

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



نشریه علمی

آموزه‌های فقهی

دوره ۱۷، پاییز و زمستان ۱۴۰۴، ش ۳۲

فهرست

- امکان‌سنجی تسری حکم توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان به تصادفات رانندگی؛
رویکردی تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه/ سیده ریحانه رضاییان، محمدرسول آهنگران،
محمد جعفری هرندی ۱۱
- بررسی مستثنیات اصلی و تبعی از حکم ملی شدن اراضی منابع طبیعی/ محمدحسن
امام‌وردی ۴۳
- سازوکار حمایت از حقوق اکثریت در رژیم بازسازی آپارتمان‌های فرسوده/ حسین جاوید،
متین صبوری ۷۷
- ماهیت حقوق قرارداد بین دولت و دامدار نسبت به اراضی واگذار شده در قالب طرح
خروج دام از جنگل/ سید حسن حسینی مقدم، محمد فرزانه‌گان، محمدحسن آخوندی ۱۲۱
- تأثیر عدم رعایت تشریفات مقرر در قانون «الزام به ثبت رسمی»، بر اعمال حقوقی مرتبط با
اموال غیرمنقول/ سید محمد رضوی ۱۵۵
- تحلیل مبانی نفوذ شهادت ذی نفع مطالعه موردی: شهادت اجیر به نفع مستأجر/ سید
امیرعلی صادقی مقدم، حمید روستایی صدرآبادی ۱۸۹

- واکاوی کارکرد سوگند و قوانین موضوعه/ سمیه ظهوری ۲۲۱
- الزام فروشنده به رفع عدم انطباق در تخلف اوصاف موضوع قرارداد در فقه امامیه و کنوانسیون بیع بین المللی کالا/ محمد امین کبیری، ابراهیم عبدی پور ۲۵۱
- تأملی انتقادی بر مبانی مقابله با وجه التزام گزاف در آرای قضایی / محمد کلیچ، محمد حسن موسوی خراسانی، حسین فتحی ۲۸۷
- رویکردشناسی تقنینی نظام حقوق خانواده ایران پس از انقلاب اسلامی/ سعید محبوب ۳۱۹
- مفهوم مطالبه مورد شفعه و آثار آن در فقه و حقوق ایران؛ بررسی و تحلیل ماده ۸۱۸ قانون مدنی/ اقبال علی میرزائی ۳۴۵
- نقش و شرایط تأثیر عدم وصول چک در انحلال قرارداد با تأکید بر رویه قضایی/ سحر کریمی، امیرمحمد نوری ۳۷۵

راهنمای تدوین مقالات

- مقاله باید حاصل نوآوری و پژوهش در زمینه تخصصی نشریه یا مطالعات بینارشته‌ای مرتبط باشد. در صورت ارسال هم‌زمان چند مقاله، فقط مقاله اول داوری می‌شود.
- اطلاعات نویسنده مسئول و همکاران، این‌گونه تنظیم می‌شود: «نویسنده مسئول، رتبه دانشگاهی، نام گروه، نام دانشکده، نام دانشگاه، نام شهر، نام کشور. رایانامه دانشگاهی».
- ارسال مقالات فقط از طریق سامانه نشریات علمی به نشانی <https://journals.razavi.ac.ir> انجام می‌گیرد.
- در تایپ مقاله فارسی، از قلم IRzar اندازه ۱۳، برای عبارات عربی از قلم Calibri اندازه ۱۲ و برای کلمات انگلیسی از قلم Times New Roman اندازه ۱۲ استفاده می‌شود.
- پانویس‌های فارسی و عربی با قلم بالا و اندازه ۱۰ و پانویس انگلیسی با قلم بالا و اندازه ۹ باشد.
- در پانویس، در پایان اسامی یا اصطلاحات، نقطه گذاشته نمی‌شود.
- تعداد کلمات مقاله، بدون کلمات چکیده و کلیدواژه‌ها، نباید از ۸۰۰۰ کلمه بیشتر شود.
- مقاله باید شامل عنوان، چکیده، مقدمه، بحث، نتیجه‌گیری، سپاسگزاری و فهرست منابع باشد.
- چکیده مقاله در یک بند و بین ۱۵۰ تا ۲۵۰ کلمه و مایل (Italic) باشد.
- رعایت اصول چکیده‌نویسی ضروری است و در چکیده باید چهار قسمت درآمد (Introduction)، روش (Methods)، یافته‌ها (Results) و نتیجه‌گیری (Conclusion) وجود داشته باشد.
- کلیدواژه‌های مقاله (چهار تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید. لطفاً از واژه «کلیدواژه‌ها» استفاده شود.
- کلیدواژه‌های فارسی و انگلیسی مطابق هم باشند.
- در مقدمه به «تعریف مسئله»، «پیشینه تحقیق»، «اهمیت، ضرورت و نوآوری پژوهش»، «سؤال یا سؤالات پژوهش» و «فرضیه یا فرضیه‌های تحقیق» پرداخته می‌شود.
- در مقدمه، ذکر «پیشینه پژوهش» الزامی است.
- تیتراژ «چکیده»، «مقدمه»، «نتیجه‌گیری و پیشنهادها» و «فهرست منابع» شماره‌گذاری

نمی‌شود.

- تیتراها با شماره ۱، ۲ و... و زیرمجموعه آن‌ها از راست به چپ (۱-۱، ۱-۲) تنظیم می‌شود.
- رعایت دستور خط زبان فارسی فرهنگستان الزامی است.
- نقل قول مستقیم در صورت بیش از ۴۰ کلمه، در بند مایل (Italic) تنظیم می‌شود.
- ترجمه آیه و روایت، به دنبال متن عربی و پس از نقطه‌ویرگول (؛) داخل گیومه قرار می‌گیرد.
- در عبارات عربی روایات و غیره یا رونوشت آن‌ها از نرم‌افزارها، به اعراب‌های ضروری بسنده شود و از ناهماهنگی در اعراب‌گذاری بپرهیزید.
- ارجاعات به شیوه (American Psychological Association) APA است.
- نام کتاب و نشریه در متن و فهرست منابع، مایل (Italic) و عنوان مقالات در متن، داخل گیومه باشد.
- درج شناسه DOI یا DOR در انتهای هر مقاله در فهرست منابع ضروری است.
- در فهرست منابع، نام مؤلف چند اثر، باید تکرار شود.
- نشریه در ویرایش مقالات آزاد است و آرای نویسندگان لزوماً دیدگاه نشریه نیست.

اصول اخلاقی مجله

- فهرست نام نویسندگان نشان‌دهنده همکاری آن‌ها در تدوین مقاله است. لذا تعیین نام نویسنده مسئول و ترتیب نویسندگان ضروری است.
- نویسنده مسئول فردی است که در تهیه، آماده‌سازی و... مقاله، سهم عمده را دارد و مسئولیت هر ایراد قانونی و رعایت ضوابط بر عهده اوست.

حقوق نویسندگان و داوران

- اطلاعات شخصی نویسندگان برای کارشناسان و عوامل اجرایی و اعضای تحریریه مجله محرمانه است و از آن محافظت می‌شود.
- داوری نشریه دوسویه ناشناس و نام داوران محرمانه است.

قانون کپی‌رایت

- مقالات ارسالی نباید کپی‌برداری از آثار چاپ شده یا ترجمه آثار باشد و قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگر هم‌زمان ارسال شده باشد.
- در صورت تخلف نویسندگان، مطابق با ماده ۳ از فصل دوم قانون حمایت از حقوق

پدیدآورنده (تأیید شده در وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) رفتار خواهد شد.
- همپوشانی مقالات چاپ شده نویسنده یا نویسندگان تا ۱۰ درصد پذیرفتنی است و
بیشتر از آن شامل قانون کپی رایت می‌گردد.

* ارجاع به کتاب:

- در متن: (نام خانوادگی، سال انتشار، ص. / ج. ، ص.).
مثال: (جوادی آملی، ۱۳۸۶، ج. ۱، ص. ۱۲).
- در فهرست منابع: نام خانوادگی نویسنده، نام. (سال نشر). عنوان کتاب. محل نشر: نام
ناشر.

مثال: جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۸۶ش). ریحیق مختوم. قم: اسراء.

* ارجاع به مقاله:

- در متن: (نام خانوادگی نویسنده، سال نشر). مثال: (ایروانی؛ حق پناه، ۱۴۰۲).
- در فهرست منابع: نام خانوادگی نویسنده، نام. (سال نشر). عنوان مقاله. عنوان نشریه،
دوره (شماره)، صفحه آغاز - پایان مقاله. DOI یا DOR مقاله.

مثال: ایروانی، جوادی؛ حق پناه، رضا. (۱۴۰۲ش). پاسخ به شبهه اسارت زن در دست مرد
(بررسی موردی: تجویز رابطه زناشویی با کنیز شوهردار در قرآن). آموزه‌های قرآنی، ۲۰ (۳۸)، ۳-

<https://doi.org/10.30513/qd.2023.5167.2133> .۲۵



Feasibility of Extending the Inheritance Rule in Cases of Deaths with Unknown Timing to Traffic Accidents: A Comparative Approach in Iranian and French Law

Seyedeh Reyhaneh Rezaeian¹ | Mohammad-Rasoul Ahangaran² |
Mohammad Ja'fari Harandi³

1. PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. Email: rezaeiansm@gmail.com
2. Corresponding Author, Professor, Department of Theology and Islamic Studies, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran. Email: ahangaran@ut.ac.ir
3. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Humanities, Yadegar-e-Imam Khomeini Branch, Islamic Azad University, Shahr-e-Rey, Iran. Email: harandi_lawyer@yahoo.com

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received: 1 February 2025

Revised: 7 May 2025

Accepted: 19 July 2025

Available online 29 July 2025

Keywords:

Deaths with Unknown Timing, Inheritance in Cases of Destruction (hadm) and Drowning (gharq), Article 873 of the Civil Code, Inheritance in Traffic Accidents



ABSTRACT

According to the primary legal principle, the realization of inheritance is contingent upon verifying the heir's survival at the time of the testator's death. Based on this principle, inheritance is nullified in cases of deaths with unknown timing. This ruling, however, admits exceptions in both French law and Iranian law. In Iranian law, the ruling includes exceptions in two scenarios: destruction (hadm) and drowning (gharq). According to the predominant view among jurists, this exception should be interpreted strictly, thus precluding its extension to deaths with unknown timing resulting from traffic accidents. The Civil Code, in Article 873, has adhered to this strict interpretation approach. However, based on the view of prominent jurists, the mentioned exception can be extended to similar cases. Proponents of extension, based on certain analyses, consider the specific titles mentioned in the evidence for these exceptions as not being essential to the ruling. Therefore, by expanding the concept of destruction (hadm), they have extended this ruling to cases such as traffic accidents. This research, employing a descriptive-analytical method, reflects upon narrative evidence and their linguistic aspects to discover different indicators and evidence - based on expanding the concept of destruction on one hand, and relying on specific verbal relationships to discover the criterion and isolate the effective cause (tanqih al-manat) on the other - thereby making it possible to extend the ruling to similar cases such as traffic accidents.

Cite this article: Rezaeian, S. R.; Ahangaran, M. R.; Ja'fari Harandi, M. (2025). Feasibility of Extending the Inheritance Rule in Cases of Deaths with Unknown Timing to Traffic Accidents: A Comparative Approach in Iranian and French Law. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(32), 11-42. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6756.2041>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

Extended Abstract

Introduction

The issue of inheritance and the conditions for its realization is a fundamental topic in Iranian Islamic and civil law, consistently drawing the attention of jurists and legal scholars. One essential condition for inheriting is establishing the heir's being alive at the time of the deceased's death—a condition whose absence negates the transfer of the estate. However, in cases where the sequence of individuals' deaths is indeterminable, the Iranian Civil Code, in Article 873, exceptionally accepts mutual inheritance in cases of drowning (*Gharaq*) and destruction under ruins (*Hadm*). This exception, based on a strict interpretation by Imami jurists and the legislator, has been met with expansive views in contemporary jurisprudence. Some jurists, including Imam Khomeini and Ayatollah Khamenei, advocate extending the ruling of mutual inheritance to similar cases such as fire, explosion, and traffic accidents.

This research focuses on analyzing the jurisprudential and legal foundations of this exception, examining its theoretical and practical bases. Through analyzing jurisprudential opinions and judicial procedures, it delineates the boundaries of the rule. Divergent opinions in judicial authorities regarding the instances of the exception, such as cases involving gas leaks or traffic accidents, reveal a legal gap and lack of procedural unity. The present article, with a novel approach, analyzes the concepts and wording of related narrations (*Riwayat*) more precisely and offers a coherent solution consistent with jurisprudential principles and contemporary legal requirements. The research distinguishes itself in three aspects:

1. Utilizing intra-textual implications instead of extra-textual evidence;
2. Analyzing lexical relationships and the semantic implications of the wording in narrations;
3. Offering new interpretations, such as the implication of the letter *fa* (ف) and expanding the meaning of "*hadm*".

The primary objective is to assess the feasibility of mutual inheritance in deaths with an unknown time of occurrence (particularly traffic accidents) based on textual and jurisprudential evidence, to resolve judicial challenges. The target audience includes jurists, legal scholars, judges, and researchers in Islamic jurisprudence and law who deal with complex inheritance cases. The theoretical approach is comparative-analytical. By comparing Imami jurisprudence and French law, it examines the capacity for jurisprudential development in emerging issues. The descriptive-analytical method, focusing on jurisprudential and legal texts, identifies scientific gaps (particularly lexical implications) and provides legislative reform suggestions to enhance justice within the inheritance system.

Method

This research employs content analysis and a descriptive-analytical method, based on the examination of jurisprudential texts, legal sources, and Imami narrations. The scope includes the views of Imami jurists (from classical to contemporary), Iranian civil laws (Articles 873, 874, and 1024), and a comparison with the French Civil Code (before and after the 2001 reforms). The sample includes over 20 key

narrations from authoritative sources (*Wasā'il al-Shī'ah*, *Tahdhīb al-Aḥkām*, *Jawāhir al-Kalām*), advisory opinions from the Legal Department of the Judiciary (e.g., 66/7, 3275/7, 5231/7), and judicial rulings (e.g., from Branch 9 of Gorgan), covering more than 50 sources. Tools include jurisprudential books (al-'Āmilī, al-Najafī), legal sources (Iranian and French Civil Codes, works by Aurélien Bamdé, 2021), jurisprudential software (*Ganjineh-ye Estefta'at-e Qaza'i*), and legal websites (davoudabadi.ir, dadfaran.com, wikihoghoogh.net).

The axes of analysis are: the literal implication of narrations (the letter "*fa* (ف) " and "*hadm*") , evaluation of reasons against generalization (fatwa-based popularity *shuhrah*, analogy *qiyās*) and the removal of specificity (*ilghā-yi khussūsiyat*), with emphasis on semantic and lexical aspects. Data was collected from secondary sources. The research stages are:

1. Collecting evidence;
2. Descriptive analysis of viewpoints;
3. Critical evaluation focusing on intra-textual analysis;
4. Comparative analysis;
5. Extraction of the preferred view and reform suggestions.

Sources were selected based on credibility, and weak sources were critiqued or excluded. Ethical considerations include adherence to integrity and preservation of authors' intellectual rights.

Findings

The data examination reveals that in French law, the previous approach was based on criteria of age and sex. However, the modern approach (Article 725-1) emphasizes determining the sequence with evidence and, when impossible, negates mutual inheritance (with the exception of representation by children), having eliminated discrimination.

In Iranian law, Article 873 limits mutual inheritance to drowning and destruction under ruins. However, advisory opinions extend it to the destruction of vehicles, which was applied in 70% of the reviewed rulings but rejected in 30%. The example of a family under ruins demonstrates the transfer of inheritance shares to living heirs.

In Imami jurisprudence, three viewpoints were identified:

- Restriction (more popular);
- Extension (supported by Khomeini, Khoei, Sobhani);
- Suspension of judgment (*Tawaqquf*).

The reasons for restriction (weak negative narrations, popularity based on transmitted evidence, analogy) are invalid. The reasons for extension include customary and novel literal removal of specificity (the implication of "*fa* (ف) ", the broad meaning of "*hadm*" based on al-Jazari), with 80% of narrations emphasizing the unknown timing. The interpretations are consistent with the principle "*al-'illah tu'ammim wa tukhaṣṣis*" (the cause generalizes and specifies) and without contradiction; undesirable consequences were also not excluded.

Conclusion

The findings highlight the importance of mutual inheritance in deaths with an unknown time of occurrence, which challenges the condition of the heir being alive and is linked to judicial justice, harmonizing jurisprudence with modern law,

and public policy. Iran's approach is conservative, while France's is more flexible. The hypothesis of restriction is rejected, and extension is confirmed. The results have theoretical implications (strengthening intra-textual removal of specificity) and practical implications (resolving judicial disputes) and can form the basis for comparative studies, judge training, and policymaking for accidents.

Applications include: Amending Article 873 to extend to coercive incidents and issuing a unified procedure ruling to reduce inequalities. Unresolved issues are limited. The direct conclusion is that mutual inheritance is a fundamental socio-legal principle that extends to similar cases and strengthens Islamic justice.

Author Contributions

Seyedeh Reyhaneh Rezaeian was responsible for data extraction and analysis. Dr. Mohammad Rasul Ahangaran supervised the jurisprudential analysis and editing. Dr. Mohammad Ja'fari Harandi conducted the comparative analysis of French law and drafted the conclusion.

Data Availability Statement

Data will be made available to researchers upon request from the corresponding author.

Acknowledgements

The authors thank the anonymous reviewers for their constructive comments in evaluating the article.

Ethical Considerations

The authors have adhered to integrity, avoiding distortion, plagiarism, and any form of research misconduct.

Funding

This article has not received any specific financial support from funding agencies in the public, commercial, or non-profit sectors.

Conflict of Interest

The authors declare no conflict of interest.

Declaration on the Use of Generative AI and AI-assisted Technologies

During the preparation of this work, the authors utilized AI to assist in drafting the extended abstract. After using this tool, the authors reviewed and edited the generated content and take full responsibility for the published content.



امکان سنجی تسری حکم توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان به تصادفات رانندگی؛ رویکردی تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه

سیده ریحانه رضاییان^۱ | محمدرسول آهنگران^۲ | محمد جعفری هرندی^۳

۱. دانشجوی دکتری، رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. رایانامه: rezaeiasm@gmail.com
۲. نویسنده مسئول، استاد گروه الهیات و معارف اسلامی، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: ahangaran@ut.ac.ir
۳. دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، واحد یادگار امام خمینی (ره)، دانشگاه آزاد اسلامی، شهر ری، ایران. رایانامه: harandi_lawyer@yahoo.com

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۱۳</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۲/۱۷</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۲۸</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۴/۰۵/۰۷</p> <p>کلیدواژه‌ها: مرگ‌های مجهول‌الزمان، ارث در فرض هدم و غرق، «ماده ۸۷۳ ق.م.»، «ارث در تصادفات رانندگی».</p> 	<p>بر اساس قاعده اولیه تحقق ارث منوط به احراز حیات وارث در زمان وفات مورث است. بر اساس قاعده ذکر شده در مرگ‌های مجهول‌الزمان رابطه ارث بری منتفی است. حکم مذکور در حقوق فرانسه از یک سو و حقوق ایران از سوی دیگر، دارای استثنائاتی است. در حقوق ایران، حکم مذکور در دو فرض هدم و غرق شامل استثنا شده است. بر اساس قول مشهور میان فقها از این استثنا باید تفسیر مضیق صورت گیرد، لذا امکان تسری آن به مرگ‌های مجهول‌الزمان ناشی از تصرفات رانندگی، وجود ندارد. قانون مدنی نیز در ماده ۸۷۳ از دیدگاه تفسیر مضیق تبعیت کرده است؛ اما بر اساس دیدگاه مشهور فقها، استثنای مذکور، قابلیت تسری به موارد مشابه را دارد. قائلین به تسری بر پایه برخی تحلیل‌ها، عناوین مأخوذ در ادله تخصیص را فاقد موضوعیت دانسته‌اند؛ لذا بر پایه توسعه در مفهوم هدم، حکم مذکور را به موارد تصرفات رانندگی نیز تسری داده‌اند. پژوهش حاضر به روش توصیفی تحلیلی به نگارش درآمده، تا با تأمل در اخبار و لسان ادله، به کشف قراین و شواهد متفاوتی بر پایه توسعه در مفهوم هدم از یک سو و تکیه بر مناسبات خاص لفظی جهت کشف ملاک و تنقیح مناط پرداخته شود تا از آن رهگذر، تسری حکم به موارد مشابه از قبیل تصادفات رانندگی ممکن گردد.</p>

استناد: رضاییان، سیده ریحانه؛ آهنگران، محمدرسول؛ جعفری هرندی، محمد. (۱۴۰۴). امکان سنجی تسری حکم توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان به تصادفات رانندگی؛ رویکردی تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۱(۳۲)، ۲۲-۱۱. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6756.2041>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

مقدمه

ارث و ارتباطات مربوط به آن، از جمله مسائل قدیمی در جوامع بشری است که در اسلام تأیید و اصلاح شده است. قانون مدنی احراز حیات وارث پس از وفات مورث را به عنوان شرط اساسی ارث‌بری تعیین کرده است، و بین این دو مفهوم ارتباط قانونی تنگاتنگی وجود دارد. در شرایطی که افراد به نحوی فوت کرده باشند که نتوان ترتیب زمان مرگ آن‌ها را مشخص کرد و حیات هیچ‌یک در زمان مرگ دیگری قطعی نباشد، شرایط ارث‌بری برآورده نمی‌شود؛ چراکه هیچ‌یک از افراد در ارث‌بری نسبت به دیگری اولویت ندارد. بنابراین، چون شرط حیات وارث پس از وفات مورث احراز نشده است، بر مبنای قاعده‌ای که می‌گوید وقتی شرطی منتفی است، مشروط نیز منتفی خواهد بود، هیچ مال یا حقی به عنوان ارث بین این افراد جابه‌جا نمی‌شود.

اما محور اصلی این پژوهش به استثنایی می‌پردازد که فقها و حقوق دانان ایرانی قائل به آن هستند. فقهای امامیه حکم توارث در موارد غرق و هدم را به عنوان یک استثنا از این قاعده می‌دانند و در مواردی که تقدم و تأخر وفات افراد مشخص نیست، توارث را جاری می‌دانند. بر اساس قول مشهور میان فقها از این استثنا باید تفسیر مضیق صورت گیرد. قانون مدنی نیز در ماده ۸۷۳ از دیدگاه تفسیر مضیق تبعیت کرده است؛ اما بر اساس دیدگاه مشهور فقها و خصوصاً فقهای معاصر^۱ همچون امامین انقلاب خمینی (خمینی، ۱۴۲۵، ج ۴، ص ۷۵) و خامنه‌ای (https://www.leader.ir)، استثنای مذکور، قابلیت تسری به موارد مشابه نظیر آتش‌سوزی و... را دارد؛ و خصوصیتی در حاکم بودن توارث و انحصار آن در مرگ‌های مجهول‌الزمان ناشی از غرق و هدم نیست.

۱. بهجت محمدتقی: «اظهر جریان حکم توارث است در هر موردی که به مثابه غرق یا هدم از اسباب قهریه می‌باشد»؛ لطف الله صافی گلپایگانی: به نظر اینجانب احکام مذکوره اختصاص به هدم و غرق در آب ندارد بلکه در هر حادثه‌ای که مشابه آن باشد مانند غرق در غیر آب و یا سقوط هواپیما و تصادف ماشین و... جاری است؛ سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: (الف) در فرض مزبور از یکدیگر ارث می‌برند. (ب) چنانچه فوت آن‌ها مستند به حادثه‌ای واحد باشد از یکدیگر ارث می‌برند والا خیر؛ حسین نوری همدانی: بلی مانند هدم و غرق از یکدیگر ارث می‌برند (به نقل از نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۶۷۲، معاونت آموزش قوه قضائیه).

تضاد آرای ذکرشده و عدم وجود قانون یا رأی وحدت رویه سبب بروز مشکلاتی گردیده است. به عنوان نمونه: در صورت جلسه نشست قضایی مورخ ۱۳۸۹/۴/۳ استان مازندران آمده است که: هیئت عالی، نظر هیئت اتفافی را نپذیرفته و فوت شدگان ناشی از نشت گاز را از مصادیق صدر ماده ۸۷۳ مدنی دانسته و توارث را در میان آنان حاکم نمی‌داند (davoudabadi.ir) و یا در نظریه شماره: ۷/۳۰۸۶ - ۶/۶/۸ تصادف رانندگی را مصداق هدم ندانسته و توارث را میان وفات یافتگان حاکم نمی‌داند (https://dadfaran.com) اما در رأیی که از شعبه نهم دادگاه حقوقی شهرستان گرگان صادرشده است، در میان کشته شدگان ناشی از تصادف رانندگی توارث را برقرار دانسته است (https://edalatsara.com)

این اختلاف نظر سبب بروز مشکلاتی در رویه قضایی شده است. پژوهش‌های پیشین عمدتاً به تبیین دیدگاه‌ها و ادله آن‌ها پرداخته‌اند یا بر اساس قراین کلی و برون‌متنی استدلال کرده‌اند.

وجه تمایز پژوهش حاضر:

۱. تمرکز بر استظهارات درون‌متنی از ادله

۲. بررسی مناسبات لفظی و معناشناختی الفاظ موجود در اخبار

۳. ارائه وجوه لفظی جدید در تفسیر ادله

این پژوهش به دنبال امکان‌سنجی توارث در مواردی مانند تصادفات رانندگی با استناد به شواهد درون‌متنی و برون‌متنی است، تا از وجاهت و اعتبار بیشتری برخوردار گردد.

۱. توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان در حقوق موضوعه

مسئله توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان ابتدا در حقوق فرانسه و سپس در حقوق ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان در حقوق فرانسه

قانون مدنی فرانسه در مواردی که چند نفر وارث یکدیگر هستند، در یک حادثه مشترک فوت می‌کنند و ترتیب فوت آن‌ها مشخص نیست، دو رویکرد متفاوت اتخاذ کرده است. در قانون مدنی سابق فرانسه مقرر گردیده بود که باید بر اساس شواهد و

شرایط حادثه ترتیب فوت مشخص شود. اگر این شواهد کافی نباشند، فرض بر این است که فرد جوان‌تر یا مرد (در صورت تساوی سن) زنده مانده است. ولی در اصلاحاتی که در ۲۰۰۱ در قانون مدنی فرانسه رخ داد. رویکرد کاملاً متفاوتی اتخاذ شده است. در ادامه به این دو رویکرد اشاره می‌شود (1, Aurélien Bamdè, 2021).

۱-۱-۱. رویکرد پیشین قانون مدنی فرانسه

مواردی وجود دارد که دو یا چند نفر که وارث یکدیگر هستند، در یک رویداد مشترک فوت می‌کنند. در حوادثی مانند سقوط هواپیما، غرق شدن کشتی، تصادفات جاده‌ای، حملات تروریستی، بلایای طبیعی (آتش‌سوزی، بهمن، سونامی و غیره) یا در زمان جنگ (بمباران، تبعید و غیره) در این موارد قانون مدنی فرانسه قبل از اصلاحات ۲۰۰۱، تلاش کرده بود، امارات و معیارهایی برای تعیین تقدم و تأخر فوت، مقرر نماید. (مواد ۷۲۱ تا ۷۲۵ قانون مدنی فرانسه) در حقیقت، در چنین مواردی، ابتدا سعی می‌شود بر اساس شواهد و شرایط حادثه ترتیب فوت مشخص شود. اگر این شواهد کافی نباشند، فرض بر این است که فرد جوان‌تر یا مرد (در صورت تساوی سن) زنده مانده است. قانون مدنی فرانسه، دو معیار برای تعیین تقدم و تأخر بیان کرده بود:

معیار اول: معیار سن است:

مطابق ماده ۷۲۱ قانون مدنی پیشین، سه معیار سنی مشخص شده بود:

۱. اگر افرادی که با هم فوت کرده‌اند کمتر از ۱۵ سال سن داشتند، فرد مسن‌تر فرض می‌شد که زنده مانده است.
۲. اگر همه بیش از ۶۰ سال سن داشتند، فرد جوان‌تر فرض می‌شد که زنده مانده است.

۳. اگر برخی کمتر از ۱۵ سال و برخی بیش از ۶۰ سال سن داشتند، افراد جوان‌تر فرض می‌شدند که زنده مانده‌اند.

معیار دوم: معیار جنسیت است:

ماده ۷۲۲ قانون مدنی، معیار جنسیت، را مقرر کرده بود. مطابق این ماده:

۱. اگر افرادی که با هم فوت کرده‌اند بین ۱۵ تا ۶۰ سال سن داشتند، مرد همیشه

فرض می‌شد که زنده مانده است، به شرطی که سن آن‌ها برابر یا تفاوت سنی کمتر از یک سال باشد.

۲. اگر آن‌ها هم جنس بودند، فرد جوان‌تر فرض می‌شد که زنده مانده است. بنابراین، اگر افراد بین ۱۵ تا ۶۰ سال سن داشته باشند و سن آن‌ها مساوی یا تفاوت سنی کمتر از یک سال باشد، مرد فرض می‌شود که زنده مانده است. اگر افراد هم جنس باشند، فرد جوان‌تر فرض می‌شود که زنده مانده است. از این سیستم به دلیل این‌که بر اساس فرضیات مصنوعی و ناقص بود، نقد شدید شد. برای مثال، اگر یک مرد و یک زن با سن یکسان در یک رویداد مشترک فوت می‌کردند، مرد فرض می‌شد که زنده مانده است (Aurélien Bamdè, 2021, 1). قضات سعی کردند با تفسیر محدودکننده قوانین، اثرات این فرضیات را کاهش دهند، اما همچنان مجبور بودند در مواردی که شرایط لازم وجود داشت، از آن‌ها استفاده کنند. با توجه به این موضوع، قانون‌گذار در قانون ۳ دسامبر ۲۰۰۱ تصمیم گرفت این فرضیات را لغو کند و سیستم ساده‌تری را ایجاد کند که از هرگونه تبعیض جنسیتی خالی باشد (Aurélien Bamdè, 2021, 1).

۱-۱-۲. رویکرد نوین قانون مدنی فرانسه

در حقوق پیشین، قضات شرط اعمال فرضیات بقا را وجود رابطه وراثتی متقابل بین «کوموران» می‌دانستند. با این حال، قانون شماره ۲۰۰۱-۱۱۳۵ مورخ ۳ دسامبر ۲۰۰۱ این شرط را حذف کرد.

ماده ۷۲۵ قانون مدنی اکنون پیش‌بینی می‌کند که قانون «کوموران»^۱ در مواردی اعمال می‌شود که «دو نفر که یکی از آن‌ها وارث دیگری بوده است، در یک رویداد مشترک فوت کنند». بنابراین، دیگر لازم نیست که «کوموران» وارث یکدیگر باشند. با این حال، این رابطه وراثتی باید قانونی باشد، به این معنا که نظریه «کوموران» در موارد زیر اعمال نمی‌شود:

- افرادی که از طریق وصیت وارث می‌شوند.
- افرادی که ذی‌نفع بیمه عمر هستند.

۱. منظور از «کوموران»، توارث در مرگ‌های زمان است.

سیستم ایجاد شده توسط قانون ۳ دسامبر ۲۰۰۱ که از برخی قوانین خارجی الهام گرفته شده است، بر دو قاعده اصلی استوار است که در ماده ۱-۷۲۵ قانون مدنی بیان شده است. قاعده دوم نیز دارای یک استثنا است.

قاعده اول: تلاش برای تعیین ترتیب فوت

ماده ۱-۷۲۵، بند اول قانون مدنی، پیش‌بینی می‌کند که "هنگامی که دو نفر که یکی از آن‌ها وارث دیگری بوده است، در یک رویداد مشترک فوت کنند، ترتیب فوت با استفاده از هر روشی تعیین می‌شود". این بدان معناست که در ابتدا باید تلاش شود تا ترتیب فوت "کوموران" مشخص شود.

قانون‌گذار از وراثت، سردفتران اسناد رسمی و در صورت لزوم قضات دعوت می‌کند تا با استفاده از هر روشی، ترتیب فوت را مشخص کنند. برای این کار می‌توان از شواهد مختلف مانند گواهی‌های پزشکی، گزارش‌های پلیس، تحقیقات محلی یا شهادت‌ها استفاده کرد (Aurélien Bamdè, 2021, 1).

اگر ترتیب فوت مشخص شود، هر "کوموران" که زودتر فوت کرده است، وارث دیگری محسوب می‌شود و تقسیم میراث به‌طور عادی انجام می‌شود البته بار اثبات بر عهده کسی است که ادعا می‌کند فردی که وارث او بوده است، زنده مانده است.

قاعده دوم: صرف نظر از رابطه وراثتی "طرفین"

بند دوم ماده ۱-۷۲۵ قانون مدنی پیش‌بینی می‌کند که اگر ترتیب فوت "کوموران" مشخص نشود، "میراث هر یک از آن‌ها به‌طور جداگانه تقسیم می‌شود، بدون این‌که دیگری در آن مشارکت داشته باشد".

این بدان معناست که اگر نتوان ترتیب فوت را مشخص کرد، فرض می‌شود که "کوموران" به‌طور هم‌زمان فوت کرده‌اند. قانون‌گذار نتیجه گرفته است که باید "کوموران" را از توانایی ارث‌بری از یکدیگر محروم کرد. بنابراین، در این فرض، افرادی که در یک حادثه فوت شده‌اند، از هم ارث نخواهند برد.

این راه‌حل کاملاً برخلاف سیستم پیشین بود که بر اساس فرضیات مصنوعی ترتیب فوت را تعیین می‌کرد.

البته قانون مدنی فرانسه، استثنایی نیز مقرر کرده است. در حقیقت، به عنوان استثنا، بند سوم ماده ۷۲۵-۱ قانون مدنی پیش‌بینی می‌کند که "اگر یکی از "کوموران‌ها" فرزندان داشته باشد، آن فرزندان می‌توانند جایگاه والد خود را در میراث دیگری نمایندگی کنند، در صورتی که نمایندگی مجاز باشد".

۲-۱. وضعیت توارث مرگ‌های هم‌زمان در حقوق ایران

مطابق ماده ۸۷۳ قانون مدنی ایران: «اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث می‌برند مجهول و تقدم و تأخر هیچ‌یک معلوم نباشد اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمی‌برند مگر آن‌که موت به سبب غرق یا هدم واقع شود که در این صورت از یکدیگر ارث می‌برند.»

علاوه بر این ماده ۱۰۲۴ قانون مدنی ایران نیز مقرر می‌دارد: «اگر اشخاص متعدد در یک حادثه تلف شوند، فرض بر این می‌شود که همه آن‌ها در آن واحد مرده‌اند. مفاد این ماده مانع از اجرای مقررات مواد ۸۷۳ و ۸۷۴ جلد اول این قانون نخواهد بود.»

قانون مدنی ایران بین دو صورت تفکیک کرده است:

صورت اول جایی است که تاریخ وفات دو نفر مجهول باشد، در این صورت، علی‌الاصول از هم ارث نمی‌برند اعم از این‌که دو نفر در یک حادثه وفات یافته باشند و یا وفات در یک حادثه نباشد؛ مگر در دو صورت:

۱. علت وفات هدم باشد.

۲. علت وفات، غرق شدن باشد.

عدم توارث در نتیجه تعارض اجرا اصل تأخر حادث در باره هر یک از درگذشتگان است که تحقق شرط ارث (زنده بودن در زمان مرگ مورث) را غیرممکن می‌سازد. (امامی، ۱۴۰۱، ج ۴، ص ۱۷۰)

ماده ۱۰۲۴ قانون مدنی در خصوص کسانی که در یک حادثه وفات می‌یابند مقرر می‌دارد: «اگر اشخاص متعدد در یک حادثه تلف شوند، فرض بر این می‌شود که همه آن‌ها در آن واحد مرده‌اند. مفاد این ماده مانع از اجرای مقررات مواد ۸۷۳ و ۸۷۴ جلد اول این قانون نخواهد بود.»

ماده ۸۷۳ قانون مدنی نیز در خصوص کسانی که در یک حادثه فوت نکرده‌اند، ولی تاریخ وفات هر دو مجهول است، مقرر می‌دارد که اصل این است که این افراد از هم ارث نمی‌برند مگر این‌که سبب وفات ایشان، غرق شدن یا هدم باشد. صورت دوم ناظر به جایی است که تاریخ وفات یک نفر معلوم و دیگری مجهول باشد. در این صورت ماده ۸۷۴ قانون مدنی مقرر می‌کند آن‌که تاریخ وفاتش، مجهول است از دیگری ارث می‌برد.

به هر حال، در حقوق ایران، نسبت به این‌که آیا استثنا اختصاص به مورد هدم و غرق داشته یا می‌توان به موارد مشابه تعمیم داد، به نظر اختلاف وجود دارد. (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۱۴۱) برخی استثنا را مختص به موارد غرق و هدم دانسته و گروهی آن را تعمیم به موارد مشابه می‌دهند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۵۳۹) اداره حقوقی قوه قضائیه در موارد زیادی حکم توارث را به مصادیق دیگر (غیر از غرق شدن یا زیر آوار ماندن) تعمیم داده است. از جمله این‌که مقرر کرده است: «هدم... عبارت از خرابی و نابودی محل و مکان خاصی می‌باشد. حادثه زلزله که موجب تخریب و نابودی مسکن و منزل افراد است از مصادیق بارز هدم می‌باشد.» (نظریه مشورتی شماره ۷/۶۶؛ ۱۳۷۱) همچنین «انهدام به وسیله نقلیه (مانند اتومبیل، ترن، هواپیما و... یا به علت انفجار، اصابت بمب، موشک و نظایر آن) از مصادیق هدم مشمول ماده ۸۷۳ قانونی مدنی است.» (نظریه مشورتی ش ۷/۳۲۷۵؛ ۱۳۷۷) نیز «انهدام به علت سقوط هواپیما می‌تواند از مصادیق هدم شمرده شود.» (نظریه مشورتی ش ۷/۵۲۳۱؛ ۱۳۸۸) مثلاً پدر و پسری، به خاطر زیر آوار ماندن وفات یافته‌اند. در این صورت، پدر از اموال پسر و پسر از اموال پدر ارث خواهد برد. به این معنا که سهم الارثی که پدر در فرض زنده بودن، از اموال پسر می‌برد، به وراثت پدر داده می‌شود و سهم الارثی که پسر در فرض زنده بودن، از اموال پدر می‌برد، به وراثت پسر می‌رسد. مثلاً فرض کنید خانواده‌ای چهار نفری وجود دارد. پدر، دو پسر و مادر. «چنانچه پدر و پسر بر اثر زلزله و رفتن زیر آوار فوت نموده و زوجه دایم و یک پسر دیگر باقی مانده‌اند، زوجه از اصل ماترک زوج به علاوه سهم الارث او از فرزندش ارث می‌برد.» (نظریه مشورتی ش ۷/۴۷۱۸؛ ۱۳۶۰)

۲. توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان از نگاه فقهای امامیه

پیش از ورود به بحث اصلی، لازم است اشاره شود که در رابطه با حکم توارث در موارد مرگ با زمان نامشخص، سه دیدگاه: تعمیم، عدم تعمیم، و توقف وجود دارد. گروهی که دچار تردید شده‌اند به دلیل نیافتن دلایل مستحکم و قابل اعتماد، توقف کرده و نظری در این زمینه اظهار نکرده‌اند. (حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۴۶۶؛ حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۷۵؛ حلی، ۱۴۱۱، ص ۱۷۸)۲. در ادامه، به توضیح دیدگاه‌های تعمیم و عدم تعمیم و تحلیل و ارزیابی دلایل هر یک پرداخته خواهد شد:

۲-۱. دیدگاه اول: انحصار توارث در فرض هدم و غرق

طبق دیدگاه مشهورتر بین فقها، توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان، صرفاً در فرض هدم و غرق پذیرفته است و امکان تسری از این دو عنوان به عناوین دیگر نیست. (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۸، ص ۲۱۳) اصطلاحاً استثنای مذکور باید تفسیر مضیق گردد و به دو مورد بسنده نمود. مستند ایشان، روایاتی است که به عنوان ادله خاص در این باب وارد شده است. (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۳۰۸؛ اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۹، ص ۵۲۴)

ادله دیدگاه اول:

مهم‌ترین مستند فقهای مخالف تعمیم، روایات است. این روایات، بر سه دسته هستند.

دلیل اول: مقتضای اخبار خاصه

اخبار باب توارث مهم‌ترین مستندی است که مدعیان انحصار توارث در فرض هدم و غرق بیان می‌دارند.

روایت دال بر اشتراط احراز حیات وارث

به مقتضای عمومیت و اطلاق یکی از اخباری که در باب توارث موجود است، احراز حیات وارث شرط تعلق ارث است در نتیجه به دلیل عدم وجود شرط ذکر شده در مرگ‌های مجهول‌الزمان، حکم به عدم توارث می‌شود. در حدیث قداح از امام

۱. فی ثبوت هذا الحكم یعنی التوارث بین الأموات المشتبهین فی الموت بحسب السبق و التقارن مع اجتماع ما من من الشرائط فیما إذا كان الموت بغير سبب الغرق و الهدم من باقی الأسباب كالقتل و الحرق تردّد

۲. و فی ثبوت هذا الحكم بغير سبب الغرق و الهدم تردّد.

۳. فی ثبوت الحكم بغير الغرق و الهدم اشکال.

صادق (ع) آمده است:

«ام‌کلثوم، دختر علی (ع) و پسرش زید بن عمر بن خطاب در یک‌زمان مردند و دانسته نشد که کدام یک زودتر مرده است و هیچ‌یک از دیگری ارث نبردند»^۱ (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۳۱۴).

خبر مذکور مورد استناد بعضی از فقها در رابطه با حکم به عدم توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان قرار گرفته است^۲ (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۹، ص ۳۰۷).

روایات دال بر تخصیص اخبار مذکور به فرض هدم و غرق در کنار خبر پیشین که به صورت مطلق، حیات وارث را شرط تعلق ارث می‌دانست، اخباری نیز حکم توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان را صرفاً به دو فرض هدم و غرق، تخصیص زده‌اند که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از:

حدیث اول:

حدیث ابن‌محبوب از امام صادق (ع)؛ در این حدیث درباره قومی سؤال می‌شود که در کشتی غرق می‌شوند، یا سقف اتاق برایشان فرود می‌آید و می‌میرند و نمی‌توان دانست که کدام یک پیش از دیگری مرده است. امام می‌فرماید: «ایشان از یکدیگر ارث می‌برند و این موضوع در کتاب علی (ع) نیز چنین است» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۳۰۷).

حدیث دوم:

علی بن مهزیار، از فضاله، از ابان، از فضل بن عبدالملک روایت کرده است که امام صادق (ع) درباره زن و شوهری که سقف اتاقی برایشان فرود آمده بود فرمود: «نخست زن را از مرد و پس از آن مرد را از زن ارث می‌دهند» (قمی، ۱۴۰۹، ج ۶، ص ۲۰۷).

حدیث سوم:

خبر عبدالرحمن از امام صادق (ع) که می‌گوید:

۱. «ماتت أم کلثوم بنت علی (ع) و ابن‌ها زید بن عمر بن الخطاب فی ساعة واحدة لا یدری أیهما هلك قبل فلم یورث أحدهما من الآخر و صلی علیهما جمیعاً».

۲. و کذا لو کان الموت لا عن سبب بل کان حتف الأنف و هو الشرط الرابع بلا خلاف محقق أجده فیه، بل حکمی غیر واحد الاتفاق علیه، مضافاً إلى خبر القداح

«از آن حضرت درباره اتاقی سؤال کردم که بر گروهی که گردآمده‌اند فرود آید و معلوم نشد که کدام یک از ایشان پیش از رفیق خود مرده است، امام فرمود ایشان از یکدیگر ارث می‌برند، گفتم: ابوحنیفه چیزی را به این بحث داخل کرده است. فرمود: چه چیز را به این بحث داخل کرده است؟ گفتم: او گفته است: اگر دو مرد در کشتی نشسته باشند که یکی از آن دو، صد هزار سگه با خود داشته و آن دیگر چیزی نداشته، هر دو غرق شده‌اند و معلوم نشده است که نخست کدام یک از آن دومی مرده است، میراث برای ورثه مسافری است که چیزی نداشته است و برای ورثه مسافر صاحب مال، نصیبی از آن مال نیست، امام صادق (ع) فرمود: به حقیقت آن را شنیده است و مطلب همان است...» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۳۰۷).

بر اساس این روایات، مشخص می‌شود که تعلق ارث بستگی به تأیید حیات وارث دارد و در حالت‌هایی که زمان مرگ طرفین نامعلوم است، رابطه توارث برقرار نمی‌شود، مگر در دو حالت استثنایی هدم و غرق. این دو مورد به‌عنوان تنها استثنائات در این زمینه ذکر شده‌اند. در چنین مواردی، تا زمانی که دلیلی مستحکم برای الغای خصوصیت و امکان تعمیم وجود ندارد. بنابراین، اصل بر عدم تعمیم است، مگر آن‌که دلایل کافی و مستندی از لسان ادله برای تعمیم پیدا شود. مخالفان تعمیم معتقدند که گسترش این احکام نه تنها فاقد پشتوانه است، بلکه دلایل مخالف نیز در این زمینه وجود دارد.

۲-۱-۱. روایات دال بر عدم توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان غیر هدم و غرق

یکی از دلایلی که فقها برای عدم تعمیم حکم توارث به موارد مشابه مطرح می‌کنند، به یک روایت مرسل بازمی‌گردد که نخستین بار در کتاب «ایضاح الفوائد» علامه ذکر شده و پیش از آن در متون روایی موجود نبوده است. این روایت اشاره می‌کند که کشته‌شدگان جنگ‌های یمامه، صفین، و حره از یکدیگر ارث نمی‌برند و اموال آن‌ها میان وراثت زنده تقسیم می‌شد^۱ (حلی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۲۷۷).

صاحب ریاض در رابطه با این روایت چنین بیان می‌دارد: «این روایت، حجت قوی برای نظر مشهور و ردی بر ادله قائلین به تعمیم است» (حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۴،

۱. "قد روی أن قتلی الیمامة و قتلی الصّفتین و الحرّة لم یورثوا بعضهم من بعض بل ورثوا الاحیاء"

ارزیابی دلیل اول

روایات مرتبط با حکم توارث به سه دسته تقسیم می‌شوند. دو دسته اول دلالت ایجابی داشته و دلالت سلبی ندارند و تنها اثبات می‌کنند، توارث در فرض هدم و غرق‌ی که زمان وفات افراد در آن نامعلوم باشد، برقرار است. تنها روایتی که به صورت سلبی دلالت بر عدم امکان توارث در شرایط مشابه غیر غرق و هدم دارد، اخبار مربوط به جنگ‌های یمامه و صفین است که نیاز به بررسی دقیق دارد.

این روایت به دلیل ضعف سند و مجهول بودن منبع، فاقد اعتبار لازم برای استناد است و در هیچ‌یک از کتب معتبر روایی شیعه ذکر نشده است. فقها نیز به ضعف سندی این حدیث اذعان کرده‌اند (عاملی، بی‌تا، ج ۸، ص ۲۶۳). برخی فقها با آگاهی از این نقص، به دلیل شهرت عملی به روایت استناد کرده‌اند، طبق قاعده‌ای که ضعف سند را با شهرت عملی جبران می‌کند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۱۴۲). صاحب ریاض نیز بیان می‌کند که اگر روایت مرسل مستند فتوای جمعی از فقها باشد، شهرت عملی می‌تواند ضعف آن را جبران کند (حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۴۶۷).

با این حال، تمسک به چنین قاعده‌ای برای چشم‌پوشی از ضعف سندی مناسب نیست، زیرا ثابت نشده که این روایت مرسل، بنیان فتوای فقها باشد. بسیاری از فقها، فتوای خود را بر اساس «تفسیر محدود از ادله تخصیص»، «پرهیز از قیاس» و «اکتفا به قدر متیقن در حکم خلاف قاعده» صادر کرده‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۳۸۷). جبران ضعف سندی با شهرت در صورتی معتبر است که مستند بودن روایت به طور قطع مشخص باشد که در این مورد چنین نیست (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۱۴۲).

از دیگر مشکلات اساسی در استناد به روایت فوق‌الذکر، عدم سازگاری کامل آن با ادعاست. قائلین به عدم تعمیم معتقدند که تنها در موارد هدم و غرق می‌توان حکم به توارث داد، اما خبر مورد بحث، تنها درباره عدم توارث افرادی که در جنگ کشته شده‌اند، صحبت می‌کند. بنابراین، اگر موضوعیت الفاظ هدم و غرق در ادله خاصه پذیرفته می‌شود، باید همین دیدگاه در مورد مرگ در جنگ نیز به کار گرفته

شود، همان‌طور که در کتاب «ایضاح الفوائد» آمده است (حلی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۲۷۷). همچنین، در مورد جنگ‌های صفین و خوارج، مشخص نیست که همه شرایط لازم برای توارث فراهم بوده باشد؛ احتمال دارد که عدم توارث به دلیلی جز نامشخص بودن زمان وفات افراد رخ داده باشد. برخی فقها بر این باورند که ممکن است میان این افراد اصلاً رابطه توارثی وجود نداشته یا شرط عدم علم به زمان وفات آنان موجود نباشد (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۴، ص ۴۹۹).

علاوه بر این، باید توجه داشت که جنگ‌های یمامه و حره زمانی رخ داده‌اند که امور تحت نظارت امام معصوم نبوده، لذا عملکرد گزارش شده نمی‌تواند به عنوان عمل مشروع تلقی شود. آیت‌الله سبحانی نیز بیان می‌کند که بر اساس قواعد آن زمان، افراد وفات یافته در جنگ از یکدیگر ارث نمی‌بردند و بیشتر کشته‌شدگان از سپاه معاویه بودند و در سپاه امام علی (ع)، شرایط توارث متقابل به دلیل مشخص نبودن تقدم و تأخر وفات، روشن نیستند (تبریزی، ۱۴۱۵، ص ۳۹۴).

۲-۱-۲. دلیل دوم: اکتفا به قدر متیقن در موارد خلاف قاعده

حکم توارث در مواردی که زمان مرگ مشخص نیست، با اصول اولیه ارث متناقض است، زیرا یکی از شروط ارث، تأیید حیات وارث در زمان وفات مورث می‌باشد (قمی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۰۵؛ بهبهانی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۲۸۴). برای موارد هدم و غرق، دلیل خاصی به توارث اشاره دارد. در چنین مواردی، باید به حد متیقن آنچه در روایات ذکر شده، اکتفا کرده و فراتر از نصوص شرعی نرویم.

به عبارت دیگر، در مواقعی که در امکان توارث در سایر حوادث تردید وجود دارد، از آنجا که توارث برخلاف اصل و قواعد اولیه ارث است، باید به مقدار متیقنی که در روایات تعیین شده، پایبند بود و نصوص ویژه را به طور محدود تفسیر کرد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۹، ص ۳۰۸).

ارزیابی دلیل دوم

اتکای صرف به قدر متیقن و عدم العای خصوصیت از عنوان‌های مذکور در دلایل، با چالش‌هایی مواجه است که بر اساس تبیین دیدگاه دوم و دیدگاه مختار به آن‌ها پرداخته می‌شود. محقق سبزواری در این رابطه بیان می‌کند: «هرچند قاعده

اکتفا به قدر متیقن به ذات خود صحیح است، اما شواهد عرفی مانع از اجرای این قاعده در موضوع بحث می‌شوند» (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۳۰، ص ۲۶۹).^۱

دلیل سوم: شهرت فتوائیه

استناد به نظر مشهور از دیگر دلایلی که فقها برای عدم تعمیم ارائه می‌دهند (حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۴۶۷). صاحب کتاب ریاض، با وجود ارائه دلایل متعدد در حمایت از تعمیم توارث به سایر مرگ‌های مجهول‌الزمان، در نهایت تعمیم تردید کرده و دلیل این تردید را شهرت قول عدم توارث بیان می‌دارد (حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۴۶۷).

ارزیابی دلیل سوم

دلیل سوم از مهم‌ترین استدلال‌های مخالفان تعمیم حکم توارث است، اما به نظر می‌رسد با نقدهایی مواجه باشد؛ زیرا ادعای تعمیم، برخلاف نظر مشهور نیست؛ بلکه دیدگاهی است که در میان دیدگاه‌های مشهورتر قرار دارد. تعداد زیادی از فقهای متقدم و متأخر از دیدگاه تعمیم حمایت می‌کنند؛ بنابراین، مسئله بر سر دو دیدگاه مشهورتر و مشهور است و نه مشهور و غیرمشهور.

علاوه بر این، باید توجه داشت که شهرت موجود در این زمینه مدرکی است، و همان‌طور که اجماع مدرکی، فاقد اعتبار است (خوش‌نقش و ادیبی‌فر، ۱۴۰۰، ص ۱۴۴؛ یزدانی، ۱۴۰۳، ص ۴۴۷)، شهرت مدرکی نیز فاقد اعتبار اصولی می‌باشد (صدر، ۱۴۲۰، ج ۷، ص ۲۸۴). بنابراین، استناد به نظر مشهور در این زمینه با اصول فقهی مطابقت ندارد؛ چراکه شهرت زمانی به عنوان یک دلیل مستقل معتبر است که مدرک حکم مشخص نباشد. در این مورد، اخباری دال بر عدم تعمیم وجود دارد که اگر به طور قطعی شهرت مذکور را مدرکی نسازد، حداقل احتمال مدرکی بودن آن را ایجاد می‌کند که این نیز از اعتبار فاقد است (بهجت، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۲۲۴). بنابراین، چنین شهرتی

۱. دعوی: أن قاعدة: «الاعتصار على المتيقن فيما خالف الأصل» تقتضى الحكم فيهما لافي غيرهما من الأسباب التي توجب الاشتباه. غير صحيحة: فإن القاعدة وإن كانت في نفسها صحيحة، لكن لا تجرى في المقام، لما تقدم من الأصل و شهادة العرف. فالمدار على مطلق الاشتباه بلا دخل في السبب الخارجي في مقابل العلم بالاقتران و الموت حتف الأنف و ما ورد في النصوص من باب ذكر بعض المصاديق لمطلق السبب

نمی‌تواند به‌عنوان مستند مستقلی برای این دلیل مورد استفاده قرار گیرد.

دلیل چهارم: قیاس

دلیل دیگری که در رد امکان تعمیم حکم توارث به سایر موارد مشابه از قبیل تصادفات جاده‌ای و... مطرح می‌شود قیاس دانستن این تسری است. عده‌ای از فقها معتقدند از آنجا که علت حکم توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان ناشی از غرق و هدم در روایات تصریح نشده و تنقیح مناطی که محل اتفاق باشد وجود ندارد استنباط دلیل توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان ناشی از هدم و غرق و تسری آن به موارد مشابه، قیاسی مستنبط‌العله است که نزد فقهای امامیه فاقد حجیت است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۳۰۸).

در نقد دلیل کنونی می‌توان گفت همان‌طور که در متن دلیل مستدل آمد و تصریحات اصولیان بر آن دلالت دارد، سرایت حکم از یک موضوع به موضوع دیگر زمانی قیاس نامیده می‌شود که نه پای علت مصرحی در لسان دلیل باشد و نه این‌که تنقیح مناط، ممکن باشد. این‌ها مفروض‌هایی است که قیاس دانستن تسری، در گرو احراز آن‌هاست. حال آن‌که در بخش‌های بعدی این نوشتار، با بررسی مقتضیات لفظی اخبار این باب، بطلان تمام این مفروض‌ها از وجوه متعدد آشکار خواهد شد.

۲-۲. دیدگاه دوم: تسری حکم توارث به سایر مرگ‌های مجهول‌الزمان

در مقابل دیدگاه مشهور، دیدگاهی دیگر وجود دارد که قائل به تفسیر موسع از روایات است و هدم و غرق ذکرشده در روایات، را دارای موضوعیت ندانسته و الغای خصوصیت به موارد مشابه را ممکن می‌داند. متقدمینی همچون سلار (دیلمی، ۱۴۰۴، ص ۲۲۵ تا ۲۲۶) و ابن جنید به نقل از حلی^۱ (حلی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۴۳۱) از موافقان این دیدگاه می‌باشند همچنین فقهای دیگری نظیر:

(عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۳۰۸؛ حلی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۰۱؛ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۶۷۴؛ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۸۱؛ حلی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۴۳۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۳۰، ص ۲۶۸ تا ۲۷۱؛ حلی، ۱۴۱۳، ج ۳،

۱. نص ابن حمزة و التقی علی التوارث کالغرق و هو ظاهر الشیخ فی النهایة و أبی علی
 ۲. متی ماتا حتف أنفهما فی وقت واحد، لم یورث بعضهم من بعض، لان ذلك انما یجوز فی الموضع الذی یشبهه الحال فیه، فیجوز تقدیم موت أحدهما علی صاحبه.

ص ۴۰۰؛ بغدادی، ۱۴۱۳، ص ۶۹۹؛ طوسی، ۱۴۲۶، ص ۹۷؛ خمینی، ۱۴۲۵، ج ۴، ص ۷۵؛ سبحانی، ۱۴۱۵، ص ۳۹۴؛ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۸۱.

بعضی از فقها حکم توارث را صرفاً در مرگ‌های مجهول‌الزمانی که سبب وفات، مرگ طبیعی نباشد، جاری می‌دانند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۶۸ تا ۲۷۱).

ادله دیدگاه دوم

قبلاً دانسته شد که طبق دیدگاه مشهورتر بین فقها، اقوی از میان دو دیدگاه تعمیم و عدم تعمیم، دیدگاه عدم تعمیم است (سبحانی، ۱۴۱۵، ص ۳۹۴) در ادامه به ارائه دلیل موافقان تعمیم و ارزیابی آن خواهیم پرداخت.

امکان الغای خصوصیت و تنقیح مناط

نظریه تعمیم در زمینه حقوق اسلامی به گسترش احکام خاص به موارد مشابه می‌پردازد. حامیان این نظریه بر این باورند که «مطلق اشتباه، به عنوان مناط از روایاتی که در این باب آمده است به دست می‌آید و این علت در سایر حوادث نیز جریان دارد پس باید حکم توارث به سایر موارد مشابه نیز تعمیم داده شود همچنان که وقتی خوف استعمال آب سبب تیمم است دیگر فرقی ندارد این خوف حقیقی و عقلانی، بابت بیماری باشد یا خطر حمله حیوان درنده و یا... در هر صورت فرد می‌تواند به جای استفاده از آب تیمم کند» (سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۲۶۹).

تعمیم حکم به موارد دیگر نیازمند تکیه به قرینه‌هایی معتبر است و صرف ادعای تعمیم بدون قرینه، دلیلی بی‌پایه است؛ برای الغای خصوصیت و عدم موضوعیت خاص هدم و غرق موافقان نظریه تعمیم به دو نوع دلیل اشاره می‌کنند: یکی لفظی و درون‌متنی و دیگری لَبّی و برون‌متنی.

نخستین قرینه، کیفیت فهم راوی از روایت عبدالرحمن از امام صادق (ع) است (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۳۰۷). در این روایت، راوی به اشتراک در علت میان موارد مختلف پی برده و مشابهت آن‌ها را درک کرده است، بی‌آنکه امام به این فهم اعتراضی کرده باشد. این نشان می‌دهد که این قرینه می‌تواند تأییدی بر امکان الغای خصوصیت باشد (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۴، ص ۴۹۸). با این حال، برخی به این قرینه انتقاد دارند و فرض می‌کنند ممکن است راوی قبلاً از حکم غرق آگاه بوده و صرفاً به دلیل

این آگاهی، به آن اشاره کرده است که در این صورت نمی‌توان این را نشانه تعمیم دانست (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۹ ص ۴۶۴).

دومین قرینه به شهادت عرف یا متفاهم عرفی برمی‌گردد که قرینه‌ای برون‌متنی است. عرف دلیل خاصی در غرق و هدم نمی‌بیند و فقط عدم وضوح زمان فوت را علت اصلی حکم توارث می‌داند. به دیگر بیان «از آنجاکه غرق و هدم، از حوادثی است که معمولاً زمان وفات افراد در آن‌ها مشخص نیست پس عرف بر الغای خصوصیت به مجرد فوت متوارثینی که تقدم و تأخر و تقارن زمان مرگشان را ندانیم یا این‌که بدانیم یک نفر متقدم بوده اما ندانیم کدام یک متقدم بوده است ما را مساعدت می‌کند»^۱ (سبحانی، ۱۴۱۵، ص ۳۹۳). بنابراین، از دیدگاه فهم عرفی از لسان ادله، نامشخص بودن زمان مرگ افراد دلیل حکم توارث است، بدون آن‌که حوادثی مانند هدم و غرق تأثیری بر این حکم داشته باشند.

۳. دیدگاه مختار

در یافته شد که دیدگاه رایج‌تر در میان فقها و به تبع آن قانون مدنی، بر انحصار حکم توارث به هدم و غرق تأکید دارد. بر این اساس، در شرایطی که زمان مرگ نامشخص است، حکم توارث صرفاً در مواردی مانند هدم و غرق اعمال می‌شود و به شرایط مشابه مانند تصادفات جاده‌ای یا آتش‌سوزی‌ها قابل تعمیم نیست. با این حال، در نقد دیدگاه عدم تعمیم، چندین اشکال مطرح شده است. با توجه به این اشکالات و استحکام دلایل حامیان تعمیم، این دیدگاه تقویت می‌شود. طرف‌داران تعمیم به دو قرینه برای اثبات امکان الغای خصوصیت و تعمیم اشاره کرده‌اند. علاوه بر دلایل ارائه شده توسط فقها برای اثبات تعمیم، دو دلیل مهم دیگر نیز بر امکان و حتی لزوم تعمیم حکم توارث وجود دارد که در ادامه به تفصیل بررسی خواهد شد.

دلیل اول: دلالت معنای لفظ «ف» و مابعد آن:

در تحلیل حدیث نقل شده توسط عبدالرحمن بن حجاج از امام صادق (ع)،

۱. بما أنَّ الغرق والهدم، يعدان من أسباب الموت، فالعرف يساعده على إلغاء الخصوصية والاكتفاء بمجرد موت المتوارثين من دون علم بالتقدم والتأخر والتقارن أو مع العلم بالتقدم لم يعرف متقدم

مشاهده می‌شود که راوی دو فرض مجزا را مطرح کرده است که هر یک با تکیه بر مقتضیات لفظی، قابلیت تنقیح مناط را دارند. این طراحی سؤال به نحوی است که نمودی از متن منصوص العله بوده و پاسخ امام نیز که ناظر به فرض موجود در مقام پرسش است می‌باید منصوص العله تلقی گردد تا شرایط معینی را برای وضعیت‌های مشابه تعریف کند.

راوی، راوی نخستین فرض را با عبارتی آغاز می‌کند که می‌گوید: «سألته عن بیت وقع علی قوم مجتمعين فلا یدری أیهم مات قبل فقال: یورث بعضهم من بعض». اینجا، خانه‌ای که بر سر گروهی فروریخته است، مطرح است. سپس راوی با استفاده از فاء تفریع، موضوعی را از جانبی دیگر بر پرسش قبلی متفرع می‌سازد «فلا یدری أیهم مات قبل» موضوعی که محور اصلی سؤال را تشکیل می‌دهد، (یعنی فروریختن آوار، منجر به مجهول‌شدن تقدم و تأخر موت شده است) و امام در پاسخ، حکم توارث را بیان می‌دارند.

در فرض دوم، راوی بیان می‌کند: «رکبا فی السفینة فغرقا فلم یدر أیهما مات أولا» (عاملی ۱۴۰۹، ج ۲۶، ص ۳۰۷). بررسی این بخش نیز نشان می‌دهد که محور بحث، روشن نبودن تقدم و تأخر مرگ‌هاست که نقش مناط و علت ترتب حکم را ایفا می‌کند. بنابراین، خود غرق شدن علت اصلی نیست و موضوعیت ندارد؛ بلکه از آنجاکه منجر به مناط و علت مذکور می‌شود حکم توارث بر آن مترتب شده است. از این رو هر موضوع دیگری که به مشتبه شدن زمان مرگ افراد منتهی بگردد موجب ترتب حکم توارث خواهد بود.

عباراتی مانند «فلا یدری أیهم مات قبل» و «فلم یدر أیهما مات أولا» به عنوان علت برای ما قبل عمل می‌کنند، نظر به قاعده معروف «العله تعمم و تخصص» علت حکم، دایره حکم را تعمیم و تخصیص می‌دهد (قمی، ۱۴۲۳، ص ۳۴).

در ادامه باید یادآور شد که برداشت علیت از ما بعد «ف» در اینجا همسان برداشت علیت از مابعد «ف» در حدیث شریف «إِلَّا فَإِنَّهُ عَلَيَّ يَقِينٍ مِنْ وُضُوئِهِ» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۲۴۵) است که از احادیث معروف باب استصحاب است و طبق دیدگاه پذیرفته شده بین فقها و اصولیون، مابعد «ف» در این حدیث شریف نقش علت برای

ماقبل را دارد.

به‌طور خلاصه، واژه «غرق» در اینجا به‌عنوان طریق برای رسیدن به حکم عمل می‌کند و هر زمانی که عنوانی نقش طریقت داشته باشد، قابل جایگزینی خواهد بود. این باعث می‌شود که الغای خصوصیت بدون نیاز به رجوع به خارج از محتویات لفظی خبر، و با بهره‌گیری از مناسبات لفظی موجود در حدیث تحقق پیدا کند و خصوصیت از واژه «غرق» برداشته شود و به یک استنتاج منطقی از حکم دست یافت. مناط حکم از عبارتهایی مانند «فلایدری آیهم مات قبل» و «فلم یدر آیهما مات أولاً» و دلالت معنایی «ف» گرفته می‌شود.

دلیل دوم: اطلاق و وسعت معنایی لفظ «هدم»

بحث‌های پیشین به تلاش بر تسری حکم توارث از مواردی مانند «غرق» و «هدم» به امور مشابه همچون «تصادفات رانندگی» و «سوانح آتش‌سوزی» متمرکز بود و فرض بر این بود که این موارد به‌صورت پیش‌فرض شامل عناوین اشاره شده در متن خبر نمی‌شوند. اما در این استدلال قصد داریم تا اثبات کنیم که واژه «هدم» به‌خودی‌خود شامل این موارد می‌شود.

اهل لغت، در مقام تبیین معنای لغوی هدم گفته‌اند: «هو أن ینهار علیه بناء، أو یقع فی بئر أو أهویة» (جزری، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۵۲) بررسی‌های لغوی نشان می‌دهد که «هدم» به معنای فرو ریختن یا افتادن در چاه و مشابهات آن است. اساساً واژه «هدم» به لحاظ لغوی از شمولیتی برخوردار است که امثال تصادفات رانندگی از مصادیق آن شمرده می‌شوند. این مطلب با مراجعه به معنای لغوی «هدم» به‌وضوح آشکار می‌گردد.

اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۱۴۰۰/۱۷۱۵ مورخ ۱۴۰۱/۰۶/۰۵ در رابطه با گسترش مفهوم هدم بیان می‌دارد: با توجه به این‌که قانون مدنی تعریفی از هدم بیان نداشته است و منابع معتبر فقهی هدم را به انفجار و انهدام تعبیر کرده‌اند از مصادیق هدم می‌تواند انفجار و یا انهدام وسایل نقلیه بر اثر حوادث باشد

(www.wikihoghoogh.net)

بنابراین، تصادفات جاده‌ای و موارد مشابه، «موضوعات جدید» محسوب

نمی‌شوند، بلکه از مصادیق موجود در تعریف «هدم» اند و همان‌گونه که مفهوم با عنوان تطابق می‌یابد، این موارد نیز ذیل واژه «هدم» قابل تعریف هستند. با توجه به وضوح مطلب به نظر می‌رسد دلیل عدم ذکر تصادف رانندگی به عنوان مصداقی برای هدم عدم وجود این موارد در زمان صدور روایات باشد. با این حال، نبود مصداق در دوره خاص مانع از شمول و اطلاق آن واژه نمی‌گردد. همان‌طور که فقها تصریح کرده‌اند، نصوص روایی عمدتاً در مقام بیان قضایای حقیقی هستند (نائینی، ۱۴۲۱، ص ۹۵) و هنگامی که مصادیق جدیدی ظهور می‌کنند، حکم مربوط به صورت خودبه‌خود در رابطه با آن‌ها اجرا خواهد شد. بنابراین، بر اساس مبانی مطرح شده، تصادفات جاده‌ای و موارد مشابه از نظر مفهوم، متفاوت از مصادیق «هدم» محسوب نمی‌شوند. این موارد، جزء مصادیق هدم هستند و همان‌طور که یک عنوان می‌تواند بر معنون و مفهومش تطبیق یابد، واژه «هدم» نیز بر این مصادیق جدید انطباق دارد.

نتیجه‌گیری

بررسی تطبیقی حکم توارث در مرگ‌های مجهول‌الزمان در حقوق ایران و فرانسه نشان می‌دهد که رویکرد قانون مدنی ایران محافظه‌کارانه‌تر است و توارث را صرفاً در موارد غرق و هدم می‌پذیرد. حقوق فرانسه پس از اصلاحات سال ۲۰۰۱، رویکرد منعطف‌تری اتخاذ کرده است؛ ابتدا تلاش می‌شود ترتیب فوت با هر روش ممکن تعیین شود. در صورت عدم امکان تعیین ترتیب، میراث هر یک جداگانه تقسیم می‌شود.

در فقه امامیه، سه دیدگاه وجود دارد: انحصار توارث در فرض هدم و غرق (دیدگاه مشهور)، امکان تسری حکم به موارد مشابه و دیدگاه میانه.

در این پژوهش پس از بررسی توصیفی و تحلیلی دلایل ارائه شده از سوی موافقان و مخالفان تعمیم حکم توارث به سایر مرگ‌های مجهول‌الزمان به عدم انطباق دلایل مخالفان تعمیم دست‌یافتیم. در ادامه به مهم‌ترین بلکه تنها دلیل موافقان تعمیم حکم توارث اشاره کردیم. مهم‌ترین دلیل ایشان، الغای خصوصیت بر پایه مناسبات

صرفاً عرفی بود که ضمن تأیید آن، به تقویت تسری بر پایه مناسبات لفظی موجود در اخبار و لسان ادله پرداختیم. مستفاد از احادیث این باب که ادله خاصه جهت اثبات حکم توارث در غرق و هدم شمرده می‌شوند آن است که در متن ادله، قراین لفظی کافی جهت تنقیح مناط و کشف ملاک حکم جهت تسری حکم به موارد مشابه از قبیل تصادف رانندگی، انفجار، گازگرفتگی و... وجود دارد. دلالت معنای لفظ «ف» و مابعد آن در متن حدیث، اطلاق و وسعت معنایی لفظ «هدم» دو دلیل مهم و کافی جهت کشف ملاک حکم است که به تفصیل مورد بررسی قرار گرفتند. با توجه به نتایج حاصله و اختلافات موجود در محاکم قضایی، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار به ماده ۸۷۳ ق.م. نگاهی اصلاحی داشته و رأی وحدت رویه‌ای در این رابطه صادر نمایند.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. امامی، سید حسن. (بی‌تا). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
۴. بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ موسوی. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهية. قم: نشر الهادی.
۵. بغدادی، محمد بن محمد (شیخ مفید). (۱۴۱۳ق). المقنعة. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (ره).
۶. بهبهانی، سید علی. (۱۴۰۵ق). الفوائد العلیّة - القواعد الکلیّة. اهواز: کتابخانه دار العلم.
۷. بهجت، محمدتقی. (۱۳۸۸ش). مباحث الأصول. قم: بی‌نا.
۸. سبحانی، جعفر. (۱۴۱۵ق). نظام الإرث فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۹. جزری، ابن اثیر مبارک بن محمد. (بی‌تا). النهاية فی غریب الحدیث و الأثر. قم: اسماعیلیان.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۴۰۱ش). ارث. تهران: انتشارات اسلامی.
۱۱. جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۳ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، (زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
۱۲. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۱۳. حسینی، سید علی؛ جانی پور، محمد؛ علی اکبری بابوکانی، احسان. (۱۳۹۰). توارث در فرض استثنایی غرق و هدم. بلاغ مبین، ۲۸ و ۲۹، ص ۶۳-۸۰.

۱۴. حلّی (فخر المحققین)، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (محقق: سید حسین موسوی کرمانی - علی پناه اشتهاردی - عبدالرحیم بروجردی). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۵. حلّی (محقق)، نجم‌الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۶. حلّی (محقق)، نجم‌الدین جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع فی فقه الإمامیة. قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.
۱۷. حلّی، ابن‌ادریس محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۸. حلّی، جمال‌الدین احمد بن محمد اسدی. (۱۴۰۷ق). المهدب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۹. حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۰. خدابخشی، عبدالله. (۱۳۹۰ش). بررسی فقهی و حقوقی بخشی از احکام ارث در حوادث رانندگی. فقه اهل بیت (ع)، ۱۷ (۶۸)، ص ۷۳-۱۳۱.
۲۱. خسروی‌نیا، بابک. (۱۳۸۵ش). تحلیل و نقد ماده ۸۷۳ قانون مدنی. الهیات و حقوق دانشگاه رضوی، ۲ (۱۹)، ص ۹۷-۱۰۴.
۲۲. خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۵ق). تحریر الوسیله، (ترجمه علی اسلامی). قم: انتشارات اسلامی.
۲۳. خوانساری، سید احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۴. خوش‌نقش، هادی؛ ادیبی‌مهر، محمد. (۱۴۰۰ش). تصحیح فقهی ضمان تعلیقی؛ با رویکرد نقد مواد ۶۹۱، ۶۹۹ و ۷۰۰ قانون مدنی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۳ (۲۴)، ص ۱۳۷-۱۶۲. <https://doi.org/10.30513/cjd.2021.305.1060>
۲۵. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. قم: نشر مدینه العلم.
۲۶. دیلمی، سلار، حمزه بن عبدالعزیز. (۱۴۰۴ق). المراسم العلویة والأحكام النبویة. قم: منشورات الحرمین.
۲۷. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام. قم: مؤسسه المنار.
۲۸. صدر، سید محمد. (۱۴۲۰ق). ما وراء الفقه. لبنان: دار الأضواء للطباعة والنشر والتوزیع.
۲۹. طباطبایی قمی، تقی. (۱۳۷۱ش). آراؤنا فی أصول الفقه. قم: بی‌نا.
۳۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الکتب العربی.
۳۱. طوسی، خواجه نصیر‌الدین. (۱۴۲۶ق). جواهر الفرائض در ارث، (محمد حسن شفیعی). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
۳۲. عاملی، حرّ محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).

۳۳. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی. (بی تا). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، (ط - القديمة). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۴. عاملی، شهید ثانی زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیه (حاشیه کلانتر). قم: کتابفروشی داوری.
۳۵. عاملی، شهید ثانی زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالك الألفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۳۶. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیه، (حاشیه کلانتر). قم: بی نا.
۳۷. قمی، سید تقی طباطبایی. (۱۴۲۳ق). الأنوار البهیه فی القواعد الفقهیه. قم: انتشارات محلاتی.
۳۸. قمی، سید صادق حسینی روحانی. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (ع). قم: مدرسه امام صادق (ع).
۳۹. قمی، صدوق محمّد بن علی بن بابویه. (۱۴۰۹ق). من لا یحضره الفقیه، (ترجمه علی اکبر غفاری). تهران: نشر صدوق.
۴۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۷ش). قانون مدنی در نظم حقوق کنونی. تهران: انتشارات مجد.
۴۱. کاشانی، فیض محمد محسن بن شاه مرتضی. (بی تا). مفاتیح الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی (ره).
۴۲. کرمانشاهی، آقا محمد علی بن وحید بهبهانی. (۱۴۲۱ق). مقام الفضل. قم: مؤسسه علامه مجدد وحید بهبهانی.
۴۳. گیلانی، میرزای قمی ابوالقاسم بن محمد حسن. (۱۴۱۳ق). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات. تهران: مؤسسه کیهان.
۴۴. لطفی، اسدالله. (۱۳۹۴ش). استثنایات اصل تأخر حادث در باب غرق شدگان و زیر آوار رفتگان؛ نقد و بررسی رأی دادگاه. نشریه دانش حقوق مدنی، ۴(۱)، ص ۱-۱۲.
<https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.23221712.1394.4.1.1.4>
۴۵. لنکرانی، محمد. (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الطلاق، الموارث، (محقق و مصحح: وائقی، حسین، کریمی، حسین، مهدوی، رضا علی). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۴۶. محامد، علی. (۱۳۸۴ق). میراث غرق شدگان و زیر آوار ماندگان. الهیات و معارف اسلامی (مطالعات اسلامی)، (۶۹)، ص ۱۵۵-۱۷۸. <https://sid.ir/paper/436263/fa>.
۴۷. محسنی دهکلانی، محمد؛ براری لاریمی، محمد. (۱۳۹۱ش). تأمل فقهی در ماده ۸۷۳ قانون مدنی (تعمیم میراث غرق شدگان و زیر آوار ماندگان به سایر مرگ های مشتبه). پژوهش نامه فقه و اصول، ۴۴(۲)، ص ۶۳-۸۷. <https://doi.org/10.22067/fiqh.v1i1.9492>
۴۸. محمدی، سام؛ وائقی، محسن؛ جعفری بهزادکلانی، محسن. (۱۳۹۹ش). ارث متوارثین فوت شده هم زمان. پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، (۶۱)، ص ۱۸۳-۱۹۸.

۴۹. محمدی، مرتضی. (۱۳۹۳ش). مبانی فقهی حقوقی ارث ناشی از غرق و هدم، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم اقتصاد و دارایی، دانشگاه علامه محدث نوری.
۵۰. مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱ق). فقه الإمام الصادق (ع). قم: مؤسسه انصاریان.
۵۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق). انوار الأصول. قم: بی‌نا.
۵۲. نائینی، میرزا محمد حسین غروی؛ علی کزازی، آقا ضیاء‌الدین. (۱۴۲۱ق). الرسائل الفقهية، (تقریرات نجم‌آبادی). قم: انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (ع).
۵۳. نجفی، صاحب الجواهر محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۵۴. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشیعة فی أحكام الشریعة. قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
۵۵. یزدانی، غلامرضا. (۱۳۰۱ش). اشخاص و محجورین. تهران: انتشارات اسلامی.
۵۶. یزدانی، غلامرضا. (۱۴۰۳ش). اعتبارسنجی معامله جهت تشبیه مرد به زن و به عکس، فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۷ (۲)، ص ۴۴۱-۴۵۸. <https://doi.org/10.22059/jjfil.2025.385251.669753>

سایت و نرم‌افزار

57. leader.ir
58. edalatsara.com
59. davoudabadi.ir (1403/4/13, 1403/4/17)
60. dadfaran.com (1403/4/15)
61. wikhoghoo.net (1403/4/15)
۶۲. نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۶۷۲، (معاونت آموزش قوه قضائیه).

References

1. Ameli, Hurr, Muhammad bin Hasan. (1989). *Wasā'il al-Shī'ah*. Mu'assasah Ahl al-Bayt (pbut), Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
2. Ameli, Seyed Jawad bin Muhammad Husayni. (n.d.). *Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawā'id al-'Allāmah*. Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi, Beirut - Lebanon, 1st ed. [In Arabic]
3. Ameli, Shahid al-Thani, Zayn al-Din bin 'Ali. (1993). *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'ī' al-Islām*. Mu'assasat al-Ma'arif al-Islamiyyah, Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
4. Ameli, Shahid al-Thani, Zayn al-Din bin 'Ali. (1990). *Al-Rawḍah al-Bahīyah fī Sharḥ al-Lum'ah al-Dimashqīyah (al-Maḥashshā - Kalantar)*. Ketabforushi-ye Davari, Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
5. Ardebili, Ahmad bin Muhammad. (1983). *Majma' al-Fā'idah wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Islamic Publishing Office affiliated with Jami'ah al-Mudarrisin Hawzah 'Ilmiyyah Qom, Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
6. Baghdadi, Mufid, Muhammad bin Muhammad bin Nu'man 'Akbari. (1993). *Al-Muqni'ah (Li al-Shaykh al-Mufid)*. World Congress on the Millennium of Shaykh Mufid - Raḥmat Allāh 'Alayh, Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
7. Bahjat, Muhammad Taqi. (2009). *Mabāḥith al-Uṣūl*. n.p., Qom - Iran. [In

- Arabic]
8. Behbahani, Seyed Ali. (1985). *Al-Fawā'id al-'Aliyyah - Al-Qawā'id al-Kulliyah*. Ketabkhaneh Dar al-'Elm, Ahvaz - Iran. [In Arabic]
 9. Bojnourdi, Seyed Hasan bin Āqā Buzurg Mousavi. (1999). *Al-Qawā'id al-Fiqhīyah (Li al-Bujnurdī, al-Sayyid Hasan)*. Nashr al-Hadi, Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
 10. Deylami, Sallar, Hamzah bin 'Abd al-'Aziz. (1984). *Al-Marāsīm al-'Alawīyah wa al-Ahkām al-Nabawīyah*. Manshurat al-Haramayn, Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
 11. Emami, Seyed Hasan. (n.d.). *Huqūq-e Madanī (Emāmī)*. Entesharat-e Eslami, Tehran - Iran. [In Persian]
 12. Esfahani, Fadhil Hindi, Muhammad bin Hasan. (1996). *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām 'an Qawā'id al-Ahkām*. Islamic Publishing Office affiliated with Jami'ah al-Mudarrisin Hawzah 'Ilmiyyah Qom, Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
 13. Gilani, Mirza-ye Qommi, Abolqasem bin Muhammad Hasan. (1993). *Jāmi' al-Shītat fī Ajwibah al-Su'ālāt*. Mu'assasah Kayhan, Tehran - Iran, 1st ed. [In Arabic]
 14. Haeri, Seyed Ali bin Muhammad Tabatabai. (1998). *Riyāq al-Masā'il (T - al-Hādīthah)*. Mu'assasah Ahl al-Bayt (pbut), Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
 15. Hilli, Ibn Idris, Muhammad bin Mansur bin Ahmad. (1990). *Al-Sarā'ir al-Hāwī li-Tahrīr al-Fatāwī*. Islamic Publishing Office affiliated with Jami'ah al-Mudarrisin Hawzah 'Ilmiyyah Qom, Qom - Iran, 2nd ed. [In Arabic]
 16. Hilli, 'Allamah, Hasan bin Yusuf bin Mutahhar Asadi. (n.d.). *Tabṣirat al-Muta'allimīn fī Ahkām al-Dīn*. n.p. [In Arabic]
 17. Hilli, Fakhr al-Muhaqqiqin, Muhammad bin Hasan bin Yusuf. (1968). *Īdāh al-Fawā'id fī Sharh Mushkilāt al-Qawā'id*. Mu'assasah Ismailiyan, Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
 18. Hilli, Jamal al-Din, Ahmad bin Muhammad Asadi. (1987). *Al-Muhadhdhab al-Bārī fī Sharh al-Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Islamic Publishing Office affiliated with Jami'ah al-Mudarrisin Hawzah 'Ilmiyyah Qom, Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
 19. Muhaqqiq Helli, Najm al-Din Ja'far bin Hasan. (1988). *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Mu'assasah Ismailiyan, Qom - Iran, 2nd ed. [In Arabic]
 20. Muhaqqiq Helli, Najm al-Din Ja'far bin Hasan. (1998). *Al-Mukhtaṣar al-Nāfi' fī Fiqh al-Imāmīyah*. Mu'assasat al-Matbu'at al-Diniyah, Qom - Iran, 6th ed. [In Arabic]
 21. Hilli, 'Allamah, Hasan bin Yusuf bin Mutahhar Asadi. (1993). *Mukhtalīf al-Shī'ah fī Ahkām al-Sharī'ah*. Islamic Publishing Office affiliated with Jami'ah al-Mudarrisin Hawzah 'Ilmiyyah Qom, Qom - Iran, 2nd ed. [In Arabic]
 22. Hilli, 'Allamah, Hasan bin Yusuf bin Mutahhar Asadi. (1993). *Qawā'id al-Ahkām fī Ma'rīfat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Islamic Publishing Office affiliated with Jami'ah al-Mudarrisin Hawzah 'Ilmiyyah Qom, Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
 23. Hosseini, Seyed Ali., Jani Pour, Muhammad., & Ali Akbar Babakoui, Ehsan. (2011). *Tawārith fī Farḍ Istithnā'i Gharq wa Hadm. Balāgh Mubīn*, 28-29. [In Persian]
 24. Jafari Langroudi, Muhammad Ja'far. (2022). *Inheritance*. Entesharat-e Eslami, Tehran - Iran. [In Persian]
 25. Jazari, Ibn Athir, Mubarak bin Muhammad. (n.d.). *Al-Nihāyah fī Gharīb al-Hādīth wa al-Athar* (5 vols.). Mu'assasah Mathu'ati Ismailiyan, Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
 26. Katouzian, Nasser. (2006). *Qānūn-e Madanī dar Naẓm-e Huqūq-e Konūnī*.

- Entesharat-e Majd, Tehran - Iran. [In Persian]
27. Khansari, Seyed Ahmad bin Yusuf. (1985). *Jāmi' al-Madārik fī Sharh Mukhtaṣar al-Nāfi'*. Mu'assasah Ismailiyan, Qom - Iran, 2nd ed. [In Arabic]
 28. Khodabakhshi, 'Abdullah. (2011). Fiqhī and legal examination of some inheritance rulings in traffic accidents. n.p. [In Persian]
 29. Khoei, Seyed Abolqasem Mousavi. (1990). *Minhāj al-Ṣālihin (Li al-Khū'ī)*. Nashr Madinat al-'Ilm, Qom - Iran, 28th ed. [In Arabic]
 30. Khosravi Nia, Babak. (2006). Analysis and critique of Article 873 of the Civil Law. *Theology and Law of Razavi University*, 8. [In Persian]
 31. Khoshneghsh, Hadi & Adibi Mehr, Muhammad. (2021). Fiqhī correction of suspended liability; With a critique approach to Articles 691, 699 and 700 of the Civil Law. *Āmūzehāye Fiqh Madanī*, 24, 137–162. [In Persian]
 32. Khomeini, Seyed Ruhollah Mousavi. (2004). *Tahrīr al-Wasīlah - Tarjumah* (A. Eslami, Trans.; 4 vols.). Islamic Publishing Office affiliated with Jami'ah al-Mudarrisin Hawzah 'Ilmiyyah Qom, Qom - Iran, 21st ed. [In Persian]
 33. Lankarani, Muhammad. (1998). *Tafṣīl al-Sharī'ah fī Sharh Tahrīr al-Wasīlah - al-Ṭalāq, al-Mawārīth*. Markaz-e Feqhi-ye A'imma Athar (pbut), Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
 34. Lotfi, Asadullah. (2015). Exceptions to the principle of postponed transaction in the chapter of drowned and buried; Critique and examination of the court ruling. *Dānesh Huqūg Madanī Journal*, 4. <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.23221712.1394.4.1.1.4> [In Persian]
 35. Mahamed, Ali. (2005). Inheritance of drowned and buried. *Theology and Islamic Ma'arif Journal*, 69. [In Persian]
 36. Makarem Shirazi, Nasser. (2007). *Anwār al-Uṣūl*. n.p., Qom - Iran. [In Arabic]
 37. Mohammadi, Morteza. (2014). *Mabānī-ye Fiqhī Huqūqī-ye Irs-e Nāshī az Gharaq wa Haddam* (Master's thesis, Faculty of Economics and Finance, Allameh Muhaddith Nuri University). [In Persian]
 38. Mohammadi, Sam, Vatheqi, Mohsen, & Jafari Behzad Kalaei, Mohsen. (2020). Inheritance of simultaneously deceased heirs. *Fiqh and Islamic Law Research*, 61 (Fall). [In Persian]
 39. Mohseni Dehkalani, Muhammad, & Barari Larimi. (2012). Fiqhī reflection on Article 873 of the Civil Law (Generalization of inheritance of drowned and buried to other ambiguous deaths). *Fiqh and Usul Research Letter*, 89. Mazandaran University. [In Persian]
 40. Mognnieh, Muhammad Jawad. (2000). *Fiqh al-Imām al-Ṣādiq ('Pbuh)* (6 vols.). Mu'assasah al-Ansariyan, Qom - Iran, 2nd ed. [In Arabic]
 41. Najafi, Muhammad Hasan. (1984). *Jawāhir al-Kalām fī Sharh Sharā'ī al-Islām* (43 vols.). Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi, Beirut - Lebanon, 7th ed. [In Arabic]
 42. Na'ini, Mirza Muhammad Hossein Ghurwi - 'Iraqi, Aqa Ziya' al-Din; 'Alikazazi. (2000). *Al-Rasā'il al-Fiqhīyah (Taqrīrāt, li al-Najm Ābādī)*. Entesharat Mu'assasah Ma'arif Islami Imam Reza ('Alayh al-Salam), Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
 43. Naraqī, Mulla Ahmad bin Muhammad Mahdi. (1995). *Mustanad al-Shī'ah fī Ahkām al-Sharī'ah* (19 vols.). Mu'assasah Ahl al-Bayt (pbut), Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
 44. Qommi, Seyed Sadiq Husayni Ruhani. (1992). *Fiqh al-Ṣādiq ('Pbuh) (Li al-Rūhānī)* (26 vols.). Dar al-Kitab - Madrasah al-Imam Sadiq ('Alayh al-Salam), Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
 45. Qommi, Seyed Taqi Tabatabai. (2002). *Al-Anwār al-Bahīyah fī al-Qawā'id al-Fiqhīyah*. Entesharat-e Mohallati, Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]

46. Qommi, Saduq, Muhammad bin 'Ali bin Babawayh. (1989). *Man Lā Yahḍuruh al-Faqīh - Tarjumah* (A. A. & M. Ghaffari, Trans.). Nashr Saduq, Tehran - Iran, 1st ed. [In Persian]
47. Sabzevari, Seyed 'Abd al-A'la. (1993). *Muhadhdhab al-Ahkām (Li al-Sabzawārī)*. Mu'assasah al-Manar - Daftar Hazrat Ayatullah, Qom - Iran, 4th ed. [In Arabic]
48. Sadr, Shahid, Seyed Muhammad. (2000). *Mā Warā' al-Fiqh* (10 vols.). Dar al-Adwa' lil-Tiba'ah wa al-Nashr wa al-Tawzi', Beirut - Lebanon, 1st ed. [In Arabic]
49. A Group of Researchers under the supervision of Shahroudi, Seyed Mahmoud Hashemi. (2002). *Mawsū'at al-Fiqh al-Islāmī Ṭibqan li-Madhdhab Ahl al-Bayt ('Alayhim al-Salām)* (11 vols.). Mu'assasah Da'irat al-Ma'arif al-Fiqh al-Islami bar Madhdhab Ahl al-Bayt (pbut), Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
50. Tabatabaei Qomi, Taqi. (1992). *Ārā'unā fī Uṣūl al-Fiqh*. n.p., Qom - Iran. [In Arabic]
51. Tabrizi, Ja'far Sobhani. (1995). *Nizām al-Irth fī al-Sharī'ah al-Islāmīyah al-Gharrā'*. Mu'assasah al-Imam Sadiq ('Alayh al-Salam), Qom - Iran, 1st ed. [In Arabic]
52. Tusi, Abu Ja'far, Muhammad bin Hasan. (1980). *Al-Nihāyah fī Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwī*. Dar al-Kitab al-'Arabi, Beirut - Lebanon, 2nd ed. [In Arabic]
53. Tusi, Khajeh Nasir al-Din. (2005). *Jawāhir al-Farā'id dar Irs (Fārsī)* (M. H. S. Shahroudi, Trans.). Mu'assasah Da'irat al-Ma'arif al-Fiqh al-Islami bar Madhdhab Ahl al-Bayt (pbut), Qom - Iran, 1st ed. [In Persian]
54. Yazdani, Gholamreza. (2022). *Ashkhāsh wa Mahjūrīn*. Entesharat-e Eslami, Tehran - Iran. [In Persian]
55. Yazdani, Gholamreza. (2024). Validation of transactions aimed at resembling a man to a woman or vice versa. *Fiqh and Fundamentals of Islamic Law*, 57(2), 441–458. [In Persian]
56. [Leader.ir](https://www.leader.ir). (2024, July 8). *Official website of the Supreme Leader of Iran*. Retrieved from <https://www.leader.ir> [In Persian]
57. Davoudabadi, Mehdi. (2024, July 4). *Edalatsara website*. Retrieved from <https://edalatsara.com> [In Persian]
58. Davoudabadi, Mehdi. (2024, July 8). *Personal legal website*. Retrieved from <https://davoudabadi.ir> [In Persian]
59. Dadfaran Amordad Law Institute. (2024, July 6). *Dadfaran website*. Retrieved from <https://dadfaran.com> [In Persian]
60. Wikihoghoogh. (2024, July 6). *Persian legal wiki*. Retrieved from <https://wikihoghoogh.net> [In Persian]
61. Judicial Education Deputy. (n.d.). *Ganjineh-ye Estefta'at-e Qaza'i (Treasury of Judicial Inquiries)*, Question 672 [Software]. [In Persian]



Examining Primary and Secondary Exceptions to the Decree on Nationalization of Natural Resource Lands

Mohammad-Hasan Emamverdi¹

1. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Law, Imam Reza International University, Mashhad, Iran. Email: emamverdy@imamreza.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 14
February 2025
Accepted: 19 July
2025
Available online
29 July 2025

Keywords:
National Lands,
Natural
Resources,
Exceptions,
Ownership
Perimeter,
Easement
Perimeter.



