌بودن بیمه در قانون اساسی ایران از نظر ایشان پرداخته شده است (۶).

#### ۱. مفهوم بیمه<sup>۱</sup>

نهاد بیمه در معنا و مفهوم امروزی خود دربرگیرنده تضمین و تعهد به ترمیم بُعد مالی خطرات است. به این مفهوم که بیمه‌گران با جمع کردن افراد در جایگاه مخاطره و نظم و نسق‌بخشی همکاری آن‌ها بر اساس ضوابط آماری، تضمین مالی قدرتمندی که یارای جبران خسارات محتمل را داشته باشد، سازمان می‌بخشند (محمودصالحی، ۱۳۹۳، ص. ۸۰). در همین راستا، به موجب ماده ۱ قانون بیمه مصوب سال ۱۳۱۶، «بیمه عقدی است که به موجب آن یک طرف تعهد می‌کند در ازای پرداخت وجه یا جوهی از طرف دیگر، در صورت وقوع یا بروز حادثه، خسارت وارد بر او را جبران کند یا وجه معینی بپردازد. متعهد را بیمه‌گر، طرف تعهد را بیمه‌گذار، وجهی را که بیمه‌گذار به بیمه‌گر می‌پردازد حق بیمه و آنچه را که بیمه می‌شود، موضوع بیمه می‌نامند». بر اساس آنچه از تعریف قانونی بیمه استنباط می‌شود، بیمه عملی است که در یک سوی آن بیمه‌گر با

پذیرش خطرات معین و بر پایه قواعد آمار و احتمالات، متعهد می‌شود که در ازای دریافت وجهی به‌عنوان حق بیمه از بیمه‌گذار، در صورت وقوع حادثه و تحقق خطر تعیین‌شده، نسبت به جبران خسارت وارد اقدام کند (ممبئی، ۱۳۹۵، ص. ۲۶). از نگاه شهید بهشتی بیمه عبارت است از اینکه با تأدیه مبالغ کم، برای افرادی که احتمال صدمه و ضرر در کسب و کار، سفر، سرقت، حریق، در آب گرفتار شدن و مانند آن وجود دارد، به شکل مبسوطی آسودگی خاطر بوجود آید (حسینی بهشتی، ۱۳۹۷، صص. ۱۴۷-۱۴۸). به عبارت بهتر، شهید بهشتی درباره مفهوم بیمه اعتقاد دارد که بیمه نوعی قرارداد میان بیمه‌گذار و بیمه‌گر است به شکلی که بیمه‌کننده را یارای آن باشد که در برابر صدمات احتمالی که معطوف به بیمه‌شده می‌شود، تعهد به جبران کند و بدین صورت مسئله‌ای در آن بوجود نمی‌آید و عقد و پیمانی دوطرفه تلقی می‌شود (حسینی بهشتی، ۱۳۶۲، ص. ۱۷۱).

## ۲. انواع بیمه

بیمه از لحاظ و ابعاد مختلفی شایان تقسیم است. یکی از مهم‌ترین تقسیم‌بندی‌های بیمه، تقسیم آن بر اساس فراگیری و الزامی بودن رعایت مصلحت فردی و اجتماعی است که به دو نوع بیمه خصوصی و بیمه اجتماعی تقسیم می‌شود.

### ۱.۲. بیمه‌های خصوصی<sup>۱</sup>

بیمه‌های خصوصی که نام دیگر آن، بیمه‌های تجاری یا بازرگانی است، به بیمه‌هایی اطلاق می‌شود که اغلب بیمه‌شونده با طوع و رغبت خود و به‌صورت کاملاً آزادانه نسبت به فراهم‌سازی اقسام گوناگون حمایت‌های بیمه‌ای مبادرت می‌ورزد. این نوع بیمه‌ها به انواع مختلفی مانند بیمه‌های بحری و غیربحری، بیمه‌های تأدیه خسارت یعنی مسئولیت و اموال و بیمه‌های افراد و اشخاص قابل تقسیم است (خروشی، ۱۳۹۰، ص. ۳۶). در بیمه خصوصی، هدف، مصلحت خاص فردی است. این نوع بیمه، قراردادی اختیاری است که میان بیمه‌گر و بیمه‌گذار بسته می‌شود و خطرات و ناملایماتی را که در بیمه‌نامه مشخص شده است، در برابر پرداخت اقساط پوشش می‌دهد. در این نوع بیمه، انگیزه شرکت‌های بیمه‌ای، سودآوری است و منافع اجتماعی و عمومی فرع بر انگیزه‌های اقتصادی بیمه‌گذاران و بیمه‌گران است (جمالی‌زاده، ۱۳۸۰، ص. ۱۱۹).

---

1. Non-Compulsory Insurance

شهید بهشتی درباره این نوع بیمه‌ها معتقد است که در قانون اساسی اظهار شده است که بیمه خودبه‌خود می‌تواند به شکل دولتی یا غیردولتی باشد، اما مصلحت اقتصادی نظام اسلامی مستلزم دولتی بودن بیمه‌هاست. از این رو در این حالت و به تعبیر فقهی، به‌عنوان «اولی» اشکالی ندارد، اما به‌عنوان «ثانوی» یعنی لزوم تعدیل اجتماعی در اجتماع قائل هستیم که باید عمومی باشد و این موضوع شبیه فعالیت‌های دیگر از قبیل انحصارهای دولتی است (اردشیری لاجیمی، ۱۳۹۰، ص. ۱۷۷).

ایشان که خود از افراد شاخص و مؤثر در تصویب قانون اساسی بودند، درباره دولتی شدن بیمه در جریان تصویب اصل ۴۴ می‌فرمایند «در خصوص بیمه، بنده در حدود ۲۰ سال قبل، کاری روی آن کرده بودم و خیلی روی بیمه‌های خصوصی حساس شده بودم. برای اینکه دیدم بیمه و بانک دستشان بر گردن هم است و دو تا از آن شبکه‌های گسترده مکنده خون اجتماع (خون اقتصادی و عمل اقتصادی جامعه) هستند. اول از دور آدم خیال نمی‌کند که بیمه این طوری بگیرد و بدهد، اما وقتی آدم رابطه جهانی بیمه‌ها را می‌بیند، می‌فهمد که مسئله بیمه‌ها چه غوغایی است. امروزه بیمه‌ها جزو پردرسترترین مؤسسات اقتصادی دنیا است. به‌هرحال، در مجلس خبرگان تصمیم گرفتیم که این‌ها دولتی باشند و رأی هم آورد» (حسینی بهشتی، ۱۳۹۷، ص. ۱۸۷). دکتر بهشتی همچنین، به این مسئله اشاره داشتند که طبق مبانی و اصول فقهی، مراجع تقلید فتوا داده‌اند که بیمه می‌تواند به شکل دولتی و غیردولتی باشد، اما ایشان از لحاظ مبانی کلی که در اقتصاد اسلامی وجود دارد، شخصاً ترجیح می‌دادند که بیمه دولتی شود بدین شرط که کارایی آن از واحدهای خصوصی کمتر نباشد (حسینی بهشتی، ۱۳۹۷، ص. ۱۵۲).

## ۲.۲. بیمه‌های اجتماعی<sup>۱</sup>

بیمه‌های اجتماعی صورتی از تضامن و تعهد جمعی است که خطوط مشی رسمی دولت‌ها است. به‌عبارت‌دیگر، بیمه اجتماعی به فعالیت‌هایی گفته می‌شود که در مسیر استقرار رفاه و آسایش همگانی برای همه یا بخشی از جامعه صورت می‌پذیرد. درحقیقت، این فعالیت‌ها، پشتیبانی دولت از افراد صدمه‌دیده، کارمندان و افراد مشغول به کار در ادارات دولتی و کارگران در مقابل تعدادی

از آسیب‌های احتمالی و حوادثی مانند بیماری، ازکارافتادگی، پیری، بازنشستگی، بیکاری و فوت است (جمالی‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۱۵). مشخصه این نوع بیمه‌ها این است که شخص کارفرما موظف به پرداخت بخش زیادی از حق بیمه است و برعکس بیمه‌های خصوصی و تجارتي که حق بیمه به فراخور کیفیت احتمال خطر معین می‌شود، در این شکل از بیمه، حق بیمه بر مبنای دستمزد شخص بیمه‌گذار اخذ می‌شود و با احتمال خطر مرتبط نیست (خروشی، ۱۳۹۰، ص. ۳۶).