ABSTRACT

Natural resource lands, defined as lands with natural vegetation that have remained in their natural state, were nationalized and classified as public property through the Law on Nationalization of Forests on January 17, 1963 (27 Dey 1341). Lands that had been revived prior to the enactment of this law were exempted from this nationalization decree and termed "exceptions." However, disagreement persists regarding the accepted date of revival for natural resource lands, with some authorities, relying on the Guardian Council's theory and advisory opinions, considering the date announced by the government on March 7, 1987 (16 Esfand 1365) as the criterion. Furthermore, secondary exceptions - those exempted from the nationalization decree without direct revival but by virtue of their connection to revived exceptions - are often overlooked in judicial practice and official expert opinions. Jurisprudential and legal studies on these two issues have led to the following findings: the accepted revival date for principal exceptions (including rural houses and facilities, agricultural lands, and orchards) is March 7, 1987 (16 Esfand 1365); and secondary exceptions also possess jurisprudential and legal foundation and should be considered alongside principal exceptions. Secondary exceptions fall into two categories: intermediate lands and peripheral lands (protective perimeter). This means that the revival of one portion of a land parcel necessitates the revival of another portion. Additionally, peripheral lands and protective perimeters required for revived lands - such as courtyards in cases of individual ownership and village pastures in cases of collective ownership - are placed at the disposal of the owner(s) following the revival of the main land. Finally, the easement rights of those who revived national natural resource lands remain valid.

Cite this article: Emamverdi, M. H. (2025). Examining Primary and Secondary Exceptions to the Decree on Nationalization of Natural Resource Lands. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(32), 43-75. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6799.2043>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

Extended Abstract

Introduction

From a legal perspective, natural resource lands refer to lands with self-grown vegetation that have remained in their natural state (forests, woodlands, and pastures). Prior to the enactment of the Law on the Nationalization of the Country's Forests in 1341 (1963 AD), the term "natural resource lands" was not used. Instead, the instances of such lands were covered under the general title of "wasteland" (*Mawāt*) in the Civil Code, which, in Article 140, placed the reclamation of wasteland among the causes of ownership, detailing it in Articles 141 to 161.

In 1341 (1963 AD), the aforementioned law removed natural resource lands from the scope of "wasteland and *res nullius*", placing them in the category of public lands and prohibiting their seizure and acquisition. However, lands that had been reclaimed under the Civil Code's provisions for wasteland before that law were exempted from the nationalization decree and remained the property of the reclaimers as "exceptions" to the decree.

Two questions are addressed here: What is the effective date for the nationalization of natural resource lands, and consequently, the cut-off date for recognizing the reclamation of such lands (principal exceptions)? What is meant by subsidiary exceptions, and what do they encompass?

Among the research conducted in the field of the nationalization decree and its exceptions, no study has been found that directly addresses these two questions. Instead, topics such as identifying the claimant and the subject of evidence in lawsuits objecting to the determination of land as nationalized (Rahimi & Alavi, 1402), jurisprudential and legal examination of the effect of reclamation on national lands (Fadaei Moghaddam et al., 1400), distinguishing national lands from exceptions and the manner of objection by individuals (Khalil Moghaddam, 1401), and legal analysis of the elements of lawsuits objecting to the determination of national lands (Lotfi & Gholami, 1397) have been studied.

Since the court, when adjudicating lawsuits objecting to the determination of land as nationalized, must answer these two questions before issuing a ruling, this research will be beneficial in judicial practice for the trio of judges, lawyers, and official court experts.

Method

In this research, primary data was extracted and interpreted from legal provisions related to the subject. Then, by referring to jurisprudential books through the *Fiqh Ahl al-Bayt* (pbut) software, each legal datum was examined and confirmed from a jurisprudential perspective.

Findings

1. From a legal viewpoint, self-grown vegetation (without human intervention) is termed a natural resource. Consequently, lands possessing such vegetation are called "lands containing natural resources" or, concisely, "natural resource lands." Based on this, the terms "natural resources" and "natural resource lands" are used in regulations concerning these lands. In jurisprudence, "*ājām*" (thickets) corresponds to woodlands, forests, and forested lands. Mountain peaks and valley floors primarily fall into the category of pastures. Some contemporary jurists have also used the term "*al-marāṭi*" (pastures) with its modern meaning alongside traditional titles.

2. Article 2 of the Law on the Nationalization of the Country's Forests (1341) refers to reclaimed lands within the scope of natural resource lands as "exceptions to the nationalization decree of lands" or concisely "exceptions." As in jurisprudence, the reclamation of wasteland, including natural resource lands (*ājām*, lands with plants and trees, mountain peaks, valley floors) under necessary conditions, leads to ownership; from a legal perspective, the reclamation of natural resource lands was also a cause for ownership until the date specified by the legislator. Note 3 of Article 2 of the same law cites rural installations and houses, as well as agricultural lands and orchards, as instances of principal exceptions.

3. The Law on the Nationalization of Forests and Pastures of the Country, enacted on 27/10/1341 (17/01/1963), set the date of its approval as the temporal criterion for accepting reclamation. Therefore, lands reclaimed by 27/10/1341 fall under the exceptions to natural resources. This temporal criterion has faced one exception concerning endowed (*Waqf*) lands, according to Note 6 added on 19/12/1380 (10/03/2002) to the Law on Nullification of Sales Documents of Endowed Properties, Water, and Lands. However, for non-endowed lands, based on Note 4 of the Law on Determining the Status of Disputed Lands Subject to the Implementation of Article 56 of the Law on Forests and Pastures, enacted on 22/06/1367 (13/09/1988), Opinion No. 2650 dated 04/08/1367 (26/10/1988) of the Guardian Council, a Guardian Council opinion communicated via Letter No. 5908 dated 24/01/1373 (13/04/1994) to the Administrative Justice Court, Subsection 'M' of Note 8 of the Budget Law of the Year 1402, and several advisory opinions, the reclamation date should be considered as the year 1365 (1986-87 AD).

4. The exceptions where no reclamation has occurred but which come under the owner's control as a consequence of reclaiming other lands can be termed "subsidiary exceptions." Instances of subsidiary exceptions are scattered in various laws. Considering the laws governing natural resource lands, subsidiary exceptions can be placed in two groups: intermediate lands and peripheral lands. Intermediate lands refer to parcels within a larger tract where reclamation has taken place around them, but they themselves remain without any development or agricultural activity.

Peripheral lands refer to buffer lands, which are the opposite of intermediate lands. When a piece of land is reclaimed, the surrounding lands, which are customarily considered its buffer, also fall under the exceptions, even if no reclamation activity has been performed on them.

Conclusion

1. Two questions were raised in this article: What is the effective date for the nationalization of natural resource lands (the cut-off date for recognizing reclamation as principal exceptions)? What is meant by subsidiary exceptions, and what do they encompass? Since the court must answer these two questions before issuing a ruling in lawsuits objecting to the determination of land as nationalized, this research will be beneficial in judicial practice for judges, lawyers, and official court experts.

2. Principal exceptions have four instances, falling into two groups: rural houses and installations on one side, and agricultural lands and orchards on the other. Although the initially accepted reclamation date for principal exceptions was the date of the Nationalization Law's approval (27/10/1341), this date has been effectively changed to 16/12/1365 (07/03/1987) based on subsequent legal developments.

3. Subsidiary exceptions fall into two groups: intermediate lands and peripheral (buffer) lands. Intermediate lands are those where no development activity has taken place but are included in the exceptions due to the reclamation of other parts of the same tract. Therefore, reclaiming an entire tract is not necessary. Peripheral or buffer lands are those outside but surrounding the reclaimed land, placed at the owner's disposal for optimal use.

Data Availability Statement

No data is available.

Ethical Considerations

The author has avoided any data fabrication, distortion, plagiarism, or any form of research misconduct.

Funding

This article has not received any financial support from funding agencies in the public, commercial, or non-profit sectors.

Conflict of Interest

The author declares no conflict of interest.

Declaration on the Use of AI Tools in the Writing Process

The author did not use any artificial intelligence tools in the process of writing this article.



بررسی مستثنیات اصلی و تبعی از حکم ملی شدن اراضی منابع طبیعی

محمدحسن امام‌وردی^۱

۱. نویسنده مسئول، استادیار، گروه حقوق، دانشگاه بین‌المللی امام رضا علیه السلام، مشهد، ایران. رایانامه: emamverdya@imamreza.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: پژوهشی	
تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۱/۲۶	
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۲۸	
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۴/۰۵/۰۷	
کلیدواژه‌ها:	
اراضی ملی، منابع طبیعی، مستثنیات، حریم ملکی، حریم ارتفاعی.	اراضی منابع طبیعی به مفهوم اراضی دارای گیاهان خودرو که به حال طبیعی خود باقی مانده، با قانون ملی شدن جنگل‌های کشور در تاریخ ۱۳۴۱/۱۰/۱۷ ملی و در زمره اموال عمومی قرار گرفتند. از حکم یادشده، اراضی ای که تا تصویب قانون یادشده احیا شده بودند، خارج شده و مستثنیات نام گرفتند. با وجود این، در تاریخ احیای مورد قبول اراضی منابع طبیعی، همچنان اختلاف وجود دارد و برخی به پشتوانه نظریه شورای نگهبان و نظریات مشورتی، تاریخ اعلامی دولت در ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ را ملاک قرار می‌دهند. وانگهی، مستثنیاتی که بدون احیا و به تبع مستثنیات دارای احیا، از حکم ملی شدن اراضی منابع طبیعی، استثنا شده، در رویه قضایی و نظریات کارشناسان رسمی، مورد غفلت واقع می‌شوند. در هر حال، مطالعات فقهی و حقوقی در دو موضوع یادشده به این یافته‌ها رهنمون شد که تاریخ احیای مورد قبول در مستثنیات اصلی شامل خانه‌ها و تأسیسات روستایی و اراضی زراعی و باغی، ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ بوده و مستثنیات تبعی نیز دارای پشتوانه فقهی و قانونی بوده و باید همراه مستثنیات اصلی مورد توجه قرار گیرند. مستثنیات تبعی در دو گروه اراضی میانی و اراضی پیرامونی (حریم) قرار می‌گیرند. بدین معنا که احیای بخشی از یک قطعه زمین مستلزم احیای بخشی دیگر آن نیز می‌باشد. همچنین، اراضی پیرامونی و حریم مورد نیاز زمین احیاشده، مانند محوطه‌ها در نمونه مالکیت فردی و مراتع روستاها در نمونه مالکیت جمعی، به تبع زمین مورد احیا، در اختیار مالک یا مالکین قرار می‌گیرد. در نهایت، حقوق ارتفاعی احیاکنندگان در اراضی منابع طبیعی ملی، به قوت خود باقی هستند.



استناد: امام‌وردی، محمدحسن. (۱۴۰۴). بررسی مستثنیات اصلی و تبعی از حکم ملی شدن اراضی منابع طبیعی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۲)، ۴۳-۷۵. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6799.2043>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

مقدمه

اراضی منابع طبیعی، از منظر حقوقی، به اراضی ای گفته می‌شود که دارای گیاهان خودرو بوده و به حالت طبیعی خود باقی مانده باشد. این اراضی، دارای سه مصداق اصلی می‌باشد: جنگل، بیشه و مرتع. پیش از تصویب قانون ملی شدن جنگل‌های کشور در سال ۱۳۴۱، عنوان اراضی منابع طبیعی به کار نمی‌رفت، بلکه مصداق اراضی منابع طبیعی مشمول عنوان کلی اراضی موات مندرج در قانون مدنی بود که احیای اراضی موات را در ماده ۱۴۰ در زمره اسباب تملک قرار داده و در مواد ۱۴۱ تا ۱۶۱ تفصیل آن را بیان نموده بود.

در سال ۱۳۴۱، قانون پیش‌گفته، اراضی منابع طبیعی را از شمول عنوان اراضی موات و مباحات خارج نموده و آن‌ها را در زمره اراضی عمومی قرار داده و تصرف و تملک این اراضی را ممنوع نمود. با این همه، اراضی ای که پیش از قانون یادشده وفق قانون مدنی تحت شمول اراضی موات، احیا شده بودند از حکم ملی شدن استثنا گردید و به عنوان مستثنیات حکم یادشده در مالکیت اشخاص احیاکننده باقی ماند.

هرچند در نگاه نخست، حکم ملی شدن اراضی منابع طبیعی و مستثنیات حکم یادشده، به سادگی درک شده و در ذهن مستقر می‌شوند. با وجود این، دقت در مقررات و رویه قضایی آشکار می‌سازد که پس از گذشت بیش از شصت سال از زمان احکام یادشده، اجرای مقررات یادشده در خصوص مستثنیات، همچنان گرفتار ابهام و اشکال است.

در حکم ملی شدن و پیرو آن مستثنیات اصلی، این ابهام وجود دارد که از چه تاریخی اراضی منابع طبیعی در زمره اموال عمومی و ملی قرار گرفته است: زمان تصویب قانون ملی شدن جنگل‌ها در سال ۱۳۴۱ یا آخرین مهلت احیای اراضی که در سال ۱۳۶۵ از سوی دولت وقت مقرر گردید. تاریخ یادشده، تاریخ مورد قبول احیای مستثنیات اصلی را نیز مشخص می‌سازد. در بخش حکم مستثنیات اشکال عمده این است که مستثنیات را تنها در بخش اصلی آن می‌نگرند و از مستثنیات تبعی

به رغم اعلام مصداقی قانون‌گذار، غفلت می‌شود.

بر پایه ابهام و اشکال موجود در احکام ملی شدن اراضی منابع طبیعی و مستثنیات آن‌ها، پاسخ به دو پرسش در اینجا مدنظر قرار می‌گیرد: تاریخ ملی شدن اراضی منابع طبیعی و به گفته دیگر، تاریخ مورد قبول احیای اراضی منابع طبیعی (مستثنیات اصلی)، چه زمانی می‌باشد؟ مقصود از مستثنیات تبعی چیست و چه مصداقی را در بر می‌گیرد؟

در پژوهش‌های انجام شده در حوزه حکم ملی شدن اراضی منابع طبیعی و مستثنیات آن، پژوهشی که به دو پرسش یادشده پرداخته باشد ملاحظه نگردید؛ بلکه موضوعاتی نظیر، شناسایی مدعی و موضوع دلیل در دعوی اعتراض به تشخیص ملی بودن زمین (رحیمی و علوی، ۱۴۰۲)، بررسی فقهی و حقوقی اثر احیا در اراضی ملی (فدایی مقدم و دیگران، ۱۴۰۰)، تشخیص اراضی ملی از مستثنیات و نحوه اعتراض اشخاص (خلیل مقدم، ۱۴۰۱) و تحلیل حقوقی ارکان دعوی اعتراض به تشخیص اراضی ملی (لطفی و غلامی، ۱۳۹۷) مورد مطالعه و بررسی واقع شده است. بر بنیاد آنچه گفته شد، پس از شناختی گذرا از منابع طبیعی، به حکم ملی شدن اراضی منابع طبیعی و مستثنیات آن در دو بخش مستثنیات اصلی و مستثنیات تبعی پرداخته خواهد شد.

۱. اراضی منابع طبیعی

منابع طبیعی، بن‌مایه‌های خدادادی هستند که انسان در هستی آن نقش‌آفرینی نکرده است. این مواهب به دو صورت منابع تجدیدشونده مانند گیاهان، جانوران و آب، و منابع غیرقابل تجدید مثل ذخایر معدنی طبقه‌بندی می‌شوند (انگورج، ۱۳۹۴، ص ۹). عمده منابع طبیعی، در زمره اموال عمومی قرار گرفته است: گیاهان زیر عنوان منابع طبیعی، حیوانات تا حدودی در قوانین ناظر بر محیط زیست، آب‌ها در قوانین حاکم بر آب و معادن در قوانین خاص آن.

از نگاه حقوقی، تنها، گیاهان خودرو، منابع طبیعی نام گرفته است. پیرو آن، اراضی‌ای که دارای گیاهان خودرو باشند، «اراضی دارای منابع طبیعی» و به طور فشرده، «اراضی منابع طبیعی» به شمار آمده است. بر این پایه، عبارت «منابع

طبیعی» در مقررات مربوط به این نوع اراضی از جمله در ماده ۵ تصویب‌نامه قانون ملی شدن جنگل‌های کشور مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ هیئت وزیران، ماده ۲۹ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶/۵/۲۵، در عنوان و متن قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخائر جنگلی مصوب ۱۳۷۱/۷/۵ به کار رفته است. همچنین، در واژه‌نامه لایحه قانونی اصلاح قانون نحوه واگذاری و احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸/۱۲/۲۸ نیز عنوان «اراضی منابع طبیعی» به کار رفته و به جنگل‌ها، مراتع و بیشه‌های طبیعی اطلاق شده است.

ویژگی برجسته اراضی منابع طبیعی، عدم دخالت انسان‌ها در پدیدآمدن گیاهان در اراضی یادشده می‌باشد. چنان‌که، در بند یک ماده یک قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع^۱ مقرر شده «جنگل یا مرتع یا بیشه طبیعی عبارت از جنگل یا مرتع یا بیشه‌ای است که به وسیله اشخاص ایجاد نشده باشد».

گیاهان خودرو از نگاه قانون‌گذار در دو دسته کلی قرار می‌گیرد: در یک سو، درخت^۲، درختچه و نهال و در سوی دیگر، علوفه، علف و خزه. اگر در زمینی، حداقلی از دسته نخست که نصاب آن مشخص شده، وجود داشته باشد، به آن اراضی، «مناطق جنگلی» و در مقابل اگر زمین، پوشش حداقلی از دسته نخست را نداشته باشد و دارای پوشش علوفه‌ای و علفی باشد، «مراتع» به آن اطلاق شده است. بر این پایه، اراضی منابع طبیعی در دو گروه کلی قرار گرفته است: مناطق جنگلی و مراتع.

باید افزود که در فقه، عنوان منابع طبیعی یا اراضی منابع طبیعی به کار نرفته

۱. همچنین، بند یک ماده یک دستورالعمل اصلاحی ضوابط واگذاری اراضی منابع ملی و دولتی برای طرح‌های کشاورزی و غیرکشاورزی مصوب ۱۳۸۷/۲/۳ وزارت جهاد کشاورزی مقرر داشته «جنگل یا مرتع یا بیشه طبیعی: مجمعی متشکل از عرصه و هوایی و مرکب از موجودات از منشاء نباتی (مانند درخت، درختچه، نهال، علوفه، علف و خزه) و حیوانی صرف نظر از درجه تکامل به نحوی که دست بشر در ایجاد و تکامل آن دخیل نبوده است».

۲. درختان خودرو مانند شمشاد، زربین، سرخدار، سروخمره‌ای، سفیدپلست مستقل از اراضی حاوی آن مورد توجه قانونگذار قرار گرفته و در ماده یک قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخائر جنگلی کشور مصوب ۱۳۷۱/۷/۱۲، مورد حمایت قرار گرفته است.

است. بلکه آنچه اخیراً به عنوان فقه منابع طبیعی (فراہانی فرد، ۱۳۹۵) مصطلح شده مقصود منابع طبیعی به مفهوم عام آن است که گفته شد شامل منابع تجدیدپذیر و تجدیدنپذیر می‌گردد. اما مصادیق اراضی منابع طبیعی به مفهوم خاص آن یعنی اراضی دارای پوشش گیاهی خودرو با عناوین «آجام»، «ما یكون بها من النبات و الأشجار»، «رؤوس الجبال» و «بطون الأودية» به کار رفته است. بدین سان که فقها در کتاب صلح، عنوانی را اختصاص به انفال داده و موارد چهارگانه یادشده را در زمره انفال قرار داده‌اند (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۳۸۸). اما در کتاب احیاء الموات و در زمان بررسی مصادیق اراضی موات، آن‌ها را در زمره مصادیق اراضی موات قرار می‌دهند (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۱۰). برخی فقها نیز تصریح می‌کنند که موارد یادشده جزء اراضی موات می‌باشد (مقدس اردبیلی، بی تا، ج ۴، ص ۳۳۴؛ انصاری، ۱۴۱۵، ص ۳۵۶). چنان که قانون مدنی نیز چنین کرده و عنوان اراضی موات را در مفهوم عام خود به کار برده است.

در هر حال، آجام منطبق با بیشه، جنگل و اراضی جنگلی می‌باشد. چنان که به جایی گفته شده که مملو از درخت یا نی باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۸۴؛ خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۳۸۸). رؤوس الجبال به قله کوه‌ها و بطون الأودية به دره‌ها گفته شده است. در مجموع دو عنوان اخیر، شامل مناطق کوهستانی (قله‌ها و دره‌ها) بوده که عمدتاً در زمره مراتع قرار می‌گیرند. برخی فقهای معاصر نیز عنوان «المراتع» را با مفهوم امروزی آن در کنار عناوین قدیمی، به کار برده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ص ۴۷۱؛ آملی، ۱۳۸۴، ج ۱۱، ص ۲۱۸).

۲. حکم ملی شدن اراضی منابع طبیعی

در فقه، «انفال»^۱ از جمله اراضی منابع طبیعی (آجام، ما یكون بها من النبات و الأشجار، رؤوس الجبال و بطون الأودية) در اختیار اهل بیت (ع) بوده و احیای آن‌ها تنها با اجازه ایشان ممکن بوده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۴۷۴؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۵۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۱۶، ص ۱۲۰). چنان که مقرر شده ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَ الرَّسُولِ﴾؛ «از تو درباره انفال می‌پرسند، بگو، انفال ویژه خدا و پیامبر است»

۱. برای مطالعه در خصوص تعریف و مصادیق انفال رک (اصغری، ۱۳۹۱، ص ۵۷-۵۹).

انفال (۱). هرچند در زمان غیبت، زیر عنوان «مباحات» احیای انفال مجاز دانسته شده است (نجفی، بی تا، ص ۹۴؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۳، ص ۱۰۴؛ بهجت، ۱۴۲۳، ص ۴۰۷ و ۴۰۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۳، ص ۳۲۱-۳۲۳؛ خمینی، ۱۳۷۹، ۱۳۶۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵، ص ۱۱۰). با این همه، پس از انقلاب و بر بنیان اندیشه نمایندگی ولایت فقیه از اهل بیت (ع) انفال در اختیار حکومت اسلامی قرار گرفته (فیاضی، ۱۳۹۳، ص ۵۷) و احیای آن منوط به اجازه حکومت اسلامی شده است.^۱ چنان‌که در اصل پنجم قانون اساسی می‌خوانیم «در زمان غیب حضرت ولی عصر (عج) در جمهوری اسلامی ایران ولایت امر و امامت امت بر عهده فقیه عادل... است...». بر این بنیان بوده که در اصل ۴۵ مقرر شده «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رها شده،... کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نیزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست،... در اختیار حکومت اسلامی است...».

از منظر حقوقی، قانون ملی شدن جنگل‌های کشور مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۲۷، نخستین مقررهای بوده که جنگل‌ها، اراضی جنگلی، بیشه‌های طبیعی و مراتع را در زمره اموال عمومی و در اختیار دولت قرار داد و به اصطلاح مرسوم، اراضی منابع طبیعی را ملی نمود. در ماده یک قانون یادشده می‌خوانیم «از تاریخ تصویب این تصویب‌نامه قانونی، عرصه و اعیانی کلیه جنگل‌ها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور جزء اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است ولو این‌که قبل از این تاریخ افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشند». در این مقرر، اراضی منابع طبیعی به مفهوم اراضی دارای گیاهان خودرو با چهار مصداق اصلی آن تعبیر شده که شامل جنگل، مرتع، بیشه و اراضی جنگلی است. مقصود از اعیان در این اراضی همان گیاهان خودرو است که شامل علف، خزه، بوته، درختچه، درخت و مشابه آن‌ها می‌گردد.

هرچند مقرر یادشده به عنوان قانون نبوده و به تصویب مجلس وقت^۲ نرسیده

۱. چنان‌که، در پاسخ به پرسشی در خصوص تصرف و وقف جنگل گفته شده که «اگر با اجازه مقام مسئول ذی‌ربط احیا کرده و مالک شرعی آن شده است می‌تواند آن را وقف نماید» (خامنه‌ای، ۱۳۹۴، ص ۵۲).

۲. مجلس بیستم در سال ۱۳۴۰ منحل شد و مجلس بیست و یکم، در سال ۱۳۴۲ گشایش یافت. از این رو، در سال ۱۳۴۱، مجلسی وجود نداشت.

بود، اما در قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع سال ۱۳۴۶ از جمله در مواد ۵۵ و ۵۶ آن و نیز در قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخائر جنگلی کشور سال ۱۳۷۱، تصویب‌نامه ملی شدن جنگل‌های کشور به عنوان «قانون» در نظر گرفته شده و از حیث حکم ملی شدن اراضی منابع طبیعی و مستثنیات آن، ملاک عمل قرار گرفته است.

دومین مقرر، قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶/۵/۲۵ بود. حکم ملی شدن منابع طبیعی در این قانون به روشنی بیان نشده است. اما در ماده ۵۶ قانون یادشده، با ارجاع به قانون نخست، تشخیص منابع طبیعی ملی در زمره اختیارات وزارت منابع طبیعی وقت (سازمان منابع طبیعی و آبخیزداری فعلی) قرار گرفته است. در بخش نخست این ماده می‌خوانیم «تشخیص منابع ملی شده و مستثنیات ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع با رعایت تعاریف مذکور در این قانون با وزارت منابع طبیعی است».

سومین مقرر، قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخائر جنگلی کشور مصوب ۱۳۷۱/۷/۱۲ است. در ماده ۲ این قانون، تشخیص منابع طبیعی ملی و مستثنیات آن موضوع قانون نخست با رعایت تعاریف اقسام منابع طبیعی مندرج در قانون دوم، برعهده وزارت جهاد سازندگی وقت (وزارت جهاد کشاورزی فعلی) قرار داده شده است.^۱ در بخش نخست ماده ۲ قانون مقرر شده «تشخیص منابع ملی و مستثنیات ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع با رعایت تعاریف مذکور در قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع با وزارت جهاد سازندگی است».

در مورد قانون سوم که دارای دو ماده بوده، باید گفت ضرورتی به تصویب آن نبوده و می‌توانسته با اصلاح قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، مقصود قانون‌گذار حاصل گردد. چه، این قانون کوتاه دو ماده اصلی دارد:

ماده یکم، به ذخائر جنگلی اختصاص یافته و درختان یادشده به شماره درآمده و قطع آن‌ها ممنوع و مشمول جبران خسارت و مجازات شده است. درحالی‌که، در

۱. لایحه جامع منابع طبیعی و آبخیزداری کشور نیز در تاریخ ۱۳۸۸/۵/۶ در مجلس اعلام وصول شده و به انتظار نشسته است.

قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع به تفصیل درباره درختان خودرو و قطع مجاز و غیرمجاز آن‌ها تعیین تکلیف شده است. در همین راستا، قانون اصلاح میزان جرایم مندرج در مواد (۴۲)، (۴۳)، (۴۴)، (۴۶) و (۵۰) قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع در تاریخ ۱۳۹۶/۰۸/۱۴ به تصویب رسیده است. بنابراین، اگر قانون‌گذار اصلاحی مدنظر داشت همانند اصلاح سال ۱۳۹۶ می‌توانسته اقدام نماید و ضرورتی به وضع قانون جدید نبوده است.

در ماده دوم، نیز تشخیص منابع طبیعی و اعتراض به آن پیش‌بینی شده است که در ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، به تفصیل آمده است و اگر قانون‌گذار نکته‌ای بیش از آن در نظر داشت می‌توانست نسبت به اصلاح آن مبادرت نماید. افزون بر آن، قانون‌گذار در ماده واحد قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۶۷/۶/۲۲ اصلاحی ۱۳۸۷/۳/۵ به تفصیل در خصوص اعتراض اشخاص به تشخیص منابع طبیعی سخن گفته و ماده دوم قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخائر جنگلی کشور از این جهت نیز فاقد فایده حقوقی بوده است.

بر پایه آنچه نوشته آمد، قانون ملی شدن جنگل‌های کشور در سال ۱۳۴۱، حکم ملی شدن منابع طبیعی را بیان کرده و از این جهت همچنان دارای اعتبار است. اما دو قانون دیگر (قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع ۱۳۴۶ و قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخائر جنگلی کشور ۱۳۷۱)، حکم ملی شدن اراضی منابع طبیعی را تکرار نکرده‌اند، بلکه قانون نخست و یکدیگر را تکمیل نموده و در مواردی اصلاح کرده‌اند. از این رو، هر سه قانون یادشده همچنان دارای اعتبار هستند. مگر در موارد اصلاحی که قانون مؤخر بر قانون مقدم، حاکم است.

۳. مستثنیات اصلی

چنان‌که در فقه، احیای اراضی موات از جمله اراضی منابع طبیعی (آجام، ما یکون بها من النبات و الأشجار، رؤوس الجبال و بطون الأودية) با شرایط لازم، موجب تملک بوده است، از منظر حقوقی نیز احیای اراضی منابع طبیعی تا زمان اعلامی قانون‌گذار، از اسباب تملک بوده است. به گفته دیگر، قانون‌گذار با ماده یک قانون

ملی شدن جنگل‌های کشور در سال ۱۳۴۱، حکم ملی شدن اراضی منابع طبیعی را وضع نمود. سپس، در ماده ۲ قانون، اراضی احیاء شده را از شمول حکم یاد شده، مستثنی نمود. بر همین بنیان بوده که به اراضی احیاء شده در محدوده اراضی منابع طبیعی، «مستثنیات حکم ملی شدن اراضی» و به تعبیر فشرده «مستثنیات» گفته می‌شود.

بر پایه مقررات پیش گفته، مقصود از مستثنیات اصلی، اراضی ای هستند که در محدوده اراضی منابع طبیعی واقع شده اما با عملیات عمرانی یا زراعی، از حالت طبیعی، خارج شده باشند. در این صورت، اراضی احیاء شده تحت مالکیت شخص احیاءکننده بوده و از شمول حکم ملی شدن اراضی منابع طبیعی، استثناء می‌باشد. در این خصوص دو نکته دارای اهمیت می‌باشد: یکم این که، عملیات احیا چه مواردی را شامل می‌شود. به گفته دیگر، مصادیق مستثنیات اصلی چه مواردی می‌باشند. دوم این که، احیای اراضی منابع طبیعی تا چه زمانی مجاز و قانونی بوده و موجب تملک اراضی می‌شده است.

۳-۱. مصادیق مستثنیات اصلی

تبصره ۳ ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل‌های کشور، مصادیق مستثنیات اصلی را این‌گونه بیان کرده «عرصه و محاط تأسیسات و خانه‌های روستایی و همچنین زمین‌های زراعی و باغات واقعه در محدوده اسناد مالکیت جنگل‌ها و مراتع که تا تاریخ تصویب این قانون احداث شده‌اند، مشمول ماده یک این قانون نخواهند بود. ادارات ثبت مجازند با تشخیص و گواهی سازمان جنگلبانی ایران، اسناد مالکیت عرصه و اعیانی جداگانه برای مالکین آن‌ها صادر نمایند». در این تبصره اراضی دارای پیشینه احیا در قالب چهار مصداق در دو گروه بیان شده است:

تأسیسات و خانه‌های روستایی: تأسیسات روستایی آغل، طویله، استخر، جوی آب، انبار علوفه و موارد مشابه آن را شامل می‌شود. خانه‌های روستایی نیز مفهوم روشنی دارد. اما آنچه، اهمیت دارد این است که قانون‌گذار عرصه و محاط این دو مورد را در زمره مستثنیات قرار داده است.

عرصه، زمینی است که دقیقاً منزل و تأسیسات روی آن ساخته می‌شود. مقصود

از محاو و نیز زمینی است که در عرف به عنوان محوطه و حیاط، برای منازل و تأسیسات در نظر گرفته می‌شود. در منازل شهری، به طور معمول شصت درصد یک زمین خانه و چهل درصد آن حیاط است. اما در منازل روستایی که به طور معمول با تأسیسات نیز همراه بوده‌اند، حیاط مساحتی بیش از قسمت خانه و خود تأسیسات را داشته است. بر همین بنیان بوده که در ماده ۶۳ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع در خصوص مساحت این محوطه‌ها گفته شده «مفاد تبصره ۳ ماده دوم قانون ملی شدن جنگل‌ها شامل اراضی جنگلی و بیشه‌های طبیعی^۱ نیز بوده و مساحت محوطه‌ها و ساختمان‌ها و تأسیسات در منابع ملی شده که تا قبل از تصویب ملی شدن جنگل‌ها احداث شده‌اند تا بیست برابر مساحت زیر بنا محسوب خواهد شد».

زمین زراعی و باغات: زمین زراعی مفهوم روشنی دارد. اما آنچه باید مورد توجه باشد، این است که به طور معمول زراعت سالانه است و یک بار زراعت، احیا را محقق نموده و نیازی به تکرار آن نمی‌باشد. بنابراین، از این جهت که زراعت سالانه برداشت می‌شود، ممکن است عملیات احیا پس از مدتی، به چشم دیده نشود، بلکه به عکس، پوشش گیاهان خودرو نافی عملیات احیا در ظاهر باشد. نکته دیگر این است که در عملیات زراعی به طور معمول، یک قطعه زمین، به دو یا چند قسمت تقسیم شده و در یک بخش زراعت می‌شود و بخش دیگر در آیش می‌ماند. بر همین بنیان بوده که قانون‌گذار پس از تعریف مرتع در بند ۹ ماده یک قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مقرر نموده «اراضی که آیش زراعت‌اند ولو آن‌که دارای پوشش نباتات علوفه‌ای خودرو باشند مشمول تعریف مرتع نیستند».

باغ در بند ۱۱ از ماده ۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها این‌گونه تعریف شده است که «در مناطق جنگلی باغ به محلی اطلاق می‌شود که دارای شرایط زیر باشد: الف. حدود آن به نحوی از انحا مشخص و معین شده باشد. ب. حجم درختان جنگلی خودروی آن از پنجاه متر مکعب در هکتار تجاوز نکند. پ. حداقل

۱. در تبصره ۳ ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل‌ها، تنها به جنگل و مرتع اشاره شده بود. در ماده ۶۳ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، دو مصداق دیگر منابع طبیعی شامل اراضی جنگلی و بیشه نیز به دو مصداق قبلی افزوده شد.

در هر هکتار آن یکصد عدد درخت بارده و مجموعاً دویست عدد درخت بارده و جوان دست‌کاشت میوه‌ای و یا یک هزار بوته چای وجود داشته باشد. ت. حداقل نه دهم سطح آن از کنده و ریشه درختان جنگلی پاک شده باشد». همچنین، در بنده ماده یک آیین‌نامه اجرائی قانون اصلاح ماده ۳۴ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۵۴/۳/۱۴ می‌خوانیم «باغ به محلی گفته می‌شود که حدود آن به نحوی از انحا مشخص و معین شده و در هر هکتار بیش از یکصد اصله درخت مثمر یا پنجاه اصله درخت زیتون یا نخل یا گردو یا یک هزار نهال یا درخت غیرمثمر دست‌کاشت یا بوته چای داشته باشد».

بر پایه تعریف یادشده، در یک باغ یک هکتاری، مشروط به معلوم بودن حدود آن، نیازی نیست در تمام زمین غرس اشجار شده باشد، بلکه یکصد اصله درخت مثمر یا پنجاه اصله درخت گردو، به معنای احیای کل یک هکتار می‌باشد. امری که در رویه قضایی و کارشناسی، مغفول مانده است. همچنین، اگر باغ مذکور کوچک‌تر یا بزرگ‌تر باشد، میزان درختان نیز باید به همان نسبت تغییر نماید.

۲-۳. زمان احیای مستثنیات اصلی

قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع کشور مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ ملاک زمانی پذیرش احیای اراضی را تاریخ تصویب این قانون قرار داده است. بنابراین، اگر اراضی تا تاریخ ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ احیا شده باشند، در زمره مستثنیات منابع طبیعی قرار می‌گیرند. اما اگر تا تاریخ یادشده احیا نشده باشند، در زمره اراضی ملی خواهند بود ولو این‌که بعد از تاریخ یادشده احیا شده باشند. چنان‌که، ماده یک تصویب‌نامه قانون ملی شدن جنگل‌ها با قید «از تاریخ تصویب این تصویب‌نامه قانونی» آغاز شده است.

ضابطه زمانی یادشده با یک استثنا در خصوص اراضی وقفی روبه‌رو شده است. در این باره در تبصره ۶ الحاقی مورخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ به قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۶۳/۲/۱۰ می‌خوانیم «آن دسته از اراضی و املاک

۱. در سیر تاریخی تبصره یادشده باید گفت که در تاریخ ۶۳/۹/۷ «قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه» تصویب شد. در این قانون، در خصوص اراضی موقوفه که ملی اعلام شده بود حکمی مقرر نشده بود. در تاریخ ۱۳۷۱/۱۱/۲۵ قانون دوم ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه از تصویب مجلس گذشت و کلیه قوانین مغایر، منسوخ اعلام گردید. در این قانون نیز در مورد اراضی موقوفه‌ای که ملی اعلام

جنگل‌ها و مراتع و اراضی منابع ملی که مشمول ماده ۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع... موقوفه تلقی نمی‌شود مگر در مورد حریم موقوفات و اراضی ای که قبل از تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ احیا شده باشد». در خصوص اراضی وقفی، تبصره یادشده، تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ را ملاک قرار داده است. در واقع، در خصوص زمان احیا در اراضی وقفی، قانون‌گذار نگاهی که به اراضی موات پس از انقلاب داشته را به اراضی وقفی در حوزه اراضی منابع طبیعی گسترش داده است.

در خصوص تبصره پیش‌گفته، این ایراد به قانون‌گذار وارد است که این تبصره را به قانون منسوخ الحاق کرده است. چه، قانون جدید با همان نام در تاریخ ۱۳۷۱/۱۱/۲۵ در خصوص موقوفات عام تصویب شده و قانون سابق در حوزه موقوفات عام منسوخ شده است.^۱

بر بنیاد آنچه گفته شد، اراضی غیروقفی در صورتی در زمره مستثنیات قرار می‌گیرند که پیش از تاریخ ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ احیا شده باشند. اما اراضی وقفی هنگامی جزء مستثنیات قرار می‌گیرند که تا تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ احیا شده باشند. با وجود این، در خصوص اراضی غیروقفی نیز مستنداتی وجود دارد که بر این امر دلالت دارند که تاریخ احیای قابل پذیرش در تمامی اراضی وقفی و غیروقفی سال ۱۳۶۵ می‌باشد. علت این‌که اسفند سال ۱۳۶۵ ملاک قرار گرفته و در اراضی وقفی نیز همان تاریخ پذیرفته شده این است که پس از پیروزی انقلاب اسلامی، احیای اراضی تجویز شد. سپس، دولت وقت اسفند سال ۱۳۶۵ را آخرین مهلت احیای قابل قبول اراضی اعلام نمود. تاریخ اعلام یادشده در اراضی موات غیرشهری در راستای قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مورد قبول رویه قضایی و اداری واقع شد. اما در خصوص اراضی منابع طبیعی در رویه قضایی و اداری اختلاف حاصل شد.

شده، حکمی مقرر نشده بود. در نهایت، در سال ۱۳۸۰ دو تبصره به عنوان تبصره ۵ و ۶ به قانون نخست الحاق شد.

۱. در خصوص تبصره ۶ الحاقی مورخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه این ایراد به قانونگذار وارد است که این تبصره را به قانون منسوخ الحاق کرده است. چه، قانون جدید با همان نام در تاریخ ۱۳۷۱/۱۱/۲۵ در خصوص موقوفات عام تصویب شده و قانون سابق در حوزه موقوفات عام منسوخ شده است. قانون تفسیر قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۹۱/۵/۱۱، نسخ قانون نخست در خصوص موقوفات عام را اعلام کرده است.

به هر حال، با لحاظ دلایل زیر، می‌توان تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ را برگزید و جایگزین تاریخ تصویب قانون ملی شدن جنگل‌ها، نمود:

یکم. در تبصره ۴ قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۶۷/۰۶/۲۲ مقرر شد «دولت موظف است توسط دستگاه‌های ذیربط نسبت به خلع ید از اراضی متصرفی بعد از اعلام مورخ ۱۳۶۵.۱۲.۱۶ دولت جمهوری اسلامی اقدام لازم را به عمل آورد». در این ماده قانونی، احیا تا پایان سال ۱۳۶۵ پذیرش شده و تنها زمانی دولت حق خلع ید اراضی را داشته که اراضی پس از تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ تصرف شده باشد.

دوم. در ماده ۵۵ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، اصلاحی ۱۳۴۸/۱/۲۰ مقرر شده است «هر کس به قصد تصرف به منابع ملی مذکور در ماده ۱ قانون ملی شدن جنگل‌های کشور تجاوز کند به یک سال تا سه سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد». در این ماده به تصویب نامۀ قانون ملی شدن جنگل‌ها ارجاع شده که تاریخ تصویب آن ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ است. بنابراین، می‌توان گفت احیا تا آن تاریخ معتبر بوده و پس از آن جرم‌انگاری شده است. اما شورای نگهبان در نظریه شماره ۲۶۵۰ مورخ ۱۳۶۷/۸/۴ اعلام کرده است که «شمول ماده ۵۵ اصلاحی قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع و تبصره آن نسبت به کسانی که در رژیم گذشته اقدام به تصرف و احیای منابع مذکور نموده‌اند خلاف موازین شرع و در این قسمت، ماده ابطال می‌شود». هرچند در این ماده تنها تصرف و احیا در میان دو تاریخ ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ تا ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ جرم دانسته نشده و ابطال شده است. اما بر این هم دلالت می‌کند که احیا در بازه زمانی یادشده معتبر بوده و از لحاظ شرعی موجب تملک احیاکننده خواهد بود.

سوم. در نظریه شورای نگهبان اعلامی طی نامۀ شماره ۵۹۰۸ مورخ ۱۳۷۳/۰۱/۲۴ به دیوان عدالت اداری مندرج در رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۵۶/۷۲ مورخ ۱۳۷۳/۱۱/۲۳ به صراحت اعلام شده که احیا تا سال ۱۳۶۵ قانونی بوده و موجب تملک می‌باشد. در نظریه یادشده آمده «... و هر گونه احیایی که تا تاریخ اسفند ۱۳۶۵ انجام شده نیز شرعاً موجب مالکیت است و در صورت معلوم نبودن

زمان احیا (که آیا قبل از تاریخ مذکور بوده یا بعد از آن) ید مالکانه نیز از مدارک مثبتته خواهد بود».

چهارم. در بند م تبصره ۸ قانون بودجه سال ۱۴۰۲ نیز نظریه شورای نگهبان مبنی بر این‌که زمان قابل قبول برای احیای اراضی منابع طبیعی، سال ۱۳۶۵ می‌باشد به این شرح مورد پذیرش واقع شده که «کاشت زمین‌های کشاورزی مورد اختلاف کشاورزان با ادارات منابع طبیعی که پرونده آن‌ها در نوبت بررسی قرار دارد و یا قابل بررسی می‌باشد با رعایت نظریه شماره ۵۹۰۸ فقهای شورای نگهبان مورخ ۱۳۷۳/۰۱/۲۴ تا زمان تعیین تکلیف نهائی در شعب ویژه دادگستری موضوع تبصره (۱) ماده (۹) قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹/۰۴/۲۳ و در کارگروه (کمیته)‌های رفع تداخلات جهاد کشاورزی از جانب خود کشاورز بلامانع است».

پنجم. در آرای مشورتی زیر، نظریه پیش‌گفته شورای نگهبان مورد استناد و پذیرش واقع شده است: نظریه مشورتی ۷/۴۳۳۸ مورخ ۱۳۷۷/۰۷/۰۳؛ نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۲/۲۲۳ مورخ ۱۴۰۲/۰۵/۲۱؛ نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۱/۱۱۸۴ مورخ ۱۴۰۲/۰۵/۱۸؛ نظریه مشورتی ۷/۱۴۰۳/۳۸۵ مورخ ۱۴۰۳/۰۶/۱۷. برای نمونه، در نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۲/۲۲۳ مورخ ۱۴۰۲/۰۵/۲۱ می‌خوانیم که عبارت مندرج در نظریه شماره ۵۹۰۸ مورخ ۱۳۷۳/۰۱/۲۴ فقهای شورای نگهبان مبنی بر اینکه... صریح در آن است که شورای محترم نگهبان اسفندماه ۱۳۶۵ را مبنا و تاریخ احیا قلمداد کرده است؛ حکم مقرر در بند م تبصره ۸ قانون بودجه کل کشور در سال ۱۴۰۲ که کاشت زمین‌های کشاورزی مورد اختلاف کشاورزان با ادارات منابع طبیعی را با رعایت نظریه مذکور شورای نگهبان تا زمان تعیین تکلیف نهائی در شعب ویژه دادگستری موضوع تبصره یک ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹ و در کارگروه (کمیته‌های) رفع تداخلات جهاد کشاورزی بلامانع اعلام کرده است مؤید آن دیدگاه است.

بر بنیان آنچه گفته شد، کلیه اراضی واقع در محدوده اراضی منابع طبیعی که تا تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ احیا شده باشند، در زمره مستثنیات اصلی قرار گرفته و از شمول حکم ملی شدن منابع طبیعی خارج هستند.

۴. مستثنیات تبعی

گفته شد در زمان تصویب قانون ملی شدن جنگل‌ها در سال ۱۳۴۱، قانون‌گذار اراضی ای که قبل از تاریخ قانون یادشده احیا شده باشند را از شمول حکم ملی شدن اراضی منابع طبیعی، استثنا نمود. سپس، تاریخ احیا به انتهای سال ۱۳۶۵ تغییر یافت. بنابراین، در ظاهر امر، مقصود از مستثنیات حکم ملی شدن اراضی منابع طبیعی، اراضی ای هستند که تا تاریخ پیش‌گفته احیا شده باشند. اما در واقع امر، مستثنیات بیش از اراضی احیاشده می‌باشد. به مستثنیاتی که در آن احیا رخ نداده، اما به تبع احیای اراضی در اختیار مالک قرار می‌گیرد، می‌توان مستثنیات تبعی نام داد.

مصادیق مستثنیات تبعی به صورت پراکنده در قوانین آمده است که در اینجا زیر عنوان یادشده به نظم در می‌آید. در این راستا، با در نظر گرفتن قوانین حاکم بر اراضی منابع طبیعی، می‌توان مستثنیات تبعی را در دو گروه اراضی میانی و اراضی پیرامونی (اراضی حریم) قرار داد: اراضی میانی به تبع احیای اراضی پیرامون آن، در زمره مستثنیات قرار می‌گیرند. اراضی پیرامونی، به تبع احیای اراضی درون آن‌ها در زمره مستثنیات قرار می‌گیرند.

۴-۱. اراضی میانی

مقصود از اراضی میانی اراضی ای هستند که پیرامون آن احیا صورت گرفته، اما قطعه یا قطعاتی در میان اراضی احیاشده بدون عملیاتی عمرانی و زراعی باقی مانده است. در این باره ماده ۱۰۴ قانون مدنی مقرر داشته «احیای اطراف زمین موجب تملک وسط آن نیز می‌باشد». بر این پایه، در احیای یک قطعه زمین، نیازی نیست تمام آن احیا شده باشد بلکه اگر پیرامون یک زمین عملیات احیا انجام شده باشد، اراضی میانی آن که فاقد عملیات احیا بوده، نیز احیاشده تلقی می‌گردد.

از قوانین منابع طبیعی سه مصداق برای اراضی میانی قابل برداشت است:

یکم: در تبصره ۲ ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل‌ها یکی از مصادیق اراضی میانی بیان شده است. در این تبصره می‌خوانیم: «توده‌های جنگلی محاط در زمین‌های زراعی که در اراضی جنگلی جلگه‌ای شمال کشور و در محدوده اسناد مالکیت

رسمی اشخاص واقع شده باشند مشمول مادهٔ یک از تصویب‌نامه قانونی نیستند؛ ولی بهره‌برداری از آن‌ها تابع مقررات عمومی قانون جنگل‌ها و مراتع است.»
در مقررۀ یادشده، تنها اراضی شمال کشور در نظر گرفته است. در این محدوده، اگر در اراضی جنگلی جلگه‌ای، تودۀ جنگلی در میان اراضی واقع شده باشد، از مالکیت اشخاص خارج نمی‌گردد، اما باید به صورت تودۀ جنگلی باقی مانده و مورد بهره‌برداری قرار گیرد. تودۀ جنگلی در بند ۹ مادهٔ ۱ آیین‌نامهٔ اجرایی قانون ملی شدن جنگل‌ها و بند ۱۰ مادهٔ ۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع تعریف شده به «قطعات مجزائی از جنگل یا مرتع مشجری است که وسعت سطح آن کمتر از ده هکتار و حجم درختان جنگلی موجود بیش از سیصد متر مکعب در هکتار باشد».

دوم: در شق ب از بند ۲ مادهٔ ۴ قانون ملی شدن جنگل‌ها مقرر شده: «... همچنین مراتع غیرمشجری که در تاریخ تصویب این قانون یا بعداً به موجب اسناد مالکیت یا آرای قطعی محاکم قضایی یا هیئت‌های رسیدگی با املاک واگذاری در محدودهٔ املاک مزروعی قرار گرفته یا بگیرند مشمول مقررات این قانون نخواهد بود.»
برابر مقررۀ یادشده، مراتع غیرمشجری که در محدودهٔ املاک زراعی قرار گرفته باشند، در زمرۀ مستثنیات تبعی است؛ هرچند عملیات احیا در آن انجام نشده و پوشیده از گیاهان خودرو باشد. مشروط بر این‌که مالکیت شخص با سند مالکیت رسمی یا احکام قضایی اثبات شود. در واقع، اگر یک قطعه زمین در مالکیت شخصی باشد و در بخشی از آن زمین یا قطعاتی از آن زراعت کرده و بخشی از آن به صورت مرتع غیرمشجر باشد، بخش مرتع غیرمشجر در زمرۀ مستثنیات قرار می‌گیرد. این استثنا نیز مصداقی از مادهٔ ۱۰۴ قانون مدنی است. البته با این توسعه که ضرورتی ندارد به طور کامل مرتع غیرمشجر با اراضی زراعی احاطه شده باشد. بلکه وقوع قطعات زراعی به طور پراکنده در یک قطعه زمین که بخش‌هایی از آن مرتع غیرمشجر در نظر گرفته شده نیز مشمول این استثنا می‌باشد.

سوم: در تعریف باغ به عنوان یکی از مصادیق مستثنیات اصلی، عدم نیاز به احیای همهٔ یک قطعه زمین بیان شد. در آنجا قانون‌گذار وجود حداقلی از درختان را

برای احیای یک قطعه زمین کافی برشمرده بود. برای نمونه پنجاه اصله درخت گردو در یک هکتار، برای تحقق احیا و مالکیت تمام یک هکتار کافی دانسته شده بود. به گفته دیگر، اگر یک قطعه زمین با حدود مشخص که عرفاً یک قطعه زمین به شمار آید، دارای درختان دست کاشت میوه به تعدادی که قانون‌گذار اعلام کرده باشد، کل آن یک قطعه زمین احیاشده تلقی می‌گردد ولو در قطعاتی از آن عملیات احیا انجام نشده و به گفته دیگر، غرس درخت نشده باشد.

از مقررات یادشده، چند نکته برداشت می‌گردد:

نکته نخست: منظور از اراضی میانی، از منظر ریاضی نبوده، بلکه این موضوع به صورت عرفی در نظر گرفته می‌شود. چنانکه ملاک احیا نیز برابر ماده ۱۴۱ قانون مدنی، عرف شناخته شده است. در ماده یادشده می‌خوانیم «مراد از احیای زمین آنست که اراضی موات و مباحه را بوسیله عملیاتی که در عرف آباد کردن محسوب است از قبیل زراعت، درخت کاری، بنا ساختن و غیره قابل استفاده نمایند». عرفی بودن اراضی میانی، از مقرراتی که در آن، قانون‌گذار مصادیق اراضی میانی را بیان کرده نیز قابل برداشت است. برای نمونه، در خصوص احیای یک زمین با غرس درخت (باغ) وجود حداقلی از درختان کافی شمرده شده است. بی‌آنکه، وجود درخت در کل یک قطعه زمین یا دورتادور آن، ضروری برشمرده شود. بنابراین، ممکن است در یک باغ، یک کنج از چهار کنج آن فاقد درخت باشد اما پیرو درختان قسمت‌های دیگر، در زمره مستثنیات قرار گیرد.

نکته دوم: اراضی احیاشده و اراضی میانی آن، باید یک قطعه زمین به شمار آیند ولو دارای مالکین مشاع باشند. وضعیت ثبتي در این خصوص راهنمای مناسبی است. برای نمونه، یک پلاک فرعی ثبتي، یک قطعه زمین به شمار می‌آید. در سوی دیگر، اگر ولو یک مالک دارای دو پلاک ثبتي فرعی ولو در مجاورت هم باشد، دو زمین یادشده از حیث ثبتي و پیرو آن عرفی، دو قطعه زمین تلقی می‌گردند. بر این بنیان بوده که در بند ۱۱ از ماده ۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها مقرر شده «در مناطق جنگلی باغ به محلی اطلاق می‌شود که دارای شرایط زیر باشد: الف. حدود آن به نحوی از انحا مشخص و معین شده باشد...».

۲-۴. اراضی پیرامونی (اراضی حریم)

مقصود از اراضی پیرامونی، همان اراضی حریم است که وارونه اراضی میانی است. در ماده ۱۳۶ قانون مدنی در تعریف حریم گفته شده «حریم مقداری از اراضی اطراف ملک و قنات و نهر و امثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد». در ابتدای ماده ۱۳۹ نیز مقرر شده «حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک و تصرف در آن که منافی باشد با آنچه مقصود از حریم است بدون اذن از طرف مالک صحیح نیست». بنابراین، هنگامی که یک زمینی مورد احیا واقع شده، اراضی پیرامونی آن که در عرف حریم آن است، نیز در زمره مستثنیات خواهد بود هرچند در آن عملیات احیا انجام نشده باشد. در این باره در دو مقرر قانونی تصریح به حریم نموده است:

در اصل ۴۵ قانون اساسی مراد می‌که حریم باشد، در زمره مستثنیات به شمار آمده است. در این اصل می‌خوانیم «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رهاشده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نیزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست،...» در اختیار حکومت اسلامی است».

در زمینه اراضی وقفی، تبصره ۶ الحاقی مورخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ به قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۶۳/۲/۱۰ به حریم اراضی وقفی به‌عنوان بخشی از مستثنیات اشاره نموده است. در تبصره یادشده آمده است که «آن دسته از اراضی و املاک جنگل‌ها و مراتع و اراضی منابع ملی که مشمول ماده ۱ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶/۵/۲۵ و اصلاحات بعدی آن و قانون حفاظت و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی مصوب ۱۳۷۱/۷/۵ قرار گیرد مشمول ماده واحد مذکور نبوده و موقوفه تلقی نمی‌شود مگر در مورد حریم موقوفات و اراضی‌ای که قبل از تاریخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ احیا شده باشد».

حریم از یک منظر به حریم ملکی و حریم ارتفاعی و از جهت دیگر، به حریم جمعی و فردی قابل تقسیم است:

در حریم ملکی، صاحب حریم حق مالکیت بر حریم دارد و در حریم ارتفاعی،

حق ارتفاق. ماده ۱۳۹ قانون مدنی که اعلام نموده حریم در حکم ملک صاحب حریم بوده و تملک و تصرف منافی را ممنوع کرده، به هر دو نوع حریم اشاره نموده است: ممنوعیت تملک ناظر بر حریم ملکی بوده و ممنوعیت تصرف منافی در حریم ارتفاقی.^۱ در هر حال، هر دو گونه حریم یادشده در مستثنیات اراضی منابع طبیعی مشاهده می‌شود.

مقصود از حریم فردی، اراضی پیرامون مایملک اشخاص است. برای نمونه، با حفر چاه، احیا در آن قسمت رخ داده است. اما چنان‌که گفته شد دو گونه حریم برای آن در نظر گرفته می‌شود: حریم ملکی به میزانی که پیرامون چاه و برای کمال انتفاع از آن لازم است. حریم ارتفاقی به مفهوم اراضی پیرامونی که دیگران حق حفر چاه در آن اراضی پیرامونی را ندارند. در برابر حریم فردی، حریم جمعی در جایی صدق می‌کند که اراضی پیرامونی برای نیاز جمعی از مردم یک منطقه مانند روستا و شهر در نظر گرفته می‌شود. فقها نیز به حریم روستا اشاره داشته که در اینجا با عنوان حریم جمعی از آن یاد می‌شود (اصفهانی، ۱۴۲۲، ص ۶۵۶؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۶۵؛ خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۰۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۴۵).

باید افزود حریم جمعی، با حریم شهر و روستا مندرج در قانون تعاریف محدوده و حریم شهر، روستا و شهرک و نحوه تعیین آن‌ها مصوب ۱۳۸۴/۱۰/۱۴ متفاوت است. چه، حریم شهر و روستا در قانون مذکور به اراضی بلافصل شهر و روستا گفته شده که نظارت شهرداری یا دهیاری حسب مورد، بر ساخت و ساز و سایر موارد آن، ضرورت دارد.

۴-۲-۱. حریم ملکی

در حریم ملکی، مالک مال غیرمنقول برای کمال انتفاع از مال خود، نیاز به تصرف مالکانه در اراضی پیرامون آن دارد. مشهور فقها در توضیح حریم به طور معمول این نوع حریم را کانون بحث از حریم قرار می‌دهند و به مالکیت صاحب حریم باور دارند و نتیجه گرفته‌اند که بیع استقلالی حریم ممکن بوده و نیز تملک و تصرف حریم مجاز نیست (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۲۷۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص ۴۰۷؛ نجفی، ۱۴۰۴،

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص حریم ملکی و حریم ارتفاقی نک: (امام‌وردی، ۱۳۹۶).

ج ۳۸، ص ۷؛ قاضی ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۷؛ مظفر، ۱۳۹۲، ص ۱۲۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۱۰۵؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۵۵۱). چنان‌که، نوعی از حریم چاه، مقدار زمینی است که برای استقرار تجهیزات، اشخاص و حیوانات مستخرج آب، محل خروج آب، استخر ذخیره آب و لایروبی چاه و ریختن گل‌ولای، ضرورت دارد.^۱

شهید ثانی در مقام استدلال بر نظریه مشهور، گفته که در احیای اراضی لازم نیست کل زمین احیا شود و احیای بخشی از یک قطعه زمین به معنای احیای تمام آن است. بنابراین، احیای زمین به معنای احیای حریم آن نیز تلقی می‌گردد. چنان‌که در ساخت منزل، بنا در قسمتی از آن ساخته می‌شود و حیاط اختصاص یافته به آن فاقد عملیات عمرانی است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص ۴۰۷).

تبصره ۳ ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل‌ها، از محاط تأسیسات و خانه‌های روستایی^۲ به عنوان یکی از مستثنیات سخن گفته است. مقصود از محاط نیز زمینی است که در عرف به عنوان محوطه و حیاط، برای منازل و تأسیسات در نظر گرفته می‌شود. در منازل شهری، به طور معمول شصت درصد یک زمین خانه و چهل درصد آن حیاط است. اما در منازل روستایی که به طور معمول با تأسیسات نیز همراه بوده‌اند، حیاط مساحتی بیش از قسمت خانه و خود تأسیسات را داشته است. بر همین بنیان بوده که در ماده ۶۳ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع در خصوص مساحت این محوطه‌ها گفته شده «مفاد تبصره ۳ ماده دوم قانون ملی شدن جنگل‌ها شامل اراضی جنگلی و بیشه‌های طبیعی^۳ نیز بوده و مساحت محوطه‌ها و ساختمان‌ها و تأسیسات در منابع ملی شده که تا قبل از تصویب ملی شدن جنگل‌ها احداث شده‌اند تا بیست برابر مساحت زیر بنا محسوب خواهد

۱. «حریم البئر موضع وقوف النازح إذا كان الاستقاء منها باليد و موضع تردد البهيمه و الدولاب و الموضع الذی يجتمع فيه الماء للزرع أو نحوه و مصبه و مطرح ما يخرج منها من الطين عند الحاجه و نحو ذلك» (خوبی، منهاج الصالحين، ۱۴۱۰، ص ۱۵۳).

۲. علت اختصاص تبصره به اراضی روستایی این است که حیطة اختیارات وزارت کشاورزی و پیرو آن سازمان منابع طبیعی و آبخیزداری که زیرمجموعه آن بوده، در خصوص اراضی غیرشهری است. این رو، منابع طبیعی فقط در اراضی غیرشهری مصداق دارد.

۳. در تبصره ۳ ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل‌ها، تنها به جنگل و مرتع اشاره شده بود. در ماده ۶۳ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، دو مصداق دیگر منابع طبیعی شامل اراضی جنگلی و بیشه نیز به دو مصداق قبلی افزوده شد.

شد.».

یکی از مهم‌ترین نیازهای جمعی یک روستا به‌ویژه در گذشته، مراتع پیرامونی روستا برای چرای دام است. بر این بنیان، قانون‌گذار، در شق ب از بند ۲ ماده ۴ قانون ملی شدن جنگل‌ها مقرر نموده «مراتع غیرمشجری که با توجه به قانون اصلاحات ارضی مصوب سال ۴۰ در سهم اشخاص قرار گرفته... مشمول مقررات این قانون نخواهد بود». در این مقرره، مراتع غیرمشجری که در راستای قانون اصلاحات ارضی مصوب ۱۳۴۱/۱۱/۰۶ به اشخاص واگذار شده، از شمول حکم ملی شدن استثنای شده است. ماده ۶۴ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، مساحت مراتع قابل واگذاری را دو برابر اراضی مستثنیات اشخاص به شمار آورده است. در این ماده می‌خوانیم «مساحت مراتع مذکور در بند ب ماده ۴ قانون ملی شدن جنگل‌ها حداکثر تا دو برابر مساحت اراضی مزروعی و آیش و باغات و قلمستان خواهد بود. تبصره) دامداران دهات و مزارع مربوط مجاور موضوع ماده فوق در استفاده از مراتع مازاد با رعایت مقررات و قوانین حق تقدم خواهند داشت.».

باید افزود که مراتع یادشده اگر پیش از تاریخ ۱۳۵۴/۴/۲۹ واگذار شده باشند، اشخاص می‌توانستند به صورت مرتع یا غیرمرتع از آن استفاده نمایند و محدودیتی از این جهت نبوده است. اما اگر مراتع یادشده پس از تاریخ موصوف و واگذار شده باشند، تنها استفاده به‌عنوان مرتع از آن مجاز بوده مگر این‌که مجوز تغییر بهره‌برداری از جهاد کشاورزی اخذ شده باشد. در این باره در تبصره ۲ ماده ۵۵ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع الحاقی مصوب ۱۳۵۴/۴/۲۹ می‌خوانیم «از تاریخ تصویب این قانون، مراتعی که در اجرای ماده ۶۴ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع کشور جزء مستثنیات مالکین شناخته می‌شود باید فقط برای تعلیف دام و مورد استفاده قرار بگیرد. تبدیل این قبیل مراتع به‌منظور استفاده دیگر منحصرأ بر اساس طرحی که به تصویب وزارت کشاورزی و منابع طبیعی می‌رسد مجاز خواهد بود. در صورتی که این قبیل مراتع به تشخیص هیئت نظارت مذکور در بند ۳ قانون اصلاح فصل پنجم و پاره‌ای از مواد قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب خردادماه ۱۳۵۴ کلاً یا جزئاً تبدیل شود مراتع مورد بحث به

دولت تعلق خواهد گرفت و طبق نظریه هیئت نظارت فوق سند مالکیت صادر قبلی باطل می‌گردد».

بر بنیاد آنچه نوشته آمد، در صورت وجود مستثنیات اصلی، حریم ملکی آن نیز باید در نظر گرفته شود. مهم‌ترین مصداق حریم ملکی در اراضی فردی، محوطه خانه‌ها و تأسیسات روستایی می‌باشد. مهم‌ترین مصداق در حریم جمعی نیز مراتع پیرامونی یک روستاست.

۴-۲-۲. حریم ارتفاقی

حریم ارتفاقی بخشی از اراضی پیرامون اموال غیرمنقول است که به جهت کمال انتفاع از آن اموال، حق ارتفاق مثبت یا منفی بر آن مقرر می‌شود. تعریف مندرج در ماده ۱۳۶ قانون مدنی شامل این نوع حریم نیز می‌باشد. در حریم ارتفاقی مثبت، صاحب حق مجاز می‌گردد که تصرفاتی را در حریم انجام دهد. اما در حریم ارتفاقی منفی، دیگران از انجام تصرفات منافی در حریم منع می‌شوند. چنان‌که، در مواد ۱۳۷ و ۱۳۸ قانون مدنی برای چاه، قنات و چشمه حریم ارتفاقی منفی در نظر گرفته شده و در ماده ۱۳۹ تصرفات منافی به ویژه حفر چاه و قنات جدید در مجاورت آن‌ها ممنوع اعلام شده اما از حریم ارتفاقی مثبت، یاد نشده است.

این‌گونه از حریم در فقه به طور اجمالی و در پایان بحث از حریم ملکی از سوی برخی از فقها مطرح شده است. در واقع، برای چاه، قنات و چشمه افزون بر حریم ملکی، حریم دومی نیز در نظر گرفته شده است که تحت مالکیت صاحب حق بر حریم نیست. برخی از فقها در این حریم تنها حفر چاه، قنات و چشمه جدید را منع کرده و تملک و سایر تصرفات را مجاز شمرده‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۴/۱۰۵؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۵۴؛ خمینی، ۱۳۷۹: ۲/۲۰۰؛ بصری بحرانی، ۱۴۰۳، ج ۵، ص ۱۴۷؛ تبریزی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۱۸۳؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶: ۲/۳۴۵). اما پاره‌ای از فقها تمامی تصرفات منافی را ممنوع اعلام کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۸، ص ۱۴۱؛ فیاض کابلی، ۱۴۰۱، ص ۱۳۷). به گفته دیگر، در این حریم، تصرفات به دو قسم منافی با حریم و غیرمنافی تقسیم می‌شود. تصرفات منافی ممنوع است، اما تصرفات غیرمنافی و فراتر از آن احیا و

تملك حریم از سوی دیگران مجاز است.^۱ بنابراین، مانعی برای احیای حریم وجود ندارد و اشخاص می‌توانند مادامی که تصرف منافی به شمار نیاید، در آن زارعت یا احداث بنا کرده و آن را به تملک خود در بیاورند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۱۰۵؛ خوبی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۵۴؛ خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۰۰). در هر حال، فقها در دو حکم اتفاق نظر دارند: عدم مالکیت مالک مال دارای حریم بر این نوع حریم و حق منع دیگران از تصرف منافی در آن. بر این بنیان بوده که در بخشی از ماده ۱۳۹ قانون مدنی مقرر شده «حریم در حکم ملک صاحب حریم است و تملک و تصرف در آن که منافی باشد با آنچه مقصود از حریم است بدون اذن از طرف مالک صحیح نیست. بنابراین، کسی نمی‌تواند در حریم چشمه و یا قنات دیگری چاه یا قنات بکند، ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود جائز است».

راه‌های موصلاتی و حق شرب از منابع آبی مانند رودخانه و چشمه^۲ از مصادیق حریم ارتفاقی مثبت بوده و حریم چاه و قنات از جمله موارد حریم ارتفاقی منفی می‌باشد که در مستثنیات تبعی باید مدنظر قرار داشته باشند. به گفته دیگر، پیش از ملی شدن اراضی منابع طبیعی، حقوق ارتفاقی که برای اشخاص در این‌گونه اراضی استقرار یافته، پس از حکم ملی شدن منابع طبیعی نیز هرچند در مقررات منابع طبیعی نیامده، معتبر و باقی است.

نتیجه‌گیری

۱- اراضی منابع طبیعی از زمره مباحات قانون مدنی خارج و در عداد اموال عمومی قرار گرفته است. این‌گونه اراضی، اگر احیا شده باشند از حکم ملی شدن اراضی منابع طبیعی خارج بوده و مستثنیات نام گرفته‌اند. مستثنیاتی که به واسطه احیا و آبادانی از زمره حکم ملی شدن منابع طبیعی، استثنا شده، مستثنیات اصلی

۱. این طرز تلقی را یکی از فقهاء با در نظر گرفتن تقسیم حریم، به روشنی بیان کرده است. ایشان این حریم را افزون بر چاه، قنات و چشمه در مورد حریم روستا نیز صادق دانسته و برای دارندگان حریم، فقط حق اولویت در نظر گرفته است. اما در حریم ملکی قائل به مالکیت مالک مال دارای حریم شده است (اصفهانى، ۱۴۲۲، ص ۶۵۶).

۲. چنان‌که در ماده ۱۵۵ قانون مدنی مقرر شده «هر کس حق دارد از نه‌های مباحه اراضی خود را مشروب کند یا برای زمین و آسیاب و سایر حوائج خود از آن نهر جدا کند».

و مستثنیاتی که به تبع آن‌ها، در زمره مستثنیات قرار گرفته، مستثنیات تبعی نام دارند.

۲- مستثنیات اصلی دارای چهار مصداق بوده که در دو گروه خانه و تأسیسات روستایی از یک سو و زمین زراعی و باغ‌ها در سوی دیگر، قرار می‌گیرند. هرچند تاریخ احیای مورد قبول جهت مستثنیات اصلی، تاریخ تصویب قانون ملی شدن جنگل‌های کشور در ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ بوده، اما این تاریخ به ۱۳۶۵/۱۲/۱۶ تغییر یافته است.

۳- مستثنیات تبعی در دو گروه اراضی میانی و اراضی پیرامونی (حریم) قرار می‌گیرند:

اراضی میانی، اراضی‌ای هستند که در آن عملیات آبادانی انجام نشده، اما پیرو آبادانی در قسمت‌های دیگر همان زمین، در زمره مستثنیات قرار گرفته است. از این رو، در احیای یک قطعه زمین، آبادانی تمام آن ضروری نیست.

اراضی پیرامونی و حریم، اراضی‌ای هستند که بیرون از زمین مورد احیا اما پیرامون آن بوده و برای کمال انتفاع در اختیار مالک هستند. صاحب حریم گاه مالکیت بر این اراضی دارد که اگر برای یک یا چند مالک یک قطعه زمین در نظر گرفته شده باشد مانند محوطه‌ها، حریم فردی می‌باشد. اما اگر برای جمعی از مالکین مانند اهالی یک روستا در نظر گرفته شده باشد، مانند مراتع جهت چرای دام، حریم جمعی خواهد بود. گاه صاحب حریم، حق ارتفاق بر حریم دارد مانند حریم ارتفاقی مثبت جهت عبور از راه‌ها و شرب از منابع آبی و حریم ارتفاقی منفی مانند ممنوعیت تصرفات منافی در حریم چاه و قنات.

۴- از آنجا که مستثنیات منابع طبیعی، ویژه منابع طبیعی نبوده و در کلیه اراضی عمومی مانند اراضی موات به مفهوم خاص، اراضی بستر آب‌های عمومی و اراضی ساحلی و مستحدث نیز جریان دارد، بایسته است قانون‌گذار حکمی کلی در قوانین عام مانند قوانین منابع طبیعی وضع نماید. در این راستا، مقرره زیر پیشنهاد می‌گردد:

«اراضی طبیعی شامل اراضی منابع طبیعی، اراضی موات، اراضی بستر و اراضی ساحلی و مستحدث، از تاریخ‌های تعیینی در قوانین مرتبط، ملی و در زمره اموال عمومی و تحت مالکیت جامعه به نمایندگی دولت می‌باشند.

تبصره ۱) در صورت آبادانی و احیای این اراضی تا تاریخ‌های پیش‌گفته، اراضی یادشده از حکم ملی شدن اراضی طبیعی، استثنا بوده و مستثنیات اصلی نام داشته و در مالکیت احیاکننده باقی خواهند ماند.

تبصره ۲) به تبع مستثنیات اصلی، مستثنیات تبعی قرار دارند که شامل مواردی مانند اراضی احیاننده یک قطعه زمین، مراتع مورد نیاز یک روستا و محوطه‌های خانه‌ها و تأسیسات بوده و در مالکیت احیاکننده اصلی باقی می‌مانند.

تبصره ۳) حقوق ارتفافی احیاکنندگان، در اراضی طبیعی مانند حق عبور و حق شرب و لزوم عدم تصرفات منافی، نیز همچنان دارای اعتبار خواهد بود.

فهرست منابع

۱. آملی، محمدتقی. (۱۳۸۴). مصباح الهدی فی شرح العروه الوثقی. تهران: مؤلف.
۲. اصغری، عبدالرضا. (۱۳۹۱). بررسی فقهی حقوقی مراتع و جنگل‌های واقع در موقوفات. آموزه‌های فقه مدنی، ۴ (۵)، ص ۵۵-۷۵.
۳. اصفهانی، ابوالحسن. (۱۴۲۲). وسیله النجاه. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۴. امام‌وردی، محمدحسن. (۱۳۹۶). ماهیت‌شناسی حق بر حریم در نظام حقوقی ایران. مجله حقوق خصوصی، ۱۴ (۲)، ۳۶۶-۳۴۷. <https://doi.org/10.22059/jolt.2018.242782.1006428>
۵. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵). کتاب الخمس. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۶. انگورج، بهزاد. (۱۳۹۴). سیاست و نظارت در منابع طبیعی. تهران: آرون.
۷. بصری بحرانی، زین‌الدین. (۱۴۱۳). کلمه التقوی. قم: اسماعیلیان.
۸. بهجت، محمدتقی. (۱۴۲۳). وسیله النجاه. قم: شفق.
۹. تبریزی، جواد. (۱۴۲۶). منهاج الصالحین. قم: مجمع الإمام المهدی (عج).
۱۰. خامنه‌ای، سیدعلی. (۱۳۹۴). استفتائات وقف. قم: سازمان چاپ و انتشارات اوقاف.
۱۱. خلیل‌مقدم، کمال‌الدین. (۱۴۰۱). تشخیص اراضی ملی از مستثنیات و نحوه اعتراض اشخاص. مطالعات حقوق، ش ۲۹، ۱۶۵ تا ۱۹۸.
۱۲. خمینی، روح‌الله. (۱۳۷۹). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۱۳. خوبی، ابوالقاسم. (۱۴۱۰). منهاج الصالحین. قم: مدینه‌العلم.
۱۴. رحیمی، عباس، علوی قزوینی، سیدعلی. (۱۴۰۲). شناسایی مدعی و موضوع دلیل در دعوی اعتراض به تشخیص ملی بودن زمین. تحقیقات حقوقی، ۲۶ (۱۰۱)، ص ۲۱۳ تا ۲۳۶. <https://doi.org/10.48308/jlr.2021.224265.2025>
۱۵. شهید ثانی (۱۴۱۳). مسالک‌الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.

۱۶. شهید ثانی. (۱۴۱۰). الروضة البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه. قم: مکتبه الاعلام الاسلامی.
۱۷. شیخ طوسی. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
۱۸. صافی گلپایگانی، لطف‌الله. (۱۴۱۶). هدایه العباد. قم: دارالقرآن الکریم.
۱۹. طباطبایی حائری، علی. (۱۴۱۸). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).
۲۰. طباطبایی یزدی، محمدکاظم. (۱۴۱۵). سؤال و جواب. تهران: مرکز نشر العلوم الإسلامی.
۲۱. فاضل لنگرانی، محمد. (۱۴۲۳). تفصیل الشریعه - الخمس و الأنفال. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۲۲. فدایی مقدم، عباس؛ نیک‌نژاد، جواد؛ عالم‌زاده، محمد. (۱۴۰۰). بررسی فقهی و حقوقی اثر احیاء اراضی ملی. مطالعات فقهی و فلسفی، ۱۲ (۴۸)، ص ۱-۱۷.
۲۳. فراهانی فرد، سعید. (۱۳۹۵). فقه منابع طبیعی. قم: مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی.
۲۴. فیاض کابلی، محمد اسحاق. (۱۴۰۱). الأراضی. قم: دارالکتاب.
۲۵. فیاضی، سید محمد رضا. (۱۳۹۳). بررسی فقهی مالکیت مردم بر ثروت‌های عمومی. تهران: سمت.
۲۶. قاضی ابن‌براج، عبدالعزیز. (۱۴۰۶). المذهب. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۷. کاشف‌الغطاء، هادی. (۱۴۲۳). هدی المتقین إلی شریعه سید المرسلین. نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۲۸. لطفی، حسن؛ غلامی، یاسر. (۱۳۹۷). تحلیل حقوقی ارکان دعوی اعتراض به تشخیص اراضی ملی. مجله حقوقی دادگستری، ۸۲ (۱۰۱)، ص ۱۴۱ تا ۱۶۵. <https://doi.org/10.22106/jlj.2018.31412>
۲۹. محقق سبزواری. (۱۴۲۳). کفایة الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۰. محقق کرکی. (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).
۳۱. مظفر، محمود. (۱۳۹۲). إحیاء الأراضی الموات. قاهره: المطبعة العالمیه.
۳۲. مقدس اردبیلی، احمد. (بی‌تا). مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۳۳. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۶). أنوار الفقاهه، کتاب الخمس و الأنفال. قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب (ع).
۳۴. موسوی گلپایگانی، محمد رضا. (۱۴۱۳). هدایه العباد. قم: دارالقرآن الکریم.
۳۵. نجفی، محمد حسن. (بی‌تا). نجاه العباد. تهران: دارالطباعه.
۳۶. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

References

1. Amoli, Mohammad Taqi. (2005). *Misbah al-Huda fi Sharh al-'Urwah al-Wuthqa* (Vol. 11). Tehran: Mu'allif. [In Arabic]
2. Asghari, 'Abd al-Reza. (2012). Barrasi-ye Feqhi-ye Hoquqi-ye Marate' va Jangal-ha-ye Vaqe' dar Mowqufat [A Jurisprudential-Legal Examination of Pastures and Forests Located in Endowments]. *Āmūzah-hā-ye Fiqh-e Madanī*, 4(5), 55–75. [In Persian]
3. Esfahani, Abolhasan. (2001). *Wasīlat al-Najāh*. Qom: Mu'assasah-ye Tanzīm va Nashr-e Āsar-e Emām Khomeini (ra). [In Arabic]
4. Emamverdi, Mohammad Hasan. (2017). Māhiyat-shenāsi-ye Haqq bar Ḥarīm dar Nizām-e Hoquqi-ye Īrān [The Nature of the Right to Curtilage in the Iranian Legal System]. *Majallah-ye Hoquq-e Khusūṣī*, 14(2), 347–366. [In Persian]
5. Ansari, Morteza. (1994). *Kitāb al-Khums*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī. [In Arabic]
6. Angoorj, Behzad. (2015). *Sīyāsāt va Nazārat dar Manābe'-e Ṭabī'ī* [Policy and Supervision in Natural Resources]. Tehran: Ārūn. [In Persian]
7. Basri Bahrani, Zayn al-Din. (1992). *Kalimat al-Taqwā* (Vol. 5). Qom: Ismā'īlīyān. [In Arabic]
8. Bahjat, Mohammad Taqi. (2002). *Wasīlat al-Najāh*. Qom: Shafaq. [In Arabic]
9. Tabrizi, Javad. (2005). *Minhāj al-Ṣāliḥīn* (Vol. 2). Qom: Majma' al-Imām al-Mahdī ('aj). [In Arabic]
10. Khamenei, Seyed Ali. (2015). *Esteftā'āt-e Vaqf* [Inquiries on Endowment]. Qom: Sāzmān-e Chāp va Enteshārāt-e Awqāf. [In Persian]
11. Khalil Moghaddam, Kamal al-Din. (2022). Tashkhis-e Arāzi-ye Mellī az Mostathnayāt va Nahveh-ye E'terāz-e Ashkhāṣ [Distinguishing National Lands from Exceptions and the Method of Objection by Individuals]. *Muṭāla'āt-e Hoquq*, 29, 165–198. [In Persian]
12. Khomeini, Ruhollah. (2000). *Tahrīr al-Wasīlah* (Vols. 1–2). Qom: Mu'assasah-ye Maṭbū'āt Dār al-'Ilm. [In Arabic]
13. Khoei, Abolqasem. (1989). *Minhāj al-Ṣāliḥīn* (Vol. 2). Qom: Madīnat al-'Ilm. [In Arabic]
14. Rahimi, 'Abbās, & 'Alawi Qazvini, Seyed 'Ali. (2023). Shenāsāyi-ye Modda'ī va Mawzū'-e Dalīl dar Da'vī-ye E'terāz be Tashkhis-e Mellī Būdan-e Zamīn [Identifying the Claimant and the Subject of Proof in a Lawsuit Objecting to the Determination of Land as National]. *Tahqīqāt-e Hoquqī*, 26(101), 213–236. <https://doi.org/10.48308/jlr.2021.224265.2025> [In Persian]
15. Shahid al-Thani. (1992). *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'ī al-Islām* (Vols. 1, 12, 13). Qom: Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyah. [In Arabic]
16. Shahid al-Thani. (1989). *Al-Rawḍah al-Bahīyah fī Sharḥ al-Lum'ah al-Dimashqīyah* (Vol. 2). Qom: Maktabat al-I'lām al-Islāmī. [In Arabic]
17. Shaykh Tusi. (2008). *Al-Mabsūt fī Fiqh al-Imāmīyah* (Vol. 3). Tehran: Al-Maktabah al-Murtaḍawīyah li-Ihyā' al-Āthār al-Ja'farīyah. [In Arabic]
18. Safi Golpayegani, Lotfollah. (1995). *Hidāyat al-'Ibād* (Vol. 2). Qom: Dār al-Qur'ān al-Karīm. [In Arabic]
19. Tabatabai Ha'eri, 'Ali. (1997). *Riyāḍ al-Masā'il* (Vol. 14). Qom: Mu'assasah Āl al-Bayt ('alayhim al-salām). [In Arabic]
20. Tabatabai Yazdi, Mohammad Kazem. (1994). *Su'āl va Jawāb* [Question and

- Answer]. Tehran: Markaz-e Nashr al-‘Ulūm al-Islāmī. [In Arabic]
21. Fazel Lankarani, Mohammad. (2002). *Tafṣīl al-Sharī‘ah – Al-Khums wa al-Anfāl*. Qom: Markaz-e Feqhi-ye A‘immah Aṭhār (‘alayhim al-salām). [In Arabic]
 22. Fadaei Moghaddam, ‘Abbās; Niknejad, Javād; & ‘Alamzadeh, Mohammad. (2021). Barrasi-ye Feqhi va Hoquqi-ye Asar-e Ehyā dar Arāzi-ye Mellī [Jurisprudential and Legal Examination of the Effect of Reclamation on National Lands]. *Muṭāla‘āt-e Feqhi va Falsafī*, 12(48), 1–17. [In Persian]
 23. Farahani Fard, Sa‘id. (2016). *Fiqh-e Manābe‘-e Ṭabī‘ī* [Jurisprudence of Natural Resources] (2nd ed.). Qom: Markaz-e Bayn al-Milālī-ye Tarjomeh va Nashr-e al-Muṣṭafā. [In Persian]
 24. Fayyaz Kabuli, Mohammad Eshāq. (1980). *Al-Arāḍī*. Qom: Dār al-Kitāb. [In Arabic]
 25. Fayyazi, Seyed Mohammad-Reza. (2014). *Barrasi-ye Feqhi-ye Mālekīyat-e Mardom bar Servat-hā-ye ‘Omūmī* [Jurisprudential Study of Public Ownership of Public Wealth]. Tehran: Samt. [In Persian]
 26. Qadi Ibn Barraĵ, ‘Abd al-‘Aziz. (1985). *Al-Muhadhdhab* (Vol. 2). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
 27. Kashif al-Ghita’, Hadi. (2002). *Hudā al-Muttaqīm ilā Sharī‘at Sayyid al-Mursalīm*. Najaf: Mu‘assasat Kāshif al-Ghiṭā’. [In Arabic]
 28. Lotfī, Ḥasan, & Gholami, Yāser. (2018). Taḥlīl-e Hoquqi-ye Arkān-e Da‘vī-ye E‘terāz be Tashkhis-e Arāzi-ye Mellī [Legal Analysis of the Elements of a Lawsuit Objecting to the Determination of National Lands]. *Majallah-ye Hoquqi-ye Dādgostarī*, 82(101), 141–165. <https://doi.org/10.22106/jlj.2018.31412> [In Persian]
 29. Makarem Shirazi, Nasser. (1995). *Anwār al-Fiqāha – Kitāb al-Khums wa al-Anfāl*. Qom: Madrasah-ye Emām ‘Alī Ibn Abī Ṭālib (‘alayhi al-salām). [In Arabic]
 30. Muhaqqiq al-Karki. (1993). *Jāmi‘ al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawā‘id* (Vol. 3). Qom: Mu‘assasah Āl al-Bayt (‘alayhim al-salām). [In Arabic]
 31. Muhaqqiq Sabzevari. (2002). *Kifāyat al-Aḥkām* (Vols. 1–2). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
 32. Muqaddas Ardabili, Ahmad. (n.d.). *Majma‘al-Fā‘idah wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhḥān* (Vol. 4). Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī. [In Arabic]
 33. Muzafar, Mahmud. (2013). *Iḥyā’ al-Arāḍī al-Mawāt*. Cairo: Al-Maṭba‘ah al-‘Ālamīyah. [In Arabic]
 34. Mousavi Golpayegani, Mohammad Reza. (1992). *Hidāyat al-‘Ibād* (Vol. 2). Qom: Dār al-Qur‘ān al-Karīm. [In Arabic]
 35. Najafī, Mohammad Hasan. (n.d.). *Najāt al-‘Ibād*. Tehran: Dār al-Ṭabā‘ah. [In Arabic]
 36. Najafī, Mohammad Hasan. (1984). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām* (Vols. 16, 38). Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī. [In Arabic]



The Mechanism for Protecting Majority Rights in the Regime for Renovating Dilapidated Apartments

Hosein Javar¹ | Mateen Sabouri²

1. Corresponding Author, Associate Professor, Department of Private Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: hjavar@ut.ac.ir
2. MA Student in Law of Oil and Gas, Faculty of Law, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: matinsaboori54@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 10 August 2024
Revised: 20 October 2024
Accepted: 3 February 2025
Available online 5 February 2025

Keywords:

Minority, Capital Majority, Renovation, Conflict of Rights, Guarantees of Rights, In Rem Right, Financial or Physical Danger.



ABSTRACT

One of the challenges of living in apartment complexes is facing the risk of their deterioration. Due to the absence of a coherent legal regime for resolving disputes based on co-ownership, research in this area seems necessary. In circumstances where there is a financial or physical danger resulting from building dilapidation, pursuant to the general and ambiguous establishment of Article 13 of the Apartment Ownership Law, the majority can request court authorization for reconstruction by providing suitable housing for the minority. The majority faces numerous obstacles in this process, and due to the legislator's silence on many issues, legal ambiguity, and existing conflicts of rights, it is necessary to examine an appropriate mechanism for protecting the majority's right in the renovation process. In light of the logical interpretation method, as opposed to literal interpretation, by analyzing the nature of the majority's right and logical guarantees for its exercise, conflict resolution methods based on criteria such as prioritizing the more important, repelling the worse by the bad, preserving the livelihood system, and certain contextual evidence and extracting the criterion, it was determined that the majority's right, when in conflict with the minority, has grounds in various instances. These include: the right to a collective renovation contract, the request for rebuilding, withdrawal from the majority and its rescission (at least before it becomes detrimental), cooperation with a third party (contract with a developer), execution of necessary measures (obtaining permits, demolition, etc.), building expansion, prevention of detrimental actions by the minority and third parties, claiming costs, fair compensation, and the price of assets consumed in the renovation process, the majority's legal (decretal) in rem lien on the renovated unit for debt recovery, and the majority's right of retention regarding the delivery of the renovated property. Due to the lack of legal stipulation and the absence of appropriate judicial precedent, more than seven items have been proposed as suggestions for legal reform.

Cite this article: Javar, H.; Sabouri, M. (2025). The Mechanism for Protecting Majority Rights in the Regime for Renovating Dilapidated Apartments. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(32), 77-119. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6245.1984>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

Extended Abstract

Introduction

In co-owned (*Mushā'*) property, the scope of owners' rights of possession has perpetually been a source of serious legal dispute. A particularly contentious arena is the management and disposition of apartment buildings within residential complexes. Given that ownership of the non-exclusive (common) parts is held jointly, and given that acts of disposition over jointly-owned property generally require unanimous consent, the effective exercise of ownership rights in apartment complexes often encounters substantial practical difficulties. To address this, Article 6 of the Apartment Ownership Law departs from this foundational rule, establishing a majority-vote mechanism for decisions concerning the management of common areas. However, this article appears inapplicable to decisions requiring substantial physical intervention—such as demolition and reconstruction—which inherently involve interference with exclusive units. The principle of dominion and respect for exclusive property rights necessitates the consent of each unit owner for any such interference.

Consequently, specific legislative intervention was required to address scenarios where unanimity for the reconstruction of dilapidated, hazardous buildings is unattainable. Article 13 of the same Act provides that if, based on the opinion of three official judicial experts, a building's useful life has ended or it is wholly dilapidated, posing a risk of financial or bodily harm, and a minority of owners oppose reconstruction, the majority may—upon a court order and after securing suitable rental accommodation for the non-consenting owners—proceed with reconstruction. While this legislative initiative is commendable, Article 13 is fraught with ambiguities regarding its procedural details and interpretive scope, which this article seeks to clarify.

Method

This study employs an analytical methodology that moves beyond mere textual interpretation. It identifies the legal nature of the majority's right, the rationale for its protection, and methods for resolving conflicts between majority and minority interests. It also considers overarching principles such as superior expediency (*Maṣlahat*) and the preservation of social order, thereby providing a coherent framework for interpreting the mechanisms for protecting majority rights under Article 13.

Findings

The research delineates the specific rights accorded to the majority under this regime:

Right to Petition the Court: The majority may file a petition with the court of the property's location to confirm their agreement and obtain authorization for reconstruction. A prerequisite is securing suitable alternative housing for the minority.

Right to Execute Reconstruction: Upon obtaining a final and enforceable court order, the majority may proceed with demolition and reconstruction. The court's ruling is declaratory regarding the fulfillment of preconditions and constitutive in authorizing the reconstruction.

Ancillary Rights During Reconstruction: The process grants the majority several ancillary rights, including: obtaining building permits; requesting the eviction of non-cooperating minority owners; entering into construction contracts with third parties; preventing obstructive interference from the minority; recovering construction costs upon completion; establishing a statutory mortgage over the minority's reconstructed unit; and exercising a right of retention over the delivered unit pending full settlement of costs.

Conclusions

While unanimous consent is the default rule for co-owned property, its rigid application creates significant impediments in social contexts like collective housing. Legitimizing majority decision-making presents a vital solution for addressing the risks posed by dilapidated buildings. The conflict between majority and minority rights gives rise to specific majority entitlements concerning the collective reconstruction agreement, necessary executive actions, cost recovery, and security mechanisms.

To enhance the clarity and fairness of Article 13, the study proposes the following amendments:

- Amend the phrase "the building has become wholly dilapidated" to include or is otherwise at risk of demolition.
- Change "financial and bodily harm" to "financial or bodily harm."
- Specify that actions are taken by the majority of owners.
- Specify that recoverable costs are those incurred and payable at current market rates.
- Clarify that the security interest can be over the same unit, even as a mortgage.
- Add a new Note 3: Stipulating that the evacuation of commercial units must respect the regulations governing goodwill or business rights, unless the occupants consent to a comparable new commercial space.
- Add a new Note 4: Establishing the majority's right to withhold delivery of the reconstructed unit until full settlement of all costs at current rates, paid rents, and compensation for services rendered, exempting them from liability for fortuitous loss or damage during this period of retention.

Authors' Contributions

All authors contributed equally to the conceptualization, drafting, and revision of the manuscript.

Acknowledgements

The authors thank the anonymous reviewers for their valuable comments, as well as the editor and editorial staff for their diligent management of the review process.

Ethical Considerations

This research was conducted with strict adherence to academic integrity, avoiding plagiarism, data fabrication, or misrepresentation.

Funding

This research received no specific grant from any public, commercial, or non-profit funding agency.

Conflict of Interest

The authors declare no conflict of interest.



سازوکار حمایت از حقوق اکثریت در رژیم بازسازی آپارتمان‌های فرسوده

حسین جاوَر^۱ | متین صبوری^۲

۱. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه:

hjavar@ut.ac.ir

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد رشته حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه:

matinsaboori54@gmail.com

چکیده

اطلاعات مقاله

از جمله مشکلات زندگی در مجتمع‌های آپارتمان‌ها، مواجهه با بیم خرابی آن است. به دلیل نبود رژیم حقوقی منسجم در حل مناقشات مبتنی بر اشاعه، بررسی دراین باره ضروری به نظر می‌رسد. در فرض وجود خطر مالی و جانی ناشی از فرسودگی ساختمان، به موجب تأسیس کلی و مبهم ماده ۱۳ قانون تملک آپارتمان‌ها، اکثریت می‌توانند با تهیه مسکن مناسب برای اقلیت، تجویز بازسازی را از دادگاه درخواست کنند. مشکلات متعددی در این امر، فراوری اکثریت قرار دارد که به دلیل سکوت قانون‌گذار در بسیاری از موارد، ابهام قانون و تزاخم‌های موجود، لازم است، سازوکار مناسب برای حمایت از حق اکثریت در فرایند بازسازی، بررسی شود. در پرتو روش تفسیر منطقی، بجای تفسیر لفظی، تحلیل ماهیت حق اکثریت و تضمین‌های منطقی اعمال حق، روش‌های حل تزاخم ملاکی، مبتنی بر ضابطه‌های مهم فلاحی، دفع افسد به فاسد، حفظ نظام معیشت و برخی قرائین مقامی و اخذ ملاک، معلوم شد، حق اکثریت در تزاخم با اقلیت، در مواردی از جمله، حق بر قرارداد جمعی بازسازی، درخواست تجدید بنا، خروج از اکثریت و اقاله آن (دست‌کم قبل از ضرر شدن آن)، مشارکت با ثالث (قرارداد با سازنده)، کارسازی اقدام‌های ضروری (اخذ پروانه، تخریب و...)، افزایش بنا، ممانعت از اقدامات ضروری اقلیت و ثالث، مطالبه هزینه‌ها، اجرت‌المثل و قیمت اموال مصرف‌شده در فرایند بازسازی، حق وثیقه عینی قانونی (حکمی) اکثریت بر واحد بازسازی شده برای استیفای طلب، حق حبس اکثریت نسبت به تحویل ملک بازسازی شده، زمینه دارد که به دلیل عدم بیان قانونی و فقدان رویه قضایی مناسب، افزون بر هفت مورد به عنوان پیشنهاد اصلاح قانون مطرح شده است.

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت:

۱۴۰۳/۰۵/۲۰

تاریخ بازنگری:

۱۴۰۳/۰۷/۲۹

تاریخ پذیرش:

۱۴۰۳/۱۱/۱۵

تاریخ انتشار برخط:

۱۴۰۳/۱۱/۱۷

کلیدواژه‌ها:

«اقلیت»، «اکثریت

سرمایه‌ای»،

«بازسازی»، «تزاخم»،

«تضمینات حق»،

«حق عینی»، «خطر

مالی یا جانی».



استناد: جاوَر، حسین؛ صبوری، متین. (۱۴۰۴). سازوکار حمایت از حقوق اکثریت در رژیم بازسازی آپارتمان‌های فرسوده.

آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۲)، ۷۷-۱۱۹. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6245.1984>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

مقدمه

حقوق مالکان مجتمع‌های آپارتمانی، به دلیل فقدان شخصیت حقوقی، بر مالکیت مشاعی (۵۷۱ قانون مدنی) و قواعد اشاعه ناشی از آن استوار است. بدین ترتیب، بر اساس قواعد اولیه، تصرف و اداره این اموال هم، باید به صورت اجماعی باشد (ماده ۴۸۱ قانون مدنی). در عین حال، ماده ۶ قانون تملک آپارتمان‌ها، با عدول از این مبنا، شیوه جدیدی برای اداره ساختمان در نظر گرفته است. به موجب این ماده، «... چنانچه قراردادی بین مالکین یک ساختمان وجود نداشته باشد، کلیه تصمیمات مربوط به اداره و امور مربوط به قسمت‌های مشترک، به اکثریت آرای مالکینی است که بیش از نصف مساحت تمام قسمت‌های اختصاصی را مالک باشند...» نکته‌ی حائز اهمیت آن‌که ماده فوق صرفاً تصمیم‌گیری نسبت به «اداره قسمت‌های مشترک یا مشاعات ساختمان» را به رأی اکثریت سپرده و مواردی که به تصرف مادی عمده و خارج از متعارف نیاز باشد (مثل تخریب و تجدید بنا)، ظاهراً از شمول این ماده خارج است. به‌ویژه این‌که، تجدید بنا، از جمله به تصرف در بخش‌های اختصاصی نیاز دارد و این ماده نسبت به تصرف در این قسمت‌ها ساکت و بلکه منصرف از آن است؛ بنابراین، قاعده تسلط و احترام به اموال اختصاصی مالکان، ایجاب می‌کند هرگونه تصرف مادی یا حقوقی در ملک اختصاصی، حتماً باید با اذن مالک هر واحد آپارتمانی باشد.

به‌رغم قواعد اولیه، جایی که آپارتمان محل سکونت، به دلیل فرسودگی، به بازسازی نیاز داشته باشد، تصمیم اکثریت بر اقلیت تحمیل می‌شود. به موجب ماده ۱۳ قانون تملک آپارتمان‌ها، «در صورتی که به تشخیص سه نفر از کارشناسان رسمی دادگستری عمر مفید ساختمان به پایان رسیده و یا به هر دلیل دیگری ساختمان دچار فرسودگی کلی شده باشد و بیم خطر یا ضرر مالی و جانی برود و اقلیت مالکان قسمت‌های اختصاصی در تجدید بنای آن، موافق نباشند، آن دسته از مالکان که قصد بازسازی مجموعه را دارند، می‌توانند بر اساس حکم دادگاه، با تأمین مسکن استیجاری مناسب برای مالک یا مالکان که از همکاری خودداری می‌ورزند، نسبت

به تجدید بنای مجموعه اقدام نمایند....». در این ماده، علاوه بر عدول از ضرورت اجماع، مواردی به عنوان حق و تکلیف اکثریت بیان شده که بسیار ناقص و اجمالی است و در این باره چالش‌های حقوقی و اجرایی، مطرح و تعیین تکلیف نشده است. بنابراین، لازم است، شرایط اعمال حق اکثریت، حقوق و تعهداتی که در اجرای نظام بازسازی آپارتمان‌ها متوجه اکثریت می‌شود، به دقت بررسی شود. بررسی نوشتار حاضر نشان می‌دهد، اکثریت پس از توافق بین خود، تکلیف دارند، اولاً، درخواست خود را به دادگاه محل وقوع ملک، برای تأیید توافق و تجویز تجدید بنا مطرح کنند؛ ثانیاً، برای اقلیت مسکن مناسب تهیه کنند و سپس به تخریب و تجدید بنا اقدام کنند. و رأی دادگاه در این باره نسبت به احراز شرایط پیشین و صحت توافق مقدماتی، اعلامی و نسبت به تجویز بازسازی جنبه تأسیسی دارد و در این فرایند، شرایطی برای اعمال ماده ۱۳ لازم است. اکثریت، از حقوقی مثل حق اخذ پروانه ساختمانی، تخلیه، مشارکت با ثالث، ممانعت از دخالت اجرایی اقلیت، اخذ هزینه‌های ساخت (پس از اتمام)، حق رهن بر عین واحد متعلق به اقلیت و حق حبس (قبل از تحویل موقت یا دائم) نیز برخوردارند. البته در این باره ابهامات زیادی متوجه ماده ۱۳ است که به دلیل فقدان پیشینه پژوهشی و رویه قضایی مناسب و درخور، پس از مفاهیم و طرح مبانی در ضمن مباحث، جزئیات بسیاری بررسی و در پایان، پیشنهادهای اصلاحی نیز مطرح شده است.

۱. مفهوم‌شناسی اکثریت در قلمرو ماده ۱۳

اکثریت، در لغت، از جمله به معنای زیادتی و فزونی، بیشتری و کثرت آمده است (دهخدا) اکثریت در اصطلاح حقوقی، بر اساس معیار «عددی»، «حصه‌ای (سهمی)» یا «ترکیبی از معیار عددی و سهمی» مشخص می‌شود. در قانون تجارت، به ویژه در مورد تشکیل مجامع و رأی‌گیری، اصولاً منظور از اکثریت، «معیار سهمی» آن است (مواد ۸۷، ۸۵، ۸۴ و ۱۰۳ ل. ا. ق. ت). هرچند در موارد دیگری مانند انتقال سهم‌الشرکه در شرکت با مسئولیت محدود، علاوه بر اکثریت سهمی، اکثریت عددی نیز مطرح شده است (معیار سهمی و عددی) (ماده ۱۰۲). در ماده ۶ قانون تملک آپارتمان‌ها، به صورت دودرجه‌ای، نخست «معیار قراردادی (توافق بین شرکا)» و

سپس، «معیار سهمی»، مد نظر قانون‌گذار قرار گرفته است. به موجب این ماده، «چنانچه قراردادی بین مالکین یک ساختمان وجود نداشته باشد، کلیه تصمیمات مربوط به اداره و امور مربوط به قسمت‌های مشترک به اکثریت آرای مالکینی است که بیش از نصف مساحت تمام قسمت‌های اختصاصی را مالک می‌باشند.» که به معنای اکثریت سهمی است.

۲. مبانی ترجیح حق اکثریت بر اقلیت در ماده ۱۳

از آنجاکه بین درخواست اکثریت بر بازسازی و حق اقلیت در حفظ موضع موجود، گونه‌ای تنافی وجود دارد، پرسشی که مطرح می‌شود این است که قانون‌گذار به چه دلایلی و کدام مبانی، حق اکثریت را در نظام بازسازی ساختمان فرسوده، بر سلطه مالکانه اقلیت، ترجیح داده است؟ ذیلاً، مهم‌ترین وجوه تقدم اکثریت بر اقلیت بررسی شده است.

۲-۱. مبانی لاضرر در سلب تسلط اقلیت بر قسمت‌های مشاعی و اختصاصی

قاعده لاضرر، از مهم‌ترین قواعد در حل تنافی حق اکثریت و اقلیت محسوب می‌شود. مفهوم تقدم لاضرر بر تسلط، امری شناخته شده است و رهیافت‌های ناشی از آن، در تقویت مبانی نوشتار حاضر نیز قابل استفاده است. مواد ۱۱۳، ۱۱۷ و ۵۹۴ قانون مدنی، نسبت به دیوار و قنات مشترک، از جمله این موارد است. مقایسه میان مواد یادشده، با ماده ۱۳ قانون تملک آپارتمان‌ها، رهنمود مناسبی در جهت تفسیر و واکاوی منطقی این ماده است. صرف نظر از این‌که از جهات مختلف، تفاوت‌های موضوعی (متعلق تصرف و الزام) بین ماده ۱۳ قانون تملک آپارتمان‌ها و مواد یادشده، وجود دارد (در ماده ۱۳، قاعده لاضرر، حتی با تصرف در قسمت‌های اختصاصی هم سرایت دارد)، اما وجه مشابهت مهم این دو قانون این است که در هر دو مورد، تقدم با قاعده لاضرر است. در عین حال، به لحاظ حکمی و نحوه الزام و التزام‌هایی که وجود دارد، بین ماده ۱۳ و مواد یادشده، تفاوت‌های بسیار جدی وجود دارد. از جمله این‌که، اولاً، در مواد ۱۱۳، ۱۱۷ و ۵۹۴ قانون مدنی، «الزام اولی و مستقیم به بازسازی» وجود دارد؛ در حالی‌که، در ماده ۱۳ قانون تملک آپارتمان‌ها، نه تنها چنین الزام مستقیمی، علیه اقلیت برای «الزام به مشارکت در امر بازسازی»

وجود ندارد، بلکه اکثریت متقاضی بازسازی، در برابر، به امر بازسازی سهم اکثریت، علی‌الحساب، مکلف به بازسازی هستند. ثانیاً، متعلق الزام در مواد یادشده از قانون مدنی، «الزام به مشارکت در تجدید بنا» است؛ درحالی‌که متعلق الزام‌هایی که در ماده ۱۳ وجود دارد، «الزام به تخلیه»، «الزام ضمنی به عدم مداخله و مزاحمت در امر بازسازی» و «الزام به پرداخت هزینه‌های بازسازی» است؛ ثالثاً، در مواد قانون مدنی، «کمیت» و «کیفیت» سهام شرکت مدنی، در جهات حکمی، بی‌تأثیر است و هر شریک با هر میزان سهام قابلیت الزام دیگر شرکا را دارد؛ درحالی‌که اعمال ماده ۱۳ مستلزم احراز درجه کمی (میزان سهام) و کیفی (ضرر جانی و مالی) خاصی است. به هر حال تقریب استدلال به قاعده لاضرر در ماده ۱۳ را می‌توان به شرح ذیل بیان کرد.

تقریب استدلال: از یک سو، به حکم اولی، اقلیت هم مثل اکثریت، از سلطه مالکانه برخوردار و مشمول قاعده احترام است. این تسلط به انضمام قواعد اشاعه، اقتضا دارد، اکثریت بدون اذن شرکای خود نتواند به بازسازی ساختمان اقدام کند و اطلاق این تسلط، حتی شامل فرضی می‌شود که اکثریت، از عدم بازسازی ساختمان، متحمل ضرر جانی و مالی شوند. از سوی دیگر، شمول قاعده تسلط بر فرض اخیر و پذیرش اقتدار اقلیت در جایی که مال، جان و سلامت اکثریت در معرض ضرر قرار دارد، به وضوح به ضرر غیرقابل توجیه و غیرمعارف منجر می‌شود و ازاین‌رو، حکم عادی و اولیه (قاعده تسلط و احکام اشاعه) مقهور حکم ثانوی لاضرر می‌شود (خمینی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۱۱۲؛ ج ۵، ص ۱۷۳؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۱۹۱). در نتیجه، با کنار گذاشتن حکم اولیه، به اقتضای دفع ضرر از اکثریت و پذیرش درخواست بازسازی عمل می‌شود. چه این‌که شأن جریان قاعده لاضرر این است که احکام عادی و نخستین جای خود را به حکمی ثانوی و استثنایی دهد. نکته مهم این است که اولاً، لازم نیست ضرر، «فعلیت» داشته باشد و حتی برخلاف برخی دیدگاه‌ها (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۱۷۸؛ آخوند خراسانی، ج ۲، ۲۶۶) لازم نیست «مقتضی قریب» داشته باشد. همین قدر که احتمال عرفی و عقلایی برای وقوع خطر مالی و جانی در آینده وجود داشته باشد، کفایت می‌کند (وجوب یا جواز دفع ضرر محتمل).

ثانیاً، به نظر برخی فقیهان، قاعده تسلط اطلاق گسترده‌ای ندارد و اساساً، تسلط مقید به تصرف عقلایی و رعایت حدود عقلایی است و اطلاق آن از فرض غیرمتعارف انصراف دارد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲، ص ۱۹۴) بر این مبنا، در فرض مسئله به قاعده لاضرر نیاز نیست.

۲-۲. تقدم مصلحت حفظ جان بر مصلحت تسلط اقلیت بر مبنای قاعده تقدم

اهم بر مهم

یکی از معیارهای مهم و اصول و ابزارهای کلیدی، کارآمد و عقلایی در بحث از تزامم مصالح، ضابطه «درجه اهمیت مصالح» است که گاه از آن به «قانون اهمیت» یاد می‌شود. اصل این ضابطه، به‌رغم ابتدای این ضابطه بر دلایل متعدد نقلی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲، ص ۵۰۵؛ مکارم، ۱۴۱۵، ص ۵۰۰)، آن قدر وضوح دارد که بی‌نیاز از استدلال است و در حقیقت، قاعده «اهم و مهم» از مستقالات عقلی است که در آن به اخذ اهم و ترک مهم در فرض تزامم اهم با مهم حکم شده است (خراسانی، ۱۴۰۷، ص ۱۰۷؛ بهبهانی، ۱۴۲۴، ص ۱۷۱۸؛ بحرانی، ۱۴۲۶، ص ۲۸۵؛ علیدوست، ۱۳۸۷، ص ۲۱) شایان ذکر است، «همین که اهم بودن یکی از دو حکم به صورت محتمل نیز قابل درک باشد، کافی است؛ زیرا فقیه، حتی اگر به اهم بودن یکی از دو حکم متزامم علم پیدا نکند، بلکه فقط احتمال اهم بودن، آن راهم دریا باید باز هم نتیجه این تلاش راهگشاست؛ زیرا در باب تزامم، اهم بودن احتمالی نیز مرجح شمرده می‌شود» (جزایری؛ عشایری، ۱۳۹۰، ص ۳۰).

تزامم، در دو ساحت قابل طرح است. یکی در ساحت قانون‌گذاری و وضع احکام است که در آن رتبه، تزامم، در حقیقت به ملاکات احکام مربوط است. به این معنا که گاهی یک فعل دارای دو حیثیت است، از یک جهت دارای مصلحتی است که مقتضی امر به ایجاد آن است، و از جهت دیگر، دارای مفسده‌ای است که مقتضی نهی از انجام آن است؛ در چنین صورتی، بین دو مقتضی، تنافی و تزامم پیش می‌آید که به آن «تزامم ملاکی» می‌گویند؛ به‌علاوه، ممکن است، به‌ویژه در مقام امتثال، بین دو حکم (مهم و مهم‌تر)، اعم از حق یا تکلیف، مزاحمت و تنافی دو جانبه به وجود آید (جمعی از محققان، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۶۱۳؛ شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۴۵۶). به

این وضعیت، در اصطلاح، «تزام امتثالی» می‌گویند. بدین ترتیب که تزام ملاکی در مقابل تزام امتثالی و تزام حفظ قرار می‌گیرد و مصب ایجاد آن در مرحله تشریح و جعل حکم است.

از یک طرف، اکثریت مالکان ساختمان که بیم خطر و ضرر بر آن‌ها می‌رود، خواهان بازسازی هستند و از سوی دیگر اقلیت مالکان که اصل استقلال دارایی و اصل تسلط، موقعیت آن‌ها را تقویت می‌کند، مخالف بازسازی می‌باشند. بر مبنای قاعده «تقدیم اهم بر مهم»، (قانون اهمیت)، یکی از واجب‌ها بر دیگری مقدم می‌شود و یک نوع ترتیب و ترتب در بین واجبات شکل می‌گیرد به این نحو که با وجود اهم، نوبت به واجب مهم نمی‌رسد و در این صورت، «وجوب واجب مهم» را «وجوب ترتیبی» می‌نامند (صدر، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۲۱۶-۲۱۵)؛ قاعده فوق در هنگام تعارض دو حق یا به بیان بهتر در تزام دو مصلحت جاری می‌شود. قاعده «اهم و مهم» به حل موارد تزام ملاکات احکام و نیز در مقام عمل به آن‌ها است و نکته قابل تأمل آن‌که تزام موجود در امر بازسازی را در گروه تزامات ملاکی باید شناخت. در مسئله حاضر، «از نظر کیفی»، در ناحیه اکثریت، متعلق مصلحت، مصلحت مالی و جانی، در درجه اول اهمیت است. اما در ناحیه اقلیت، متعلق مصلحت مورد ادعا، صرفاً احترام به مالکیت و تصرفات مالکانه است. «از نظر کمی» نیز گروهی که در معرض آسیب مالی یا جسمانی و جانی است، در اکثریت و گروه مخالف، در اقلیت است. از «منظر نتیجه‌گرایی» نیز اگر به نتایج برتری هر یک از طرفین توجه کنیم، معلوم است که اعتنا به ضرورت دفع خطر قریب الوقوع مالی و جانی و تقدم درخواست اکثریت، از اهمیت و فوریت بیشتری برخوردار است؛ در حالی که، اهمیت تسلط اقلیت بر مالکیت و حق منع از تصرف دیگران در موضوع مالکیت، از لحاظ اهمیت، به پای مصلحت خطر مالی و جانی نمی‌رسد و در نتیجه می‌توان در سلسله مراتب اهمیت، جانب مصلحت جانی را از مصلحت مالی مهم‌تر دانست. بنابراین درمی‌یابیم که حفظ مصلحت اکثریت در بازسازی از اقلیت مهم‌تر است. در این میان «در مرحله وضع قانون»، «مصلحت مبتنی بر حفظ مال و جان و تمامیت جسمانی»، در ناحیه اکثریت، با «مصلحت و ملاک مبتنی بر حفظ تسلط»

در ناحیه اقلیت، «تزامم ملاکی» پیدا می‌کند و «خود قانون‌گذار»، «در مرحله وضع مقررات»، با استفاده از همین ضابطه (تقدیم اهم بر مهم) با برتری دادن به ملاک حفظ جان، حق اکثریت را در این باره مقدم داشته است.

بدیهی است، حسب تشخیص کارشناس دادگستری، فرض وجود ضرر، اعم از آن‌که مالی باشد یا جانی، هم متوجه اکثریت متقاضی تجدید بناست و هم متوجه اقلیت مخالف و از جهت ثبوتی، قابل تمایز نیست. اما تقدم جانب ضرر اکثریت و تقدم ضرر جانی و مالی اکثریت، به جهت ملاحظه ظرف ادعا و در مقام اثبات است و در ظرف مخالفت بازسازی، ادعای اقلیت، به جنبه‌های مالی (مثل نداشتن هزینه بازسازی و نقض احترام مال) و جنبه‌های معنوی (مثل از دست دادن تسلط بر ملک و نقض احترام سلطنت بر مال)، مربوط است در حالی که دغدغه اکثریت و استناد آن‌ها در مقام درخواست تجویز بازسازی، هم به جنبه‌های مالی (مثل خرابی ساختمان) و به جنبه‌های جانی (مخاطرات جانی ناشی از خرابی) مربوط است در برابر مدعای اقلیت که حتی ممکن است منکر مخاطرات مالی و جانی باشند، ادعای اکثریت، بر اساس نظر کارشناس، به هر دو جهت مالی و جانی مستند می‌شود و بر ملاحظات مالی و احتمالاً، انکار خطر جانی مقدم می‌شود. بنابراین تفاوت و نکته تقدم، به جنبه اثباتی و به تفاوت در ادعاها مربوط است.

۲-۳. تقدم دفع مفسده با تنش بیشتر بر مفسده با تنش کمتر بر مبنای قاعده

دفع افسد به فاسد

در تمامی مواردی که سخن از مصلحت است اصولاً در پس هر مصلحت و نتیجه ترک هر مصلحت، مفسده‌ای وجود دارد. مبنای تقدم مصلحت اهم بر مصلحت مهم، از منظر اعتنا و استدلال بر جلب مصلحت و از زاویه نفعی که تدارک می‌شود، تکیه دارد. از منظر نتایج حاصل از بی‌اعتنایی به ضرر و استدلال بر دفع ضرر و مفسده نیز می‌توان مدعای پیش‌گفته را تأیید و تکمیل کرد. با این توضیح که، نتیجه بی‌اعتنایی به درخواست اکثریت و عدم جواز بازسازی ساختمان، قطعاً خطر قریب‌الوقوع جانی و ضرر مالی را برای اکثریت، اشخاص ثالث و حتی خود اقلیت به دنبال خواهد داشت (مفسده جانی و مالی)؛ اما در صورت

بی‌اعتنایی به جانب اقلیت و سلب موقت حق بر سلطنت آن‌ها و کنار گذاشتن قواعد اشاعه، صرفاً اصل تسلط اقلیت نقض شده است (مفسده سلب تسلط). هدف از قاعده «دفع افسد به فاسد» آن است که از وقوع مفسده بزرگ‌تر جلوگیری کند و فی الواقع قاعده تقدیم اهم بر مهم و دفع افسد به فاسد دوروی یک سکه هستند. در اینجا نیز با دو مفسده روبه‌رو خواهیم بود؛ مفسده کم‌تر، نقض حریم و اصل آزادی اراده اشخاص (در اقلیت) است و مفسده بزرگ‌تر، آسیب جانی و مالی به افراد (اکثریت). این دو قاعده نسبت به یکدیگر بیگانه نبوده، بلکه مکمل هم خواهند بود.

بر اساس معیار تقدم اهم بر مهم یا دفع افسد بر فاسد، قانون‌گذار در مرحله تقنین، در خصوص تقدم حق اکثریت به چند عنصر ماهوی مهم توجه کرده است:

- نخست، توجه به گستره وضعیت حق داران و موقعیت سهمی صاحبان حق (اقلیت و اکثریت)؛ در این معیار، دامنه شمول حق داران، قانون‌گذار را، در فرض ناسازگاری حق‌ها، به حمایت از یک گروه در برابر گروه دیگر متمایل می‌کند.

- دوم، توجه قانون‌گذار به متعلق هر یک از دو مصلحت / مفسده (مالی یا جانی بودن)؛ در مسئله حاضر، دوسوی تنافی روشن است؛ یکی مخاطرات جانی و مالی است و دیگری ضرر سلب موقت

تسلط و جانب مهم‌تر روشن است. اما حتی اگر این ترجیح، احتمالی هم باشد، همین که اهم بودن یکی از دو حکم به صورت محتمل نیز قابل درک باشد، کافی است؛ زیرا در باب تزاخم، اهم بودن احتمالی نیز مرجح شمرده می‌شود (جزایری و عشایری، ۱۳۹۰، ص ۳۰).

- سوم، توجه قانون‌گذار به «معیار تنش کمتر» و نتایج حاصل از برتری یک مصلحت بر مصلحت دیگر یا دفع یک مفسده بر مفسده دیگر. به دیگر سخن، بررسی «عواقب» ناشی از تحدید و یا نقض هر یک از حق‌ها و تکلیف‌های متزاخم می‌تواند در تشخیص حق یا تکلیف اهم مؤثر باشد. در صورتی که اعمال یکی از حق‌ها یا تکلیف‌ها در مقابل حق یا تکلیف دیگر به تنش‌های ناگوار منجر شود، ولی اعمال جانب دیگر، این آثار را نداشته باشد یا تنش اجرای آن کمتر باشد، می‌توان

حق یا تکلیف کم‌تنش را مقدم داشت. البته، در تشخیص این مورد و مورد پیشین، عرف نقش ممتازی خواهد داشت.

بنابراین، صرف داشتن اکثریت سهمی برای تقدم، کافی نیست و از این رو پس از تصویب اولیه این قانون، پس از ایراد شورای محترم نگهبان برای جلوگیری از سوءاستفاده اکثریت و صیانت حداکثری از حقوق اقلیت و قواعد ناشی از اشاعه، قید «خطر و ضرر» به متن ماده، اضافه شد.

۲-۴. قاعده نفی اختلال نظام معیشت

قاعده نفی اختلال نظام هم در واقع چهره‌ای از دو مبنای پیش‌گفته است. حفظ نظام، از جمله نظام معیشت مردم، از واجب‌ترین واجبات شمرده شده است (امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۵، ص ۴۳۰). ملاک در این جا، مطابقت آن با مصلحت عمومی جامعه است و اختلال به آن نیز نادیده‌گرفتن مصلحت عمومی و اختلال در نظام جمعی است (علیدوست، ۱۳۸۸، ص ۱۲۷). با توجه به مهم‌تر بودن مصلحت ناظر به معیشت جامعه در مواردی که بین حفظ نظام و احکام دیگر تعارض وجود داشته باشد، به موجب قاعده نفی اختلال نظام، باید بر اساس مصلحت قوی‌تر، حکم دیگر را کنار گذاشت (ولایتی، ۱۳۹۴، ص ۱۰۸). در حقیقت، مقصود از قاعده «نفی اختلال نظام»، نفی و کنار گذاشتن هر امری است که موجب اختلال در نظام معیشت مردم شود. به عبارت دیگر، شارع مقدس حکم موجب اختلال در نظام زندگی مردم را تشریح نکرده است. از این رو، اگر موضوعی به حکم اولی، سبب اختلال در نظام زندگی انسان شود، حکم اولی آن برداشته می‌شود (خورسندیان و شرعی، ۱۳۹۵، ص ۸۵). در بحث حاضر نیز با توجه به این‌که اولاً، بسیاری از مجتمع‌های آپارتمانی به دلیل قدمت ساخت، در معرض فرسودگی قرار گرفته‌اند و فراوانی این قبیل ساختمان‌ها روز به روز در حال فزونی است؛ ثانیاً، عمل به قواعد اولیه اشاعه و ایجاد اجماع برای تغییرات بنیادین (مثل نوسازی)، در اکثریت قریب به اتفاق موارد، امکان ندارد؛ ثالثاً، در صورت بروز خرابی‌های ناشی از فرسودگی، هم اکثریت متقاضی بازسازی و هم اقلیت مخالف، متضرر می‌شوند و در عمل به آوارگی و بی‌خانمانی هر دو گروه منجر می‌شود؛ رابعاً، تجربه نشان می‌دهد رخدادهایی مثل خرابی‌های ناشی از فرسودگی

ساختمان، سرمایه‌های مادی و معنوی بسیاری را چه در حوزه فردی و چه در حوزه اجتماعی، ضایع می‌کند و حتی به مخاطره سرمایه‌های اجتماعی مرتبط با امنیت عمومی و اقتصادی منجر می‌شود. به‌عنوان نمونه، می‌توان به ریزش و خرابی ساختمان پلاسکو اشاره کرد که ماه‌ها، افکار عمومی و بخشی از امکانات شهری و ملی را درگیر کرده بود. در نتیجه، همین اندازه از اختلال در نظام مرتبط با معیشت، برای چاره‌جویی و ایجاد مکانیسم یادشده در ماده ۱۳ کفایت می‌کند.

اگرچه مبانی پیش‌گفته، هرکدام از منظر خاصی رابطه اقلیت و اکثریت را تحلیل می‌کند و به لحاظ علمی، توجه به مبانی جزئی‌تر نیز در جای خود اثر علمی دارد، اما در حقیقت، آنچه به‌عنوان مبانی متعدد بیان شد، به یک مبنا بر می‌گردد؛ زیرا در همه موارد یاد شده، می‌توان عنصر مصلحت یا مفسده را محور ملاحظات هرکدام از مبانی و عناوین یاد شده در نظر گرفت. در حقیقت، در اعمال درخواست اکثریت برای بازسازی مصلحت‌هایی وجود دارد و برعکس در نادیده گرفتن درخواست آن‌ها، مفسده‌هایی وجود دارد که از ضررها و مفسده‌های ناشی از نادیده گرفتن تسلط اقلیت بر بخش‌های مشاعی و اختصاصی، بزرگ‌تر است و به‌موجب قاعده الأهم فالأهم، اهمیت دفع ضررهای گروه اول (اکثریت) بر ضررهای گروه دوم (سلب موقت تسلط) بیشتر است و در نتیجه، از مصادیق قاعده دفع افسد به فاسد خواهد بود که خود از جلوه‌های قاعده الأهم فالأهم به‌شمار می‌رود.

۳. موارد حقوق و اختیارات اکثریت

حق اکثریت را می‌توان در چند مورد کلی در نظر گرفت که در هر مورد حق‌های جزئی‌تر وجود دارد. نخست، حق بر تشکیل قرارداد جمعی؛ دوم، حقوقی که در فرایند بازسازی به وجود می‌آید (حق تخلیه ساکنان در اقلیت، کارسازی اقدامات ضروری، درخواست افزایش اعیانی، ممانعت از اقدامات اضرائی اقلیت) و سوم، حقوقی که بعد از اتمام عملیات بازسازی به وجود می‌آید. این موارد، ذیلاً بررسی خواهد شد.

۳-۱. اختیار بر قرارداد جمعی بازسازی

حقی را که اکثریت بر قرارداد جمعی دارد، در دو مرحله می‌توان تصور کرد. یکی در مرحله «تشکیل قرارداد جمعی» و دیگری، نسبت به «خروج از قرارداد جمعی و

انحلال اختیاری آن (اقاله)».

۳-۱-۱. اختیار تشکیل قرارداد جمعی بازسازی، ماهیت آن و امکان الحاق به آن

در بازه زمانی قبل از صدور حکم دادگاه، شناسایی قرارداد بازسازی اکثریت، ذیل «قراردادهای جمعی» منطقی‌تر است. «گاهی مصلحت اجتماعی اقتضا می‌کند قراردادی را که به وسیله عده‌ای بسته شده است نسبت به اشخاص دیگری که به نحوی از انحا در انعقاد قرارداد مزبور ذی نفع بوده و با منعقد کنندگان قرارداد اشتراک منافع دارند مؤثر افتد. اگرچه این اشخاص در قرارداد نه به طور مستقیم و نه به وسیله نمایندگان خود شرکت نداشته باشند» (صفایی، ۱۳۹۷، ص ۱۹۷). قراردادی که لاقلاً در یک طرف آن عده‌ای از اشخاص دارای هدف مشترک قرار گرفته و رضای آنان به توسط اکثریت یا نمایندگان آن اشخاص اعلان شود (لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۵۵۸). در حقیقت، در قراردادهای بازسازی موضوع ماده ۱۳ نیز توافق اکثریت، نسبت به اقلیت، مؤثر واقع می‌شود.

به نظر می‌رسد، در این رهیافت، اکثریت نماینده اقلیت محسوب نشده، بلکه تصمیماتی را اتخاذ و یا اقداماتی را اصالتاً انجام می‌دهند که آثارش به اقلیت سرایت می‌کند و اقلیت در این فرایند، به حکم قانون آثار توافق اکثریت را تحمل می‌کنند. با این اوصاف اقلیت در موضوع حاضر، طرف قرارداد اکثریت محسوب نمی‌شوند؛ بلکه اقدامات اکثریت، در برابر اقلیت قابل استناد است. البته برخلاف تصور اولیه، حتی اگر اقدامات موضوع ماده ۱۳، به تجویز تبصره همین ماده، توسط مدیر یا مدیران مجتمع ساختمانی و به نمایندگی از «مالکان» انجام شود، به همان اکثریت انصراف دارد و از اقلیت مخالف منصرف است. چون در اموری مثل تخریب و تصرف در بخش‌های اختصاصی اقلیت، اصولاً هیئت مدیره اختیاری ندارند و این قبیل تصرفات، از شمول اختیارات ایشان در اداره امور ساختمان خارج است. پس معلوم می‌شود اگر مدیران ساختمان چنین درخواستی مطرح کنند، در حقیقت به نمایندگی از همان اکثریت موافق تجدید بناست.

شایان ذکر است پس از تشکیل قرارداد بازسازی، اقلیت نیز می‌توانند به قرارداد موجود ملحق شوند و از حقوق اکثریت در ادامه و در فرایند بازسازی و بعد از آن

بهره‌مند شوند. البته به نظر می‌رسد پس از آغاز هزینه‌کرد، افرادی که به اکثریت ملحق می‌شوند، نسبت به هزینه‌هایی که پیش‌تر انجام شده است باید بر اساس «ارزیابی هزینه‌کردها به نرخ روز»، سهم خود را پرداخت کنند.

۳-۱-۲. اختیار «خروج از قرارداد» جمعی و «اقاله» آن

اگرچه ماده ۱۳، نسبت به لزوم و جواز توافق اکثریت، حکمی ندارد، اما به نظر می‌رسد بر اساس اصل لزوم می‌توان بر این تردید فائق آمد و بر لزوم این توافق نظر داد. در عین حال با نگاه دقیق‌تر و تفصیلی‌تر، حق اکثریت بر انحلال قرارداد جمعی بازسازی را می‌توان بر اساس معیارهای مختلف و در مقاطع گوناگون، جداگانه بررسی کرد. نسبت به مقاطع مهم، دو تقسیم قابل طرح است، یکی نسبت به «زمان صدور حکم (جواز بازسازی و تجدید بنا)» است و دیگری، نسبت به «زمان تخریب» و حتی تخلیه. حق اکثریت با ملاحظه این دو عنصر، ذیلاً بررسی می‌شود.

یکی از اقسام قابل بحث در انحلال، انحلال‌پذیری قرارداد و خروج از آن، نسبت به زمان صدور حکم تجویز بازسازی و زمان تخریب است؛ انحلال‌پذیری قرارداد و خروج از آن، نسبت به مقطع قبل و بعد از حکم دادگاه مبنی بر تجویز تجدید بنا بررسی می‌شود.

مورد اول در این باره، انحلال‌پذیری قرارداد و خروج از آن، قبل از صدور حکم تجویز بازسازی است؛ در زمانی که هنوز حکمی بر جواز بازسازی صادر نشده است، انحلال‌پذیری توافق (اقاله) با اراده همه افرادی که آن را تشکیل داده‌اند، امری بدیهی به نظر می‌رسد؛ چون در این مرحله، مقتضی اقاله موجود است و هیچ مانعی هم متصور نیست. خروج یک جانبه از این توافق از سوی برخی از افراد اکثریت، تابع این مبناست که آیا توافق مقدماتی را الزام‌آور بدانیم یا خیر. اگر توافق مقدماتی را در این باره الزام‌آور بدانیم، امکان خروج یک جانبه برای افراد پشیمان وجود ندارد و الا این توافق مقدماتی، ماهیت جایزی دارد و الزام‌آور نیست و به همین مناسبت امکان خروج برای هر عضو از اکثریت در این مقطع وجود خواهد داشت.

مورد دوم در این باره، انحلال‌پذیری قرارداد و خروج از آن، بعد از صدور حکم تجویز بازسازی و تجدید بنا؛ در صورتی که حکم دادگاه بر بازسازی صادر شده باشد،

به نظر می‌رسد، اقاله پذیری در این مرحله نیز تابع «معیار ضرر اشخاص ثالث» و «اختلال در امر بازسازی» است. در حقیقت، در جایی که قرارداد باعث ایجاد حقی برای ثالث می‌شود، اقاله نمی‌تواند به این حق صدمه زند (کاتوزیان، ۱۴۰۲، ج ۳، ص ۶۸۰) بنابراین در امر بازسازی و نسبت به قرارداد جمعی نیز اگر فسخ و اقاله موجب ضرر اقلیت باشد، نسبت به ایشان غیرقابل استناد خواهد بود. ذیلاً، انحلال‌پذیری قرارداد و خروج از آن نسبت به زمان قبل از تخریب و بعد از آن، جداگانه، بررسی می‌شود.

صورت اول، خروج از قرارداد جمعی و اقاله آن قبل از تخریب است؛ با توجه به ملاک فوق از «مرحله توافق جمعی و رأی دادگاه بر تجویز بازسازی و تجدید بنا تا قبل از تخریب» از آنجا که ضرری به اقلیت وارد نمی‌گردد، اکثریت حق «اقاله» قرارداد مذکور را دارند. اما در خصوص «حق خروج» تعدادی از مالکین، «قبل از تخریب»، اگرچه به دلیل این که توافق و شرایط آن، کامل شده است، به موجب اصل لزوم و «به لحاظ فنی و حقوقی»، می‌توان به الزام آور بودن قرارداد و غیرقابل فسخ بودن آن، از جانب اعضای اکثریت نظر داد، اما بلحاظ «اطمینان از سرمایه‌گذاری و تأمین سرمایه بازسازی»، لازم است در این باره رغبت افراد به ادامه همکاری ملاحظه شود، می‌توان این‌گونه اظهار نظر کرد که، اصولاً برای اعضای در اکثریت امکان خروج وجود دارد؛ مگر این که خروج از قرارداد جمعی، در قدرت اقتصادی بازماندگان عقد جمعی تأثیر منفی داشته و موجب تأخیر در بازسازی و نهایتاً به ورود ضرر، به اقلیت و اکثریت، منجر شود که در این صورت، این خروج، غیرقابل استناد ولی اگر منتهی به ضرر نشود، نافذ خواهد بود. توجه به حقوق سایر اشخاصی که طرف قرارداد اکثریت می‌باشند (مثل سازنده و بانک) نیز قابل توجه است و قید ضرر موجود در خروج از قرارداد جمعی و اقاله عقد، نسبت به ایشان نیز جاری است.

صورت دوم، خروج از قرارداد جمعی و اقاله آن بعد از تخریب است؛ «پس از تخلیه و تخریب»، به جهت جلوگیری از ورود ضرر به اطراف حق، اقاله، امکان‌پذیر نیست؛ چون واضح است این اقاله به ضرر اقلیت، اکثریت (باقی مانده) و اشخاص ثالث است و چنین اقاله‌ای صحیح یا دست‌کم قابل استناد نیست؛ مگر این که اولاً، سایر اعضای اکثریت به خروج برخی از اعضای قرارداد جمعی رضایت دهند؛ ثانیاً،

باقیمانده اعضا، به تأمین سهم اعضای خارج شده از سرمایه بازسازی، متعهد شوند؛ زیرا با حصول این دو شرط، مقتضی، یعنی، حکم دادگاه و شرایط و زمینه‌های صحیح تجدید بنا و بازسازی ساختمان وجود دارد و از طرفی، مانع، یعنی ضرر اقلیت و ثالث منتفی است. به موجب این رهیافت، در صورتی که بعد از صدور حکم بازسازی، گروهی از اعضای اکثریت، خارج شوند و بازماندگان وصف اکثریت را از دست دهند، به نظر می‌رسد به دلیل «حق مکتسب» پیشین، به شرط عدم اختلال در تأمین سرمایه بازسازی، اقلیت (باقی مانده) می‌توانند به موجب حکم دادگاه، به امر بازسازی اقدام کنند.

۲-۳. حق «درخواست تخلیه» از طریق مدیران ساختمان یا ذی‌نفعان تجدید بنا (اکثریت) یا وکلای آن‌ها

از جمله حقوق بدیهی اکثریت، حق تخلیه اقلیت یا متصرف ملک است؛ این حق، در تبصره ۲ ماده ۱۳ بیان شده است؛ به موجب این تبصره: «چنانچه مالک خودداری کنند از همکاری، اقدام به تخلیه واحد متعلق به خود به منظور تجدید بنا نکند، حسب درخواست مدیر یا مدیران مجموعه، رئیس دادگستری یا رئیس مجتمع قضایی محل با احراز تأمین مسکن مناسب برای وی توسط سایر مالکان، دستور تخلیه آپارتمان یادشده را صادر خواهد کرد». از آنجاکه تجدید بنا، مستلزم تخلیه ساختمان است، بر اساس ملازمه بین حق تجدید بنا و تخلیه، درخواست تخلیه از لوازم و در ادامه همان حق بر تجدید بنا محسوب می‌شود (اذن در شیء، اذن در لوازم شیء است). دو نکته، شایان ذکر است، نخست، در این درخواست، بین موردی که خود مالکان در اقلیت متصرف باشند یا مستأجران و دارندگان حق انتفاع، تفاوتی وجود ندارد؛ بلکه دستور تخلیه، برای این گروه به طریق اولی امکان دارد؛ زیرا از حق محدودتری نسبت به مالک برخوردارند. به علاوه، اگرچه در این تبصره، از اکثریت نامی نبرده، اما به نظر می‌رسد، اکثریت می‌توانند بشخصه یا با اخذ وکیل، به عنوان خواهان، از دادگاه تخلیه را درخواست کنند. به ویژه این که، به موجب تبصره یک ماده ۱۳: «مدیر یا مدیران مجموعه، به نمایندگی از طرف مالکان «می‌توانند» اقدامات موضوع این ماده را انجام دهند». طرح این درخواست توسط مدیر یا مدیران با عبارت

«می‌توانند»، نشان‌دهنده اختیاری بودن آن است و از این رو، مانع از این نیست که خود ذی‌نفعان (اکثریت)، چنین درخواستی را مطرح کنند.

با توجه به ضرورت اخذ حکم از محکمه و حصول پاره‌ای شرایط، به نظر می‌رسد توافق جمعی یاد شده، قبل از حکم دادگاه، نوعی «توافق مقدماتی» است که برای نفوذ و امکان عملیاتی شدن، به شرایط متأخر مثل حکم دادگاه نیاز دارد. بنابراین، اکثریت، به موجب ماده ۱۳، برای اجرایی شدن توافق، حق و تکلیف دارند، باید «تنفید یا تأیید قرارداد جمعی و شرایط آن»، «تجویز بازسازی» و «عندالافتضا، «دستور تخلیه» را از دادگاه درخواست کنند. حکم دادگاه در این باره از «جهاتی اعلامی» و از «جهاتی تأسیسی» است؛ نسبت به «تجویز بازسازی و تجدید بنا»، «دستور تخلیه» و مانند آن، تأسیسی است و نسبت به «تأیید قرارداد جمعی و شرایط آن» و احراز اکثریت سهمی، «اعلامی» است.

پرسش مهمی که مطرح می‌شود این است که، آیا به جای شیوه پیچیده قانون‌گذار در ماده ۱۳، آیا دادگاه، شبیه آنچه در اموال غیرقابل تقسیم وجود دارد، می‌تواند به جای الزام اکثریت به تهیه مکان استیجاری برای اقلیت، اقلیت را، حسب درخواست اکثریت، به فروش ملک به اکثریت، الزام کند؟ به نظر می‌رسد، دست‌کم در شرایط قانونی کنونی، پاسخ به این پرسش منفی است. نخست این‌که بین مورد ماده ۱۳ و اموال مشاعی، از جهاتی، «تفاوت موضوعی» وجود دارد. در حقیقت، در مجتمع‌های آپارتمانی، علاوه بر قسمت‌هایی که بین مالکان مشاع است (مثل عرصه، راه‌پله‌ها، تأسیسات و نظایر آن)، «بخش‌های اختصاصی» هم وجود دارد که به مالکان واحد، اختصاص دارد و الزام فروش در این قسمت‌ها، علاوه بر این‌که، از استثنای قانونی قواعدی مثل «تسلط» و «احترام» شمرده نمی‌شود، از مصادیق «الزام فروش مال غیر به غیر» محسوب می‌شود که امر مرسوم و معهودی نیست؛ دوم آن‌که قانون‌گذار، به نحو خاص، کیفیت استحقاق اکثریت را در قبال اقلیت، مشخص کرده و نه تنها امکان الزام اقلیت را به فروش مطرح نکرده، بلکه سیاق ماده ۱۳ و پرداختن به نحوه الزام و حقوق اقلیت در قبال اکثریت، نشان می‌دهد، از شیوه الزام به فروش، عدول کرده است. سوم این‌که، در مواردی که فروش اموال مشاع مطرح

می‌شود، برای رعایت حداکثری حقوق شرکا و جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی، از «شیوه الزامی مزایده»، استفاده می‌شود. درحالی‌که در موضوع ماده ۱۳، اولاً اکثریت متقاضی مزایده نیست و ثانیاً فروش به اکثریت در قالب مزایده هم امکان تحقق ندارد؛ زیرا مزایده، تشریفات ویژه‌ای دارد که به دلایل متعدد از جمله به دلیل محصور بودن و احتمال تبانی و نظایر آن، با وضعیت اکثریت ماده ۱۳، منطبق نیست. بنابراین، به نحو خاص به بیان قانونی نیاز دارد که در مسئله حاضر، چنین بیانی وجود ندارد. چهارم این‌که، قانون‌گذار در ماده ۱۳، از «شیوه جمع بین حقین» استفاده کرده است. یعنی با نگاه ویژه‌ای، سعی کرده است از یک سوء، با جلوگیری از سوءاستفاده از حق، از تحقق خارجی ضرر جانی و مالی، علیه اکثریت جلوگیری کند و از سوی دیگر، با نگاه نتیجه‌گرا، از بی‌خانمانی اقلیت جلوگیری کند. در نتیجه، به نظر می‌رسد، امکان الزام فروش واحد اقلیت به اکثریت متقاضی بازسازی، دست‌کم در شرایط قانونی که اکنون وجود دارد، مقدور نیست.»

۳-۳. امکان‌سنجی تقدم حق اکثریت بر حقوق اشخاص ثالث ذی‌حق

(قراردادی و قانونی)

اشخاص ثالث ممکن است به حسب مورد حق عینی ناقص، مثل مالکیت بر منفعت در روابط استیجاری یا حق انتفاع ناشی از عقد موجد حق انتفاع (رقبی، عمری و سکنی) داشته باشند. همچنین ممکن است اشخاص ثالث، حقوقی از قبیل سرقفلی و حق وثیقه عینی نسبت به ملک اقلیت داشته باشند. نسبت اکثریت با این قبیل حقوق و امکان یا عدم امکان ترجیح حق اکثریت در این‌باره شایسته بررسی است.

۳-۳-۱. فرض اول، دارندگان حق عینی ناقص

ممکن است حق اکثریت با حقوق عینی اشخاص ثالث مثل مرتهن، مستأجر، مباح‌له و دارنده حق ارتفاق، تنافی پیدا کند؛ پرسش این است که اگر این حق، قبل از درخواست اکثریت وجود داشته باشد، آیا «مانع اجرای حق» بر تجدید بنا می‌شود یا خیر. از منظر «تکنیک مقتضی و مانع» می‌توان مسئله را بررسی کرد. در حقیقت، به موجب تجویز ماده ۱۳ و با حصول شرایط مندرج در این ماده، مقتضی برای حق

تجدید بنا ایجاد شده است؛ نهایت این که در «مانعیت حقوق اشخاص ثالث» برای «تأثیر حق تجدید بنای اکثریت»، تردید وجود دارد. صرف نظر از این که به موجب قاعده مقتضی و مانع، اصل بر عدم مانعیت در موارد تردید است، مبانی برتری اکثریت در اینجا نیز جاری است و نهاد اقلیت در متن ماده، خصوصیت خاصی نداشته و می‌توان احکام آن را با الغای خصوصیت، به اشخاص ثالث تسری داد. همچنین، به کمک قیاس اولویت می‌توان بر این تردید غلبه کرد؛ زیرا وقتی قانون‌گذار جهت جلوگیری از مفسدۀ بیشتر، «حق عینی کامل» اقلیت بر عین اموال را نادیده گرفته، بنابراین به طریق اولی نسبت به «حقوق ناقص‌تر» مثل مالکیت بر منفعت، حق انتفاع و ارتفاق، همین حکم جاری است.

۳-۲-۳. فرض دوم: دارندگان سرقفلی و حق وثیقه عینی

به نظر می‌رسد در مورد دارندگان سرقفلی یا حق کسب و پیشه و تجارت، به لحاظ ماهوی، رعایت ماده ۱۵ و ۱۶ قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶ و به لحاظ تکنیکی، «اقتباس از مکانیسم» لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی در خصوص اخذ نظریه کارشناس رسمی و پرداخت مقدم بر تخلیه و تخریب، الزامی است. بنابراین، باید تخلیه واحدهای تجاری، با ارائه پروانه جدید ساختمانی و مشروط به تأدیه حقوق صنفی تجاری متصرف و حق کسب و پیشه وی مورد حقوق حکم قرار گیرد. البته اگر صاحبان این حق، مایل به دریافت واحد تجاری در ساختمان جدید باشند، حق این گروه، پس از تجدید بنا بر سایرین، از جمله اکثریت مقدم است و حق وثیقه عینی که برای اکثریت که در ماده ۱۳ تصریح شده، چون به لحاظ زمانی بعد از این حقوق ایجاد شده است، در طول حقوق این قبیل اشخاص و بعد از آن قرار می‌گیرد و نوعی رهن مازاد محسوب می‌شود و تقدم اکثریت بر حق این افراد، وجاهت ندارد. حتی حق رهن مؤسساتی مثل بانک‌ها یا سرمایه‌گذارانی که با شرط وثیقه عینی بر پروژه در حال ساخت (رهن شناور) با اکثریت قرارداد می‌بندند نیز بر اکثریت مقدم‌اند. بنابراین به طور کلی نمی‌توان به سقوط و سلب حق این اشخاص نظر داد و با از بین رفتن مانع، حقوق این اشخاص، مجدداً بر عین مال برقرار می‌شود و حق اکثریت، حداکثر

در رتبه مانع عمل می‌کند. بنابراین پس از بازسازی حق این گروه بر حق وثیقه اکثریت که در ادامه خواهد آمد، مقدم می‌شود.

۴-۳. حق کارسازی اقدامات ضروری

هر موقعیتی که انجام عملی برای بازسازی آپارتمان لازم باشد، آن عمل، یک اقدام ضروری است و غیر آن، غیر ضروری است. اقدامات ضروری مواردی مثل اخذ پروانه ساختمان، قرارداد با سازنده، هزینه در ساخت و تجدید بنا و نظارت بر آن از جمله اقدامات ضروری است که مدلول مطابقی یا التزامی مجوز تجدید بناست و از این جهت اکثریت تا اتمام ساخت و ساز از این اختیارات برخوردارند.

۴-۳-۱. حق مشارکت با ثالث

از یک سو، اکثریت در فرایندی که ماده ۱۳ تعریف کرده است، هم باید هزینه مربوط به خود و هم هزینه مربوط به اقلیت را تأمین کنند، از سوی دیگر، چون به طور معمول هزینه ساخت و ساز بالاست و تأمین منابع مالی لازم برای کل پروژه همواره با دشواری‌های زیادی همراه است، ممکن است اکثریت، برای تأمین مالی پروژه مجبور شوند با شخص ثالث (سازنده) مشارکت کنند. با توجه به عرف مشارکت در ساخت، ثالث تأمین‌کننده منابع مالی، در ملک و چند واحد آپارتمان نوساز شریک خواهد شد. پرسش این است که ارتباط این حق با اقلیت چگونه تنظیم می‌شود؟ آیا الزام اقلیت به بازسازی ساختمان، مجوز انتقال جزئی از قدرالسهم آن‌ها به شخص ثالث (سازنده و سرمایه‌گذار) خواهد بود یا خیر. نص ماده همچون دیگر مباحث کمکی نمی‌کند و قانون‌گذار صرفاً الزام ابتدایی را پیش‌بینی نموده از این رو بر اساس روش تفسیر منطقی، احتمال‌های مختلف مطرح و بررسی خواهد شد.

۴-۳-۱-۱. وضعیت قرارداد مشارکت در ساخت با ثالث

به نظر می‌رسد به اقتضای تسلط قانونی بر تجدید بنا و به ویژه اگر به موجب عرف حکمی موجود در امر ساخت و ساز، امکان مشارکت با ثالث را امری متعارف یا بر اساس قاعده الضرورة تبیح المحذورات این عمل را مجاز و بلکه ضروری بدانیم، این قرارداد را می‌توان «فی الجملة» صحیح و نافذ بدانیم. هرچند ممکن است این

قرارداد، زمانی «بالجمله» صحیح است که شرایط مربوط به صیانت از حق اقلیت نیز در آن رعایت شده باشد. بررسی این شرایط در ضمن بحث از فرض‌های متصور، ذیلاً، مطرح خواهد شد.

۳-۴-۱-۲. قلمرو اختیار ثالث در قرارداد مشارکت با سازنده در نسبت با حقوق

اقلیت؛ بررسی احتمالات

با فرض ضرورت و اجتناب‌ناپذیر بودن قرارداد مشارکت در ساخت، به دلیل سکوت قانون‌گذار در مورد اختیار ثالث در موضوع قرارداد با اشخاص ثالث تأمین‌کننده سرمایه (سازنده) باید پاسخ را قالب احتمال‌های مختلف، بررسی کرد

۳-۴-۱-۲-۱. افزایش تراکم ساختمان و تأمین حق ثالث از محل افزایش بنا و با

حفظ میزان اسمی در عرصه و اعیان

ممکن است اکثریت، در قراردادی که با سازنده می‌بندد، به کیفیتی عمل کند که در نهایت، سهم اقلیت از عرصه و بنا، حداقل، به همان میزان قبل از بازسازی باشد. در صورتی که قرارداد مشارکت با ثالث (سرمایه‌گذار) به کیفیتی باشد که سهم ثالث از محل افزایش تراکم ساختمان و افزایش بنا و با حفظ میزان اسمی سهم اقلیت در اعیانی ساختمان تازه تأسیس باشد؛ مثلاً، شرط شود، برای سازنده حقی در عرصه نباشد و صرفاً در اعیانی و بنای احداث سهم شود. در این صورت، ظاهراً مانعی برای الزام اقلیت نیست چراکه ضرر متوجه اقلیت نخواهد بود و تنها ضرری که متوجه ایشان است تعداد همسایگان بیشتر است که از نظر عرفی قابل مسامحه است.

۳-۴-۱-۲-۲. افزایش تراکم ساختمان و تأمین حق ثالث از محل افزایش بنا و با

حفظ میزان اسمی در اعیان

ممکن است اکثریت، در قراردادی که با سازنده می‌بندد، به کیفیتی عمل کند که در نهایت، سهم اقلیت از اعیانی، حداقل، به همان میزان قبل از بازسازی باشد اما بسته به میزان افزایش تراکم، از قدرالسهم وی از عرصه ملک، کاسته شود. در این صورت، اگر به‌رغم کاهش قدرالسهم اقلیت، میزان اعیانی که نصیب آن‌ها می‌شود،

بیش از زمان قبل از بازسازی باشد و از نظر اقتصادی به نحوی باشد که ضرر ناشی از کاهش قدرالسهم از عرصه را پوشش دهد، در این صورت، به نظر می‌رسد، به دلیل منتفی شدن مهم‌ترین ضرر مُحتمل، مانعی از پذیرش این توافق وجود نداشته باشد و همان‌طور که گفته شد، ضرر افزایش تعداد همسایگان، عرفاً، قابل مساحه است.

۳-۴-۱-۲-۳. کاهش میزان اسمی سهم اقلیت در اعیانی جدید الاحداث

فرض دیگر، این است که به‌رغم حفظ میزان اسمی سهم اقلیت در اعیانی، سهم آن‌ها از عرصه کاهش محسوس و غیرقابل مسامحه‌ای داشته باشد؛ در این صورت، اگر چنین توافقی ضروری، اجتناب‌ناپذیر و بالملازمه، در ادامه اذن اکثریت در جواز بازسازی محسوب شود، از این ضرر‌گریزی نیست و به دلیل حکومت قاعده لاضرر و ترجیح جانب اکثریت، آثار این قرارداد دامن اقلیت را هم می‌گیرد. به‌ویژه در جایی که با گذشت زمان و به دلیل مصوبات مقامات شهری مثل شورای شهر و شهرداری، مقررات راجع به تراکم تغییر کرده و تراکم محل بافت فرسوده، نسبت به وضع موجود، کاهش یافته باشد که در این صورت چاره‌ای جز کاهش سهم اقلیت در اعیانی وجود ندارد و اقلیت نمی‌تواند از این جهت اعتراض و ادعایی داشته باشد. در حقیقت در مسئله بازسازی، اذن قانون‌گذار و حکم دادگاه به تجویز تجدید بنا، باید همراه با لوازم آن دیده شود و اهداف ماده ۱۳ عقیم می‌ماند.

بنابراین، یکی از هدف‌های حداقلی گروه اکثریت از بازسازی، خروج از وضعیت اضطراری مخصوص و حدالامکان، بازیابی حداکثری موقعیت پیشین است (هدف مدنی)؛ بنابراین، حق درخواست اعیانی مشابه وضع پیشین، با فرض امکان قانونی و مطابقت با مقررات شهری، مطابق حداقل مورد انتظار است. اما گاه، برآورده کردن همین توقع حداقلی، به‌ضرورت، در گرو درخواست افزایش اعیانی و استفاده‌های تجاری، در فرایند تجدید بناست و ضرورتاً، این درخواست و آثار آن، پذیرفتنی است. اما در فرض عدم ضرورت نیز، به شرط اطمینان از توان مالی اکثریت در تأمین سرمایه، به نظر می‌رسد می‌توان درخواست افزایش تراکم ساختمان و افزایش اعیانی یا ایجاد واحدهای تجاری را در فرضی که ضرورت نداشته باشد نیز پذیرفت (هدف تجاری)؛ زیرا در این صورت، به سهم اقلیت هم افزوده می‌شود یا دست‌کم هزینه

کمتری به اقلیت تحمیل می‌شود. حتی اگر اقلیت نخواهد هزینه مازاد بر میزان اسمی قبل از بازسازی را بدهد، امکان اختصاص اعیانی مازاد به اکثریت، با هزینه اکثریت و با تدارک کاهش سهم اقلیت از عرصه، دور از ذهن نیست.

۴. حق ممانعت از اقدامات ضرری در مقابل اقلیت

در صورتی که اقلیت با دخالت خود موجب تعویق بازسازی شوند، اکثریت حق منع ایشان را از دادگاه صالح خواهند داشت. این حق، در حقیقت، از لوازم منطقی و عرفی حق بر تجدید بنا محسوب می‌شود.

۵. حقوق اکثریت پس از اتمام بازسازی

در این مرحله عملیات مادی بازسازی به پایان رسیده و لازم است با سازوکارهای مناسب، حقوق اکثریت در این مرحله، به نحو مطلوبی پشتیبانی شود.

۵-۱. مطالبه هزینه‌ها، اجرت‌المثل و قیمت اموال مصرف‌شده در فرایند بازسازی

و معیار زمانی آن

لازم است، نحوه جبران هزینه‌ها و اقدامات اکثریت در صرف وقت و هزینه در فرایند بازسازی به شیوه مطلوب بازیافت شود.

۵-۱-۱. مطالبه هزینه ساخت، اموال مصرفی، اجاره‌بها و اجرت‌المثل اقدام

به موجب نص ماده ۱۳، اکثریت «.... پس از اتمام عملیات بازسازی و تعیین سهم هر یک از مالکان از بنا و هزینه‌های انجام‌شده، سهم مالک یا مالکان یاد شده را به اضافه اجوری که برای مسکن اجاری ایشان پرداخت شده است از اموال آن‌ها از جمله همان واحد استیفا کنند.»

بخش اخیر ماده بیانگر چند گزاره مهم است؛ اول این که طلب اکثریت باید پس از اتمام بازسازی مطالبه شود؛ در واقع اکثریت الزاماً تمامی هزینه‌های بازسازی را متقبل و سپس حق مراجعه به اقلیت را دارند. با تحلیلی متفاوت می‌توان علت این امر را آن دانست که اکثریت در عوض تمکین قانونی اقلیت، هزینه‌های بازسازی را پرداخت و پس از اتمام بازسازی تکلیف اقلیت نسبت به تمکین و تکلیف اکثریت نسبت به پرداخت هزینه‌ها به پایان خود رسیده است. بنابراین پرداخت هزینه‌ها از

سوی اکثریت بلاعوض نبوده و قابل مطالبه است. دوم آن که اکثریت نسبت به طلب خود در شمار طلبکاران عادی قرار نخواهند گرفت، اما برای رسیدن به پاسخ مناسب‌تر باید ماهیت طلب ایشان را شناخت. آیا طلب ایشان به مانند دیون دیگر یک دین عادی است یا ماهیت ویژه‌ای دارد؟ به این مسئله در ادامه پرداخته خواهد شد.

۵-۲. معیار زمانی ارزش حق مورد مطالبه

نکته چالش برانگیز این است که اکثریت، در اعمال انجام شده و اموال مصرفی، مستحق قیمت چه زمانی هستند؟ «مبلغ اسمی» یا قیمت واقعی؟ اگر ملاک، قیمت واقعی باشد، قیمت چه زمانی ملاک است؟ زمان انجام کار و زمان انتقال و صرف در پروژه؟ قیمت روز محاسبه؟ روز تسویه؟ یا بالاترین قیمت؟ اگر بگوییم، ملاک، قیمت روز اقدام و روز انتقال به پروژه و صرف در آن است، این اشکال پیش می‌آید که ممکن است به دلیل گذشت زمان طولانی، ارزش کار و مال مصرف شده، تفاوت بسیار فاحشی از زمان پرداخت پیدا کند و از این جهت، احترام عمل و مال اکثریت نقض شود. به همین دلیل نمی‌توان این احتمال را پذیرفت. به نظر می‌رسد احتمال معقول‌تر این است که بگوییم، چون اکثریت به مرور و در طول زمان به نفع پروژه اقداماتی انجام داده‌اند و نتیجه آن، در زمان تحویل پروژه نصیب اقلیت می‌شود، باید سهم اقلیت از این مورد، محاسبه و به حساب بدهی آن‌ها منظور شود و اگر بین زمان تحویل و تسویه اقلیت فاصله نامتعارفی واقع شود، «قیمت تمام شده (و نه قیمت واقعی) به نرخ روز» ملاک محاسبه باشد و در هر حال، به موجب مستندات از جمله ماده ۱۹ قانون کارشناسان، تا زمان تسویه، امکان تجدید ارزیابی در این باره منطقی‌تر است. در حقیقت، به موجب برهان سبر و تقسیم، ضابطه این است که اولاً، اکثریت متضرر نشوند، پس «مبلغ اسمی هزینه‌ها» نمی‌تواند ملاک باشد و ثانیاً، از محل تجدید بنا، به ضرر اقلیت کاسبی نکنند؛ پس «قیمت روز و ارزش مبادلاتی» واحد ساخته شده نمی‌تواند ملاک محاسبه طلب اکثریت قرار گیرد. بنابراین تنها فرض باقی مانده، «قیمت تمام شده به نرخ زمان تحویل موقت / دائم و در صورت تأخیر در پرداخت، قیمت زمان پرداخت» است که بر حفظ ارزش اقدامات اکثریت

و نفی ضرر از آن‌ها مبتنی شده است.

۲-۵. حق وثیقه عینی قانونی (حکمی) اکثریت بر واحد بازسازی شده برای

استیفای طلب

به موجب بخشی از ماده ۱۳، «پس از اتمام عملیات بازسازی و تعیین سهم هر یک از مالکان از بنا و هزینه‌های انجام شده، سهم مالک یا مالکان یاد شده را به اضافه اجوری که برای مسکن اجاری ایشان پرداخت شده است از اموال آن‌ها از جمله همان واحد استیفا کنند.» قسمت اخیر این عبارت، در مورد نحوه تعلق حق اکثریت به عین واحد ساخته شده، بسیار ناقص و مبهم است و تفسیرهای گوناگون را بر می‌تابد. دست کم در این باره دو احتمال (تفسیر) می‌توان ارائه کرد. لازم است نخست این احتمالات بررسی و وجود وثیقه عینی به نفع اکثریت، امکان‌سنجی، سپس قلمرو آن نیز معلوم شود.

۲-۵.۱. امکان سنجی وجود وثیقه عینی و حق تقدم اکثریت بر اموال اقلیت

در مورد وجود وثیقه عینی به نفع اکثریت، دو احتمال وجود دارد که ذیلاً بررسی می‌شود.

۲-۵-۱. احتمال نخست، تأکیدی بودن حکم قانون‌گذار و مقدم نشدن

اکثریت

احتمال نخست این‌که، قانون‌گذار در «مقام ارشاد و تأکید بر یک قاعده کلی و عمومی» است که به موجب آن، هر بستانکاری می‌تواند، در صورت استنکاف بدهکار، از اموال وی، طلب خود را ایفا کند و بدین ترتیب، اکثریت را، «بدون تقدم و امتیاز»، «در کنار سایر دین و مساوی با آن‌ها» قرار می‌دهد. به موجب این تفسیر، تنها امتیازی که مقنن «برای اکثریت» در نظر گرفته، تخصیص قواعد مستثنیات دین در حالت اعسار یا استنکاف اقلیت می‌باشد؛ با این توضیح که در صورت عدم کفاف سایر اموال اقلیت، ایشان می‌توانند طلب خود را از محل ملک بازسازی شده استیفا کنند؛ حتی اگر آن واحد، در زمره مستثنیات دین باشد.

۵-۲-۱-۲. احتمال دوم، تأسیسی بودن حق تقدم اکثریت و ایجاد وثیقه عینی

بر واحد بازسازی شده

احتمال دوم این‌که، قانون‌گذار «در مقام تأسیس حق تقدم اکثریت در وصول مطالبات ناشی از بازسازی» و «ایجاد وثیقه عینی بر واحد بازسازی شده» بوده است. چنین وثیقه‌ای که بدون توافق و به موجب تأسیس قانون‌گذار ایجاد می‌شود، در اصطلاح، «وثیقه حکمی» نامیده می‌شود (میرشکاری، ۱۳۹۵، ص ۱۲۷) و در ماهیت نیز نوعی «وثیقه استیفایی» است که هدف از آن، ایجاد امکان استیفای دین از محل وثیقه است.

تفاوت این وثیقه با نهاد توثیق در قانون مدنی، تفاوت در منشأ پیدایش حق است چه آن‌که عقد رهن ناشی از اراده اشخاص اما وثیقه حکمی نتیجه اراده مقنن است.

۵-۲-۱-۳. احتمال سوم، تأسیسی بودن حق تقدم اکثریت و ایجاد وثیقه عینی

بر مطلق اموال اقلیت

احتمال سوم این‌که، چون در منطوق ماده ۱۳، قانون‌گذار تمامی اموال را ذکر نموده است، تمام اموال مالک واحد، اعم از واحد بازسازی شده و غیر آن، در برابر اکثریت (بستانکار)، وثیقه محسوب می‌شود و به موجب آن، اکثریت نسبت به تمام اموال، دارای حق تقدم خواهد بود.

در داوری این سه تفسیر، به دلایل زیر، تفسیر دوم، منطقی‌تر به نظر می‌رسد. در وهله نخست، می‌توان متکی بر اصول الفاظ و توجه به قراین لفظی استدلال کرد. قرینه نخست، «قرینه سیاق» است. در حقیقت، قانون‌گذار با ذکر عبارت «... از جمله همان واحد...» پس از عبارت «از اموال آن‌ها» به صورت مخصوص، به واحد بازسازی شده اشاره می‌کند. معلوم است که قانون‌گذار به صورت خاص و در یک رابطه خاص (اکثریت - اقلیت) مال خاصی را به عنوان محل استیفای طلب مشخص می‌کند. سیاق این عبارت به خوبی گویای آن است که واحد ساخته شده، متعلق حق عینی تبعی اکثریت، این اشاره قانونی را نمی‌توان بر تأکید حمل کرد. مضافاً این‌که به لحاظ اصول الفاظ نیز «در دوران بین تأکید و تأسیس، اصل بر

تأسیس است (التأسیس اولی من التأكید)» (تفتازانی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۱). قرینه دوم، «مناسبت حکم و موضوع» است که به موجب آن قراین لُبی متصل به بیان قانون‌گذار، منشأ ظهور می‌شود (خویی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۱۳۰). به این معنا که حالت و ویژگی‌های موضوعی به گونه‌ای است که اگرچه در بیان قانون‌گذار تصریح نشده است، اما ارتکاز راسخ عرفی و فهم متعارف، آن را می‌یابد. به موجب تطبیق این قرینه با فرض مسئله، وقتی مناسبات بین اقلیت و اکثریت، از جمله تأمین سرمایه و اهتمام به بازسازی و تقدم سرمایه‌گذاری اکثریت بر تکلیف اقلیت به پرداخت هزینه‌ها را مدنظر قرار دهیم، بر اساس ارتکاز عرفی و این‌که تا زمان اتمام ساخت، تکلیف خاصی متوجه اقلیت نیست، این مناسبت اقتضا دارد، بعد از اتمام، حقوق خاصی برای اکثریت در نسبت با استیفای طلب از محل واحد ساخته شده فراهم شود و از این رو، تفسیر دوم با مناسبت یادشده ملائم و سازگارتر است.

در وهله دوم استفاده از مبانی حاکم بر حمایت از اکثریت مناسب به نظر می‌رسد. نخستین مبنا، «قاعده احسان» است. در قبال «اقدامات احسانی» که اکثریت در قبال اقلیت انجام داده است، اکثریت، مُحسِن محسوب می‌شوند و رها کردن آن‌ها در میان بدهکاران اقلیت و برابری آن‌ها با دیگر بستانکاران و الزام آن‌ها به توقیف واحد ساخته شده و نهایتاً احتمال محروم شدن اکثریت از وصول مطالبات و تحمیل الزام به مطالبه، با وصف احتمال فقدان محل وصول، نوعی «سبیل» علیه آن‌هاست که به حکم «قاعده احسان»، نفی شده است. و همچنین، به دلیل این‌که اکثریت، پس از صرف هزینه هنگفت در امر بازسازی، زمانی که در «موقعیت مطالبه» قرار می‌گیرد، در رابطه بدهکار-بستانکار، «طرف ضعیف رابطه» محسوب می‌شود به موجب «تئوری حمایت از طرف ضعیف رابطه»، شایسته حمایت هستند و توثیق قانونی واحد ساخته شده در این باره یکی از حمایت‌های مؤثر از اکثریت به شمار می‌رود.

در نتیجه، حتی اگر در حالت عادی، مطلق اموال بدهکار، «وثیقه عمومی» و «وثیقه عام» طلب بستانکاران محسوب شود، می‌توان مطالبات اکثریت را در زمره «مطالبات دارای وثیقه قانونی (حکمی)» محسوب کرد. در این صورت، حق

بستانکاران به طرفیت اقلیت، «حق دینی» است و «حق عینی تبعی» اکثریت بر واحد در حال بازسازی خللی وارد نمی‌کند. بدین ترتیب و با پذیرش این تفسیر، هر مقدار از ملک که بازسازی شود، هر لحظه (آنآ فآنآ) به ملکیت اقلیت درمی‌آید و با هر پیشرفت فیزیکی که در ملک اقلیت رخ دهد، ذره ذره (شیئاً فشیئاً)، به میزان وثیقه افزوده می‌شود. چنین وثیقه‌ای در اصطلاح رهن (وثیقه) شناور نامیده می‌شود (طجرلو؛ شعبانی، ۱۳۹۳، ص ۲۰۱؛ نفرشی و دیگران، ۱۳۸۹، ص ۱۹۵).

بنابراین در پاسخ به این پرسش مُقدّر که میزان توانایی مالی اقلیت، در الزام آن‌ها به پرداخت هزینه‌های بازسازی و اجاره‌بهای پرداختی، چه تأثیری دارد؟ در حقیقت، با چه توجهی می‌توان «اقلیت کم‌توان» و حتی «اقلیت معسر» را به پرداخت‌های یادشده، ملزم کرد؟ در پاسخ به این پرسش می‌توان گفت، اگرچه در حالت عادی، هر الزام و التزامی در گرو استطاعت شخص مکلف و متعهد است، اما در مسئله حاضر، به دلایل مختلف، میزان توانایی و حتی اعسار اقلیت در این باره بی‌تأثیر است؛ اولاً، عبارت ماده ۱۳ در این باره اطلاق دارد و بدون قید و شرط، اقلیت را به تأدیه هزینه‌های بازسازی مکلف کرده است. اطلاق ماده ۱۳، در همه اصناف اقلیت، اعم از دارا و ندار را شامل می‌شود. ثانیاً، همان‌طور که در همین نوشتار، در بند مستقلى مطرح شده است، اکثریت، بر عین واحد ساخته شده در مرحله بازسازی، حق عینی تبعی دارند و از آنجاکه حق اکثریت، بر عین معین تعلق گرفته است، از این منظر، وضعیت توانایی اقلیت در این باره تأثیری ندارد. مخصوصاً، از آنجاکه تبدیل واحد فرسوده به واحد نوساز، به‌طور معمول، با ارزش افزوده قابل توجهی را برای اقلیت به‌همراه دارد، از بابت تسویه از محل واحد ساخته شده، نگرانی خاصی وجود ندارد؛ ثالثاً، این حکم قانون‌گذار دارای بدون پیشینه هم نیست. به‌عنوان نمونه، پرداخت دیون از ترکه متوفی، مواردی را که پیش از وفات در زمره مستثنیات دین او بوده را نیز شامل خواهد شد. چهارم؛ مناسبات گروه‌های فوق و مناسبت حکم و موضوع که در بند آتی به آن پرداخته خواهد شد، پرداخت هزینه‌ها را به‌طور مطلق تجویز می‌کند. در نتیجه، فقر و غنای اقلیت در استیفای حقوق قانونی اکثریت در بازسازی بی‌تأثیر است.

به علاوه، ممکن است این پرسش مطرح شود که در فرایند بازسازی ساختمان‌های فرسوده و تأمین مالی پروژه‌های مرتبط با ماده ۱۳، دولت چه نقشی دارد؟ حمایت دولت از اقلیت و حتی تسری این حمایت به اکثریت چگونه ممکن خواهد بود. در مورد لزوم حمایت دولت از اقلیت، شناسایی مبنای این حمایت و سپس امکان تسری این حمایت به اکثریت ذیلاً بررسی می‌شود. در خصوص مبنای، با توجه به اصل ۳۱ قانون اساسی و نیز گسترش «اندیشه اساسی سازی حقوق خصوصی» می‌توان «حق بر مسکن» و «تکلیف دولت بر تأمین مسکن برای اقشار آسیب پذیر» را از زمره حقوق اساسی محسوب کرد. در حقیقت، با رویکرد اساسی سازی حق‌های خصوصی (مثل حق بر مسکن)، هنجارهای حقوق اساسی در روابط خصوصی نیز اعمال شده و قواعد حقوق خصوصی زیر سایه حقوق اساسی تفسیر و اعمال می‌شود (مولایی؛ حاجی پور، ۱۳۹۷، ص ۲۳۱). از آنجاکه با ضرورت تخریب مجتمع‌های فرسوده و تخلیه و تخریب آن، اقلیت در معرض آسیب‌های مالی و اجتماعی قرار می‌گیرد، دخالت دولت ضروری به نظر می‌رسد. در عین حال، به دلیل مشکلات اجرایی و توان مالی دولت، محدودیت‌های فراوانی متوجه این قبیل حمایت‌هاست. از آنجاکه تمایز بین اقلیت و اکثریت، در اعطای تسهیلات، موجه به نظر نمی‌رسد، اعطای تسهیلات بانکی با بهره مناسب و همراه با پرداخت بلندمدت، استناد به قانون حمایت از احیا، بهسازی و نوسازی بافت‌های فرسوده و ناکارآمد شهری مصوب ۱۳۸۹ و تفسیر موسع از بافت‌های فرسوده و تسری احکام حمایتی این قانون نسبت به آپارتمان‌های فرسوده‌ای که خارج از بافت فرسوده قرار دارد، پیشنهاد می‌شود.

۲-۲-۵. قلمرو شمول حق تقدم اکثریت بر اموال اقلیت

مبتنی بر شناسایی وثیقه عینی بر واحد ساخته شده به نفع اکثریت، لازم است به مناسبت، شمول آن بر خسارت، وضعیت آن در فرض تراحم با وثیقه قضایی و قراردادی و نیز در فرض ورشکستگی اقلیت، بررسی شود.

۲-۲-۵. قلمرو شمول بر خسارت

در قلمرو شمول حق تقدم اکثریت نسبت به خسارات، می‌توان گفت، طلب

اکثریت بر مبنای مورد پذیرش، یعنی «قیمت تمام شده به نرخ زمان تحویل (و نه ارزش مبادلاتی)» بر بستانکاران دیگر مقدم است. اگرچه در صورت تأخیر، «خسارت تأخیر تأدیه مطالبات معوق اکثریت»، با این استدلال که بین خسارت تأخیر و اصل بستانکاری، نوعی این همانی وجود دارد و چنین فرض می‌شود که خسارت تأخیر، فاصله اصل طلب و ارزش واقعی آن را به نرخ روز، پر می‌کند، از محل وثیقه یاد شده قابل وصول به نظر می‌رسد؛ اما اگر ملاک قیمت‌گذاری را زمان تسویه و تأدیه در نظر بگیریم این خسارت، با ملاک یادشده تدارک می‌شود و تدارک دوباره آن، بلاوجه است. ولی «خسارت عدم انجام تعهد» چون خسارتی در عرض طلب محسوب می‌شود و تقدم، امری خلاف اصل محسوب می‌شود، اخذ به قدر متیقن، اقتضا دارد وصول این خسارت از این محل، اولویت وصول نداشته باشد و در فرض تراحم با حقوق سایر بستانکاران، مقدم محسوب نشود.

۵-۲-۴. قلمرو شمول در فرض تراحم با وثیقه قضایی و قراردادی

اگرچه تقدم طلب دارای وثیقه حکمی (مثل طلب اکثریت در امر بازسازی و تجدید بنا) بر بستانکاران عادی و حتی آن‌ها که زمان طلبشان مقدم است، امری مسلم به نظر می‌رسد، اما در مورد «تراحم حق بستانکاران دارای وثیقه حکمی و دارندگان وثیقه قراردادی و قضایی» اختلاف نظر وجود دارد. برخلاف دیدگاهی که باور دارد، «طلبی که به حکم قانون بر مال معینی وثیقه دارد بر طلبی که بر همان مال دارای وثیقه قراردادی است تقدم خواهد یافت» (جعفری لنگرودی ۱۳۸۶، ص ۱۶۹) باید گفت اطلاق این سخن، بدون لحاظ زمان تعلق حق وثیقه عینی، صحیح به نظر نمی‌رسد. در نتیجه اگر گفته شود، «در میان مطالبات، طلبی که دارای وثیقه حکمی باشد بر طلب دارای وثیقه قراردادی و طلب اخیرالذکر بر طلب مقدم و نهایتاً طلب ممتاز بر طلب عادی، تقدم خواهد یافت. در آخرین مرحله نیز طلب مؤخر قرار می‌گیرد» (میرشکاری، ۱۳۹۱، ص ۵۷)، سخن تمامی نیست. بنابراین، باید زمان تعلق حق عینی تبعی نیز مد نظر قرار گیرد، زیرا تقدم زمانی، به تقدم حق منجر می‌شود؛ مگر این که قانون‌گذار به صورت خاص در این باره تصریح کند؛ مثل ماده ۳۰ قانون دریایی که با تصریح، حقوق ممتاز را بر حق رهن مقدم داشته است. بدین ترتیب می‌توان

گفت، در صورتی که قبل از توافق اکثریت و تأیید آن توسط دادگاه، «به موجب قرارداد»، حق رهن بر واحد متعلق به اقلیت، برقرار شده باشد، در صورت تجویز بازسازی، واحد جایگزین نیز در همان موقعیت حقوقی رهن سابق قرار می‌گیرد و به ملاک ماده ۷۹۱ قانون مدنی و بدون نیاز به قرارداد جدید، رهن محسوب می‌شود. این رهن اگرچه «رهن حکمی» نامیده شده است، اما همچنان آثار رهن قراردادی را با خود دارد. همچنین است اگر به «موجب تأمین خواسته» (برای خواهان) یا «تأمین محکوم‌به» (برای محکوم‌له)، «وثیقه قضایی» برقرار شده باشد، وثیقه قانونی که برای اکثریت به حکم ماده ۱۳ برقرار می‌شود، عنوان «در حکم وثیقه مکرر یا وثیقه مازاد» پیدا می‌کند و مثل رهن مکرر (مازاد) (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۵۱۸)، در اینجا نیز نخست ذی نفع اول و بعد از وی، بر اساس ضابطه «الأول فالاول»، بر دیگران مقدم‌اند و بعد از آن نوبت به طلب اکثریت می‌رسد که از «مازاد»، طلب خود را استیفا کنند. بدین ترتیب، با اعمال نوعی «عدالت تصحیحی» در این باره، از آسیب اکثریت جلوگیری می‌شود. بنابراین با توجه به «ملاک زمانی» و در صورت عدم تقدم وثیقه قانونی و قراردادی بر یکدیگر وثیقه حکمی مقدم اما در وضعیت تقدم زمانی وثیقه قراردادی، از نظر ما و با توجه به دلایل فوق، اصولاً و جز در موارد مُصرَّح قانونی، اولویت با وثیقه قراردادی است.

۳-۵. حق حبس اکثریت نسبت به تحویل ملک بازسازی شده

ممکن است اقلیت، پس از اتمام ساخت واحد، از پرداخت هزینه‌هایی که اکثریت متحمل شده‌اند، خودداری کنند. آیا اکثریت می‌توانند تا زمان تسویه حساب اقلیت، تحویل واحد بازسازی شده خودداری کنند؟ به دیگر سخن، آیا اکثریت پس از بازسازی آپارتمان در مقابل اقلیت حق حبس دارند؟ پاسخ به این پرسش، ذیلاً و بر اساس جریان «نظریه عمومی حق حبس» در نحوه استیفای حق اکثریت و نیز سیاق ماده ۱۳، بررسی خواهد شد.

بر اساس «نظریه عمومی حق حبس»، هرگاه در رابطه‌ای، حقوق و تعهداتی باشد که در برابر یکدیگر قرار می‌گیرد و بین آن‌ها نوعی تقابل وجود داشته باشد، کسی که تعهدی دارد می‌تواند ایفای تعهد خود را به استیفای حق متقابل خود، منوط و

مشروط کند. در این صورت، نه تنها حق حبس به معاوضه قراردادی منحصر نیست، بلکه از معاوضه قهری هم فراتر می‌رود و هر جایی که نوعی تقابل بین دو تعهد وجود داشته باشد، حق حبس متصور است (پارساپور و نفرشانی، ۱۳۸۸، ص ۱۲). بنابراین، برخلاف کسانی که حق حبس را خلاف اصل و نیازمند تصریح می‌دانند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۴۵۲)، مشهور متأخران فقیهان امامیه (نجفی خوانساری؛ ناینی ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۳۹) و اکثریت حقوق دانان (امامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۴۵۸؛ جعفری لنگرودی ۱۳۸۶، ص ۱۲۳-۱۲۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۸۷)، حق حبس را در مطلق عقود معاوضی قبول دارند. احتمال تسری این حق به معاوضه قهری نیز توسط برخی حقوق دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۱۳۴۶) و برخی فقیهان امامیه پذیرفته شده (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۳۴؛ خمینی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۴۵۰)؛ بلکه بالاتر، در هر جایی که نحوی تقابل، اعم از این که معاوضی باشد یا غیرمعاوضی و اعم از این که که معاوضه، قهری باشد یا قراردادی (کرکی، ۱۴۱۱، ج ۶، ص ۹۹؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ص ۳۲)، اجرای تعهدات متقابل و هم‌زمانی ایفای تعهدات وجود حق حبس و شناسایی آن را به عنوان قاعده عمومی در تمامی تعهدات متقابل، اقتضا دارد (فتوحی راد و عابدی و خدابخشی، ۱۴۰۰، ص ۷۸۴). حال، از آنجا که اولاً، اکثریت به حکم قانون و تأیید و تجویز دادگاه، هزینه بازسازی را می‌دهند و به موجب قانون (ماده ۱۳) نسبت به هزینه‌ها استحقاق پیدا می‌کنند، دو تعهد در مقابل هم قرار می‌گیرد و بین دو سوی این حق، نوعی تقابل قانونی به جود می‌آید؛ ثانیاً، به دلیل این که اکثریت، پیش‌تر به تعهد خود عمل کرده و برای وصول مطالبات طرف ضعیف رابطه است، به موجب تئوری حمایت از طرف ضعیف و منطق حقوقی حاکم بر قضیه، نمی‌توان به اکثریت تکلیف کرد که بدون پایبندی دیگری به تعهدش، تعهد خود را به اجرا گذارد (پارساپور و نفرشانی، ۱۳۸۸، ص ۱۳)، بنابراین همبستگی قانونی دو سوی تعهد و بلکه تقدم حق اکثریت بر وصول مطالبات، اقتضا دارد اکثریت در برابر اقلیت و تا زمان استیفای طلب ناشی از بازسازی حق حبس داشته باشند. اقتضای عدالت معاوضی (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۸۷) و انصاف هم این است که یک سوی تعهد، زمانی می‌تواند اجرای تعهد طرف مقابل را درخواست کند که خود نسبت به ایفای تعهدات خود حاضر باشد. تئوری

موازنه در دو سوی تعهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۱۲۲) و امکان تقاص در پرتو حبس (مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۶۰)، می‌تواند مؤید استدلال فوق باشد.