از نگاه شهید بهشتی، بیمه‌های اجتماعی یکی از ضرورت‌های زندگی امروز جوامع است و یکی از عواملی که باعث شلوغی و ترافیک خودروها در کشورهای پیشرفته شده است، وجود همین نوع بیمه‌هاست؛ زیرا وقتی راننده پشت وسیله نقلیه شخصی بنشیند و بر اساس قوانین عمل کند، اگر تصادفی هم رخ دهد، نگران اتلاف زمان خویش نخواهد بود؛ زیرا بیمه در اینجا مسئول تأدیه و جبران خسارت تلقی می‌شود. بنابراین، با جرئت بیشتری حرکت می‌کند و مانعی نمی‌بیند یا اگر شخصی بیکار شود، به‌موجب بیمه بیکاری، دستمزد هر شبانه‌روز را تا زمانی که وضعیت شغلی شخص تعیین شود، باید بیمه پردازد. در نتیجه، این اطمینان و امنیت خاطر در مقابل تعداد کثیری از مسائل، یکی از نیازهای اساسی زندگانی امروز ما تلقی می‌شود (حسینی بهشتی، ۱۳۹۷، ص. ۱۴۶).

## ۱.۲.۲. بیمه درمانی

یکی از مهم‌ترین انواع بیمه‌های اجتماعی، بیمه درمانی به‌صورت همگانی است. تأمین سلامت برای یکایک مردم در هر جامعه‌ای از حقوق اساسی انسان‌هاست که باید به‌وسیله دولت‌ها و متولیان امور مورد توجه جدی قرار گیرد. سازمان‌های جهانی از جمله سازمان جهانی بهداشت، حق سلامت را مهم‌ترین هدف اجتماعی جامعه و بهره‌مند بودن از سلامت را اساس توسعه پایدار و یکی از پایه‌های اصلی رسیدن به عدالت اجتماعی به‌شمار می‌آورند. افزایش شدید هزینه‌های درمانی در سال‌های اخیر و ناکارآمدی بیمه‌های درمانی در ارائه خدمات درمانی باعث شده است تا بیمار و خانواده او در برابر این هزینه‌ها ناتوان باشند. هزینه‌های ناشی از تأمین، حفظ و ارتقای سلامت افراد یکی از مهم‌ترین هزینه‌های خانوار به‌شمار می‌آید که گاه سبب افت وضع مالی خانواده‌ها به زیر خط فقر می‌شود. همواره راهکارهای گوناگونی برای دسترسی آسان به خدمات سلامت و حفاظت خانواده‌ها و افراد در مقابل هزینه‌های سلامت به‌ویژه هزینه‌های کمرشکن مورد

استفاده قرار می‌گیرد. مهم‌ترین این راهکارها، بیمه‌های درمانی است که بتوانند سلامت افراد جامعه را با هزینه مناسب تأمین کنند (عرب و همکاران، ۱۳۸۹، ص. ۱). تأکید بر گسترش بیمه‌های درمانی افزون‌بر بند ۱۲ اصل ۳ قانون اساسی، در بندهای الف و ب از ماده ۳ قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی مصوب سال ۱۳۸۳، جزو اهداف و وظایف حوزه بیمه‌ای شناخته شده است.<sup>۱</sup>

شهید دکتر بهشتی در همین زمینه معتقد است که اگر بیمه درمانی در جامعه‌ای به شکل درست انجام شود، موهبتی برجسته به شمار می‌رود؛ زیرا هیچ فردی این ادعا را ندارد که همه اشخاص توانایی جمع‌آوری پس‌انداز برای وقایع دشوار و هزینه‌های گزاف درمانی را دارند و تحقیقاً جمع‌آوری از اشخاص هستند که همه عایدی ماهانه و چه‌بسا سالانه ایشان نمی‌تواند بر تأمین مخارج درمانی یک عارضه هولناک که نیاز به امکانات پزشکی دارد، کفایت کند. نظامی که در آن چنین شخصی با دادن پول به‌عنوان حق بیمه ماهانه بتواند این تضمین را به دست آورد که اگر خود یا خانواده‌اش با عارضه جسمانی روبه‌رو شدند، ایشان را از امکانات پزشکی و درمانی مانند بیمارستان و طبیب بهره‌مند می‌سازند، برای آسایش خاطر در زندگانی بسیار سودمند خواهد بود. از این‌رو هیچ شک و تردیدی در این مسئله که بیمه به مفهوم فراهم‌سازی نظام امنیت‌بخش و آرامش‌آفرین از جمله نیازهای اصلی حیات اجتماعی بشر است، نمی‌توان داشت (حسینی بهشتی، ۱۳۹۷، صص. ۱۴۷-۱۴۸).

از نگاه شهید بهشتی، سیاست‌های دولت در مورد بهداشت و درمان می‌تواند حمایتی باشد. این مسئله باید به این صورت باشد که از سویی بیمه همگانی و الزامی شود و دولت در توسعه بیمه‌ها برای همه اقشار جامعه گام بردارد و از دیگر سو، ضرورت دارد که همه نهادهای درمانی در ارتباط کامل با نظام بیمه‌ای کشور باشند. قانون اساسی مهیاسازی بهداشت و درمان برای همه اقشار جامعه را مدنظر قرار داده است، اما چگونگی اجرای آن را باید دولت و مجلس با همکاری

۱. «ماده ۳: اهداف و وظایف حوزه بیمه‌ای به شرح زیر است.

الف - گسترش نظام بیمه‌ای و تأمین سطح بیمه همگانی برای آحاد جامعه با اولویت دادن به بیمه‌های مبتنی بر بازار کار و اشتغال.

ب - ایجاد هماهنگی و انسجام بین بخش‌های مختلف بیمه‌های اجتماعی و درمانی.»



و کمک گرفتن از گروه‌های تحقیقاتی معین کنند. از این رو چنانچه بیمه الزامی شود و گسترش یابد؛ به‌گونه‌ای که همه نهاد درمانی کشور به‌صورت بیمه‌ای شود، این هدف تحقق می‌یابد؛ زیرا نقش دولت در مسئله بهداشت و درمان، نقشی اساسی و مهم است (حسینی بهشتی، ۱۳۹۷، صص. ۲۲-۲۳).

از این رو ایشان ضرورت وجود بیمه درمانی همگانی برای همه افراد جامعه را مورد تأکید قرار داده‌اند و در این باره می‌فرمایند «در جهت درمان باید با گسترش بیمه درمانی و اصلاح روابط بیمه‌ای، ترتیبی داده شود که همه مردم از درمان بیمه‌ای برخوردار شوند و دیگر زمینه‌ای برای انواع دیگر درمان باقی نماند. تجربه نشان می‌دهد که نه سیستم درمان صرفاً دولتی می‌تواند نتیجه مطلوب را بدهد نه سیستم درمان خصوصی. در سیستم اول نقش مستقیم رضایت بیمار و بیماردار در بهبود کیفی کار کم است و این وضع آثار نامطلوب خود را به جا می‌گذارد و در سیستم دوم، درمان به‌صورت تجارت و سوداگری پرآسبب درمی‌آید. در سیستم بیمه همگانی می‌توان به مقدار زیاد از هر دو آسیب کاست؛ به‌خصوص اگر درمان فقط از این طریق باشد. کمک دولت به برنامه درمانی نیز از راه پرداخت حق بیمه خواهد بود؛ خواه پرداخت درصدی از آن مانند بیمه کارکنان و خواه پرداخت صددرصد آن از قبیل بیمه کسانی که کارمند و کارگر نیستند و توانایی مالی شخصی نیز برای پرداخت حق بیمه ندارند؛ البته بیمه درمانی مانند همه بیمه‌های دیگر در بخش دولتی اقتصاد است؛ چنان‌که در قانون اساسی نیز آمده است» (حسینی بهشتی، ۱۳۸۸، ص. ۴۳۶).

### ۳. ماهیت فقهی قرارداد بیمه

بیمه از جمله مسائل مستحدثه و جدید شمرده می‌شود و مشخصه مسائل نوپدید در احکام اسلامی شامل شدن آن قسمت از موضوعاتی است که رأی شرعی‌شان به‌وضوح اظهار نشده است؛ زیرا این مسئله در ایام متقدم وجود نداشته است (مانند بیمه) یا اگر موجود بوده، برخی مشخصات و حالات آن تحول یافته و آن را مسئله‌ای تازه نشان داده است (مانند ارزش مالی داشتن خون)؛ زیرا این موارد ولو اینکه در قدیم موجود بوده، اما به دلیل عدم به‌کارگیری مشروع، ارزش مالی نداشته‌اند. یکی از مبانی تردیدناپذیر فقه اسلامی در چاره‌جویی موضوعات جدید، جامع بودن شریعت اسلامی در همه زمینه‌های زندگانی انسان است که با گوناگونی زیاد مسائل جدید، مجتهدان را با تعداد زیادی از پرسش‌های تازه روبه‌رو کرده است که ضرورت دارد بر اساس طرق

دارای حجیت شرعی یعنی کتاب آسمانی و سیره ائمه اطهار (علیهم‌السلام) که به صورت دلایل لفظی که بیشتر الفاظ مطلق و عام هستند، به آن‌ها پاسخی مناسب داده شود (خادمی کوشا، ۱۳۹۹، صص. ۱۰).