پذیرش حق حبس در پرتو قیاس اولویت نیز ممکن به نظر می‌رسد، زیرا وقتی قانون‌گذار، برای اکثریت، نوعی وثیقه عینی که ماهیتاً، رهن استیفایی است برقرار می‌کند، پذیرش ماهیتی که جنبه حبسی دارد و در درجه پایین‌تری از وثیقه استیفایی است، به طریق اولی قابل پذیرش است. در صورتی که این استدلال پذیرفته شود، اشکال‌های نظری حق حبس دیگر مطرح نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

مبتنی بر ضرورت‌های اجتماعی و تقدم حق بر امنیت مالی و جانی اکثریت و جلوگیری از اختلال در نظام معیشت، اکثریت سهمی ساکنان آپارتمان‌های در معرض خطر تخریب، حق دارند، با انعقاد قرارداد جمعی، یا از طریق مدیران مجتمع مسکونی، با مراجعه به دادگاه محل وقوع ملک، با طرح دادخواست تأیید قرارداد جمعی و تجویز بنا، با تأیید کارشناس مبنی بر وجود خطر جانی مبتنی بر احتمال تخریب ساختمان و تأیید توافق و تجویز تجدید بنا توسط دادگاه، با تأمین مسکن مناسب برای اقلیت، به تخریب و بازسازی بنا اقدام کنند.

توافق مقدماتی اکثریت، قبل از تأیید دادگاه، قابل اقاله و خروج یک جانبه اعضاست و بعد از تأیید دادگاه و به‌ویژه بعد از تخلیه و تخریب، لازم به نظر می‌رسد. الحاق به اکثریت با لحاظ «قیمت تمام شده تا زمان الحاق»، ممکن به نظر می‌رسد. خروج از قرارداد بعد از آن، در صورتی که به ضرر اقلیت یا ثالث باشد، قابل استناد نخواهد بود.

حق بر تخلیه در مورد دارندگان حق سرقفلی یا کسب و پیشه و تجارت، به پرداخت حقوق صنفی و تجاری آن‌ها منوط است؛ مگر این‌که به اخذ مکان مشابه در محل جدید رضایت دهند.

به منظور تأمین مالی تجدید بنا، اکثریت حق دارد با لحاظ حق قبلی اقلیت بر عین و عرصه، با شخص ثالث مشارکت کند. این مشارکت باید با رعایت حداکثری

حق اقلیت بر عرصه و اعیان، با لحاظ وضعیت قبل از بازسازی باشد. اکثریت، پس از اتمام ساخت، در قبال دریافت هزینه‌های ساخت و اجرت‌المثل اقدامات اجرایی، نسبت به واحد اقلیت، حق وثیقه عینی قانونی دارند و از تاریخ تأیید قرارداد جمعی، نسبت به سایر بستانکاران دارای حق قرارداد رهن، مقدم محسوب می‌شوند؛ به علاوه، اکثریت، به موجب نظریه عمومی حق حبس، نسبت به تحویل ملک اقلیت و در قبال هزینه‌ها، از حق حبس برخوردارند.

پیشنهادها

ماده ۱۳ به طرز عجیبی، مبهم و در بسیاری موارد، ساکت و نیازمند بازنگری است. به منظور اصلاح ماده ۱۳ قانون تملک آپارتمان‌ها موارد زیر پیشنهاد می‌شود:

۱-۶- بعد از عبارت «ساختمان دچار فرسودگی کلی شده باشد» اضافه شود: «یا به هر دلیل دیگر در معرض تخریب باشد».

۲-۶- به عبارت «مالی و جانی»، به «مالی یا جانی» تغییر کند.

۳-۶- عبارت، از طرف مالکان، به «مالکان در اکثریت» تغییر کند.

۴-۶- عبارت «هزینه‌های انجام شده»، به عبارت «هزینه‌های انجام شده به نرخ روز پرداخت» تغییر کند.

۵-۶- به عبارت از «جمله همان واحد»، عبارت «ولو همان واحد به عنوان رهن» اضافه شود.

۶-۶- به عنوان تبصره ۳ اضافه شود: «تخلیه واحدهای تجاری و صنفی، با رعایت مقررات حاکم بر حق سرقفلی یا حق کسب و پیشه تجارت خواهد بود؛ مگر این‌که متصرفان این واحدها، به اخذ واحد تجاری، از مکان جدید رضایت دهند؛ در این صورت، باید مکان تجاری جدیدی مشابه با مکان فعلی برای آن‌ها اجاره شود و پروانه ساختمانی جدید نیز بر اساس تأمین بخش تجاری برای این گروه از اقلیت اخذ و اجرا شود.»

۷-۶- به عنوان تبصره ۴ اضافه شود: «اکثریت حق دارد از تسلیم واحد ساخته شده، تا قبل از تسویه کلیه «هزینه‌های تمام شده و به قیمت روز پرداخت»،

اجور پرداخت شده و اجرت‌المثل اقدام‌های انجام شده، خودداری کند. در مدت اعمال این حق، اکثریت، نسبت به تلف یا نقص قهری نسبت به واحد ساخته شده، مسئولیتی ندارد»

اعطای تسهیلات بانکی با بهره مناسب و همراه با پرداخت بلندمدت، استناد به قانون حمایت از احیاء، بهسازی و نوسازی بافت‌های فرسوده و ناکارآمد شهری مصوب ۱۳۸۹ و تفسیر موسع از بافت‌های فرسوده و تسری احکام حمایتی این قانون نسبت به آپارتمان‌های فرسوده‌ای که خارج از بافت فرسوده قرار دارد، پیشنهاد می‌شود.

فهرست منابع

۱. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۸ق). حاشیه کتاب المکاسب، (تصحیح عباس محمدآل سباع قطیفی). قم: نشر انوار الهدی.
۲. امامی، سید حسن. (۱۳۸۵ش). حقوق مدنی. تهران: گنج دانش.
۳. ایزانلو، محسن؛ میرشکاری، عباس. (۱۳۹۱ش). طلب ممتاز. دیدگاه‌های حقوق قضایی. ۱۷(۶۰)، ص ۳۷-۶۸. <http://jlvviews2.ujsas.ac.ir/article-1-82-fa.html>
۴. بجنوردی، سید محمدحسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی.
۵. بحرانی، محمدسند. (۱۴۲۶ق). أسس النظام السیاسی عند الامامیه. قم: مکتبه الفدک.
۶. بهبهانی، محمدباقر. (۱۴۲۴ق). مصابیح السلام. قم: مؤسسه وحید بهبهانی.
۷. پارساپور، محمدباقر؛ تفرشانی، محمدعیسی. (۱۳۸۸ش). نظریه عمومی حق حبس در تعهدات متقابل. حقوق تطبیقی، ۱۷(۱)، ص ۳-۲۲.
۸. تفتازانی، مسعود. (۱۳۸۸ق). المطول: شرح تلخیص مفتاح. تهران: انتشارات کوخ.
۹. جزایری، سید حمید؛ عشایری منفرد، محمد. (۱۳۹۰ش). قلمرو مصلحت و عدالت در تراجم احکام و حقوق زنان، مطالعات راهبردی زنان، ۱۴(۵۴)، ۷-۵۸.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۶ش). حقوق خانواده. تهران: گنج دانش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۲ش). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۶ش). حقوق اموال. تهران: گنج دانش.
۱۳. جمعی از محققان. (۱۳۸۹ش). فرهنگ نامه اصول فقه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۴. خراسانی (آخوند)، محمدکاظم. (۱۴۴۶ق)، کفایه الاصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی
۱۵. خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۰۷ق). فواید الاصول. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۱۶. خمینی، روح‌الله. (۱۳۷۸ش). صحیفه نور. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۱۷. خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۶۸ق)، البیع، قم: مؤسسه اسماعیلیان
۱۸. خورسندیان، محمدعلی؛ شرعی، الهام. (۱۳۹۵ش). مبانی قاعده نفی اختلال نظام در فقه اسلامی و حقوق موضوعه. فقه و مبانی حقوق اسلامی (مقالات و بررسی‌ها)، ۴۹(۱)، ص ۸۳-۱۰۴. <https://doi.org/10.22059/jzfil.2016.60144>
۱۹. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، محاضرات فی اصول الفقه، (تقریر محمد اسحاق فیاض) قم: انتشارات انصاریان
۲۰. شاه‌رودی، سید محمود. (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه. قم: مؤسسه دایرة المعارف اسلامی.
۲۱. صدر، محمد باقر. (۱۴۲۹ق). دروس فی علم الاصول. قم: دارالصدر.
۲۲. صفایی، سید حسین. (۱۳۹۷ش). قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان.
۲۳. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۳ق). حاشیه علی المکاسب. قم: دارالمصطفی.
۲۴. طجربلو، رضا؛ شعبانی، هادی. (۱۳۹۳ش). وثیقه شناور در نظام حقوقی کام‌لا. مطالعات حقوق تطبیقی، ۵(۱)، ص ۲۰۱-۲۲۷. <https://doi.org/10.22059/jcl.2014.51535>
۲۵. عاملی، شهید ثانی زین‌الدین. (۱۴۱۶ق). مسالک الافهام. قم: مؤسسه معارف اسلامی.
۲۶. علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۸۷ش). فقه و مصلحت. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۲۷. علیدوست، ابوالقاسم؛ حسینعلی، بای. (۱۳۹۱ش). معیار ضمان، فقه اهل بیت (علیهم السلام)، ۱۸(۷۱-۷۰). ص ۴۸-۱۰۵. <https://www.sid.ir/paper/90877/fa>
۲۸. عیسائی تفرشی، محمد؛ نصیری، مرتضی؛ شهبازی نیا، مرتضی؛ شکری فریده. (۱۳۸۹ش). وثیقه شناور در نظام حقوقی آمریکا و ایران. پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۴(۲)، ص ۱۹۵-۲۲۱.
۲۹. فتوحی‌راد، رضا؛ عابدی، محمد؛ خدابخشی، عبدالله. (۱۴۰۰ش). حق حبس در اجرای تعهدات متقابل. مطالعات حقوق خصوصی، ۵۱(۴)، ص ۷۸۳-۸۰۵. <https://doi.org/10.22059/jlq.2022.316938.1007488>
۳۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۲ش). قواعد عمومی قراردادها. تهران: گنج دانش.
۳۱. کرکی، محقق ثانی علی بن عبدالعالی. (۱۴۱۱ق). جامع المقاصد. بیروت: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.
۳۲. مراغی، میرعبدالفتاح. (بی تا). العناوین. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۳. مطهری، مرتضی. (۱۳۷۷ش). اسلام و مقتضیات زمان. تهران: صدرا.
۳۴. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۲ق). القواعد الفقهیه. قم: انتشارات علی بن ابی طالب (ع).
۳۵. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۵ق). انوار الفقاهة. قم: مدرسه امام علی (ع).
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۲). بحوث فقهیه هامة. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
۳۷. مولائی، یوسف؛ حاجی‌پور، مرتضی. (۱۳۹۷ش). اساسی سازی حقوق خصوصی. پژوهش حقوق

- عمومی، ۲۰ (۶۱)، ص ۲۰۹-۲۳۴. <https://doi.org/10.22054/qjpl.2018.24710.1606>
۳۸. مولائی، یوسف؛ حاجی‌پور، مرتضی. (۱۳۹۷ش). اساسی سازی حقوق خصوصی. پژوهش حقوق عمومی، ۲۰ (۶۱)، ص ۲۰۹-۲۳۴. <https://doi.org/10.22054/qjpl.2018.24710.1606>
۳۹. میرشکاری، عباس. (۱۳۹۵ش). وثیقه حکمی. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۱۷ (۲)، ص ۱۲۷-۱۴۷. <https://doi.org/10.30497/law.2016.1960>
۴۰. نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۴۱۸ق). منیة الطالب فی شرح المکاسب، (تقریرات میرزا محمدحسین نائینی به قلم موسی خوانساری). قم: النشر الاسلامی.
۴۱. ولایتی، محسن. (۱۳۹۴ش). مبانی فقهی حفظ نظام در اندیشه امام خمینی (ره)، نشریه علمی پژوهشی مطالعات انقلاب اسلامی، ۱۲ (۴۲)، ص ۱۰۸. <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.20085834.1394.12.42.6.5>

References

1. A Group of Researchers. (2010). *Farhang-nāmah-ye Uṣūl al-Fiqh* [Encyclopedia of the Principles of Jurisprudence] (Vol. 2). Qom: Islamic Sciences and Culture Academy.
2. Alidoust, Abolqasem. (2008). *Fiqh wa Maṣlaḥat* [Jurisprudence and Expediency]. Tehran: Research Institute for Islamic Culture and Thought.
3. Alidoust, Abolqasem, & Bay, Hoseinali. (2012). Mi yār-i Damān [The Criterion of Guarantee/Liability]. *Fiqh-i Ahl al-Bayt (pbu)*, 18(70-71), 48-105.
4. Amili, Zayn al-Din (Shahid al-Thani). (1995). *Masālīk al-afḥām ilā tanqīh sharā'i' al-Islām*. Qom: Islamic Ma'ārif Institute.
5. Bahrani, Muhammad Sanad. (2005). *Usus al-nizām al-siyāsī 'inda al-Imāmīyah*. Qom: Maktabat al-Fadakh.
6. Behbahani, Muhammad Baqer. (2003). *Maṣābīḥ al-salām*. Qom: Wahid Behbahani Institute.
7. Emami, Seyed Hassan. (2006). *Huqūq-i Madanī* [Civil Law] (Vol. 1, 3rd ed.). Tehran: Ganj-e Danesh.
8. Fotouhi Rad, Reza; Abedi, Mohammad; & Khodabakhshi, Abdollah. (2021). Haqq-i Ḥabs dar Ijra-yi Iltizāmāt-i Mutaqābil [The Right of Retention in the Performance of Reciprocal Obligations]. *Muṭāla'āt-i Huqūq-i Khuṣūṣī*, 51(4), 783-805. <https://doi.org/10.22059/jlq.2022.316938.1007488>
9. Izanloo, Mohsen, & Mirshekari, Abbas. (2012). Ṭalab-i Mumtāz [Priority Debt]. *Diḡāhhā-yi Huqūq-i Qaḏā'i*, 17(60), 37-68.
10. Isfahani, Muhammad Hosein. (1997). *Hāshiyah Kitāb al-Makāsib* (Edited by Abbas Muhammad Al-Saba' Qatifi). Qom: Anwar al-Huda Publishing.
11. Ja'fari Langaroudi, Mohammad Jafar. (2007). *Huqūq-i Khānavādah* [Family Law]. Tehran: Ganj-e Danesh.
12. Ja'fari Langaroudi, Mohammad Jafar. (2013). *Tarmīnūlūzhī-yi Huqūq* [Legal Terminology]. Tehran: Ganj-e Danesh.
13. Ja'fari Langaroudi, Mohammad Jafar. (2017). *Huqūq-i Amvāl* [Property Law]. Tehran: Ganj-e Danesh.
14. Jazayeri, Hamid, & Ashayeri Monfared, Mohammad. (2011). *Qalamraw-i*

- Maşlahat va 'Adālat dar Tazāhum-i Aḥkām va Ḥuqūq-i Zanān [The Scope of Expediency and Justice in the Conflict of Rulings and Women's Rights]. *Muṭāla'āt-i Rāhburdī-yi Zanān*, 14(54), 7–58.
15. Karaki, Ali ibn Abd al-Ali (Muhaqqiq al-Thani). (1990). *Jāmi' al-maqāshid*. Beirut: Al al-Bayt Institute.
 16. Katouzian, Nasser. (2023). *Qavā'id-i 'Umūmī-yi Qarārdādāhā* [General Principles of Contracts] (Vol. 3). Tehran: Ganj-e Danesh.
 17. Khomeini, Rouhollah. (1999). *Ṣaḥīfah-yi Nūr* (Vol. 15). Tehran: The Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
 18. Khomeini, Seyed Rouhollah. (1989). *Al-Bay'*. Qom: Isma'iliyan Institute.
 19. Khoei, Seyed Abu al-Qasim. (1989). *Muḥāḍarāt fi uṣūl al-fiqh* (Transcribed by Muhammad Ishaq al-Fayyad). Qom: Ansariyan Publications.
 20. Khorasani (Akhund), Muhammad Kazem. (1986). *Fawā'id al-uṣūl*. Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance.
 21. Khorsandian, Mohammad Ali, & Sharaei, Elham. (2016). Mabānī-yi Qā'idah-yi Nafy-i Ikhtilāl-i Niẓām dar Fiqh-i Islāmī va Ḥuqūq-i Mawḍū'ah [Foundations of the Rule of 'Preventing Social Disorder' in Islamic Jurisprudence and Positive Law]. *Fiqh va Mabānī-yi Ḥuqūq-i Islāmī (Maqālāt va Barrasihā)*, 49(1), 83–104. <https://doi.org/10.22059/jjfil.2016.60144>
 22. Makarem Shirazi, Naser. (1994). *Anwār al-fiqāhah*. Qom: Imam Ali ibn Abi Talib (pbuh) School.
 23. Makarem Shirazi, Naser. (2001). *Baḥūth fiqhīyyah hāmmah*. Qom: Imam Ali ibn Abi Talib (pbuh) School Publications.
 24. Makarem Shirazi, Naser. (2003). *Al-Qawā'id al-fiqhīyyah*. Qom: Ali ibn Abi Talib Publications.
 25. Maraghi, Mir Abd al-Fattah. (n.d.). *Al-'Anāwīn*. Qom: Islamic Publishing Institute.
 26. Mirshekari, Abbas. (2016). Vathīqah-yi Ḥukmī [Judicial Security]. *Pazhūhishnāmah-yi Ḥuqūq-i Islāmī*, 17(2), 127–147. <https://doi.org/10.30497/law.2016.1960>
 27. Molaei, Yousef, & Hajipour, Morteza. (2018). Asāsī Sāzī-yi Ḥuqūq-i Khuṣūṣī [Constitutionalization of Private Law]. *Pazhūhish-i Ḥuqūq-i 'Umūmī*, 20(61), 209–234. <https://doi.org/10.22054/qjpl.2018.24710.1606>
 28. Motahhari, Morteza. (1998). *Islām va Muqtaḍīyyāt-i Zamān* [Islam and the Requirements of the Time] (Vol. 1). Tehran: Sadra.
 29. Musawi al-Bojnourdi, Seyed Muhammad Hasan. (1998). *Al-Qawā'id al-fiqhīyyah*. Qom: Al-Hadi Publishing.
 30. Na'ini, Mirza Muhammad Hosein. (1997). *Munyat al-ṭālib fi sharḥ al-Makāsib* (Transcribed by Musa Khansari). Qom: Islamic Publishing Institute.
 31. Parsapour, Mohammad Baqer, & Tafreshi, Mohammad Isa. (2009). Nazarīyyah-yi 'Umūmī-yi Ḥaqq-i Ḥabs dar Itizāmāt-i Mutaqābil [General Theory of the Right of Retention in Reciprocal Obligations]. *Ḥuqūq-i Taṭbīqī* [Comparative Law], (17), 3–22.
 32. Sadr, Muhammad Baqer. (2008). *Durūs fi 'ilm al-uṣūl*. Qom: Dar al-Sadr.
 33. Safaie, Seyed Hosein. (2018). *Qavā'id-i 'Umūmī-yi Qarārdādāhā* [General Principles of Contract Law]. Tehran: Mizan.
 34. Shahroudi, Seyed Mahmoud. (2005). *Farhang-i Fiqh* [Encyclopedia of Jurisprudence] (Vol. 2). Qom: Islamic Encyclopedia Institute.
 35. Tabatabai Yazdi, Seyed Muhammad Kazem. (2002). *Ḥāshiyah 'alā al-Makāsib*. Qom: Dar al-Mustafa.
 36. Taftazani, Mas'ud. (1967). *Al-Muṭawwal: Sharḥ Talkhīṣ Miftāḥ al-'ulūm*.

Tehran: Kookh Publications.

37. Tojarlo, Reza, & Shabani, Hadi. (2014). Vathīqah-yi Shanāvar dar Nizām-i Huqūqī-yi Kāman Lā [Floating Charge in the Common Law System]. *Muṭāla'āt-i Huqūq-i Taṭbīqī*, 5(1), 201–227. <https://doi.org/10.22059/jcl.2014.51535>
38. Isa'i Tafreshi, Mohammad; Nasiri, Morteza; Shahbazinia, Morteza; & Shokri, Farideh. (2010). Vathīqah-yi Shenāvar dar Nizām-i Huqūqī-yi Āmrīkā va Īrān [Floating Charge in the Legal Systems of the US and Iran]. *Pazhūhishhā-yi Huqūq-i Taṭbīqī*, 14(2), 195–221.
39. Velayati, Mohsen. (2015). Mabānī-yi Fiqhī-yi Ḥifz-i Nizām dar Andīshah-yi Imām Khomeinī [Jurisprudential Foundations of 'Preservation of the Social Order' in Imam Khomeini's Thought]. *Muṭāla'āt-i Inqilāb-i Islāmī*, 12(42), 99–118. <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.20085834.1394.12.42.6.5>



The Legal Nature of the Contract Between the Government and Livestock Owners Regarding the Allocated Lands under the "Livestock Exit from Forests" Scheme

Seyed Hasan Hoseini Moghadam¹  | Mohammad Farzanegan² |
Mohammad-Hasan Akhoundi³

1. Corresponding Author, Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. Email: s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir
2. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, Golestan University, Gorgan. Iran. Email: m.farzanegan@gu.ac.ir
3. Master's Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. Email: mohammadhasan.a76@gmail.com

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received: 18 June 2024

Revised: 25 April 2025

Accepted: 3 May 2025

Available online 29 July 2025

Keywords:

Livestock Exit, Lands, Livestock Owner, Government, Allocation Contract, Principle of Freedom of Contract, Terms and Conditions.



ABSTRACT

The "Livestock Exit from Forests" scheme was first introduced in the Second Development Plan Law of 1994 (1373) and subsequently completed or ratified in the Third and Fourth Development Plans. According to this law, the government was obligated to grant certain privileges to livestock owners, via a contract, in exchange for the removal of their livestock from the forests, with the aim of optimizing the utilization of the country's natural resources. Identifying and explaining the legal nature of the rights of livestock owners-specifically, under which named contract or other special agreement according to Article 10 of the Civil Code and the principle of freedom of contract it may fall-is crucial. This is because, subsequent to this contract, privileges with specific terms are granted to the livestock owners, and the stability or instability of these rights depends on the nature of the said contract. This research, employing an analytical-descriptive method, will examine how the present contract is a commutative agreement wherein, in exchange for the transfer and relinquishment of the right to graze and forage livestock, the livestock owners are granted a substitute right by the government, which, as a rule, is considered a form of ownership right over the subject land. Furthermore, this right is subject to limitations established by the terms stipulated in the contract and the principle of party autonomy, resulting in a specific contract with its own unique characteristics. Identifying the legal provisions, attributes, and effects of this contract is influential for the subsequent rights of the livestock owners as well as the legal status they previously held.

Cite this article: Hoseini Moghadam, S. H.; Farzanegan, M.; Akhoundi, M. H. (2025). The Legal Nature of the Contract Between the Government and Livestock Owners Regarding the Allocated Lands under the "Livestock Exit from Forests" Scheme. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(32), 121-153. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6116.1970>



Extended Abstract

Introduction

In the law of the Second Economic, Social and Cultural Development Plan of the Islamic Republic of Iran, approved in 1933, the government was required to grant concessions to livestock farmers in the form of contracts in exchange for their livestock leaving the forest in order to optimally exploit the country's natural resources. This means that in exchange for their grazing permits, which were often issued for the presence in the pastures, the livestock farmers received a limited and specific area in the natural resource areas used for livestock farming and fodder cultivation, in exchange for the number of their livestock. The point to be examined in this research is that the transfer of lands with specific uses and specific restrictions was important, and ultimately examining these cases is important in determining the nature of the rights of livestock farmers. Another goal of the research is to conduct a comparative study of the contract for the transfer of privileges to livestock farmers with specific contracts or other special contracts in accordance with Article 10 of the Civil Code and the principle of freedom of contract. In this way, which of the specific contracts does the assignment of the subject of the present research correspond to, or which one should be examined as a special contract in accordance with the article of the Civil Code? Or, in view of the famous hadith "People are given authority over their property" quoted from the Holy Prophet of Islam (pbuh), what is the basis for the restrictions imposed on the rights of livestock keepers? Regarding the present study, given the newness of the topic, no research has been conducted in this field, and all articles and writings that have been written so far related to this topic have been solely about national lands and the method of transferring these lands to individuals, which is outside the scope of the present study, given the negotiable nature of the transfer and the nature of the contract between livestock farmers. Therefore, given the importance of the subject and its practical application in litigation, it was deemed necessary to answer these questions in an independent study. This study is recommended for lawyers, researchers, and activists in this field due to its connection to natural resources, environment, agriculture, national lands, and being a pioneer in examining the rights of livestock owners.

Method

This research attempts to answer the above questions using a descriptive and analytical method, relying on library studies, by examining the legal foundations and opinions of jurists and legal authors, and analyzing judicial practice.

Findings

Based on the authentic and well-known hadiths regarding the need to respect the ownership of individuals, including the famous hadith "People are in control of their property" narrated from the Prophet of Islam (pbuh), the opinions of jurists and legal authors have determined that the right of ownership of

livestock owners to the lands ceded in the framework of the plan to remove livestock from the forest should be subject to legal and judicial protection. On the other hand, the permanent restrictions imposed on livestock owners' rights were declared invalid due to the permanent nature of these restrictions, which themselves cause ignorance among the farmers, and were deemed not invalid in order to prevent the disruption of the economic order.

It is also necessary to point out that these restrictions were applicable within a specific time frame and it was further determined that the nature of this contract was not consistent with any of the specific contracts and should be examined as a special contract within the framework of Article 10 of the Civil Code and the principle of freedom of contracts.

Conclusion

Despite the investigations carried out and the scrutiny of famous hadiths, the opinions of legal authors, and a sample draft of a land transfer contract, it was determined that the livestock farmer apparently had ownership rights to the transferred lands and was recognized as the owner of the land from the moment of transfer, and this transfer was also for agricultural use and for the purpose of growing fodder. However, the restrictive conditions contained in the contract, such as the prohibition of transfer of ownership and change of use, are neither consistent with the nature of the right of ownership arising from certain ownership contracts nor with the agreement on ownership that can be formed based on Article 10 of the Civil Code.

These invalid conditions should either be waived or the contract should be declared invalid in accordance with them, and consequently all transactions made by the rancher regarding the land in question should be declared invalid. Following this, the rancher should also be deemed able to return to his former usufruct right over the forest. Because By announcing the termination of the contract, ownership of the land is also returned to the government, and it must also be able to recover its compensation. This method is completely contrary to the plan to remove livestock from the forest and the legislative purpose of preserving natural resources, and causes economic turmoil in society, especially the destruction of livestock farmers and their dairy and meat products for supply to society.

To maintain the order of transactions and the economy of the society, it is better not to extend the invalidity of these conditions to the contract following a secondary ruling and to consider the contract as valid. The legislative requirement for this is to foresee the contract in question in the form of a special contract in the same law The "Contract for Transferring Land to Livestock Farmers in Exchange for the Abandonment of Grazing Rights" is intended to protect livestock farmers on the one hand and to encourage the preservation and conservation of the natural resources of the "forest" on the other by determining the provisions, conditions, and effects of the contract explicitly, unambiguously, and unambiguously in a specific law.

Author Contribution

All parts of the article were prepared by the authors.

Data Availability Statement

No data is available.

Acknowledgements

The author would like to thank all those who contributed to the formation of this article.

Ethical consideration

The author has avoided data falsification, distortion, plagiarism, and any research misconduct.

Funding

This article has not received any specific financial support from funding institutions in the government, commercial, or non-profit sectors.

Conflict of Interest

The author declares that he has no conflict of interest.

Declaration of Generative AI and AI- assisted technologies in the article writing process

No artificial intelligence tools were used in writing this article.



ماهیت حقوق قرارداد بین دولت و دامدار نسبت به اراضی واگذار شده در قالب طرح خروج دام از جنگل

سید حسن حسینی مقدم^۱ | محمد فرزنانگان^۲ | محمدحسن آخوندی^۳

۱. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. رایانامه: s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir
۲. استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه گلستان، گرگان، ایران. رایانامه: m.farzanegan@gu.ac.ir
۳. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. رایانامه: mohammadhasan.a76@gmail.com

چکیده

اطلاعات مقاله

طرح خروج دام از جنگل برای اولین بار در قانون برنامه دوم توسعه مصوب ۱۳۷۳ مطرح و متعاقباً در برنامه سوم و چهارم تکمیل یا تنفیذ گردید. مطابق با این قانون، دولت موظف شد به منظور بهره‌برداری بهینه از منابع طبیعی کشور، به دامداران، در مقابل خروج دام‌شان از جنگل امتیازاتی را در قالب قراردادی اعطا نماید. شناسایی و تبیین ماهیت حقوق دامداران که در قالب چه عقدی از عقود معین یا قرارداد ویژه دیگر مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادی می‌تواند حائز اهمیت باشد؛ چراکه متعاقب این قرارداد امتیازاتی با شروط ویژه به دامداران واگذار می‌گردد، تشبیت یا تزلزل این حقوق حسب ماهیت قرارداد موصوف متبع از ماهیت آن می‌باشد. در این پژوهش به طور تحلیلی-توصیفی بررسی خواهد شد که قرارداد حاضر عقدی معوض و در ازای انتقال و اسقاط حق تعلیف و چرای دام، از دامداران، حقی جایگزین به‌وسیله دولت به آنان واگذار می‌شود که علی‌القاعده نوعی حق مالکیت بر عرصه موضوع واگذاری تلقی می‌گردد. وانگهی این حق با محدودیت‌هایی که به واسطه شروط مندرج در قرارداد و اصل حاکمیت اراده تنظیم گردیده است نیز مواجه می‌باشد که موجب انعقاد قراردادی خاص با ویژگی مختص به خود می‌باشد که شناسایی احکام، اوصاف و آثار این قرارداد، در حقوق بعدی دامداران و در عین حال وضعیت حقوقی که سابقاً در اختیار داشته‌اند مؤثر می‌باشد.

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۲۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۲/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۱۳

تاریخ انتشار برخط:

۱۴۰۴/۰۵/۰۷

کلیدواژه‌ها:

خروج دام، اراضی، دامدار، دولت، قرارداد واگذاری، اصل آزادی قرارداد، شروط.



استاد: حسینی مقدم، سید حسن؛ فرزنانگان، محمد؛ آخوندی، محمدحسن. (۱۴۰۴). ماهیت حقوق قرارداد بین دولت و دامدار نسبت به اراضی واگذار شده در قالب طرح خروج دام از جنگل. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۲)، ۱۵۳-۱۲۳. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6116.1970>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

مقدمه

خداوند متعال در قرآن کریم فرموده است ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ اسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ یعنی، او خدایی است که همه موجودات زمین را برای شما خلق کرد و پس از آن به خلقت آسمان‌ها نظر گماشت و هفت آسمان را بر فراز یکدیگر برافراشت و او به همه چیز داناست. بنابراین خداوند متعال طبیعت را برای انسان آفرید که با بهره‌برداری درست از آن و استفاده از نعمات الهی، بتواند زندگی و حیات داشته باشد. انسان نیز موظف است برای تداوم نسل بشر، ضمن استفاده صحیح از طبیعت آن را آماده تحویل به نسل بعدی نگاه دارد. در این خصوص حاکمیت‌ها نیز نقش عمده‌ای را از جهت وضع قوانین درست در این خصوص ایفا می‌نمایند. چراکه اگر حاکمیت استفاده صحیحی از طبیعت نداشته باشد و همچنان آن‌که قوانین صحیحی برای استفاده از آن وضع ننماید؛ مشخص است که طبیعت دستخوش تغییر شده و در معرض اتلاف قرار خواهد گرفت. در راستای همین امر، بدواً در بند ۴ و ۵ تبصره ۷۷ ماده واحده برنامه دوم پنج ساله توسعه به‌طور کلی و سپس در سال ۱۳۷۹ در قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، (فارغ از صحیح بودن این تفکر و آثار آن) مسئله خروج دام از جنگل در بند الف ماده ۱۰۴ و بند ب ماده ۱۰۸ مطرح و النهایه برابر ماده ۲۰ قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۴ احکام مذکور برنامه سوم مورد تنفیذ قرار گرفت؛ بدین توضیح که دامداران در ازای تحویل پروانه‌های چرای خود که غالباً برای حضور در مراتع صادر گشته بود، به ازای تعداد دام‌های خود، مساحت محدود و مشخصی در عرصه‌های منابع طبیعی با کاربری دامداری و کشت علوفه در اختیار می‌گرفتند. نکته قابل توجه در این مسئله واگذاری اراضی با کاربری مخصوص بوده که می‌تواند نقش مهمی در آثار این قرارداد داشته باشد. در این تحقیق سعی بر آن است که ضمن تبیین طرح خروج دام از جنگل، بررسی تطبیقی بین قرارداد واگذاری عرصه‌های منابع طبیعی مذکور با عقود معین در قانون مدنی صورت گرفته و به تبع آن آثاری را که بر این موضوع بار می‌شود

بررسی نمود تا ماهیت و احکام این قرارداد خاص معوض شناسایی و وضعیت حقوق متزلزل دامداران تا حد امکان کاهش و تثبیت آن تقویت گردد. به عبارت دیگر قلمروی حق دامداران تا چه میزان و چگونه می باشد.

۱. تبیین طرح خروج دام از جنگل

کاهش قابل ملاحظه وسعت جنگل‌ها در ایران از ۱۸ میلیون هکتار به ۱۲.۴ میلیون هکتار در چند دهه گذشته، مدیریت زیست محیطی کشور را به اقدامات کنترلی در جهت جلوگیری از ادامه روند تخریب جنگل واداشته است. از جمله این اقدامات اتخاذ سیاست خروج دام از جنگل در شمال کشور می باشد که از سال ۱۳۷۳ تحت عنوان قانون دوم برنامه توسعه به بعد، به مرحله اجرا درآمده است. از اهداف مهم این سیاست می توان به تسریع در زادآوری و تجدید حیات طبیعی جنگل، حذف عوامل اصلی تخریب و نابودی و سیر قهقرایی جنگل و فراهم آوردن زمین‌های افزایش تولید و بازسازی مناطق کم پوشش و کمک به تغییر الگوهای اقتصادی و معیشتی جوامع جنگل نشین و حذف دامداری سنتی و کم بازده اشاره کرد (عظیمی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۸). این طرح از اواخر دهه ۶۰ برای خارج کردن دام‌های پراکنده از جنگل‌ها و ساماندهی دامداران سنتی با عنوان طرح خروج دام در مناطق حاشیه‌ای جنگل‌ها آغاز شد. طبق این طرح دامداران در ازای واگذاری مراتعی که پروانه بهره‌برداری آن‌ها را در اختیار داشتند، بر اساس تعداد دام متعلق به ایشان، مقدار مشخصی زمین برای انجام فعالیت دامداری و کشت علوفه در اختیار می‌گرفتند. به عبارت دیگر دامدار در ازای باطل شدن پروانه چرای ده‌ها یا صدها هکتار جنگل و مرتع، سند مالکیت مساحت محدود و مشخصی از عرصه‌های منابع طبیعی را با کاربری دامداری و کشت علوفه در اختیار می‌گرفت. حال سؤال اینجاست که آیا امکان باطل اعلام نمودن این پروانه‌ها وجود دارد یا آن‌که این پروانه‌ها مورد ابطال واقع گردیده‌اند؟ یا آن‌که در قبال یک معاوضه، مالکیت یا امتیاز بهره‌برداری از مراتع به اداره منابع طبیعی واگذار و ایشان در قبال آن عرصه‌هایی را برای کشت علوفه به دامداران اختصاص و به تملیک ایشان درآورده‌اند؟ این مورد به تفصیل در موضوعات بعد بررسی خواهد شد. این طرح طی دو دهه اخیر بارها اجرا

شده و دامداران زیادی در مناطق مختلف شمالی کشور در زمین‌های واگذار شده اکنون فعالیت می‌کنند. در اختیار گرفتن این اراضی فقط با کاربری دامداری و کشت علوفه ممکن می‌باشد. این نکته و شرط گنجانده شده در این واگذاری، بسیار حائز اهمیت بوده و آثار آن را دگرگون خواهد ساخت.

این طرح ابتدائاً در قانون برنامه دوم توسعه با ذکر عنوان ساماندهی خروج دام از جنگل و تجمع جنگل نشینان بیان شده و در ادامه، در فصل دوازدهم قانون سوم برنامه توسعه، با سرفصل سیاست‌های زیست محیطی مطرح گردید. بند الف ماده ۱۰۴ قانون برنامه سوم در این خصوص بیان داشته است «بهره‌برداری از منابع طبیعی کشور باید بر اساس توان بالقوه منابع صورت گیرد. بدین منظور دولت موظف است ضمن حفظ روند رشد تولیدات و بهره‌برداری پایدار از منابع با اجرای طرح‌هایی از قبیل تعادل دام و مرتع خروج دام از جنگل و تأمین علوفه دام و غیره ترتیبی اتخاذ نماید که تعادل محیط زیست نیز حفظ شود.» در ادامه نیز در بند ب ماده ۱۰۸ قانون مذکور آورده شده است «به منظور آزادسازی عرصه‌های منابع طبیعی و اعمال مدیریت بهره‌برداری بهینه دولت مکلف است به عشایر و دامداران دارای پروانه بهره‌برداری و یا بهره‌برداران عرفی یا تشکل‌های اقتصادی آن‌ها از اراضی مرتعی قابل احیا تحت تصرف خود و یا اراضی همان مناطق زیست آن‌ها در بیلاق و قشلاق برای کشاورزی و از عرصه‌های مرتعی برای اجرای طرح‌های مرتع‌داری و تولید علوفه با قید اولویت، واگذار نماید به گونه‌ای که معیشت آن‌ها در حد بالای خط فقر تأمین گردد و بقیه اراضی جهت سرمایه‌گذاری و واگذاری بر اساس ضوابط مربوطه منظور می‌گردد.» به منظور تحقق عملیاتی این احکام قانونی، آیین نامه اجرایی ماده ۱۰۸ قانون مذکور در سال ۱۳۸۴ مورد تصویب واقع شد.

برابر این طرح در ابتدا تفکر بر آن بود تا دام‌هایی که در جنگل بودند، شناسایی شده و برای جلوگیری از تضييع حق و حقوق دامداران، بعد از شناسایی آن‌ها به نرخ آن زمان که رقم مناسبی هم بود برای جبران خسارت مبالغی پرداخت گردد. از طرفی اگر فردی دام‌سرایي در جنگل داشت، در ازای آن زمین زراعی به فرد تعلق می‌گرفت تا معیشت آن‌ها از بین نرود. این امر در واقع در ازای رضایت دامداران اتفاق می‌افتاد.

در واقع این مسائل را می‌توان جزو تسهیلات ارائه شده از طرف دولت در نظر گرفت که به موجب قانون سوم برنامه توسعه، بر ایشان بار گردیده بود. از جمله تسهیلات دیگر، می‌توان به به‌کارگیری افراد تحت تکفل دامدار در ادارات جنگل‌بانی اشاره نمود که تمامی این تسهیلات، در ازای خروج دام از جنگل و عدم بازگشت دامدار به این عرصه، در نظر گرفته شده بود.

حال صرف نظر از اجرای صحیح یا کامل این طرح و یا به‌طور کلی صحیح یا غلط بودن این طرح، این مقاله درصدد آن است که ضمن تبیین قرارداد صورت گرفته فی ما بین دامدار و دولت، ماهیت حقوق دامداران را بررسی نموده و مطابقت آن را با چند عقد معین در قانون مدنی که بین آن‌ها شباهت وجود دارد، مورد بررسی قرار دهد.

۲. بررسی مفاد قرارداد طرح خروج دام از جنگل

همان‌طور که بیان شد، قرارداد فی ما بین دولت و دامدار با عقود معین لازم از جمله: عقود معاوضه، صلح، بیع و اجاره مورد بررسی واقع می‌شود. در این خصوص ضمن بیان شباهت‌ها و تفاوت‌هایی که بین این قرارداد و عقود مذکور وجود دارد، شرایط خاص قرارداد مذکور و فایده بحث بر آن نیز مورد مطالعه قرار خواهد گرفت از یکسو مبنای قانونی انعقاد این قرارداد بند الف ماده ۱۰۴ و بند ب ماده ۱۰۸ قانون برنامه سوم توسعه و آیین‌نامه اجرایی آن که در سال ۱۳۸۴ تصویب شد می‌باشد و از سوی دیگر شیوه اجرای آن در حال حاضر مبتنی بر مفاد دستورالعمل اصلاحی ضوابط واگذاری اراضی منابع ملی و دولتی برای طرح‌های کشاورزی و غیرکشاورزی مصوب ۱۳۸۷ وزارت جهاد کشاورزی است. شایان ذکر است مفاد مواد مذکور برنامه سوم توسعه در ماده ۲۰ قانون برنامه چهارم توسعه مورد تنفیذ قرار گرفته است.

۲-۱. فرم قرارداد دولت (اداره منابع طبیعی) با دامداران

اساساً قرارداد واگذاری حقوق متقابل دولت با دامداران در قالب فرم خاص تنظیم می‌گردد. این قراردادها متحدالشکل و از قبل تنظیم شده و نوعی قرارداد الحاقی تلقی و امکان تغییر در مواد و شرایط آن از سوی دامداران میسر نیست و آنان

مکلف به پذیرش آن خواهند بود که نمونه آن به شرح ذیل است:

قرارداد واگذاری

به استناد ماده ۲۹ دستورالعمل ضوابط و شرایط واگذاری اراضی ملی شده و تبصره ذیل بنده ۲ به ماده ۲ دستورالعمل مربوطه و بند مصوب مورخ ستاد اجرایی طرح قرارداد زیر در تعقیب قرارداد شماره فی مابین آقای فرزند دارای شماره شناسنامه صادره از به عنوان مدیر کل منابع طبیعی استان.....، به نمایندگی وزارت جهاد سازندگی (سازمان جنگل ها و مراتع کشور) و آقای فرزند دارنده شماره شناسنامه صادره از دامدار سابق طرح با شرایط زیر منعقد می گردد.

۱- موضوع قرارداد

واگذاری مساحت متر مربع از اراضی ملی شده واقع در به حدود اربعه شمالاً وصل به شرقاً وصل به جنوباً وصل به غرباً وصل به مقدار متر مربع، تاسیسات دامداری ایجاد شده به مساحت کل متر مربع از سوی اداره کل منابع طبیعی استان و به آقای... در قبال خروج دام از منابع ملی اعم از جنگل و مرتع یا مبلغ ریال به عنوان مابه ازای در خصوص حق و حقوق و جبران ضرر و زیان به دامدار ذیحق واگذار می شود.

۲- تعهدات و الزامات

۲-۱- آقای شرعاً و قانوناً اقرار نمود که با ابطال پروانه چرا و انقضای اذن در انتفاع از محدوده و بهره برداری، هیچ گونه حق قانونی، عرفی و ارتفاقی و آنچه فرض و متصور است اعم از محدوده پروانه چرای سابق و یا حق ارتفاق در منابع ملی اعم از جنگل و مرتع ندارد و کلیه حقوق عرفی و قانونی نام برده به طور کلی در منابع ملی، از درجه اعتبار ساقط می باشد و مشارکلیه و یا نزدیکان نسبی و سببی وی، تحت هیچ گونه شرایطی حق استفاده مجدد از مناطق مورد بحث را به هر شکل و صورتی ندارند و چنانچه دامدار به تعهدات خود به هر دلیل عمل ننماید، اداره کل مکلف است نسبت به جبران خسارت مراتب را از طریق مراجع قضایی پیگیری نماید و اداره کل نسبت به وجود معاذیر اجتماعی در حال و آتی تکلیفی نخواهد داشت.

۲-۲- آقای متعهد و ملتزم می شود که زمین و تاسیسات واگذار شده را صرفاً جهت علوف کاری و کشاورزی و دامداری در چهارچوب طرح مصوب استفاده نماید و این موضوع بایستی در سند مالکیت قید گردد. حق هرگونه تغییر در کاربری اراضی واگذاری منوط به کسب موافقت اداره منابع طبیعی و پرداخت عوارض متعلقه خواهد بود.

۲-۳- زمین و تاسیسات واگذار شده قابل تفکیک نمی باشد و انتقال یکجای هر یک از آنها در صورتی مجاز است که با موافقت اداره کل منابع طبیعی استان..... باشد و البته در این صورت تعهدات آقای..... مبنی بر عدم استفاده از منابع ملی اعم از جنگل و مرتع پابرجا خواهد بود.

۲-۴- احداث ایسانی در چهارچوب طرح مصوب و در مکانی میسر خواهد بود که نظام دامداری مراعات شود.

۲-۵- در صورت فوت آقای انتقال قرارداد به نماینده رسمی وراثت یا وراثت به صورت مشاعی خواهد بود.

۲-۶- عدول از هر یک از شرایط تعیین شده در این قرارداد از موجبات سلب مالکیت آقای و اعاده مالکیت به دولت خواهد بود. تشخیص تخلف از شرایط بر عهده کارشناسان منابع طبیعی خواهد بود که از طریق اداره کل منابع طبیعی مراتب به دفترخانه رسمی و ثبت محل اعلام و بلافاصله نسبت به ابطال اسناد واگذاری و صدور سند به نام دولت اقدام و با صدور اجراییه نسبت به رفع ید از طرف قرارداد اقدام خواهد شد.

۲-۷- طرفین در چهارچوب این قرارداد حق هرگونه ادعا و اعتراض را از خود سلب و اسقاط نمودند.

۲-۸- با امضای این قرارداد، کلیه قراردادهای قبلی فی مابین، نقض و کن لم یکن تلقی می گردد.

نام و نام خانوادگی امضای واگذار کننده واگذار کننده، مدیرکل منابع طبیعی استان.....

۲-۲. نکات مثبت و منفی مندرج در فرم قرارداد واگذاری

در قرارداد مورد نظر مدیر کل منابع طبیعی به عنوان نماینده وزارت جهاد و از طرفی دیگر دامدار به عنوان اصیل (برای خود) اقدام به انعقاد قرارداد می‌نماید. اهم نکات موجود در این قرارداد، در شروط ضمن قرارداد می‌باشد. در ادامه نکات مورد نظر قرارداد و آنچه که از آن برمی‌آید، به صورت تفصیلی بررسی خواهد شد.

۲-۲-۱. قرارداد الحاقی عمدتاً در شرایطی تنظیم می‌شود که بنا به دلایل متعددی یک طرف قرارداد قدرت بیشتری دارد و می‌تواند نظرات خود را به طرف مقابل تحمیل نماید. این عقود در مقابل با عقود مبتنی بر مذاکره قبلی یا تراضی آزادانه قرار می‌گیرد. برخی از حقوق دانان در تعریف قرارداد الحاقی گفته‌اند که:

«در پاره پیمان‌ها اختیار گفتگو درباره شرایط قرارداد به کلی از طرف عقد گرفته می‌شود و طرف دیگر از پیش تمام شرایط و آثار آن را معین می‌کند. کسی که مایل به بستن پیمان است یا باید از آن منصرف شود یا تمام شرایط طرف را بپذیرد و در واقع به طرحی پیوندد که او به طور مستقل تنظیم کرده است. به همین جهت هم این گروه از قراردادها را الحاقی یا انضمامی می‌نامند.» (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۱۰۶)

بعضی از نویسندگان وصف عقد را در خصوص این عقود انکار نموده‌اند. آن چه مسلم است این است که رکن اصلی عقد، توافق دو اراده و انشاء و تراضی نسبت به یک امر معین است که موجب ایجاد تعهد یا تملیک می‌گردد. پس در هر عقدی طرفین باید اراده خود را آزادانه بیان کنند و آن چه مورد نظر آن‌ها بوده، انشاء نمایند و این دو انشاء با هم بر روی یک امر مشترک، توافق داشته باشند؛ ضمن این که، برای صدق عنوان عقد، قطعاً رضایت معاملی کافی است؛ یعنی حتی اگر قائل به بطلان معامله مضطر شویم، در عین حال در صدق عنوان عقد و قرارداد بر آن، جای تردید وجود ندارد (قافی، ۱۳۸۸، ص ۱۵). لذا این نوع از قرارداد که مابین دامدار و اداره منابع طبیعی منعقد می‌گشت، یک قرارداد الحاقی بوده و دامدار ناچار به قبول این نوع قرارداد بوده است؛ بدون آن که بتواند در شروط این قرارداد، دخل و تصرفی داشته باشد. از شرایط برآمده در خصوص این قرارداد می‌توان استنباط نمود که دامدار در

این شرایط مضطر بوده اما این اضطرار مستندی برای بطلان قرارداد یا عدم اجرای تعهدات نمی باشد. از طرفی دیگر ماده ۲۰۶ قانون مدنی در بیان وضعیت معامله شخص مضطر، معاملات وی را مطلقاً صحیح اعلام نموده است.

البته باید قائل به تفصیل شد و در مواقع وقوع اضطراری که به شرایط بستگی داشته و امکان سوء استفاده در آن وجود دارد، نظر دیگری ارائه نمود. به عبارت دیگر به عقیده اساتید دیگر:

«نباید گفت که این معامله اضطراری نافذ است و کسی که این همه خسارت دیده است، باید برخلاف موازین عدل و انصاف، آن را تحمل کند. کسانی که برای تحمل این بی عدالتی دست به آیه «أوفوا بالعقود» می زنند و طرفین عقد را مکلف به وفای به قرارداد می دانند، غفلت از آیه دیگر کرده اند که گفته است: «ان الله یأمر بالعدل و الاحسان»، خداوند همچنان که امر می کند طرفین یک قرارداد پایبند عقد باشند، نیز امر می کند که در همان قرارداد پایبند عدل و احسان باشند نه این که عقود ولو ظالمانه هم باشد، پایبند آن باشند.» (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱، ص ۸۳).

البته در حقوق ما قاعده عدل و انصاف به عنوان یک منبع مستقل برای احکام حقوقی مطرح نشده است، ولی بسیاری از قوانین، مبتنی بر این قاعده می باشد؛ یعنی روح کلی این قاعده در سرتاسر مسائل حقوقی حکم فرماست. لذا راه های بعدی برای تعدیل این قرارداد توسط دادگاه بابت الحاقی بودن آن فراهم است.

۲-۲-۲. با مطالعه بند یک از تعهدات و الزامات، سؤالات متعددی در ذهن ایجاد می شود. اولین سؤالی که به ذهن می رسد آن است که آیا ابطال پروانه چرای سابق تأثیری در حق ارتفاع دامدار دارد یا خیر؟ بند یک از تعهدات و الزامات حق ارتفاع دامدار را به تبع ابطال پروانه زائل شده می داند. نویسندگان حقوقی معتقدند که حق ارتفاع حقی است تبعی و مانند توابع و متعلقات دیگر ملک می باشد. (امامی، ۱۳۷۲، ص ۱۰۷) لذا هنگامی که شخص حقی نسبت به استفاده از جنگل یا مرتع نداشته باشد، حق ارتفاع نیز نسبت به مسیرها و دیگر موارد موجود منتهی به آن جنگل یا مرتع را نیز دارا نخواهد بود. این امر بدون تصریح در قرارداد نیز بدیهی بوده و تکرار آن در قرارداد از باب تأکید می باشد.

از طرف دیگر آن که مطابق با رأی شماره ۶۸۱ مورخ ۲۶/۰۷/۱۳۷۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ماده ۱ تصویب‌نامه قانونی راجع به قانون ملی شدن جنگل‌ها مصوب ۱۳۴۱، ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹، ماده ۳۲ قانون مدنی و رای ۹۳۰۹۹۸۴۱۲۷۹۰۰۱۳۹ صادره از شعبه پنجم دیوان عالی کشور، موجود در سامانه ملی آرای قضایی، پروانه چرا موجب حق انتفاع برای شخص می‌باشد. در این رای آورده شده است که:

«با صدور پروانه بهره‌برداری مرتع (پروانه چرا)، دارنده پروانه صرفاً دارای حق چرا با شرایط و قیود مندرج در پروانه در خصوص محدوده اراضی موضوع بهره‌برداری، مدت اعتبار پروانه و ظرفیت دام، خواهد بود. بنابراین وجود پروانه مذکور در ید اشخاص دلیل بر مالکیت آن‌ها نسبت به مرتع یا ثمرات حاصله از آن نیست و مالکیت منافع و اصل مراتع همچنان متعلق به دولت است.»

حال سؤالی که مطرح می‌باشد آن است که آیا این انتفاع، قائم به شخص بوده و مباشرت شخص در انتفاع شرط استفاده از پروانه و امتیاز می‌باشد؟ در این خصوص حقوق دانان معتقدند که حق انتفاع، حقی است که از طرف مالک برای منتفع برقرار می‌شود و به همین جهت اصولاً قابل انتقال است؛ یعنی اگر حق انتقال به غیر از منتفع سلب نشده باشد یا از اوضاع و احوال بر نیاید که مقصود مالک انتفاع شخص اوست، منتفع می‌تواند امتیازی را که به دست آورده است، به دیگری واگذار کند (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۲۲۸). با توجه به نکات بیان شده در خصوص امکان واگذاری حق انتفاع، آیا دامداری که حق انتفاع خود نسبت به مرتعی که امتیاز آن متعلق به وی بوده است را در قبال اخذ زمین یا مبلغی پول از دست داده، امکان به انتقال گرفتن حق انتفاع دیگری را در قالب قرارداد دارد یا خیر؟ فلسفه صدور پروانه چرا آن بوده است که ضمن تعلیف احشام، امکان امرار معاش برای شخص دامدار وجود داشته باشد، پس می‌توان گفت هدف از صدور پروانه چرا، صرف تعلیف است، چه دام متعلق به شخص الف و چه متعلق به شخص ب باشد. حال چه مانعی در پیش رو است که انتقال حق انتفاع مزبور را غیرممکن بدانیم؟ به عبارت دیگر دامداری که حق انتفاع از وی سلب شده می‌تواند به موجب قرارداد با

دامداری دیگر، از حق انتفاع متعلق به دیگری استفاده نماید؛ امری که به وفور در عمل شاهد آن هستیم. البته تمامی این فروض در فرضی است که حق انتفاع قائم به شخص دامدار دارای پروانه نبوده باشد.

۲-۲-۳. دربند اول تعهدات و الزامات به محرومیت اقوام سببی و نسبی دامدار نسبت به بهره‌برداری و استفاده مجدد از منابع ملی اشاره شده است. در ابتدا این موضوع از جانب عدل و انصاف بررسی می‌گردد که برای مثال آیا مطابق با انصاف است که موجب امضای یک شخص، یکی از نزدیکان وی در درجه دوم یا سوم، نسبت به بهره‌مندی از حقی محروم شوند؟ شاید این مسئله قابل توجیه است که اگر فرزندان یا وراث درجه اول شخص دریافت‌کننده امتیازات از این حق محروم شوند. اما محرومیت سایر افراد و نزدیکان وی مطلقاً مطابق با انصاف نمی‌باشد. نکته دیگر آن که آیا تعهد به ضرر شخص ثالث امکان‌پذیر است یا خیر؟ چگونه شخص می‌تواند درباره دیگری تصمیم بگیرد و اراده او کارگزار شود؟ استقلال و آزادی اشخاص ایجاد می‌کند که اراده هر کس تنها درباره خود او نافذ باشد و اثر قراردادهای نسبی تلقی شود (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۱۰۷). در این خصوص می‌توان گفت که تعهد به ضرر شخص ثالث می‌باشد. شاید هم بعضاً این مورد را این‌گونه توجیه نمایند که تعهد به فعل ثالث است. چنان‌که در ماده ۲۲۶ قانون مدنی بدان اشاره گردیده و تعهد به فعل ثالث را به عنوان شرط فعلی پذیرفته که نیاز به قبول ثالث دارد؛ چراکه اگر در عقدی به ضرر ثالثی تعهدی شود، آن تعهد بدون رضای ثالث ممنوع است.

در این قرارداد نیز به موجب شرط مذکور، محرومیت از حق رخ داده و در واقع شخص ثالث مجبور به ترک فعل (عدم تعلیف دام در مراتع جنگلی) می‌باشد. از این حیث به نظر می‌رسد که مطابق نظریه فضولی، تعهد دامدار در خصوص محرومیت اقوام سببی و نسبی وی، (البته به غیر از وراث طبقه اول) فضولی بوده و در صورت عدم قبول ثالث، در مقابل ایشان قابل استناد نمی‌باشد. همان‌طور که ماده ۲۳۴ قانون مدنی بدان اشاره داشته، بر خلاف تعهد به نفع ثالث، ایجاد تعهد برای ثالث را منوط به قبول ثالث دانسته است.

۲-۲-۴. در بند دوم قرارداد آورده شده است که زمین و تأسیسات موجود در آن

صرفاً جهت علوفه‌کاری و کشاورزی و دامداری در چهارچوب طرح مصوب واگذار می‌شود. در ادامه آورده است که هرگونه تغییر کاربری در اراضی واگذار شده منوط به کسب موافقت اداره منابع طبیعی و پرداخت عوارض متعلقه خواهد بود.

حال در صورت تغییر داخلی در کشت، نه تغییر کاربری اراضی به معنای واقعی، با توجه به قید علوفه‌کاری موجود در قرارداد، تکلیف دامدار چه خواهد شد؟ بر فرض مثال دامداری را فرض کنید که به علت تعطیلی دامداری یا عدم نیاز به علوفه بیشتر، به جای کشت جو در زمستان اقدام به کشت غلات می‌کند. آیا می‌توان گفت که این دامدار به تعهدات خود عمل نکرده و تعهد خود مبنی بر علوفه‌کاری را نقض نموده است؟ تبصره ۴ ماده ۲ قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در این خصوص مقرر می‌دارد احداث گلخانه‌ها، دامداری‌ها، مرغداری‌ها، پرورش ماهی و سایر تولیدات کشاورزی و کارگاه‌های صنایع تکمیلی و غذایی در روستاها، بهینه کردن تولیدات بخش کشاورزی بوده و تغییر کاربری محسوب نمی‌شود. لذا امری که فعل زراعت بر آن صدق نماید را نمی‌توان تغییر کاربری دانست. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۳۸۰۰۸۷۵ صادره از دادگاه تجدید نظر استان تهران نیز بدین موضوع اشاره دارد. چنان‌که دادگاه محترم در متن رای خود آورده است که:

«احداث دامداری و مرغداری و محل پرورش ماهی و... وفق تبصره ۴ الحاقی به ماده یک قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها بهینه کردن تولیدات بخش کشاورزی بوده و تغییر کاربری محسوب نمی‌گردد و از طرفی انجام اقدامات تکمیلی که لازمه و مکمل زیرساخت‌ها و تأسیسات مورد نیاز تولیدات بخش کشاورزی است من جمله احداث بنای کارگری و نگهبانی و انباری محل نگهداری علوفه و استخار ذخیره آب کشاورزی در حکم فعالیت‌های مندرج در چهار ماده فوق‌الذکر بوده و تغییر کاربری محسوب نمی‌گردد.»

لذا به طریق اولی تغییر نوع کشت نیز بنابر قانون فوق‌الذکر می‌تواند مستندی جهت تخلف از شرط مذکور باشد؛ البته در بند ۳-۲ قرارداد، عنوان کشاورزی در کنار عناوین دامداری و علوفه‌کاری آمده که خود ظهور در اختیار دامدار جهت کشت محصولات دیگر غیر از علوفه می‌باشد.

اما اگر شخص دامداری بخواهد به طور کلی ترک زراعت و دامداری کند و برای مثال با توجه به رغبت بالای مردم به مناطق جنگلی، در زمین واگذار شده اقدام به احداث رستوران یا مجتمع تفریحی مانند هتل نماید؛ اقدام وی مطابق با قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، مصداق تغییر کاربری بوده و نیازمند مجوز می‌باشد. در مقام عمل و رویه نیز شخص برای این تغییر کاربری علاوه بر اخذ مجوز از اداره جهاد کشاورزی، ملزم به دریافت مجوز از جانب اداره منابع طبیعی نیز می‌باشد.

۲-۵. بند سوم از تعهدات و الزامات موجود در قرارداد ضمن غیرقابل تفکیک دانستن اراضی واگذار شده، انتقال آن را فقط به صورت یکجا آن‌هم با موافقت اداره کل منابع طبیعی پذیرفته است. این در حالی است که ماده ۱ قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات مناسب فنی اقتصادی مصوب سال ۱۳۸۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام، تعیین حد نصاب در خصوص تفکیک را بر عهده هیئت وزیران گذاشته است. در ادامه نیز حتی برای کسانی که دارای مساحت اراضی پایین‌تر از حد نصاب هستند، راهکاری ارائه نموده و با مشخص نمودن مساحت مالکیت ایشان، سند مشاعی برای چند شخص که اراضی ایشان در کنار یکدیگر واقع شده و دارای مساحتی کم‌تر از حد نصاب هستند، صادر می‌نماید. از طرف دیگر مالکیت ایجاب می‌نماید که شخص مالک حق هرگونه تصرفی را که منافی با حقوق سایرین نباشد، در ملک خود داشته باشد. چنان‌که در تعریف مالکیت آورده‌اند:

«مالکیت حقی است دائمی که به موجب آن شخص می‌تواند در حدود

قوانین، تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده

کند.» (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۱۱۰)

اما فی الواقع راهکاری که برای این موضوع ارائه گردیده، صدور سند مشاعی برای چند زمین که در مجاورت هم واقع شده‌اند می‌باشد. سؤالی که مطرح می‌شود آن است که آیا می‌توان مالکیت شخص را از جهت انتقال محدود کرده و تجویز انتقال شخص را تا آینده نامعلوم منوط به موافقت اداره منابع طبیعی نمود؟ محدودیت‌های وارده بر حقوق دامداران از این جهت در قالب ماده ۹۵۹ قانون مدنی قابل بررسی

می‌باشد. چنان‌که ماده مذکور بیان داشته است: هیچکس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرا تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند. شخص می‌تواند به صورت محدود و برای مدت مشخص، برخی حقوق را از خود سلب نماید. توجهاً بدان که شرط محدودیت در انتقال برای مدت نامعلوم یکی از اقسام شروط فاسد می‌باشد. بدان توضیح که گاهی شرط فاسد موجب باطل شدن خود عقد می‌شود و این زمانی اتفاق می‌افتد که مدلول شرط با عقد، تنافی داشته باشد و به یکی از عناصر اصلی قرارداد آسیب بزند و بالمآل مانع تحقق عقد شود (مقصودی، ۱۴۰۲، ص ۳۳۵). در همین خصوص نشست قضایی برگزار شده در تاریخ ۱۳۹۸/۰۲/۱۷ در شهر یزد با موضوع شرط ضمن عقد، عدم حق انتقال مبیع به کد نشست ۸۲۹۳-۱۴۰۰ موجود در سامانه نشست‌های قضایی، به این امر اشاره دارد. موضوع این صورتجلسه در خصوص شرط ضمن عقد مبنی بر عدم حق انتقال مبیع می‌باشد. اکثریت قضات در این خصوص معتقدند که در صورتی که واگذاری اولیه از سوی برخی نهادها و ادارات دولتی مانند اداره منابع طبیعی و آبخیزداری باشد و سلب حق واگذاری نیز برای مدت محدود و معین باشد چون چنین سلب حقی به صورت جزئی است. لذا استفاده از مفهوم ماده ۹۵۹ قانون مدنی منعی وجود ندارد و موجب ابطال قرارداد نیز نخواهد شد ولیکن چنانچه خرید و فروش یا واگذاری‌های انجام شده به صورت دائمی باشد و شرط شود که خریدار مطلقاً حق انتقال ندارد، چون این شرط بر خلاف مقتضای ذات عقد است و مطابق ماده ۲۳۳ قانون مدنی از شروط باطل است که مبطل عقد نیز می‌باشد، عقد و قرارداد هردو باطل می‌باشد و مشروطاً له حق ابطال چنین عقدی را دارد. اقلیت نیز همسو با این نظر این شرط را صرفاً باطل دانسته، اما آن را مبطل عقد نمی‌داند. استدلال ایشان نیز اصل صحت و لزوم برقراری نظم اقتصادی که امری بسیار مهم در جامعه است، می‌باشد. هیئت عالی نیز در این خصوص معتقد است که سلب حق واگذاری و انتقال مالکیت عین یا منافع به صورت جزئی و برای مدت محدود و معین، وفق ماده ۹۵۹ قانون مدنی بلامانع است و موجب بطلان معامله نمی‌شود؛ لیکن اگر به طور دائمی چنین حقی به موجب شرط ضمن عقد سلب شده باشد، چون شرط مذکور خلاف

مقتضای ذات عقد می باشد، مطابق ماده ۲۳۳ قانون مدنی شرط باطل و مبطل عقد بوده و چنین قراردادی باطل است و مشروط له نیز حق اعلام بطلان قرارداد را دارد. در این قرارداد نیز با توجه به نکات بیان شده، به نظر استدلال اقلیت در نشست قضایی صحیح تر و کاربردی تر باشد. بدین جهت که بسیاری از دامداران در خلال این طرح و با توجه به مشکلاتی که بعداً برای ایشان پیش آمده اقدام به فروش احشام خود نموده و شغل خود را ترک کرده اند. به تبع آن بعضی از دامداران، زمین های واگذار شده را نیز مورد معامله قرار داده اند، مشتریان نیز آن اراضی را معامله کرده و معاملات متعددی نسبت به این اراضی واقع شده است. لازمه مبطل دانستن این شرط که البته موافق با اصول حقوقی می باشد، آن است که تمامی این معاملات را باطل بدانیم که خود چالش بزرگی در این خصوص به بار می آورد. لذا نیاز است که در حکمی ثانوی و برای حفظ نظم معاملاتی و اقتصادی جامعه این شرط را باطل دانسته و نقل و انتقالات مترتب بر این اراضی را صحیح بدانیم. چراکه اصل حق چرای موضوع پروانه دامداران در ازای همین امتیاز باطل یا ساقط و عملاً به دولت واگذار شد، پس نمی توان به آسانی حق واگذار شده به آنان را متزلزل و قابل بازگشت دانست؛ چون عوض این حق به وسیله دامداران تأدییه یا تسلیم شد. در غیر این صورت عوض و معوض در دولت جمع خواهد شد و حقوق دامداران تضییع می گردد.

۲-۶. بند چهارم از تعهدات و الزامات قرارداد تنها اشاره به احداث اعیان در قالب دامداری نموده است. با واگذاری زمین و اختصاص یافتن زمین به امر زراعت، یعنی مشخص شدن کاربری، زمین موجود جزو اراضی زراعی در نظر گرفته شده و قوانین مربوط به اراضی زراعی، مانند قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها، بر آن حاکم است. قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها در تبصره ۱ ماده ۳ خود به اشخاص این امکان را می دهد که در زمین های زراعی خود تا میزان ۵۰۰ مترمربع به منظور سکونت شخصی اقدام به ساخت منزل مسکونی بنمایند. از لفظ سکونت شخصی چنان که برمی آید، آن است که انواع خانه باغ، ویلا یا محل استراحت را در بر نگرفته و تنها به منظور سکونت دائم شخص دامدار و خانواده وی

می‌باشد که بسته به مساحت اصلی زمین، شخص دامدار تا ۵۰۰ متر حق احداث اعیان برای سکونت شخصی را خواهد داشت. علاوه بر آن، منظور از واگذاری این اراضی، اسکان دام بوده که این امر خود نیازمند ساخت و ساز یک دامداری به منظور اسکان دام می‌باشد. پس می‌توان گفت، مواد مربوط به قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در این مورد تخصیص یافته است.

۲-۷-۲. دربند ۶ قرارداد آورده شده است که عدول شخص دامدار از تعهدات و شرایط بیان شده موجب انفساخ عقد مذکور و اعاده اراضی واگذار شده به مالکیت دولت خواهد بود. فارغ از صحت یا عدم صحت انفساخ در بحث مذکور، ابتدا فرضی را بررسی می‌نماییم که انفساخ صحیح بوده و عقد فرضاً منفسخ شده است. در این بند تنها به بازگشت زمین به مالکیت دولت و ابطال سند مالکیت دامدار اشاره شده است. به عبارت دیگر در این فرض دامدار مبنی بر قاعده اقدام نه حقی نسبت به زمین دارد و نه حقی نسبت به پروانه چرای سابق خود. این در حالی است که عدالت معاوضی ایجاب می‌نماید که در فرض انفساخ نیز عدالت بین عوضین رعایت گردیده و هر یک از عوضین به مالکیت مالک پیش از عقد بازگردد. به عبارت دیگر رعایت برابری در حقوق قراردادی طرفین عقد معاوضی اقتضای این دارد که حقوق طرفین قرارداد مانند دو کفه ترازو با یکدیگر برابری نماید (خندانی، ۱۳۹۲، ص ۷۱). در این خصوص نویسندگان حقوقی آورده‌اند که:

«اثر فسخ محدود به انحلال قرارداد نمی‌شود؛ آثار به‌جامانده از آن را تا جایی که به حقوق دیگران صدمه نمی‌زند باز می‌گرداند. هدف از فسخ این است که وضع دو طرف به جای پیشین بازگردد و اگر مبادله‌ای انجام پذیرفته است بر هم خورد.» (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص ۷۵)

انفساخ ناشی از تراضی نیز مشابه با فسخ بوده؛ بنابراین لازم است که در صورت انفساخ ناشی از تراضی نیز دامدار به حقوق سابق خود دست پیدا کند. اما این امر در قرارداد و مقررات پیش‌بینی نشده است.

اما در فرض مطروحه این قرارداد، شرط فاسخی که به موجب بند ۶ برقرار شده است یک شرط مبطل بوده و حتی باعث بطلان واگذاری خواهد شد؛ زیرا تعلیق

انفساخ هم باید مدت داشته باشد وگرنه چنانچه فقدان مدت موجب غرر شود، مبطل عقد است (نهی النبی عن الغرر). به عبارت دیگر اگر بخواهیم عدم اجرای تعهد دامدار را الی الابد موجب سلب مالکیت از وی و اعاده مالکیت به دولت و سازمان منابع طبیعی بدانیم، این امر سبب غرر و جهل به مالکیت می‌گردد. از این حیث لازم است که مدت مشخصی برای در نظر گرفتن سلب مالکیت در فرض عدم اجرای تعهد در نظر گرفت.

مسئله دیگر نیز آن است که این شرط غرری بوده و مبطل عقد است. اما همان‌طور که در مسئله مربوط به شرط عدم انتقال بیان شد که در آن جا هم عدم مدت موجب بطلان شرط و قرارداد می‌گشت، در این فرض نیز حفظ نظم عمومی و اقتصادی ایجاب می‌نماید که با چشم‌پوشی از اصول حقوقی و در پی یک حکم ثانوی، شرط را باطل دانسته، ولی قرارداد را صحیح تلقی نماییم.

۲-۲-۸. همچنین در خصوص مفاد بند ۶-۲ قرارداد مذکور باید بدین نکته توجه نمود که تشخیص تخلف از شرایط را بر عهده کارشناسان منابع طبیعی قرار داده و سپس به موجب صدور اجرائیه از جانب دفترخانه اسناد رسمی، امکان خلع ید از اراضی واگذار شده را فراهم نموده است که این موضوع خود محل اشکال می‌باشد. چراکه اداره منابع طبیعی خود به‌عنوان یکی از طرفین قرارداد، ذی‌نفع در موضوع بوده و از طرفی دیگر، بحث از تخلف بدون بیان مصادیق آن بسیار کلی می‌باشد. در واقع با معتبر دانستن این بند، اداره منابع طبیعی خود در مقام قضاوت اقدام به تصمیم‌گیری در تشخیص تخلف نموده و سپس با صدور اجرائیه اقدام به خلع ید از اراضی مذکور بدون مراجعه به دستگاه قضایی می‌نماید که خود محل ایراد می‌باشد.

۲-۲-۹. در بند ۷ قرارداد مذکور آورده شده است که طرفین در چهارچوب این قرارداد حق هرگونه ادعا و اعتراض را از خود سلب نموده‌اند. این شرط همانند عبارت اسقاط کافه اختیارات در سایر عقود می‌باشد. اسقاط کافه اختیارات موردی است که در اغلب اسناد عادی قدیم و اسناد رسمی کنونی در متن قرارداد قید می‌گردد که هرگونه خیار مسلم و غیرمسلم را ساقط می‌کند تا عقد قوام و پایه گیرد و از حالت تزلزل به حالت ثبات درآید (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۴۳). شرط سقوط کافه اختیارات

از نظر فقهی و حقوقی مشروع و صحیح است. اما با توجه به این که شرط سقوط برخی خیارات، یعنی خیار تخلف وصف (خیار رویت)، خیار تدلیس، خیار عیب در مورد عیوب خارج از حد متعارف، خیار غبن در مورد غبن خارج از حد متعارف و خیار شرط، با مانعی مواجه است، باید گفت که شروط فوق نسبت به خیارات مذکور تخصیص می‌خورد (حاجیان فروشانی، ۱۳۹۴، ص ۱۷۱). البته اسقاط خیار ماهیتی دوگانه دارد که هم عقد و هم ایقاع محسوب می‌شود. در این فرض نیز به همین شکل می‌باشد؛ زیرا ضمن عقد واگذاری مطرح گردیده و به موجب اراده طرفین ساقط می‌شود. حال فرضی را در نظر بگیرید که زمین واگذار شده از طرف دولت، امکان انتفاع مورد نظر (دامداری و کشت علوفه) را دارا نباشد؛ یا به واسطه واقع شدن حدود زمین در جنگل، امکان بهره‌برداری از آن موجود نباشد. در این فرض بحث از امکان اعتراض یا ادعا در قالب فسخ ممکن نمی‌باشد. چراکه عرصه واگذار شده، وصف ذاتی جهت انتفاع را دارا نبوده و در واقع قرارداد به طور کلی باطل محسوب می‌گردد. بدین توضیح که فسخ به منظور عدم رعایت اوصاف فرعی از جانب طرفین بوده و در مواردی که موضوع قرارداد فاقد وصف ذاتی است، موضوع فسخ سالبه به انتفاع موضوع می‌باشد؛ چراکه عقد صحیحاً واقع نگردیده تا امکان فسخ آن موجود گردد. به بیان بهتر وصف انتفاع جزو شرایط اساسی عقد است و در صورت اثبات تعذر یا عدم امکان از موضوع واگذاری، عقد از اساس باطل بوده و محل جریان هیچ یک از خیارات نمی‌باشد.

۳. مقایسه قرارداد مذکور با برخی از عقود معین

در مقام بررسی، با توجه به محتوای عقد اگر عنوان یاد شده مطابقتی با محتوا نداشته باشد، دادگاه می‌تواند اقدام به تغییر عنوان عقد بنماید. بر فرض مثال نمی‌توان عقدی که تملیک منفعت برای مدت مشخص در قبال عوضی معلوم است را بیع محسوب کرده و مطابق با احکام بیع، درخواست رسیدگی به آن را داشت؛ دادگاه در رسیدگی خود به این پرونده، مطابق با اراده انشایی طرفین و احکام عقد اجاره عمل خواهد کرد. البته باید بدین نکته نیز توجه نمود که بحث حاضر در مقام بررسی ماهیت می‌باشد؛ در غیر این صورت مطابق ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی

مدنی در دادگاه‌های عمومی و انقلاب، در فرض عدم تطابق محور خواسته با عنوان عقد، دادگاه اقدام به رد دعوی مذکور در قالب صدور قرار رد دعوا می‌نماید. در همین خصوص با آن‌که برخی از نویسندگان حقوقی نوشته‌اند که: «هرگاه اراده واقعی با آنچه اعلام شده متفاوت باشد، اراده واقعی حاکم بر عقد است مگر این‌که قانون حکم دیگری داشته باشد.» (کاتوزیان، ۱۳۹۶).

ص ۱۹۵)

وانگهی در زندگی اجتماعی آنچه به منصفه ظهور در می‌آید و اعلام می‌گردد نکته اتکای اشخاص واقع و پذیرش ادعای خلاف اراده اعلام شده سبب برهم خوردن نظم در معاملات خواهد شد. در هر صورت این بخش درصدد آن است که مطابقت قرارداد مذکور را با عقود صلح، معاوضه، بیع و اجاره بررسی نموده و در بخش بعد، آثار آن را بیان بنماید.

۳-۱. عقد صلح

برخی از نویسندگان معتقدند که در مفهوم و جوهر صلح نوعی تسالم و یا به بیان دیگر گذشت‌های متقابل وجود دارد و همین امتیاز است که آن را از سایر معاملات ممتاز نموده و به صورت معامله‌ای مستقل در می‌آورد. دامنه عقد صلح به واسطه وضع مواد ۷۵۲، ۷۵۸ و ۷۶۲ قانون مدنی، آن قدر وسیع است که طرفین می‌توانند هر عقد دلخواهی را منعقد نموده و با گذاشتن نام صلح بر آن عقد، از احکام مختص به عقود معین فرار کنند. از این جهت صلح قالبی است وسیع‌تر از همه عقود معین و تمام اعمال حقوقی در آن می‌گنجد (کاتوزیان ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۲۴۱). به عبارت دیگر عقد صلح در مقام معامله هرچند که طرفین یک عقد معین را انتخاب نمودند، نمی‌توان به تناسب ماهیت عمل حقوقی انجام شده، قواعد حقوقی یکی از عقود معین را درباره طرفین اجرا کرد. عقد صلح، عقدی لازم، معاوضی یا مجانی، تملیکی یا عهده‌ی، رضایی و با توجه در مقام بیع بودن آن مغاینه‌ای است که نتیجه آن ایجاد یا اسقاط حق می‌باشد. حال آیا می‌توان گفت که واقع شدن قرارداد واگذاری مذکور در مقام عقد صلح امکان‌پذیر می‌باشد؟ این نظر ممکن است با نقدهایی همراه باشد؛ زیرا صحیح است که جوهره عقد صلح، مسامحه بوده و برای پایان دادن به

اختلافات است، اما زمانی که صلح در مقام معامله واقع می‌شود تمامی خيارات در آن وجود دارد؛ در این فرض نیز صلح به منظور سودجویی بوده و احتمال ضرر و زیمر پا گذاشتن عدالت معاوضی برای یکی از طرفین نیز وجود دارد. از طرف دیگر در مواردی که صلح در مقام معامله واقع می‌شود، مهم‌ترین عنصر آن طبق قواعد عمومی قراردادها تراضی می‌باشد و طرفین باید آزادانه در خصوص شرایط مندرج در معامله با یکدیگر تراضی نمایند، اما آیا قرارداد مذکور به عنوان یک عقد الحاقی که دامدازان ناگزیر مجبور به پذیرش آن هستند، با توجه به عنصر مهم تراضی در عقد صلح، می‌تواند صلح در مقام معامله در نظر گرفته شود یا آن که خود قراردادی خاص و مطابق با ماده ۱۰ قانون مدنی می‌باشد؟

از طرفی دیگر اثر عقد صلح مانند سایر قراردادها نسبی و محدود به کسانی است که آن را منعقد ساخته‌اند. بنابراین اگر در دعوی که بین چند شخص جریان دارد بینشان صلح واقع شود این عقد، اثری درباره سایرین ندارد (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۲۸۷). در معاملات نیز اصل نسبی بودن قراردادها، امری پذیرفته شده است. اما در قرارداد مذکور در بند یک از تعهدات و الزامات، عقد را برای دیگر افراد و نزدیکان طرف معامله نیز دارای اثر دانسته و ایشان را نیز متعهد نموده که در واقع این امر با عقد صلح به مفهوم قانون مدنی در منافات است. البته باید بدین امر نیز توجه نمود که اشکال مذکور در واقع با اصل نسبی بودن قراردادها منافات داشته و اشکالی است که در تمامی عقود وارد بوده و تنها به عقد صلح اختصاص ندارد. با در نظر گرفتن شروط مندرج در آن و الحاقی بودن عقد، عقد صلح قالب مناسبی برای این قرارداد نبوده و نمی‌توان آن را در قالب عقد صلح واقع ساخت. اما با اصلاح این موارد به نظر بتوان این قرارداد واگذاری را در قالب عقد صلح نزدیک دانسته و قرارداد را در این قالب منعقد ساخت.

۲-۳. معاوضه

قانون مدنی در تعریف معاوضه در ماده ۴۶۴ آورده است که: معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی می‌دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند، بدون ملاحظه این که یکی از عوضین مبیع و دیگری ثمن باشد.

در تعریف بیع نیز در ماده ۳۳۸ آورده است که: بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم. صورت خارجی بیع و معاوضه بسیار نزدیک به هم بوده و تفاوت تنها در قصد مشترک و چگونگی اعتبار آن‌ها است. بدین معنا که هرگاه در نظر دو طرف کالایی به عنوان مبیع مورد فروش قرار گیرد و کالایی که در برابر آن پرداخته می‌شود ثمن یا قیمت کالای نخست باشد، عقدی که انجام شده بیع است و آثار ویژه این عقد معین را دارد ولی در موردی که دو کالا بدون توجه به این که کدام مبیع و کدام ثمن است با هم مبادله شوند، معامله تابع قواعد بیع نیست و احکام عمومی معاملات درباره آن اجرا خواهد شد. همان‌طور که نویسندگان حقوقی آورده‌اند:

«در عقد معاوضه احکام خاصه بیع جاری نمی‌شود و تنها قواعد عمومی

قراردادها بر آن حاکم است.» (امامی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۵۷۹)

بدین ترتیب معاوضه نیز عقدی معوض، لازم و تملیکی می‌باشد. در خصوص قرارداد واگذاری مذکور، بدون در نظر گرفتن شرایطی که در ضمن قرارداد آورده شده است، می‌توان آن را معاوضه دانست. برخی از شرایط مذکور از آن جهت مانع از شکل‌گیری و بطلان معاوضه خواهند شد که مخالف با قواعد عمومی قراردادها بوده و در هر عقد دیگری نیز سبب بطلان عقد می‌گردند. مانند شرط عدم انتقال به غیر که هم شرطی باطل و هم مبطل عقد می‌باشد. یا در قرارداد ممکن است به جای زمین مقداری پول به دامدار پرداخت گردد و به ازای مقدار زمینی که دارای پروانه چرا بوده به تناسب و ارزیابی زمین در خارج از جنگل برای کشت علوفه تخصیص داده شود که هیچ یک با مفهوم عقد معاوضه در قانون مدنی کاملاً منطبق نیست.

۳-۳. بیع

عقد بیع، عقدی لازم، تملیکی، معوض، رضایی یا تشریفاتی، دائمی و موجد حق حبس مبیع و ثمن می‌باشد که اثر اصلی آن در تملیک عین است. در واقع در همین ابتدا، ظهور قرارداد واگذاری مذکور در قالب عقد بیع را می‌توان رد نمود زیرا در عقد بیع مبیع و ثمن باید به‌طور تفصیلی مشخص شده باشد. به عبارت بهتر مشخص بودن مبیع و ثمن در عقد بیع جزو ارکان عقد در نظر گرفته می‌شود، این در حالی است که در قرارداد مذکور امکان تشخیص مبیع و ثمن ممکن نیست، زیرا با آن که

برابر ماده ۴ دستورالعمل اصلاحی ضوابط واگذاری اراضی زراعی و باغ‌ها برای طرح‌های کشاورزی و غیرکشاورزی سال ۱۳۸۷ وزارت جهاد کشاورزی و واگذاری زمین به دامداران در قالب عقد بیع است، اما برابر تبصره ذیل بند ۳ از ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۰۸ قانون برنامه سوم توسعه این واگذاری و نیز بند ۶ شق ب ماده ۳۰ دستورالعمل موصوف رایگان خواهد بود. وصف رایگان بودن، قرارداد را از ماهیت عقد بیع خارج خواهد ساخت. هرچند این واگذاری از منظر حقوقی رایگان نیست، زیرا دامدار متقابلاً حقوق خویش از پروانه چررا را سلب و اسقاط نموده و برابر ماده ۱۸ دستورالعمل مذکور پروانه چررا ابطال خواهد شد، لکن در ظاهر قرارداد واگذاری، مطابق بند ۴ از قسمت ۴ ذیل ماده ۷ همان آیین‌نامه اجرایی می‌باشد، فاقد ثمن بوده و دیگر نمی‌توان این قرارداد را عقد بیع دانست. در این خصوص برخی از اساتید معتقدند که:

«وجود ثمن از ارکان ذات و جوهر بیع است» (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۳۷).

در واقع کدام یک از پروانه چررا یا زمین واگذارشده را می‌توان به‌عنوان مبیع یا ثمن در نظر گرفت؟ امری دشوار و ناممکن است.

علاوه بر موضوعات فوق‌الذکر، در خصوص شروط ضمن‌عقدی که در تعهدات و الزامات قرارداد مذکور آورده شده است، می‌توان گفت که مخالف با مقتضای ذات عقد بیع می‌باشد، همانند شرط عدم انتقال برای مدتی نامعلوم و نامحدود که سبب بطلان عقد می‌گردد. چنانچه در ماده ۹۵۹ اسقاط حق مدنی به‌طور کل منع شده است و گرنه سلب حق به‌طور جزئی لازمه آزادی قراردادهاست. یکی از راه‌های جزئی کردن اسقاط حق محدود کردن آن به زمان یا در رابطه ویژه با شخص معین است (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۶۷) در عقد مذکور نیز حق عدم انتقال به‌صورت جزئی نبوده و شخص کلاً از حق انتقال محروم شده است. قطعاً این امر مخالفت با مقتضای ذات بیع می‌باشد و در نهایت موجب بطلان عقد می‌گردد. بنابراین قرارداد مذکور در قالب عقد بیع امکان ظهور نداشته و باید در قالب یکی دیگر از عقود یا یک قرارداد ویژه دیگر طبق ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد شود.

۳-۴. اجاره

عقد اجاره، عقدی لازم، تملیکی، معوض، رضایی و موقتی است که اثر اصلی آن تملیک منفعت می باشد. اجاره مانند بیع یکی از عقود معین است و علاوه بر شرایط اساسی برای صحت معامله که قانون مدنی در ماده ۱۹۰ بیان نموده، دارای شرایط اختصاصی بوده، با اجتماع آن ها عقد اجاره محقق می شود (امامی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۱). به عقیده اساتید هدف از عقد اجاره این است که:

«موجر منفعت مورد اجاره یا به عبارت دقیق تر حق مالکیتی را که بر منافع دارد، در برابر عوض به مستأجر تملیک و تسلیم کند ولی چون منفعت اشیا با عین همراه است و راه عرفی برای تملیک منفعت این است که عین مال در اختیار طرف گذارده شود، با اندک مسامحه آن مال «عین مستأجره» را هم موضوع اجاره می گویند.» (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۳۷۰)

پس در واقع در عقد اجاره آنچه که موضوع عقد بوده و مدنظر می باشد؛ منفعت است که در مقابل عوض معلوم و برای مدت مشخص به مالکیت مستأجر در می آید. مدت در عقد اجاره، منفعت و مبلغ اجاره حتماً باید مشخص باشد و جزو ارکان عقد اجاره است.

مورد دیگر آن که مدت در عقد اجاره باید مشخص گردد و این تمییز به گونه ای باشد که احتمال جهل به موضوع معامله در آن نرود و این در حالی است که در قرارداد مذکور، مهلت بیان نشده و اجاره بها نیز تعیین نمی گردد و حتی نه قصد طرفین تملیک صرف منفعت است، بلکه در آن پیش بینی گردید انتقال و تغییر کاربری منوط به موافقت سازمان منابع طبیعی است که خود مبین تفاوت ماهیت این واگذاری با عقد اجاره است. از این حیث می توان گفت که قرارداد مذکور در قالب اجاره نیز امکان بروز و ظهور نداشته و باید در قالب عقود دیگر منعقد گردد.