درباره ماهیت عقد بیمه در میان فقهای شیعه اختلاف نظر وجود دارد. دسته‌ای از فقها عقد بیمه را داخل در عقود معین مانند عقد ضمان می‌دانند. منظور از عقد ضمان در اینجا، ضمان عرفی و عقلایی است که نام آن را ضمان توسعه یافته می‌گذاریم و شامل ضمان بر اعیان نیز می‌شود اعم از اینکه پیش از انعقاد عقد ضمان، اعیان مضمونه باشند مانند اموال دزدیده شده در دست غاصب یا اینکه اعیان مضمونه نباشند مانند عین مستأجره و عین مرهونه یا مال الجعالة (نیکخوامیری، ۱۳۹۴، ص. ۱۳۸). برخی از این فقیهان در تطبیق بیمه با عقد ضمان چنین استدلال می‌کنند که بیمه‌گذار ماهانه مبلغی به شرکت بیمه‌کننده می‌پردازد و این مال در ملکیت او باقی می‌ماند و هر یک از افراد شرکت نیز به نسبت مالی که در شرکت دارند، خسارت دیگران را ضمانت می‌کنند. این اقدام از جمله مصادیق ضمان اعیان شمرده می‌شود و به لحاظ شرعی با مشکلی مواجه نخواهد شد (ملائکه پور شوشتری، ۱۳۹۴، ص. ۱۵۵).

از جمله فقهایی که قائل به ضمان بودن عقد بیمه شده‌اند، آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی است. ایشان در مقاله‌ای با عنوان «عقد بیمه»، پس از توضیحاتی در مورد واژه بیمه و مسئله ایجاب و قبول در آن، به بررسی عناصر عقد ضمان و عقد بیمه می‌پردازند و ۱۹ عنصر را برای عقد ضمان برمی‌شمرند و چنین می‌گویند که «بعد از بررسی عناصر ۱۹ گانه عقد ضمان به این نتیجه رسیدیم که بسیاری از موارد، عنصر عقد ضمان نیستند. لذا فقدان آن موارد، مایه بطلان عقد ضمان نخواهد بود. عقد بیمه اگرچه فاقد بعضی از موارد است، اما فقدان این موارد که عنصر عقد ضمان نیستند، مانع اندراج آن عقد در تحت عقد ضمان نیست، ولی برای اثبات این معنی ضروری است» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲، ج ۳، صص. ۲۱۵ و ۲۱۶).

دسته‌ای دیگر از فقها، بیمه را عقدی مستقل دانسته‌اند و اعتقاد دارند که لزومی به آوردن قرارداد بیمه تحت یکی از عناوین عقود معین نیست، بلکه بیمه عقد مستقلی به شمار می‌آید و با استفاده از عموم و اطلاق آیات قرآن و روایات معصومان می‌توان صحت آن را اثبات کرد. از جمله فقهای قائل به مستقل بودن عقد بیمه، امام خمینی (رحمت‌الله علیه) است. ایشان در تحریر الوسیله به

جایگاه بیمه در میان عقود اشاره می‌کنند و می‌گویند «ظاهر این است که بیمه عقدی است مستقل و بدون شبهه. این بیمه‌ای که در زمان ما رایج و متعارف است، نه صلح است و نه هبه معوضه. احتمال هم دارد که عقد مستقلی نباشد، بلکه مصداقی از ضمانت با عوض باشد، لکن عقد مستقل بودنش روشن‌تر است و از باب ضمان عهده نیست، بلکه از باب التزام به جبران خسارت است» (موسوی خمینی، ۱۳۷۶، ص. ۴۹۲).

شهید مطهری (رحمت‌الله علیه) نیز از جمله قائلان به این نظر بودند و در همین رابطه اظهار داشته‌اند «در میان عقود که ما در فقه داریم، یک عقد هست که احتمال اینکه اساساً بیمه داخل در آن باشد، زیاد است و آن ضمان است، ولی باید دانست که بیمه به‌عنوان یک معامله مستقل هیچ اشکالی ندارد؛ چراکه اساساً ضرورتی ندارد که اسمش را ضمان بگذاریم. ضمان شرعی همان ضمان دین است. ما تابع نیستیم که آن را ضمان عهده یا ضمان درک بنامیم، بلکه بیمه خودش یک معامله مستقل است و همان چیزی است که امروز به آن بیمه می‌گویند و شامل همه اقسام بیمه هم می‌شود. بنابراین، هر قرارداد جدیدی که پیدا شود، ما باید اصل را بر صحت آن معامله بدانیم و فقط توجه کنیم که موارد خلاف شرع وارد در قرارداد بیمه نشود» (مطهری، ۱۳۷۵، ص. ۳۰۲).

از نگاه آیت‌الله بهشتی، عقد بیمه چنانچه با رعایت شرایط فقهی که در باب قراردادهای و معاملات آمده است، منعقد شود، این عقد، صحیح و لازم‌الاجرا تلقی می‌شود. ایشان با استناد به روایت «نهی‌النبی (صلی‌الله علیه و آله) عن بیع‌الغرر» و استنباط فقهی از آن اعتقاد دارند که اگر بیمه‌ای غرری باشد، بدین معنا که در آن امکان گول زدن و گول خوردن وجود داشته باشد، این‌گونه قرارداد بیمه‌ای درست نخواهد بود (حسینی بهشتی، ۱۳۸۷، ص. ۲۴۱).

همچنین، در خصوص اینکه بیمه عقدی مستقل شمرده شود یا اینکه باید در چهارچوب یکی از عقود معین اسلامی مطرح شود، با عنایت به نظرات شهید بهشتی متوجه می‌شویم که ایشان از جمله افراد قائل به مستقل بودن قرارداد بیمه بوده و در این زمینه اظهار داشته‌اند «لازم نیست ما قرارداد بیمه را در یکی از انواع معاملات و قراردادهای سنتی قدیم داخل کنیم. برای مثال، بگوییم از باب "ضمان" است و چون "ضمان" در فقه ما بوده [است]، پس اشکالی ندارد یا هیچ لزومی ندارد بگوییم مثلاً داخل در باب "کفالت" است و چون کفالت در فقه ما وجود داشته [است]، پس بیمه اشکالی ندارد. این قرارداد می‌تواند به‌عنوان یک قرارداد کاملاً تازه که بر طبق نیازهای جدید اجتماعی به وجود آمده [است] و به‌عنوان یک قرارداد مستقل شناخته شود و اگر آن شرایط و

قوانین و معیارهای کلی که در اسلام برای قراردادها وجود دارد، در آن رعایت شود، قراردادی صحیح است. یک قدم به جلو برداشتن در اینجا این است که ما مجبور نیستیم هر چیزی را حتماً داخل آن عناوین قبلی کنیم. می‌تواند یک چیز کاملاً تازه باشد و درعین حال، حکمش را از قوانین کلی اسلام بفهمیم. به عبارت دیگر، لازم نیست که "معاملات" حتماً تحت عناوینی باشد که قبلاً در فقه آمده است. یک اصطلاح در فقه داریم و آن این است که معاملات، "توقیفی" نیست. می‌تواند معامله‌ای که به‌طورکلی نو است و قبلاً هیچ مشابهی و نوعی مثل او نداشته‌ایم، به اقتضای شرایط جدید به وجود بیاید. یک معامله جدید است، ولی درعین حال این معامله می‌تواند معامله صحیح اسلامی باشد، اگر آن معیارهای کلی در آن رعایت شود و چنانچه آن معیارها در آن رعایت نشود، معامله غلط از نظر اسلام باشد» (حسینی بهشتی، ۱۳۸۷، صص. ۲۴۰-۲۴۱).