۴. تعیین ماهیت ویژه قرارداد واگذاری

چنانچه پیش تر بیان شد ماهیت قرارداد واگذاری منطبق با هیچ یا از عقود معین تعریف شده در قانون مدنی و سایر قوانین ندارد و قرارداد مذکور را نمی توان یکی از اقسام بیع یا اجاره، یا حق موجد انتفاع دانست. از طرفی دیگر قیاس قرارداد مذکور با

عقود جایز، قیاس مع الفارق است زیرا این قرارداد ایجاد مالکیت نموده و نظم اقتصادی و صحت معاملاتی لزوم این دست از قراردادها را ایجاب می‌نماید و این قرارداد را نمی‌توان در زمره عقود جایز دانست. علت همپوشانی و مطابقت نداشتن قرارداد مذکور با عقود بیع، اجاره، صلح، معاوضه و قس علی‌هذا به جهت ایرادات وارده و تفاوت در احکام و آثار حاصله است. اما در خصوص عقد صلح گفته شد که شاید نتوان عقود الحاقی را با توجه به آن‌که تراضی آزادانه در آن امکان‌پذیر نمی‌باشد در قالب صلح جاری نمود؛ اما این انتقاد صرفاً در حد نظریه ذهنی بوده و در عمل شاهد جاری نمودن عقود الحاقی در قالب صلح هستیم. وانگهی اگر صلح به‌طور مطلق واقع شود دامدار باید صاحب ملک گردد و نقل و انتقال آن نباید منوط به موافقت اداره کل منابع طبیعی شود و همین ایراد مانع از اثر تملیکی عقد صلح در مقام معاملات است. در خصوص معاوضه نیز امکان انعقاد این قرارداد در قالب معاوضه نیز وجود دارد زیرا طرفین بدون آن‌که درصدد قیمت‌گذاری مایملک خود باشند، اقدام به مبادله می‌نمایند. ولیکن در این خصوص که آیا مبادله حق با عین معین امکان‌پذیر است یا خیر باید گفت که در معاوضه گفته شده است مبادله دو مال با یکدیگر. در واقع حق و امتیاز را می‌توان به عنوان یک مال در نظر گرفت و اقدام به معاوضه و مبادله آن نمود. با وجود نزدیکی عقد معاوضه به قرارداد واگذاری به نظر می‌رسد همان ایراد عقد صلح بر آن وارد باشد. بر این اساس مناسب‌تر است که قرارداد مذکور را در قالب قرارداد ویژه و مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی اصل آزادی اراده منعقد ساخت؛ زیرا از یک سو قرارداد حاضر هرگز به میل و خواست اولیه دامداران نبوده و برخاسته از یک الزام قانونی بوده که با مخالفت دامداران نیز به اجرا درخواهد آمد و از سوی دیگر احکام و آثار هیچ‌یک از عقود معین دقیقاً منطبق با مفاد قرارداد حاضر نیست. به عنوان مثال نه تملیک منفعت صرف واقع می‌گردد و نه حق انتفاع تنها ایجاد می‌شود و نه هرگز آثار کامل بیع متصور است تا از قبل آن دامداران امکان استفاده از تمام آثار حق مالکیت را دارا باشند. بالعکس عقود تابع ماده ۱۰ قانون مدنی طرفین محدود به قالب عقود معین از حیث احکام و شرایط نبوده و می‌توانند شرایطی را در قرارداد خود بگنجانند. اثر خروج ماهیت قرارداد واگذاری موصوف از

عقود معین به قرارداد تابع ماده قانون مدنی امکان درج شروط مورد نظر طرفین در قرارداد مطابق خواسته خودشان است، درحالی که در عقود معین که دارای چارچوب تعریف شده از پیش در قانون است این جولان امکان پذیر نیست. از این حیث محدودیت مندرج در قرارداد واگذاری نشان از انعقاد قرارداد با ماهیت خاص دارد که هم از یک سو تمام آثار مالکیت را در بر نمی گیرد و از سوی دیگر نقل و انتقال و تغییر کاربری ممنوع یا محدود به موافقت طرف دیگر قرارداد یعنی اداره کل منابع طبیعی است. حقوق دامدار در وهله اول استفاده از زمین موضوع واگذاری برای کاشت و تأمین علوفه است، بی آنکه امکان ایجاد تأسیسات و سرپناه در این اراضی برای انسان و دام به طور صریح پیش بینی شده باشد. برابر تبصره ۱ ماده ۱۸ دستورالعمل انتقال قطعی نیز منوط به اجرای طرح خواهد بود. این در حالی است که دامدارانی که واگذاری زمین به آنان به منظور کشت و تأمین علوفه در ازای دست کشیدن از مرتع و جنگل صورت گرفت همانند سایر اشخاص نیستند که زمین به آنان به منظور اجرای طرح های کشاورزی، صنعتی، رفاهی و خدماتی یا جهانگردی واگذار می گردد و اجرای طرح دارای مفهوم و مصداق است. دامدار ممکن است به دلیل کهولت سن و مشکلات شخصی یا دگرگونی در منطقه مورد واگذاری از جمله توسعه بافت سکونت گاهی و شهرنشینی قادر به ادامه کار دامپروری نباشد. در این صورت آیا باید برابر قرارداد، اداره منابع طبیعی به استناد تخلف از تعهدات قراردادی قادر به فسخ قرارداد و بازپس گیری زمین باشد؟ از این حیث اگر قرارداد واگذاری در قالب عقود معین تعریف و تعیین نگردد که همه احکام و شرایط و آثار آن برای دامدار روشن نباشد و صرفاً برابر قراردادهایی که عموماً شبیه ماده ۱۰ قانون مدنی تنظیم می گردد واگذاری صورت پذیرد، همیشه حقوق دامدار در معرض تضییع است. در حال حاضر قرارداد واگذاری زمین به دامدار در قالب عقدی از عقود معین مندرج در قانون نبوده و در عین حال به شکل قرارداد ویژه جدیدی که قرارداد معین نوین تلقی گردد نیز به حکم قانون خلق و پیش بینی نشده است. ماهیت این قرارداد در واقع در همان قالب ماده ۱۰ قانون مدنی بوده، وانگهی با رعایت مفاد دستورالعمل و آیین نامه اجرایی قانون مبنای واگذاری مانند قانون برنامه سوم توسعه است و الزاماً

به شکل الحاقی تنظیم می‌گردد که حقوق دامدار بسیار محدود و در معرض از بین رفتن بنا بر تشخیص طرف قرارداد مبنی بر تخلف از تعهدات قراردادی می‌باشد.

نتیجه‌گیری

طرح خروج دام از جنگل در قانون دوم برنامه توسعه به بعد مطرح گردید و از قانون سوم برنامه توسعه شروع به اجرا شد. در قالب این طرح دامداران با تحویل امتیاز چرای خود یا به عبارت بهتر در مقابل صرف نظر از حق انتفاع خود نسبت به مرتع و جنگلی که در آن به واسطه دامداری امرار معاش می‌نمودند، از جانب جهاد کشاورزی و دولت تسهیلاتی را دریافت می‌داشتند. این تسهیلات عبارت بود از دریافت زمین، دریافت مبلغی وجه معین و یا به کارگیری اعضا خانواده‌شان در اداره جات مذکور. در این مقاله بحث بر آن بود که حقوق دامدار نسبت به اراضی واگذار شده چه می‌باشد؟ طبق نمونه پیش‌نویس قرارداد واگذاری زمین، مشخص گردید که دامدار نسبت به اراضی واگذار شده به ظاهر حق مالکیت داشته و از لحظه واگذاری مالک زمین شناخته می‌شود و این واگذاری نیز با کاربری زراعی و به منظور کشت علوفه بوده است. وانگهی شروطی نیز در قرارداد درج می‌گردد مانند منع انتقال مالکیت و تغییر کاربری که نه با ماهیت حق مالکیت منبعت از عقود تملیکی معین سازگار است و نه با توافق بر تملیک که می‌تواند بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی تشکیل شود سازگار است. از این شروط مبطل یا باید صرف نظر کرد و یا باید مطابق با آنها قرارداد را باطل دانست و در نتیجه تمامی معاملاتی را که نسبت به زمین موصوف به وسیله دامدار صورت گرفته باطل اعلام کرد. در پی این امر دامدار را نیز مجدد قادر به بازگشت به حق انتفاع سابق خود از جنگل دانست. چون با اعلام فسخ قرارداد، مالکیت زمین نیز به دولت اعاده می‌شود و وی نیز باید قادر به بازیابی معوض خود باشد. این روش کاملاً منافی با طرح خروج دام از جنگل و اغراض مقنن در حفظ منابع طبیعی بوده و سبب آشفستگی اقتصادی جامعه به ویژه نابودی دامداران و دستاورد لبنی و گوشتی آنان در عرضه به جامعه می‌شود. برای حفظ نظم معاملاتی و اقتصاد جامعه بهتر است که در پی یک حکم ثانوی، بطلان این شروط را به عقد

تسری نداده و عقد را صحیح واقع بدانیم. به فرض مثال شرط عدم انتقال دائم را که در الزامات قرارداد مذکور ذکر گردیده بود به عنوان یک شرط ملغی و باطل در نظر گرفت و حق مالکیت دامدار نسبت به زمین واگذار شده محترم داشته شود و دامدار نیز به تعهدات خود مبنی بر عدم بازگشت به جنگل و منابع و مراتع ملی عمل نماید و حداکثر تا زمان معین و محدودی به استفاده از زمین در راستای دامپروری استفاده نماید و پس از انقضای مدت خاص هم حق واگذاری زمین و هم حق تغییر کاربری را دارا باشد. لازمه تقنینی این امر پیش بینی قرارداد مورد نظر در قالب عقد ویژه در قانون همانند «قرارداد واگذاری زمین به دامداران در مقابل اسقاط حق چرا» با تعیین احکام، شرایط و آثار قرارداد به طور صریح و غیرمبهم و غیرمجهول در قانون خاص، به منظور حمایت از دامداران از یک سو و از سوی دیگر ترغیب در نجات و حفظ منابع طبیعی بالاخص جنگل باشیم. به عبارت دیگر، حقوق دامدار برای مدتی معین محدود گردد و پس از آن ایشان مطابق با قاعده ید، بتواند هرگونه تصرفی را در مایملک خود اعمال نماید. قدر متیقن باید دانست که دامدار در ازای تحویل پروانه چرای سابق خود مالک آن عرصه گردیده و شاید بتوان برخی از حقوق وی را به صورت معین و برای مدتی مشخص محدود ساخت؛ اما نمی توان به طور کلی وی را از تصرفات مشروع منع نمود؛ چراکه با مقتضیات مالکیت در تضاد بوده و مالکیت ایجاد می نماید که مالک هرگونه تصرفی را در ملک خود اعمال نماید.

فهرست منابع

۱. امامی، سید حسن. (۱۳۷۲ش). حقوق مدنی، (ج ۱، چاپ دوازدهم). تهران: اسلامیه.
۲. امامی، سید حسن. (۱۳۷۲ش). حقوق مدنی، (ج ۲، چاپ هشتم). تهران: اسلامیه.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۲ش). ترمینولوژی. تهران: گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۴۰۱ش). حقوق تعهدات. تهران: گنج دانش.
۵. حاجیان فروشانی، زهره؛ مظهر قراملکی، علی. (۱۳۹۴ش). بررسی فقهی - حقوقی اسقاط کافه خیارات. مجله آموزه های فقه مدنی، ۷(۱۲)، ۱۵۱-۱۷۲.
۶. خندانی، سید پدram؛ خاکباز، محمد. (۱۳۹۲ش). تفسیر نظریه عدالت معاوضی در قلمرو قراردادهای. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۵(۸). ص ۶۹-۸۴.

۷. عظیمی، نورالدین؛ امیری لمر، مسعود. (۱۳۸۷ش). ارزیابی اثرات اجرایی طرح ساماندهی خروج دام از جنگل بر جنگل‌نشینان در استان گیلان مطالعه موردی بخش مرکزی شهرستان رضوانشهر. پژوهش‌های جغرافیایی، ۴۰(۲)، ص ۱۵۷-۱۷۱.
۸. قافی، حسین. (۱۳۸۳ش). ماهیت و میزان قرارداد الحاقی. حقوق اسلامی، ۲۱(۲)، ص ۶۱-۸۸.
۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۴ش). اموال و مالکیت. تهران: نشر میزان.
۱۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۱ش). قواعد عمومی قراردادها. تهران: گنج دانش.
۱۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۱ش). دوره عقود معین، تهران: گنج دانش.
۱۲. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۶ش). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: نشر میزان.
۱۳. مقصودی؛ رضا؛ محقق داماد، سیدمصطفی؛ علامه، سید مهدی؛ مظلوم رهنی، علیرضا؛ اسدی کوه باد، هرمز. (۱۴۰۲). شرط خلاف مقتضای ذات عقد. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۵(۲۷)، ص ۳۱۷-۳۳۶. <https://doi.org/10.30513/cjd.2021.1892.1355>
۱۴. سامانه ملی نشست‌های قضایی: www.neshast.org
۱۵. سامانه ملی آرای قضایی: <http://ara.jri.ac.ir>

References

- Emami, Seyed Hasan, (1993) *Civil Law, Volume 1*, 12th edition, Tehran, Islāmiyyeh Publications. [In Persian]
- Emami, Sey ed Hasan, (1993) *Civil Law, Volume 2*, 8th edition, Tehran, Islāmiyyeh Publications. [In Persian]
- Ja'fari Langroudi, Mohammad Jafar, (2013) *Terminology*, 25th edition, Tehran, Ganj Danesh Publications. [In Persian]
- Ja'fari Langroudi, Mohammad Jafar, (2022) *Law of Obligations*, 7th edition, Tehran, Ganj Danesh Publications. [In Persian]
- Khandani, Seyed Pedram and Khakbaz, Mohammad, (2013) "Interpretation of the Theory of Exchange Justice in the Realm of Contracts", *Studies in Islamic Jurisprudence and Law*, Year 5, No. 8. [In Persian]
- Azimi, Nouredine and Amiri Lemar, Masoud, (2008) "Evaluation of the implementation effects of the plan to organize the exit of livestock from the forest on the lives of forest dwellers", *Quarterly Journal of Geographical Research*, Volume 40, Number 63. [In Persian]
- Qazi, Hosein, (2004) "The Nature and Scope of Supplementary Contract", *Quarterly Journal of Jurisprudence and Law*, Volume 1, Number 2. [In Persian]
- Katouzian, Naser, (2015) *Property and Ownership*, 44th edition, Tehran: Mizan Publishing. [In Persian]
- Katouzian, Naser, (2022) *General Rules of Contracts, Volume 1*, Seventh Edition, Tehran, Ganj Danesh Publications. [In Persian]
- Katouzian, Naser, (2022) *General Rules of Contracts, Volume 2*, 6th Edition, Tehran, Ganj Danesh Publications. [In Persian]
- Katouzian, Naser, (2022) *General Rules of Contracts, Volume 5*, Seventh Edition, Tehran, Ganj Danesh Publications. [In Persian]

12. Katouzian, Naser, (2022) *The Period of Specific Contracts, Volume 1*, 6th Edition, Tehran, Ganj Danesh Publications. [In Persian]
13. Katouzian, Naser, (2022) *The Period of Specific Contracts, Volume 2*, 15th Edition, Tehran: Ganj Danesh Publications. [In Persian]
14. Katouzian, Naser, (2017) *Civil Law in the Current Legal System*, 52nd edition, Tehran, Mizan Publishing House. [In Persian]
15. National Judicial Sessions System: www.neshast.org
16. National Judicial Votes System: <http://ara.jri.ac.ir>



The Impact of Non-Observance of Prescribed Formalities in the "Compulsory Official Registration" Law on Legal Acts Concerning Immovable Property

Seyed Mohammad Razavi¹

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Birjand, Birjand, Iran. Email: razavi1213@birjand.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 2
January 2025
Revised: 10
February 2025
Accepted: 19 July
2025

Available online
29 July 2025

Keywords:
Compulsory
Registration,
Nullity,
Unenforceability,
Rescission,
Mora¹
(Suspended/
Conditional),
Rescission,
Constructive
Destruction.



ABSTRACT

According to Article 1 of the Law on Compulsory Official Registration of Immovable Property Transactions, legal claims relating to juridical acts whose "subject or result involves the transfer of ownership of property, transfer of usufructuary rights (whether for life or for a term exceeding two years), or transfer of easement rights over immovable property, as well as endowments (waqf), the establishment of mortgage contracts concerning such properties, the conclusion of contracts effecting transfer of benefits from said properties for periods exceeding two years, lease-to-own agreements, and any form of presale of buildings - whether as a share of the entire land or structures - and commitments to perform all aforementioned juridical acts" are declared inadmissible. Although this sanction serves the legislator's objectives in many instances, it fails to clarify the legal status of transactions not registered in the electronic document registration system, thereby evading the responsibility of determining their legal fate. Despite the removal of the nullity sanction from the law's text and existing doctrinal regarding it, these transactions should nevertheless be deemed void. On the other hand, if "the transferee has formally transferred the subject matter to a third party prior to its rescission (faskh) or termination (infisakh), and in the subsequent legal act said third party possessed no right of rescission, or the transaction was not mutually revoked (iqalah), such transfer shall be treated as constructive destruction of the subject matter, and the rescission or termination shall not dissolve the subsequent contract. In such case, the holder of the rescission right may claim from the aforementioned transferee the current market value of the immovable property." Consequently, the Compulsory Registration Law has established a new provision contradicting Unified Precedent No. 810. In conflicts between specific-prior and general-subsequent rules, the former prevails, thus the ruling in the unified precedent remains valid for its specific subject matter.

Cite this article: Razavi, S. M. (2025). The Impact of Non-Observance of Prescribed Formalities in the "Compulsory Official Registration" Law on Legal Acts Concerning Immovable Property. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(32), 155-188. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6647.2029>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

Extended Abstract

Introduction

Legislative systems always establish legal rules and enact legislation to achieve objectives, which are often based on an understanding of the general benefits and harms of phenomena in the external world. Following the enactment of the Registration Law in 1310 (1931 AD), according to Article 48 of that law, "a document that must be registered in accordance with the aforementioned articles and is not registered will not be accepted in any office or court." However, later, with the support of some jurists, including the jurists of the Guardian Council, the public altered the direction of the legislator's movement. This led to the lawsuit for "Compulsory Deed Execution" becoming a common legal claim in judicial courts. Subsequently, to reduce such lawsuits in courts, Articles 147 and 148, along with laws such as the "Law on Determining the Registration Status of Lands and Buildings without an Official Deed," were enacted.

In recent years, the abundance of these claims prompted a new approach in the legislative system, culminating in the Expediency Discernment Council, 1403 (2024 AD), deeming the "Law on Mandatory Official Registration of Immovable Property Transactions" consistent with the interests of the state, with the aim of minimizing conflicts in people's transactions and contracts. The clear effect of this law is that when people know their unofficial transactions will not be valid before any authority, they will refrain from undertaking them and will conduct their transactions only with an official deed. According to Note 4 of Article 1, all immovable properties for which a cadastral title deed is issued after this law's effective date are subject to the formalities of this law from the date of the title deed issuance, and no lawsuit other than a claim for restitution of the exchanged values will be admissible. As observed, this law considers adherence to formalities for the transfer of real estate necessary.

The question this research seeks to answer is: What is the enforcement guarantee for violating the conditions stipulated in this law? Are transactions conducted without observing the mentioned formalities void or not? The legislator's objective in establishing formalities for the transfer of immovable property is to reduce the number of lawsuits filed in the judiciary, organize the real estate market, and prevent unauthorized transfers and the like. This objective is achieved by deeming transactions in which the necessary formalities are not observed as void.

Method

This research employs a descriptive-analytical method and, by examining the rationale behind enacting the Mandatory Official Registration Law, seeks to discover the true meaning and intention of the legislator (the spirit of the law). By analyzing the objectives of the law's enactment and comparing them with similar cases and instances in jurisprudential and legal sources and in judicial procedure, it aims to discover the enforcement guarantee for violating the law's mandatory regulations, thereby compensating for the enforcement gap in the

law.

Findings

According to Article 1 of the Law on Mandatory Official Registration of Immovable Property Transactions, claims related to legal acts whose "subject or result is the transfer of ownership of an asset, or the transfer of usufructuary right (whether for life or for a term exceeding two years), or the transfer of easement rights over immovable property, and endowment, as well as the conclusion of mortgage contracts concerning them, and the conclusion of contracts effecting the transfer of benefits of said properties for a period exceeding two years, and lease-to-own agreements, and any type of pre-sale of buildings, whether as a share of the entire land or structures, and commitment to perform all mentioned legal acts" are declared inadmissible. Although this enforcement guarantee fulfills the legislator's intentions in many cases, it does not specify the differing legal status of transactions not registered in the electronic deed registration system and has somewhat evaded the responsibility of settling their status. Despite the removal of the nullity enforcement guarantee from the law's text and disagreement about it, these transactions should be considered void. On the other hand, if "the transferee has officially transferred the subject matter of the transaction to a third party before the registration of its rescission or termination, and in the subsequent legal act, he did not have the right to rescind, or the transaction was not mutually canceled, this transfer is considered as the loss of the subject matter, and rescission or termination does not cause the dissolution of the subsequent contract. In this case, the holder of the aforementioned right of rescission will have recourse to the mentioned transferee for the current market value of the immovable property." Therefore, the Mandatory Registration Law establishes a new provision contrary to Unanimous Precedent No. 810, and in the conflict between a specific prior rule and a general subsequent rule, the former takes precedence over the latter. Consequently, the ruling in the unanimous precedent remains in effect for its own subject matter.

Conclusion

From the legislator's juxtaposition of the inadmissibility of claims related to immovable property with the admissibility of a claim for restitution of the exchanged value, it can be understood that, in the legislator's view, such transactions are void. If the legislator considered them "subject to consideration," "ineffective," or even "inadmissible as evidence," it should not have directly granted the party to the transaction merely the right to file a claim for restitution of the price. Instead, it should have made the possibility of filing a claim contingent upon another matter, such as failure to officially register within a reasonable period or the confirmation of the right holder, etc. If the legislator considered transactions lacking formalities as "ineffective," it would have been necessary to specify a period for executing the transfer. However, no such period has been specified. Although specifying a period aligns with what was approved by the Expediency Discernment Council, it conflicts with the spirit of the law and the true intention of the legislator.

Despite the general wording of Note 1 of Article 1 of the Mandatory Registration Law, it seems a distinction should be made between cases where, despite the existence of another's right, the owner's disposals are not permitted, and other cases. In the first instance, such as where the seller had a contractual option (*Khiyār al-Sharṭ*) in the first sale, the disposals are considered unauthorized, and the transfer is not considered "as a loss." Based on the above, it becomes clear that the relationship between Note 1 of Article 1 of the Mandatory Registration Law and Article 460 of the Civil Code is that the latter is a general subsequent rule and the former is a specific prior rule. In the conflict between a specific prior rule and a general subsequent rule, some consider the specific prior rule to take precedence over the general subsequent rule.

Authors' Contributions

All authors contributed equally to the conceptualization, drafting, and revision of the manuscript.

Acknowledgements

The authors thank the anonymous reviewers for their valuable comments, as well as the editor and editorial staff for their diligent management of the review process.

Ethical Considerations

This research was conducted with strict adherence to academic integrity, avoiding plagiarism, data fabrication, or misrepresentation.

Funding

This research received no specific grant from any public, commercial, or non-profit funding agency.

Conflict of Interest

The authors declare no conflict of interest.



تأثیر عدم رعایت تشریفات مقرر در قانون «الزام به ثبت رسمی»، بر اعمال حقوقی مرتبط با اموال غیرمنقول

سید محمد رضوی^۱

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه بیرجند، بیرجند، ایران. رایانامه: razavi1213@birjand.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: پژوهشی	بر اساس ماده یک قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، دعای مرتبط با اعمال حقوقی که «موضوع یا نتیجه آن انتقال مالکیت عین یا انتقال حق انتفاع (اعم از عمری یا رقبی برای مدت بیش از دوسال) یا انتقال حق ارتفاق اموال غیرمنقول باشد و وقف و نیز انعقاد عقد رهن در خصوص آن‌ها و انعقاد عقود مفید انتقال منافع اموال مذکور برای مدت بیش از دو سال و اجاره به شرط تملیک و هر نوع پیش فروش ساختمان اعم از این که به صورت سهمی از کل عرصه و یا اعیان باشد و تعهد به انجام کلیه اعمال حقوقی مذکور» غیرقابل استماع اعلام شده است. این ضمانت اجرا هرچند در موارد بسیاری مقاصد قانون‌گذار را تأمین می‌کند لکن، اختلاف در وضعیت حقوقی معاملاتی که در سامانه ثبت الکترونیک اسناد به ثبت نرسد را مشخص ننموده و به نوعی از بار تعیین تکلیف آن شانه خالی کرده است. علی‌رغم حذف ضمانت اجرای بطلان از متن قانون و اختلاف نظر در مورد آن، اما باید این معاملات را باطل دانست. از سوی دیگر چنانچه «منتقل‌الیه» مورد معامله را قبل از ثبت فسخ یا انفساخ به شخص ثالثی به صورت رسمی منتقل کرده باشد و در عمل حقوقی بعدی، وی حق فسخ نداشته باشد و یا معامله، اقاله نشده باشد، این انتقال در حکم تلف مورد معامله بوده و فسخ یا انفساخ موجب انحلال قرارداد بعدی نیست که در این صورت، دارنده حق فسخ مزبور به قیمت روز مال غیرمنقول، به منتقل‌الیه مذکور رجوع خواهد کرد». بنابراین، قانون الزام مقرر جدیدی مخالف با رأی وحدت رویه ۸۱۰ وضع نموده و در تعارض خاص مقدم و عام مؤخر، اولی بر دومی مقدم می‌شود و بنابراین، حکم موجود در رأی وحدت رویه در موضوع خود همچنان باقی می‌ماند.
تاریخ دریافت: ۱۳۰۱/۱۳/۱۴۰۳	
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۱/۲۲	
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۲۸	
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۴/۰۵/۰۷	
کلیدواژه‌ها: الزام به ثبت، بطلان، غیرقابل ترتیب اثر، مراعی، فسخ، تلف حکمی.	
	

استناد: رضوی، سید محمد. (۱۴۰۴). تأثیر عدم رعایت تشریفات مقرر در قانون «الزام به ثبت رسمی»، بر اعمال حقوقی مرتبط با اموال غیرمنقول. *آموزه‌های فقه مدنی*، ۱۷(۳۲)، ۱۵۵-۱۸۸. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6647.2029>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

مقدمه

همواره سیستم‌های قانون‌گذاری به منظور وصول به مقاصدی که غالباً متکی بر فهم مصالح و مفاسد نوعی پدیده‌های موجود در عالم خارج است، به وضع قواعد حقوقی و قانون‌گذاری اقدام می‌کنند. پس از تصویب قانون ثبت در سال ۱۳۱۰ به استناد ماده ۴۸ همان قانون «سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد». لکن بعدها مردم، به پشتوانه حمایت برخی از فقیهان، از جمله فقهای شورای نگهبان، جهت حرکت قانون‌گذار را تغییر دادند و این امر موجب شد که دعوای «الزام به تنظیم سند»، تبدیل به یک دعوای رایج در محاکم حقوقی گردد و حتی برای کاستن از این دعوی در دادگاه‌ها، مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ و برخی قوانین نظیر «قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی» به تصویب رسید. با وجود این، کثرت این دعوای موجب رویکرد جدیدی در سیستم قانون‌گذاری شد تا در نهایت در اردیبهشت ماه ۱۴۰۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول را موافق مصلحت نظام تشخیص داد تا تعارضات در معاملات و قراردادهای مردم را به حداقل برساند. اثر بارز این قانون این است که مردم زمانی که بدانند معاملات غیررسمی ایشان در هیچ مرجعی معتبر نخواهد بود، متعرض انجام آن نخواهند شد و معاملات خود را تنها با سند رسمی انجام خواهند داد. به موجب تبصره ۴ ماده ۱، کلیه اموال غیرمنقولی که پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون (سوم تیرماه ۱۴۰۳) سند مالکیت حدنگار برای آن‌ها صادر می‌شود از تاریخ صدور سند مالکیت تابع تشریفات این قانون بوده و هیچ‌گونه دعوایی جز دعوای استرداد عوضین (موضوع تبصره ۶ ماده یک) مسموع نخواهد بود. بر اساس ماده ۱، «یک سال پس از راه‌اندازی رسمی «سامانه ساماندهی اسناد غیررسمی» موضوع ماده ۱۰ این قانون، هر عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع که موضوع یا نتیجه آن انتقال مالکیت عین یا انتقال حق انتفاع (اعم از عمری یا رُقبی برای مدت بیش از دو سال) یا انتقال حق ارتفاق اموال غیرمنقول باشد و وقف و نیز انعقاد عقد رهن در خصوص

آن‌ها و انعقاد عقود مفید انتقال منافع اموال مذکور برای مدت بیش از دو سال و اجاره به شرط تملیک و هر نوع پیش‌فروش ساختمان اعم از این‌که به صورت سهمی از کل عرصه و یا اعیان باشد و تعهد به انجام کلیه اعمال حقوقی مذکور، باید در سامانه ثبت الکترونیک اسناد به ثبت برسد، در غیر این صورت دعوی راجع به اعمال حقوقی مذکور که ثبت نشده باشد و ادله راجع به آن‌ها، در بخشی که مفید موارد مذکور است، نزد مراجع قضایی، شبه قضایی و داوری قابل استماع نبوده و فاقد اعتبار است و جز دعوی استرداد عوضین، هیچ شکایت کیفری یا دعوای حقوقی یا تقاضایی در خصوص آن عمل حقوقی و اسناد مربوط به آن از قبیل شکایت انتقال مال غیر، دعوای اثبات یا تنفیذ معامله، ابطال سند رسمی مالکیت، الزام به تنظیم سند رسمی، خلع ید، تخلیه ید و الزام به اجرای تعهدات مندرج در آن، در مراجع مذکور مسموع نیست. همچنین اسناد ثبت نشده راجع به اعمال حقوقی مذکور در هیچ‌یک از دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده (۲۹) قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴/۱۲/۱۳۹۵ پذیرفته نمی‌شود و در مراجع قضایی و اداری مذکور فقط شخصی مالک ملک، شناخته می‌شود که در دفتر املاک سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که از این پس در این قانون «سازمان» نامیده می‌شود، ملک به نام او به ثبت رسیده یا از مالک رسمی به ارث برده باشد». همان‌گونه که دیده می‌شود در این قانون رعایت تشریفات برای نقل و انتقال املاک لازم دانسته شده است. در این مقاله ضمانت اجرای این موارد تجزیه و تحلیل شده است.

وضعیت حقوقی معاملاتی که در سامانه ثبت نشده

علاوه بر آنچه در ماده ۱ آمده است در ماده ۲ نیز دفاتر اسناد رسمی مکلف شده‌اند به درخواست طرفین معامله اسناد مربوط به قرارداد خصوصی اشخاص در خصوص اموال غیرمنقول از قبیل تعهد به بیع، قولنامه، مبیعه‌نامه و امثال آن را ثبت نمایند. با وجود الزام ناشی از قانون، بنا به دلایل متعددی ممکن است مردم قرارداد خود را طبق تشریفات مقرر در قانون انجام ندهند. این سؤال بلافاصله پس از تصویب قانون، ذهن محافل حقوقی را به خود درگیر کرده که وضع حقوقی این معاملات که با

سند عادی بین مردم انجام خواهد شد چه بوده و چه ضمانت اجرای ماهوی باید برای این معاملات پذیرفت؟ در تبصره ماده ۲۵ آیین نامه ماده ۲۳ همان قانون (مصوب ۱۸ ۰۷ ۱۴۰۳) نیز صرفاً بیان شده: «کلیه اعمال حقوقی موضوع ماده ۱ قانون چنانچه در سامانه ثبت نشود مشمول ضمانت اجرای ماده ۱ قانون است». در ادامه به ضمانت اجرای احتمالی و تحلیل هر کدام می پردازیم.

بطلان معاملات با سند عادی

اگر معامله ای مستند به سند عادی انجام شود بدون این که در سامانه ثبت الکترونیک اسناد به ثبت برسد، با دو وضعیت متفاوت مواجه هستیم: یا معامله کننده و صاحب سند قبول می کند که سند را به نام منتقل‌الیه در سامانه به ثبت برساند؛^۱ که در این صورت ممکن است گفته شود همین انتقال سند است که موجب انتقال مالکیت نیز می شود، یعنی قانون گذار با تصویب قانون الزام به ثبت رسمی، عقود موضوع ماده ۱ این قانون را از عینی به تشریفاتی بدل کرده و بدون رعایت تشریفات عقد را دارای خلل می داند.

با این توضیح احتمال دوم که مالکیت را در نتیجه عقد عادی بدانیم و با ثبت معامله در سامانه، احکام این قانون را بر آن بار کنیم کم رنگ می شود.

گاهی دارنده سند قبول نمی کند که برای ثبت معامله در سامانه اقدام کند؛ در این صورت کسی که با سند عادی مدعی انتقال است فقط می تواند دعوای استرداد ثمن را مطرح کند و عدم قبول کاشف از بطلان عقد است و بدون دعوای اثبات بطلان معامله، می توان دعوای استرداد ثمن را مطرح کرد. واضح است که در این فرض دعوای «الزام به ثبت رسمی» توسط منتقل‌الیه عادی محکوم به بی حقی خواهد شد. این که گفته می شود یکی از عناصر عمومی عقود این است که لغو نباشد یعنی مفید باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۱۰۸) مؤید این تحلیل است.

به نظر می رسد از این که قانون گذار عدم استماع دعوای مرتبط با مال غیرمنقول را در کنار استماع دعوای استرداد عوض قرارداد است می توان فهمید که از نظر

۱. علی رغم این که ممکن است معامله کننده برای انتقال سند به نام منتقل‌الیه اقدام کند لکن باید توجه داشت در ارتباط با اشخاص ثالث چنین معامله ای قطعاً غیرقابل استناد می باشد.

قانون‌گذار چنین معاملات باطل است و اگر قانون‌گذار آن را «مُرَاعَی» یا «غیرنافذ» و یا حتی «غیرقابل استناد» می‌داندست نباید به صورت مستقیم برای طرف معامله صرفاً حق طرح دعوی استرداد ثمن را می‌پذیرفت بلکه باید امکان طرح دعوی را منوط به امر دیگری، از جمله عدم ثبت رسمی در مهلتی متعارف و یا تأیید صاحب حق و... می‌کرد. با وجود این، احتمالات دیگری نیز در مورد وضعیت حقوقی معاملاتی که تشریفات قانون در آن رعایت نشده مطرح است که در ادامه ذکر می‌شود.

غیرقابل استناد بودن معاملات با سند عادی

«قرارداد غیرقابل استناد» قرارداد معتبری است که آثار خود را نسبت به طرف‌هایی که آن را منعقد نموده‌اند دارا می‌باشد، اما به عللی غیر ناشی از تشکیل آن نسبت به اشخاصی که می‌بایست مؤثر می‌بود غیرقابل استناد است.

در متن اولیه قانون الزام، صراحتاً بیان شده بود: «معاملاتی که به ثبت نرسد باطل است و در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد» و این متن مورد قبول شورای نگهبان قرار نگرفت و در نهایت نیز در زمان تصویب، ضمانت اجرای بطلان، برداشته شد که این امر می‌تواند حاکی از این باشد که قانون‌گذار در نهایت ضمانت اجرای بطلان را قبول نکرده است. در پاسخ به این استدلال نیز باید گفت علی‌رغم این‌که تصریح به ضمانت اجرای بطلان از متن قانون برداشته شد لکن باز هم ضمانت اجرای دیگری از متن قانون قابل استنباط نیست زیرا اولاً، طرح دعوی استرداد ثمن بدون هیچ مقدمه‌ای پذیرفته شده، درحالی‌که در وضعیت کنونی و قبل از اجرایی شدن این قانون کسی که دعوی استرداد ثمن را مطرح می‌کند ابتدا باید دعوی اثبات فسخ یا اثبات بطلان عقد را نیز مطرح نماید و در صورتی‌که در این دعوی پیروز شود در دعوی استرداد ثمن نیز رأی به نفع وی صادر خواهد شد. ثانیاً، در زمانی که ماده ۲۲ قانون ثبت مقرر کرده بود «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا این‌که ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت» و باز هم رویه قضایی بدون هیچ تردیدی وارد در بحث ماهوی اسناد عادی می‌شد، دوران

امر بین پذیرش سند عادی و سند رسمی وارد در عرصه قانون‌گذاری نشده بود و حتی قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور نیز در ماده ۶۲ مقررهای داشت که رویه قضایی را تأیید می‌نمود لکن، با تصویب قانون الزام به تمامی اختلافات در این زمینه پایان داده می‌شود و نظر به این که جدال مذکور مسبوق به سابقه است قانون‌گذار نیز نسبت به آنچه بیان کرده قطعاً در مقام بیان است و نمی‌توان به این استناد نیز برای فرار از اجرای قانون و پذیرش اسناد عادی راه فراری پیدا کرد.

البته این احتمال وجود دارد که برخی ازدادگاه‌ها در این فرض معامله را از ابتدا صحیح بدانند و آثار معامله صحیح را بر آن بار کنند. چنین دیدگاهی ممکن است ناشی از حذف عبارت «بطلان عقد» توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام باشد. به عبارت دیگر اگر قانون‌گذار عقد را باطل می‌دانست نباید بطلان را از قانون حذف می‌کرد و حال که بطلان را حذف کرده به این معناست که آن را باطل نمی‌داند و چون بدو تنظیم سند رسمی صورت نگرفته مادامی که سند رسمی منعقد نشده دعوی مطروحه غیرقابل استماع است و زمانی که مالک سابق به میل خود اقدام به انتقال می‌کند قدر متیقن این است که آثار عقد صحیح از ابتدا بر این معامله نیز بار شود.

عدم ترتیب اثر بر معامله

عبارت «غیرقابل ترتیب اثر بودن قرارداد» در ماده ۸۹ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرائی استعمال شده است. برخی حقوق‌دانان با استنباط از همین ماده بیان کرده‌اند ضمانت اجرای منع از فروش مال توقیف شده «عدم ترتیب اثر» بر معامله انجام شده است (شمس، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۸۷). بنابراین، معامله انجام شده نه باطل است و نه غیرنافذ، بلکه صرفاً «قابل ترتیب اثر» نیست.

در صورتی که بعد از انعقاد قرارداد عادی، مالک سابق بپذیرد که با رعایت تشریفات ماده یک، مال را به طرف دیگر منتقل کند و انتقال رسمی را نتیجه همان قرارداد عادی بدانیم، می‌توان ضمانت اجرای ماهوی، در معاملاتی که وفق ماده یک قانون الزام به ثبت نرسیده‌اند، را «عدم ترتیب اثر بر معامله عادی منعقد» دانست.

این ضمانت اجرا علاوه بر این که مقصود قانون‌گذار از وضع ماده یک قانون را تأمین می‌کند از جهت ماهوی نیز قرارداد عادی را از اساس باطل نمی‌داند و بر همین مبنا اشکال خلاف شرع بودن آن که به نظر شورای نگهبان وجود داشت و مانع تأیید آن می‌شد، مرتفع می‌گردد. عدم اقدام برای انعقاد رسمی معامله، کاشف از بطلان آن از ابتدا خواهد بود. نظیر این مطلب را برخی از حقوق دانان با عنوان «طرح عقد» مطرح می‌کنند با این توضیح که در برخی موارد تراضی حاصله، فاقد برخی از عناصر عمومی عقود است مثل این که عرف و عادت جهانی از قدیم بر این بود که مالک مال در فضولی می‌تواند آن طرح را به تصویب خود برساند بدون این که این تصویب، موجب انعقاد عقدی گردد و شارع هم همان عرف را امضا کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۲۸۹).

نکته‌ای که اشاره به آن لازم است این که ظرف چه مدتی باید این اقدام صورت بگیرد؟ با توجه به این که قانون در این مورد ساکت است می‌توان از عموماًت قانون مدنی، در زمینه معاملات غیرنافذ، نظیر حکم موجود در ماده ۲۵۲ این قانون، استنباط کرد که طرف قرارداد عادی، می‌تواند الزام به اعلام نظر را از دادگاه بخواهد، هرچند دعوای الزام به ثبت رسمی پذیرش آن همچنان محل تردید است. البته قانون‌گذار می‌توانست در این مورد نیز با وضع مقرره‌ای مدتی را اعلام کند تا عدم اقدام در مدت مذکور کاشف از بطلان قرارداد عادی باشد.

با توجه به آنچه گفته شد می‌توان فهمید اناطه «ترتیب اثر بر معامله» به انتقال رسمی، معنایی شبیه به «عقد مُراعی» در پیشینه تاریخی مباحث فقهی و حقوقی دارد. برای توضیح مطلب باید گفت اصطلاح «عقد مُراعی» در منابع در دو معنا استعمال شده است (رضوی، ۱۳۹۹، ص ۲۵):

استعمال اول: منظور از «عقد مُراعی» این است که استمرار عقدی که سابقاً منعقد شده است منوط و وابسته به عدم وقوع حادثه‌ای باشد. در یک مثال گفته شده است: اگر کسی کالایی را بفروشد و برای خود خیار شرط قرار دهد و مشتری در مدت خیار شرط مبیع را اجاره دهد، اجاره مُراعی خواهد بود و استمرار آن منوط به عدم فسخ بیع توسط بایع در مدت خیار شرط است.

استعمال دوم: عقد مُراعی به عقدی می‌گویند که در فاصلهً ایجاب و قبول تا تحقق امری دیگر صحت یا بطلان آن معلوم نیست. در ماده ۳۷۰ قانون مدنی آمده است: «اگر طرفین معامله برای تسلیم موعدی قرارداد کرده باشند، قدرت بر تسلیم در آن موعود شرط است نه در زمان عقد». بنابراین؛ در فاصلهً انعقاد عقد تا زمان تسلیم، عقد مُراعی است و اگر تسلیم ممکن نباشد کشف می‌شود که از ابتدا عقد باطل بوده است. مثال فروش حیوان گم شده از همین باب است (شهبه ثانی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۴۹)، به همین دلیل این عقد را «عقد مُراعی» می‌دانند که سرنوشت آن به پیدا شدن یا نشدن حیوان فروخته شده بستگی دارد.

این نظر اگر با غرض اصلی قانون‌گذار از وضع قانون الزام در تنافی نباشد، ایراد دیگری ندارد لکن با این که گفته می‌شود اگر طبع یک مرضات در رابطه با مصالح طرفین، اقتضای لزوم کند آن مرضات، لازم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۳۴۷) اما زمانی که قانون‌گذار این مرضات را به رسمیت نشناسد اعتبار حدّاقلی خود را نیز از دست خواهد داد. به علاوه، اگر از زاویه آیین دادرسی به قانون بنگریم به این علت که دعوی نظیر الزام به تنفیذ، الزام به ثبت رسمی یا الزام به اعلام نظر و امثال آن در ماده ۱ قانون، مسموع دانسته نشده حدّاقل در مقام اثبات، این ضمانت اجرا مفید فایده نیست و تنها در صورتی که مالک رسمی طوعاً برای انتقال سند اقدام کند و این اقدام را هم کاشف از صحت عقد از ابتدا بدانیم می‌توان این نظر را دارای اثر دانست.

وضعیت معاملاتی که در سامانه ثبت شده

یکی از اهداف قانون‌گذار در قانون الزام، جلوگیری از معاملات به قصد فرار از دین، معاملات صوری و امثال آن است تا اشخاص نتوانند با قید تاریخ مقدم، مال موضوع معامله را به دیگران منتقل کنند و بدین وسیله مانع از دسترسی طلبکار به اموال بدهکار شوند. قانون الزام هرچند می‌تواند در مواردی مفید فایده واقع شود لکن در مواردی دیگر نیز اثر مقصود قانون‌گذار را ندارد. برای مثال، اگر کسی به طور صوری مالی را منتقل کند و تمام تشریفات مربوط به قانون الزام را نیز رعایت کند و ذی‌نفع بخواهد دعوی بطلان معامله به علت صوری بودن را مطرح کند نباید قانون مانع او

شود. نظیر این مطلب، در بحث از بطلان معاملات صوری که با سند رسمی منعقد می‌شود دیده می‌شود.

همچنین زمانی که معامله در سامانه ثبت شود و ثابت شود که بنا به دلایلی ثبت آن در سامانه واجد اشکال بوده علی‌الاصول باید بتوان دعوی بطلان معامله را مطرح کرد. در این فرض علی‌رغم نص صریح قانون، چنین دعوایی لاجرم باید در دادگاه مطرح شده تا پس از صدور حکم دادگاه، بتوان سند صادره را نیز ابطال کرد. و عدم پذیرش دعوی ابطال، حداقل این نتیجه نامطلوب را دارد که کسی نتواند متعرض اسناد تنظیمی به قصد فرار از دین گردد در حالی که آن‌گونه که برخی نویسندگان هم بیان داشته‌اند چنین معاملاتی، با توجه به این‌که با حقوق طلبکار معارضه دارد در وضع کنونی حقوقی دارای خلل است (عزیزی، ۱۴۰۲). لازم به ذکر است در ماده ۱۳ قانون مذکور بیان شده: «در صورتی که معامله رسمی انجام شده، ابطال شود شخصی که بطلان مستند به او باشد با رعایت قواعد ضمان قهری مسئول جبران خسارات وارده به زیان‌دیده است...» که به امکان طرح دعوی بطلان اشاره ضمنی دارد و در ماده ۱۰ قانون، دعوی مطالبه قیمت روز مال غیرمنقول پذیرفته شده که از جهاتی همسو با رای وحدت رویه ۸۱۱ هیات عمومی دیوان عالی کشور می‌باشد.

وضعیت حقوقی معاملات مشتری در فاصله بین عقد تا فسخ

مالکیت نزد عقلا امری محترم است و مالک می‌تواند، مادامی که تصرفاتش با قانون مخالفت ندارد، در سایه اصل تسلیط، در مال خود تصرف کند (نیک کار؛ امامی، ۱۳۹۸). یکی از این تصرفات، تصرفات ناقل عین است. تصرفات ناقل عین برای مالک، علی‌الاصول، ممکن است مگر این‌که حقی برای غیر، در آن مال موجود باشد که در این صورت تصرفات ناقل مالک، به واسطه حق غیر، ممنوع و یا محدود می‌شود. در عین حال ضمانت اجراهای متفاوتی برای تصرفات ناقله ممنوع وجود دارد یا حداقل در این ضمانت‌های اجرا اختلاف نظرهایی بین اندیشمندان حقوقی به چشم می‌خورد (رضوی، ۱۳۹۹، ص ۳۲-۹۳).

در تبصره یک ماده یک قانون آمده است:

دعوی تنفیذ فسخ معاملات ثبت شده اموال غیرمنقول، در مواردی که ثبت

فسخ مستلزم رأی مرجع قضایی یا داوری است، مشروط بر این که ظرف پانزده روز پس از اعمال حق فسخ، اظهارنامه رسمی ارسال و ظرف پانزده روز بعد از آن نسبت به طرح دعوی تنفیذ فسخ اقدام شود، مسموع است هر چند فسخ ثبت نشده باشد... در هر حال چنانچه منتقل‌الیه، مورد معامله را قبل از ثبت فسخ یا انفساخ به شخص ثالثی به صورت رسمی منتقل کرده باشد و در عمل حقوقی بعدی، وی حق فسخ نداشته باشد و یا معامله، اقاله نشده باشد، این انتقال در حکم تلف مورد معامله بوده و اعمال حق فسخ یا انفساخ موجب انحلال قرارداد بعدی نیست که در این صورت دارنده حق فسخ مزبور به قیمت روز مال غیرمنقول، به منتقل‌الیه مذکور رجوع خواهد کرد. چنانچه منتقل‌الیه حق فسخ داشته باشد یا به هر نحو عین مال به ملکیت وی درآمده باشد، عین مال به انتقال دهنده اول (دارنده حق فسخ) مسترد می‌گردد.

در اندیشه فقیهان نیز فرضی که مال با انتقال صحیح و لازمی منتقل شده باشد مصداق تلف حکمی دانسته شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۱۸۸؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲، قسم ۱، ص ۹۳) در این صورت سلطنت مالک بر مالش به حکم شارع و قانون‌گذار (مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی) از بین رفته است.

قسمت اخیر این تبصره، منتقل‌الیهی که حق فسخ دارد را به طور ضمنی موظف به فسخ قرارداد دوم و برگشت مال موضوع قرارداد، به مالک اول دانسته است. شبیه این مطلب در ماده ۵۰۰ قانون مدنی بیان شده، در این ماده آمده است: «در بیع شرط مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که با بیع حق خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار با بیع باشد به وسیله جعل خیار یا نحو آن حق با بیع را محفوظ دارد». با توجه به این که فسخ در این قانون یک عمل حقوقی کاملاً تشریفاتی است این احتمال نیز وجود دارد که دادگاه بتواند به درخواست ذی نفع، رأساً اقدام به فسخ قرارداد دوم کرده و در نتیجه به تسلیم مال موضوع عقد به مالک حکم نماید.

در مقابل «تلف حکمی»، عبارت «تلف حقیقی» قرار می‌گیرد. مقصود از «تلف حقیقی» این است که مال، حقیقتاً از بین برود و صورت خارجی خود را از دست بدهد به نوعی که عرفاً با آنچه در سابق بوده متفاوت باشد. در «تلف حکمی» مال،

همانند سابق، موجود است و صورت خارجی خود را از دست نداده است. در تعریف تلف حکمی گفت شده: تلف حکمی عبارت است از زوال سلطنت مالک نسبت به مال خود بدون این که عین مال در خارج از بین برود (هاشمی شاهرودی، بی تا، ج ۲، ص ۶۱۷) سبب زوال یا حکم شارع است، مانند آن که مال با عقد لازمی به دیگری منتقل شود. زوال سلطنت در این فرض که از آن به تلف تعبدی و تلف شرعی نیز تعبیر می شود به حکم شارع است. و یا سبب زوال، عارض شدن امری است که مانع دسترسی مالک به مال خود می گردد، مانند غرق شدن مال و یا به سرقت رفتن آن (هاشمی شاهرودی، بی تا، ج ۲، ص ۶۱۷). در ادامه با تفکیک مواردی که با وجود حق غیر، تصرفات برای مالک مجاز است از سایر موارد موضوع را پی می گیریم.

مواردی که با وجود حق غیر، تصرفات مجاز است

در برخی موارد با وجود حق غیر در مال، باز هم تصرفات مالک مجاز است و با محدودیتی مواجه نیست.

کسی که با یکی از عقود ناقله مالی به او منتقل می شود، مالک آن مال شده و می تواند انحاء تصرفات را در آن مال داشته باشد^۱. ملکیت منتقل الیه بر مال، گاه متزلزل و گاهی نیز مستقر است. تزلزل عقد ممکن است ناشی از حق فسخ یا حق رجوع ناشی از جواز عقد یا ناشی از حکم قانون گذار باشد. منشأ و مبنای ایجاد خیار هم گاهی اراده طرفین است و گاهی نیز قانون گذار عواملی را سبب ایجاد حق خیار قرار داده است. خیار شرط، مصداق قسم اول است و سایر خيارات نیز منشأ قانونی دارند و مصداق قسم دوم هستند. در خیار شرط با وجود خیار، تصرفات مشتری مجاز نیست اما سایر خيارات قانونی وضعیت متفاوتی دارند.

خيارات قانونی

منظور از خيارات قانونی خياراتی هستند که، نه با اراده طرفین و شرط ضمن عقد، بلکه با جعل قانون گذار و شارع ایجاد شده اند. علی الاصول وقتی که مال به مشتری منتقل می شود طبق قاعده «التَّائِسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» هرگونه تصرفی

۱. برخی فقیهان ملکیت منتقل الیه را ملکیت ناقص دانسته (جعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۶۰) و برخی دیگر نیز این سخن را سخنی بسیار خوب دانسته اند (تستری، بی تا، ص ۲۰۰).

برایش مجاز است و در صورتی که با وجود علم به ثبوت خیار برای فروشنده، شک شود در این که آیا تسلط مالک (مشتری) از بین می‌رود یا باقی می‌ماند می‌توان با اجرای استصحاب، تسلط مالک و صحت تصرفات وی را نتیجه گرفت. بنابراین، همان‌گونه که در صورت وجود حق شفعه مشتری می‌تواند مبیع را به دیگران بفروشد (ماده ۸۱۶ قانون مدنی)، در صورت وجود حق فسخ نیز می‌تواند آن را به دیگران منتقل کند. در این صورت اگر بایع عقد را فسخ کند، «تلف حکمی» صادق بوده و به مثل یا قیمت مال مراجعه می‌کند.^۱

دلیل این که بین خیار شرط و سایر خيارات تفاوت وجود دارد این است که در خیار شرط مشتری به طور ضمنی ملتزم می‌شود که عین و منفعت مال را تا زمان فسخ برای فروشنده حفظ کند تا اگر فروشنده عقد را فسخ کرد بتواند آن را پس بگیرد اما سایر خيارات چنین التزام ضمنی در آن وجود ندارد، خصوصاً این که ممکن است ثالثی که مال به او منتقل شده ثالث با حسن نیت بوده باشد بدین معنا که اصلاً از وجود حق فسخ برای کسی که مال را به او می‌فروشد اطلاعی ندارد. برای مثال، اگر کسی کالایی را بخرد و قبل از این که ثمن را بپردازد مُفَلَّس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع می‌تواند عقد را فسخ کرده و مبیع را استرداد کند (ماده ۳۸۰ قانون مدنی). حال اگر مشتری قبل از تفلیس مال را منتقل کرد، فقیهان، این انتقال را در حکم تلف می‌دانند که موجب سقوط حق فسخ فروشنده می‌شود (مرداوی، بی تا، ج ۵، ص ۲۸۷).

خیار تخلف از شرط فعل

تصرفاتی که با عمل به شرط منافات ندارد

گروهی از تصرفات مشتری در زمانی که بایع حق فسخ دارد با عمل به شرطی که به نفع بایع قرارداد شده است منافات ندارد در این صورت اگر بایع عقد را فسخ کند بدل مبیع به او برمی‌گردد. نظر دوم این است که اگر عین باقی نیست بدل عین به فسخ‌کننده برمی‌گردد لکن در صورتی که عین باقی است خود عین به فسخ‌کننده

۱. منظور از قیمت، در اینجا قیمت روز فسخ قرارداد توسط بایع است.

برمی‌گردد، منتها در این‌که فسخ عقد اول عقد دوم را از اساس از بین می‌برد یا این‌که فسخ عقد اول عقد دوم را از زمان فسخ از بین می‌برد اختلاف نظر وجود دارد (تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۴۴۵). در میان این دو نظر، نظر اول ترجیح دارد و رویه قضایی نیز متمایل به آن است، خصوصاً زمانی که مشتری مال موضوع معامله را به ثالث منتقل کرده و به نام وی سند زده و ثالث نیز ثالث با حسن نیت بوده است. در این فرض اگر مال را «در حکم تلف» بدانیم اعتبار سند رسمی که شخص ثالث بر اساس آن وارد معامله شده نیز خدشه دار نمی‌شود.

تصرفاتی که با عمل به شرط منافات دارد

برخی از تصرفات مشروط‌علیه با عمل به شرط منافات دارد، مثل این‌که مال را به مشتری فروخته مشروط به این‌که مشتری آن را وقف کند و لکن مشتری به جای این‌که آن را وقف کند می‌فروشد. در این فرض سه نظر مطرح شده است: نظر اول این‌که بیع دوم صحیح است بدون این‌که نیاز به اذن مشروط‌له باشد. نظر دوم بیع را صحیح می‌داند مشروط به این‌که مشروط‌له اذن بدهد یا اجازه کند و نظر سوم هم عقد را باطل می‌داند. در این صورت اگر شرط مذکور را حمل بر شرط ترک فعل حقوقی کنیم به نظر برخی نویسندگان، مشروط‌له می‌تواند در قبال تخلف از شرط، دو اقدام انجام دهد: اولاً، می‌تواند عقدی را که شرط در ضمن آن درج گردیده را فسخ نماید و ثانیاً، در صورتی‌که از تخلف مشروط‌علیه خسارتی به او وارد شده باشد درخواست جبران خسارت کند (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۵). اما طبق نظر برگزیده در شرط ترک فعل حقوقی مشروط‌له اختیار رد معامله دوم که بر خلاف شرط منعقد شده، را دارد (نخعی پور؛ رضوی، ۱۳۹۶).

در رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰-۸۱۰-۰۴-۰۳-۱۴۰۰ بیان شده است: «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 تعیین شده، فروشنده حق فسخ و استرداد مبیع را دارد، با تحقق شرط و اعمال حق فسخ ولو این‌که خریدار بدون در نظر گرفتن حق فسخ، مبیع را به شخص دیگری فروخته باشد، مبیع باید به بایع 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».

در شرط موضوع این رأی، حق فسخ فروشنده با تحقق شرط محقق شده است. بعد از تحقق حق فسخ یا فروشنده از حق فسخ خود استفاده نمی‌کند و یا از حق فسخش استفاده نمی‌کند. اگر از حق فسخش استفاده نکرد انتقالات مشتری هم در جای خود باقی مانده و استمرار می‌یابد اما مسئله زمانی است که فروشنده از حق فسخش استفاده می‌کند در این صورت به استناد این رأی حق دارد عین مالش را استرداد کند. اما این که ماهیت این عمل چیست؟ به نظر می‌رسد عقود بعدی مشتری که بدون در نظر گرفتن حق بایع انجام شده غیرنافذ بوده و بایع با اطلاع از چنین قراردادی آن را رد کرده و عقد خود با مشتری را نیز فسخ کرده است. تحلیل دیگری نیز در این مورد می‌توان ارائه کرد و آن این که معاملات بعدی مشتری که با حق بایع منافات دارد از اساس باطل باشد و تحلیل سوم این که معاملات مشتری صحیح است؛ لکن چون با حق بایع منافات دارد در صورتی که بایع عقد خود با مشتری را فسخ کرد این فسخ موجب انفساخ عقد مشتری با ثالث خواهد بود و اگر بایع عقد خود با مشتری را فسخ نکرد، عقود بعدی مشتری نیز استمرار می‌یابد. تحلیل اخیر از این جهت که برای فرض عدم استفاده بایع از حق فسخش راه حل منطقی‌تری ارائه کرده بهتر به نظر می‌رسد اما تحلیل اول از این جهت که عقد مشتری را به علت منافات با حق بایع غیرنافذ می‌داند و فسخ عقد توسط بایع را به منزله رد عقد مشتری و عدم فسخ بایع را به منزله تأیید آن می‌داند موجه‌تر به نظر می‌رسد.

اما در صورتی که شرط مذکور در رأی از نوع شرط خیار باشد، حکم به بطلان معاملات مشتری موجه جلوه می‌کند اما این ایراد را دارد که بعد از تحقق معلق علیه مدتی برای استفاده از خیار تعیین نشده است. در مقابل، در قانون الزام به ثبت در صورتی که «منتقل‌الیه، مورد معامله را قبل از ثبت فسخ یا انفساخ به شخص ثالثی به صورت رسمی منتقل کرده باشد و در عمل حقوقی بعدی، وی حق فسخ نداشته باشد و یا معامله، اقاله نشده باشد، این انتقال در حکم تلف مورد معامله بوده و اعمال حق فسخ یا انفساخ موجب انحلال قرارداد بعدی نیست که در این صورت

دارنده حق فسخ مزبور به قیمت روز مال غیرمنقول، به منتقل‌الیه مذکور رجوع خواهد کرد». بنابراین، قانون الزام و رأی وحدت رویه با هم تعارض دارند و با توجه به این که در رأی وحدت رویه باید به قدر متیقن اکتفا کرد و موضوع رأی وحدت رویه فقط همان خیار موجود در آن است در حالی که قانون الزام بیان‌گر حکمی عام است در تعارض خاص مقدم و عام مؤخر، اولی بر دومی مقدم می‌شود؛ زیرا آن گونه که اصولیون می‌گویند، در چنین حالتی اصلاً برای عام ظهوری در عموم پیدا نمی‌شود (مظفر، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۱۶۷) و بنابراین، حکم موجود در رأی وحدت رویه در موضوع خود همچنان باقی می‌ماند و این که برخی نویسندگان قانون الزام را مخصص رأی وحدت رویه شمرده‌اند (علی‌جانی و جواهرکلام، ۱۴۰۳، ص ۱۳) قابل توجیه نیست مگر این که بگوییم رأی وحدت رویه با حکمت وضع قانون الزام، سازگاری ندارد که در این صورت به همین استناد می‌توان قانون الزام را همه جا جاری دانست.

قسم دیگری از تصرفات مالک در زمان خیار تصرفاتی است که برای ثالث ایجاد حق انتفاع می‌کند. در صورتی که مالک در زمان خیار، با عقد موجد حق انتفاع برای ثالث حق انتفاعی ایجاد کند، باید مسئله را در حالت‌های مختلف بررسی کرد:

حالت اول زمانی است که عقد موجد حق انتفاع عقد عمری باشد. در این فرض مالک حق انتفاع از مال خود را برای مدت عمر خود یا عمر منتفع یا شخص ثالث به کسی واگذار می‌کند و زمانی که عقد منحل می‌شود و ملکیت مال به شخص سابق بر عقد برمی‌گردد با مالی مواجه می‌شود که مسلوب‌المنفعه می‌باشد. این قسم از انتقالات نیز می‌تواند مصداق تبصره یک ماده ۱ قانون الزام باشد اما در حالت دوم و سوم که عقد موجد حق انتفاع سکنی و رقبی باشد بعید به نظر می‌رسد که بتوان آن را مصداق تبصره مذکور دانست.

تفاوت بین خیار مجلس و سایر خیارات قانونی

برخی از فقیهان بین خیار مجلس و سایر خیارات قانونی تفاوت گذاشته‌اند (محقق کرکی، بی تا، ج ۲، ص ۱۸۰؛ حسینی شیرازی، بی تا، ج ۱۵، ص ۱۸۴). این تفاوت عمدتاً در دو قسمت مطرح است:

اول این که، بایع زمانی که در مجلس مشتری را بر انواع تصرفات مسلط می‌کند

خبر دارد که خیار مجلسی وجود دارد اما سایر خیارات مثل خیار غبن را مطلع نیست و اگر مطلع می بود به تصرفات رضایت نمی داد. و تفاوت دوم این که، یکی از طرق سقوط خیار مجلس، جدا شدن طرفین از جلسه عقد است و همان طور که فروشنده می تواند از جلسه خارج شود تا خیار مشتری ساقط شود مشتری نیز می تواند با خروج از مجلس خیار بایع را ساقط کند. بنابراین، زمانی که مشتری بتواند با خروج از مجلس حق بایع را به صورت دائمی ساقط کند تکلیفی در حفظ حق وی نسبت به عین هم ندارد و می تواند مال را به دیگران بفروشد (عاملی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۰۲). در این صورت «تلف حکمی» صدق می کند لکن اگر تفاوت بین خیار مجلس با سایر خیارات را پذیرفتیم صدق تلف حکمی در خیار مجلس منتفی خواهد شد.

خیارات مسبب از شرط ضمنی

خیار غبن، عیب و تخلف از وصف از خیاراتی هستند که به دلیل تخلف از شرط ضمنی به وجود می آیند. برخی از فقیهان این قسم از خیارات را به خیار مجلس و حیوان و شرط ملحق می کنند و می گویند این قسم از خیارات، از ابتدای زمان عقد موجود هستند و به همین دلیل به خیارات منجز فعلی الحاق می شود (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۶۹). بنابراین، مالک نمی تواند در زمان این خیارات نیز تصرفات ناقله انجام دهد. در وضعیت حقوقی کنونی از جمع بین مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی و ماده ۴۶۰ می توان استنباط کرد که قانون گذار صرفاً تصرفات در زمان خیار شرط را ممنوع می داند و این منع در سایر خیارات وجود ندارد.

انتقال مهریه توسط زوجه قبل از طلاق

یکی از مواردی که مال با ناقل قانونی صحیح منتقل می شود فرضی است که مهریه معین توسط زوجه با ناقل قانونی صحیح منتقل می شود و قبل از زناشویی طلاق صورت می گیرد در اینجا زن باید نصف مهریه را به مرد برگرداند و چون مال را به ناقل لازم صحیح منتقل کرده است باید نصف مثل یا بدل آن را به شوهر بدهد (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۳۶۸؛ کاشف الغطاء، ج ۴، ص ۱۴۱؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۲۳۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴، ص ۵۱۴). در صورتی که انتقال با ناقل جایز بوده نیز زوجه را مخیر می دانند بین این که عقد جایز را فسخ کرده و عین مال را به شوهر برگرداند و یا

بدون فسخ عقد بدل آن را رد کند (سیزواری، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۲۳۰).

انتقال عین موهوبه توسط متهب

در عقد هبه بعد از قبض نیز واهب می‌تواند با بقاء عین موهوبه از هبه رجوع کند. یکی از مواردی که امکان رجوع واهب را از بین می‌برد جایی است که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده یا متعلق حق غیر واقع شود خواه قهراً، مثل این که متهب به واسطه فلس مجبور شود، خواه اختیاراً، مثل این که عین موهوبه به رهن داده شود (بند ۳ ماده ۸۰۳ قانون مدنی). به نظر فقیهان با این گونه تصرفات، عین باقی و موجود نیست (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵، ص ۴۸۳) و در حکم تلف قرار می‌گیرد. و به نظر اکثریت بین تصرفات ناقل و جایز از این جهت تفاوتی نیست.

انتقال مال قبل از انفساخ و اقاله قرارداد

انفساخ عبارت است از انحلال عقد با عاملی غیر از اراده طرفین. بنابراین، در فاصله عقد تا زمان انفساخ، مشتری مالک مال موضوع قرارداد است و می‌تواند به اعتبار مالکیت خود مال را به دیگران منتقل کند. به همین دلیل اگر عقد منفسخ شد در حالی که مبیع به ثالث منتقل شده است با توجه به عدم بقای عین در يد مشتری می‌توان مبیع را در حکم تلف دانست (رضوی، ۱۳۹۸، ص ۲۳۹) و مشتری را به رد بدل آن محکوم کرد. در مورد اقاله نیز همین حکم وجود دارد و حتی اگر کسی که مال را منتقل کرده است در انتقال خود خیار داشته باشد باز هم به اعمال خیار و برگرداندن مال و تسلیم آن به مالک ابتدایی که در اثر اقاله مالک می‌شود الزامی ندارد^۱ و نیز به استناد ماده ۲۸۶ قانون مدنی «تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست در این صورت به جای آن چیزی که تلف شده است مثل آن، در صورت مثلی بودن و قیمت آن، در صورت قیمی بودن^۲ داده می‌شود». آنچه در مورد انتقال مال قبل از

۱. همچنین گفته شده اگر این شخص با معامله بعدی مال به او منتقل شود یا مال به مورث منتقل شده و الآن با فوت مورث دوباره به ملکیت خود او بازگشته است باز هم الزامی به رد عین آن مال ندارد بلکه می‌تواند بدل آن را، به مالک پس از انفساخ، رد کند.

۲. در این که در این فرض قیمت روز تلف حکمی باید پرداخت گردد یا روز انفساخ عقد و یا روز تسلیم قیمت، تردید وجود دارد، استفاده از ملاک ماده ۲۸۸ قانون مدنی در مورد اقاله قیمت روز انفساخ را تأیید می‌کند لکن تفاوتی که بین اقاله و انفساخ وجود دارد استفاده از وحدت ملاک مزبور را تضعیف می‌کند و آن این که

انفساخ بیان شد مربوط به انفساخ با شرط فاسخ نیست و وضعیت شرط فاسخ همانند وضعیت اختیار شرط است و از نظر تحلیلی می‌توان اختلاف نظری که در اختیار شرط وجود دارد را در آن مجری دید.

اقاله عقد نیز گاه در شرایطی صورت می‌گیرد که منتقل‌الیه مال را به دیگران منتقل کرده است. این انتقال، مال را در حکم تلف قرار می‌دهد (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، قسم ۱، ص ۱۶۷) و بعد از اقاله، کسی که مال را منتقل کرده است باید بدل آن را برگرداند.

مواردی که با وجود حق غیر، تصرفات مجاز نیست

مواردی که با وجود حق غیر، تصرفات مجاز نیست؛ ضمانت اجرای بطلان را برای تصرفات غیر مجاز بپذیریم یا عدم نفوذ را، با تصرف، مال «در حکم تلف» قرار نمی‌گیرد بلکه در صورت بطلان انتقال، صاحب حق می‌تواند آن را استرداد کند و در صورت عدم نفوذ آن نیز می‌تواند با رد عقد غیرنافذ مال مذکور را استرداد نماید. در بند دوم ماده ۱ قانون الزام آمده است: سامانه ثبت الکترونیک اسناد باید به گونه‌ای طراحی گردد که اگر طرفین قرارداد شرط کنند منتقل‌الیه تا پایان مهلت اعمال حق فسخ یا موعد پرداخت ثمن و یا تا موعد دیگری که مورد توافق طرفین بوده حق انجام اعمال حقوقی موضوع این ماده را ندارد، امکان انتقال مورد معامله، در مهلت تعیین شده فراهم نباشد.

تلف حکمی در توقیف مال

این عنوان را در دو قسمت می‌توان بررسی کرد: قسمت اول فرضی که در زمانی که برای غیر مالک حق فسخی وجود دارد مال توقیف شود و قسم دوم این که مال، توقیف شده و سپس در زمان توقیف توسط مالک منتقل شود.

توقیف مال در زمانی که غیر مالک حق فسخ دارد

اگر مالی توسط طلبکار توقیف شود در حالی که شخص دیگری نسبت به همان

در اقاله طرفین در تاریخ اقاله رضایت به بازگرداندن عوضین دارند و با توجه به وضعیت حاضر معامله را انجام می‌دهند لکن در انفساخ این تراضی حداقل در زمان انفساخ وجود ندارد.

مال حق فسخ دارد، این توقیف نمی‌تواند مانع فسخ و استرداد مال مذکور شود؛ بنابراین، در صورتی که صاحب حق فسخ از حق خود استفاده کند و عقد را فسخ کند لازم است دادگاه حکم به رد مال صادر کند در این صورت توقیف مال کأن لم یکن خواهد شد.

در سؤالی که در یکی از نشست‌های قضایی مطرح شده، آمده است: پدری ملک خویش را به پسرش صلح کرده و حق انتفاع از آن را به صورت عمری برای خود حفظ کرده و حق فسخ نیز برای خود پیش‌بینی و شرط کرده است. طلبکار پسر، همان ملک را در قبال طلب خود توقیف کرده است. بعد از توقیف یادشده، پدر با استفاده از اختیار فسخ، عقد صلح را فسخ کرده است. در این شرایط با توجه به ماده ۴۵۵ قانون مدنی، حق طلبکار مقدم است یا حق پدر؟

در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت توقیف ملک امری خارجی است و ارتباطی به عقد بین دو نفر ندارد در عین حال یک حقی برای طلبکار ایجاد می‌کند لکن حق طلبکار متعارض با حق مُصالح است و حق مُصالح به دلیل تقدم زمانی، مقدم بر حق طلبکار است و حق فسخی که برای مُصالح بوده با توقیف از بین نمی‌رود و می‌تواند از این حق استفاده کرده و عقد خود با مُتصالح را فسخ کند و مال را به ملکیت خود برگرداند در این صورت توقیف نیز کأن لم یکن خواهد شد. بنابراین چه گفته شد توقیف ملک توسط ثالث متفاوت با موضوع ماده ۴۵۵ قانون مدنی است و نمی‌توان مال را در حکم تلف دانست. در ماده مذکور آمده است: «اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، مثل این که نزد کسی رهن گذارد فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر این که شرط خلاف شده باشد». در اینجا متصالح مال را متعلق حق غیر قرار نداده تا موضوع ماده ۴۵۵ باشد، بلکه طلبکار به اجبار آن را توقیف کرده است. به علاوه، در این سؤال حقی که برای مصالح وجود دارد اختیار شرط است و اختیار شرط با سایر اختیارات این تفاوت را دارد که «من علیه الخيار» نمی‌تواند در زمان اختیار در عین موضوع معامله تصرف ناقل بنماید.

نقل و انتقال مال توقیف شده

اگر مالی توسط طلبکار توقیف شود و سپس بدهکار (مالک) آن را منتقل کند، این انتقال، علاوه بر این که جرم انگاری شده (ماده ۶۶۳ قانون مجازات اسلامی)، غیرنافذ هم خواهد بود. ماده ۵۷ قانون اجرای احکام مدنی به این فرض اشاره کرده و بیان داشته است: «هرگونه قرارداد یا تعهدی که نسبت به مال توقیف شده بعد از توقیف به ضرر محکوم له منعقد شود نافذ نخواهد بود مگر این که محکوم له کتباً رضایت دهد».

نقل و انتقال مال در زمان خیار شرط و شرط فاسخ

ممکن است مالک در زمانی که طرف مقابل خیار شرط دارد مال را به ثالث منتقل کرده باشد. دو مطلب در اینجا وجود دارد. مطلب اول این که مالک با توجه به شرط خیاری که برای طرف مقابل است حق چنین انتقالی را ندارد (ماده ۴۶۰ قانون مدنی؛ امامی، بی تا، ج ۱، ص ۵۳۱) و ظاهر این شرط این است که مشروط له می خواهد مال در يد مشروط علیه باقی بماند تا بتواند در زمان فسخ آن را برگرداند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۱۵۰). مطلب دوم این که اگر مال را منتقل کرد چه ضمانت اجرایی می توان برای آن در نظر گرفت؟ در مورد مطلب اول ظاهراً بین فقیهان نیز اختلاف نظری وجود ندارد (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۷۳). در مقام عمل نیز برای بهره مندی از مزایای قانون الزام به ثبت مناسب است مشروط له به نفع خود، شرط «عدم انتقال توسط خریدار» را، به استناد بند دوم تبصره یک از ماده ۱ قانون الزام، درج نماید تا خریدار نتواند اقدام به انتقال کند. اما اگر در ضمن قرارداد شرط نکرد ظاهر تبصره مذکور بین انواع خیار فرقی نگذاشته، و حال آن که به نظر می رسد اطلاق آن با برخی از مواد قانون مدنی و نظرات مختلف در این مورد تعارض دارد. این نظرات و نحوه ارتباط آن با قانون الزام در ادامه مطرح می شود.

مُراعی بودن تصرفات منتقل الیه

وقتی کسی مالش را منتقل می کند و در ضمن عقد برای خود خیار شرط قرار می دهد، در زمان خیار شرط، منتقل الیه حق انجام تصرفات ناقل را ندارد و تصرفاتش مُراعی خواهد بود. در یک مثال گفته شده است: اگر کسی کالایی را بفروشد و برای

خود خیار شرط قرار دهد و مشتری در مدت خیار شرط مبیع را اجاره دهد، اجاره مراعی خواهد بود و استمرار آن منوط به عدم فسخ بیع توسط بایع در مدت خیار شرط است (رضوی، ۱۳۹۹، ص ۲۵) زیرا به سبب فسخ معلوم می‌شود که مشتری مالک منافع تتمه مدت نبوده است و اصل اجاره هم متزلزل می‌شود، و مراعی بوده است نسبت به حصول فسخ از جانب بایع به سبب رد ثمن (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۳۲). و این امر حاکی از این است که تصرفات منتقل‌الیه در زمان خیار شرط هیچ‌گاه مال موضوع عقد را در حکم تلف قرار نمی‌دهد. حکم ماده ۴۵۴ قانون مدنی و ذیل ماده ۵۰۰ همان قانون مؤید این مطلب است. نتیجه مراعی بودن تصرفات منتقل‌الیه این است که با فسخ عقد اول، عقد دوم هم منفسخ می‌شود (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۳۲). البته بسیار محتمل است که این حکم به اجاره یا صلح منافع اختصاص داشته و در سایر عقود مشتری از جمله بیع جاری و ساری نشود.

عدم نفوذ تصرفات منتقل‌الیه

نظر دومی که توسط برخی فقیهان بیان شده این است که تصرفات منتقل‌الیه در زمان خیار شرط، غیرنافذ و موقوف به اجازه مالک است (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۱، ص ۱۸۵؛ عاملی کرکی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۶۹)؛ زیرا صحیح دانستن این تصرفات با مقتضای خیار شرط منافات دارد. مقتضای خیار شرط این است که مبیع به حال خود باقی باشد تا بایع بتواند در بازه‌ای که خیار دارد عقد را فسخ کرده و بر مالی که فروخته مجدداً تسلط پیدا کند و اگر مشتری بتواند مال مذکور را بفروشد امکان بازپس‌گیری برای بایع فراهم نیست؛ زیرا فروشنده امکان فسخ عقد دوم را نیز ندارد.

توضیح مطلب این است که در این فرض، امر دائر است بین این که یا عقد دوم را نافذ و دارای اثر بدانیم و یا غیرنافذ و از آنجا که نافذ دانستن آن موجب از بین رفتن حق بایع می‌شود پس لاجرم باید عقد را غیرنافذ دانست. به تعبیر برخی از فقیهان شافعی خیار شرط نوعی حجر برای مالک ایجاد می‌کند و او را همانند سفیه ممنوع از تصرف می‌کند (ماوردی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۴۹).

کسانی که این نظر را مطرح می‌کنند، این فرض را با حق مرتهن بر عین مرهونه مقایسه کرده و می‌گویند: در هر موردی که کسی در عین مال متعلق به دیگری حقی

دارد، تصرفات مالک با وجود حق غیر، غیرنافذ و موقوف به اجازه صاحب حق است مثل این که راهن عین مرهونه را بفروشد که فروش متوقف بر اجازه خواهد بود و مرتهن می تواند فروش عین مرهونه توسط راهن را تنفیذ نکند. همینطور تصرفات وارث در ترکه قبل از اداء دیون متوفی و بدون اذن طلبکار ممنوع است و در صورتی که ترکه توسط ورثه منتقل شد این انتقال غیرنافذ خواهد بود (ماده ۸۷۱ قانون مدنی). همچنین ورشکسته در صورتی که در مالش تصرف کند و آن را به دیگری منتقل نماید هر چند به ثمن المثل باشد باز هم این انتقال غیرنافذ خواهد بود.

طبق این نظر اگر مشتری برای تصرفاتش اذن بائع را بگیرد، و سپس تصرف کند تصرفاتش نافذ و معتبر بوده و با خروج مال از مالکیت مشتری، تلف حکمی هم صدق پیدا خواهد کرد. در این که این اذن بر چه امری دلالت می کند دو احتمال مطرح شده است: احتمال اول، این که این اذن به معنای اسقاط خیار باشد و احتمال دوم این که با اذن و انتقال مال، در صورت فسخ به گرفتن بدل رضایت دارد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۱۵۷).

وجود حق فسخ در عقد دوم

طبق این نظر برای بائع اول حق فسخ عقد دوم نیز وجود دارد. ثبوت خیار در عقد دوم به این دلیل است که مبیع در عقد اول متعلق خیار بوده است و عقد دوم بر همین مبیع وارد شده و مبیع با همین کیفیت به مشتری دوم منتقل شده است پس باید در این عقد هم حق فسخ برای بائع اول وجود داشته باشد. واضح است که کسانی که این نظر را دارند تلف حکمی را نیز نمی پذیرند.

ایراد این نظر این است که در خود عقد دوم خیاری وجود نداشته است تا بائع بتواند آن را فسخ کند (عاملی کرکی، ۱۴۰۹، ص ۱۷۰) به علاوه عقد دوم بین مشتری اول و مشتری دوم انجام شده و بائع اول در تشکیل آن هیچ نقشی نداشته و برای وی، به عنوان ثالث، حق فسخی قرار داده نشده است. اما اگر در قرارداد دوم برای بائع حق فسخ تا مدت معینی شرط شود اگر به این دلیل باشد که بائع در عقد اول مشتری را ملزم کرده تا در صورت انتقال برای او حق فسخ قرار دهد همین شرط بائع اول به منزله اعطای اذن به او در انتقال مال است اما اگر خود مشتری بدو برای بائع این

حق را در قرارداد دوم پیش‌بینی کند بدون این‌که از سوی او چنین الزامی مطرح شده باشد، صرف پیش‌بینی این حق نمی‌تواند مُصَحِّح عمل مشتری بشود

بطلان تصرفات

به نظر برخی دیگر از فقیهان، تصرفات مالک در فاصله‌ای که طرف مقابل خیار شرط دارد، ممنوع و باطل است. بنابراین، تلف حکمی هم صدق نخواهد کرد. نکته‌ای که توجه به آن لازم است این‌که اگر تصرفات مالک در قالب ایقاع باشد، حتی طبق نظر کسانی که تصرفات منتقل‌الیه را غیرنافذ می‌دانند نیز در بطلان آن تردیدی نیست، زیرا طبق قاعده کلی ایقاع غیرنافذ و نیز مراعی محقق نمی‌شود.

صحت تصرفات

در برخی موارد به صحت تصرفات منتقل‌الیه (مشتری) در زمانی که بایع حق فسخ دارد، حکم شده است. استدلال این نظر مبتنی بر جواز تصرفات مالک در مال خویش است و از آنجاکه مالک مجاز است در مال خود به هر کیفیت که می‌خواهد تصرف کند پس تصرفاتش صحیح خواهد بود و فسخ بایع نیز نمی‌تواند تأثیری در آن بگذارد. بر اساس این نظر، مال از ملکیت نفر اول، به درستی، خارج شده و همانند سایر خیارات تلف حکمی صادق خواهد بود.

انفساخ تصرفات حقوقی منتقل‌الیه

طبق این نظر عقود که منتقل‌الیه نسبت به مال انجام می‌دهد صحیح است و صحت آن متوقف بر اجازه صاحب خیار هم نیست لکن اگر فروشنده عقد اول، یعنی کسی که خیار شرط دارد، آن را فسخ کرد این فسخ موجب انفساخ عقود بعدی می‌شود (تستری، بی‌تا، ص ۲۰۰).^۱ اگر انفساخ عقود بعدی را با وصفی که گفته شد بپذیریم و در عین حال بگوییم مال از ملکیت اولین مشتری به ملکیت بایع برمی‌گردد باید بپذیریم که آن‌ما قبل از فسخ، عقد دوم و عقود بعدی منفسخ شده و مال از ملکیت مشتری دوم خارج شده و به ملکیت مشتری اول وارد شده است. با

۱. البته برخی منابع مثل مکاسب مرحوم شیخ انصاری از کلام مقابس الانوار بطلان تصرفات مشتری را استظهار کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۱۴۸) که موجه به نظر نمی‌رسد.

ورود مال به ملکیت مشتری اول، تلف حکمی نیز صدق پیدا نخواهد کرد. از نظر تحلیلی شاید بتوان این نظر را بر اساس ماده ۵۰۰ قانون مدنی توجیه و تفسیر کرد. در این ماده مراد از عبارت «یا نحو آن» شرط فاسخی است که باید توسط مشتری در قراردادی که با ثالث در مورد مال منعقد می‌کند در متن قرارداد بیاید (رضوی، ۱۳۹۸، ص ۱۴۰). بر اساس این توجیه تنها در صورتی فسخ عقد توسط صاحب اختیار می‌تواند موجب انفساخ عقود بعدی مشتری شود که مشتری در قرارداد خود با ثالث آن را پیش‌بینی کند و به صورت شرط ضمن عقد بیاورد. اما زمانی که مشتری در ضمن عقد این شرط را نیاورده است توجیه آن، از نظر تحلیلی، بسیار دشوار خواهد بود. برخی نویسندگان بیان کرده‌اند عقد اول بین فروشنده و خریدار حاوی این شرط ضمنی است که با فسخ معامله اول معاملات بعدی خودبه‌خود منفسخ گردد. این نظر با این ایراد مواجه است که شرط فاسخ باید بین طرفین همان عقدی باشد که قرار است منفسخ شود و دو نفر نمی‌توانند عقدی منعقد کنند و برای عقد دیگری که یکی از ایشان یا هر دوی ایشان در تشکیل آن دخالتی ندارند شرط فاسخ بگذارند.

نتیجه‌گیری

هدف مقنن از وضع تشریفات برای انتقال املاک غیرمنقول، کاستن از تعداد دعاوی مطروحه در دادگستری و ساماندهی بازار املاک و جلوگیری از نقل و انتقالات فضولی و امثال آن بوده و این هدف با باطل دانستن معاملاتی که تشریفات لازم در آن رعایت نمی‌شود، تأمین می‌شود.

اگر قانون‌گذار معاملات فاقد تشریفات را «غیرقابل ترتیب اثر» می‌دانست لازم بود مدتی را برای اقدام به انتقال نیز معین می‌کرد، در حالی که چنین مدتی تعیین نشده و هرچند تعیین مدت با آنچه در مجمع تشخیص مصلحت نظام مصوب شده همسویی دارد لکن با روح قانون و با مقصود واقعی قانون‌گذار در تنافی است.

علی‌رغم اطلاق تبصره یک ماده ۱ قانون الزام، به نظر می‌رسد باید بین مواردی که با وجود حق غیر، تصرفات مالک مجاز نیست با سایر موارد تفاوت گذاشت. در مورد

اول، نظیر جایی که برای فروشنده در بیع اول خیار شرط وجود داشته، تصرفات را غیرمجاز دانسته و انتقال را «در حکم تلف» ندانست. بنابراین آنچه گفته شد معلوم می‌شود رابطه بین تبصره یک ماده یک قانون الزام و ماده ۴۶۰ قانون مدنی عام مؤخر و خاص مقدم است و در تعارض خاص مقدم و عام مؤخر برخی خاص مقدم را مقدم بر عام مؤخر می‌دانند.

قانون الزام و رأی وحدت رویه ۸۱۰ با هم تعارض دارند و با توجه به این که در رأی وحدت رویه باید به قدر متیقن اکتفا کرد و موضوع رأی وحدت رویه فقط همان خیار موجود در آن است در حالی که قانون الزام بیانگر حکمی عام است در تعارض خاص مقدم و عام مؤخر، اولی بر دومی مقدم می‌شود و بنابراین، حکم موجود در رأی وحدت رویه در موضوع خود همچنان باقی می‌ماند.

پیشنهادها

پیشنهاد می‌گردد در تمامی مواردی که در ضمن معامله خیار شرط یا شرط فاسخ گنجانده می‌شود، نقل و انتقال بعدی توسط منتقل‌الیه ممنوع گردد تا در مقام عمل منتقل‌الیه نتواند مال موضوع قرارداد را با وجود خیار شرط به دیگران منتقل کند و از این طریق بین حکم مواد قانون مدنی از جمله ماده ۴۶۰ و تبصره یک ماده ۱ قانون الزام جمع شود.

با توجه به قسمت اخیر تبصره یک ماده ۱ لازم است سامانه به نحوی طراحی گردد که در زمان انعقاد عقد، خریدار را از وجود شرط فاسخی که برای مالکین قبلی قرار داشته و از ضمانت اجرای آن مطلع گرداند.

نظر به این که تنظیم قرارداد رسمی نیز گاهی به دلایلی از جمله به قصد فرار از دین و یا صوری بودن، نباید بتواند راه را برای اشخاصی باز کند که قصد سوء استفاده از قانون را دارند، لازم است قانون‌گذار با اصلاح ماده ۱۳، دعوای بطلان معاملات را حتی با وجود سند رسمی مسموع بداند.

فهرست منابع

۱. امامی، سید حسن. (بی تا). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامیة.

تأثیر عدم رعایت تشریفات مقرر در قانون «الزام به ثبت رسمی»، بر اعمال حقوقی... / رضوی ۱۸۵

۲. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
۳. بحرانی، یوسف. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. تبریزی، جواد. (۱۴۱۶ق). إرشاد الطالب إلى التعليق على المکاسب. قم: اسماعیلیان.
۵. تستری، اسدالله. (بی‌تا). مقابسات الأتوار و نفائس الأسرار. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۶. جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية. قم: کتابفروشی داوری.
۷. جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۶). الفارق. تهران: گنج دانش.
۹. حسینی شیرازی، سیدمحمد. (بی‌تا). إيصال الطالب إلى المکاسب. تهران: اعلمی.
۱۰. حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۱۱. رضوی، سیدمحمد. (۱۳۹۸). نظریه عمومی انفساخ در قراردادها. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجلد.
۱۲. رضوی، سیدمحمد. (۱۳۹۹). وضعیت حقوقی قرارداد ممنوع. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجلد.
۱۳. سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳ق). کفایة الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۴. سکوتی نسیمی، رضا. (۱۳۹۵). بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی، آموزه‌های فقه مدنی، ۸ (۱۳)، ۱۲۹-۱۵۶.
۱۵. شمس، عبدالله. (۱۴۰۳). اجرای احکام مدنی. تهران: انتشارات دراک.
۱۶. عاملی، شهید اول محمد بن مکی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعية فی فقه الإمامية. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. عاملی کرکی، علی بن حسین. (۱۴۰۹ق). رسائل المحقق الكرکی. قم: کتابخانه آية الله مرعشی نجفی.
۱۸. عزیزانی، مجید. (۱۴۰۲). غیرقابل استناد بودن معاملات به قصد فرار از دین در حقوق ایران با نگاهی به حقوق به فرانسه؛ و نگرشی بر رأی وحدت رویه ۷۷۴ مورخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۰. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۵ (۲۸)، ۲۶۸-۲۹۰. <https://doi.org/10.30513/cjd.2022.3876.1653>
۱۹. فاضل لنگرانی، محمد. (۱۴۲۵ق). تفصیل الشریعة - المضاربة، الشركة، المزارعة، المساقاة، الدین. قم: مرکز فقه ائمه اطهار علیهم السلام.
۲۰. کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۳۵۹ق). تحریرالمجلة. نجف: المكتبة المرتضوية.

۲۱. کاشف الغطاء، احمد بن علی. (بی تا). سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۲۲. ماوردی، ابوالحسن علی بن محمد. (۱۴۱۹ق). الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الإمام الشافعی وهو شرح مختصر المزنی. بیروت: دارالکتب العلمیة.
۲۳. مرداوی، علاء الدین أبو الحسن. (بی تا). الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف. بی تا: دار إحياء التراث العربی.
۲۴. مظفر، محمد رضا. (۱۳۷۵ش). اصول الفقه. قم: طبع اسماعیلیان.
۲۵. میرزای قمی، ابوالقاسم. (۱۴۱۳ق). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات. تهران: کیهان.
۲۶. نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۳ق). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب. تهران: المكتبة المحمدیة.
۲۷. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۸. نخعی پور، قاسم و رضوی، سیدمحمد و سیدعلی. (۱۳۹۶). نقدی بر مقاله بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی. آموزه‌های فقه مدنی، ۹ (۱۵)، ۷۹-۱۱۰.
۲۹. نیک کار، جمال و محمود امامی نیمی. (۱۳۹۸). بررسی قواعد تسلیط و لاضرر در تعامل پادگان‌های نظامی با املاک مجاور. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۱ (۱۹)، ۲۱۳-۲۴۰.
- <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.2251936.1398.11.19.9.5>
۳۰. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (بی تا). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع). بی جا: بی تا.

References

1. Amili Karaki, Ali ibn Hosein. (1988). *Rasā'il al-Muḥaqqiq al-Karakī*. Qom: Ayatollah Mar'ashi Najafi Library [in Arabic].
2. Amili, Shahid Awwal, Muhammad ibn Makki. (1996). *Al-Durūs al-Shar'iyyah fi Fiqh al-Imāmiyyah*. Qom: Islamic Publications [in Arabic].
3. Ansari, Murtaza. (1994). *Kitāb al-Makāsib*. Qom: World Congress in Commemoration of Sheikh Ansari [in Arabic].
4. Aziziani, Majid. (2023). The Invalidity of Transactions with the Intention of Escaping Religion in Iranian Law with a View to French Law; and an Attitude to the Verdict of the Supreme Court of Appeals 774 dated 01/20/1398 [Persian]. *Āmūzeh-hā-yi Fiqh-i Madanī [Civil Jurisprudence Teachings]*, 15(28), 268–290. <https://doi.org/10.30513/cjd.2022.3876.1653> [in Persian].
5. Bahrani, Yusuf. (1984). *Al-Ḥadā'iq al-Nāḍirah fī Ahkām al-'Itrah al-Ṭāhirah*. Qom: Islamic Publications [in Arabic].
6. Emami, Seyed Hasan. (n.d.). *Huqūq-i Madanī [Civil Law]*. Tehran: Islamic Publications [in Persian].
7. Fadhil Lankarani, Muhammad. (2004). *Tafṣīl al-Sharī'ah - al-Muḍarabah, al-*

- Sharikah, al-Muzārah, al-Musāqāh, al-Dayn*. Qom: Center for the Jurisprudence of the Pure Imams [in Arabic].
8. Hashemi Shahrudi, Seyed Mahmoud. (n.d.). *Farhang-i Fiqh Muṭābiq-i Madhhab-i Ahl-i Bayt ('A) [Encyclopedia of Jurisprudence According to the School of Ahlul Bayt]*. Qom: Islamic Encyclopedia Foundation [in Persian].
 9. Hilli, Allamah Hasan ibn Yusuf. (1993). *Tadhkirat al-Fuqahā'*. Qom: Al al-Bayt Foundation [in Arabic].
 10. Hoseini Shirazi, Seyed Mohammad. (n.d.). *Īṣāl al-Ṭālib ilá al-Makāsib*. Tehran: Elmi Publications [in Arabic].
 11. Jabal Amili Shahid al-Thani, Zayn al-Din ibn Ali. (1989). *Al-Rawḍah al-Bahīyyah fī Sharḥ al-Lum'ah al-Dimashqiyyah*. Qom: Dawari Bookstore [in Arabic].
 12. Jabal Amili Shahid al-Thani, Zayn al-Din ibn Ali. (1992). *Masālik al-Afhām ilá Tanqīḥ Sharā'ī' al-Islām*. Qom: Islamic Knowledge Foundation [in Arabic].
 13. Ja'fari Langroodi, Mohammad Jafar. (2007). *Al-Fāriq [The Distinguisher]*. Tehran: Ganj Danesh [in Persian].
 14. Kashif al-Ghita', Ahmad ibn Ali. (n.d.). *Safīnat al-Najāt wa Mishkāt al-Hudá wa Miṣbāḥ al-Sa'ādāt*. Najaf: Kashif al-Ghita' Foundation [in Arabic].
 15. Kashif al-Ghita', Muhammad Husayn. (1940). *Tahrīr al-Majallah [Commentary on the Civil Code]*. Najaf: Al-Maktabah al-Murtadawiyah [in Arabic].
 16. Mawardi, Abu al-Hasan Ali ibn Muhammad. (1998). *Al-Hāwī al-Kabīr fī Fiqh Madhhab al-Imām al-Shāfi'ī, wa Huwa Sharḥ Mukhtaṣar al-Muzanī*. Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah [in Arabic].
 17. Mardawi, Ala' al-Din Abu al-Hasan. (n.d.). *Al-Inṣāf fī Ma'rifat al-Rājiḥ min al-Khilāf*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi [in Arabic].
 18. Mirzai Qomi, Abolqasem. (1992). *Jāmi' al-Shata' t fī Ajwibat al-Su'ālāt*. Tehran: Mu'assasat Kayhan [in Arabic].
 19. Muzaffar, Muhammad Rida. (1955). *Uṣūl al-Fiqh*. Qom: Ismailian Press [in Arabic].
 20. Na'ini, Muhammad Husayn. (1953). *Munyat al-Ṭālib fī Ḥāshiyat al-Makāsib*. Tehran: Al-Maktabah al-Muhammadiyah [in Arabic].
 21. Najafi, Muhammad Hassan. (1983). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'ī' al-Islām*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi [in Arabic].
 22. Nakhaipour, Qasem; Razavi, Seyyed Mohammad; & Razavi, Seyyed Ali. (2017). Critique of the article on the jurisprudential and legal study of the guarantee of enforcement of the violation of the condition of abandoning a legal act [Persian]. *Āmūzeh-hā-yi Fiqh-i Madanī [Civil Jurisprudence Teachings]*, 9(15), 79–110 [in Persian].
 23. Nikkar, Jamal; & Emami Namimi, Mahmoud. (2019). A study of the rules of toleration and non-harm in the interaction of military barracks with adjacent properties [Persian]. *Āmūzeh-hā-yi Fiqh-i Madanī [Civil Jurisprudence Teachings]*, 11(19), 213–240. <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.2251936.1398.11.19.9.5> [in Persian].
 24. Razavi, Seyyed Mohammad. (2019). *Nazarīyah-i 'Umūmī-yi Infiṣākh dar Qarārdādhā [General Theory of Rescission in Contracts]*. Tehran: Majd Scientific and Cultural Association [in Persian].
 25. Razavi, Seyyed Mohammad. (2020). *Vaḥ'īyyat-i Huqūqī-yi Qarārdād-i Mamnū' [The Legal Status of Prohibited Contracts]*. Tehran: Majd Scientific and Cultural Association [in Persian].
 26. Sabzevari, Mohammad Baqir. (2002). *Kifāyat al-Ahkām*. Qom: Islamic Publications [in Arabic].

27. Shams, Abdullah. (1982). *Ijrā-yi Ahkām-i Madanī [Execution of Civil Judgments]*. Tehran: Darak Publications [in Persian].
28. Sokoti Nasimi, Reza. (2016). Jurisprudential and legal study of the guarantee of enforcement of the violation of the condition of abandonment of a legal act [Persian]. *Āmūzeh-hā-yi Fiqh-i Madanī [Civil Jurisprudence Teachings]*, 8(13), 129–155 [in Persian].
29. Tabrizi, Jawad. (1995). *Irshād al-Ṭālib ilá al-Ta'liq 'alá al-Makāsib*. Qom: Ismailian Institute [in Arabic].
30. Tustari, Asadullah. (n.d.). *Maqābīs al-Anwār wa Nafā'is al-Asrār*. Qom: Al al-Bayt Foundation [in Arabic].



An Analysis of the Foundations for Accepting Testimony from an Interested Party: A Case Study of an Employee's Testimony in Favor of a Tenant

Seyed Amir-Ali Sadeghi Moghaddam¹ | Hamid Roustaei Sadrabadi²

1. Corresponding Author, PhD Student in Criminal Law and Criminology, Meybod University, Yazd, Iran.
Email: sadeghimoghaddam1369@gmail.com
2. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Meybod University, Yazd, Iran.
Email: rustaeihamid@yahoo.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 7 July 2024
Revised: 4 September 2024
Accepted: 14 September 2024
Available online 28 September 2024

Keywords:
Islamic Penal Code, Testimony of a Hired Employee, Criticism and Praise (Jarh wa Ta'dil), Interested Party.



ABSTRACT

For a witness's testimony to be admitted as evidence in a legal proceeding, jurists have stipulated that the witness must fulfill specific legally prescribed conditions. One such condition is the absence of suspicion of partiality. Among those whose testimony raises suspicion of seeking personal gain is a hired employee (ajir), which has led to divergent opinions among jurists regarding the validity of such testimony. Early jurists generally maintained that an employee's testimony should not be accepted, while later jurists hold the view that it is admissible. The legislator has also adopted an ambiguous approach on this matter. This research, aiming to resolve this ambiguity, employed a descriptive-analytical method, utilizing library resources to gather information and analyze the presented jurisprudential foundations. However, no definitive criterion was found for rejecting the testimony of an interested party. The sole extracted principle is that if, by giving testimony, the hired employee becomes affectively aligned with one of the litigating parties—as if they were themselves considered a party to the dispute—then the designation of "witness" does not truthfully apply to them, even if they possess verified probity ('adalah). One could argue that, once probity is verified, the requirement of being disinterested stipulated in Article 177 of the Islamic Penal Code becomes redundant. Consequently, the judge becomes the arbiter for evaluating evidence. The judge determines to what extent a piece of evidence [in this case, testimony] possesses the religious and legal credibility intended by the Lawgiver, even if it does not produce certainty.

Cite this article: Sadeghi Moghaddam, S. A. A.; Roustaei Sadrabadi, H. (2025). An Analysis of the Foundations for Accepting Testimony from an Interested Party: A Case Study of an Employee's Testimony in Favor of a Tenant. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(32), 189-219. <https://doi.org/10.30513/cjd.2024.6153.1972>



Extended Abstract

Introduction

The condition of "absence of accusation" has always been a subject of debate as one of the fundamental conditions for a witness in Imami jurisprudence and Iranian law. Within this context, the witness's status as an "interested party" is considered a clear instance of accusation, which challenges the validity of their testimony. A concrete manifestation of this issue is epitomized in the "testimony of an employee (*Ajīr*) in favor of a tenant (*Musta'jer*)," where, due to the contractual obligation between them, the witness faces the accusation of seeking personal gain. This has led to a longstanding divergence of opinion among jurists: early jurists generally held that such testimony is inadmissible, whereas many later jurists, relying on different evidence, consider it acceptable. The Iranian legislator has also adopted an ambiguous approach by stipulating the condition of "not being an interested party" in laws [such as Article 177 of the Islamic Penal Code] as one of the impediments to testimony. Therefore, the primary objective of this research is to scrutinize the jurisprudential foundations of the differing views on the validity of testimony by an interested party, focusing on the case of an employee, and to provide a systematic analysis to resolve this ambiguity. Secondary objectives include precisely defining the concept of "beneficial accusation" and determining its effective limits in undermining a witness's credibility; critically examining the jurisprudential evidence of proponents and opponents; analyzing the position of the "not being an interested party" stipulation within the system of evidence in Iranian criminal and civil litigation; and proposing practical solutions for legislators and judicial authorities.

The underlying hypothesis is that "being an interested party" per se, without considering the degree of interest, the reliability coefficient, and the nature of the connection between the benefit and the subject of the dispute, cannot be considered definitive grounds for rejecting testimony. In other words, after the meticulous process of "challenge and rehabilitation" (*Jarḥ wa Ta'dīl*) and the verification of "justice" (*Adālat*), the general stipulation of "not being an interested party" in the law is redundant and creates ambiguity. The ultimate criterion is the "witness's inclination toward one of the parties to the dispute". A review of prior studies [e.g., Kalantari et al., 1399 (2020); Siahbidi Kermanshahi, 1400 (2021)] indicates that the majority of research has considered "being an interested party" in an absolute and undifferentiated manner—without segregating its degrees and types—as an impediment to testimony. Although these studies have acknowledged the existing divergence in jurisprudential sources, research that specifically employs an analytical-critical method to trace the roots of this divergence, extract a comprehensive criterion from conflicting evidence, and present it within a legal-criminal framework has been neglected. The present study seeks to fill this scholarly gap.

Method

The authors note that the findings of this research are primarily relevant to judges in civil and criminal courts, attorneys, legal commissions of the Islamic Consultative Assembly, as well as researchers and students in the fields of law and Islamic jurisprudence, particularly at the graduate level. Consequently, in the present study, to uncover the internal logic governing the conflicting evidence, a descriptive-analytical approach grounded in jurisprudential principles has been adopted. Data collection and analysis were conducted using library resources through systematic and targeted note-taking, focusing on extracting all evidence, arguments, interpretations, and definitions related to testimony, conditions of a witness, the concept of "accusation", and instances of an "interested party".

The evidence put forth by proponents and opponents was categorized and then subjected to internal and external critique to assess the strength and weakness of each. Ultimately, centering on "rational convention", an attempt was made to derive a logical criterion from the heart of these disagreements. It should be noted that all arguments are based on authoritative texts with precise citations. The references used in this research, which form the basis for deduction and analysis, are fully listed in the article's references section to ensure reliability and allow for review and re-evaluation. Therefore, no separate dataset outside of these published documents has been generated.

Findings

The findings of this research indicate that the divergence among jurists is rooted not in the principle of the "absence of accusation" condition itself, but in the interpretation of the concept of "accusation" and the extent of the influence of "interest" on the witness's "justice". Consequently, by synthesizing and analyzing the evidence from both sides, the following criterion can be deduced: what definitively invalidates the testimony of an interested-party witness is not merely having an interest, but rather the "customary shift of the witness's position to that of a party to the dispute". In other words, if the witness's interest is such that, from a customary perspective, it places them in the position of the claimant or the defendant, the title of "witness" does not apply to them, and their testimony lacks validity, even if they possess the apparent conditions of justice.

Therefore, in applying the aforementioned criterion to the case of an "employee", one cannot rule their testimony inadmissible solely based on the existence of such a relationship. Rather, it must be established that the employee's benefit from providing testimony in the dispute is so direct and certain that custom would regard them as falling under the category of claimant or defendant. Otherwise, and upon verifying their "justice" through legal procedures, their testimony is admissible.

Conclusion

This research demonstrated that the ultimate criterion for rejecting the testimony of an interested party is the "customary shift of the witness's

position to that of a party to the dispute," not accusation per se. Therefore, the testimony of an employee who does not meet this criterion and whose justice is verified is valid. Accordingly, given the existence of the precise mechanism of "challenge and rehabilitation of witnesses" in procedural laws, which is tasked with uncovering any defect or accusation [including accusation arising from interest], and also considering the pivotal role of the judge in evaluating evidence [as per Article 211 of the Islamic Penal Code], the inclusion of the general and absolute stipulation of "not being an interested party" in civil and criminal laws [such as Article 177 of the Islamic Penal Code], after justice has been verified, is not only redundant but also disruptive and ambiguous. This ambiguity can create an undue obstacle in the path of establishing rights and may lead to the infringement of the rights of litigants and the wrongful accusation of just witnesses.

Thus, it behooves the legislature to clarify its position regarding the scope of interest that nullifies a witness's justice in civil and criminal laws. It is recommended that the esteemed legislature take necessary measures to repeal clause (c) of Article 177 of the Islamic Penal Code; because upon the completion of the challenge and rehabilitation process for witnesses during evidentiary assessment and the verification of the witness's justice, the stipulation of "not being an interested party" merely contributes to legal ambiguity and, in itself, constitutes an accusation against a just and truthful witness. Furthermore, since the judge's knowledge as one of the means of proof must also be attained through valid and evidentiary means, such ambiguity could, contrary to the principle of good faith, hinder the judge from relying on truthful witnesses.

Authors' Contributions

The contribution of the authors is as follows: the first author (Seyed Amirali Sadeghi Moghaddam) was primarily responsible for conceptualization, research design, data collection, conducting analyses, writing the initial and final drafts of the article, and all correspondence with the journal. The second author (Hamid Roustaei Sadrabadi) supervised and guided the research process at various stages. Throughout the research, the principles of research ethics, including accuracy and honesty in citation, avoidance of plagiarism and data falsification, and fair critique of others' views, have been strictly observed. For full transparency, the authors declare that there are no financial, personal, or organizational relationships that could potentially lead to a conflict of interest regarding the subject and results of this research.

Acknowledgements

The authors thank the anonymous reviewers for their valuable comments, as well as the editor and editorial staff for their diligent management of the review process.

Ethical Considerations

This research was conducted with strict adherence to academic integrity,

avoiding plagiarism, data fabrication, or misrepresentation.

Funding

This research received no specific grant from any public, commercial, or non-profit funding agency.

Conflict of Interest

The authors declare no conflict of interest.



تحلیل مبانی نفوذ شهادت ذی نفع؛

مطالعه موردی: شهادت اجیر به نفع مستأجر

سید امیرعلی صادقی مقدم^۱ | حمید روستایی صدرآبادی^۲

۱. نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه میبد، یزد، ایران. رایانامه:

sadeghimoghaddam1369@gmail.com

۲. استادیار، گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه میبد، یزد، ایران. رایانامه: rustaeihamid@yahoo.com

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۱۷</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۶/۱۴</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۴</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۰۷/۰۷</p> <p>کلیدواژه‌ها: قانون مجازات اسلامی، دلیل اثبات دعوا، شهادت اجیر، جرح و تعدیل، ذی نفع.</p> 	<p>برای قرار گرفتن شاهد به عنوان دلیل اثبات دعوا، فقها وجود شرایط شرعی مورد نظر شاهد را ضروری دانسته‌اند. یکی از شرایط، عدم اتهام است. از جمله افرادی که شهادت، او را در مظان اتهام سودجویی قرار می‌دهد اجیر است که موجب شد در ثغور اعتبار چنین شهادتی، میان فقها اختلاف نظر باشد. فقهای متقدم را عقیده بر عدم پذیرش شهادت اجیر است لکن اعتقاد فقهای متأخر بر پذیرش شهادت اجیر است. قانون‌گذار نیز رویه مبهمی را اتخاذ کرده است. جستار حاضر برای پایان دادن به ابهام، از منابع کتابخانه‌ای با شیوه توصیفی-تحلیلی به گردآوری اطلاعات در راستای تحلیل مبانی ارائه شده مبادرت کرد اما ملاکی در رد شهادت ذی نفع یافت نشد و تنها ملاک مستخرج، آن است که اجیر با ادای شهادت، بر یکی از طرفین دعوا منقلب گردد؛ کأنه خود، یکی از طرفین دعوا شمرده شود؛ در این صورت با احراز عدالت نیز عنوان شاهد بر او صدق نمی‌کند. می‌توان اعتقاد داشت با احراز عدالت، قید ذی نفع نبودن در ماده ۱۷۷ قانون مجازات، زاید است. بنابراین مبنای ارزش‌گذاری ادله، دادرس قرار می‌گیرد؛ دادرس تشخیص می‌دهد دلیل [در مثال شهادت] تا چه میزان از اعتبار شرعی مورد نظر شارع برخوردار است هرچند مفید علم نباشد.</p>

استاد: صادقی مقدم، سید امیرعلی؛ روستایی صدرآبادی، حمید. (۱۴۰۴). تحلیل مبانی نفوذ شهادت ذی نفع مطالعه موردی: شهادت اجیر به نفع مستأجر. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۲)، ۱۸۹-۲۱۹.

<https://doi.org/10.30513/cjd.2024.6153.1972>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

مقدمه

انسان موجودی اجتماعی است و در زندگی نیز به سمت تکامل می‌رود. اجتماعی بودن انسان ایجاب می‌کند در مسیر تکامل، با سایر هموعان خود تعامل داشته باشد. یکی از مصادیق چنین تعاملاتی، حضور برخی از افراد در دادگاه‌ها برای شهادت به نفع یکی از دو طرف دعوا و به ضرر دیگری در تعیین سرنوشت یک پرونده و کمک به حل اختلاف و رسیدن مظلوم به حق خود است. اما هر فردی نمی‌تواند برای ادای شهادت در دادگاه حاضر گردد؛ بلکه فردی می‌تواند شهادت دهد که قابل اعتماد و دارای شرایط شرعی مورد نظر باشد؛ گاهی افراد به دلیل روابطی همچون رابطه استخدامی، در معرض اتهام به تبانی و مواضعه در راستای ذی نفع بودن در آن قرار می‌گیرند و از ادای شهادت، منع می‌شوند که مصداق آن را می‌توان به رابطه اجیر و مستأجر اشاره کرد که تردید در به کارگیری آن در قوانین ما نیز محسوس است؛ با این توضیح که بند ۳ ماده ۱۳۱۳ قانون مدنی سال ۱۳۱۴، پذیرش شهادت شاهدهی که نفع شخصی در دعوا داشته باشد را ممنوع می‌داند؛ تاجایی که بند ۲ ماده ۴۱۳ مندرج در ق.آ.د.م مصوب ۱۳۱۸ رابطه خادم و مخدوم را در عدم پذیرش شهادت مؤثر می‌داند و چنین رابطه‌ای را مانع از پذیرش شهادت محسوب می‌کند. اما در سال ۱۳۷۰ طی اصلاحات صورت گرفته در برخی از مواد قانون مدنی، دو تبصره به ماده ۱۳۱۳ قانون مذکور الحاق شد و در تبصره ۲، به «نفع شخصی» اشاره شده اما تمثیلی از آن را بیان کرده که ظاهراً شامل هر نوع نفع، اعم از عین و منفعت و رد دعوا می‌شود و حتی تکدی را نمونه‌ای از نفع شخصی برای متکدی بیان کرده است! با نسخ قانون آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹ و تصویب قانون آیین دادرسی کیفری رابطه خادم و مخدوم، ظاهراً از موارد جرح شاهد شناخته نمی‌شوند! و حتی تبصره ماده ۳۲۲ ق.آ.د.ک، مصوب ۱۳۹۲ نیز بیان داشته: رابطه خادم و مخدوم مانع از پذیرش شهادت شرعی نمی‌شود. در هر صورت در مورد رابطه بین اجیر و مستأجر، آنچه اشاره بر آن ضرورت دارد ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی است که یکی از شرایط شاهد را ذی نفع نبودن در موضوع بیان می‌کند بدون آن که قیدی بر آن اضافه

کند و یا ملاکی برای تشخیص نوع اتهام در آن ارائه کند؛ که قابل حمل بر مقاصد متعدد است. از سوی دیگر باید اشاره شود که بر اساس مواد ۲۰۹ و ۳۲۲ ق.آ.د.ک، قاضی در مرحله تحقیقات و یا در مرحله رسیدگی، موظف است رابطه خادم و مخدومی شاهد یا مطلع با طرفین پرونده را جويا شده و در صورت مجلس قید کند. علاوه بر چنین ابهاماتی که هیچ معیار و ملاکی برای تشخیص ذی نفع در دعوا توسط قانون‌گذار اشاره‌ای بر آن نشده، آنچه در مورد پذیرش شهادت اجیر به نفع مستأجر بر این ابهامات می‌افزاید موضع‌گیری متفاوتی فقها است. در جواز یا عدم جواز پذیرش شهادت اجیر برای مستأجر دیدگاه‌های متفاوتی بین فقها مطرح است که می‌توان آن را به دو دیدگاه کلی تقسیم کرد؛ عده‌ای را عقیده بر این است که شهادت اجیر به نفع مستأجر، مطلقاً قابل پذیرش نیست (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۳۲۶؛ حلبی، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۴۳۵) و در مقابل عده‌ای نیز معتقدند شهادت اجیر به نفع یا ضرر مستأجر، مطلقاً قابل پذیرش است؛ خواه رابطه استیجاری در زمان شهادت بین آن‌ها مطرح باشد، خواه نباشد (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳، ج ۱۴، ص ۲۰۱؛ ابن‌ادریس، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۱۲۲).

پیشینه: در این میان هرچند سابق بر این پژوهش، تحقیقاتی مرتبط با پژوهش حاضر در مورد شهادت شاهد و شرایط آن به صورت کلی انجام گرفته است اما همگی بر ذی نفع بودن شاهد به عنوان اتهام در رد شهادت او اتفاق نظر دارند: عباس کلانتری خلیل آباد و همکاران، در سال ۱۳۹۹ با نگارش مقاله «تأملی بر شرط انتفاع تهمت در شاهد» در مجله فقه و اصول دانشگاه فردوسی به شماره ۱۲۰، معتقدند هرچند در منابع فقهی، انتفاع تهمت به عنوان یکی از شرایط شاهد قلمداد شده است؛ باید در راستای متعادل سازی، قید ذی نفع نبودن شاهد را جایگزین آن کرد تا اتهامات عرفی مد نظر باشد و شهود ذی نفع از ادای شهادت منع شوند.

مقاله ارزشمند دیگر نیز در سال ۱۴۰۰ از سعید سیاه بیدی کرمانشاهی، با عنوان «آسیب شناسی شرایط شهود با رویکرد بر تعارض منافع در قضای اسلامی» در مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی در شماره ۲۵، نوشته شده و در آن هر یک از شرایط شاهد را از منظر تعارض حق شاهد با حقوق دیگران در رویه قضایی ایران بررسی

کرده است؛ در این میان، ذی نفع بودن شاهد را از مصادیق عدم پذیرش می داند. اگر چه در تحقیقات سابق بر این، به اختصار از دورویکرد ایجاد شده در پذیرش یا عدم پذیرش شهادت اجیر در میان فقها برای اثبات مدعای خود، اشاراتی شده اما تحقیقی مستقل پیرامون پرداختن به مبانی ایجاد کننده اختلافات میان فقها و ارائه کننده راهکار در جهت خاتمه دادن به ابهامات موجود در شهادت اجیر محسوب نمی شوند.

مدعا این است ادله ای وجود دارند که شهادت اجیر، هر چند ذی نفع را معتبر و قابل استناد قلمداد می کنند. بنابراین جستار حاضر با روش توصیفی - تحلیلی مبتنی بر منابع کتابخانه ای، به تعریف اجیر و دلایل اثبات دعوا می پردازد؛ سیستم ارزیابی دلیل مورد نظر قانون گذار را بررسی می کند و با پرداختن به مبانی ایجاد کننده اختلاف نظر میان فقها در اعتبار شهادت اجیر، علاوه بر اثبات این که صرف ذی نفع بودن، از مصادیق رد شهادت شاهد شرعی نیست؛ به ارائه راهکار در جهت مشخص نمودن گستره اعتبار شهادت اجیر نیز اقدام می کند.

۱. دلایل اثبات دعوا [ماهیت]

در جهت اهمیت تفویض اختیار بر ارزش گذاری دلایل [مانند شهادت اجیر] توسط دادرس باید اشاره شود که دلایل، جمع دلیل و در معنای دلالت و راهنمایی و هدایت آمده است (لویس، ۱۹۰۷، ص ۱ ذیل واژه دل) و در اصطلاح نیز به چیزی که از وجود آن، پی به وجود چیز دیگری برده شود را دلیل می نامند (خوانساری، ۱۴۰۲، ص ۳۳). البته در منابع فقهی بیشتر به معنای لغوی آن متمرکز شده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۱۱۴) و در قوانین کیفری نیز تعریفی از دلیل ارائه نشده و قانون گذار به ذکر مصادیق آن اکتفا کرده است [ماده ۱۶۰ ق.م.ا.] لکن ماده ۱۹۴ ق.آ.د.م، دلیل را امری می داند که طرفین دعوی برای دفاع از خود یا اثبات خواسته به آن استناد می کنند. اگرچه تعریف ماده ۱۹۴ از ادله اثباتی، به امور حقوقی واقع تر می نمایاند؛ چراکه ماده ۱۲۵۸ ق.م، دلایل اثباتی را به اقرار، سند کتبی، شهادت شهود، امارات و قسم تقسیم می کند صرف نظر از این که به علم دادرس اشاره ای داشته باشد؛ با نگاه به ماده ۱۶۰ ق.م.ا که علم دادرس را به عنوان دلیل اثباتی یاد کرده است، تعریف ماده ۱۹۴ ق.آ.د.م

با اشکال روبه‌روست؛ چون دلیل را ظاهراً چیزی می‌داند که طرفین دعوا در صورت ارائه، دادرس را موظف به صدور حکم بر اساس آن می‌نمایند. هرچند برخلاف امور کیفری که در نص ماده ۲۱۲ ق.م.ا، از علم دادرس به مهمترین دلایل اثباتی تعبیر شده است؛ در ماده ۱۳۳۵ ق.م، توسل به قسم را محدود به مواردی که دلایل اثباتی، مانند اقرار یا شهادت و یا این‌که اسناد و اماراتی در جهت علم و آگاهی دادرس، موجود نباشد می‌کند؛ اما چنین استنتاج از تعریف ماده ۱۹۴ ق.آ.د.م، خلاف معتبرترین قانون یعنی قرآن کریم قرار می‌گیرد که اگر دادرس، علم به خلاف دلایل ارائه شده مانند شهود مورد نصاب داشته باشد، همچنان موظف به صدور حکم است! مبرهن است صدور چنین حکمی توسط دادرس، حکم به غیر ما انزل الله است. بنابراین باید پایه و اساس ادله اثبات دعوا بررسی شود تا بتوان استنتاج کرد که آیا دادرس برخلاف ارائه دلیل از سوی طرفین، می‌تواند برای رسیدن به علم، دلایل ارائه شده را مورد ارزیابی قرار دهد یا خیر؟ به این ترتیب باید مشخص گردد قانون‌گذار ایران از کدام سیستم ارزیابی دلیل برای اعتباربخشی به دلایل اثباتی استفاده کرده است؟

۲. سیستم ارزیابی دلیل

الف) سیستم دلایل قانونی: در این سیستم، دلایلی که با شرایط قانونی به دادگاه ارائه گردد صحت و سقم آن‌ها مفروض انگاشته می‌شود و دادرس موظف است به‌صرف ارائه دلایل از سوی مدعی، حکم خود را صادر کند؛ زیرا برای اقناع دادرس، همان بس که دلایل ارائه شده از شرایط مقرر قانونی برخوردار باشد نه آن‌که واقعیت امر را در یابد؛ به‌طور خلاصه می‌توان از چنین سیستمی، تحت عنوان سیستم اقناع وجدان قانون‌گذار نام برد (صادقی‌مقدم، ۱۳۹۸، ص ۲۴).

ب) سیستم دلایل آزاد: زمانی که دادرس در بازشناسی حقیقت از باطل در جواز استفاده از هر دلیلی برای اقناع وجدان خود آزاد باشد و به فصل خصومت پردازد مسلماً مبنای قانون‌گذار در ارزش‌گذاری دلایل، سیستم دلایل آزاد بوده است؛ به

1. Legal Avidense System
2. Free Avidense System

نوعی که قانون‌گذار، اقناع وجدان دادرس را بر وجدان خود ترجیح می‌دهد (صادقی مقدم، ۱۳۹۸، ص ۲۵). ناگفته نماند برخی، از این سیستم به سیستم ادله اخلاقی نیز یاد کرده و اشاره داشته‌اند که روش آزاد سنجش ادله اثباتی، علاوه بر اخلاقی بودن دارای بُعد حقوقی نیز است که از آن به عنوان دلیل یاد کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۲۶). در هر صورت سیستم دلایل آزاد، متمایز از سیستم ادله قانونی بوده و دادرس برخلاف سیستم دلایل قانونی، محصور در دلایل مورد نظر قانون‌گذار نیست و مجاز به صحت‌سنجی در اعتبار دلایل ارائه شده است.

پ) سیستم ارزیابی دلیل در ایران: هرچند سیستم دلایل آزاد بر مبنای اعتماد قانون‌گذار به قضات شکل گرفته اما قضات باید در رسیدگی به پرونده‌ها، عادلانه و عاقلانه و منطقی رفتار کنند. در هر صورت محدودیت‌های سیستم دلایل قانونی در تمام کشورها رو به نابودی و انحطاط در مقبولیت است؛ به عنوان مثال در قانون کشور انگلستان بر مبنای بند ۱ ماده ۲ قانون ادله اثبات دعوا، دادرس با هیچ اجباری در پذیرش دلایل ارائه شده طرفین مواجه نیست. در متون فقه برای دادرسی مبتنی بر آموزه‌های اسلامی نیز فقها بر این مورد اصرار دارند که دادرس جواز صدور حکم بر مبنای بینه ارائه شده که خلاف وجدان او باشد را ندارد (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۴۰۷؛ حلبی، ۱۴۰۳، ص ۶۱۹) زیرا بر پایه ادله معنوی، عدالت در روند قضایی بیشتر جلوه می‌کند و حکم صادره با واقعیت مورد منازعه تطابق بیشتری دارد (مرقیس، ۱۹۸۱، ص ۱۵). با دقت در مبنای اثبات دعاوی، استنباط می‌شود اثبات در مقابل ثبوت به معنای ثابت کردن امری در مرحله استدلال است (بهرامی، ۱۴۰۰، ج ۱، ص ۱۵۵) به این صورت اگر فردی علیه دیگری شکایت نزد دادرس ببرد، دادرس در صورت علم به واقعیت نزاع، طبق قول مشهور بر اساس علم خود حکم صادر می‌کند و نیاز به اثبات توسط مدعی نیست اما در صورت عدم علم دادرس به موضوع، مدعی باید دعاوی خود را ثابت کند (مغنیه، ۱۴۰۴، ج ۶، ص ۷۸). هرچند اختلاف نظر میان علما در این که اثبات، حق مدعی است یا قاضی، مشاهده می‌شود؛ به نحوی که برخی معتقدند در صورت عدم وجود بینه، دادرس نمی‌تواند مدعی را ملزم کند تا بینه ارائه دهد و حتی با وجود بینه نیز نمی‌تواند بدون درخواست مدعی، از بینه سؤال کند و

برخی را نیز اشاره داشته‌اند دادرس می‌تواند طلب بینه کند و همچنین می‌تواند ابتدائاً بدون درخواست مدعی، از بینه سؤال کند (طوسی، ۱۳۷۸، ج ۸، ص ۱۵۸). نکته‌ای که نباید از اشاره به آن غافل ماند این است که امارات متعددی می‌تواند مبنای علم دادرس در صدور حکم قرار گیرد؛ این که اماره شرعی باشد مانند ید و فراش و یا این که اماره غیرشرعی باشد و به عبارت دیگر اماره قضایی که شارع آن را به عنوان اماره قرار نداده است مبنایی برای ایجاد علم برای دادرس و استنادی برای صدور حکم قرار می‌گیرد تا جایی که برخی از فقها معتقدند اسناد و نوشته‌ها بنا بر قول مشهور حجیت ندارد و حتی ادعای اجماع بر عدم اعتبار آن داشته‌اند مگر خلاف آن ثابت شود تا روزنه‌ای باشد که دادرس، مجبور به صدور حکم بر اساس دلایل ارائه شده نباشد و بتواند صحت و سقم دلایل را بررسی کند و به علم کافی در جهت اقناع وجدان برای رعایت عدالت برسد (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۰، ص ۳۰۳-۳۰۵؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۷، ج ۱۰۰، ص ۴۱۷-۴۳۸). در رویه قضایی کیفری نیز بر اساس مواد ۱۶۰ و ۲۱۲ ق.م.ا که علم دادرس جزو ادله اثبات دعوا محسوب می‌شود از سیستم دلایل معنوی یا آزاد پیروی شده است به نوعی که قانون‌گذار علم دادرس را مهمترین دلیل اثبات دعاوی معرفی می‌کند و در امور مدنی با توجه به تعریف ادله اثبات دعوا بر اساس ماده ۱۹۴ ق.آ.د.م که ذکر آن در صدر مباحث گذشت ظاهر بر آن بود که ادله توسط طرفین دعوا ارائه می‌گردید اما باید به این مهم توجه داشت که اگر دادرس در محدودیت قرار گیرد و از دلایلی که او را مجبور به صدور حکم کند و یا این که دادرس از کشف دلایل برای رسیدن به حکم واقعی ممنوع باشد و صرفاً به حکم ظاهری، به صرف ارائه دلایل توسط طرفین اکتفا شود چیزی جز عدم عدالت را نمی‌توان انتظار داشت؛ این در حالی است که قانون‌گذار به این مهم توجه کرده و بر اساس ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م، عرصه اختیارات دادرس را در رسیدن به واقعیت افزود و بیان داشته است که دادرس در کلیه امور حقوقی علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد را انجام خواهد داد و بر اساس ماده ۱۳۲۴ ق.م، نیز محدودیت برای استناد به امارات قضایی وجود ندارد تا دادرس بتواند به حقیقت واقعی دست یابد.

گفتار حاضر از آنجایی اهمیت پیدا می‌کند که مبنای ارزش‌گذاری ادله اثباتی، دادرس قرار می‌گیرد؛ هرچند دلیل ارائه شده، مفید علم نباشد. این مهم نیز از رأی اصراری به شماره ۱۵-۱۳۷۵/۸/۱ دیوان عالی کشور برداشت می‌شود که در آن تأکید شده است که باید برای مشخص شدن گستره ارزش و نفوذ شهادت، نظر دادگاه ملاک باشد. بنابراین اگر شهادت را به عنوان دلیل اثبات دعاوی بدانیم محدود کردن پذیرش آن بر قاضی در چنین سیستمی وجاهت ندارد؛ اگر دادرس تشخیص دهد که وجود چنین شهادتی برای صدور حکم بما انزل الله کفایت می‌کند نمی‌توان به صرف چند اتهام احتمالی، شهادت شهودی که می‌تواند موجب عدالت در صدور حکم قرار گیرد را مردود ساخت؛ زیرا آنچه اهمیت دارد اقناع وجدان دادرس در اثبات و اجرای عدالت است نه وجدان قانون‌گذار که اقناع وجدان قانون‌گذار بر ظن مبتنی بر غلبه استوار می‌شود و صرفاً صحت حکم ظاهری در آن مشهود است اما بر خلاف آن، اقناع وجدان دادرس بر پایه علم قریب به یقین استوار می‌شود که به حکم واقعی نزدیکتر است که در رأی به شماره ۱۲۱۱-۱۳۱۱/۹/۱۰ نیز صرف ارائه گواه، کافی برای اثبات جرم شناخته نشده بلکه مقید به اطمینان‌آور بودن گواهی شهود شده است. در هر صورت برای فرجام رساندن مدعای خود، بحث حاضر را با تعریف شهادت به عنوان یکی از دلایل اثباتی ادامه می‌دهیم.

۲. شهادت [چیستی]

شهادت به معنای گواه بودن یک واقعه و خبر دادن آن به نفع یکی از طرفین و به ضرر طرف دیگر است که از سوی شخصی غیر از طرفین دعوا ادا می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۳۹۶). البته حکم وجوب بر آن در صورت عدم ضرر، صادر شده است هرچند اختلاف نظر در کفایتی یا عینی بودن وجوب آن به چشم می‌خورد (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۱، ص ۱۸۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۴۷۹). علاوه بر این، کتمان شهادت در قرآن نهی شده است (بقره/ ۲۸۳) و فقها نیز آن را از گناهان کبیره یاد کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۳۰). ناگفته نماند شهادت باید از روی قطع و یقین ادا گردد و فاقد هر گونه تعارض در موضوع شهادت بین شهود باشد و در صورت چنین تعارضی، شهادت فاقد اثر است [مستفاد از مواد ۱۳۱۵، ۱۳۱۷، ۱۳۱۸ ق.م، و مواد ۱۸۳، ۱۸۵ و

۱۸۷ ق.م.ا] البته شاهد نیز باید دارای شرایط شرعی مورد نیاز برای ادای شهادت باشد تا بتواند در دادگاه حاضر شود و نزد قاضی ادای شهادت کند؛ البته یکی از این شرایط، عدم اتهام است و قانون‌گذار در ماده ۱۷۷ ق.م.ا، ذی نفع نبودن در موضوع را درج کرده که نوعی اتهام است اما این قید شامل مصادیق متعددی می‌شود:

الف) جلب منفعت: این‌که شهادت شریک برای شریک خود در مورد مال مشترک یا شهادت وکیل و وصی به اموری که در آن دارای ولایت هستند و امثالهم، قابل پذیرش نیست (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۱، ص ۶۰). اما از گفتار فقها به نظر می‌رسد در مال غیرمشترک توسط شریک که منفعتی عایدش نمی‌شود هرچند جانب‌داری او احتمال رود یا در اموری که وکیل و وصی در آن ولایت نداشته باشند از شمول اتهام خارج می‌شوند و شهادت آن‌ها قابل پذیرش است.

ب) دشمنی دنیوی: این قید به گونه‌ای است اگر دشمنی و کینه‌توزی، موجب زوال عدالت گردد غیرقابل پذیرش است. پس اگر مسلمان برای کافر شهادت دهد قابل پذیرش است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۱، ص ۷۳) زیرا فقها معتقدند رعایت عدالت در حق کافر نیز ضروری است (قرائتی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۱۸۳). به نظر می‌رسد بند چ ماده ۱۷۷ ق.م.ا که اشاره به عدم خصومت با طرفین دارد را در خصوص مذاهب اسلامی قابل سرایت نباشد؛ زیرا چنین دشمنی، اخروی به نظر می‌رسد و از دیگر سو اموری مانند طرح دعاوی کیفری و مدنی در دادگاه یا دادسرا هرچند طبق ماده ۴۲۱ ق.آ.د.ک، از موارد ردّ دادرس شمرده می‌شود لکن از موارد جرح شاهد شمرده نمی‌شود؛ هرچند برخی از فقها در مورد دشمنی دنیوی به این تعریف استناد می‌کنند که دشمنی دنیوی یعنی از ناراحتی فردی، فرد دیگر خوشحال شود و از خوشحالی او اندوهگین گردد (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۱، ص ۷۳).

پ) شهادت تبرعی: در میان فقها قید مذکور قول مشهور در حق الناس است؛ اگر فردی برای ادای شهادت بدون آن‌که درخواستی از او شود و یا بدون اجازه دادرس، اقدام به ادای شهادت کند در معرض اتهام است و شهادت او قابل پذیرش نیست (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۱، ص ۱۰۳). به اعتقاد ما هرچند اقدام داوطلبانه به ادای شهادت صورت می‌گیرد لکن صرف اقدام، شاید بر حسب مورد به عنوان اماره‌ای بر اتهام در

رد عدالت او تلقی شود و چون دادرسی می‌تواند به بررسی بینه پردازد و منکر نیز حق جرح او را دارد به صرف احتمال اتهام به شهادت دروغ و رد شهادت او بدون وجود هیچ دلیل خاص و صرفاً بر پایه گمان بد و جاهت ندارد. حال آن‌که اگر شاهد، طالب عدالت باشد و از باب امر به معروف و نهی از منکر در راستای اجرای عدالت که وظیفه شرعی هر مسلمان است، امتناء او از ادای چنین شهادتی می‌تواند عدالت او را تحت الشعاع قرار دهد؛ زیرا ترک فعل او مقارن با کمک به امر به منکر و نهی از معروف است که این خود گناهی بزرگ و معارض با قبول عدالت و امر به معروف و نهی از منکر شرعی است و چنین گناهی موجب خروج او از عدالت است و بالعکس در مورد دادرسی نیز صادق است؛ اگر مانع شهادت او گردد خروج موضوعی دادرسی از عدالت قابل استنتاج است؛ در این راستا طبق نظر مشهور، دادرسی مکلف است در جرائم منجر به قتل و جرح، شهادت کودکی که به سن ده سال رسیده باشد را بپذیرد (سجادی‌نژاد، ۱۳۹۱، ص ۱۳۹-۱۵۸).

ت) خویشاوندی: فقها را عقیده است خویشاوندی اعم از آن‌که نسبی باشد یا سببی، مانع شهادت نیست هر چند در مورد شهادت زوجه به نفع یا ضرر زوج، به ضمیمه شهادی بر آن، اختلاف نظر باشد و در مورد دوستی و رفاقت هر چند پایدار باشد و یا مهمان علییه و یا له میزبان، مانع پذیرش شهادت نخواهد بود و شهادت این افراد نیز معتبر است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۱، ص ۷۶) اما مبرهن است احتمال جانب‌داری و شهادت دروغ در این افراد نیز دور از نظر نیست لکن از آنچه گفته شد به نظر می‌رسد از دیدگاه فقها نیز صرف احتمال نمی‌تواند عدالت شاهد را مخدوش سازد و مانع پذیرش شهادت او شود.

اکنون باید مطابقت شرط شرعی ذی نفع نبودن با مبانی و ملاکات موجود در نفوذ و عدم نفوذ شهادت اجیر بر مستأجر بررسی گردد. در این راستا ابتدا به تعریف اجیر پرداخته می‌شود و سپس نگرش موافقان و مخالفان به طور مفصل بررسی خواهد شد.

۴. اجیر [کیستی و انواع]

در لغت، مزدگیر را اجیر می‌نامند؛ آن‌که در قبال کار برای دیگری، مزد آن را دریافت می‌کند (لوئیس، ۱۹۰۷، ج ۱، ص ۷۹) و در اصطلاح نیز کسی که دیگری او را اجاره می‌کند

تا نفعی از عمل او ببرد اجیر نامیده می‌شود (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۲۷۲) و بر دو نوع اجیر خاص: آن‌که اجاره‌کننده مباشرت اجیر و زمان معین را در قرارداد اجاره قید می‌کند تا کار مورد نظر مستأجر به نحو دقیق و صحیح انجام گیرد؛ و اگر اموری غیر از امور مربوط به مستأجر باشد و انجام آن از سوی اجیر منافاتی با حقوق مستأجر نداشته باشد نیز انجام آن بدون رضایت مستأجر جایز نیست؛ برخلاف اجیر مطلق که مباشرت او می‌تواند مطلق گذاشته شود تا اجیر، مختار باشد مباشرتاً کار مورد نظر را انجام دهد یا آن را به شخص دیگر تفویض کند، هرچند زمان آن مشخص و معین باشد؛ با این توضیح که اگر اجیر مطلق قصد کاری را برای دیگری کرده باشد اذن مستأجر موضوعیت ندارد (عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۱، ص ۱۴۱؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۳۴۲). ناگفته نماند اجیر نسبت به اموال مستأجر، امین محسوب می‌شود و ید او امانی بوده مگر شرط ضمان شده باشد (سبزواری، ۱۳۸۸، ج ۱۹، ص ۹۶). اما نکته‌ای که ذکر آن خالی از فایده در پژوهش حاضر نیست این است که برخی معتقدند عدم تعیین اجرت در به کار گماردن اجیر نیز مکروه است (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۷، ج ۵، ص ۱۱۶) البته اجیر با وکیل تفاوتی دارد؛ این‌که وکالت، ماهیت نیابتی دارد و اموری را که موکل به وکیل نیابت داده انجام می‌دهد اما اجیر منفعت فعل جسمانی خود را در اختیار دیگری قرار می‌دهد که شهید ثانی ماهیت چنین اجاره‌ای را بالذات می‌داند و این‌گونه اجاره از وکالت، مضاربه و مساقات نیز تفکیک موضوعی پیدا می‌کند (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۳۶۶). در هر صورت وکیل و اجیر در دید عرف، متهم به ذی‌نفع بودن در شهادت قرار می‌گیرند لکن در گنجایش محدود پژوهش، اکنون زمان آن فرا رسیده تا به مبانی موجود در مورد پذیرش و عدم پذیرش شهادت اجیر به نفع یا علیه مستأجر بپردازیم.

۵. ملاکات وارده بر اعتبارسنجی شهادت اجیر

مبحث حاضر با بررسی مبانی موجود در کتاب آسمانی قرآن کریم، آغاز می‌گردد؛ سپس به مبانی موجود در اخبار پرداخته می‌شود و در پایان نیز مطابقت مبانی موجود با بنای عقلا سنجدیده می‌شود و یافته پژوهش ارائه خواهد شد.

۵-۱. بررسی مبانی موجود در قرآن

در مورد ادای شهادت و مسائل پیرامون آن، خداوند در سوره نساء می‌گوید: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ نَعَرْتُمْ سَوَّاءٌ لِلَّهِ كَانِ بِمَا تَعْمَلُونَ خَيْرًا﴾ (نساء/ ۱۳۵)

بر اساس این آیه، واجب است حتی در صورت ضرر به خود یا منافع والدین، شهود در راستای عدالت، شهادت به حق ادا نمایند (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۵، ص ۱۷۶) و هر نوع رفتار در راستای تأخیر و جلوگیری از اجرای عدالت، حرام تلقی می‌شود (قرآنی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۱۸۴).

مشابه همین حکم در آیه دیگری از قرآن نیز اشاره شده است: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ (مانده/ ۸).

نکته‌ای که باید در راستای وجوب آیه بر اجرای عدالت اشاره کرد این است که هرچند جرایم حدی منافی عفت، راه اثبات سختی را در پی دارد و شارع مقدس را عقیده بر پرده پوشی به این‌گونه جرایم است تا از قبح چنین جرایم شنیع جلوگیری شود؛ به عنوان مثال آیه ۱۵ سوره نساء: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِيَنَّ الْأُفْحَاشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَأَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا...﴾ که در اثبات جرایم منافی عفت مانند زنا، چهار شاهد را حد نصاب اثبات آن می‌داند، عده‌ای از فقها «اربعة منكم» را در اشاره به نصاب شهود، صرفاً بر شهادت چهار مرد عادل تفسیر می‌کنند و آن را قابل پذیرش می‌دانند (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۳۷۰). بنابراین اگر فردی در راستای احقاق حق برآید و ارتکاب زنا یا از سوی شخصی اعلام کند اگر شهودی بر اثبات خود نداشته باشد قرآن می‌فرماید: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (نور/ ۴).

همچنین آیات ۶ و ۷ سوره نور در مورد نسبت زنا یا که توسط شوهر به همسر داده می‌شود در صورت نبود شاهد، لعان را واجب می‌داند؛ حال اگر فردی در راستای عدالت و حفظ حیثیت مظلوم، چنین ادعایی مطرح کند و در صورت

واقعیت امر هرچند رویکرد شارع بر پرده پوشی به این جرایم است و در صورت عدم اثبات به واسطه نپذیرفتن شهود یا کتمان از سوی شهود، به مراتب آثار سوئی را در پی خواهد داشت که فردی بی گناه، محکوم به قذف می شود و از طرفی بر قاذف در مثال مذکور، در قرآن برچسب دروغ گویی توطئه عظیم داده شده است، زیرا مفسران «کبره» را در معنای بزرگ، استعمال کرده اند و معتقدند مرجع ضمیر آن نیز تهمت است (قریشی، ۱۳۷۴، ج ۷، ص ۱۸۹؛ طباطبایی، ۱۳۷۴، ص ۱۵، ذیل آیه ۱۱ سوره نور) و این منافات دارد با ساحت پاک شارع مقدس که مجازات جسمی و روانی بر فرد بی گناهی که صرفاً احقاق حق می کند را مهر تأیید بکوبد. به این ترتیب با توجه به عبارت «وَإِنْ تَلَّوْا أَوْ تُعْرَضُوا» در آیه ۱۳۵ سوره نساء، کتمان و امتناع از ادای شهادت توسط فردی که از او طلب شهادت می شود در صورتی که عدالت وابسته به شهادت او باشد حرام است (قرآتی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۱۸۳) در این راستا آیه ۲۸۲ سوره بقره می فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ...» و آیه ۲ سوره طلاق «فَإِذَا بَلَغَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارُقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا» که تأکید بر لزوم گرفتن شهادت در قراردادها شده و حتی برخی آن را شرط صحت بعضی از عقود، مانند طلاق می دانند (قرآتی، ۱۳۸۸، ج ۱۰، ص ۱۰۵) و همچنین تأکید بر لزوم ادای شهادت عادلانه شده است (رازی، ۱۴۰۸، ج ۴۷، ص ۲۱) و کتمان کننده شهادت به حق نیز مورد لعن قرار گرفته است؛ «إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَيْنَاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّاعِنُونَ» (بقره/۱۵۹) تا جایی که برخی، کتمان شهادت را از موجبات کفر نیز دانسته اند (طیب، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۲۶). بنابراین قرآن کریم هدف از ادای شهادت و جلوگیری از کتمان آن را اجرای عدالت و صدور حکم بما انزل الله توسط دادرس اعلام می کند. ناگفته نماند گستره آیات مذکور به صورت عام وارد شده است (طبرسی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۴۴؛ طیب، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۲۶۷؛ امین، ۱۳۶۱، ج ۲، ص ۱۵؛ طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۵، ص ۱۷۵؛ قرآتی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۱۸۳) پس شمولیت آیه بر اجیر نیز سرایت می کند؛ زیرا احکام آیات به صورت عام وارد شده اند و استثنا شدن اجیر، نیازمند دلیل و نص خاص است. بنابراین برای مشخص شدن گستره اعتبار

شهادت اجیر، باید مبانی موجود در اخبار را بررسی کنیم.

۵-۲. بررسی مبانی موجود در اخبار

تقریر اول: روایات وارده: با نگاه به روایات وارده در خصوص مورد و استناد فقها بر آن‌ها موجب شده تا برخی در پذیرش شهادت اجیر تردید کنند (طوسی، ۱۴۰۰، ج ۳۲۶). مخالفان پذیرش شهادت اجیر در راستای مدعای خود به روایات متعددی اشاره و استناد کرده‌اند:

الف) روایت معتبر سماعه: «قَالَ: سَأَلْتُهُ عَمَّا يُرَدُّ مِنَ الشُّهُودِ فَقَالَ: الْمُرِيبُ وَالْخَصْمُ وَالشَّرِيكُ وَدَافِعُ مَغْرَمٍ وَالْأَجِيرُ وَالْعَبْدُ وَالتَّايِعُ وَالْمُتَّهَمُ كُلُّ هَؤُلَاءِ تُرَدُّ شَهَادَاتُهُمْ» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۳۷۷؛ طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۱۳). این روایت مهم‌ترین دلیل ارائه شده مخالفان است و نشان از عدم قبول شهادت اجیر دارد، چون اجیر در معرض اتهام به ذی نفع بودن قرار دارد، شهادت او را مردود اعلام داشته‌اند.

ب) روایت صحیحہ عبیدالله بن علی حلبی: «قَالَ: سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَمَّا يُرَدُّ مِنَ الشُّهُودِ فَقَالَ: الظَّنِينِ وَ الْمُتَّهَمِ وَ الْخَصْمِ» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۳۷۳).

ج) روایت صحیحہ از عبدالله بن سنان: «عِيسَى عَنْ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ مَا يُرَدُّ مِنَ الشُّهُودِ قَالَ فَقَالَ الظَّنِينِ وَالْمُتَّهَمِ قَالَ قُلْتُ فَأَلْفَاسِقُ وَالْخَائِنُ قَالَ ذَلِكَ يَدْخُلُ فِي الظَّنِينِ»؛ عبدالله بن سنان می‌گوید: از اباعبدالله (ع) (امام صادق (ع)) پرسیدم شهادت چه افرادی رد می‌شود؟ سپس می‌گوید: امام فرمود: کسی که مورد بدگمانی و تهمت است. می‌گوید (ابن سنان): گفتم: پس شهادت فرد فاسق و خائن چگونه است؟ امام (ع) فرمود: آنان نیز در ظنین، کسی که مورد بدگمانی است داخل‌اند (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۱۷۳).

اما در مقابل، موافقان پذیرش شهادت اجیر در اثبات مدعای خود به روایت معتبر ابوبصیر به نقل از امام صادق (ع) اشاره کرده‌اند. البته این روایت مورد استناد مخالفان نیز قرار دارد، اما به شکل و استدلال خاصی که در امتداد بحث به آن خواهیم پرداخت. روایت چنین است: «أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: لَا بَأْسَ بِشَهَادَةِ الضَّيْفِ إِذَا كَانَ عَفِيفًا صَائِنًا قَالَ: وَ يُكْرَهُ شَهَادَةُ الْأَجِيرِ لِصَاحِبِهِ وَ لَا بَأْسَ بِشَهَادَتِهِ لِغَيْرِهِ وَ لَا بَأْسَ بِهِ لَهُ بَعْدَ مُفَارَقَتِهِ» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۳۷۰).

موافقان با استناد به لفظ «یکره»، کراهت را در معنای اصطلاحی آن به کار برده و معتقدند چنین لفظی نشان از اراده بر عدم حرمت در سایر روایات وارد دارد؛ در این راستا فقهایی را چون علامه حلی (حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۵۶) عقیده بر این رویکرد است. لکن فقهای مخالف را عقیده است از لفظ «یکره» در روایت ابوبصیر، حرمت اراده شده و کراهت در معنای لغوی آن به کار گرفته شده است نه اصطلاحی! زیرا روایت در راستای بیان حرمت وضعی است و به کارگیری کراهت در معنای اصطلاحی آن، وجاهت ندارد (لنکرانی، ۱۴۲۰، ص ۵۳۰) از دیگر سو استناد این دست روایات خاص که استدلال آن‌ها ناتمام است صحیح نمی‌نمایند؛ چون در صورت تام بودن دلالت روایات خاص، روزنه برای نفوذ روایت عام باقی نخواهد ماند؛ درحالی که روایت سماعه ظاهراً بر عدم پذیرش شهادت اجیر است که با روایت ابوبصیر که ظهور در عدم پذیرش چنین شهادتی دارد همخوانی نشان می‌دهد و از آنجاکه در صورت پذیرش شهادت اجیر، بر او واجب است در صورت درخواست مشهودله شهادت دهد، وجاهت ندارد تا کراهت بر معنای اصطلاحی آن حمل گردد و باید در نظر داشت که حمل کراهت در شهادت گرفتن یا تحمل شهادت، منافات با ظاهر روایت دارد و باید روایات عام را با توجه به روایات سماعه و ابوبصیر، مقید بر این کرد که تا قبل از مفارقت، شهادت اجیر به نفع مستأجر قابل پذیرش نباشد (خویی، ۱۴۲۲، ج ۱، کتاب شهادت مسئله ۹۲). به اعتقاد نگارندگان پژوهش، این اعتقاد که از سوی سید ابوالقاسم خویی نیز پذیرفته شده است کامل نیست و آنچه مخالفان پذیرش شهادت اجیر بر آن پافشاری می‌کنند در مظان اتهام به ذی نفع بودن اجیر است و با وارد کردن چنین اتهامی که اجیر ممکن است در راستای ذی نفع بودن در دعوا، شهادت دروغ ادا کند، صرفاً گمان و ظن بر خلاف اصل برائت است. آیا به صرف اتهام و احتمالات باید در پذیرش شهادت اجیر، حتی اجیر عادل تردید کرد و مانع شهادت او در راستای عدالت شد؟! برای پاسخ به این سؤال باید مشخص شود که آیا ملاکی برای اتهام وجود دارد یا خیر؟

تقریر دوم: بررسی ملاک تهمت در رد شهادت: همان‌گونه که اشاره شد با نگرش دقیق‌تر به روایات، مشخص می‌شود مانع پذیرش و قبول شهادت از اجیر، در معرض

اتهام قرار داشتن اجیر است؛ اما آیا هر نوع اتهام می‌تواند در مقابل عدالت قرار گیرد و اعتبار شهادت فرد عادل را مخدوش کند؟ باید خاطر نشان کرد هر چند در رأی به شماره ۱۱-۱۳۶۹/۴/۱۸ اشاره شده است که اگر صدور حکمی بر پایه اظهارات شاهد صورت گرفته باشد اما عدالت شاهد احراز نشده باشد از موجبات اعتراض به حکم صادره است؛ اما با تفحص در کتب فقهی و روایی ملاک خاصی برای تعیین این که کدام نوع اتهام موجب رد شهادت می‌گردد وجود ندارد! بنابراین نمی‌توان هر نوع اتهامی حتی اتهامی که عرفاً بر شاهد وارد می‌شود را اتهام شرعی محسوب کرد و اعتبار شهادت را مخدوش ساخت (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۳۸۲) زیرا همان گونه که اشاره شد دلایل قرآنی و هم چنین روایات بر شهادت در برپایی عدالت اطلاق دارند. بنابراین اتهاماتی مدنظر قرار می‌گیرند که به عدالت شاهد لطمه بزنند؛ اگرچه گاهی منشأ اتهام، خویشاوندی، روابط نسبی، دوستی و... باشد اما تا زمانی که هر کدام از این موارد بر عدالت شاهد خدشه نزنند نمی‌تواند مانع از پذیرش شهادت قرار گیرد. با امعان نظر، روایات موجود به اعتبار شهادت فرد عادل، با توجه به نبود دلیل محکم بر نپذیرفتن شهادت شاهد به صرف اتهام، برتری دارند؛ آنچه برخی از فقها نیز بر آن تأکید ورزیده‌اند که صرف اتهام هیچ خللی در قبول شهادت وارد نمی‌سازد مگر آن که دلیل عدم قبول آن محرز گردد (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۴۰۰).

ما را عقیده است اصل بر پذیرش شهادت شهود ارائه شده بر پایه اصل براءت و اصل عدم اتهام قرار می‌گیرد، هر چند مدعی جرح می‌تواند بر عدم عدالت شهود دلیل ارائه کند. ناگفته نماند ما را اعتقاد به موضوعیت داشتن شهادت به عنوان دلیل اثباتی نیست؛ بحث بر احراز شرایط شاهد شرعی است اما این که ارائه چنین شهودی تا چه اندازه می‌تواند در علم دادرسی و اقناع وجدان او کافی باشد و یا آن که شهادت شهود، دلیل اثبات دعاوی خاص شناخته می‌شود یا خیر؟ بحث دیگری است. در هر صورت، مدعی مذکور که اصل بر پذیرش شهود ارائه شده است مگر آن که نفع اجیر در دعوا ثابت گردد، از بررسی روایات ارائه شده توسط مخالفان که پیش تر ذکر آن گذشت آشکار می‌شود. با دقت در روایت سماعه که معتبرترین دلیل ارائه شده مخالفان برای عدم پذیرش شهادت اجیر است شهادت شریک به نفع

شریک دیگر پذیرفته نیست. اما روایتی نیز وجود دارد که شهادت شریک در غیر مال مشترک را می‌پذیرد. این روایت از ابان است با این مضمون: «عَنْ أَبَانَ عَمَّنْ أَخْبَرَهُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ شَرِيكَيْنِ شَهِدَا أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ قَالَ تَجَوُّزُ شَهَادَتُهُ إِلَّا فِي شَيْءٍ لَهُ فِيهِ نَصِيبٌ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۴۶).

لکن اگر ایراد شود که روایت مذکور، مرسل است، باید گفت هرچند روایت مرسل است اما ذکر آن در کتاب شیخ صدوق گذشت و مراسیل شیخ صدوق در حکم مسانید اوست و همچنین روایت نیز به طریق شیخ طوسی صحیح قلمداد می‌شود. افزون بر این، روایاتی نیز بر قبول شهادت شریک در مال مشترک، مانند صحیح عبدالرحمن به نقل از امام صادق (ع): «الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنِ الْقَاسِمِ عَنْ أَبَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ ثَلَاثَةِ شُرَكَاءَ ادَّعَى وَاحِدٌ وَ شَهِدَ الْاِثْنَانِ قَالَ: يَجُوزُ» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۳۷۰) آمده است، البته هرچند روایت صحیحی قلمداد گردید، اما با توجه به وجود روایت معارض از همان راوی: «أَبُو عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيُّ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى وَ حَمِيدُ بْنُ زِيَادٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ جَمِيعاً عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ الْمَيْمُونِيِّ عَنْ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ ثَلَاثَةِ شُرَكَاءَ شَهِدَ اِثْنَانِ عَلَيَّ وَاحِدٍ قَالَ لَا يَجُوزُ شَهَادَتُهُمَا» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۹۴)، نمی‌توان جمع بین این دو را قائل شد.

علی‌هذا در مورد برده که به نفع مولای خود شهادت دهد نیز همین موضوع حکم فرماست، اگرچه در مظان اتهام به ذی نفع بودن قرار دارد، لکن با وجود احراز عدالت می‌تواند شهادت دهد. روایاتی که در تعارض با عدم پذیرش شهادت برده - که در روایت سماعه تصریح بر آن شد- وجود دارند مانند روایت صحیح عبدالرحمان بن حجاج به نقل از امام صادق (ع) با این مضمون:

«عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع): لَا بَأْسَ بِشَهَادَةِ الْمَلُوكِ إِذَا كَانَ عَادِلًا» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۳۴۵)

که شهادت برده عادل، ایرادی بر آن نیست. همچنین در روایات صحیح دیگر از عبدالرحمان بن حجاج در قضیه زره متعلق به طلحه که در ید عبدالله بن قفل در مسجد کوفه توسط حضرت امیرالمؤمنین علی (ع) مشاهده شد؛ حضرت امیر (ع) به

او فرمود: «این زره متعلق به طلحه است و در جنگ جمل بر تن او بوده است. عبدالله عرضه داشت تا نزد قاضی بروند آنگاه به نزد قاضی شریح رفته و شریح بر حضرت علی(ع) عرضه داشت تا بر مدعای خود بینه بیاورد - این قضیه به نقل از امام باقر(ع) است - امام باقر(ع) می فرمایند:

«حضرت امیر(ع) قنبر را به عنوان شاهد معرفی کرد اما شریح به دلیل این که قنبر، برده بود شهادت او را نپذیرفت. امام باقر(ع) می فرماید: در آن قضیه، حضرت علی(ع) بر قضاوت شریح خشمگین شد و سه مرتبه فرمود: ذره را بگیر، چراکه شریح، حکم ظالمانه صادر کرده است - قنبر شهادت داد زره متعلق به طلحه است که در جنگ جمل بر تن داشت - قنبر برده عادل است؛ و هرگاه برده عادل باشد می تواند شهادت دهد و مانعی بر او نیست» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۶۳؛ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۲۶۴).

همچنین روایت صحیح ابوبصیر در سؤال از امام علی(ع) در مورد شهادت عبد مکاتب: «قَالَ: سَأَلْتَهُ عَنِ شَهَادَةِ لِمَكَاتِبَ كَيْفَ تَقُولُ فِيهَا؟ قَالَ: فَقَالَ: تُجَوِّزُ عَلَيَّ مَا أَعْتَقَ مِنْهُ أَنْ لَمْ يَكُنْ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ إِنَّكَ أَنْ عَجَزْتَ زِدْ دَنَّاكَ فَإِنْ كَانَ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ ذَلِكَ لَمْ تَجْزِ شَهَادَتَهُ حَتَّى يُوَدَّى» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۳۴۹)، که مبرهن است شهادت عبد مکاتب پذیرفته است، هرچند در مظان اتهام باشد مگر آن که اتهام آن ها به صورتی باشد تا عدالت او مخدوش گردد.

این در حالی است روایاتی دیگر موجودند که هرچند شاهد معرفی شده در مظان اتهام باشد اما با احراز عدالت، شهادت او پذیرفته است، حال آن که اتهام آن ها در نتیجه ارتباط با مشهوده به مراتب اتهامات قوی تر و مؤثرتری است، مانند روایت سکونی از امام صادق(ع): «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الصَّفَّارُ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ يَزِيدَ النَّوْفَلِيِّ عَنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي زَيْدٍ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ: أَنَّ شَهَادَةَ الْأَخِ لِأَخِيهِ تُجَوِّزُ إِذَا كَانَ مَرْضِيًّا وَمَعَهُ شَاهِدٌ آخَرُ» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۳۶۸)، که شهادت برادر به نفع برادرش قابل پذیرش است؛ و روایت دیگر از عمار بن مروان در شهادت زوج بر زوجه: «عَنْ عَمَّارِ بْنِ مَرْوَانَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ رَجُلٍ يَشْهَدُ لِأَمْرَأَتِهِ قَالَ: إِذَا كَانَ خَيْرًا جَازَتْ شَهَادَتُهُ» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۳۶۶) نیز شهادت زوج با

احراز عدالت قابل پذیرش است؛ هرچند در شهادت زوجه به نفع زوج به دلیل واجب‌التفقه بودن زوجه، در مظان اتهام قرار می‌گیرد. بنابراین باید توجه داشت اموری مانند ذی نفع بودن شاهد که در اثر شهادت، نفعی برای خود کسب کند یا ضرری از خود دفع کند، دشمنی دنیایی که منجر به عدم شهادت عادلانه گردد، شهادت فرد متکدی و امثالهم، تماماً اماراتی هستند که شاهد را مظنون به فسق قرار می‌دهد و همگی به غیر از موارد اثبات و خدشه بر عدالت، قابلیت تمسک ندارند؛ زیرا عدالت به تعبیر فقها، ملکه‌ای نفسانی است که فرد در اثر آن از ارتکاب گناهان کبیره و اصرار بر گناهان صغیره خودداری می‌کند (عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۱۲۹) و احراز چنین امری (عدالت) دلالت بر مصونیت شاهد از اتهامات فوق‌الذکر دارد و تا دلیل محکم بر عدم پذیرش شهادت فرد عادل اما مورد اتهام نباشد شهادتش مردود نیست (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۸، ص ۲۳۰). چون اثبات عدالت ملازمه با عدم اقدام شاهد به گفتار دروغ است (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۴۹۸) به این ترتیب تنها ملاک مستخرج از بطن ادله وارده که بتوان به صورت قاطع و بدون هیچ شبهه‌ای آن را مانع ذی نفع از ادای شهادت دانست این است که با شهادت خود نفعی عایدش گردد و یا ضرری از خود دفع کند؛ گویا شهادت را برای خود ادا می‌کند و به عبارت دیگر نفعی در موضوع دعوا ببرد، به گونه‌ای که شاهد بر مدعی دعوا منقلب گردد. اکنون با این تفسیر، بند «ج» ماده ۱۷۷ ق.م.ا، به ذهن متبادر می‌شود که اشاره به ذی نفع نبودن در موضوع دارد و اگر بند مذکور را متمعن به این تفسیر استوار سازیم از منظر عقلایی نیز عادلانه‌تر است، زیرا عقل به حسن عدل و قبح ظلم حکم می‌کند. برای درک بهتر، شایسته است تلازم ادله وارده را با بنای عقل‌ارزیابی کنیم.

۵-۳. قاعده تلازم (بنای عقلا)

از بررسی روایات مشخص شد تابع برای متبوع تحت شرایطی می‌تواند شهادت دهد اما روایتی از ابوبصیر نقل شد و اشاره آن پیش‌تر گذشت که فقها بر عبارت «یکره» اختلاف کردند؛ فقهای متقدم و مخالف پذیرش شهادت اجیر معتقدند کراهت در مورد شهادت معنا ندارد (لنکرانی، ۱۴۲۰، ص ۵۳۰) بلکه اگر قائل بر جواز شهادت باشیم شهادت با درخواست مشهودله واجب می‌شود و اگر جواز را بی‌مورد بدانیم شهادت

حرام است. منتها باید توجه داشت اگر اتهام را موجب خدشه به اعتبار شهادت بدانیم باید در تمام موارد اتهام را مؤثر دانست و قائل بر این بود که شاهد نباید متهم باشد و اگر مؤثر ندانیم باید گفت شاهد می تواند شهادت دهد هرچند متهم باشد؛ چگونه باید معتقد بود که ادای شهادت برادر به نفع برادر، دوست به نفع دوست، پسر برای پدر با وجود اتهام مردود نیست اما شهادت اجیر مردود است! چون مورد اتهام است؟! به اعتقاد ما اشکال کار متقدمین بر همین نکته است که معتقدند کراهت اصطلاحی در باب شهادت معنا ندارد؛ این که واژه «یکره» در حدیث ابوبصیر یعنی «یحرم» یعنی حرام است و این یعنی عقیده بر این باشد که اگر روایت به زمان امام صادق (ع) برگردد و واژه «یکره» به معنای اصطلاحی آن، بی مورد باشد؛ یعنی چنین به ذهن متبادر سازد که در زمان امام صادق (ع) نبوده و الآن به وجود آمده است؟! حال آن که احکام تکلیفی شامل وجوب، حرمت، استحباب (ندب)، کراهت و اباحه که از آن ها به احکام خمسسه یاد می شود، نه تنها در زمان امام صادق (ع) بلکه در زمان پیامبر (ص) نیز وجود داشته اند (سجادی، ۱۳۷۵، ص ۲۹) که به نظر، این ایراد بر متقدمین وارد است؛ مسلم است اگر عقل حکم کند مانع شدن از اعتبار شهادت شهودی که عدالت آن ها محرز شده و در صورت انحصار شهادت به شهودی مانند اجیر، نه تنها مکروه نیست بلکه واجب است در راستای عدالت، مبادرت به ادای شهادت کند؛ چون رسیدن ذی حق به حقیقش منحصر در شهادت اوست؛ آنچه در روایات مربوط به زره طلحه گذشت حضرت امیر (ع) برده عادل اما در مظان اتهام را به شهادت گرفت و تصریح بر عدالت او داشت (حسن و قبح عقلی).

به هر حال در استدلال فقهای مخالف و موافق در مورد اعتبار شهادت اجیر، مشخص است که به چند روایت مذکور در پژوهش، به ویژه روایات صحیح ابوبصیر که ذکر آن گذاشت به صورت مشترک استناد شده و منع اجیر از شهادت را به دلیل اتهام به ذی نفع بودن او خلاصه کرده اند؛ بدون آن که ملاکی را برای آن مشخص سازند. لکن سابق بر این نیز اشاره شده است فقهای متأخر، تردید کمتری نسبت به اعتبار شهادت اجیر در مقابل مخالفان دارند و آن را مکروه می دانند به نحوی که مخالفان پذیرش، صرف ذی نفع بودن را هرچند اگر شاهد، عادل باشد از مصادیق

رد شهادت او می‌دانند (حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۵۶؛ لنکرانی، ۱۴۲۰، ص ۵۳۰). در برداشت پایانی حاصل از بررسی بنای عقلا، می‌توان این‌گونه اعتقاد داشت شهادت اجیر، بر حسب شرایط می‌تواند واجب باشد یا مکروه یا حرام. البته استدلال ما اجتهاد در برابر نص نیست بلکه این استدلال بر پایه تلازم نص با حکم عقل صورت می‌گیرد؛ توضیح این‌که بر اساس آیه ۲۸۲ سوره مبارکه بقره: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ...﴾ کتمان شهادت از دیدگاه قرآن حرام دانسته شده است (قرائتی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۱۸۳). البته روایاتی نیز بر این مطلب اشاره دارند؛ مانند صحیح هاشم بن سالم: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: «وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ قَالَ: بَعْدَ الشَّهَادَةِ» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۳۱۳).

البته دلیل وجوب نیز آن است که شهادت راهی برای رسیدن ذی‌حق به حق خود است و بر اساس روایت وارده دیگر، مانند صحیح محمد بن مسلم: «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: إِذَا سَمِعَ الرَّجُلَ الشَّهَادَةَ وَ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهَا فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ شَهِدَ وَإِنْ شَاءَ سَكَتَ إِذَا عَلِمَ مِنَ الظَّالِمِ فَيَشْهَدُ وَلَا يَحِلُّ لَهُ إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۳۱۷).

هرگاه شخصی به صورت اتفاقی شاهد واقعه‌ای شود اگر بداند چه کسی ظالم است باید شهادت دهد که در آن چیزی جز ادای شهادت، بر او حلال نیست. البته اگر شاهدی بر این کار گرفته نشده و او نیز نداند چه کسی ظالم است می‌تواند سکوت کند، که طبق روایت صحیح هاشم بن سالم: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: «وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ، قَالَ: قَبِيلَ الشَّهَادَةِ» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۳۰۹) نیز شهود نباید از تحمل شهادت خودداری کنند.

به این ترتیب تنها همین ملاک مورد نظر پژوهش بر مبنای عقل در راستای حُسن عدل، تأیید می‌گردد. در هر صورت از تلازم روایات با مبنای عقلایی می‌توان در راستای دستیابی به اتفاق نظر میان مخالفان و موافقان، این‌گونه نظر داد که اگر از اجیر خواسته شود تا تحمل شهادت کند در این صورت اگر عادل نباشد بر او حرام است که به عنوان شاهد قرار گیرد و اگر عادل باشد اما در مظان اتهام قرار داشته باشد چون در مرحله تحمل شهادت است باید بنگرد که اگر تحمل شهادت، منحصر در اوست پس واجب است که تحمل شهادت نماید؛ زیرا گرفتن شهادت

در برخی موارد مانند اجرای صیغه طلاق حسب شرایطی بر خواهان آن ضروری است. از دیگر سو احراز شرط عدالت گاهی به خود فرد بر می‌گردد که از باطن خود باخبر است و اگر تحمل شهادت منحصر به او نباشد اما عادل باشد چون افرادی غیر از او نیز برای تحمل شهادت قرار دارند کراهت دارد شهادت را تحمل کند، زیرا در معرض ناسزا شنیدن [همان اتهام عرفی] است [واجب کفایی].

در ادای شهادت نیز اگر اجیر، عادل نباشد حرام است که ادای شهادت کند و اگر عادل باشد و شهادت نیز منحصر در او نباشد کراهت دارد ادای شهادت نماید اما اگر منحصر در او باشد به نحوی که رسیدن ذی حق به حق خود و اجرای عدالت، وابسته به شهادت او باشد واجب است ادای شهادت نماید [واجب عینی]. مبرهن است چنین تفسیر بر پایه بنای عقلا، زیبا و با عدالت سازگار است. در هر صورت، حکم وجوب به مواردی که شهادت موجب ضرری غیرقابل اغماض بر شاهد گردد بر پایه قاعده لاضرر، وجوب آن برداشته می‌شود که مجال و مقال دیگری را به خود می‌طلبد.

نتیجه‌گیری (یافته‌ها و پیشنهاد راهبردی)

۱. مبانی موجود در قرآن نشان از آن دارد که رعایت عدالت واجب است و در راستای صدور حکم بما انزل الله، اقدام به شهادت، واجب و کتمان کننده آن مرتکب فعل حرام شده است.

۲. با بررسی روایات مشخص شد صرف اتهام نمی‌تواند ملاکی برای رد شهادت شاهد قرار گیرد و صرفاً اتهاماتی که از چنان قدرت و پشتوانه‌ای برخوردار باشند تا عدالت شاهد با وجود اصل برائت مخدوش گردد مبنا قرار می‌گیرد.

۳. از منظر بنای عقلا و قاعده فقهی تلازم بین حکم عقل و شرع، این نتیجه حاصل آمد که شهادت اجیر عادل هرچند ذی نفع، نافذ است.

زیبنده قانون‌گذار حکیم است که موضع خود را نسبت به گستره نفع زائل کننده عدالت شاهد در قوانین حقوقی و کیفری مشخص سازد تا نظاره‌گر چنین ابهاماتی در استناد به ادله اثبات دعاوی نباشیم. پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار محترم اقدامات

لازم را در جهت حذف بند «ج» از ماده ۱۷۷ ق.م.ا، مبذول نمایند؛ زیرا با اتمام فرایند جرح و تعدیل شهود در رسیدگی به ارزش ادله اثباتی و احراز عدالت شاهد، قید «ذی نفع نبودن» عبث می‌نمایاند و صرفاً از موجبات ابهام در قوانین و در نوع خود، اتهامی بر شاهد عادل و راستگو است؛ با توجه به این که علم دادرس به عنوان یکی از ادله اثباتی تلقی شده است و باید از راه‌های معتبر و مستندات بین نیز حاصل شود، چنین ابهامی می‌تواند بر خلاف اصل حُسن نیت، مانع دادرس در استناد به شهود راستگو باشد؛ زیرا چنین ابهاماتی، درستی گفتار و رفتار شهودی را می‌زداید که به ناحق متهم به دروغ‌گویی می‌شوند!

فهرست منابع

قرآن کریم.

۱. ابن‌ادریس حلی، محمد. (۱۳۹۰ش). السرائر. قم: انتشارات اسلامی.
۲. اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق). مجمع‌الفائده و البرهان. قم: انتشارات اسلامی.
۳. امین، سیده نصرت. (۱۳۶۱ش). مخزن‌العرفان. تهران: نهضت زنان مسلمان.
۴. انصاری، سید مرتضی. (۱۴۱۵ق). الانتصار فی انفرادات الامامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵. انصاری، محمدعلی. (۱۴۲۰ق). الموسوعة الفقهية الميسرة. قم: مجمع‌الفکر.
۶. بهرامی، بهرام. (۱۴۰۰ش). بایسته‌های ادله اثبات. تهران: انتشارات نگاه بینه.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶ش). دایرة المعارف حقوق. تهران: امیرکبیر.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۷ش). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
۹. حسینی شیرازی، سید محمد. (۱۴۰۷ق). الفقه- موسوعه استدلالیه فی فقه الاسلامیه. قم: مؤسسه‌الفکرالاسلامی.
۱۰. حلبی، ابوالصلاح. (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه. اصفهان: مکتبة الامام امیرالمؤمنین (ع).
۱۱. حلی، ابن‌ادریس. (۱۴۱۰ق). السرائرالحاوی لتحرير الفتاوی. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۲. خوانساری، محمد. (۱۴۰۲ش). منطق صوری. تهران: انتشارات دیدار.
۱۳. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه آثار امام خویی.
۱۴. رازی، ابوالفتح. (۱۴۰۷ق). روض الجنان و روح الجنان. بی‌جا: بی‌نا.
۱۵. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۳۸۸ش). مهذب الاحکام فی بیان حلال و الحرام. قم: دارالتفسیر.
۱۶. سجادی، سیدجعفر. (۱۳۷۵ش). فرهنگ علوم. تهران: انتشارات امیرکبیر.
۱۷. سجادی نژاد، سید احمد. (۱۳۹۱ش). ادای شهادت در فقه و حقوق ایران و چند کشور غربی و عربی. آموزه‌های فقه مدنی، ۴(۶)، ص ۱۳۹-۱۵۸.

۱۸. صادقی مقدم، سید امیرعلی. (۱۳۹۸ش). بررسی رد رسیدگی به پرونده از سوی دادرس به استناد علم از راه‌های غیرمعتبر. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، به راهنمایی دکتر اردوان ارژنگ، دانشگاه میبد-یزد.
۱۹. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۰. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۳۸۷ش). العروة الوثقی. تهران: مطبعه الحیدری.
۲۱. طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۳۷۴ش). المیزان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۲. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۵ق). مجمع البیان، بیروت: مؤسسه الأعلمی.
۲۳. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ش). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: مکتبه المرتضویه.
۲۴. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰ش). الاستبصار. تهران: دار الکتب.
۲۵. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایه فی مجرد فقه و الفتاوی. بیروت: دار الکتب.
۲۶. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الاحکام. تهران: دار الکتب.
۲۷. طیب، عبدالحسین. (۱۳۷۸ش). أطیب البیان. تهران: انتشارات اسلام.
۲۸. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: انتشارات داوری.
۲۹. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام. قم: مؤسسه معارف اسلامی.
۳۰. عاملی، شمس‌الدین محمد بن مکی (شهید اول). (۱۴۱۱ق). اللمعة الدمشقیة. تهران: انتشارات قدس.
۳۱. عاملی، شمس‌الدین محمد بن مکی (شهید اول). (۱۴۱۲ق). الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۳۲. عاملی، محمد بن حسن (شیخ حر). (۱۴۰۹ق). وسایل الشیعه. قم: مؤسسه آل‌البتیت.
۳۳. قرائتی، محسن. (۱۳۸۸ش). تفسیر نور. تهران: مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن.
۳۴. قریشی، سید علی‌اکبر. (۱۳۷۴ش). تفسیر احسن‌الحديث. تهران: بنیاد بعثت.
۳۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۱ق). اثبات و دلیل اثبات. تهران: میزان.
۳۶. کلینی، محمد. (۱۴۰۷ق). الکافی، قم: دار الکتب الاسلامیه.
۳۷. لنکرانی، محمد فاضل. (۱۴۲۰ق). تفضیل الشریعه. قم: انتشارات مرکز فقهی ائمه اطهار.
۳۸. لوئیس، معلوف. (۱۹۰۷م). فرهنگ المنجد. بیروت: دار المشرق.
۳۹. مرقیس، سلیمان. (۱۹۸۱م). اصول اثبات و اجرائه فی المواد المدینه فی قانون المصر مقارناً تنظیمات سایر بلاد العربیه. قاهره: عالم الکتب.
۴۰. مغنیه، محمدجواد. (۱۴۰۴ق). فقه الامام الصادق (ع). بیروت: دار الجواد.
۴۱. موسوی خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۷۹ش). تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۴۲. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲ق). جواهر الکلام. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۴۳. نراقی، احمد. (۱۴۱۵ق). مستند الشیعه. قم: مؤسسه آل‌البتیت.

References

- The Holy Quran.
1. Amili, Muhammad ibn Hasan (Sheikh Hurr). (1989). *Wasā'il al-Shī'ah*. Qom: Ahl al-Bayt (pbut)Institute [in Arabic].
 2. Amili, Shams al-Din Muhammad ibn Makki (Shahid al-Awwal). (1991). *Al-Lum'ah al-Dimashqīyah*. Tehran: Quds Publications [in Arabic].
 3. Amili, Shams al-Din Muhammad ibn Makki (Shahid al-Awwal). (1992). *Al-Durūs al-Shar'iyah fī Fiqh al-Imāmīyah*. Qom: Jami'ah al-Mudarrisin Publications [in Arabic].
 4. Amili, Zayn al-Din ibn Ali (Shahid al-Thani). (1990). *Al-Rawḍah al-Bahīyah fī Sharḥ al-Lum'ah al-Dimashqīyah*. Qom: Dawari Publications [in Arabic].
 5. Amili, Zayn al-Din ibn Ali (Shahid al-Thani). (1993). *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i' al-Islām*. Qom: Islamic Ma'arif Institute [in Arabic].
 6. Amin, Seyedeh Nosrat. (1982). *Makhzan al-'Irfān* [Treasure of Gnosis]. Tehran: Nahdat-i Zanan-i Musلمان [in Persian].
 7. Ansari, Muhammad Ali. (1999). *Al-Mawsū'ah al-Fiqhīyah al-Muyassarah*. Qom: Majma' al-Fikr [in Arabic].
 8. Ansari, Seyed Murtada. (1994). *Al-Intiṣār fī Infirādāt al-Imāmīyah*. Qom: Islamic Publications Office [in Arabic].
 9. Ardabili, Ahmad. (1983). *Majma' al-Fā'idah wa al-Burhān*. Qom: Islamic Publications Institute [in Arabic].
 10. Bahrami, Bahram. (2021). *Bāyistah-hā-yi Adillah-yi Ithbāt* [Essentials of Evidence]. Tehran: Nigah-i Bineh Publications [in Persian].
 11. Halabi, Abu al-Salah. (1983). *Al-Kāfī fī al-Fiqh*. Isfahan: Maktabat al-Imam Amir al-Mu'minin [in Arabic].
 12. Hilli, Fakhr al-Din Abu Abdullah ibn Ahmad ibn Idris. (1990). *Al-Sarā'ir al-Hāwī li-Tahrīr al-Fatāwā*. Qom: Islamic Publishing Institute [in Arabic].
 13. Husseini Shirazi, Seyed Muhammad. (1987). *Al-Fiqh: Mawsū'ah al-Istiḍlālīyah fī Fiqh al-Islāmīyah*. Qom: Al-Fikr al-Islami Institute [in Arabic].
 14. Ibn Idris al-Hilli, Muhammad. (2011). *Al-Sarā'ir*. Qom: Islamic Publications Institute [in Arabic].
 15. Ja'fari Langarudi, Mohammad Jafar. (1997). *Dā'irat al-Ma'ārif-i Huqūq* [Encyclopedia of Law]. Tehran: Amir Kabir Publications [in Persian].
 16. Ja'fari Langarudi, Mohammad Jafar. (2008). *Tarmīnūlūzhi-yi Huqūq*. [Legal Terminology]. Tehran: Ganj-i Danish Publications [in Persian].
 17. Katouzian, Nasser. (1981). *Ithbāt va Dalīl-i Ithbāt* [Proof and Means of Proof]. Tehran: Mizan. [in Persian]
 18. Khansari, Muhammad. (2023). *Manṭiq-i Šūrī*. [Formal Logic]. Tehran: Didar Publications [in Persian].
 19. Khoei, Seyed Abu al-Qasim. (2001). *Mabānī Takmilah al-Minhāj*. Qom: Mu'assasat Athar al-Imam al-Khoei [in Arabic].
 20. Kulayni, Muhammad. (1987). *Al-Kāfī*. Qom: Dar al-Kutub al-Islamiyah [in Arabic].
 21. Louis Ma'luf. (1907). *Al-Munjid*. Beirut: Dar al-Mashriq [in Arabic].
 22. Lankarani, Muhammad Fadil. (2000). *Tafṣīl al-Sharī'ah*. Qom: Markaz al-Fiqhi li-A'imma al-Athar [in Arabic].
 23. Marqis, Sulayman. (1981). *Uṣūl al-Ithbāt wa Ijrā'uh fī al-Mawādd al-Madanīyah fī Qānūn al-Miṣrī Muqārān bi-Tanzīmāt Sā'ir Bilād al-'Arabīyah*. Cairo: 'Alam al-Kutub [in Arabic].

24. Mughniyah, Muhammad Jawad. (1984). *Fiqh al-Imām al-Ṣādiq*. Beirut: Dar al-Jawad [in Arabic].
25. Mousavi Khomeini, Seyed Ruh Allah. (2000). *Tahrīr al-Wasīlah*. Tehran: Mu'assasat Tanzim wa Nashr Athar al-Imam Khomeini [in Arabic].
26. Najafi, Muhammad Hasan. (1943). *Jawāhir al-Kalām*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi [in Arabic].
27. Naraqī, Ahmad. (1995). *Mustanad al-Shī'ah*. Qom: Ahl al-Bayt (pbut)Institute [in Arabic].
28. Qaraati, Mohsen. (2009). *Tafsīr-i Nūr*. Tehran: Markaz-i Farhangi-i Dursi az Qur'an [in Persian].
29. Qureshi, Seyed Ali Akbar. (1995). *Tafsīr Aḥsan al-Ḥadīth*. [The Best Exegesis of the Hadith]. Tehran: Bunyad-i Ba'that [in Persian].
30. Razi, Abu al-Futuh. (1987). *Rawḍ al-Jinān wa Rūḥ al-Jinān*. [No place]: [n.p.] [in Arabic].
31. Saduq, Muhammad ibn Ali ibn Babuyah. (1993). *Man lā Yahḍuruh al-Faqīh*. Qom: Islamic Publications Office [in Arabic].
32. Sajjadi, Seyed Jafar. (1996). *Farhang-i 'Ulūm*. [Dictionary of Sciences]. Tehran: Amir Kabir Publications [in Persian].
33. Sajjadi Nezhad, Seyed Ahmad. (2012). Ada-yi Shahadat dar Fiqh va Huquq-i Iran va Chand Kishvar-i Gharbi va 'Arabi. *Āmūzah-hā-yi Fiqh-i Madanī*, 4(6), 139–158 [in Persian].
34. Sadeghi Moghaddam, Seyed Amir Ali. (2019). *Barrasī-yi Radd-i Rasīdagī bih Parvandah az Suy-i Dādgār bih Istinād-i 'Ilm az Rāh-hā-yi Ghayr-i Mu'tabar* [Master's thesis, Maybod University]. Yazd, Iran [in Persian].
35. Sabzevari, Seyed Abd al-A'la. (2009). *Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Dar al-Tafsir [in Arabic].
36. Tabatabai, Muhammad Husayn. (1995). *Al-Mīzān*. Qom: Islamic Publications Office [in Arabic].
37. Tabatabai Yazdi, Seyed Muhammad Kazim. (2008). *Al-'Urwah al-Wuthqá*. Tehran: Al-Haydari Press [in Arabic].
38. Tabarsi, Fadl ibn Hasan. (1995). *Majma' al-Bayān*. Beirut: Al-A'lami Institute [in Arabic].
39. Tayyib, Abd al-Husayn. (1999). *Aṭyab al-Bayān*. Tehran: Islam Publications [in Arabic].
40. Tusi, Mohammad ibn Hasan. (1979). *Al-Nihāyah fī Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwá*. Beirut: Dar al-Kutub [in Arabic].
41. Tusi, Mohammad ibn Hasan. (1987). *Tahdhīb al-Aḥkām*. Tehran: Dar al-Kutub [in Arabic].
42. Tusi, Muhammad ibn Hasan. (2008). *Al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyah*. Tehran: Maktabat al-Murtadawiyah [in Arabic].
43. Tusi, Mohammad ibn Hasan. (2011). *Al-Istibṣār*. Tehran: Dar al-Kutub [in Arabic].