#### ۴. ضرورت بیمه در جامعه اسلامی

در زمان‌های گذشته، مردم جامعه برای ایمن ماندن از آثار منفی حوادث طبیعی و غیرطبیعی دست به دست هم می‌دادند و با تعاون یکدیگر، نظامی در شکل ابتدایی خود به وجود می‌آوردند تا از آسیب‌دیدگان برخی حوادث حمایت کنند و از اثر منفی حوادثی که حرفه یا زندگی تجاری آن‌ها را تحت تأثیر قرار می‌داد، بکاهند و بدین وسیله تضمین بیشتری برای کار و فعالیت خود فراهم سازند. امروزه نیز بیش‌ازپیش ضرورت و اهمیت بیمه بر همگان ثابت شده است و هیچ‌کس خود را از آن بی‌نیاز نمی‌بیند و حتی در پاره‌ای از زمینه‌ها، بیمه دارای وضعیت اجباری است (خروشی، ۱۳۹۰، ص. ۱۷). امروزه بیمه یکی از ضروریات زندگی اجتماعی و تجاری در عصر جدید است و با توجه به مخاطرات فیزیکی و حقوقی نوظهور که بیشتر ابعاد فعالیت‌های اجتماعی بشر را فراگرفته، اهمیت آن بیش‌ازپیش آشکار شده که این خود شناخت و آگاهی از حقوق حاکم بر آن را ضروری کرده است.

از نگاه شهید بهشتی، زندگی اجتماعی پرحرکت انسان نیازمند تأمین و امنیت در ابعاد گوناگون زندگی است. برای مثال، در نهادی که تعداد زیادی کارگر دارد، امکان دارد بسیاری از این افراد شاغل در معرض کارهای آسیب‌زا و پرخطر باشند و چنانچه این اشخاص همواره دچار صدمه شوند و صاحب مجموعه بخواهد متکفل جبران هزینه‌های درمانی آن‌ها شود، باید قدر متیقن برآمدن از عهده خطرات احتمالی را محاسبه کند. یکی از موارد آرامش‌بخش زندگی اجتماعی در

کشورهای پیشرفته، همین نوع بیمه‌ها قلمداد می‌شود. بنابراین، زمانی که اشخاص بیمه می‌شوند و مورد حمایت قرار می‌گیرند، با جرأت و اطمینان خاطر بیشتری حرکت می‌کنند. بی‌تردید وجود این اطمینان و امنیت خاطر در مقابل تعداد زیادی از مسائل، یکی از نیازهای اساسی زندگی است. امروز ما تلقی می‌شود (حسینی بهشتی، ۱۳۹۷، صص. ۱۴۶-۱۴۷).

### ۵. زمینه‌های اسلامی تشکیل بیمه

اگر معاضدت و همراهی، مساوات و یاری به مظلوم و محروم، ایجاد حس تعاون و کار دسته‌جمعی، تسهیم و پخش کردن ضرر میان اشخاص و استوارسازی روحیه یاری‌رسانی را از جمله مقاصد بیمه به شمار آوریم، بدین مفهوم که زیانمندی‌های مالی متوجه اشخاص را تعدیل می‌کند، زیان‌های وارد را از راه تقسیم خسارات بر سایر بیمه‌شوندگان کاهش می‌دهد، زمینه‌ساز ایجاد آسودگی خاطر فکری و روانی برای کارهای اقتصادی می‌شود و به افرادی که به سبب پیشامدهای ناگوار دچار پریشان‌حالی و محرومیت در حیات خویش شده‌اند، یاری می‌رساند، می‌توان اظهار داشت که اصول اندیشه‌ای بیمه از جایگاه والایی در فرهنگ دینی بهره‌مند است (جمالی‌زاده، ۱۳۸۰، ص. ۶۱). از نظر شهید بهشتی، زمینه به وجود آمدن بیمه‌ها و ریشه‌های اسلامی آن عبارت است از کاری که ناشی از سه اصل است. ۱. اصل خیرخواهی و تعاون اجتماعی، ۲. اصل مسئولیت اجتماعی و سرنوشت مشترک و ۳. اصل کفالت همگانی.

### ۱.۵. اصل خیرخواهی و تعاون اجتماعی

در نظام اسلامی اسلامی، مسئولیت تأمین اجتماعی به‌طور هم‌زمان با مشارکت جمعی افراد جامعه، خانواده‌ها، برادران ایمانی، نهادهای خیریه و دولت در کنار همدیگر به انجام می‌رسد. از این رو می‌توان این الگو را الگویی جامعه‌محور دانست که در آن خدمات تأمین اجتماعی به‌طور کامل تولید و توزیع می‌شود (نادران و همکاران، ۱۳۹۱، ص. ۲۱). از نگاه شهید بهشتی، در منطق اسلام برادری ایمانی ریشه‌دارترین وحدت‌پیوندزا و مسئولیت‌آفرین است. از این رو در مجتمع اسلامی پیوستگی روانی و عطوفت و مهربانی افراد به شکل دوسویه بوده و برادری و اخوت اسلام‌مدار بسیار مورد عنایت و از جمله امهات ایجاد و محافظت از نظام عادل اجتماعی است؛ زیرا این پایه روحی و اتصال ایمانی افراد، در پاسداشت حقوق اشخاص و کوشش در مسیر استقرار مصالح جمعی نقش محوری دارد (حسینی بهشتی، ۱۳۹۲، ص. ۳۷۷). از دید ایشان، این خیرخواهی و

تعاون‌های در سطح اجتماع، هم‌بستگی روحی افراد را زیاد می‌کند و این یک واقعیت است که وقتی انسان‌ها در زندگی به درد یکدیگر بخورند، خودبه‌خود برادری میان آن‌ها تقویت می‌شود (حسینی بهشتی، ۱۳۹۲، صص. ۱۲۸-۱۲۹).

### ۲.۵. اصل مسئولیت اجتماعی و سرنوشت مشترک

از نگاه شهید بهشتی، جامعه اسلامی، جامعه ارادی است که امت مسلمان با اراده آزاد خویش آن را محقق می‌سازد. این اجتماع با هدف همیاری و پذیرش مسئولیت دوطرفه و همکاری برای محقق کردن مقاصد خویش ایجاد می‌شود. از این رو در این جامعه، زیست اجتماعی با مشارکت و تعاون در مسئولیت همراه است (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، ص. ۳۹۵). در تعالیم اسلامی می‌بینیم که از سویی بر مسئولیت شخص نسبت به ساخت خود و محیط پیرامون تأکید شده است و در سمت مقابل، بر اثر تردیدناپذیر محیط اجتماعی در شکل‌دهی به فکر، اخلاق و اراده و عمل انسان؛ تا جایی که گویا سرانجام افراد تا اندازه زیادی به یکدیگر گره خورده است (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، ص. ۴۰۰). در باور شهید بهشتی، انسان موجودی مسئول و یکی از مهم‌ترین شئون مسئول بودن انسان، مسئولیت او در برابر محیط اجتماعی است؛ زیرا از نظر ایشان، انسان واقعیت و موجودی اجتماعی است و هیچ‌زمان به تنهایی زندگی نمی‌کند. انسان همیشه با دیگران زندگی می‌کند و در رابطه با دیگران هم اثرگذار است و هم اثرپذیر. روحیه مسئولیت جمعی از اهم اسباب نگهداری و تضمین اجرای عدالت در جامعه اسلامی است. از این رو، اطلاع عمومی نسبت به تکلیف و حقوق و رعایت حفظ و اجرای آن در جامعه ضرورت دارد (حسینی بهشتی، ۱۳۹۲، ص. ۳۷۷).

### ۳.۵. اصل کفالت همگانی

آماده‌سازی کامل اسباب حیات اشخاص جامعه و بهروری ایشان از مواهب خداداد از جمله مهم‌ترین مقاصد نظام حکمرانی اسلامی به شمار می‌آید. قسمتی از تدارک این منظور بر ذمه دولت و قسمت دیگری از آن بر ذمه یکایک اشخاص جامعه است که از این تکلیف اسلامی به قاعده تکافل نیز تعبیر می‌شود. بدین معنا که اعضای جامعه در برابر همدیگر، مسئولیت مشترک و دوسویه دارند. این قاعده نشان از ضرورت برآوردن احتیاجات لازم و مهم اعضای اجتماع دارد که در حدود قوانین اسلامی، همه مسلمانان گیتی، کفالت دیگری را بر عهده خویش داشته باشند. اسلام فریضه کفالت عمومی را مانند دیگر فرایض، لازم‌الاجرا دانسته است (جمالی‌زاده، ۱۳۸۰،

ص. ۶۱). از نگاه شهید بهشتی، یکی از بخش‌های بسیار مهم تعالیم اقتصادی اسلام، بخش مربوط به مسئولیت‌های مالی و اقتصادی دولت اسلامی است. ایشان اعتقاد دارند که دولت اسلامی موظف است عایدی‌های خود را در بیت‌المال مسلمین تجمیع کند و مواظب باشد که در هر قسمتی از بلاد اسلامی که احتیاج و نیازمندی به وجود آمد، آن را شناسایی کند و مهیا سازد مانند برپایی و پاسداری نهادهای عمومی در زمینه‌های فرهنگی، سلامت، ترویج ارزش‌های اسلامی و مانند آن‌ها، تدارک مخارج دفاع از قلمرو اسلام، مهیاسازی نیازهای اشخاصی که باید تکلیفی را انجام دهند و تأمین کمبود زندگی همه بی‌درآمدها یا کم‌درآمدهایی که در قلمرو اسلام زندگی می‌کنند. پیمان مصمم دولت اسلامی و خزانه امت برای تهیه نیازهای اقشار کمتر برخوردار جامعه، تضمینی حتمی برای ایشان است و موجب می‌شود که تأمین نیازهای ایشان حتی در گروی تکالیف مالی مسلمانان نباشد (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، صص. ۵۷۸-۵۸۰).

#### ۶. دولتی‌بودن بیمه در نظام حقوق اقتصادی جمهوری اسلامی ایران

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و پیش از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، شورای انقلاب اسلامی به موجب مصوبه ۱۳۵۸/۸/۱ خود با عنوان «لایحه قانونی ملی شدن مؤسسات بیمه و مؤسسات اعتباری»، برای حفظ حقوق بیمه‌گذاران و گسترش صنعت بیمه در کشور و برای خدمت به مردم، از تاریخ تصویب این قانون، همه مؤسسات بیمه کشور را ضمن قبول اصل مالکیت مشروع مشروط، ملی اعلام کرد. پس از تصویب قانون اساسی، در فصل ۴ این قانون با نام اقتصاد و امور مالی، نظام بیمه سامان یافت. بر اساس اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نظام اقتصادی کشور به سه دسته دولتی، خصوصی و تعاونی تقسیم شد و تنظیم‌کنندگان اصل ۴۴، بیمه را در بخش دولتی نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران قرار دادند. شهید بهشتی که از افراد تأثیرگذار در تصویب قانون اساسی بود، در همین باره اظهار داشت که شریان‌های مهم اقتصادی که نقش بنیادین سیاسی داشته یا به‌خودی‌خود مستلزم تکلیف دولت در سرمایه‌گذاری در این بخش باشد مانند راه‌آهن، هواپیمایی، کشتی‌رانی، معادن، بیمه و مانند این‌ها در بخش دولتی اقتصاد واقع در اصل ۴۴ قانون اساسی قرار داده شده است (حسینی بهشتی، ۱۳۹۷، ص. ۱۸۷). ایشان اعتقاد داشتند که یکی از موجبات و محرکات در ارتباط با مبنای اسلامی و مشروعیت فقهی دولتی بودن بیمه این است که مشروع بودن بیمه هنگامی که متعلق به دولت باشد، راحت‌تر است

(حسینی بهشتی، ۱۳۹۷، ص. ۱۵۱). شهید بهشتی در همین باره می‌فرماید «مصلحت اقتصاد جمهوری اسلامی ایجاب می‌کند که بیمه‌ها دولتی باشند. بنابراین، به‌خودی‌خود و به تعبیر فقهی، به‌عنوان "اولی" اشکالی ندارد، ولی به‌عنوان "ثانوی" یعنی ضرورت تعدیل اجتماعی در جامعه می‌گوییم باید عمومی باشد و این مشابه کارهای دیگر است مانند انحصارهای دولتی دیگر» (حسینی بهشتی، ۱۳۶۲، ص. ۱۷۳). ایشان اعتقاد داشتند که از نظر آن مبانی کلی که در اقتصاد اسلامی وجود دارد، بهتر است بیمه دولتی شود مشروط بر آنکه کارایی‌اش از واحدهای خصوصی کمتر نباشد و این مسئله مهمی است (حسینی بهشتی، ۱۳۹۷، ص. ۱۵۲). شهید بهشتی همچنین، راه را بر اصلاح دولتی بودن بیمه‌ها بسته ندانستند و معتقد بودند «تشخیص تنظیم‌کنندگان قانون اساسی بر این بوده است که در این مقطع زمانی (یعنی در سال ۱۳۵۸) در ایران، بیمه دولتی به سود جامعه خواهد بود لکن اگر روزی معلوم شود که در تشخیص‌شان اشتباه کرده‌اند، طبیعی است که باید در این امر تجدیدنظر صورت گیرد» (حسینی بهشتی، ۱۳۶۲، ص. ۱۷۴). گفتنی است که به‌موجب بند ۷ ماده ۵، بند الف ماده ۲۹ و نیز بندهای ۳ و ۵ ماده ۱۷ قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری مصوب سال ۱۳۵۰، شرکت بیمه مرکزی و ارکان آن از جمله مجمع عمومی و شورای عالی بیمه، وظیفه هدایت، سیاست‌گذاری و تعیین خطوط مشی برای مؤسسات بیمه‌ای و نظارت بر عملکرد آن‌ها را بر عهده دارد. همچنین، در سال ۱۳۶۷ قانون اداره امور شرکت‌های بیمه به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که طبق ماده ۱ این قانون، حق تصدی بیمه‌گری

---

۱. «ماده ۵: بیمه مرکزی ایران دارای وظایف و اختیارات زیر است.

...

۷- ارشاد، هدایت و نظارت بر مؤسسات بیمه و حمایت از آن‌ها در جهت حفظ سلامت بازار بیمه و تنظیم امور نمایندگی و دلالی بیمه و نظارت بر امور بیمه اتکایی و جلوگیری از رقابت‌های مکارانه و ناسالم».

۲. «ماده ۹: وظایف مجمع عمومی به شرح زیر است.

الف- تعیین خط مشی کلی».

۳. «ماده ۱۷: وظایف شورای عالی بیمه به شرح زیر است.

...

۳- تعیین انواع معاملات بیمه و شرایط عمومی بیمه‌نامه‌ها و نظارت بر امور بیمه‌های اتکایی.

۵- تصویب آیین‌نامه‌های لازم برای هدایت امر بیمه و فعالیت مؤسسات بیمه».



منحصراً در اختیار شرکت‌های بیمه ایران، آسیا، البرز و دانا قرار گرفت که در قالب سهامی مدیریت می‌شوند و همه سهام این شرکت‌ها به دولت تعلق دارد. همچنین، این نهادها برای اجرای اقسام فعالیت بیمه‌ای در قسمت‌های دولتی، تعاونی و خصوصی مجاز هستند.

شهید بهشتی از جمله کسانی است که اعتقاد دارد نباید اقتصاد کشور یکسره دولتی باشد و در همین رابطه می‌فرماید «در قانون اساسی گفته‌ایم که نظام اقتصادی اسلام، نظامی است که دولت را به صورت یک کارفرمای بزرگ درنیاورد. این یک اصل پذیرفته شده است و در قانون اساسی مورد قبول واقع شده است... (فلذا) ما با دولتی شدن اقتصاد مخالفیم و اقتصاد باید در حداقل ضرورت، دولتی باشد. این جزو اصول است و معتقدیم که دولتی شدن اقتصاد، انسان‌های جامعه را وابسته می‌کند و و منظور از وابستگی آن است که انسان‌های جامعه همه مزدور دولت می‌شوند» (حسینی بهشتی، ۱۳۹۷، ص. ۲۰۲). در واقع، شهید بهشتی معتقد بود که رقابت و مسابقه‌ای مثبت و سازنده میان سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی، هم به پیشرفت اقتصاد و شکوفایی استعداد‌های خلاق کمک می‌کند و هم آزادی اقتصادی را تأمین و هم از تبدیل شدن دولت به سرمایه‌داری غول‌پیکر جلوگیری می‌کند (حسینی بهشتی، ۱۳۸۸، ص. ۴۶۲). بر همین اساس، در راستای جلوگیری از بزرگ‌تر شدن اقتصاد بخش دولتی در ایران، سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۸۴ توسط مقام معظم رهبری ابلاغ شد. در قسمت ۴ از بند ۲ بخش الف متن سیاست‌های کلی، تأکید شده است که سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در زمینه بیمه توسط بنگاه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی و بخش‌های تعاونی و خصوصی مجاز است. پس از این ابلاغیه، در سال ۱۳۸۷، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی به تصویب مجلس رسید که در ماده ۲ آن اشاره شده که بیمه مرکزی و شرکت بیمه ایران از لحاظ سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت منحصراً در اختیار دولت است و نیز طبق بند ۲ ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی تشخیص، انطباق و طبقه‌بندی فعالیت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی، شرکت‌های بیمه البرز، بیمه آسیا و بیمه دانا جزو شرکت‌های گروه دوم ماده ۲ قانون یادشده قرار گرفت که طبق بند ۳ ماده ۳ قانون مزبور، دولت باید ۸۰ درصد از ارزش مجموع سهام این شرکت‌ها را به بخش‌های خصوصی، تعاونی و عمومی غیردولتی واگذار کند.