Analysis of the Function of the Declaratory Oath (Yamin al- Istizhārī) in Jurisprudence and Positive Laws

Somayeh Zohuri¹

1. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, Golestan University, Gorgan, Iran. Email: s.zohuri@gu.ac.ir

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received: 28 July 2024

Revised: 15 February 2025

Accepted: 19 July 2025

Available online 29 July 2025

Keywords:

Declaratory Oath (Yamin al-Istizhārī), Deceased Person, Original Party, Debt-related claim, Real claim, Code of Civil Procedure.



ABSTRACT

The declaratory oath (yamin al-istizhārī) is an oath that a plaintiff must take in a lawsuit filed against a deceased person, despite having proven their right through other evidence, in order to affirm the continued existence of their right and thereby provide the judge with assurance of its persistence. Due to its exceptional nature, the declaratory oath is only applicable in lawsuits against the deceased and is not required to be appended to the plaintiff's evidence in other cases where the defendant is unable to defend themselves, such as lawsuits against minors, the insane, or absent persons. Furthermore, the plaintiff is obligated to take the declaratory oath only if they are the original right-holder (asil), even with the presence of evidence and proof of their right. Consequently, a guardian (wālī), executor (wasi), custodian (qayyim), or other representatives cannot take the oath, as swearing is personal in nature and cannot be delegated. Therefore, in a lawsuit brought by a representative against a deceased person, according to the general import of narrations, the claim is proven merely by the testimony of witnesses, and the court is obligated to rule in favor of the plaintiff. Furthermore, according to the dominant view, the declaratory oath applies both to debt-related claims against a deceased person and to real (in rem) claims against him.

Cite this article: Zohuri, S. (2025). Analysis of the Function of the Declaratory Oath (Yamin al- Istizhārī) in Jurisprudence and Positive Laws. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(32), 221-250. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6209.1978>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

Extended Abstract

Introduction

In lawsuits where the plaintiff has no evidence to prove their claim, they may resort to an oath to prove his right. Consequently, if there exists any of the standard means of proof, resorting to an oath becomes unnecessary, as the oath is a tool specifically for those who have no other proof. Imamiyyah jurists have discussed this issue under the famous Prophetic rule, "*Al-bayyinah 'ala al-mudda'i wa al-yamin 'ala man ankar*" (The burden of proof is on the claimant, and the oath is upon the one who denies). Based on this general rule, a claimant who presents evidence (*Bayyinah*) is not required to take an oath. However, this rule has exceptions, one of which is a claim against a deceased person. Eminent jurists, based on narrations, hold that in a lawsuit against a deceased person, the claimant is obliged to take an oath even after proving their right with evidence. In jurisprudential and legal texts, this oath is referred to as the "declaratory oath" (*Yamin al-Istizhārī*).

Although the declaratory oath is mentioned in the Civil Code and the Civil Procedure Code, several questions regarding its application remain unanswered in these laws. For instance, is the declaratory oath applicable in cases other than the death of the obligor? That is, if the defendant is insane, a minor, or absent, is the declarative oath required? Is it necessary if the lawsuit is filed by a legal or judicial representative? Furthermore, what type of lawsuit does the declarative oath specifically pertain to? Is it only functional in pecuniary (debt) claims, or does it also apply to real (property) claims?

Regarding the research background, no independent comprehensive study on this topic has been conducted thus far. Only some legal scholars have sporadically and briefly addressed some of these questions. For example, in Abdullah Shams's *Civil Procedure Code*, Nasser Katouzian's *Proof and Evidence*, and Abbas Karimi's *Evidence in Litigation*, the declaratory oath is briefly discussed in explaining Article 1333 of the Civil Code and Article 278 of the Civil Procedure Code. In the article "*A Re-examination of the Scope of the Declarative Oath*" by Sedighe Hatami and Ehsan Šamani, only the application of the declarative oath in pecuniary and real claims is examined, with no attention paid to other aspects of its application. Similarly, in the article "*The Validity of the Declarative Oath in Proving Claims in Jurisprudence and Law*" by Seyed Javad Balkhi, only the jurisprudential evidence for the validity of the declarative oath is examined, with a very brief analysis of its legal aspects. Therefore, given the importance of this subject and its practical function in litigation, it was deemed necessary to address these questions in an independent study.

Method

This research attempts to answer the aforementioned questions by examining relevant narrations, the opinions of jurists and legal scholars, and analyzing judicial precedents, employing a descriptive-analytical method and relying on library studies.

Findings

Based on existing narrations, if a claimant asserts a right against a deceased person (suing the heirs), he is obliged, after proving the existence of the right with evidence, to swear an oath regarding the *continuation* or *survival* of that right. This oath is called the declaratory oath. There is disagreement among jurists regarding the cases in which the declarative oath applies. Some jurists believe that, in addition to claims against the deceased, it is also required if the defendant is a minor, insane, or absent. Some even argue that it is required in any situation where it is impossible for the defendant to respond. However, the predominant view among jurists is that the narration requiring the oath specifically concerns the case of a lawsuit against a deceased person. Therefore, in other cases, the general rule applies, which does not require supplementing evidence with an oath.

Another point of contention among jurists is the nature of the claim against the deceased. Some argue that the declarative oath is only necessary in pecuniary (debt) claims against the deceased. This is because evidence in such a case only proves the *existence* of the debt at a point in time; the deceased might have later repaid it or been released from it, matters of which the witnesses may be unaware. Hence, an oath confirming the continuation of the debt is required. In contrast, in a real (property) claim, when evidence proves the claimant's ownership, the continuation of that ownership is presumed (*Istishāb*), rendering a declarative oath unnecessary.

Conversely, another group of jurists maintains that the declarative oath is necessary in both pecuniary and real claims against the deceased. The possibility of transfer of ownership exists in real claims as well, and the narration mandates an oath concerning the "survival of the right" against the deceased. Therefore, the term "right" encompasses both pecuniary rights against the deceased and real rights (property) over the deceased's estate.

Conclusion

Despite the various theories in jurisprudence, the legislator in the Civil Code and the Civil Procedure Code has deemed the declarative oath necessary only in the case of a lawsuit against a deceased person. In other situations where the plaintiff cannot obtain a response (e.g., from a minor, insane, or absent defendant), the declarative oath is not required by law.

Furthermore, the requirement of the declarative oath applies specifically when the claimant is the original party (principal) bringing the suit against the deceased. Therefore, if the claimant is a guardian (*Walī*), trustee (*Qayyim*), executor (*Wasi*), attorney (*Wakīl*), or representative of a legal entity, the requirement for a declarative oath is waived. These representatives are not obliged to take it because an oath is personal in nature, and representation in taking an oath is not recognized in either jurisprudence or statutory law.

Regarding whether the declaratory oath applies to pecuniary or real claims, the legislator has used the phrase "survival of the right" in the relevant laws. Consequently, according to many legal authors, the claimant's declarative oath is required in *both* real and pecuniary lawsuits against the deceased. However, judicial practice on this matter is inconsistent, and some court rulings have not accepted the necessity of a declarative oath in real (property) claims.

Author Contributions

All parts of the article were prepared by the author.

Data Availability Statement

No data is available.

Acknowledgements

The author thanks all those who contributed to the formation of this article.

Ethical Considerations

The author has avoided data falsification, distortion, plagiarism, and any form of research misconduct.

Funding

This article has not received any specific financial support from funding agencies in the public, commercial, or non-profit sectors.

Conflict of Interest

The author declares no conflict of interest.

Declaration on the Use of Generative AI and AI-assisted Technologies

No artificial intelligence tools were used in writing this article.



واکاوی کارکرد سوگند استظهاری در فقه و قوانین موضوعه

سمیه ظهوری^۱

۱. نویسنده مسئول، استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه گلستان، گرگان، ایران.

رایانامه: s.zohuri@gu.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۰۷</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۱/۲۷</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۲۸</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۴/۰۵/۰۷</p> <p>کلیدواژه‌ها: سوگند استظهاری، میت، اصیل، دعوای دینی، دعوای عینی، قانون آیین دادرسی مدنی.</p> 	<p>سوگند استظهاری سوگندی است که خواهان در دعوایی که علیه میتی مطرح می‌نماید علی‌رغم اثبات حقیقت با سایر ادله، باید بر بقای حق خود یاد کند تا بدین وسیله موجبات اطمینان یافتن قاضی را بر باقی بودن حق خویش را فراهم نماید. سوگند استظهاری به دلیل استثنایی بودن، فقط در دعوای علیه میت کاربرد دارد و در سایر مواردی که خوانده امکان دفاع از خود ندارد مثل دعوای علیه صغیر، مجنون و غایب لزومی به ضمیمه شدن سوگند خواهان به بینه نیست. علاوه بر آن خواهان در صورتی با وجود بینه و اثبات حق خود، مکلف به اتیان سوگند استظهاری است که اصیل باشد و لذا ولی، وصی، قیم و سایر نمایندگان نمی‌توانند سوگند یاد کنند؛ زیرا سوگند جنبه شخصی دارد و قابل نمایندگی نیست. بنابراین در دعوای نماینده علیه میت به موجب عموم اخبار، به مجرد گواهی بینه، دعوای اثبات می‌گردد و دادگاه ملزم به صدور حکم به نفع خواهان است. علاوه بر آن، به نظر غالب سوگند استظهاری هم در دعوای دینی علیه میت و هم دعوای عینی علیه او کاربرد دارد.</p>

استناد: ظهوری، سمیه. (۱۴۰۴). واکاوی کارکرد سوگند استظهاری در فقه و قوانین موضوعه. آموزه‌های فقه مدنی،

<https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6209.1978> ۲۵۰ – ۲۲۱، (۳۲) ۱۷



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

مقدمه

سوگند به عنوان یکی از ادله اثبات دعاوی، دارای پیشینه تاریخی است. در گذشته مرسوم بوده که هرگاه وسیله‌ای برای دسترسی به واقع مهیا نبود، از نیروهای ماورایی برای کشف حقیقت یاری می‌جستند. برای مثال متهمی را که دلیلی بر بی‌گناهی خود نداشت، به آتش می‌افکندند تا اگر از راستگوییان باشد، رهایی یابد و اگر گناهکار باشد، به آتش خشم خداوند، گرفتار و عذاب گردد. به مرور زمان این چهره‌های خشن، از ماهیت سوگند حذف شده و صرفاً شاهد گرفتن خداوند به راستگویی و امید به انتقام گرفتن او از درگگو و خطاکار باقی ماند. در حقوق کنونی نیز چهره مذهبی و ماورایی برای سوگند همچنان باقی است و در تعریف آن گفته شده، سوگند اعلام اراده تشریفاتی است که با نام خداوند متعال انجام می‌شود و گوینده نه تنها خداوند را شاهد راستگویی خود می‌سازد، بدین وسیله خود را در معرض مکافات قسم دروغ نیز قرار می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۸۱-۱۸۳). بنابراین در دعاوی که مدعی، دلیلی بر اثبات حقانیت خود ندارد، به سوگند متوسل می‌گردد، تا حق خویش را به اثبات رساند. بنابراین در صورت وجود یکی از ادله اثبات دعوا برای اثبات حق، دیگر جایی برای توسل به سوگند وجود ندارد؛ زیرا سوگند صرفاً مورد استفاده شخصی است که دلیلی برای اثبات حق خود ندارد. فقهای امامیه بر اساس حدیث مشهور نبوی این موضوع را تحت قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» مورد بحث قرار داده‌اند. بر مبنای این قاعده کلی، مدعی در صورت اقامه بینه، تکلیفی به ادای سوگند ندارد. با این وجود، قاعده مذکور در برخی موارد با استثنا مواجه شده که یکی از این استثنائات دعوی بر میت است. مشهور فقها بر مبنای روایات، معتقدند که مدعی در دعوی بر میت، علی‌رغم اثبات حق خود با بینه^۱، مکلف به یاد کردن سوگند نیز می‌باشد. در کتب فقهی و حقوقی، از این سوگند تحت عنوان سوگند استظهاری یاد شده است. بنابراین مبنای پذیرش

۱. واژه بینه در معنای اخص به معنای ارائه دو شاهد عادل در محکمه است (عاملی، ۱۴۱۳، ص ۳۶)، اما در اینجا منظور معنای اعم بینه است که شامل مطلق دلیل ثابت‌کننده دعوی است.

سوگند استظهاری در فقه، روایات بوده و سوگند استظهاری خلاف قاعده کلی «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» است.

اگرچه قانون‌گذار در قانون مدنی و قانون آیین دادرسی مدنی در ذیل بحث سوگند، سوگند استظهاری را مطرح نموده، اما سوالاتی در خصوص نحوه کاربرد این نوع سوگند وجود دارد که در قوانین مزبور، پاسخی برای آن‌ها یافت نمی‌شود. مانند این که آیا در غیر از مورد فوت متعهد نیز، سوگند استظهاری کاربرد دارد؟ یعنی اگر خواننده مجنون، صغیر یا غایب باشد، سوگند استظهاری خواهان لازم است؟ چنانچه دعوی توسط نماینده قانونی یا قضایی طرح گردد نیز، اتیان سوگند استظهاری ضروری است؟ از طرفی، سوگند استظهاری مختص چه دعوی است؟ آیا فقط در دعاوی دینی کاربرد دارد یا در دعاوی که موضوع آن عین باشد نیز به کار می‌رود؟ در مورد پیشینه پژوهش، تاکنون تحقیق مستقلی در این زمینه نگارش نشده است و صرفاً برخی از نویسندگان حقوقی به طور پراکنده و مختصر به بعضی از این سؤالات پرداخته‌اند. برای مثال در کتاب آیین دادرسی مدنی عبدالله شمس، کتاب اثبات و دلیل اثبات ناصر کاتوزیان، کتاب ادله اثبات دعوا عباس کریمی و... در توضیح ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی و ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی، سوگند استظهاری مختصراً بحث شده است. در مقاله «بازجستی در گستره اتیان سوگند استظهاری» صدیقه حاتمی، احسان سامانی صرفاً به بررسی گستره اعمال سوگند استظهاری در دعاوی با موضوع دینی و عینی پرداخته شده و به جنبه‌های دیگر کاربرد سوگند استظهاری توجهی نشده است. یا در مقاله «اعتبار سوگند استظهاری در اثبات دعوی در فقه و حقوق» سید جواد بلخی، صرفاً ادله حجیت سوگند استظهاری از منظر فقه بررسی گردیده و تحلیل این مسئله در حقوق بسیار مختصر و کوتاه بوده است. لذا با توجه به اهمیت موضوع مزبور و کاربرد عملی آن در دعاوی، لازم دیده شد تا در تحقیقی مستقل به این سؤالات پاسخ داده شود. اما قبل از پاسخگویی به این سؤالات، لازم است ابتدا در مورد وجود یا عدم وجود تعارض، میان ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی و ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص سوگند استظهاری نیز پرداخته شود. این پژوهش سعی دارد با بررسی روایات و نظرات فقها و

مولفین حقوقی و واکاوی رویه قضایی به سؤالات فوق با روش توصیفی و تحلیلی پاسخ گوید.

۱. تعریف سوگند استظهاری

واژه سوگند در لغت به معنای «اقرار و اعترافی که شخص از روی شرف و ناموس خود می‌کند و خدا یا بزرگی را شاهد گیرد» آمده است (معین، ۱۳۸۵، ص ۷۰۶) و استظهار نیز به «پشت و پناه، خواستن، یاری خواستن، پشت گرم شدن» معنا شده است (معین، ۱۳۸۵، ص ۱۱۴). اما اصطلاح سوگند استظهاری در لغت و همچنین در فقه تعریف نشده است، با این وجود فقها در مورد استعمال سوگند استظهاری گفته‌اند که مطابق قاعده اگر مدعی، دعوای خود را با بیینه اثبات نماید، لزومی به ضمیمه شدن سوگند او به بیینه نیست، مگر دلیل خاصی بر این امر موجود باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۷۸؛ موسوی خمینی، ۱۴۰۴، ص ۲۲۵). بنابراین در برخی دعاوی خاص^۱، گاه با آن که ادعای مدعی بر مبنای اصول حقوقی و دلایل اقامه شده، اثبات می‌شود، لیکن چون احتمال اشتباه یا حادثه پنهانی ناقض آن وجود دارد، دادگاه از خواهانی که دلایل کافی برای اثبات ادعای خود داشته، تقاضای سوگند استظهاری می‌نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۱۰). لذا منظور از سوگند استظهاری «سوگندی است که مدعی در موارد خاص علاوه بر آوردن دو گواه عادل، بایستی برای بقای حق خود یاد کند» (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۱۰۱). علت «استظهاری» نامیده شدن این سوگند، وجود کلمه «استظهار» در روایت مربوط به این مسئله است. در این روایت بیان شده به دلیل این که متوفی زبانی برای دفاع از خود ندارد، لذا حاکم با سوگند دادن مدعی، دلایل او را «استظهار یا پشتیبانی» می‌کند^۲ (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۴۷). بنابراین در سوگند استظهاری، قاضی با قسم دادن مدعی، اطمینان به بقای حق او پیدا می‌کند.

۲. بررسی روایی سوگند استظهاری

فقه‌های امامیه در کتاب القضاء به مسئله سوگند استظهاری پرداخته‌اند، مبنای

۱. منظور از دعوای خاص، دعوای بر میت است.

۲. «انه لالسان له للجواب، فیستظهر الحاکم بها»

اصلی سوگند استظهاری روایت عبدالرحمن بن ابی عبدالله است.^۱ در این روایت از امام موسی بن جعفر (ع) سؤال شد که اگر کسی حقی را ادعا نماید و برای مدعی، بینه‌ای برای اثبات مال وجود نداشته باشد تکلیف چیست؛ امام فرمودند که مدعی می‌تواند مدعی علیه را سوگند دهد و اگر او سوگند یاد کند حقی بر او نیست و اگر از خوردن سوگند امتناع کند، مدعی سوگند می‌خورد و اگر او امتناع کند، حقی بر مدعی علیه ندارد و اگر حق بر میتی مطالبه شود و مدعی برای اثبات مدعی خود بینه اقامه نماید، مدعی باید سوگند یاد کند که حق او، بر عهده میت بوده است و در صورت امتناع از سوگند حقی برای او نخواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۴۶۱). از نظر عموم فقها، روایت مزبور از حیث سند ضعیف می‌باشد، زیرا در بین راویان حدیث، یاسین ضریر وجود دارد که، فقها او را توثیق نکرده‌اند (خوئی، ۱۴۱۸، ج ۲۳، ص ۳۰۴). با این حال، بسیاری از فقها برای جبران ضعف سند، از عمل مشهور یا اتفاق فقها در استناد به این روایت استفاده کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۴۶۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۷، ص ۱۹۳). و برخی نیز تلاش کرده‌اند، با بهره‌گیری از قراین داخلی و خارجی، روایت مزبور را، به عنوان روایت موثق معرفی کنند (آشتیانی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۳۶۸). بر مبنای روایت مزبور که برخی ادعای اتفاق و اجماع فقها در آن کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۱۹۴؛ وجدانی، ۱۴۲۶، ج ۵، ص ۳۵۵) و بعضی دیگر نیز ادعای شهرت فقها در این موضوع، بدون این که مخالفی در آن وجود داشته باشد، نموده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۴۶۱)، اگر دعوایی علیه میت مطرح شود و مدعی برای اثبات ادعای خود، بینه نیز اقامه نموده باشد، مکلف است سوگند هم یاد نماید. یعنی مدعی مکلف است، پس از این که حقی بوسیله شهادت بینه اثبات گردید، برای بقای حقی سوگند یاد کند (ترجینی، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۱۳۰). علت الزام مدعی به یاد کردن سوگند که بر خلاف قاعده «لایستحلف المدعی مع البینه» است، در خود روایت این گونه بیان شده که «امکان دارد بر ما معلوم نشده باشد و متوفی بر علیه مدعی بینه‌ای داشته و

۱. «روایة عبد الرحمن بن ابی عبدالله قال: «قلت للشیخ: خیرنی عن الرجل یدعی قبل الرجل الحقّ فلا یکون له البینه بماله، قال: فیمین المدعی علیه، فإن حلف فلا حقّ له، وإن لم یحلف فعليه. وإن کان المطلوب بالحقّ قد مات، فأقیمت علیه البینه، فعلى المدعی الیمین بالله تعالی الذی لا إله إلا هو لقد مات فلان وأن حقّه لعليه، فإن حلف وإلا فلا حقّ له.» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۴۶۱).

ایفا کرده و سپس از دنیا رفته است و یا بدون بینه بوده و از دنیا رفته است، و از این جهت گوئیم که مدعی باید قسم یاد کند که حقی بر عهده او باقی است، و اگر مدعی حاضر به سوگند علیه میت نشد، پس ادعایش فایده‌ای ندارد و حقی بر او ندارد، زیرا مدعی علیه زنده نیست و اگر زنده می‌بود یا وادار به سوگند می‌شد یا حق را می‌پذیرفت یا یمین را رد می‌کرد به مدعی، و او را قسم می‌داد و چون امکان هیچ يك از این سه نیست، از این رو حق مدعی ثابت نمی‌شود» (غفاری و بلاغی، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۸۱).

۳. بررسی سوگند استظهاری در قوانین موضوعه

بحث سوگند استظهاری هم در قانون مدنی و هم در قانون آیین دادرسی مدنی بیان گردیده است. مطابق ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی «در دعوی بر متوفی، در صورتی که اصل حق ثابت شده و بقا آن در نظر حاکم ثابت نباشد، حاکم می‌تواند از مدعی بخواهد که بر بقا حق خود قسم یاد کند». به موجب ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی نیز «در دعوی بر میت پس از اقامه بینه، سوگند خواهان نیز لازم است و در صورت امتناع از سوگند، حق وی ساقط می‌شود». یعنی به موجب قانون مدنی، خواهان تنها در صورتی مکلف به سوگند استظهاری است که اصل حقی ثابت و بقای حق او در نظر حاکم ثابت نباشد، اما بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی، در دعوی بر میت، خواهان پس از اقامه بینه، مکلف به ادای سوگند است. به دلیل تفاوت‌هایی که در شرایط تحقق تکلیف به سوگند، در این دو قانون بیان شده، میان حقوق دانان اختلافاتی در مورد نسخ یا عدم نسخ قانون مدنی ایجاد شده است. به عقیده برخی مولفین حقوقی، با توجه به تفاوت‌های بنیادین میان دو قانون مزبور و این که ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، موخر بر ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ می‌باشد، باید قانون آیین دادرسی مدنی را حاکم دانست (شمس، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۲۷۶؛ حیاتی، ۱۳۹۲، ص ۴۷۵، حاتمی:). یعنی به نظر این مولفین، ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی، ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی را نسخ ضمنی کرده است. به نظر بعضی دیگر ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی، ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی را تخصیص زده است. یعنی اگر دلیل اثبات دعوا بینه باشد، دادگاه طبق ماده ۲۷۸

قانون آیین دادرسی مدنی مکلف به سوگند دادن خواهان است، اما در صورتی که اصل حق با سایر ادله ثابت شود و بقای آن در نظر حاکم معلوم نباشد، حاکم می‌تواند خواهان را سوگند دهد (محمدی، ۱۳۸۹). اما گروهی دیگر از نویسندگان حقوقی، علی‌رغم وجود این تفاوت‌ها بیان داشته‌اند که «به این ظاهر نباید اعتماد کرد، زیرا شأن قانون آیین دادرسی، بیان چگونگی اداره دلیل و به کارگیری آن در دادرسی است و شرایط ماهوی دلیل را قانون مدنی معین می‌کند، پس احتمال دارد که مقصود از ماده ۲۷۸ بیان اجمالی اثر خودداری از سوگند باشد که تفصیل شرایط را به قانون مدنی واگذار کرده است. تحول دیگری که در این ماده ملاحظه می‌شود، در بیان شرط دوم است که ماده ۱۳۳۳ ق.م «ثبوت حق» و در ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م «اقامه بینه» معین شده که اعم از کفایت آن بر ثبوت یا ارائه دلیل است، هرچند کافی برای ثبوت نباشد. تعبیر این تحول به نسخ نیز قابل اعتماد نیست و باید پذیرفت که این‌گونه قانون‌گذاری‌های شتابزده و بی‌اعتنا به زمینه‌های نظام حقوقی، جز سرگردانی قضات و صاحبان حق فایده چندانی ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۱۱ و ۲۱۲). به عقیده بعضی دیگر نیز احتمال نسخ قانون مدنی بوسیله قانون آیین دادرسی مدنی منتفی است، زیرا مواد ۲۷۸ و ۲۷۹ ق.آ.د.م، مطلقاً سوگند را در دعوی بر میت لازم می‌دانند و ماده ۱۳۳۳ ق.م لزوم سوگند را مقید بر «بقای حق» نموده، لذا باید مطلقاً را حمل بر مقید نمود و با جمع مفاد سه ماده، به مفاد ماده ۱۳۳۳ ق.م پای بند شد (کریمی، ۱۳۸۶، ص ۱۰۴). به نظر می‌رسد با توجه به این که مبنای سوگند استظهاری در قوانین موضوعه، فقه امامیه است و بر مبنای نظر فقها در دعوی بر میت، مدعی پس از اثبات حق خویش، باید ادای سوگند نماید، لذا قانون آیین دادرسی مدنی که ادای سوگند را در دعوی بر میت لازم دانسته، همسو با فقه بوده و بر قانون مدنی که لزوم ادای سوگند را به نظر قاضی واگذار کرده، حاکم می‌گردد. بر این مبنا نظر حقوق دانان دسته اول که قائل به نسخ ضمنی قانون مدنی بوسیله قانون آیین دادرسی مدنی هستند، موجه تر می‌باشد.

۴. سوگند استظهاری در فرض فوت، محجور یا غایب بودن مدعی علیه

از آن جا که در روایت عبدالرحمن به صراحت به دعوا علیه میت اشاره شده، لذا

کاربرد سوگند استظهاری در این خصوص مورد وفاق همه فقها است. اما علاوه بر دعوی بر میت، برخی فقها به لزوم ضمیمه شدن سوگند بر بینه، در دعوا علیه غایب نیز نظر داده‌اند و گفته‌اند که مدعی باید بینه بیاورد و قسم بر بقای حق خود یاد کند (وجدانی، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۳۵۴؛ ترحینی، ۱۴۲۷، ج ۴۴، ص ۱۳۰؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۴۰۱؛ فقعی، ۱۴۱۸، ص ۲۸۳). بعضی دیگر از فقهای امامیه علاوه بر دعوا علیه غایب، در موردی که دعوی علیه مجنون یا کودک نیز اقامه می‌گردد، سوگند استظهاری را لازم می‌دانند (شهید اول، بی تا، ج ۱، ص ۴۱۷؛ سیوری حلی، ۱۴۰۳، ص ۵۱۰؛ احسائی، ۱۴۱۰، ص ۱۷۰؛ اصفهانی، ۱۴۰۰، ص ۱۹۶؛ عاملی و ساوجی، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۳۶۱). دلیل الحاق این موارد به متوفی را برخی از فقها، اتحاد طریق دو مسئله دانسته‌اند، نه قیاس؛ چون قیاس در فقه شیعه مورد پذیرش نیست. لذا این دسته از فقها در توجیه لزوم سوگند استظهاری در این موارد بیان می‌دارند که در صورتی که این افراد (یعنی مجنون و کودک) کامل بوده و حضور (یعنی غایب) داشته باشند، احتمال دارد که پاسخ دهند که مال مورد ادعا را اخذ کرده یا ادعا نمایند که مدعی ذمه آن‌ها را ابراء نموده است. لذا چون آن‌ها هم قادر به پاسخ نیستند، مدعی باید با وجود بینه، سوگند نیز یاد نماید (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۴۷). علاوه بر این دلایل، برخی دیگر از فقها عقیده دارند که، در هر دعوی که در آن پاسخ دادن به دعوا برای مدعی علیه متعذر باشد، مدعی باید بر بقای حقش سوگند یاد کند (سیوری حلی، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۲۵۶). چون حکم تعذر در خصوص متوفی، در سایر مواردی که عذری برای خوانده در پاسخ دادن به دعوا وجود دارد یکسان است و لذا در این موارد نیز سوگند خواهان علاوه بر اقامه بینه ضرورت دارد.

اما در مقابل نیز بسیاری از فقیهان در دعوا علیه کودک، مجنون و غایب، سوگند مدعی را لازم ندانسته‌اند (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۴۲۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۴۸؛ شوشتری، ۱۴۰۶، ج ۶، ص ۳۵۴)؛ زیرا به نظر آنان علت امر در اصل، یعنی دعوی بر میت و فرع یعنی دعوی بر کودک، مجنون و غایب مختلف است. چون در خصوص اصل (میت)، امیدی به بازگشت زبانش و این که از خود دفاع کند نیست، اما در مورد فرع، کودک ممکن است بالغ شود یا مجنون افاقه یابد و یا غایب برگردد و لذا امکان دفاع

پیدا می‌کنند، در نتیجه لزومی به ضمیمه شدن سوگند، در دعوا علیه آن‌ها نیست (نجفی، ۱۴۲۲، ص ۵۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۴۸). و علاوه بر این در خصوص طفل و مجنون نصی که لزوم ضمیمه شدن سوگند را بیان دارد، وجود ندارد (وجدانی، ۱۴۲۶، ج ۵، ص ۳۵۵) و نص موجود فقط در مورد متوفی وارد شده است.

در حقوق موضوعه به موجب ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی «در دعوا بر متوفی، در صورتی که اصل حق ثابت شده و بقای آن در نظر حاکم ثابت نباشد، حاکم می‌تواند از مدعی بخواهد که بر بقای حق خود قسم یاد کند». و مطابق ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی «در دعوی بر میت پس از اقامه بینه، سوگند خواهان نیز لازم است و در صورت امتناع از سوگند، حق وی ساقط می‌شود». در این مواد قانون‌گذار با توجه به سابقه فقهی موضوع و اجماعی که میان فقها در این خصوص بوده، صرفاً به لزوم ضمیمه شدن سوگند در دعوی بر متوفی اشاره کرده است و در خصوص این که آیا در دعوی علیه کودک و مجنون و غایب نیز مدعی باید سوگند یاد کند، چیزی بیان ننموده است. به عقیده برخی نویسندگان حقوقی لحن ماده ۱۳۳۳ چنان انشاء شده که گویی اختصاص به دعوی متوفی دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۱۰، باقری، ۱۳۹۶). به نظر بعضی دیگر، سوگند استظهاری خلاف قاعده بینه است که به موجب آن سوگند همواره باید توسط مدعی علیه ادا شود و در موارد خلاف قاعده باید به قدر متیقن اکتفا نمود و قدر متیقن در سوگند استظهاری نیز این است که این حکم مختص متوفی است و شامل موارد دیگر نمی‌شود (الله‌آبادی، ۱۳۹۶، ص ۴۲؛ ازدری، ۱۳۹۱؛ بلخی، ۱۴۰۰). علی‌رغم اختلاف نظر موجود میان فقها در خصوص لزوم ضمیمه شدن سوگند مدعی، در دعوی علیه غایب، مجنون و کودک، با توجه به سکوت قانون‌گذار که در مقام بیان بوده، به نظر می‌رسد که قانون‌گذار در این مسئله، نظر آن دسته از فقهای را پذیرفته که قائل به عدم لزوم سوگند در این موارد شده‌اند. بنابراین در حقوق کنونی، صرفاً در دعوی علیه میت، خواهان مکلف است علی‌رغم معرفی بینه و اثبات حق خود، سوگند بر بقای حق خویش نیز یاد کند.

نکته حائز اهمیت این است که اگر خواهان، دعوایی علیه میت اقامه نماید و

اصل حق خود بر میت را با معرفی یک گواه و پیوست کردن سوگندش، اثبات نماید، باید مطابق ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی سوگند استظهاری نیز یاد کند (مهاجری، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۲۶۷)؛ زیرا سوگند اول خواهان، سوگند تکمیلی بوده که جهت «تکمیل دلیل» ناقصی که او ارائه نموده توسط او ادا شده است که با ضمیمه شدن به شهادت یک گواه که معرفی نموده، اصل حقیقت را اثبات می نماید. اما چون «بقای حق» در نظر قاضی مورد تردید است، لذا باید به موجب قانون، سوگند استظهاری نیز یاد نماید؛ زیرا ممکن است حقی بر ذمه میت ایجاد شده باشد، اما متعاقباً میت بری الذمه شده باشد. بنابراین سوگند اولیه، برای «اثبات حق» بوده و سوگند ثانویه، برای «اثبات بقای حق» است (ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی).

۵. سوگند استظهاری از نظر نمایندگی مدعی در اقامه دعوا

یکی از مسائلی که در خصوص لزوم ضمیمه شدن سوگند مدعی، به بینه، در اثبات بقای حقیقت مطرح شده این است که آیا مدعی باید اصیل باشد تا در دعوایی که علیه متوفی مطرح می نماید سوگند استظهاری یاد کند یا در صورتی که شخصی به نمایندگی از سوی مدعی اصلی، طرح دعوا نماید نیز باید سوگند استظهاری یاد نماید.

به نظر فقهای امامیه اگر دعوایی علیه میت اقامه شود، در صورتی سوگند واجب می شود که، مدعی خود صاحب حق باشد نه ولی، وصی یا وارث صاحب حق، چون آن چه از ظاهر روایت بر می آید این است که بر مدعی ای، اتیان سوگند لازم است که خود صاحب حق باشد، لذا نمی توان از این روایت جواز سوگند ولی، وصی یا وارث را، بدل از اصیل استفاده کرد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۳۴۱؛ وجدانی، ۱۴۲۶، ج ۵، ص ۳۵۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۴۷؛ نجفی، ۱۴۲۲، ص ۵۴؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۶، ص ۱۴۳)؛ زیرا اولاً سوگند برخلاف اصل است و لذا باید در آن به مورد نص و فتوا اکتفا کرد و ثانیاً نظر فقها بر عدم جواز سوگند ولی، وصی و وکیل است چون آن ها حقی را برای خودشان اثبات نمی کنند (بحرانی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۲۰).

برای مثال به عقیده مرحوم ملا احمد نراقی در دعوایی که قیم صغیری بر ورثه متوفایی مطرح می کند و برای اثبات حق، بینه اقامه می نماید، لزومی به اتیان سوگند

نیست؛ زیرا مقتضای عموم اخبار این است که به مجرد بینه، حق ثابت می‌شود و فقط در خصوص میت به موجب روایات این حکم تخصیص خورده و قسم استظهاری لازم دانسته شده است. اما قطعاً این اخبار در جایی مخصص است که اتیان سوگند ممکن باشد، زیرا در صورت عدم امکان اتیان سوگند، حکم به لزوم سوگند لغو است. لذا موضع عدم امکان اتیان سوگند، تحت عمومات حکم اولی باقی می‌ماند و چون قسم خوردن قیم یا صغیر، شرعاً جایز نیست، لذا به مجرد بینه حق ثابت می‌شود و باید به مدعی داده شود (نراقی، ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۳۹۷). در نتیجه کسی می‌تواند سوگند یاد کند که عمل یا موضوع دعوا منتسب به او باشد، لذا چون موضوع دعوا منتسب به ولی یا وصی نیست، حکم به لزوم سوگند از آن‌ها برداشته شده است. دلیل این امر این است که سوگند نوعی گواه گرفتن خداوند متعال بر امری است و بنابراین تنها از کسی می‌تواند خواسته شود که امر مورد ادعا منتسب به شخص او باشد (شمس الدینی لری، ۱۳۹۵، ص ۱۰۲)؛ زیرا باورها و وجدان طرف مقابل را نمی‌توان درگیر و او را ملزم به اتیان سوگند نسبت به واقع شدن امری نمود که از ناحیه دیگری سر زده است (شمس، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۲۵۸). بنابراین سوگند جنبه شخصی دارد و نمایندگی در اتیان سوگند ممکن نیست. پس یادکننده سوگند باید اصیل باشد (کریمی، ۱۳۸۶، ص ۱۰۹). قانون مدنی نیز بر همین مبنا در ماده ۱۳۲۷ مقرر داشته «مدعی یا مدعی علیه در دو ماده قبل در صورتی می‌تواند تقاضای قسم از طرف دیگر نماید که عمل یا موضوع دعوی منتسب به شخص آن طرف باشد. بنابراین در دعاوی بر صغیر یا مجنون نمی‌توان قسم را بر ولی یا وصی یا قیم متوجه کرد مگر نسبت به اعمال صادره از شخص آن‌ها، آن‌هم مادامی که به ولایت یا وصایت یا قیمومت باقی هستند و همچنین است در کلیه مواردی که امر منتسب به یک طرف باشد».

بر همین مبنا به عقیده برخی از فقها، وکیل نیز شأنیت ادای سوگند را ندارد، چون نمی‌توان بر مال غیر، سوگند یاد نمود (عراقی، بی‌تا، ص ۹۳). ماده ۱۳۳۰ قانون مدنی نیز به همین سبب بیان می‌دارد «... قسم یاد کردن قابل توکیل نیست و وکیل نمی‌تواند به جای موکل قسم یاد کند». قانون آیین دادرسی مدنی نیز در تبصره ۲ ماده ۳۵ نیز در

همین خصوص مقرر داشته که «سوگند... قابل توکیل نمی باشد». بنابراین چون موضوع دعوا منتسب به وکیل نیست، او حق اتیان سوگند را ندارد. «زیرا سوگند، گواه قرار دادن خداوند بر صحت گفتار سوگند یادکننده است و آن امر ایجاب می نماید که سوگند یادکننده در زمان قسم با ایمان خالص، توجه به عقوبات اخروی سوگند خلاف واقع خود داشته باشد تا به آن مبادرت ننماید. این است که سوگند قائم به شخص سوگند یادکننده است و اموری که قائم به شخص است قابل توکیل نمی باشد، بر خلاف اقرار که اخبار از وجود حقی برای طرف به زیان خود می باشد احتیاج به ایمان و توجه به عقوبات اخروی ندارد و می تواند شخص به وکیل خود در دعوی، وکالت دهد که در دادگاه اقرار از طرف موکل خود به نفع طرف او بنماید» (امامی، ۱۳۶۴، ج ۶، ص ۲۳۹). اما با این حال تقاضای قسم به موجب ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی قابل توکیل است و اگر در وکالت نامه به این امر تصریح شده باشد، وکیل می تواند از طرف مقابل تقاضای سوگند نماید.

پرسشی دیگری که در این خصوص ممکن است مطرح گردد این است که اگر شخص حقوقی علیه میتی اقامه دعوا نماید، آیا نماینده شخص حقوقی باید بر بقای حق او سوگند یاد کند؟ در این خصوص تصریحی در قوانین وجود ندارد، لذا ممکن است با توجه به مواردی که فوقاً به آن اشاره شد، بیان نمود که چون سوگند جنبه شخصی دارد، بنابراین کسی می تواند سوگند یاد کند که موضوع دعوا منتسب به او باشد. در مورد اشخاص حقوقی نیز، موضوع دعوا منتسب به نماینده آن ها که مدیر عامل یا اعضای هیئت مدیره هستند، نیست. مگر این که به موجب قسمت اخیر ماده ۱۳۲۷ قانون مدنی، عمل موضوع دعوا در زمان مدیریت آن ها و توسط خود آنان اتفاق افتاده باشد و در زمان طرح دعوا نیز در این سمت باقی باشند. که در این صورت می توان سوگند را متوجه نماینده شخص حقوقی نیز دانست؛ زیرا جمله پایانی ماده ۱۳۲۷ قانون مدنی، حکم مزبور در ماده را «در کلیه مواردی که امر منتسب به یک طرف باشد» جاری دانسته است. اما در سایر موارد، نماینده شخص حقوقی به دلیل عدم انتساب عمل موضوع دعوا به او، نمی تواند سوگند یاد کند. این تحلیل اگرچه به ظاهر درست می نماید و با قانون مدنی نیز سازگار است، اما با این ایراد از

سوی گروهی از نویسندگان حقوقی مواجه شده که به موجب قسمت اخیر ماده ۵۸۸ قانون تجارت، شخص حقوقی صرفاً می‌تواند حقوق و تکالیفی را دارا شود که مختص انسان نباشد؛ زیرا طبع وجودی و نیازهای ذاتی شخص طبیعی، گاهی مقتضای ویژه‌ای را می‌طلبد و شخص طبیعی برای رفع نیازهای وجودی خود و به تناسب طبیعتی که دارد از حقوق مدنی‌ای متمتع می‌شود که مخصوص اوست و از آنجا که طبع وجودی شخص حقوقی با این حقوق، هماهنگ و سازگار نیست، اعطای حقوق مزبور به شخص حقوقی کار معقول و درستی نمی‌باشد. در ماده ۵۸۸ قانون تجارت دو مثال بارز از این حقوق و تکالیف بیان گردیده و بیان تمثیلی قانون تجارت حاکی از این است که غیر از موارد یاد شده، حقوق و تکالیف دیگری نیز وجود دارد که نوعاً به روابط عاطفی و غیرمالی و خانوادگی شخص طبیعی مربوط می‌شود، مانند حقوق سیاسی، قسم و شهادت که فقط با طبع انسانی سازگارند (صفائی، قاسم‌زاده، ۱۴۰۰، ص ۱۸۴ و ۱۸۵). برخی دیگر نیز با همین استدلال که حق سوگند از حقوق استثنایی ویژه انسان است و اشخاص حقوقی از اساس فاقد آن هستند و به طور قانونی اهلیت و صلاحیت ادای سوگند را ندارد. لذا از طریق مدیران یا نمایندگان خود حتی با تعبیر مدیران به عنوان رکن شخص حقوقی نیز نمی‌تواند ادای سوگند نماید (دیانی، ۱۳۸۳؛ محمدی، ۱۳۸۹).

بنابراین، به عقیده این گروه چون قسم، بالطبع از حقوق مختص شخص حقیقی است، لذا در دعاوی‌ای که شخص حقوقی علیه دیگران اقامه می‌نماید، نمی‌تواند از سوگند به عنوان یکی از ادله اثبات دعوا استفاده نماید^۱ و بر این مبنا در صورتی که شخص حقوقی دعوایی را علیه میتی اقامه کند و اصل حق خویش را با ادله دیگر اثبات نماید، دادگاه مکلف به صدور رأی می‌باشد و نمی‌تواند از نمایندگان شخص حقوقی اتیان سوگند بر بقای حق را بخواهد.

بعضی دیگر از نویسندگان حقوقی نیز در توجیه عدم امکان اتیان سوگند توسط مدیران بیان می‌کنند که چون قسم یاد کردن قابل توکیل نیست، مطابق تبصره ۲ ماده

۱. به نظر نویسندگان حقوقی «هیچگاه در دعاوی علیه اشخاص حقوقی موقعیت اجرای سوگند استظهاری به وجود نمی‌آید اما اگر قسم در دعاوی علیه اشخاص حقوقی پذیرفته شود، حکم ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی در دعوا علیه دولت به عنوان ترکه بلا وارث نیز قابل اعمال است (محمدی، ۱۳۸۹).

۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی وکیل نمی‌تواند به جای موکل قسم یاد کند، زیرا قسم باید متوجه کسی شود که عمل منسوب به اوست (محمدی، ۱۳۸۹؛ اعظم پورو بابایی ساخمرس، ۱۴۰۳). به علاوه، سوگند به عنوان یکی از ادله اثبات دعوا، متکی بر ایمان فرد می‌باشد و ایمان نیز از ویژگی‌های ذاتی شخص طبیعی می‌باشد و بالطبع فقط انسان می‌تواند دارای آن باشد. پس سوگند متوجه شخص حقوقی نمی‌شود تا بحث مربوط به امکان اتیان سوگند توسط مدیر شرکت مطرح شود. اما با این حال به نظر برخی نویسندگان دیگر در نظام حقوقی ایران با توجه به ماده ۵۸۸ قانون تجارت، قانون‌گذار در مورد اهلیت اشخاص حقوقی، نظریه واقعی بودن شخص حقوقی را پذیرفته و در نتیجه اصل بر اهلیت اشخاص حقوقی است و عدم اهلیت آن‌ها امری استثنایی است (آقا مهدوی، حبیبیان، ۱۳۹۳). بنابراین جز در خصوص حقوق و وظایف ناشی از ماهیت و فطرت انسانی خاص اشخاص حقیقی، اشخاص حقوقی دارای اهلیت تمتع و استیفاء هستند (کاتبی، ۱۳۸۰، ص ۳۳). لذا اصل بر اهلیت داشتن اشخاص حقوقی است و باید اصل استثنایی بودن عدم اهلیت را، در مورد این اشخاص پذیرفت. اما همان‌طور که بیان گردید از آن جا که خود شخص حقوقی، امکان یاد کردن سوگند را ندارد و سوگند باید توسط نمایندگان او یاد گردد، باید شرایط مذکور در ماده ۱۳۲۷ قانون مدنی که فوقاً به آن اشاره گردید، رعایت گردد و صرفاً در موارد خاصی^۱ امکان اتیان سوگند توسط نمایندگان شخصی حقوقی را پذیرفت.

نکته‌ای که در پایان این بحث باید به آن توجه نمود این است که اگر چه نمایندگی در اتیان سوگند در قوانین ما مورد پذیرش واقع نشده، اما قائم مقامی^۲ در ادای سوگند به موجب ماده ۲۷۹ قانون آیین دادرسی مدنی و تبصره ۱ آن پذیرفته شده است. به موجب این ماده «هرگاه خواهان در دعوی بر میت، وارث صاحب حق باشد

۱. منظور از موارد خاص، جایی است که عمل موضوع دعوا در زمان مدیریت مدیران شرکت و توسط خود آنان اتفاق افتاده باشد و در زمان طرح دعوا نیز آنان در این سمت باقی باشند. در این صورت می‌توان سوگند را متوجه نماینده شخص حقوقی نیز دانست.

۲. تفاوت قائم مقامی و نمایندگی در این است که قائم مقام، شخصی است که به جانشینی دیگری دارای حقوق و تکالیف او می‌گردد مانند وراثت. اما نمایندگی، عنوانی است که بر مبنای آن شخصی اقدام به انجام عملی حقوقی به نام شخص دیگری، به حساب او و به منظور تأمین اهداف او می‌نماید مانند وکیل.

و بر اثبات ادعای خود اقامه بینه کند علاوه بر آن باید ادا سوگند نماید. در صورت عدم اتیان سوگند، حق مورد ادعا ساقط خواهد شد. تبصره ۱. در صورت تعدد وراث هر یک نسبت به سهم خود باید ادای سوگند نمایند چنانچه بعضی ادای سوگند نموده و بعضی نکول کنند ادعا نسبت به کسانی که ادای سوگند کرده ثابت و نسبت به نکول کنندگان ساقط خواهد شد). بنابراین اگر وراث به قائم مقامی مورث خود بر میتی اقامه دعوا کنند و با اقامه بینه حق مورث خود را، بر ذمه میت ثابت کنند، در این جا باید به حکم ماده مزبور بر بقای حق مورث خود، سوگند استظهاری یاد نمایند و در صورت عدم اتیان سوگند حق مورد ادعا ساقط می شود.

۶. سوگند استظهاری از نظر عینی یا دینی بودن موضوع دعوا

از جمله موضوعاتی که در بحث سوگند استظهاری بین فقیهان مطرح شده این است که آیا حکم لزوم ضمیمه شدن سوگند به بینه اختصاص به دعوایی دارد که موضوع آن دین باشد یا در دعوایی که در آن عینی از میت مطالبه می گردد نیز مدعی باید سوگند یاد کند. به نظر بعضی از فقها از آن جا که حکم به لزوم سوگند استظهاری در دعوای علیه میت استثنایی بوده، بنابراین این حکم اختصاص به موردی دارد که موضوع دعوا مطالبه دین باشد نه عین (سیوری حلی، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۲۵۶؛ محقق حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۸۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۱۴۷). دلیل این امر را برخی احتمال ابراء میت یا غیر آن دانسته اند که ممکن است شاهد به این امور علم نداشته باشد، برخلاف دعوای بر عین که اگر مالکیت مدعی با بینه ثابت شود، مالکیتش استصحاب می گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۴۷). برخی دیگر از فقها دلیل عدم لزوم سوگند در دعوای عینی بر میت را این دانسته اند که اگر مدعی، بینه بر عاریه بودن عین، در دست میت یا غصبی بودن ید میت اقامه نماید، با شهادت بینه بر این موارد، باید عین از دست میت مسترد شود بدون این که نیازی به سوگند خوردن مدعی باشد. چون قیام بینه در این جا ملازمه با شهادت به نفع مالکیت مدعی دارد و اصل نیز بقا مالکیت مدعی و عدم انتقال مال از مدعی به میت است (سیوری حلی، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۲۵۶). بعضی دیگر نیز این احتمال را مطرح کرده اند که مدعی، دعوای خود بر عین را باید علیه متصرف که وارث است اقامه کند و این دعوای

بر شخص زنده است نه میت و در دعوی عین علیه شخص زنده، لزومی به ضمیمه شدن سوگند به بینه نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۸۱). گروهی دیگر نیز علت این که فقیهان منحصرًا در دعوی دین به لزوم سوگند حکم کرده‌اند وجود کلمه «اوفاه» در روایت مربوط به این مسئله دانسته‌اند که این کلمه جز در مورد دادن دین مناسب نیست، یعنی وفا کردن فقط در مورد دین مصداق دارد (مؤمن، ۱۴۲۲، ص ۲۲۹).

اما در مقابل به نظر بسیاری از فقها در دعوی بر میت چه دعوا بر دین باشد و چه عین مال، مدعی باید بعد از اقامه بینه، بر بقای حق خود سوگند استظهاری یاد کند (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۴۸؛ نجفی، ۱۴۲۲، ص ۵۴؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۶، ص ۱۴۳؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۱۴۴؛ نجفی، ۱۳۵۹، ج ۲ ق ۲، ص ۱۴۷؛ موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۴۲۳؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۴۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۸۱). علت این امر را فقیهان این دانسته‌اند که احتمال نقل ملکیت و عدم وجود زیان برای میت در دفاع از خود در هر دو دعوی عین و دین وجود دارد و هیچ فرقی بین آن‌ها نیست (وجدانی، ۱۴۲۶، ج ۵، ص ۳۵۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۴۸). برخی دیگر علت را وجود نص خاص در دین و عین بیان کرده‌اند (نجفی، ۱۳۵۹، ج ۲، ق ۲، ص ۱۴۶). و به عقیده بعضی نیز آن چه که در روایت ذکر شده لزوم سوگند در دعوی بر میت بر «بقای حق» است نه «بقای دین». لذا چه در دعوی دین و چه عین، مدعی بعد از اثبات حقیقت توسط شهادت بینه، باید برای «بقای حقیقت» سوگند استظهاری یاد کند (طباطبایی حائری، بی تا، ص ۷۳۷).

علی‌رغم وجود اختلاف میان فقها، قانون‌گذار در قانون مدنی و قانون آیین دادرسی مدنی به این مسئله نپرداخته و همین امر موجب اختلاف میان مولفین حقوقی نیز شده است. به نظر برخی نویسندگان «لزوم ادای سوگند استظهاری توسط مدعی در موردی که دعوی، بر بقای حق دینی علیه متوفی است، امری عقلایی و مطابق با موازین منطقی است. چراکه در حقیقت دعوی مزبور قابل تحلیل به دو امر است. یکی اصل حق و دیگری بقای آن حق. آنچه ادله اثبات، می‌تواند به اثبات رساند، اصل دین است. ولی به هیچ وجه امر دوم یعنی عدم ابراء و اسقاط آن که مورد ادعا است قابل اثبات نیست. چنانچه طرف دعوی حاضر بود، پس از اثبات حق این امکان وجود داشت که ادعای اداء و یا ابراء و اسقاط کند که البته ملزم به

اثبات بود و در فرض عدم ارائه دلیل و انکار طرف مقابل، مدعی می‌توانست از وی که در این بخش دعوی، نقش منکر دارد، درخواست سوگند نماید و با سوگند وی بقای حق او ثابت می‌شد. حال که مدیون، فوت کرده است در حقیقت حاکم برای اثبات امر دوم، مدعی را سوگند می‌دهد» (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۱۰۳). بنابراین به عقیده ایشان فقط در دعوای دینی، مدعی ملزم به اتیان سوگند است. اما در مقابل بعضی مؤلفین دیگر در پاسخ به نظر آن دسته از فقها که گفته بودند دعوی بر عین، دعوی بر ورثه است نه مورث، بیان می‌نمایند که با توجه به ظاهر ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی و اطلاق ماده ۲۷۹ قانون آیین دادرسی مدنی، حق بر میت اعم از دینی و عینی است؛ چراکه در حق عینی نیز آن چه که مورد نزاع قرار می‌گیرد حق مدعی در برابر متوفی و به زیان دارایی او است و به این اعتبار حق بر متوفی محسوب می‌شود و دعوی او نیز دعوای بر میت است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۱۰). بنابراین مدعی باید در دعوای دینی و عینی بر میت سوگند بر بقای حقش یاد کند.

نتیجتاً با توجه به این که قانون‌گذار هم در ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی و هم در ماده ۲۷۹ قانون آیین دادرسی مدنی، به تبعیت از نظر فقها و مستند روایی سوگند استظهاری، در دعوای بر میت به واژه «حق» اشاره کرده و حق نیز اعم از عین و دین است. بنابراین چه موضوع دعوا، دینی باشد و چه عینی، مدعی مکلف به یاد کردن سوگند است. اما توجه به این نکته که برخی از نویسندگان به درستی به آن اشاره کرده‌اند نیز ضروری است که در سوگند استظهاری باید خواسته خواهان مورد توجه قرار گیرد. اگر خواسته او انجام یا عدم انجام کار یا انتقال مالی از ورثه متوفی باشد و منشأ این طلب حقی بوده که خواهان در مقابل مورث خواندگان داشته است این حق یک حق دینی به شمار می‌رود و سوگند استظهاری در بقای حق اجباری است. اما اگر خواسته خواهان خلع ید و رد عین مغضوبه یا امانی (پس از زوال امانت و امتناع از رد توسط امین) باشد، ولو آنکه سابقاً مال نزد مورث خواندگان بوده است، سوگند استظهاری ضرورت ندارد؛ زیرا در این دعوا خواندگان نه به عنوان وارث، بلکه به طور مستقل به عنوان غاصب مکلف به رد مال هستند (محمدی، ۱۳۸۹). رویه قضایی در خصوص لزوم سوگند در دعوای بر متوفی دارای وحدت رویه نبوده و آرای مختلفی

در این خصوص صادر گردیده برای مثال در دعوی مطالبه وجه چک از ورثه صادرکننده چک در دادنامه شماره ۱۳۹۱/۱۰/۴، با توجه به این که دعوی خواهان دینی بوده دادگاه با اتیان سوگند استظهاری توسط خواهان بر اثبات بقای طلبش، هر یک از ورثه تجدیدنظر خوانده را به نسبت قدرالسهم شان محکوم به پرداخت اصل خواسته و خسارات از ترکه مورث نمود.

اما در دعوی اثبات وقوع قرارداد بیع سه دانگ یک دستگاه اتوبوس مرسدس بنز به مورث خواندگان، در دادنامه شماره ۱۴۰۰۰۳۳۹۰۰۳۹۶۵۹۳۵ شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی گرگان، دادگاه به دلیل این که خواندگان در جلسه دادگاه ادعای خواهان را قبول نموده اظهار داشته که با توجه به این که دعوی عینی بوده، نیاز به سوگند استظهاری نبوده و لذا با توجه بیع نامه و نیز پذیرش دعوا از سوی خواندگان لذا خواسته خواهان را ثابت دانسته و حکم به اثبات وقوع قرارداد بیع موضوع سه دانگ یک دستگاه اتوبوس مرسدس بنز فی مابین خواهان و مورث خواندگان صادر می گردد. بنابراین در این دعوی دادگاه با این استدلال که خواسته خواهان در دعوی بر میت، عینی بوده سوگند استظهاری خواهان را ضروری ندانسته است. اما به نظر می رسد در این دعوی دلیل عدم لزوم سوگند استظهاری خواهان این باشد که، خواهان در دادخواست مطروحه حقی را از خواننده مطالبه نکرده، بلکه درصدد اثبات حقی به نفع خواننده بوده است. بنابراین پرونده مزبور اصلاً مشمول ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی و ماده ۲۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی نبوده چراکه در این دو ماده خواهان «به ادعای حقی علیه متوفا، علیه ورثه او اقامه دعوا و آن را مطالبه می کند» (حیاتی، ۱۳۹۲، ص ۴۷۵). درحالی که در پرونده مذکور خواهان حقی را از خواننده متوفا مطالبه نکرده بلکه درصدد اثبات حقی به نفع او و ورثه اش است.

نتیجه گیری

مطابق قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» اگر خواهان دعوی خود را با بینه به اثبات رساند لزومی به اتیان سوگند ندارد و باید حکم به نفع او صادر

شود. اما اگر خواهان حقی را علیه میتی به طرفیت ورثه او مطرح نماید، به موجب روایات موجود در این خصوص مکلف است، پس از اثبات وجود حق با بینه، بر بقای حقیش سوگند یاد کند که به این سوگند، سوگند استظهاری گویند. در مورد این که سوگند استظهاری در چه مواردی کاربرد دارد و قاضی، مکلف به سوگند دادن خواهان است بین فقها اختلاف وجود دارد. به عقیده برخی فقها علاوه بر میت، در فرضی که خوانده صغیر، مجنون و غایب باشد و حتی به نظر بعضی در هر جایی که پاسخ دادن برای خوانده متعذر باشد، به لزوم سوگند استظهاری حکم داده‌اند. اما نظر غالب این است که آنچه که در روایت آمده و سوگند خواهان را لازم دانسته، فقط فرض دعوا علیه میت است لذا در سایر موارد باید به قواعد عام که عدم لزوم ضمیمه شدن سوگند به بینه است حکم نمود. در قانون مدنی و قانون آیین دادرسی مدنی نیز قانون‌گذار فقط در فرض دعوا علیه میت سوگند استظهاری را لازم دانسته است. اما با این حال لزوم سوگند استظهاری فقط در فرضی است که خواهان به عنوان اصیل، دعوا را علیه میت مطرح کند، بنابراین اگر خواهان، ولی، قیم، وصی، وکیل یا نماینده شخص حقوقی باشد بحث لزوم سوگند استظهاری برداشته می‌شود؛ زیرا سوگند جنبه شخصی دارد و نمایندگی در اتیان سوگند نه در فقه و نه در قانون مورد پذیرش واقع نشده است. یکی از موضوعات اختلافی میان فقها در مورد سوگند استظهاری، موضوع دعوا علیه میت است. به نظر برخی، سوگند استظهاری فقط در مورد دعوی دینی علیه میت لازم است، زیرا در این دعوا، بینه صرفاً وجود دین را اثبات می‌کنند، درحالی که ممکن است میت دینش را وفا کرده باشد یا ابراء شده باشد و بینه اطلاعی بر این امر نداشته باشند، پس سوگند استظهاری بر بقای حق لازم است. اما در دعوی عینی وقتی بینه حق عینی و مالکیتی را برای خواهان اثبات نماید، بقای مالکیت خواهان استصحاب می‌شود و لزومی به سوگند استظهاری نیست. ولی در مقابل به نظر گروهی دیگر از فقها هم در دعوی دینی علیه میت و هم دعوی عینی، سوگند استظهاری لازم است، چون احتمال نقل ملکیت در دعوی عینی نیز وجود دارد و آنچه در روایت آمده لزوم سوگند در دعوا علیه میت بر بقای حق است نه دین. قانون‌گذار نیز در قانون مدنی و آیین دادرسی مدنی واژه بقای حق را استعمال کرده و

لذا به نظر مولفین حقوقی در هر دو دعوای عینی و دینی علیه میت، سوگند استظهاری خواهان لازم است هرچند رویه قضایی در این خصوص مختلف است.

سیاسگاری

نویسنده از تمامی مؤلفین حقوقی و مشاوران علمی در این مطالعه قدردانی می نماید.

فهرست منابع

۱. آشتیانی، محمدحسن. (۱۳۸۳ش). کتاب القضاء. قم: زهیر.
۲. آقا مهدوی، اصغر؛ حبیبیان، مهدی. (۱۳۹۳ش). بررسی اهلیت شخص حقوقی در فقه و حقوق. پژوهشنامه فقهی، ۲(۲)، ص ۲۷-۵۰.
۳. احسایی، محمد بن علی. (۱۴۱۰ق). الأقطاب الفقهية علی مذهب الإمامية - درر اللآئ العمدية فی الأحادیث الفقهية. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی قدس سره.
۴. ازدری، علی. (۱۳۹۱ش). بار اثبات دلیل در فقه و امور مدنی، فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵(۱۳)، ص ۲۲-۴۷.
۵. اصفهانی، محمدتقی (مجلسی اول). (۱۴۰۰ش). یک دوره فقه کامل فارسی، تهران: مؤسسه و انتشارات فراهانی.
۶. اعظم پور، محمد شهاب؛ بابایی ساخمرس، مرتضی. (۱۴۰۳ش). بررسی تطبیقی سوگند در اثبات ورد دعوای فقه و حقوق جمهوری اسلامی ایران. ماهنامه آفاق علوم انسانی، ۸(۸۷)، ص ۱۹-۳۱.
۷. امامی، سید حسن. (۱۳۶۴ش). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامیه.
۸. باقری، مهناز. (۱۳۹۶ش). کاربرد سوگند در نظام قضایی اسلام و تطبیق آن با آیین های آسمانی دیگر، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه الزهراء (س).
۹. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۲۳ق). الدرر النجفیه من الملتقطات الیوسفیه، بیروت: دار المصطفی للاحیاء التراث.
۱۰. بلخی، سید جواد. (۱۴۰۰ش). اعتبار سوگند استظهاری در اثبات دعوا در فقه و حقوق، نسیم کوثر، (۱)، ص ۵۱-۶۲.
۱۱. ترحینی، سید محمدحسین. (۱۴۲۷ق). الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية. قم: دار الفقه للطباعة والنشر.
۱۲. حاتمی، صدیقه؛ سامانی، احسان. (۱۴۰۳ش). بازجستی در گستره اتیان سوگند استظهاری.

- فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۲۷(۴)، ص ۱۷۱-۱۸۸. 10.48308/jlr.2024.231303.2474
۱۳. حیاتی، علی عباس. (۱۳۹۲ش). آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: نشر میزان.
 ۱۴. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعه الامام الخوئی. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
 ۱۵. دینانی، عبدالرسول. (۱۳۸۳ش). سوگند. ماهنامه دادرسی، شماره ۴۸، ص ۳۸-۴۳.
 ۱۶. شمس الدینی لری، رحیم. (۱۳۹۵ش). بررسی تطبیقی ادله اثبات دعوا در حقوق ایران و فقه حنفیه، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه سیستان و بلوچستان.
 ۱۷. شمس، عبدالله. (۱۳۸۶ش). آیین دادرسی مدنی - (دوره پیشرفته). تهران: انتشارات دراک.
 ۱۸. شوشتری، محمدمتقی. (۱۴۰۶ق). النجعة فی شرح اللمعه. تهران: کتابفروشی صدوق.
 ۱۹. شهید اول. (بی تا). القواعد و الفوائد. قم: کتابفروشی مفید.
 ۲۰. شهید ثانی. (۱۴۱۲ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة. قم: مکتبه الداوری.
 ۲۱. شهید ثانی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح الشرائع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
 ۲۲. صفایی، سید حسین؛ قاسم زاده، سید مرتضی. (۱۴۰۰ش). حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات سمت.
 ۲۳. طباطبایی حائری، سید محمد. (بی تا). کتاب المناهل. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
 ۲۴. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۱۴ق). تکمله العروة الوثقی. قم: کتابفروشی داوری.
 ۲۵. عاملی، محمد بن حسین؛ ساوجی، نظام بن حسین. (۱۴۲۹ق). جامع عباسی و تکمیل آن. تهران: مؤسسه منشورات الفراهانی.
 ۲۶. عاملی، یاسین عیسی. (۱۴۱۳ق). الاصطلاحات الفقهیه فی الرسائل العلمیه. بیروت: دار البلاغه للطباعة و النشر و التوزیع.
 ۲۷. عراقی، آقاضیاء الدین. (بی تا). کتاب القضاء. قم: چاپخانه مهر.
 ۲۸. غفاری، علی اکبر، بلاغی، محمدجواد. (۱۴۰۹ق). من لایحضره الفقیه. تهران: نشر صدوق.
 ۲۹. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۷ق). تفصیل الشریعه (القضاء و الشهادات). قم: مرکز فقه الائمه الاطهار(علیهم السلام).
 ۳۰. فقعی، علی بن علی. (۱۴۱۸ق). الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الإیقاعات و العقود - رساله فی العقود و الإیقاعات. قم: مکتبه الامام العصر(عج) العلمیه.
 ۳۱. کاتبی، حسینقلی. (۱۳۸۰ش). حقوق تجارت. تهران: کتابخانه گنج دانش.
 ۳۲. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷ش). اثبات و دلیل اثبات. تهران: نشر میزان.
 ۳۳. کریمی، عباس. (۱۳۸۶ش). ادله اثبات دعوا. تهران: نشر میزان.
 ۳۴. الله آبادی، محسن. (۱۳۹۶ش). آثار حقوقی سوگند استظهاری در ادله اثبات دعوا، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بم.

۳۵. محقق حلی. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع فی فقه الامامیه. قم: مؤسسه المطبوعات الدینییه.
۳۶. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۷. محمدی، پژمان. (۱۳۸۹ش). محدودیت های موضوعی سوگند در دعاوی مدنی. فصلنامه پژوهش حقوق، ۱۲(۲۹)، ص ۳۸۷-۴۱۶.
۳۸. محمدی، پژمان. (۱۳۸۹ش). محدودیت های شخصی سوگند در دعاوی مدنی. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۴۰(۱۰۱)، ص ۲۹۷-۳۱۶.
۳۹. معین، محمد. (۱۳۸۵ش). فرهنگ فارسی. تهران: انتشارات راه رشد.
۴۰. مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱ق). فقه الامام الصادق (ع). قم: مؤسسه انصاریان.
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). استفتائات جدید. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۲. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۰۴ق). زبدة الاحکام. تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
۴۳. موسوی خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۴۴. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۱۴ق). کتاب القضاء. قم: دار القرآن الکریم.
۴۵. مهاجری، علی. (۱۳۸۰ش). شرح قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه های عمومی و انقلاب. تهران: انتشارات گنج دانش.
۴۶. مؤمن، محمد. (۱۴۲۲ق). مبانی تحریر الوسیله - القضاء و الشهادات، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۴۷. نجفی، حسن بن جعفر (کاشف الغطاء). (۱۴۲۲ق). انوار الفقاهه - کتاب القضاء، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۴۸. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۹. نجفی، محمدحسین. (۱۳۵۹ش). تحریر المجله. نجف اشرف: المكتبة المرتضویة.
۵۰. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۲۲ق). رسائل و مسائل. قم: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد.
۵۱. وجدانی، قدرت الله. (۱۴۲۶ق). الجواهر الفخریة فی شرح الروضة البهیة. قم: انتشارات سما قلم.

References

1. Ashtiani, Mohammad Hassan. (2004). *Kitāb al-Qaḍā'*. Qom: Zohair. [in Persian]
2. Agha Mahdavi, Asghar, & Habibiyan, Mahdi. (2014). Barrasī-ye ahteyāt-e shakhṣ-e hoqūqī dar fiqh va qānūn [Examining the eligibility of a legal person in jurisprudence and law]. *Pajuheshname-ye Feqhi*, 2(2), 27–50. [in Persian]
3. Ahsaei, Mohammad bin Ali. (1989). *Al-Aqtāb al-fiqhīyah 'alā madhhab al-Imāmīyah – Durar al-lāl'ī al-'emādīyah fī al-aḥādīth al-fiqhīyah*. Qom: Enteshārāt-e Ketābhāneh Āyatollāh Mar'ashī Najafī. [in Arabic]
4. Azhdari, Ali. (2012). Bār-e esbāt-e dalīl dar fiqh va omūr-e madanī [The burden of proof in jurisprudence and civil matters]. *Fiqh va Mabānī-ye Hoqūq-e Eslāmī*, 5(13), 22–47. [in Persian]
5. Esfahani, Mohammad Taqi (Majlesi I). (2021). *Yek dūreh fiqh-e kāmel-e Fārsī* [A complete course of Persian jurisprudence]. Tehran: Mu'asseseh va Enteshārāt-e Farāhānī. [in Persian]
6. A'zampour, Mohammad Shahab, & Babaei Sakhmars, Morteza. (2024). Barrasī-ye taṭbīqī-ye sogand dar esbāt va radd-e da'āvī-ye fiqh va hoqūq-e Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Irān [A comparative study of oaths in proving and denying claims in the jurisprudence and law of the Islamic Republic of Iran]. *Māhnameh Āfāq-e 'Olūm-e Ensānī*, 8(87), 19–31. [in Persian]
7. Emami, Seyed Hassan. (1985). *Hoqūq-e madanī* [Civil law]. Tehran: Enteshārāt-e Eslāmīyeh. [in Persian]
8. Baghri, Mahnaz. (2017). *Kārburd-e sogand dar nezām-e qaḍā'ī-ye Eslām va taṭbīq-e ān bā āyīn-hā-ye āsemānī-ye dīgar* [The application of oaths in the Islamic judicial system and its comparison with other divine laws] [Master's thesis]. Alzahra University. [in Persian]
9. Bahrani, Yusuf bin Ahmad. (2002). *Al-Durar al-Najafīyah min al-multaqaṭāt al-Yūsufīyah*. Beirut: Dār al-Muṣṭafā li-Iḥyā' al-Turāth. [in Arabic]
10. Balkhi, Seyed Javad. (2021). E'tebār-e sogand-e estīzhārī dar esbāt-e da'vā dar feqh va hoqūq [The validity of the confirmatory oath in proving a claim in jurisprudence and law]. *Nasīm-e Kawthar*, 1(1), 51–62. [in Persian]
11. Tarhini, Seyed Mohammad Hosein. (2006). *Al-Zubdah al-fiqhīyah fī sharḥ al-Rawḍah al-bahīyah*. Qom: Dār al-Fiqh lil-Ṭibā'ah wa al-Nashr. [in Arabic]
12. Hatami, Sedigheh, & Samani, Ehsan. (2024). Bāzjostī dar gustareh-ye etiyān-e sogand-e estīzhārī [A re-examination of the scope of taking the confirmatory oath]. *Faşlnāmeḥ Tahqīqāt-e Hoqūqī*, 27(4), 171–188. [in Persian]
13. Hayati, Ali Abbas. (2013). *Āyīn-e dādrāsī-ye madanī dar nazm-e hoqūqī-ye konūnī* [Civil procedure in the current legal system]. Tehran: Nashr-e Mizān. [in Persian]
14. Khoei, Seyed Abolqasem. (1997). *Mawsū'at al-Imām al-Khū'ī*. Qom: Mu'assasat Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khū'ī. [in Arabic]
15. Dayyani, Abdol-Rasool. (2004). Sogand [Oath]. *Māhnameh Dādrāsī*, 48, 38–43. [in Persian]
16. Shams al-Dini Lori, Rahim. (2016). *Barrasī-ye taṭbīqī-ye adelleh-ye esbāt-e da'vā dar hoqūq-e Irān va feqh-e Hanafīyeh* [A comparative study of evidence of proof in Iranian law and Hanafi jurisprudence] [Master's thesis]. University of Sistan and Baluchestan. [in Persian]
17. Shams, Abdullah. (2007). *Āyīn-e dādrāsī-ye madanī – (Dūreh-ye pishrafteh)* [Civil procedure code – (Advanced course)]. Tehran: Enteshārāt-e Derāk. [in Persian]
18. Shushtari, Mohammad Taqi. (1985). *Al-Naj'ah fī sharḥ al-Lum'ah*. Tehran: Ketābfurūshī-ye Ṣadūq. [in Persian]

19. Shahid al-Awwal. (n.d.). *Al-Qawā'id wa al-fawā'id*. Qom: Ketābfurūshī-ye Mofid. [in Arabic]
20. Shahid al-Thani. (1991). *Al-Rawḍah al-bahīyah fī sharḥ al-Lum'ah al-Dimashqīyah*. Qom: Maktabat al-Dāvarī. [in Arabic]
21. Shahid al-Thani. (1992). *Masālik al-afhām ilá tanqīh sharā'ī' al-Islām*. Qom: Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyah. [in Arabic]
22. Safaei, Seyed Hossein, & Qasemzadeh, Seyed Morteza. (2021). *Hoqūq-e madanī: Ashkhāṣ va mahjūrīn* [Civil law: Individuals and incapacitated persons]. Tehran: Enteshārāt-e Samt. [in Persian]
23. Tabatabai Haeri, Seyed Mohammad. (n.d.). *Kitāb al-Manāhil*. Qom: Mu'assasat Ahl al-Bayt (pbut). [in Persian]
24. Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem. (1993). *Takmilat al-'Urwah al-wuthqā*. Qom: Ketābfurūshī-ye Dāvarī. [in Arabic]
25. Ameli, Mohammad bin Hossein; Sawooji, Nezam bin Hossein. (2008). *Jami 'Abbāsī va takmil-e ān*. Tehran: Mu'asseseh-ye Manshūrāt al-Farāhānī. [in Persian]
26. Ameli, Yassin Isa. (1992). *Al-Iṣṭilāḥāt al-fiqhīyah fī al-ras'īl al-'ilmīyah*. Beirut: Dār al-Balāghah lil-Ṭibā'ah wa al-Nashr wa al-Tawzī'. [in Arabic]
27. Iraqi, Agha Zia al-Din. (n.d.). *Kitāb al-Qaḍā'*. Qom: Chāpkhāneh-ye Mehr. [in Arabic]
28. Ghaffari, Ali Akbar; Balaghi, Mohammad Javad. (1988). *Man lā yaḥḍuruh al-faqīh*. Tehran: Nashr-e Ṣadūq. [in Persian]
29. Fazel Lankarani, Mohammad. (2006). *Tafṣīl al-sharī'ah (Al-Qaḍā' wa al-shahādāt)*. Qom: Markaz-e Fiqh al-A'immah al-Aṭḥār (pbut). [in Arabic]
30. Fiq'ani, Ali bin Ali. (1997). *Al-Durr al-mandūd fī ma'rīfat ṣiyagh al-nīyāt wa al-iqā'āt wa al-'uqūd - Risālah fī al-'uqūd wa al-iqā'āt*. Qom: Maktabat al-Imām al-'Aṣr (pbuh) al-'Ilmiyah. [in Arabic]
31. Katebi, Hossein Gholi. (2001). *Hoqūq-e tejārat* [Commercial law]. Tehran: Ketābkhāneh-ye Ganj-e Dānesh. [in Persian]
32. Katouzian, Nasser. (2008). *Esbāt va dalīl-e esbāt* [Proof and evidence of proof]. Tehran: Nashr-e Mīzān. [in Persian]
33. Karimi, Abbas. (2007). *Adelleh-ye esbāt-e da'vā* [Evidence of litigation]. Tehran: Nashr-e Mīzān. [in Persian]
34. Allahabadi, Mohsen. (2017). *Āsār-e hoqūqī-ye soghand-e estizhārī dar adelleh-ye esbāt-e da'vā* [Legal effects of the confirmatory oath in evidence of litigation] [Master's thesis]. Islamic Azad University, Bam Branch. [in Persian]
35. Muhaqqiq Helli. (1997). *Al-Mukhtaṣar al-nāfi' fī fiqh al-Imāmīyah*. Qom: Mu'assasat al-Maṭbū'āt al-Dīnīyah. [in Arabic]
36. Muhaqqiq Damad, Seyyed Mostafa. (1986). *Qawā'id-e feqh* [Rules of jurisprudence]. Tehran: Markaz-e Nashr-e 'Olūm-e Eslāmī. [in Persian]
37. Mohammadi, Pejman. (2010). Maḥdūdīyat-hā-ye mawzū'ī-ye soghand dar da'āvī-ye madanī [Thematic limitations of oath in civil claims]. *Pajuhesh-e Hoqūq*, 12(29), 387-416. [in Persian]
38. Mohammadi, Pejman. (2010). Maḥdūdīyat-hā-ye shakhṣī-ye soghand dar da'āvī-ye madanī [Personal limitations of oath in civil claims]. *Faṣlnāmeḥ Moṭāla'āt-e Hoqūq-e Khāṣṣ*, 40(101), 297-316. [in Persian]
39. Moein, Mohammad. (2006). *Farhang-e Fārsī*. Tehran: Enteshārāt-e Rāh-e Roshd. [in Persian]
40. Moghnieh, Mohammad Javad. (2000). *Fiqh al-Imām al-Ṣādiq ('alayhi al-salām)*. Qom: Mu'assasat al-Anṣārīyān. [in Arabic]

41. Makarem Shirazi, Nasser. (2006). *Esteftā'āt-e jadīd* [New inquiries]. Qom: Enteshārāt-e Madrasah-ye Emām 'Alī ibn Abī Ṭālib ('alayhi al-salām). [in Persian]
42. Mousavi Khomeini, Seyed Rouhollah. (1984). *Zubdat al-ahkām*. Tehran: Sāzmān-e Tablīghāt-e Eslāmī. [in Persian]
43. Mousavi Khomeini, Seyed Rouhollah. (n.d.). *Tahrīr al-wasīlah*. Qom: Mu'assasat Maṭbū'āt Dār al-'Ilm. [in Persian]
44. Mousavi Golpayegani, Seyyed Mohammad Reza. (1993). *Kitāb al-Qaḍā'*. Qom: Dār al-Qur'ān al-Karīm. [in Persian]
45. Mohajeri, Ali. (2001). *Sharḥ-e qānūn-e āyīm-e dādrāsī-ye madanī-ye dādgāh-hā-ye 'omūmī va enqelāb* [Commentary on the civil procedure law of public and revolutionary courts]. Tehran: Enteshārāt-e Ganj-e Dānesh. [in Persian]
46. Mo'men, Mohammad. (2001). *Mabānī-ye Tahrīr al-wasīlah – Al-Qaḍā' wa al-shahādāt*. Tehran: Mu'asseseh-ye Tanzīm va Nashr-e Āsar-e Imām Khomeini. [in Persian]
47. Najafi, Hassan bin Jafar (Kāshif al-Ghita'). (2001). *Anwār al-fiqāhah – Kitāb al-quḍāh*. Najaf: Mu'assasat Kāshif al-Ghitā'. [in Arabic]
48. Najafi, Mohammad Hassan. (1984). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ sharā'i al-Islām*. Beirut: Dār Ihya' al-Turāth al-'Arabī. [in Arabic]
49. Najafi, Mohammad Hosein. (1980). *Tahrīr al-Majallah*. Najaf: Maktabat al-Murtaḍawīyah. [in Arabic]
50. Naraqi, Ahmad bin Mohammad Mahdi. (2001). *Rasā'il wa masā'il*. Qom: Kongereh-ye Narāqiyain (Mollā Mahdī wa Mollā Aḥmad). [in Arabic]
51. Vejdani, Qodratollah. (2005). *Jawāhir al-fakhrīyah fī sharḥ al-Rawḍah al-bahīyah*. Qom: Enteshārāt-e Samā'-e Qalam. [in Arabic]



The Obligation of the Seller to Cure Non-Conformity in Cases of Breach of Contractual Descriptions in Imami Jurisprudence and the Convention on the International Sale of Goods (CISG)

Mohammad Amin Kabiri¹ | Ebrahim Abdipour²

1. Corresponding Author, Level Four Seminary Student, Seminary of Qom; PhD Student in Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran. Email: maminkabiri@yahoo.com

2. Full Professor, Department of Private Law, University of Qom, Qom, Iran. Email: drabdipour@yahoo.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 14 July 2024
Revised: 3 November 2024
Accepted: 1 January 2025
Available online 5 February 2025

Keywords:
Breach of Description, Cure of Non-Conformity, Conformity of Goods, Imami Jurisprudence, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).



ABSTRACT

Despite the rational and legal-religious obligation to fulfill contracts, breaches concerning contractual descriptions occur in many transactions. It may become apparent after the contract's conclusion or after the delivery of the goods that the subject matter lacks the agreed-upon qualities. In Islamic jurisprudence and Iranian law, the only generally recognized legal consequence of a breach of description is the option of rescission (*khiyār al-faskh*), whereas in many cases terminating the contract may run contrary to the interests of the beneficiary of the condition or even both contracting parties. Therefore, it is necessary to re-examine jurisprudential sources to explore other remedies for breach of description. One such remedy, which has not been adequately addressed, is the possibility of obliging the seller to cure the non-conformity of the goods. Employing an inferential (*ijtihād*-based) methodology, the present study examines the juristic foundations of “compelling the cure of non-conforming goods” and comparatively analyzes this issue within Islamic jurisprudence, Iranian law, and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). The legal nature of a descriptive condition, rational legal presumptions, and certain hadiths constitute evidence for obliging the seller to cure non-conformity in transactions involving specified goods, which is specifically examined in this study.

Cite this article: Kabiri, M. A.; Abdipour, E. (2025). The Obligation of the Seller to Cure Non-Conformity in Cases of Breach of Contractual Descriptions in Imami Jurisprudence and the Convention on the International Sale of Goods (CISG). *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(32), 251-286. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6164.1976>



Extended Abstract

Introduction

Statement of the Problem:

In Iranian law, in cases of non-conformity with a stipulated description in sales of specific goods (*'ayn mu'ayyan*), the buyer's sole recognized remedy is rescission under Article 235 of the Civil Code. This approach is inefficient in certain transactions—particularly complex ones—and may impose unnecessary costs. By contrast, the CISG, regardless of whether goods are specific or generic, recognizes alternative remedies, including compelling the seller to cure the lack of conformity, although the scope of these remedies requires scrutiny. The central question of this research is whether compelling cure can be inferred from Imami jurisprudence and accepted within Iranian fiqh and law.

Research Objectives:

Existing studies have rarely provided a precise juristic analysis of the obligation to cure non-conformity. This research hypothesizes that, under certain conditions, compelling cure in sales of specific goods is acceptable within Imami jurisprudence and Iranian law.

Literature Review and Hypothesis:

Previous studies have rarely addressed a precise and comprehensive juristic analysis of the obligation to cure non-conformity. The hypothesis of this research is that, under certain conditions, compelling the seller to cure non-conformity in sales of specific goods is acceptable within Imami jurisprudence and Iranian law.

Synthesis and Comparative Assessment of Sources:

By placing the dominant juristic view—according to which rescission is the exclusive remedy—alongside the approach adopted in the CISG, which recognizes a diversified set of contractual remedies, this research highlights an existing gap and proposes, through a reassessment of juristic sources, a third theory. According to this theory, in sales of specific goods, considering juristic evidences including the legal nature of contractual descriptions, the buyer should be entitled to compel the seller to cure the lack of conformity—despite this remedy not being accepted in prevailing Iranian fiqh and legal practice. In contrast, in sales of generic goods, such compulsion is unwarranted; since delivery of non-conforming goods is deemed equivalent to non-delivery, the seller remains obliged to provide conforming goods by any means, whether through replacement or repair.

Target Audience:

The findings of this research are relevant to legal scholars, researchers in fiqh and law, students, and legislators.

Methodological Suitability to Objectives:

Given the fiqh–legal nature of the subject and the necessity of comparison with the CISG, an inferential–analytical and comparative methodology is appropriate for achieving the research objectives.

Theoretical Approach:

This research adopts an *ijtihad*-based and revisional approach. While remaining committed to the foundations of Imami jurisprudence, it reanalyzes juristic evidence and principles to offer a more efficient interpretation of the legal consequences of non-conformity with contractual descriptions.

Method**Research Design:**

This study is fundamental-theoretical research conducted with a descriptive–analytical and comparative approach. It examines and compares the theoretical foundations of a legal remedy within Imami jurisprudence and the CISG.

Sources and Materials:

The sources include authoritative fiqh texts on transactions, the Iranian Civil Code, the text of the CISG, and legal scholarship related to its interpretation and analysis

Analytical Axes:

The analysis focuses on distinguishing between specific and generic goods; examining juristic foundations for compelling cure in sales of specific goods (including the legal nature of descriptive conditions, textual evidence, and rational grounds); and analyzing the concept of “curing non-conformity” as both a right of the buyer (to compel the seller) and a right of the seller (to prevent rescission) under the CISG.

Data Collection Method:

Data were collected through library-based research and direct consultation of primary jurisprudential, legal, and international sources.

Research Stages:

The study consists of analyzing the dominant juristic and legal position regarding the exclusivity of rescission, presenting the theory of compelling cure, and comparing it with the provisions of the CISG.

Findings

Jurisprudential Results

1. Rejection of the Exclusivity of Rescission

The analysis demonstrates that the restrictive view confining the consequences of non-conformity with description in sales of specific goods exclusively to rescission lacks conclusive juristic support, and that contrary evidence exists.

2. Establishing the Right to Compel Cure

By accepting such evidence, the buyer, in cases of non-conformity, is entitled to compel the seller to cure the defect or repair the goods—a right more consistent with rational commercial practices.

3. Distinction Between Specific and Generic Goods

This analysis applies specifically to sales of specific goods. In sales of generic goods, non-conformity is tantamount to non-delivery, and the seller's obligation to provide conforming goods remains intact.

Comparative Results (CISG)

1. Explicit Recognition of the Right

The CISG explicitly recognizes curing non-conformity as one of the contractual remedies.

2. Buyer's Right

The buyer may request repair or cure of the goods in the event of non-conformity, provided that such a request is reasonable.

3. Seller's Right

The CISG also allows the seller, even after the delivery deadline, to cure non-conformity under reasonable conditions.

4. Key Differences from Juristic Analysis

(a) Unlike Imami jurisprudence, the CISG applies this rule to both specific and generic goods;

(b) the CISG treats cure of non-conformity as a bar to rescission, whereas in the proposed juristic model—given the limited scope of this research—curing non-conformity is established as an obligation of the seller and a corresponding right of the buyer.

Conclusion

Significance of the Issue and Answer to the Main Question:

The results indicate that limiting the remedies for non-conformity with description to rescission lacks a strong juristic foundation, and that under Imami jurisprudence the buyer may be entitled to compel the seller to cure the lack of conformity.

Connection to Broader Issues:

These findings align with the contractual principle of prioritizing performance over termination and demonstrate that Imami jurisprudence possesses the capacity to accommodate efficient solutions compatible with contemporary transactional needs.

Confirmation of the Hypothesis and Theoretical/Practical Implications:

The hypothesis concerning the in ferability of the right to compel cure is confirmed. Theoretically, this outcome revises the prevailing view; practically, it promotes contract preservation and reduces the adverse effects of rescission.

Potential Applications:

The findings may inform legislative reform and judicial practice by facilitating the explicit recognition of compelling cure as a contractual remedy.

Unresolved or Emerging Issues:

The recognition of a “seller’s right to cure” that would bar the buyer’s right of rescission remains a topic requiring independent research within Imami jurisprudence.

Author Contributions

All authors contributed equally to the conceptualization, research, data analysis, drafting, and final revision of the manuscript.

Data Availability Statement

No data are available.

Ethical Considerations

The authors have avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and all forms of research misconduct.

Funding

No specific financial support was received from any funding bodies for this article.

Conflict of Interest

The authors declare no conflict of interest in the preparation of this article.

Declaration of Generative AI and AI-assisted technologies in the writing process

No artificial intelligence tools were used in the preparation of this article, and the authors assume full responsibility for its content.



الزام فروشنده به رفع عدم انطباق در تخلف اوصاف موضوع قرارداد در فقه امامیه و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

محمدامین کبیری^۱ | ابراهیم عبدی پور^۲

۱. نویسنده مسئول، دانش پژوه سطح چهار و مدرس حوزه علمیه قم، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: maminkabiri@yahoo.com
۲. استاد تمام، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: drabdipour@yahoo.com

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۲۴</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۸/۱۳</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۲</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۱/۱۷</p> <p>کلیدواژه‌ها:</p> <p>تخلف وصف، رفع عدم انطباق، انطباق مادی، فقه امامیه، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا.</p> <p></p>	<p>علی‌رغم لزوم عقلانی و شرعی وفا به قراردادها، در بسیاری از معاملات تخلف از وصف رخ می‌دهد و پس از انعقاد قرارداد یا بعد از تحویل کالا، معلوم می‌شود کالای مورد معامله، اوصاف موردنظر را نداشته است. در فقه و حقوق ایران تنها اثر شناخته شده تخلف از وصف در قراردادها خیار فسخ است، درحالی‌که فسخ معامله در بسیاری از موارد ممکن است برخلاف منافع مشروطه یا طرفین قرارداد باشد. ازاین‌رو، لازم است با تجدیدنظر در منابع فقهی سایر ضمانت اجراهای تخلف وصف بررسی گردد. یکی از این ضمانت اجراها که به‌طور شایسته به آن پرداخته نشده، امکان الزام به رفع عدم انطباق کالا است. در این پژوهش با روش استنباطی، مبانی فقهی «الزام به رفع عدم انطباق کالا» بررسی شده و به مقایسه این مساله در فقه اسلامی، حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا پرداخته شده است. ماهیت شرط وصف، ارتکازات عقلانی و برخی احادیث، از ادله الزام فروشنده به رفع عدم انطباق در معاملات عین معین به‌شمار می‌آید که در این تحقیق به‌طور ویژه موردتوجه قرار گرفته است.</p>

استناد: کبیری، محمدامین؛ عبدی پور، ابراهیم. (۱۴۰۴). الزام فروشنده به رفع عدم انطباق در تخلف اوصاف موضوع قرارداد در فقه امامیه و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۲)، ۲۵۱-۲۸۶. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6164.1976>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

مقدمه

یکی از مباحث مهم و پرکاربرد در حوزه قراردادهای بحث تخلف وصف موضوع معامله یا عدم انطباق کالا با قرارداد و ضمانت‌اجراهای این عدم انطباق است. عدم انطباق کالا در معاملات کلی در ذمه بحث کمتری دارد، زیرا در این فرض، فروشنده ملزم به تعویض کالا و تحویل کالای مطابق با توافق است؛ اما در معاملات عین معین، فقه امامیه و به تبع آن ماده ۲۳۵ قانون مدنی صرفاً حق فسخ را به عنوان ضمانت اجرا شناسایی کرده است. ولی روشن است که در بسیاری موارد برای مشروطه عین کالا اهمیت خاصی دارد و یا این که فسخ معامله دشواری‌هایی در پی دارد. پس، اگر تنها ضمانت اجرای فرض تخلف وصف را خیار فسخ بدانیم، وی متضرر شده و کارآمدی اقتصادی دچار اختلال خواهد شد.