به عبارت بهتر، همان‌طور که در گفتارهای شهید بهشتی مشاهده شد، ایشان اذعان داشتند که قانون‌گذار اساسی در سال ۱۳۵۸ با در نظر گرفتن شرایط روز و مصلحت اجتماعی، به دولتی

شدن بیمه رهنمون شد و اگر زمانی مشخص شود که مضرات این اقدام از منافع آن بیشتر است، در این امر تجدیدنظر خواهد شد. از این رو با عنایت به ذیل اصل ۴۴ قانون اساسی<sup>۱</sup> که بر تطابق این اصل با دیگر اصول فصل اقتصاد و امور مالی از جمله بند ۲ اصل ۴۳ که بر بزرگ نشدن دولت به شکل کارفرمای بزرگ تأکید داشته، اصرار ورزیده است، مانعی برای تغییر ریل از دولتی بودن به خصوصی شدن صنعت بیمه هم در نگاه شهید بهشتی (رحمت‌الله علیه) و هم در نظر مقررین اساسی دیده نمی‌شود. از این رو از این ظرفیت در متن سیاست‌های ابلاغی اصل ۴۴ استفاده شد؛ بدین گونه که شرایط برای ورود بخش خصوصی به صنعت بیمه تا سقف ۸۰ درصد از سهام این شرکت‌ها فراهم شد و تنها وظیفه هدایت، سیاست‌گذاری و نظارت بر این حوزه بر عهده دولت و بیمه مرکزی نهاده شد.

### نتیجه‌گیری

با بررسی‌های صورت‌گرفته در تحقیق حاضر مشخص شد که بیمه در نظام حقوقی ایران از جایگاه مهمی برخوردار است؛ به طوری که هم در اسناد بالادستی مانند قانون اساسی و هم در قوانین عادی مصوب مجلس مورد تأکید قرار گرفته است. در همین راستا، شهید بهشتی که دارای نقشی ارزنده و برجسته در روند تصویب اصول قانون اساسی و از افراد متبحر در مسائل اقتصاد اسلامی بودند و مطالعات و تجربیات فراوان در این زمینه داشتند، معتقد بودند که انسان‌ها در زندگی خود به دلیل اینکه با انواع خطرات طبیعی و غیرطبیعی مواجه هستند، نیاز به نوعی اطمینان خاطر دارند تا با شجاعت بیشتری به کار و فعالیت بپردازند و بیمه می‌تواند چنین نقشی را در زندگی ایشان ایفا کند. از نگاه شهید بهشتی که به تعبیر امام خمینی (رحمت‌الله علیه) مجتهدی مسلم بودند، بیمه از لحاظ فقهی قراردادی میان بیمه‌گر و بیمه‌گذار است؛ به گونه‌ای که بیمه‌کننده را یارای آن باشد که در برابر صدمات احتمالی که معطوف به بیمه‌شده می‌شود، تعهد به جبران کند. بدین صورت مسئله‌ای در آن به وجود نمی‌آید و عقد و پیمانی دوطرفه تلقی می‌شود. این قرارداد، عقدی مستقل

---

۱. «مالکیت در این سه بخش تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور شود و مایه زبان جامعه نشود، مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است. تفصیل ضوابط، قلمرو و شرایط هر سه بخش را قانون معین می‌کند».

به شمار می‌آید و لزومی ندارد که عقد بیمه را داخل در یکی از عقود معین فقهی کنیم، بلکه این قرارداد به دلیل اینکه از مسائل مستحدثه است، در شناسایی ماهیت فقهی آن باید گامی رو به جلو برداشت و با استفاده از عموماً آیات قرآن و روایات معصومان (علیهم‌السلام)، حکم آن را از قوانین کلی اسلام استنباط کنیم و به‌عنوان عقد مستقل به رسمیت بشناسیم.

همچنین، با عنایت به نظرات دکتر بهشتی مشخص شد از آنجاکه دین مبین اسلام همواره بر تعاون و همکاری تأکید کرده و توصیه فراوانی به ایجاد روحیه برادری و پیوند اخوت اسلامی در میان امت اسلامی داشته است، ایشان ریشه‌های بیمه از نگاه اسلامی را ناشی از سه اصل مهم احساس خیرخواهی و تعاون اجتماعی، احساس مسئولیت اجتماعی و سرنوشت مشترک و اصل تکافل اجتماعی دولت اسلامی نسبت به رفع نیازهای اقشار مختلف جامعه از جمله نیازمندان می‌دانند. در همین راستا، شهید بهشتی وجود بیمه‌های اجتماعی همگانی به شکل اجباری به‌خصوص بیمه‌های درمانی همگانی را ضرورتی انکارناپذیر دانسته و معتقد است که دولت باید سیاست‌های حمایتی در قبال نظام سلامت، بهداشت و درمان جامعه داشته باشد و در راستای اجلاس‌های بند ۱۲ اصل ۳ و اصل ۲۹ قانون اساسی مبنی بر تعمیم بیمه و نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به‌صورت بیمه، تمام تلاش و امکانات خود را به کار گیرد؛ زیرا طبق اصل ۴۴ قانون اساسی، نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران به سه بخش دولتی، خصوصی و تعاونی تقسیم می‌شود و بیمه در بخش دولتی اقتصاد ایران جای دارد و شهید بهشتی که خود از تنظیم‌کنندگان متن قانون اساسی مصوب سال ۱۳۵۸ بودند، در این زمینه اعتقاد داشتند که با توجه به تجربه صنعت بیمه خصوصی و بازرگانی در دنیای سرمایه‌داری و نیز حساس بودن جریان‌های راهبردی اقتصادی کشور، در سال ۱۳۵۸ تصمیم منتخبان ملت در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی بر آن شد که به‌عنوان راهی جدید و تجربه‌ای نو، صنعت بیمه در اقتصاد ایران به شکل دولتی باشد. ایشان قائل به این نکته مهم بودند که شرط دولتی ماندن بیمه این مسئله مهم است که کارایی آن از شرکت‌های خصوصی کمتر نباشد، اما با گذشت زمان و عیان شدن مضرات اقتصاد دولتی و بنگاهداری دولت، از ظرفیت ذیل اصل ۴۴ و بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی استفاده شد و در سال ۱۳۸۴ در قسمت ۴ از بند ۲ بخش الف متن سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ابلاغی مقام معظم رهبری تأکید شد که سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در زمینه بیمه توسط بنگاه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی و بخش‌های تعاونی و خصوصی جایز است و در قوانین و

مقررات مربوط بعدی این واگذاری به بخش خصوصی تا سقف ۸۰ درصد سهام بیمه‌ها مجاز شمرده شد و بدین ترتیب، تنها وظیفه هدایت و نظارت بر عهده دولت و به‌طور مشخص شرکت بیمه مرکزی ایران قرار گرفت.

اکنون پس از گذشت تقریباً دو دهه از تصمیم ورود بخش خصوصی به صنعت بیمه در نظام حقوقی ایران به شکل وسیع، باید وضعیت این اقدام بنیادین از جهات گوناگون حقوقی، اقتصادی، اجتماعی و... مورد ارزیابی صاحب‌نظران قرار گیرد و تحلیل ابعاد گوناگون این اقدام، موضوع مهمی است که به پژوهش مستقل دیگری نیازمند است.

## منابع

- ۱) اردشیری لاجیمی، حسن (۱۳۹۰). گزیده‌ای از دیدگاه‌های شهید بهشتی. چاپ ۲، قم: بوستان کتاب.
- ۲) بهادری جهرمی، علی، اکبری، علی و فلاحیان، مهدی (۱۴۰۰). تأملی بر تکالیف حکومت اسلامی و مبانی حقوق بشری بر حق تأمین اجتماعی. فصلنامه تأمین اجتماعی، ۱۷ (۲)، صص. ۷۳-۸۴.
- ۳) جمالی زاده، احمد (۱۳۸۰). بررسی فقهی عقد بیمه، قم: بوستان کتاب، چاپ اول.
- ۴) حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۶۲). اقتصاد اسلامی. تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- ۵) حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۸۷). بانکداری، ربا و قوانین مالی در اسلام. چاپ ۲، تهران: روزنه.
- ۶) حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۸۸). حزب جمهوری اسلامی (مواضع تفصیلی). چاپ ۲، تهران: روزنه.
- ۷) حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۹۰). شناخت اسلام. چاپ ۲، تهران: بقعه.
- ۸) حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۹۱). درس‌گفتارهای فلسفه دین. چاپ ۱، تهران: روزنه.
- ۹) حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۹۲). اتحادیه انجمن‌های اسلامی دانشجویان در اروپا. چاپ ۲، تهران: روزنه.
- ۱۰) حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۹۷). نظام اقتصادی در اسلام (مباحث کاربردی). چاپ ۲، تهران: روزنه.
- ۱۱) خادمی کوشا، محمدعلی (۱۳۹۹). چالش‌های بهره‌گیری از عموماًت و مطلقات در حل مسائل مستحدثه. فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، ۶ (۲۱)، صص. ۷-۳۳. doi: 10.22034/jrj.2020.56697.1972
- ۱۲) خروشی، عبدالعظیم (۱۳۹۰). حقوق بیمه (تعهدات در بیمه‌های غرامت). چاپ ۱، تهران: مجد.
- ۱۳) طحان نظیف، هادی و داریوند، محمدصادق (۱۴۰۲). تحلیل مفهوم و ابعاد «قانون» در پرتو اندیشه‌های شهید آیت الله دکتر بهشتی (ره). پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۵۹ (۱)، صص. ۱-۲۸. doi: 10.30497/law.2023.243993.3338
- ۱۴) طحان نظیف، هادی و داریوند، محمدصادق (۱۴۰۳). ولایت فقیه و حدود اختیارات آن در اندیشه شهید دکتر بهشتی با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۶۳ (۱)، صص. ۱۲۷-۱۶۲. doi: 10.30497/law.2023.244713.3386
- ۱۵) عرب، محمد، کاووسی، زهرا و روانگرد، رامین (۱۳۸۹). نظام‌های بیمه سلامت. چاپ ۱، تهران: جهاد دانشگاهی.
- ۱۶) محمودصالحی، جان‌علی (۱۳۹۳). حقوق بیمه. چاپ ۴، تهران: پژوهشکده بیمه.
- ۱۷) مطهری، مرتضی (۱۳۷۵). مسئله ربا به ضمیمه بیمه. چاپ ۷، قم: صدرا.
- ۱۸) ملائکه پور شوشتری، سیدمحمدحسن (۱۳۹۴). بیمه مسئولیت مدنی در حقوق ایران و انگلیس. چاپ

۱، تهران: مجد.

- ۱۹) ممینی، بهرام (۱۳۹۵). اصول و مبانی بیمه. چاپ ۱، تهران: جنگل.
- ۲۰) موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۸۲). مجموعه مقالات فقهی، حقوقی و اجتماعی (جلد ۳). چاپ ۱، تهران: پژوهشکده امام خمینی (رحمت‌الله علیه) و انقلاب اسلامی.
- ۲۱) موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۷۶). تحریرالوسیله، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۲۲) نادران، الیاس، آقانظری، حسن و حسینی، سیدرضا (۱۳۹۱). الگوی تأمین اجتماعی صدر اسلام و دلالت‌های آن برای الگوهای نوین. فصلنامه معرفت اقتصاد اسلامی، ۳ (۲)، صص. ۲۸-۵.
- ۲۳) نیکخوامیری، ناصر (۱۳۹۴). بررسی فقهی عقد بیمه. چاپ ۱، تهران: سمت.

## References

- 1) Arab, Moḥammad, Kāvusi, Zahrā, & Ravāngard, Rāmīn (1389 SH/2010). *Nezām-hā-ye Bimeh-ye Salāmat* [Health Insurance Systems]. 1st ed., Tehran: Jahād-e Dāneshgāhī [in Persian].
- 2) Ardashīrī Lājīmī, Ḥasan (1390 SH/2011). *Gozīdeh-ī az Didgāh-hā-ye Shahīd Beheshtī* [A Selection of Martyr Beheshtī's Views]. 2nd ed., Qom: Būstān-e Ketāb [in Persian].
- 3) Bahādori Jahromī, ‘Alī, Akbarī, ‘Alī, & Falāḥiyān, Mahdī (1400 SH/2021). *Ta’ammoli bar Takālīf-e Ḥokūmat-e Eslāmī va Mabānī-ye Ḥoqūq-e Basharī bar Ḥaqq-e Ta’min-e Ejtemā’ī* [Reflections on the Duties of the Islamic Government and Human Rights Principles in Social Security Rights]. *Faslnāmeḥ-ye Ta’min-e Ejtemā’ī* [Social Security Quarterly], 17(2), pp. 73–84 [in Persian].
- 4) Ḥoseynī Beheshtī, Seyyed Moḥammad (1362 SH/1983). *Eqtešād-e Eslāmī* [Islamic Economy]. Tehran: Daftar-e Nashr-e Farhang-e Eslāmī [in Persian].
- 5) Ḥoseynī Beheshtī, Seyyed Moḥammad (1387 SH/2008). *Bānk-dāri, Rebā va Qavānīn-e Mālī dar Eslām* [Banking, Usury, and Financial Laws in Islam]. 2nd ed., Tehran: Rowzaneh [in Persian].
- 6) Ḥoseynī Beheshtī, Seyyed Moḥammad (1388 SH/2009). *Ḥezb-e Jomhūrī-ye Eslāmī (Mavāze’-e Tafšīli)* [Islamic Republican Party (Detailed Positions)]. 2nd ed., Tehran: Rowzaneh [in Persian].
- 7) Ḥoseynī Beheshtī, Seyyed Moḥammad (1390 SH/2011). *Shenākht-e Eslām* [Understanding Islam]. 2nd ed., Tehran: Boq’eh [in Persian].
- 8) Ḥoseynī Beheshtī, Seyyed Moḥammad (1391 SH/2012). *Darsgoftār-hā-ye Falsafeh-ye Dīn* [Lectures on Philosophy of Religion]. 1st ed., Tehran: Rowzaneh [in Persian].
- 9) Ḥoseynī Beheshtī, Seyyed Moḥammad (1392 SH/2013). *Etteḥādīyeh-ye Anjoman-hā-ye Eslāmī-ye Dāneshjūyān dar Orūpā* [Union of Islamic Students Associations in Europe]. 2nd ed., Tehran: Rowzaneh [in Persian].
- 10) Ḥoseynī Beheshtī, Seyyed Moḥammad (1397 SH/2018). *Nezām-e Eqtešādī dar Eslām (Mabāḥes-e Kārburdī)* [Economic System in Islam (Practical Discussions)]. 2nd ed., Tehran: Rowzaneh [in Persian].
- 11) Jamālīzādeh, Aḥmad (1380 SH/2001). *Barrasī-ye Feqhī-ye ‘Aqd-e Bimeh* [Jurisprudential Study of Insurance Contracts]. 1st ed., Qom: Būstān-e Ketāb-e Qom [in Persian].
- 12) Khādemī Kūshā, Moḥammad ‘Alī (1399 SH/2020). *Chālesh-hā-ye Bahreh-gīrī az ‘Omūmāt va Moṭlaqāt dar Ḥall-e Masā’el-e Mostahdeseh* [Challenges in Utilizing General and Absolute Rules for Solving New Issues]. *Faslnāmeḥ-ye Jostār-hā-ye Feqhī va Oṣūlī* [Jurisprudential and Usuli Studies Quarterly], 6(21), pp. 7–33. doi: 10.22034/jrj.2020.56697.1972 [in Persian].
- 13) Khorūshī, ‘Abd al-‘Azīm (1390 SH/2011). *Ḥoqūq-e Bimeh (Ta’ahhodāt dar Bimeh-hā-ye Gharāmat)* [Insurance Law (Liabilities in Indemnity Insurance)]. 1st ed., Tehran: Majd [in Persian].
- 14) Maḥmūdšāleḥī, Jān ‘alī (1393 SH/2014). *Ḥoqūq-e Bimeh* [Insurance Law]. 4th ed., Tehran: Pazhūheshkadeh-ye Bimeh [in Persian].

- 15) Malā'ekhepūr Shūshtarī, Seyyed Moḥammad Ḥasan (1394 SH/2015). Bimeh-ye Mas'ūliyat-e Madanī dar Ḥoqūq-e Īrān va Englis [Civil Liability Insurance in Iranian and English Law]. 1st ed., Tehran: Majd [in Persian].
- 16) Membinī, Bahrām (1395 SH/2016). Oṣūl va Mabānī-ye Bimeh [Principles and Foundations of Insurance]. 1st ed., Tehran: Jangal [in Persian].
- 17) Moṭahharī, Murtaẓā (1375 SH/1996). Mas'aleh-ye Rebā be Ḥamīmah-ye Bimeh [The Issue of Usury with Insurance Appendix]. 7th ed., Qom: Ṣadrā [in Persian].
- 18) Mūsavi Bojnūrdī, Seyyed Moḥammad (1382 SH/2003). Majmū'eh Maqālāt-e Feqhī, Ḥoqūqī va Ejtemā'ī (Vol. 3) [Collection of Jurisprudential, Legal, and Social Articles]. 1st ed., Tehran: Pazhūheshkadeh-ye Emām Khomeynī [in Persian].
- 19) Mūsavi Khomeynī, Seyyed Rūḥollāh (1376 SH/1997). Taḥrīr al-Vasīlah. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī [in Persian].
- 20) Nāderān, Elyās, Āqānazarī, Ḥasan, & Ḥoseynī, Seyyed Rezā (1391 SH/2012). Olgū-ye Ta'mīn-e Ejtemā'ī dar Ṣadr-e Eslām [Social Security Model in Early Islam]. Fasnāmeḥ-ye Ma'refat-e Eqtesād-e Eslāmī, 3(2), pp. 5-28 [in Persian].
- 21) Nīkhhvāmīrī, Nāṣer (1394 SH/2015). Barrasī-ye Feqhī-ye 'Aqd-e Bimeh [Jurisprudential Study of Insurance Contracts]. 1st ed., Tehran: SAMT [in Persian].
- 22) Ṭahḥān Nazīf, Hādī, & Dārīvand, Moḥammad Ṣādeq (1402 SH/2023). Taḥlīl-e Mafhūm va Ab'ād-e "Qānūn" dar Partow-e Andīsheh-hā-ye Shahīd Āyatollāh Doktor Beheshtī [Analysis of Concept of 'Law' and its Dimensions in the light of Thoughts of Martyr Ayatollah Dr. Beheshti]. Pazhūheshnāmeḥ-ye Ḥoqūq-e Eslāmī [Journal of Islamic Law Research], 59(1), pp. 1-28. doi: 10.30497/law.2023.243993.3338 [in Persian].
- 23) Ṭahḥān Nazīf, Hādī, & Dārīvand, Moḥammad Ṣādeq (1403 SH/2024). Valāyat-e Faqīh va Ḥodūd-e Ekhtīārāt-e Ān dar Andīsheh-ye Shahīd Doktor Beheshtī bā Negāhī be Qānūn-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān [The Authority of the Guardianship of the Islamic Jurist [Velayat-e Faqih] and its Limits of Power in the Thought of Dr. Beheshti with a Look at the Constitution of the Islamic Republic of Iran]. Pazhūheshnāmeḥ-ye Ḥoqūq-e Eslāmī [Journal of Islamic Law Research], 63(1), pp. 127-162. doi: 10.30497/law.2023.244713.3386 [in Persian].





- : تحلیل فقهی حقوقی مسئولیت تلف مبیع پس از فسخ عقد؛ کاوشی نو در فقه عامه | مقاله مروری ۲۵۱  
• محمدحسین تقی‌پور درزی نقیبی | ام‌البینین رمضان‌زاده | مصطفی فیروزی‌راد
- : صورت‌بندی نظام جامع معاذیر قراردادی در نظم حقوقی ایران | مقاله مروری ۲۷۵  
• سیدمحمدحسن مومنی | امیرمهدی قربان‌پور
- : جستاری فقهی حقوقی در مبانی و حدود مسئولیت تولیدکنندگان ابزارهای اینترنت اشیا | مقاله مروری ۲۹۹  
• زهرا سادات میرهاشمی | فاطمه نجیب‌زاده | معین غلامعلی‌پور
- : بازخوانی آراء شهید دکتر بهشتی پیرامون «بیمه اجتماعی» در نظام حقوقی ایران | مقاله ترویجی ۳۳۷  
• محمد بهادری جهرمی | محمدصادق داریوند

## فهرست مقالات

- حقوق بشر علیه حقوق بشر؛ گفتمان حقوق بشر از زبان رهایی‌بخش نا ابزار سلطه | مقاله پژوهشی ... ۱  
• علی صابری تولایی
- اعتبارسنجی تفسیر عینی مبتنی بر ظهور لفظ، در برابر تفسیر شخصی متکی بر قرائن گمان آور | مقاله  
پژوهشی ..... ۴۷  
• محمد عبدالصالح شاهنوش روشانی
- امکان‌سنجی فسخ شرط ضمن عقد با وجود بقای عقد | مقاله پژوهشی ..... ۷۹  
• محمدهادی جواهر کلام | سیدفاضل سیدی
- تحلیل وضعیت «توافق بر تشکیل نکاح» با ابتناء بر جواز حقی و حکمی | مقاله پژوهشی ..... ۱۰۵  
• حسین جاویر | محدثه اصولی یامچی
- واکاوی ماهیت نمایندگی ظاهری در فقه امامیه و حقوق ایران | مقاله پژوهشی ..... ۱۳۳  
• حمیدرضا حبیبی | بهزاد پورسید
- مسدودسازی شماره ملی اشخاص در راستای اجرای محکومیت‌های مالی و کیفری؛ اقدامی قانونی یا  
اقدامی مدنی؟ | مقاله پژوهشی ..... ۱۷۳  
• پگاه سرمدی | نصراله جعفری خسروآبادی
- تحلیل حقوقی چگونگی و احکام جایگزینی وضعیت «غیرنافذ» در قانون تجارت ایران | مقاله  
پژوهشی ..... ۲۰۱  
• احد قلی‌زاده منقوطای
- امکان‌سنجی تحلیل نامه ۵۳ نهج‌البلاغه از منظر قواعد آیین دادرسی | مقاله مروری ..... ۲۳۱  
• مهدی حمزه هویدا

• 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   ۳۶۰ صفحه	

بهاء: ۱,۷۵۰,۰۰۰ ریال



# پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۶۷

سال بیست و ششم • شماره اول • پیاپی ۶۷

بهار ۱۴۰۴

صاحب امتیاز • دانشگاه امام صادق علیه السلام

مدیر مسئول • سلمان عمرانی | استادیار | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه امام صادق علیه السلام

سردبیر • نجادعلی الماسی | استاد | حقوق بین‌الملل خصوصی | دانشگاه تهران

ویراستار انگلیسی • طاهر حبیب‌زاده | استادیار | حقوق 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 سیداصفهان‌ی | استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه مونکتون | کانادا

محمد علوم محمد العقبالی | 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 | انگلستان

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 | انگلستان

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 بیست و ششم | شماره اول | پیاپی ۶۷ | بهار ۱۴۰۴

۶۷

- حقوق بشر علیه حقوق بشر؛ گفتمان حقوق بشر از زبان رهایی‌بخش تا ابزار سلطه  
علی صابری تولایی
- اعتبارسنجی تفسیر عینی مبتنی بر ظهور لفظ، در برابر تفسیر شخصی  
متکی بر قرائن گمان‌آور  
محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی
- امکان‌سنجی فسخ شرط ضمن عقد با وجود بقای عقد  
محمدهادی جواهر کلام | سیدفاضل سیدی
- تحلیل وضعیت «توافق بر تشکیل نکاح» با ابتناء بر جواز حقی و حکمی  
حسین جاویر | محدثه اصولی یامچی
- واکاوی ماهیت نمایندگی ظاهری در فقه امامیه و حقوق ایران  
حمیدرضا حبیبی | بهزاد پورسید
- مسدودسازی شماره ملی اشخاص در راستای اجرای محکومیت‌های مالی و کیفری؛  
اقدامی قانونی یا اعدامی مدنی؟  
پگاه سرمدی | نصراله جعفری خسروآبادی
- تحلیل حقوقی چگونگی و احکام جایگزینی وضعیت «غیر نافذ» در قانون تجارت ایران  
احمدقلی‌زاده منقوطلای
- امکان‌سنجی تحلیل نامه ۵۳ نهج‌البلاغه از منظر قواعد آیین دادرسی  
مهدی حمزه هویدا
- تحلیل فقهی حقوقی مسئولیت تلف مبیع پس از فسخ عقد؛ کاوشی نو در فقه عامه  
محمدحسین تقی‌پور درزی نقیبی | ام‌البنین رمضان‌زاده | مصطفی فیروزی‌راد
- صورت‌بندی نظام جامع معاذیر قراردادی در نظم حقوقی ایران  
سیدمحمدحسن مومنی | امیرمهدی قربان‌پور
- جستاری فقهی حقوقی در مبانی و حدود مسئولیت تولیدکنندگان ابزارهای  
اینترنت اشیا  
زهره سادات میرهاشمی | فاطمه نجیب‌زاده | معین غلامعلی‌پور
- بازخوانی آراء شهید دکتر بهشتی پیرامون «بیمه اجتماعی» در نظام حقوقی ایران  
محمد بهادری جهرمی | محمدصادق داربوند

شاپا الکترونیکی | ۶۶۷۳ - ۲۵۸۸

شاپا چاپی | ۹۸۵۸ - ۲۲۵۱



DOAJ ISC HEINONLINE