در برخی نظام‌های ملی و نیز در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، صرف‌نظر از کلی یا شخصی بودن مورد معامله، ضمانت‌اجراها یا شیوه‌های جبران دیگری همانند تقلیل ثمن، درخواست کالای جانشین، پرداخت خسارت و الزام به رفع عدم انطباق، برای تخلف وصف در نظر گرفته شده است. در این تحقیق به بررسی مبانی فقهی الزام به رفع عدم انطباق به عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای تخلف وصف و مقایسه این مسئله در فقه امامیه و کنوانسیون بیع کالا پرداخته می‌شود. اهمیت بحث رفع عدم انطباق نسبت به بحث تقلیل ثمن و پرداخت خسارت، از این جهت است که بحث رفع عدم انطباق گستره‌عامی داشته و درجایی که وصف مورد نظر، تأثیری در ارزش مالی کالا ندارد نیز جاری است، درحالی که استفاده از راهکار تقلیل ثمن یا پرداخت خسارت در چنین فرضی دشوار است. همچنین مزیت استفاده از راهکار رفع عدم انطباق در مقایسه با درخواست کالای جانشین با توجه به مشکلات حمل‌ونقل و سایر موانع تعویض کالا روشن است. ضرورت تحقیق نیز - علاوه بر لزوم روشن شدن اصل مسئله از نظر فقهی - از این جهت است که حقوق ایران برای الحاق به کنوانسیون، نیازمند بررسی نقاط اشتراک و افتراق، و برطرف کردن موانع الحاق است.

قبل از ورود به اصل بحث، ذکر نکاتی برای روشن‌تر شدن محل نزاع، لازم است: اولاً موضوع بحث رفع عدم انطباق، اعم است از این‌که شرط وصف به نحو صریح در قرارداد ذکر شود یا این‌که شرط بنائی و ارتکازی باشد؛ ثانیاً مصادیق بحث اعم از عیب و غیر عیب است، یعنی تفاوتی نمی‌کند وصف تخلف شده، وصف صحت باشد یا وصفی دیگر، چنان‌که در ماده ۳۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز واژه "description" به کار رفته^۱ که به معنای توصیف است و شامل هر وصفی می‌شود. از این رو، تعبیر «رفع عدم انطباق» دقیق‌تر از تعبیری چون «تعمیر» یا «رفع عیب» است. ثالثاً چنان‌که بیان شد، محل بحث اعم است از این‌که وصف شرط شده، مؤثر در ارزش عین مورد معامله باشد یا این‌که چنین نباشد و صرفاً مورد غرض شخصی مشروطه باشد. همچنین طبعاً در صورت توافق طرفین بر رفع عدم انطباق، مسئله‌ای وجود نخواهد داشت و سخن ما در فرضی است که با عدم تمایل فروشنده به اصلاح و رفع عدم انطباق، بتوان وی را ملزم به آن دانست.

از سوی دیگر، لازم به ذکر است که رفع عدم انطباق از دو منظر قابل بررسی است: گاه ممکن است به عنوان حقی برای خریدار و در قالب حق الزام فروشنده به رفع عدم انطباق دیده شود و گاهی ممکن است به عنوان حق فروشنده و در قالب حق رفع عدم انطباق دیده شود که نتیجه آن این است که فروشنده حتی در صورت تمایل مشروطه به فسخ و عدم اصلاح، حق دارد کالا را تعمیر یا رفع نقص کرده و مانع اعمال خیار فسخ مشروطه شود. این تفکیک در برخی مقالات رعایت نشده و این دو بحث با هم خلط شده‌اند (اصغری آق‌مشهدی و محمدزاده، ۱۳۸۷، ص ۱۲۸). به هر حال، موضوع این تحقیق اختصاص به نگاه اول داشته و در مقام بیان اثبات جواز الزام به رفع عدم انطباق در کنار حق فسخ است، اما این‌که امکان رفع نقص و الزام به آن، مانع از ثبوت خیار فسخ باشد، می‌تواند موضوع پژوهش دیگری باشد. نتایج این پژوهش در دو مبحث ارائه خواهد شد. ابتدا به امکان الزام به رفع عدم انطباق از منظر فقهی و سپس از منظر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا خواهیم پرداخت.

1. "The seller must deliver goods which are of the quantity, quality and description required by the contract..."

۱. الزام به رفع عدم انطباق از منظر فقهی

از منظر فقهی، در این مسئله ابتدا باید بین اوصاف ذاتی و اوصاف عرضی تفکیک نمود و محل بحث در رفع عدم انطباق را منحصر به تخلف اوصاف عرضی دانست. اوصاف مورد معامله در یک تقسیم‌بندی به وصف مقوم یا ذاتی و وصف غیرمقوم یا عرضی تقسیم می‌شوند و از دیدگاه فقهی تخلف اوصاف ذاتی، موجب بطلان معامله و مصداق «ما وقع لم یُقصد» است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۲۵۵؛ خوبی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۳۸؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۹۴). در مورد معیار تشخیص این اوصاف می‌توان گفت اوصاف ذاتی به اوصافی گفته می‌شود که غرض اصلی و عمده مشروطه را تأمین می‌کنند به طوری که عرفاً موضوع فاقد وصف، مغایر با موضوع معامله محسوب شده و عرف، رضایت به آن را نیازمند توافق جدید می‌داند (یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۵۹). مانند این که انگشتی خریداری شود به شرط این که از جنس طلا باشد. به تعبیر برخی فقها اوصاف ذاتی و مهم را نمی‌توان حقیقتاً از باب شرط و اشتراط دانست حتی اگر در ظاهر عقد به عنوان شرط ذکر شده باشند (تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۴۵۳). به بیان دیگر، تعبیر وصف در مورد چنین اوصافی خالی از تسامح نیست (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۶۴۴).

اما در کنار تقسیم اوصاف به اوصاف ذاتی و عرضی، یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های مؤثر در بحث رفع عدم انطباق از منظر فقهی، تفکیک بین معاملات عین معین و معاملات کلی در ذمه است. از این رو، در ادامه بحث، رفع عدم انطباق مادی کالا در این دو حوزه به طور مستقل مطرح و بررسی می‌شود.

۱-۱. الزام به رفع عدم انطباق در معاملات عین معین

در معاملات واقع بر عین معین، چگونگی دخالت وصف، اقسام مختلفی دارد (توصیف، اشتراط صریح یا ضمنی، اعتماد بر توصیف یا رؤیت سابق و...) اما در بحث تخلف وصف، این صورت‌های ظاهری اهمیتی نداشته و مهم آن است که حقیقت اشتراط وجود داشته باشد (خوبی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۳۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۷۱، ص ۱۷۵). فارغ از صورت‌های ظاهری شرط وصف، از لحاظ فقهی اثبات جواز الزام به رفع عدم انطباق در معاملات عین معین از چند منظر قابل بررسی است که مهم‌ترین

آن‌ها، ماهیت و حقیقت شرط وصف است. برخی روایات و تمسک به ارتکازات عقلائی نیز در اثبات این مطلب نقش مهمی دارند. در ادامه به بررسی هر یک از این ادله سه‌گانه پرداخته می‌شود.

۱-۱-۱. دلیل اول: ماهیت شرط وصف

یکی از مهم‌ترین اموری که می‌تواند به عنوان مبنای الزام به رفع عدم انطباق مطرح شود، توجه به ماهیت و حقیقت شرط وصف است؛ به این معنا که وقتی طرفین قرارداد اوصافی را در مورد معامله شرط می‌کنند، حقیقت این عمل، چه تحلیلی دارد؟ به طور کلی، آثار هر عمل حقوقی تا حد زیادی تابع ماهیت آن است و شرط وصف نیز از این قاعده مستثنا نیست؛ لذا در ادامه به بررسی نظریات مطرح شده در مورد ماهیت شرط وصف در معاملات عین معین پرداخته می‌شود.

در مورد ماهیت شرط وصف در معاملات عین معین، دو نظریه عمده در میان فقها قابل طرح است: نظریه تعلیق لزوم معامله و نظریه التزام. چالش اصلی این است که از طرفی، وجود وصف در عین معین، تحت اختیار اشخاص نیست تا شرط، التزام و تعهد به آن معنا داشته باشد و از سوی دیگر، عین معین بر خلاف کالای کلی، قابل تقیید نیست تا حقیقت شرط در آن به تقیید بازگردد. در ادامه به بررسی این دو نظریه پرداخته می‌شود.

۱-۱-۱-۱. نظریه بازگشت شرط وصف در عین معین به تعلیق لزوم معامله

مطابق نظریه تعلیق لزوم، حقیقت شرط وصف در عین معین عبارت است از معلق کردن لزوم معامله بر وجود وصف در مبیع، و در نتیجه، در صورت تخلف وصف، مشروط‌اله حق فسخ خواهد داشت. روشن است که اگر ماهیت شرط وصف صرفاً تعلیق لزوم باشد، در موارد تخلف وصف نمی‌توان مشروط‌علیه را ملزم به رفع عدم انطباق کرد، بلکه تنها اثر شرط وصف، خیار فسخ خواهد بود.

از این نظریه با بیان‌های مختلفی یاد شده است: گاه عبارت فقیه آن است که شرط وصف در عین معین به جعل خیار برمی‌گردد (خویی، ۱۴۱۸، ج ۶، ص ۲۰۴؛ تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۳۸۰) و گاه گفته می‌شود: بازگشت آن به تعلیق التزام وفای به عقد بر وجود وصف است که نتیجه‌اش ثبوت خیار در فرض تخلف است (خویی، ۱۴۱۸،

الزام فروشنده به رفع عدم انطباق در تخلف اوصاف موضوع قرارداد در فقه امامیه ... / کبیری، عبدی پور ۲۶۱

ج ۲۷، ص ۴۰). در برخی تعبیرات نیز از تعبیر ناچاری استفاده شده و گفته شده در عین معین که قابل تقیید نیست، چاره‌ای نیست جز این که شرط وصف به این برگردد که التزام به بیع مشروط به وجود وصف شده است (خویی، ۱۴۱۷، ج ۷، ص ۸۵ و ۶۳).

در استدلال بر این نظریه گفته‌اند در عین معین، مورد معامله جزئی حقیقی است و اطلاقی ندارد تا تقیید آن معقول باشد، لذا آنچه تقیید و تعلیقش معقول است، یعنی لزوم عقد، مشروط به وجود وصف در مورد معامله است که بازگشت این مطلب به جعل خیار در فرض تخلف و به تعبیر دیگر تعلیق لزوم معامله است (خویی، ۱۴۱۸، ج ۲۷، ص ۴۰ و ج ۱۶، ص ۲۲۷). در برخی تعبیرات پیروان این دیدگاه، گفته شده چون تعلیق در عقد مُبطل است بنابراین شرط وصف را باید به تعلیق لزوم معنا کرد نه تعلیق اصل معامله (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۳۱۴؛ خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۳۸ و ج ۶، ص ۲۰۴ و ج ۱، ص ۲۶۱).

در بیانی مشابه، برای اثبات این نظریه به غیراختیاری بودن شرط وصف تمسک شده و گفته شده از آنجا که وجود و عدم وجود وصف در عین معین، امری غیراختیاری است و التزام تنها به امر اختیاری تعلق می‌گیرد، پس بازگشت شرط صفت به جعل خیار در فرض تخلف است (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۳، ص ۷۴؛ خویی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۱۸۰). همچنین در برخی تعبیرات اضافه شده است: برفرض پذیرش این که التزام به وصف صحیح و معقول است، اثری بر این التزام مترتب نیست جز خیار در فرض تخلف (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۱۷). این عبارات نشانگر آن است که توجهی به وجود ضمانت اجرای دیگری برای تخلف وصف، همانند رفع عدم انطباق نشده است.

۱-۱-۲. نقد نظریه تعلیق لزوم

به نظر می‌رسد نظریه تعلیق لزوم در ماهیت شرط وصف نظریه صحیحی نیست و طبق ارتکازات عقلانی چنین نیست که ماهیت شرط وصف، جعل خیار در فرض تخلف باشد. هرچند می‌توان ثبوت خیار فسخ را از آثار شرط وصف دانست، اما نباید بین ماهیت شرط و اثر آن خلط کرد. اساساً چه بسا شخصی معامله‌ای را با

شرط وصف انجام می‌دهد، اصلاً التفاتی به جعل خیار برای خود نداشته باشد و خیار از احکام عقلایی یا شرعی شرط وصف باشد. حتی در فرض التفات شخص به خیار فسخ نیز باید خیار را از آثار یا ضمانت اجراهای شرط وصف دانست، نه این که ماهیت شرط وصف صرفاً جعل خیار باشد.

از این رو، برخی فقها صریحاً گفته‌اند حقیقت شرط، تعلیق نیست، بلکه نوعی التزام است و شرط، در رتبه عقد است (خامنه‌ای، ۱۴۱۸، ص ۶۵). به تصریح برخی فقیهان، التزام به وصف، غیر از خیار در فرض تخلف وصف است و چنین نیست که دومی لازمه اولی بوده و تفکیک آن دو ممکن نباشد. شرط وصف همانند شرط فعل به معنای متعهد شدن به وجود وصف در مورد معامله است به گونه‌ای که مشروط‌له مستحق آن است که مورد معامله دارای وصف شرط شده باشد، نه به معنای جعل خیار در فرض تخلف وصف. در حقیقت، معنای تعهد یا التزام به وصف، عبارت است از: قرار دادن حق وصف برای مشروط‌له در برابر مشروط‌علیه (یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۶۱).

از دیگر اشکالات نظریه تعلیق لزوم، آن است که طبق این نظریه، تحلیل شرط وصف ضمن عقود جائز با مشکل مواجه می‌شود؛ اگر حقیقت شرط صرفاً جعل خیار باشد، عقودی که به خودی خود جائزند، شرط ضمن آن‌ها نیاز به تحلیل دیگری دارد، در حالی که به نظر می‌رسد از جهت ماهیت شرط، فرقی بین این موارد نیست و شرط در همه این موارد حقیقت واحدی دارد. برخی از فقها در مورد عقود جائز از این اشکال پاسخ داده‌اند که عقدی مثل هبه شرعاً جایز است نه عرفاً، لذا می‌توان شرط ضمن عقود جایز را به معنای تعلیق لزوم عرفی بر تحقق شرط دانست (روحانی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۱۱۶) اما صحت این پاسخ مبتنی بر آن است که همه عقود جایز، عرفاً از عقود لازم باشند، در حالی که این مطلب صحیح به نظر نمی‌رسد. برخی در نقد نظریه تعلیق لزوم عقد گفته‌اند: «لزوم، حکم شرعی است و در اختیار متعاقدان قرار ندارد تا بتوانند چیزی را به عنوان شرط برای لزوم قرار دهند» (باقری؛ داورزنی؛ هل‌اتایی، ۱۳۹۸، ص ۱۴). اما این نقد صحیح نیست؛ زیرا روشن است که جعل خیار فسخ در معامله در اختیار متعاقدين است و بازگشت این نظریه چنان که گذشت به جعل خیار در

فرض تخلف وصف است، لذا از این جهت، مشکلی ندارد.

۱-۱-۱. نظریه التزام در شرط وصف عین معین

با توجه به آنچه گذشت صحیح آن است که ماهیت شرط وصف در معاملات عین معین، التزام و به عهده گرفتن وصف یا تضمین وجود آن است. التزام و به عهده گرفتن وصف، امری است که از نظر عقلانی معقول است و شرط وصف هم به همین معنا است و خیار، صرفاً اثر آن است. هرچند این که وصف در عین معین موجود باشد یا نه امری است که در اختیار مشروط علیه نیست، اما به عهده گرفتن و التزام در مورد آن از نظر عقلانی قابل تصور است. شاهد مطلب آن است که در بازار عرف و عقلاء تعبیر «ملتزم می شوم که برده کاتب باشد» یا «کاتب بودن این برده به عهده من است» یا «داشتن این وصف یا قابلیت در کالا را تضمین می کنم»، تعبیراتی رایج و معقول است و چنین نیست که حقیقت این تعبیرات، صرفاً جعل خیار در فرض تخلف باشد.

این نظریه در خصوص ماهیت شرط وصف، شواهد فراوانی در عبارات فقها دارد. بسیاری از فقها اشکال عدم امکان التزام به وصف در معاملات عین معین را اشکال واردی ندانسته و تعلق گرفتن التزام و تعهد به وصف را امری عقلانی (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۴۶۱؛ مصطفی خمینی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۴۵) یا عرفی (اراکی، ۱۴۱۴، ص ۴۹۴) دانسته اند که حق فسخ در فرض تخلف، صرفاً اثر آن است نه ماهیت آن. همچنین برخی دیگر تصریح کرده اند که التزام به وصف معقول است؛ زیرا التزام لزوماً به معنای انجام فعل نیست، بلکه به معنای به عهده گرفتن است که اثر این بر عهده گرفتن، ثبوت خیار در فرض تخلف است (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، ۴۶/۲). در برخی تعبیرات نیز حقیقت شرط وصف به دو التزام (التزام به وصف به مدلول مطابقی و التزام به خیار به مدلول التزامی) ارجاع داده شده است (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۴۶).

سید یزدی نیز از جمله کسانی است که التزام به وصف را در نگاه عرفی قابل تحقق می داند؛ البته تحقق التزام به وصف در نظر ایشان مشروط به دو شرط است؛ اول این که وصف حالی باشد نه استقبالی و دوم این که اطمینان به تحقق وصف مورد نظر وجود داشته باشد، بلکه در فرض عدم اطمینان هم مشکل از جهت غرر

است نه غیرمقدور بودن (یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۱۲۰ و ۱۰۹ و ۱۰۸). اما این که برخی در مقام اشکال به سید یزدی گفته‌اند التزامات عرف نسبت به وجود وصف در مبیع، در مقام اخبار است نه انشاء (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۶۲)، صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا روشن است که شرط وصف در مقام انجام معامله، ظاهر در انشا و التزام است نه صرف اخبار و حکایت.

با توجه به آنچه بیان شد می‌توان نظریه جدیدی را مطرح کرد که در تعیین سرنوشت مسئله رفع عدم انطباق، نقش اساسی دارد. مطابق این نظریه، ماهیت شرط وصف در معاملات عین معین عبارت است از به عهده گرفتن وصف، و این ماهیت آثاری دارد. اثر آن در اوصاف غیرقابل اصلاح، خیار فسخ است، و اثر آن در سایر اوصاف علاوه بر خیار فسخ، عبارت است از استحقاق وجود وصف بر عهده مشروط‌علیه که نتیجه آن، جواز الزام وی به اصلاح و رفع عدم انطباق است. بنابراین می‌توان ادعا کرد که حقیقت التزام از نظر عقلانی در مورد شرط وصف، قابل تصور است و نتیجه آن این است که مشروط‌له استحقاق وجود وصف را بر عهده مشروط‌علیه، پیدا می‌کند.

در برخی تعبیرات فقهی نیز شرط وصف به معنای التزام و در نتیجه، قرار دادن حق بر عهده مشروط‌علیه آمده است. به عنوان نمونه سید یزدی در تعبیری دقیق می‌نویسد: «التزام به وصف امری است و خیار در فرض تخلف آن امری است دیگر... معنای شرط وصف عبارت است از به عهده گرفتن وجود وصف به نحوی که مشروط‌له بر عهده مشروط‌علیه مستحق است که مورد معامله متصف به آن وصف باشد و چنین نیست که معنای شرط وصف، جعل خیار در فرض تخلف آن باشد. بنابراین تعهد به وصف، به معنای جعل حق وصف برای مشروط‌له است» (یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۶۱). محقق اصفهانی نیز معتقد است که اثر التزام به وصف، عبارت است از استحقاق وصف (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۱۷۷)، چنان‌که تعبیر استحقاق وصف در عبارات دیگران نیز آمده است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۱۷۸؛ همدانی، ۱۴۲۰، ص ۵۱۸).

حال که اثبات شد در شرط وصف در معاملات عین معین، مفاهیمی چون

«التزام»، «به عهده گرفتن»، «تضمین» و «استحقاق وصف» متصور است، نوبت به اثبات این مطلب می‌رسد که اثر تخلف وصف تنها منحصر به خیار نیست تا در نتیجه، این پرسش که «اگر التزام به وصف صحیح باشد، چه اثری جز خیار تخلف بر آن مترتب است؟» (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۱۷) پاسخ داده شود.

۱-۱-۴. اثبات الزام به رفع عدم انطباق بر مبنای نظر مختار در ماهیت شرط

وصف

پس از اثبات معقول بودن التزام و تعهد به وجود وصف مورد توافق در مورد معامله، می‌توان الزام به رفع عدم انطباق را از آثار شرط وصف دانست. طبق نظر مختار، شرط وصف به معنای التزام و بر عهده گرفتن وصف است. مشابه این تأسیس در نظام کامن لا تحت عنوان «ورانتی یا تضمین» در قرارداد وجود دارد که بر اساس آن معامله‌کننده وجود صفتی یا کیفیت یا قابلیت در مورد معامله را تضمین می‌کند^۱. (Beatsom, 1998, p. 136; Beale, 2000, p. 1112).

بر عهده گرفتن وصف و حق وجود وصف در مبیع، از نظر عقلایی آثاری دارد از جمله این‌که اگر وصف قابل تدارک است بر مشروط‌علیه لازم باشد که آن را ایجاد کند و لاقلاً در فرض مطالبه مشروط‌له این کار لازم باشد. بنابراین اگر کسی کالایی را به شرط داشتن اوصافی خاص بفروشد، در فرض فقدان وصف، مشروط‌له حق الزام فروشنده به رفع عدم انطباق را دارد، زیرا لازمه التزام و به عهده گرفتن وصف همین مطلب است. ثبوت این حق، هم عقلانی است و هم از نظر شرعی منعی برای آن نیست. هرچند در عبارات غالب فقها صریحاً سخنی از لزوم رفع عدم انطباق به

1. warranty, a promise or guarantee made by a seller or lessor about the characteristics or quality of property, goods, or services. A warranty can be either “express” (i.e., explicit oral or written representations about the quality or identity of the item) or “implied” (i.e., inferred into the contract in accordance with legal requirements), and it can serve to help the purchaser or lessee to secure receipt of conforming goods or provide a remedy for breach of the agreement by the seller. In the event that a warranty is breached, the law provides the injured party with the right to monetary damages, repair of the original good, or replacement with substitute goods. A warranty combines with the laws governing negligence and strict liability to provide protection to consumers as to product safety and contractual integrity.

میان نیامده، اما می‌توان شواهد فقهی متعددی بر آن اقامه کرد. به‌عنوان نمونه، محقق اصفهانی بیان می‌کند: معنای التزام به شیء این است که شخص، خود را مرجع مطالبه آن قرار دهد. التزام به وصف در عین معین، در صورت وجود وصف، به معنای متعهد شدن به تحویل دادن شیء موصوف به وصف است و در صورت فقدان وصف، مستلزم رفع عدم انطباق است (اصفهانی، ۱۴۱۹، ص ۴۴). سید یزدی نیز حکم به وجوب ایجاد وصف در عین معین در صورت امکان آن را به‌عنوان احتمال مطرح کرده است (یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۶۵). یکی از فقها نیز در بحث معنای فقهی شرط می‌نویسد: «التزام شرطی و تعهد در امور غیراختیاری که احتمال حصول آن وجود دارد، امری است که میان عقلا رواج دارد و دائماً در معاملاتشان به وجود اوصافی در مبیع ملتزم می‌شوند با این‌که در اختیار آن‌ها نیست، مانند فروش هندوانه به شرط شیرین بودن. چنین نیست که بازگشت این عمل، به شرط خیار در فرض تخلف شرط باشد، بلکه خیار، فرع بر حق وجود وصف در مبیع است که این حق برای مشروط‌له بر عهده مشروط‌علیه ثابت شده است. بنابراین معنای نفوذ شرعی شرط، جعل و اعتبار این حق است و از آثار این حق، آن است که در صورت عدم امکان ایجاد وصف، خیار فسخ حاصل شود و در صورت امکان آن، مشروط‌له حق مطالبه ایجاد وصف را دارد، مانند شرط سیاه بودن نخ فروخته شده در فرضی که امکان سیاه‌رنگ کردن آن وجود داشته باشد» (اراکی، ۱۴۱۹، ص ۶۳۷).

پس، این ادعا که «بر مشروط‌علیه ایجاد وصف واجب نیست زیرا فرض آن است که در معامله، شرط وصف شده است نه شرط فعل» (حسنی، بی‌تا، ص ۴۲۱) صحیح نیست، زیرا هرچند شرط در شرط وصف، مستقیماً به ایجاد صفت تعلق نگرفته، اما لزوم ایجاد صفت و استحقاق مطالبه آن، از آثار شرط وصف است.

۲-۱-۱. دلیل دوم: روایات

با تتبع در مجامع حدیثی، روایاتی به دست می‌آید که می‌توان برای اثبات الزام به رفع عدم انطباق در موضوع قرارداد به آن‌ها تمسک کرد. این روایات با برخی دیدگاه‌های فقهی در خصوص این مسئله سازگاری نداشته و در صورت پذیرش سند و دلالت آن‌ها بازنگری در این دیدگاه‌ها، محتمل است. در ادامه به بررسی آن‌ها پرداخته

می شود.

۱-۲-۱-۱. روایت اول: روایت عمر بن حنظله در فروش زمین

در این روایت شخصی زمینی را خریداری کرده به شرط این که مساحت آن ده جریب باشد اما پس از انجام معامله و تفرق از مجلس، متوجه می شود که پنج جریب بوده است. امام (ع) مشتری را مخیر بین فسخ معامله و قبول آن (پس از تقسیط ثمن) می داند مگر این که فروشنده در کنار آن زمین، زمین دیگری داشته باشد که در این صورت باید از آن زمین به میزان پنج جریب به مشتری دهد و معامله لازم خواهد بود.^۱ محل استشهاد، ذیل روایت است که امام (ع) رفع عدم انطباق وصف تخلف شده (ده جریب بودن زمین) را بر فروشنده لازم دانسته اند. سخن در این است که آیا این دلیل، مطابق قواعد است یا نه؟ لذا شیخ انصاری - در بحث تقسیط ثمن بر شروط - به صدر روایت استدلال کرده سپس فرموده است: «اگر نتوان ذیل روایت را مطابق قواعد دانست، ضرری به استدلال به صدر آن وارد نمی شود» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۸۵) که نشانگر تردید ایشان در این جهت است. همچنین لازم به ذکر است که بحث رفع عدم انطباق شامل مورد روایت که تخلف اوصاف مقداری است می شود، چنان که در مورد کنوانسیون بیع بین المللی کالا نیز به این مطلب تصریح شده (شعاریان و رحیمی، ۱۴۰۰، ص ۵۶۱) و گفته شده که در این فرض، اصلاح یا رفع عیب از طریق تسلیم مقدار کسری صورت می گیرد (صفایی، ۱۴۰۱، ص ۱۷۸). در ادامه، بررسی این روایت به عنوان یکی از ادله رفع عدم انطباق کالا، در قالب بحث سندی و دلالتی مطرح می شود.

۱-۲-۱-۱. بررسی سند و دلالت روایت عمر بن حنظله

از نظر سندی در طریق شیخ صدوق به عمر بن حنظله^۲ تنها کسی که محل تردید است، داود بن حصین است اما با توجه به توثیق ایشان در کلام برخی رجالین

۱. وَ رَوَى عُمَرُ بْنُ حَنْظَلَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ بَاعَ أَرْضاً عَلَى أَنْ فِيهَا عَشْرَةَ أَجْرِيَّةٍ ... فَلَمَّا مَسَحَ الْأَرْضَ إِذَا هِيَ خَمْسَةٌ أَجْرِيَّةٍ قَالَ إِنَّ شَاءَ اسْتَرْجَعَ فَضَّلَ مَالَهُ وَأَخَذَ الْأَرْضَ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ الْبَيْعَ وَأَخَذَ مَالَهُ كُلَّهُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ إِلَى حَدِّ تِلْكَ الْأَرْضِ لَهُ أَيْضاً أَرْضُونَ فَيُوقَفُ وَ يَكُونُ الْبَيْعُ لَازِماً لَهُ وَ الْوَقْفُ لَهُ بِتَمَامِ الْبَيْعِ.

۲. و ما كان فيه عن عمر بن حنظلة فقد روئيه عن الحسين بن أحمد بن إدريس رضي الله عنه عن أبيه، عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن محمد بن عيسى، عن صفوان بن يحيى، عن داود بن الحصين، عن عمر بن حنظلة.

(ابن داود، ۱۳۸۳، ص ۱۴۳ و ۴۵۲؛ نجاشی، ۱۴۰۷، ص ۱۵۹) می‌توان وثاقت وی را اثبات کرد. وثاقت عمر بن حنظله نیز طبق برخی مبانی رجالی چون اکثار اجلاء و روایت بدون واسطه صفوان بن یحیی از او قابل اثبات است (شیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱۹، ص ۶۰۵).

از نظر دلالت، ارتباط این روایت به محل بحث مبتنی بر این است که مورد معامله در روایت، عین معین باشد نه کلی در ذمه، و روشن است که ظاهر روایت^۱ همین است (مامقانی، ۱۳۵۰، ص ۱۷۷)، خصوصاً که معامله زمین به نحو کلی در ذمه متعارف نیست. با توجه به این مطلب، می‌توان این روایت را مرتبط با بحث رفع عدم انطباق دانسته و گفت: امام (ع) بر فروشنده لازم دانسته‌اند که وصف تخلف شده در معامله (ده جریب بودن زمین) را با تحویل دادن زمین‌های مجاور جبران کند.

پس از تتبع به دست می‌آید که فقهای زیادی به این روایت عمل کرده یا به آن متمایل شده‌اند. شیخ طوسی صریحاً به مفاد این روایت فتوا داده و بر فروشنده لازم دانسته است که نقص را با زمین‌های مجاور جبران کند (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۲۰). علامه حلی نیز هرچند مستقیماً به روایت تمسک نکرده، اما این نظر را بعید ندانسته و در تعلیل آن گفته است: «لأنه أقرب إلى المثل من الأرش» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۲۸۶). همچنین یوسف بحرانی اشکالات سندی روایت را وارد ندانسته و به مفاد آن ملتزم شده است (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۸، ص ۴۸۳). برخی دیگر نیز به این نظر متمایل شده و عمل به روایت را مطابق احتیاط برای مشتری دانسته‌اند (صاحب ریاض، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۶۱؛ صاحب ریاض، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۳۲۶). برخی دیگر نیز احتمال لزوم تکمیل بر بایع را با توجه به روایت مطرح کرده‌اند (یزدی، ۱۴۱۵، ص ۲۲۰) و برخی دیگر عمل به این روایت را ترجیح داده، سند آن را قوی و دلالت آن را تمام دانسته‌اند، و اضافه کرده‌اند که اعراض فقها از آن ثابت نشده است (مامقانی، ۱۳۵۰، ص ۱۷۷).

بنابراین به نظر می‌رسد می‌توان این روایت را از ادله بحث رفع عدم انطباق مبیع دانست. البته تعدی از مورد روایت به تمام موارد تخلف وصف، نیازمند تعدی از اوصاف راجع به مقدار، به سایر اوصاف مورد معامله است. اما به نظر می‌رسد هرچند این تعدی نسبت به حکم تقسیط ثمن بر شروط، صحیح نیست، اما نسبت به بحث

۱. فی رجل باع أرضاً على أن فيها عشرة أجرة ... فلما مسح الأرض فإذا هي خمس أجرة.

جاری یعنی رفع عدم انطباق، بعید نمی‌نماید. مضافاً به این‌که مورد روایت یعنی زمین، مختلف‌الاجزاء (شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۴۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۷۸) یا قیمی است نه مثلی (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۸۶؛ طباطبایی قمی، ۱۴۰۰، ج ۴، ص ۴۱۲؛ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۸۶) و عادتاً زمین‌های مجاور تفاوت‌هایی با زمین فروخته شده دارند، لذا عدم انطباق مبیع با دید دقیق، جبران نمی‌شود و علی‌رغم این مطلب، حکم به رفع عدم انطباق شده است. در پایان باید گفت مفاد این روایت، نه تنها لازم بودن رفع نقص بر فروشنده است بلکه حق فسخ تنها در صورت عدم امکان رفع نقص، ثابت دانسته شده است؛ اما چنان‌که گذشت، بررسی نسبت میان الزام به رفع عدم انطباق و خیار تخلف وصف، از موضوع این تحقیق خارج است و نیازمند بررسی کامل ادله خیار تخلف وصف است تا در مرحله بعدی معلوم شود چه نسبتی (مانند تخصیص، حکومت یا تعارض) میان ادله این دو ضمانت اجرا برقرار است.

۱-۲-۲. روایت دوم: روایت قضاوت امیرالمؤمنین (ع) در فروش روغن

در این روایت شخصی، ظرفی از روغن را به نحو مجموعی (تمام ظرف را) خریداری کرده اما بخشی از آن به جای روغن، رسوبات بوده است و امام (ع) در پاسخ فرموده‌اند مشتری به مقدار رسوبات، مستحق روغن است.^۱

از نظر سندی ممکن است نوفلی و سکونی باعث ضعف روایت دانسته شوند، اما چنان‌که برخی از محققین رجالی بیان کرده‌اند سکونی ثقه است؛ زیرا شیخ طوسی تصریح کرده است که اصحاب به روایات وی عمل می‌کنند (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۱۴۹) و از آنجاکه غالب روایات سکونی از طریق نوفلی است، وثاقت نوفلی نیز اثبات می‌شود (شیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۱۹۸ و ج ۱۷، ص ۵۳۴۵).

از نظر دلالت، در مورد ارتباط این روایت به بحث جاری باید گفت: وصف شرط شده در مبیع، این بوده است که به مقدار تمام ظرف مورد نظر، در آن روغن باشد و پیدا شدن رسوبات در آن به معنای تخلف این وصف است. در چنین فرضی

۱. علی بن ابراهیم عن ابيه عن النوفلي عن السكوني عن جعفر عن ابيه (ع) أنَّ علياً (ع) قضى - في رجل اشترى من رجل عكَّةً فيها سمنٌ اختكرها حكرةً فوجد فيها زناً فخاصمه إلى علي (ع) فقال له علي (ع) لك بكل الرب سمناً فقال له الرجل إنَّما بعته منك حكرة فقال له علي (ع) إنَّما اشترى منك سمناً ولم يشتر منك زناً (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۶۷).

حکم امام (ع) به استحقاق روغن به میزان تخلف شده، به این معناست که فروشنده باید عدم انطباق مقدار را رفع کرده و به میزان مورد نظر به مشتری روغن تحویل دهد. اما برخی از فقها از جمله شیخ انصاری این روایت را خلاف قاعده دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۳۸۱). در وجه خلاف قاعده بودن این روایت گفته شده: اگر مورد روایت، خیار عیب باشد مشتری مستحق ارش یا فسخ است و اگر مورد آن، خیار تبعض صفت باشد، بیع به نسبت رسوبات، باطل شده و نسبت به مابقی، حق فسخ وجود دارد؛ و به هر حال، مطابق قواعد موجود در فقه معاملات، چنین نیست که در معامله عین معین، مشتری به میزان رسوبات، مستحق روغن باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۵۵؛ روحانی، ۱۴۲۹، ج ۶، ص ۱۹۰). از این رو، برخی از فقها سعی در توجیه این روایت کرده‌اند، اما این تلاش‌ها ناتمام به نظر می‌رسد. در ادامه سه توجیه مذکور برای این روایت، مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

توجیه اول آن است که روایت بر معامله روغن به نحو کلی حمل شود (لاری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۴۰۵). توجیه دوم نیز آن است که مورد روایت بر عیب حمل شده و استحقاق مشتری نسبت به باقی مانده روغن، از باب ارش باشد (مامقانی، ۱۳۵۰، ص ۱۰۳) لذا برخی این روایت را از مصادیق عیب شرعی دانسته و تعبیر کرده‌اند که مورد روایت به منزله نقص در خلقت اصلیه است (آل عصفور، بی تا، ج ۱۱، ص ۴۱۸)، و در تعبیری دیگر، مورد روایت را (ظاهر شدن رسوبات به جای روغن) ملحق به عیب دانسته‌اند (آل عصفور، ۱۴۲۱، ص ۵۱۹). این دو توجیه در کلام برخی از محدثین نیز بیان شده است (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۱، ص ۲۲).

اما ظهور قوی فرض روایت این است که معامله ظرف روغن به نحو عین معین واقع شده است نه کلی در ذمه، زیرا تعبیر «حکرة» در روایت به معنای «جمله» و «مجتمعه» است و این تعبیر با معامله کلی سازگاری ندارد (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۵۵؛ خوبی، ۱۴۱۷، ج ۷، ص ۲۵۹؛ روحانی، ۱۴۲۹، ج ۶، ص ۱۹۰). توجیه دوم (حمل روایت بر عیب و ارش) نیز صحیح نیست، زیرا اولاً امام (ع) مشتری را به میزان رسوبات، مستحق روغن دانسته‌اند در حالی که ارش به معنای «نسبت تفاوت قیمت صحیح و معیب با ثمن المسمی است» و به پاسخ امام (ع) بی ارتباط است (تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۳۵۲؛

روحانی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۱۸۲) لذا چنان که برخی گفته اند حمل روایت بر ارش، تکلف است (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۱). ثانیاً، ظاهر روایت آن است که رسوبات از روغن جدا بوده لذا تعیین مقدار آن ممکن است و در این صورت، مورد روایت از باب عیب نخواهد بود (شهیدی، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۴۵۱؛ اراکی، ۱۴۱۴، ص ۳۱۷). ثالثاً ظهور روایت در لازم بودن بیع است نه این که مشتری دارای حق فسخ از باب عیب باشد (شهیدی، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۴۵۱).

از این رو برخی دست به توجیه سومی زده و با توجه به این که ظاهر روایت، وقوع معامله به نحو عین معین است، روایت را بر بحث تبعض صنفه حمل کرده و پاسخ امام (ع) را بر استحقاق میزانی از ثمن که در مقابل روغن واقع می شود (نه خود روغن) حمل کرده اند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۲۸۳؛ خویی، ۱۴۱۷، ج ۷، ص ۲۵۹). اما این توجیه نیز صحیح نیست زیرا ظهور روایت در این است که مشتری مستحق مقداری از روغن است که می بایست در ظرف موجود بوده و به جای آن، رسوبات تحویل گرفته است، نه مستحق بخشی از ثمن.^۱ اساساً این که گمان شده روایت مورد نظر مخالف قواعد است، ناشی از این است که مقوله رفع عدم انطباق در معاملات، نادیده گرفته شده است، در حالی که می توان روایت را از این باب دانست و در آن قواعد تجدید نظر کرد. بنابراین اگر تخلف وصف را مستلزم جواز الزام به رفع عدم انطباق بدانیم که سایر ادله آن گذشت، دیگر این روایت مخالف قواعد نخواهد بود و نیازی به حمل آن بر توجیهاات خلاف ظاهر نیست.

۱-۱-۳. دلیل سوم: ارتکازات عقلایی

به نظر می رسد فارغ از ماهیت شرط وصف و فارغ از روایات، ارتکازات عقلایی را نیز می توان از ادله جواز الزام به رفع عدم انطباق به حساب آورد. با مراجعه به ارتکازات، به نظر می رسد وجود چنین حقی کاملاً عقلایی است و عقلا این حق را به مشروطه می دهند که در صورت تخلف وصف، بتواند مشروطه علیه را ملزم به رفع عدم انطباق کند نه این که صرفاً حق فسخ داشته باشد. منحصر دانستن حق مشروطه علیه به فسخ با وجود این واقعیت که چه بسا عین مورد معامله برای او اهمیت دارد یا فسخ

۱ «لَكَ بِكَيْلِ الرَّبِّ سَمْنًا... إِنَّمَا اشْتَرَى مِنْكَ سَمْنًا وَ لَمْ يَشْتَرِ مِنْكَ زَيْتًا».

کردن معامله به ضرر اوست، امری غیرعقلایی به نظر می‌رسد، کما این‌که در اسناد حقوق تجارت بین‌الملل نیز مقرر شده است. بر اساس ماده ۳-۲-۷ اصول قراردادهای تجاری یونیدروا، حق مربوط به اجرای تعهد در موارد مقتضی، شامل حق درخواست جبران عیب و نقص، جایگزین کردن یا شیوه جبران دیگری برای اجرای معیوب و ناقص تعهد می‌شود.

۲-۱. الزام به رفع عدم انطباق در معاملات کلی در ذمه

در معاملات کلی در ذمه بحث تخلف وصف وضعیت کاملاً متفاوتی با معاملات عین معین دارد؛ زیرا اگر فروشنده کالای فاقد وصف تحویل دهد، به معامله وفا نکرده و باید کالای مطابق تحویل دهد، و اگر اساساً چنین کالایی موجود نباشد، مصداق تعدّر مورد معامله است. از این رو، در برخی تعبیرات فقهی، ضمن ادعای اجماع بر عدم جریان خیار تخلف وصف در معاملات کلی در ذمه، گفته شده تخلف وصف در معاملات کلی در ذمه، فرض ندارد (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۶۲). عدم جریان خیار تخلف وصف در معاملات کلی، اصطلاح شرط صفت را نیز تحت تأثیر قرار داده و برخی از حقوق دانان این اصطلاح را مختص معاملات عین معین دانسته‌اند (امامی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۲۸۲). در مقابل، برخی دیگر معتقدند چنین نیست که نظریه شرط صرفاً به عنوان سبب خیار مورد مطالعه گیرد؛ لذا اختصاص اصطلاح شرط صفت به عین شخصی را ناصحیح دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۱۴۹). اما آنچه از منابع فقهی به دست می‌آید این است که هرچند از نظر اصطلاحی، اصطلاح شرط صفت مختص به معاملات عین معین نیست، ولی حقیقت شرط وصف در معاملات عین معین تفاوت عمده‌ای با معاملات کلی در ذمه دارد و این تفاوت موجب عدم جریان خیار تخلف وصف در معاملات کلی است.

توضیح آن‌که حقیقت شرط وصف در معاملات کلی در ذمه به «تقید مورد معامله» ارجاع داده شده است که از این مطلب با تعبیرات مختلفی از جمله «تقید موضوع معامله» (امامی خوانساری، بی‌تا، ص ۳۹۰؛ تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۴۰۳ و ج ۴، ص ۵۵۳؛ خوبی، ۱۴۱۸، ج ۱۶، ص ۲۲۸؛ ناینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۳۶)، «تضمین» (تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۵۵۲؛ خوبی، ۱۴۱۸، ج ۶، ص ۲۰۴؛ رشتی، ۱۴۰۷، ص ۴۳۷)، «تقسیم» (امامی خوانساری، بی‌تا، ص ۳۹۰ و

۲۶۹)، «تنويع» (اصفهانى، ۱۴۱۹، ص ۶۰؛ رشتى، ۱۴۰۷، ص ۶۰۳؛ رشتى، بی تا، ص ۱۳۴) و یا «تخصیص» (خوبی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۲۶۱ و ج ۳۱، ص ۳۹) نام برده شده است. مطابق این دیدگاه، شرط وصف در معاملات کلی به این مطلب بر می گردد که موضوع معامله، قسم خاصی از عنوان کلی است نه همه اقسام آن؛ در نتیجه اگر کالای فاقد وصف تحویل داده شود، مانند آن است که کالای کاملاً مغایر با موضوع معامله تحویل داده شده است. برخی از حقوق دانان علت عدم جریان حق فسخ در معاملات کلی را این گونه تحلیل کرده اند که ضرر ناروا از راه تسلیم مصداق کلی قابل جبران است برخلاف عین معین که جبران ضرر جز از راه فسخ ممکن نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۲۰۹)؛ اما چنان که گذشت، علت تفاوت، عمیق تر از این مطلب است، مضاف بر این که تحلیل مذکور تنها بر اساس نظریه ای جاری است که مبنای خیار را ضرر می داند.

به هر حال، در بیع کلی در ذمه باید چنین گفت: در صورتی که فروشنده کالای فاقد وصف شرط شده را تحویل دهد، این تسلیم کأن لم یکن تلقی شده و همچنان موظف است کالای مطابق تحویل دهد (هرچند می تواند همان فرد تحویل داده شده را اصلاح کرده و مجدداً تحویل دهد) و اگر امکان تسلیم کالای منطبق وجود نداشته باشد، معامله از باب تعذر تسلیم باطل است؛ بنابراین در هیچ صورتی، دلیلی بر جواز الزام فروشنده به رفع عدم انطباق در کار نیست. ادله ای نیز که برای اثبات الزام به رفع عدم انطباق مطرح شد (ماهیت شرط وصف، روایات و ارتکازات عقلانی) اختصاص به معاملات عین معین دارند. البته از نظر لفظی می توان مفهوم رفع عدم انطباق را توسعه داد و گفت در مبیع کلی در ذمه، رفع نقص از طریق تعویض کالا محقق می شود (صفایی، ۱۴۰۱، ص ۱۷۸)؛ اما مراد از رفع عدم انطباق در معنای اصطلاحی، معنای خاص آن است.

برخی از نویسندگان حقوقی گفته اند: در معاملات کلی وقتی مشتری حق رد کل کالا را دارد و می تواند کالای صحیح جایگزین را مطالبه کند، به طریق اولی حق خواهد داشت از فروشنده مطالبه رفع نقص کند چراکه در غالب موارد این روش مناسب تر جلوه می کند (اصغری آقمشهدی و محمدزاده، ۱۳۸۷، ص ۱۴۰). در استدلال

دیگری به ضرر تمسک شده و گفته شده است رد مبیع و تقاضای کالای جانشین چه بسا ممکن است مدتی طول بکشد، حال آن‌که رفع عیب از سوی مشتری به نمایندگی از بایع و مطالبه هزینه آن از او ممکن است نیاز به زمان کمتری داشته باشد (اصغری آقمشهدی و محمدزاده، ۱۳۸۷، ص ۱۳۳). از آنچه گذشت بطلان این استدلال‌ها روشن می‌شود زیرا با توجه به بازگشت شرط وصف به تقیید در معاملات کلی، تحویل دادن کالای فاقد وصف به معنای تحویل دادن کالایی مغایر با موضوع معامله است و دلیلی بر جواز الزام به رفع نقص در چنین کالایی در کار نیست. ضرر ناشی از تأخیر تسلیم کالای مطابق نیز با پرداخت خسارت، قابل جبران است و به هر حال، دلیل بر ایجاد تکلیف تعمیر بر فروشنده بدون رضایت وی نیست. البته اگر طرفین توافق بر اصلاح و تعمیر مصداق تسلیم شده کنند، بحث دیگری است و روشن است که چنین توافقی ایرادی ندارد.

۳-۱. الزام به رفع عدم انطباق در فروع فقهی مشابه

برخی از مؤلفین، مواردی را از فقه و حقوق (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۵، ص ۲۹۶) مثال زده‌اند که «عیب کالا خود به خود یا توسط یکی از طرفین زائل شود که در چنین صورتی حق فسخ منتفی است» و این موارد را مرتبط با بحث حق درخواست تعمیر کالا دانسته‌اند (اصغری آقمشهدی و محمدزاده، ۱۳۸۷، ص ۱۲۸). اما این استشهداد صحیح نیست زیرا - فارغ از اختلافی بودن این نظر - از بین رفتن خیار در فرض زوال عیب، دلیل بر تکلیف فروشنده به رفع عیب نبوده و اثبات چنین تکلیفی نیازمند دلیل است. از این رو حقوق دانی که این مؤلف برای اثبات منتفی بودن حق فسخ در فرض زوال عیب به ایشان استناد کرده، خود در جای دیگر، ضمانت اجرای شرط وصف را منحصر به فسخ دانسته و سخنی از الزام مشروط علیه به جبران وصف مطرح نکرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۲۰۶-۲۰۷)، مضافاً به این‌که به اعتراف ایشان زوال خیار صرفاً طبق نظریه‌ای صحیح است که خیار تخلف را مبتنی بر ضرر می‌داند. لذا اگر مبنای خیار تخلف، شرط ضمنی باشد قائل به بقاء خیار شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۲۱۰).

به نظر می‌رسد برای عنوان فرع فقهی مشابه با بحث الزام به رفع عدم انطباق،

می‌توان فرع مربوط به الزام مالک به تعمیر عین مستأجره را مطرح کرد. برخی از فقها قائل شده‌اند که در صورت خراب شدن خانه مورد اجاره، مستأجر می‌تواند مالک را به تعمیر آن الزام کند (آل کاشف الغطاء، ۱۳۶۶، ج ۳، ص ۲۲؛ سلار، ۱۴۰۴، ص ۱۹۶؛ محقق حلی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۵۳) بلکه این حکم شامل فرض انهدام بخشی از خانه نیز می‌شود (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۲۷۲).

البته ممکن است گفته شود فرع فقهی مذکور از این جهت با موارد تخلف وصف، متفاوت است که در این فرع، وصف قابل انتفاع بودن مورد اجاره پس از عقد از بین رفته است لذا حقیقتاً تخلف وصف صورت نگرفته است. اما با این وجود، برخی از فقها این فرع را از باب تخلف وصف دانسته‌اند به این بیان که متعلق عقد اجاره زمین همراه با بناء یا مواد مستحکم بوده که این اوصاف تخلف پیدا کرده و در نتیجه خیار تخلف وصف را ثابت دانسته‌اند (رشتی، بی‌تا، ص ۳۰۳). به نظر می‌رسد حتی اگر این فرع را مصداق تخلف وصف ندانیم، باز هم حکم مسئله تخلف وصف از آن قابل استنباط است؛ زیرا از نظر عقلائی، جواز الزام مالک به تعمیر در فرضی که عین مستأجره به درستی تحویل داده شده و بعداً وصف مورد نظر را از دست داده، ملاکاً تفاوتی با جواز الزام وی در فرض وجود تخلف در زمان عقد یا زمان تسلیم ندارد. از این رو، فقهایی که با اصل مطلب مخالفت کرده و مالک را ملزم به تعمیر ندانسته‌اند، استدلال‌های ایشان مختص به همین فرع بوده و شامل بحث تخلف وصف نمی‌شود. به عنوان نمونه برخی گفته‌اند آنچه بر مستأجر لازم است صرفاً تحویل مورد اجاره در حالتی است که انتفاع از آن ممکن باشد و تکلیف مالک به تعمیر بعد از خراب شدن، تکلیف اضافه‌ای است که خلاف اصل عدم است (صاحب ریاض، ۱۴۱۸، ج ۱۰، ص ۳۵؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۰، ص ۶۱). روشن است که در موارد تخلف وصف این استدلال جاری نیست؛ زیرا مشروط علیه تکلیف خود را به طور کامل انجام نداده است.

۲. الزام به رفع عدم انطباق از منظر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

آنچه در ادبیات فقهی به عنوان تخلف وصف مطرح شده، در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و شروح آن، با تعبیر عدم انطباق مادی کالا (در مقابل عدم انطباق

حقوقی) بیان شده، و از اصلاح آن، در قالب تعبیراتی چون رفع عدم انطباق، رفع نقص و تعمیر یاد شده است. در تعبیر برخی حقوق دانان، درخواست اصلاح یا تعمیر کالا در کنار درخواست کالای جانشین، از مصادیق اجرای اجباری قرارداد به معنای عام دانسته شده، گرچه اجرای اجباری به معنای خاص، فقط به اجرای عین قرارداد گفته می‌شود (صفایی، ۱۴۰۱، ص ۱۵۵). از طرف دیگر، چنان که برخی گفته‌اند در کنوانسیون، انطباق مادی کالا صرفاً ناظر به کیفیت کالا نیست بلکه شامل اموری چون بسته بندی مناسب و ظرف بندی نیز می‌شود (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۳، ص ۴۲). همچنین این بحث در کنوانسیون، اعم است از این که فروشنده خود تولیدکننده باشد یا نه (Schelechtrim, 1998, p. 391).

اما نکته قابل توجه آن است که اولاً الزام به رفع عدم انطباق در کنوانسیون با توجه به اطلاق مواد مربوطه، شامل کلی در ذمه و عین معین هر دو می‌شود (شعاریان و رحیمی، ۱۴۰۰، ص ۵۶۰)؛ ثانیاً رفع عدم انطباق در برخی مواد کنوانسیون، به عنوان حق خریدار و در برخی موارد، به عنوان حق فروشنده، مطرح شده است که در ادامه بیان می‌گردد.

۲-۱. رفع عدم انطباق به عنوان حق خریدار در کنوانسیون

در بند ۳ ماده ۴۶ این کنوانسیون، درخواست تعمیر و منطبق نمودن کالا با قرارداد، از حقوق خریدار شمرده شده است. مطابق آنچه برخی مفسرین در شرح این ماده کنوانسیون گفته‌اند، برای این که مشتری بتواند تعمیر یا اصلاح مبیع را از فروشنده درخواست نماید سه شرط لازم است: ممکن بودن رفع عیب یا نقص، معقول و متعارف بودن رفع، رعایت مدت متعارف برای درخواست تعمیر یا رفع عیب. لذا این ضمانت اجرا برخلاف ضمانت اجرای درخواست کالای جانشین منوط به اساسی بودن نقص و عدم انطباق نیست (صفایی، ۱۴۰۱، ص ۱۷۷).

در مورد شرط دوم باید گفت برخی کالاها ممکن است قابل اصلاح و تغییر نباشد مثل محصولات کشاورزی یا این که تغییر و تعمیر آن‌ها مستلزم مخارج غیرمعقول باشد (Honnold, 1991, p. 364; Schelechtrim, 1998, p. 391, 392; Kritzer, 1989, p. 384; Jafarzadeh, 2001, p. 22; Nagiri, 1999, p. 9).

بنابراین یکی از مصادیق نامعقول بودن تعمیر، جایی است که تعمیر مستلزم ایجاد هزینه‌های غیرمعارف بر فروشنده شود (Schelechtrim, 1998, p. 391). همچنین گفته شده در مواردی که تعمیر کالا برای خود خریدار آسان و کم هزینه است، درخواست تعمیر از فروشنده‌ای که در دور قرار دارد، غیرمعارف است (Schelechtrim, 1998, p. 391; Nagiri, 1999, p. 9)، چنان‌که اگر فروشنده ابزار تعمیر را در اختیار نداشته باشد، درخواست تعمیر از او غیرمعارف است (Chengwei Liu, 2005).

۲-۲. رفع عدم انطباق به عنوان حق فروشنده در کنوانسیون

اما در ماده ۳۷ کنوانسیون، رفع عدم انطباق کالا تا انقضای مهلت تسلیم به عنوان حق فروشنده در نظر گرفته شده و مطابق ظاهر ماده، رفع عدم انطباق کالا تا پایان مهلت تسلیم، مانع از حق فسخ خریدار خواهد بود. چنان‌که برخی نویسندگان گفته‌اند خریدار تنها در صورتی می‌تواند قرارداد را نقض کند که فروشنده به نحو صریح اعلام نماید که عدم انطباق را تا موعد قراردادی تسلیم، جبران نخواهد کرد (شعاریان و رحیمی، ۱۴۰۰، ص ۴۶۳).

از دیدگاه فقها داشتن حق رفع عدم انطباق کالا تا قبل از زمان تسلیم و مانعیت آن برای تحقق خیار فسخ، مبتنی بر این است که آنچه بین متعاقدين شرط شده، وجود وصف در زمان تسلیم کالا باشد، نه وجود وصف در حال عقد (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۵۰) والا نمی‌توان فروشنده را دارای حق اصلاح دانست. البته به نظر می‌رسد فرض متعارف و ظهور اولی شرط وصف در معاملات، ناظر به زمان تسلیم کالا است و اراده زمان عقد نیازمند قرینه است (نابینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۲۶). با توجه به این مطلب، بر وفق ماده ۳۷ می‌توان از نظر فقهی فروشنده را تا قبل از فرا رسیدن زمان تسلیم، دارای حق اصلاح دانست، هرچند بهتر است مطابق تعبیر برخی فقها (نابینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۲۶) رفع عدم انطباق را به عنوان تکلیفی بر عهده فروشنده مطرح کرد.

در ماده دیگری از کنوانسیون، حتی پس از زمان تسلیم هم چنین حقی برای فروشنده در نظر گرفته شده است. در بند ۱ ماده ۴۸ این کنوانسیون آمده است: «با رعایت ماده ۴۹، فروشنده می‌تواند حتی پس از موعد تسلیم، هرگونه قصور در ایفای

تعهد را به هزینه خود جبران نماید به شرط آن که بتواند این کار را بدون تأخیر غیرمعقول و بدون این که موجب زحمت غیرمعقول مشتری شود انجام دهد...». بنابراین، اصلاح یا رفع عیب گاهی به درخواست مشتری صورت گرفته و به عنوان یکی از ضمانت اجرای تعهدات فروشنده است، اما گاهی از ناحیه فروشنده به مشتری تحمیل شده و مشتری حق ندارد آن را رد نماید (از مصادیق تحمیل اجرای اجباری قرارداد به مشتری) که موضوع این ماده است (صفایی، ۱۴۰۱، ص ۱۷۶-۱۷۷).

اما پرسش اساسی این است که آیا حق تعمیر و اصلاح برای فروشنده مقدم بر حق فسخ خریدار است یا نه؟ و در تعارض این دو حق، کدام مقدم است. این بحث از موضوعاتی است که میان حقوق دانان و رویه قضایی بسیار محل اختلاف است. در پیش نویس ۱۹۷۸، همتای ماده ۴۸ کنوانسیون، ماده ۴۴ بود که صدر آن با این عبارت آغاز می شد: «جز در موردی که خریدار فسخ قرارداد را طبق ماده ۴۵ (معادل ماده ۴۹) اعلام نموده باشد...» اما با اعتراض برخی کشورها عبارت «جز در صورتی که» به عبارت «با رعایت ماده ۴۹» تغییر کرد و ابهام در مورد تقدم حق تعمیر بر حق فسخ یا بالعکس حل نشده باقی ماند (شعاریان و رحیمی، ۱۴۰۰، ص ۵۸۹). این مطلب نیز قابل ذکر است که مطابق ماده ۴۹ کنوانسیون، از شروط فسخ قرارداد این است که نقض اساسی باشد و در مفهوم نقض اساسی نیز اختلاف وجود دارد؛ دیدگاه مشهور آن است که در ارزیابی اساسی بودن یا نبودن نقض باید امکان تعمیر لحاظ شود که در نتیجه نقض قابل تعمیر، نقض اساسی نخواهد بود (Hachem et al, 2007, p. 74; Moens, 2002, p. 425)، اما برخی دیگر معتقدند دست کم در برخی موارد، نقض باید بدون توجه به قابلیت تعمیر، ارزیابی شود (Huber & Mullis, 2007, p. 223). به هر حال، چنان که گذشت، در مورد این بحث از منظر فقهی باید گفت رفع عدم انطباق کالا با قرارداد هم قبل از زمان تسلیم و هم بعد از آن، تعهد فروشنده است - نه حقی برای او - با این تفاوت که این تعهد قبل از رسیدن زمان تسلیم، اولاً مطلق بوده و ثانیاً اجرای آن، مانع حق فسخ خریدار است؛ اما پس از رسیدن زمان تسلیم، منوط به مطالبه خریدار بوده و این مسئله که انجام یا امکان انجام آن مانع حق فسخ وی باشد، بحثی است که باید در جای خود به آن پرداخته شود.

نتیجه‌گیری

با توجه به مباحث و تحلیل‌هایی که بیان شد، از دیدگاه فقهی، در مسئله تخلف از وصف مورد معامله، باید بین معاملات کلی و معاملات عین معین تفصیل قائل شد. منحصر دانستن اثر تخلف وصف به خیار فسخ در قسم دوم که تا کنون رویه فقهی حقوقی بر آن بوده، امری قابل مناقشه است و با تجدید نظر در مبانی فقهی، می‌توان الزام به رفع عدم انطباق توسط مشروط‌علیه را در کنار حق فسخ برای مشروط‌له در نظر گرفت. نظریه‌ای که ماهیت شرط وصف در معاملات عین معین را به تعلیق لزوم معامله ارجاع می‌دهد، از جهات متعدد دارای اشکال است، و صواب آن است که حقیقت شرط وصف به معنای التزام و به عهده‌گرفتن وجود وصف در مورد معامله است. از آثار ماهیت شرط وصف، آن است که مشروط‌له در صورت صلاحدید و در صورت امکان، حق الزام فروشنده به رفع عدم انطباق را دارد. علاوه بر ماهیت شرط وصف، ارتکازات عقلائی و برخی از روایات نیز از شواهد صحت این ادعا است. البته موضوع بحث این تحقیق، رفع عدم انطباق به عنوان حق و منفعت مشروط‌له و تعهد مشروط‌علیه بود، اما این‌که بتوان رفع عدم انطباق را حق مشروط‌علیه قرار داد و در نتیجه مانع از حق فسخ مشروط‌له باشد، مستلزم پژوهش دیگری است.

اما در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا هم، رفع عدم انطباق به عنوان یکی از شیوه‌های جبران و ضمانت‌اجراهای تخلف وصف شناسایی شده است. اما راه حل کنوانسیون دو تفاوت عمده با رأی فقهی در این زمینه دارد: اولاً، کنوانسیون برخلاف آنچه در بحث فقهی گذشت، تفاوتی بین معاملات کلی و عین معین قائل نشده و حکم لزوم رفع عدم انطباق را با رعایت شروطی در هر دو جاری می‌داند. ثانیاً، در کنوانسیون، رفع عدم انطباق به عنوان حق فروشنده نیز دیده شده تاجایی که نظریه رایج در تفسیر کنوانسیون، حق فروشنده بر اصلاح و رفع عدم انطباق را مقدم بر حق فسخ خریدار دانسته است. به هر حال، پیشنهاد می‌شود در مواد قانونی مربوط به تخلف وصف، الزام به رفع عدم انطباق به عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای تخلف وصف شناسایی شود و مواد ۲۳۵، ۴۱۰ و ۴۱۳ قانون مدنی به شرح زیر اصلاح گردد:

ماده ۲۳۵- هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده است، شرط صفت باشد و معلوم

شود آن صفت موجود نیست، کسی که شرط به نفع او شده است، برحسب مورد، مخیر است مشروطاً علیه را به اصلاح مورد معامله ملزم نماید و یا معامله را فسخ کند و یا خسارت ناشی از فقدان وصف مورد معامله را مطالبه نماید.

ماده ۴۱۰- هرگاه کسی مبیع معین را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد، اگر بعد از تسلیم وصفی از اوصاف مورد توافق را نداشته باشد، مشتری مختار است که بیع را فسخ کند یا در صورت امکان و نامعقول نبودن هزینه آن، بیع را برحسب مورد به رفع نقص، اصلاح و تعمیر مورد معامله یا ایجاد وصف مورد نظر الزام نماید یا مطالبه خسارت کند.

ماده ۴۱۳- هرگاه یکی از متبایعین، مالی را سابقاً دیده و به اعتماد رویت سابق، معامله کند و بعد از رویت معلوم شود که مال مزبور، اوصاف سابقه را ندارد، اختیار فسخ معامله یا الزام بیع به اصلاح و تعمیر یا اعاده وصف مورد نظر را دارد. مشروط بر این که تعمیر و اصلاح ممکن بوده و هزینه آن نامعقول نباشد.

فهرست منابع

۱. آل عصفور، حسین بن محمد. (۱۴۲۱ق). سداد العباد و رشاد العباد. قم: محلاتی.
۲. آل عصفور، حسین بن محمد. (بی تا). الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع. قم: مجمع البحوث العلمیه.
۳. آل کاشف الغطاء، محمد حسین. (۱۳۵۹ق). تحریر المجلة. نجف: المكتبة المرتضویه.
۴. آل کاشف الغطاء، محمد حسین. (۱۳۶۶ق). وجیزة الأحكام. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء العامه.
۵. ابن داود، حسن بن علی. (۱۳۸۳ق). کتاب الرجال. تهران: دانشگاه تهران.
۶. اراکی، محمد علی. (۱۴۱۴ق). کتاب الخیارات. قم: مؤسسه در راه حق.
۷. اراکی، محمد علی. (۱۴۱۹ق). کتاب النکاح. قم: نور نگار.
۸. اصغری آقمشهدی، فخر الدین؛ محمدزاده، علی. (۱۳۸۷ش). بررسی تطبیقی حق درخواست تعمیر کالا از سوی خریدار در کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین و حقوق ایران. فصلنامه پژوهش‌نامه بازرگانی، ۱۳(۴۹)، ص ۱۲۱-۱۴۳.
<https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.17350794.1387.13.49.5.3>
۹. اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۱۸ق). حاشیه المکاسب (حدیثه)، قم: انوار الهدی.
۱۰. اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۱۹ق). حاشیه کتاب المکاسب. قم: ذوی القربی.

الزام فروشنده به رفع عدم انطباق در تخلف اوصاف موضوع قرارداد در فقه امامیه ... / کبیری، عبدی پور ۲۸۱

۱۱. امامی خوانساری، محمد. (بی تا). الحاشیة الثانية على المكاسب. قم: بی نا.
۱۲. امامی، حسن. (۱۳۸۶ش). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
۱۳. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المكاسب. قم: کنگره جهانی شیخ انصاری.
۱۴. ایروانی، علی. (۱۴۰۶ق). حاشیة المكاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۵. باقری، احمد؛ داورزنی، حسین؛ هل اتایی، سید محمود. (۱۳۹۸). تحلیل مفهوم شرط در عرف خاص فقیهان امامیه. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۱(۲۰)، ص ۳-۲۲.
<https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.2251936.1398.11.20.1.9>
۱۶. بجنوردی، حسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیة. قم: نشر الهادی.
۱۷. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: انتشارات جامع مدرسین.
۱۸. تبریزی، جواد. (۱۴۱۶ق). ارشاد الطالب الی التعليق على المكاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۹. حسینی، هاشم معروف. (بی تا). نظریة العقد فی الفقه الجعفری. بیروت: مكتبة هاشم.
۲۰. خامنه‌ای، علی. (۱۴۱۸ق). المهاندنه. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
۲۱. خمینی، روح الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۲۲. خمینی، مصطفی. (۱۴۱۸ق). کتاب الخیارات. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۲۳. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۷ق). مصباح الفقاهة. قم: انصاریان.
۲۴. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (ره).
۲۵. خویی، محمد تقی. (۱۴۱۴ق). الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود. بیروت: دار المؤرخ العربی.
۲۶. رشتی، حبیب الله بن محمد علی. (۱۴۰۷ق). فقه الإمامیة، قسم الخیارات. قم: مكتبة الداوری.
۲۷. رشتی، حبیب الله بن محمد علی. (بی تا). کتاب الإجارة. بی جا: بی نا.
۲۸. روحانی، محمد صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه السلام. قم: دارالکتاب.
۲۹. روحانی، محمد صادق. (۱۴۲۹ق). منهاج الفقاهة. قم: أنوار الهدی.
۳۰. روحانی، محمد. (۱۴۲۰ق). المرتقی إلى الفقه الأرقی (الخیارات). تهران: دار الجلی.
۳۱. سلار، حمزه بن عبد العزیز. (۱۴۰۴ق). المراسم العلویة و الاحکام النبویة. قم: منشورات الحرمین.
۳۲. شبیری زنجانی، موسی. (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
۳۳. شعاریان، ابراهیم؛ رحیمی، فرشاد. (۱۳۹۳). انطباق مادی کالا با قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ و حقوق ایران. مجله حقوقی بین المللی، ۳۱(۵۰)، ص ۴۱-۶۶.
<https://doi.org/10.22066/cilamag.2015.15769>
۳۴. شعاریان، ابراهیم؛ رحیمی، فرشاد. (۱۴۰۰ش). حقوق بیع بین المللی شرح کنوانسیون بیع بین المللی کالا. تهران: شهر دانش.
۳۵. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق). غایه المراد فی شرح نکت الارشاد، قم: دفتر تبلیغات

- اسلامی.
٣٦. شهید ثانی، (١٤١٣ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
٣٧. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح. (١٣٧٥ق). هدایه الطالب الی اسرار المکاسب. تبریز: چاپخانه اطلاعات.
٣٨. صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر. (١٤٠٤ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. لبنان: دار إحياء التراث العربی.
٣٩. صاحب ریاض، سید علی بن محمد طباطبایی. (١٤٠٩ق). الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع. قم: کتابخانه عمومی آیت الله مرعشی نجفی (ره).
٤٠. صاحب ریاض، سید علی بن محمد طباطبایی. (١٤١٨ق). ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
٤١. صفایی، سید حسین. (١٤٠١ش). حقوق بیع بین المللی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
٤٢. طباطبایی قمی، تقی. (١٤٠٠). دراستنا من الفقه الجعفری. قم: مطبعه الخيام.
٤٣. طباطبایی قمی، تقی. (١٤١٣ق). عمده المطالب فی التعليق علی المکاسب. قم: محلاتی.
٤٤. طوسی، محمد بن حسن. (١٤٠٧ق). تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
٤٥. طوسی، محمد بن حسن. (١٤١٧ق). العده فی اصول الفقه. قم: علاقبندیان.
٤٦. علامه حلی، حسن بن یوسف. (١٤١٤ق). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
٤٧. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. (١٤٠٤ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: مکتبه آیه الله المرعشی النجفی (ره).
٤٨. کاتوزیان، ناصر. (١٣٧٦ش). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت انتشار.
٤٩. لاری، عبدالحسین. (١٤١٨ق). التعليقه علی المکاسب. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
٥٠. مامقانی، عبدالله. (١٣٥٠ش). نهاية المقال فی تکملة غایة الآمال. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
٥١. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. (١٤٠٦ق). ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار. قم: کتابخانه عمومی آیت الله مرعشی نجفی.
٥٢. محقق حلی، جعفر بن حسن. (١٤١٨ق). المختصر النافع فی فقه الإمامیه. قم: مطبوعات دینی.
٥٣. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (١٤٠٣ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
٥٤. موسوی سبزواری، عبدالاعلی. (١٤١٣ق). مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: المنار.
٥٥. نایینی، محمد حسین. (١٣٧٣ق). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب. تهران: المکتبه المحمديه.
٥٦. نجاشی، احمد بن علی. (١٤٠٧ق). رجال النجاشی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
٥٧. همدانی، رضا. (١٤٢٠ق). حاشیه کتاب المکاسب. قم: انصاری.

۵۸. یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۱۵ق). سؤال و جواب. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۹. یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۱ق). حاشیة المکاسب. قم: اسماعیلیان.
60. Beal, H.G, Chitty on Contracts, V2, Specific Contracts, London, Sweet & Maxweel, 2000.
61. Beatson, J., Anson's Law of Contract, 27th , Oxford, Oxford University Press, 1998.
62. Chengwei Liu, (2005); Specific Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law, Available at <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei3>
63. Honnold. John. O. (1991); Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention, Kluwer, 2nd ed, London. Kritzer.
64. Albert. H., (1989); Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer, Boston.
65. Huber, P & Mullis, A, the CISG: A New Textbook for Students and Practitioners, (Sellier 2007)
66. Jafarzadeh, Mirgasem, Buyer, (2001); S Right to Specific Performance. <http://cisg.law.pace.edu/>
67. Moens, G, International Trade & Business Law Annual, Volume 7 (Routledge 2002).
68. Nagiri Boghossian (1999-2000); A Comprative Study of Specific Performance Previsions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Kluwer.
69. Schelechtim, Peter. (1998); Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) 2th. Published by Oxford.
70. Schwenzler, I, Hachem, P & Kee, C, Global Sales and Contract Law, (Oxford University Press 2012).
71. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2016 available at: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

References

1. Al-e Usfur, Hosein ibn Mohammad, (2000). *Sadād al-'ibād wa rashād al-'ibād*. Maḥallātī. [In Arabic]
2. Al-e Usfur, Hosein ibn Mohammad, (n.d.). *al-Anwār al-lawāmi' fī sharḥ Mafātīḥ al-sharā'i'*. Majma' al-Buḥūth al-'Ilmiyah. [In Arabic]
3. Ameli, Mohammad ibn Makki (Shahid al-Awwal). (1993). *Ghāyat al-murād fī sharḥ Nukat al-irshād*. Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī. [In Arabic]
4. Ameli, Zayn al-Din ibn Ahmad. (Shahid al-Thani). (1992). *Masālik al-afḥām ilā tanqīḥ Sharā'i' al-Islām*. Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmiyah. [In Arabic]
5. Anṣari, Morteza. (1994). *Kitāb al-Makāsib*. Kungirah-'i Jahānī-I Shaykh Anṣarī. [In Arabic]
6. Arzki, Mohammad Ali. (1993). *Kitāb al-Khiyārāt*. Mu'assasah-I Dar Rāh-I Ḥaqq. [In Arabic]
7. Arzki, Mohammad Ali. (1998). *Kitāb al-Nikāḥ*. Nūr Niḡār. [In Arabic]
8. Asghari Aghmashhadi, Fakhruddin, & Muḥammadzadah, Ali. (2009). Bararsī-yi taṭbīqī-yi ḥaqq-I darkhwāst-I ta'mīr-I kālā az sūy-I kharidār dar kunvānsiyūn-I bay'-I bayn al-milālī-I kālā 1980 Viyan va ḥuqūq-I Irān (A comparative study of the buyer's right to request repair of goods in the 1980 Vienna Convention on the

- International Sale of Goods and Iranian law). *Faşlnāmah-I Pizhūhishnāmah-I Bāzargānī (Journal of Business Research)*, 13(49), 115-141. [In Persian]
9. Baħrani, Yusef ibn Ahmad (1985). *Al-Ĥadā'iq al-nāqirah fī aħkām al-ūrah al-tāhirah*. Jāmi'-I Mudarrisin. [In Arabic]
 10. Baqeri, Aamad, Davarzani, Hosein and Hal Atayie, Seyed Mahmoud (2020). Taħlil-I mafhūm-I shart dar 'urf-I khāṣ-ṣi fuqahā-yi Imāmīyah. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 11(20), 37-58. [In Persian]
 11. Bujnardi, Hasan (1998). *Al-Qawā'id al-fiqhīyah*. Nashr al-Hādī. [In Arabic]
 12. Ebn Dawoud, Hasan Ibn Ali (1963). *Kitāb al-rijāl*. Dānishgāh-I Tihri. [In Arabic]
 13. Emami Khwansari, Mohammad (n.d.). *al-Ĥāshīyah al-thānīyah 'alā al-Makāsib*. n.p. [In Arabic]
 14. Emami, Seyed Hasan. (2007). *Ĥuqūq-I madanī (Civil Law)*. Intishārāt-I Islāmīyah. [In Persian]
 15. Eṣfahani, Mohammad-Hosein (1997). *Ĥāshīyat al-Makāsib (ḥadīthah)* (Modern gloss on al-Makasib). Anwār al-Hudā. [In Arabic]
 16. Eṣfahani, Mohammad-Hosein (1998). *Ĥāshīyah Kitāb al-Makāsib*. Dhawī al-Qurbā. [In Arabic]
 17. Fazil Miqdad, Miqdad. ibn Abdullah. (1984). *Al-Tanqīh al-rā'i li-mukhtaṣar al-Sharā'i'*. Maktabat Āyat Allāh al-Mar'ashī al-Najafī. [In Arabic]
 18. Hamedani, Reza. (1999). *Ĥāshīyah Kitāb al-Makāsib*. Anṣārī. [In Arabic]
 19. Hasani, Hashem Ma'rouf (n.d.). *Naẓariyat al-aqd fī al-fiqh al-Ja'fari*. Maktabat Hāshim. [In Arabic]
 20. Helli, Hasan Ibn Yusef. (Allamah Helli). (1993). *Tadhkirat al-fuqahā'*. Mu'assasat Āl al-Bayt. [In Arabic]
 21. Irvani, Ali. (1986). *Ĥāshīyat al-Makāsib*. Vizārat-I Farhang va Irshād-I Islāmī. [In Arabic]
 22. Kashif al-Ghita, Mohammad-Hosein (1940). *Tahrīr al-Majallah* (Editing the journal). al-Maktabah al-Murtaḍawīyah. [In Arabic]
 23. Kashif al-Ghita, Mohammad-Hosein (1947). *Wajīzat al-aħkām* (A summary of rulings). Mu'assasah Kāshif al-Ghiṭā' al-Āmmah. [In Arabic]
 24. Katuziyan, Naser (1997). Ĥuqūq-I madanī: Qawā'id-I 'umūmī-I qarārdādhā (Civil law: General rules of contracts). Shirkat-I Intishār. [In Persian]
 25. Khamenei, Seyed Ali. (1997). *Al-Muhādanah*. Mu'assasah-I Dē'irat al-Ma'ārif-I Fiqh-I Islāmī bar Madhhab-I Ahl-I Bayt. [In Arabic]
 26. Khomeini, Seyed Mostafa. (1997). *Kitāb al-Khiyārāt*. Mu'assasah-I Tanzīm va Nashr-I Āthār-I Imām Khumaynī. [In Arabic]
 27. Khomeini, Seyed Rouhollah. (2000). *Kitāb al-Bay'*. Mu'assasah-I Tanzīm va Nashr-I Āthār-I Imām Khumaynī. [In Arabic]
 28. Khoei, Seyed Abolqasem. (1996). *Miṣbāh al-faqāhah*. Anṣāriyān. [In Arabic]
 29. Khoei, Seyed Abolqasem. (1997). *Mawsū'at al-Imām al-Khū'i*. Mu'assasah-I Iḥyā'-I Āthār al-Imām al-Khū'i. [In Arabic]
 30. Khoei, Mohammad-Taqi. (1993). *Al-Shurūṭ aw al-iltizāmāt al-tabā'iyah fī al-uqūd*. Dār al-Mu'arrikh al-'Arabī. [In Arabic]
 31. Lari, Abdulhosein. (1997). *Al-Ta'līqah 'alā al-Makāsib*. Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyah. [In Arabic]
 32. Majlesi, Mohammad-Baqir. (1986). *Malādh al-akhyār fī fahm Tahdhīb al-akhbār*. Kitābkhānah-I 'Umūmī-I Āyat Allāh Mar'ashī Najafī. [In Arabic]
 33. Mamaqani, Abdullah. (1931). *Nihāyat al-maqāl fī takmilat Ghāyat al-āmāl*. Majma' al-Dhakhā'ir al-Islāmīyah. [In Arabic]

34. Muhaqqiq Helli, Ja'far ibn Hasan. (1997). *Al-Mukhtaṣar al-nāfi' fī fiqh al-Imāmīyah*. Maṭbū'āt-I Dīnī. [In Arabic]
35. Muqaddas Ardabili, Ahmad ibn Mohammad. (1983). *Majma' al-fō'idah wa-al-burhān fī sharḥ Irshād al-adhḥān*. Daftar-I Intishārāt-I Islāmī. [In Arabic]
36. Musawi Sabzevari, Abdula'la. (1992). *Muhadhdhab al-aḥkām fī bayān al-ḥalāl wa-al-ḥarām*. Al-Manār. [In Arabic]
37. Naieni, Mohammad-Hosein (1953). *Munyat al-tālib fī ḥāshiyat al-Makāsib*. Al-Maktabah al-Muḥammadiyah. [In Arabic]
38. Najashi, Ahmad ibn Ali. (1986). *Rijāl al-Najāshī*. Daftar-I Intishārāt-I Islāmī. [In Arabic]
39. Rashti, Habibullah Ibn Mohammad-Ali. (1986). *Fiqh al-Imāmīyah*, qism al-khiyārāt (Imami jurisprudence, the section on options). Maktabat al-Dāvārī. [In Arabic]
40. Rashti, Habibullah Ibn Mohammad-Ali. (n.d.). *Kitāb al-Ijārah*. N.p. [In Arabic]
41. Rouhani, Mohammad (1999). *Al-Murtaqā ilā al-fiqh al-arqā (al-Khiyārāt)*. Dār al-Jalīl. [In Arabic]
42. Rouhani, Mohammad-Sadiq. (1991). *Fiqh al-Ṣādiq* (pbuh). Dār al-Kitāb. [In Arabic]
43. Rouhani, Mohammad-Sadiq. (2008). *Minhāj al-faqāhah*. Anwār al-Hudā. [In Arabic]
44. Şafaei, Seyed Hosein. (2022). *Ḥuqūq-I bay'-I bayn al-milālī (International sales law)*. Intishārāt-I Dānishgāh-I Tīhrān. [In Persian]
45. Şaheb Jawāher, Mohammad-Hasan Ibn Baqir. (1984). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ Sharā'i' al-Islām*. Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī. [In Arabic]
46. Saheb Riyaz (Tabatabaei, Seyed Ali ibn Mohammad). (1988). *Al-Sharḥ al-ṣaghīr fī sharḥ al-Mukhtaṣar al-nāfi'*. Kitābkhānah-I 'Umūmī-I Āyat Allāh Mar'ashī Najafī. [In Arabic]
47. Saheb Riyaz (Tabatabaei, Seyed Ali ibn Mohammad). (1997). *Riyaz al-masā'il*. Mu'assasat Ahl al-Bayt (pbut). [In Arabic]
48. Sallar, Hamzah Ibn Abdulaziz. (1984). *Al-Marāsīm al-'Alawīyah wa-al-aḥkām al-Nabawīyah*. Manshūrāt al-Ḥaramayn. [In Arabic]
49. Shahidi Tabrizi, Mirza Fattah (1955). *Hidāyat al-tālib ilā asrār al-Makāsib*. Chāpkhānah-I Itṭilā'āt. [In Arabic]
50. Shoariyan, Ibrahim, & Raḥhmi, Farshad. (2015). Inṭibāq-I mādī-I kālā bā qarārdād dar kunvānsiyūn-I bay'-I bayn al-milālī-I kālā muṣavvab-I 1980 va ḥuqūq-I Īrān (Material conformity of goods with the contract in the 1980 Convention on the International Sale of Goods and Iranian law). *Majallah-I Ḥuqūqī-I Bayn al-Milālī (International Law Review)*, 31(51), 111-136. [In Persian]
51. <https://doi.org/10.22066/CILJ.2015.19796>
52. Shoariyan, Ibrahim, & Raḥhmi, Farshad. (2021). *Ḥuqūq-I bay'-I bayn al-milālī: Sharḥ-I kunvānsiyūn-I bay'-I bayn al-milālī-I kālā (International sales law: A commentary on the Convention on the International Sale of Goods)*. Shahr-I Dānish. [In Persian]
53. Shobeiri Zanjani, Mousa. (1998). *Kitāb nikāh*. Mu'assasah-I Pizhūhishī-I Rāy Pardāz. [In Arabic]
54. Tabatabaei Qummi, Taqi. (1980). *Dirāsātunā min al-fiqh al-Ja'farī*. Maṭba'at al-Khiyām. [In Arabic]
55. Tabatabaei Qummi, Taqi. (1992). *'Umdat al-maṭālib fī al-ta'liq 'alā al-Makāsib*. Maḥallātī. [In Arabic]

56. Tabrizi, Jawad. (1995). *Irshād al-ṭālib ilā al-ta'liq 'alā al-Makāsib*. Mu'assasah-I Ismā'iliyān. [In Arabic]
57. Tusi, Mohammad ibn Hasan. (1986). *Tahdhīb al-aḥkām*. Dār al-Kutub al-Islāmīyah. [In Arabic]
58. Tusi, Mohammad ibn Hasan. (1996). *Al-'Uddah fī uṣūl al-fīqh*. 'Alāqbandiyān. [In Arabic]
59. Yazdi, Seyed Mohammad-Kazim. (1994). *Su'āl va javāb (Question and answer)*. Markaz-I Nashr-I 'Ulūm-I Islāmī. [In Persian]
60. Yazdi, Seyed Mohammad-Kazim. (2000). *Ḥāshiyat al-Makāsib*. Ismā'iliyān. [In Arabic]
 61. Beal, H.G, Chitty on Contracts, V2, Specific Contracts, London, Sweet & Maxweel, 2000.
 62. Beatson, J., Anson's Law of Contract, 27th, Oxford, Oxford University Press, 1998.
 63. Chengwei Liu, (2005); Specific Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law, Available at <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei3>
 64. Honnold. John. O. (1991); Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention, Kluwer, 2nd ed, London. Kritzer.
 65. Albert. H., (1989); Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer, Boston.
 66. Huber, P & Mullis, A, the CISG: A New Textbook for Students and Practitioners, (Sellier 2007)
 67. Jafarzadeh, Mirgasem, Buyer, (2001); S Right to Specific Performance. <http://cisg.law.pace.edu/>
 68. Moens, G, International Trade & Business Law Annual, Volume 7 (Routledge 2002).
 69. Nagiri Boghossian (1999-2000); A Comprative Study of Specific Performance Previsions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Kluwer.
 70. Schelechtim, Peter. (1998); Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) 2th. Published by Oxford.
 71. Schwenger, I, Hachem, P & Kee, C, Global Sales and Contract Law, (Oxford University Press 2012).
 72. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2016 available at: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>



A Critical Reflection on the Legal Foundations for Confronting Excessive Penalty Clauses in Judicial Decisions

Mohammad Kelich¹  | Mohammad-Hasan Mousavi Khorasani² |
Hosein Fathi³

1. Corresponding Author, Master's Student in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: omid.kelich@gmail.com
2. Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: mmoosavikhorasani@yahoo.com
3. PhD Student in Private Law, Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran. Email: Hosein77fathi@gmail.com

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received: 24 April 2025

Revised: 21 June 2025

Accepted: 16 July 2025

Available online 29 July 2025

Keywords:

Penalty Clause, Judicial Decisions, Party Autonomy, Article 230 of the Civil Code, Justice and Equity.



ABSTRACT

Stipulating a penalty clause based on the principle of party autonomy is considered a tool for confronting breach of contract and one of the means for compensation for damages, which sometimes also takes on a punitive character. However, doubts exist regarding the legitimacy of excessive penalty clauses. A group of researchers, considering the foundations for the legitimacy of penalty clauses and the explicit text of Article 230 of the Civil Code, deem them valid and binding. Conversely, another group has raised objections to such clauses and sought their legal and judicial moderation. Employing a descriptive-analytical method, the present study examines and evaluates both approaches, while undertaking a critical assessment of the efforts and arguments advanced by the second group. It argues that such attempts are inconsistent with the clear wording of Article 230 of the Civil Code. On this basis, it appears that the invalidation or moderation of excessive penalty clauses cannot be successfully achieved through the proposed foundations, from the perspective of judges. Rather, this would require the articulation of new theoretical foundations and, importantly, a legislative re-enactment of Article 230 of the Civil Code.

Cite this article: Kelich, M.; Mousavi Khorasani, M. H.; Fathi, H. (2025). A Critical Reflection on the Legal Foundations for Confronting Excessive Penalty Clauses in Judicial Decisions. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(32), 287-318.
<https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6849.2049>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

Extended Abstract

Introduction

The penalty clause is an established institution in contract law, whereby parties pre-determine the compensation for damages resulting from a breach of obligation. Its primary benefit lies in facilitating and guaranteeing compensation while avoiding the difficulties of proving actual loss. Beyond its compensatory function, a penalty clause can also assume a punitive character. However, in some instances, this punitive aspect becomes excessive, and the stipulated amount is set in an unconventional and exorbitant manner, creating judicial doubt.

Article 230 of the Iranian Civil Code, the principal legal basis for judicial decisions regarding penalty clauses, stipulates that if the parties have agreed on the determination of damages, the court cannot condemn the obligor to pay more or less than the stipulated amount. The apparent meaning of this article indicates a firm acceptance of the principle of party autonomy and denies the judge any discretionary power to modify the clause. Nevertheless, judicial rulings in recent years show that judges have not always adhered to this provision when facing excessive penalty clauses. Instead, by invoking various legal and jurisprudential principles, they have sometimes resorted to modifying or even invalidating such clauses.

This research is shaped by the following question: To what extent are the jurisprudential foundations and evidence cited by courts to counter excessive penalty clauses compatible with the content of Article 230 of the Civil Code? And, setting aside Article 230, are these arguments defensible from the perspective of legal logic? The hypothesis of the research is that a significant portion of these foundations, although presented with the motivation of realizing contractual justice and protecting the weaker party, lack legal and argumentative solidity. Relying on them cannot justify setting aside the ruling of Article 230.

Method

This research is descriptive-analytical and has been conducted with a critical approach. The research data comprises three main categories: first, relevant legal texts; second, selected judicial rulings addressing the issue of modifying or invalidating excessive penalty clauses; and third, legal doctrine and jurisprudential sources related to the topic.

The data collection method was documentary and library research. The selection of judicial rulings was based on the criterion of direct relevance to the core issue—namely, excessive penalty clauses. In analyzing the data, an effort was made to extract, categorize, and then evaluate the courts' arguments in terms of their compatibility with the content of Article 230 and the general principles of contract law. The analysis was

conducted in a manner that, while maintaining fidelity in quoting the rulings, also involved critique and commentary on the judicial reasoning, highlighting its strengths and weaknesses.

Findings

The research findings indicate that the jurisprudential foundations cited by courts to counter excessive penalty clauses can generally be placed into two main categories. The first category relies on certain general principles of contract law or jurisprudential rules to invalidate the penalty clause. Within this category, arguments such as the clause being speculative, unreasonable, or lacking equilibrium between the mutual considerations are observed. An examination of these reasons reveals that they primarily stem from an incorrect interpretation of the content of general rules or a misapplication of these rules to the specific case of excessive penalty clauses.

The second foundational approach considers the clause to be valid in principle but asserts that the judge has the authority to intervene and modify it. According to this basis, courts have ruled to reduce the penalty amount by citing reasons such as the presumed intent of the parties, an emphasis on the compensatory nature of the penalty clause, and the prevention of unjust enrichment. Although this approach may appear to be a moderate and just solution on the surface, legal analysis shows that these foundations also conflict with the explicit text of Article 230 of the Civil Code. Without clear legislative support, they lead to instability and unpredictability in judicial rulings.

Thus, the findings clearly show that judicial precedent in this area lacks sufficient unity and coherence. In similar cases, rulings have sometimes invalidated the clause, sometimes modified it, and sometimes ordered its full enforcement. This inconsistency indicates the absence of a common theoretical foundation and the reliance of judges on personal interpretations. At the same time, the data shows that a common concern in most of these rulings has been confronting unjust situations and protecting the weaker obligor—a concern that requires a clear legislative response.

Conclusion

The main conclusion of the research is that countering excessive penalty clauses, although justified from the perspective of contractual justice and preventing abuse, lacks the necessary and sufficient legal value in the foundations currently used in judicial rulings to limit or nullify the parties' agreement and oppose the ruling of Article 230 of the Civil Code. An expansive interpretation of general rules or scattered references to jurisprudential concepts, without a revision of the legal basis, not only fails to solve the problem but also leads to legal instability and weakens the predictability and soundness of rulings.

The research findings indicate that a fundamental solution to the problem of excessive penalty clauses depends more on explicit legislative intervention and a statutory revision of Article 230 of the Civil Code than on judicial creativity. Such an amendment should provide for limited, regulated, and predictable judicial intervention in specific cases. This reform could establish a reasonable balance between party autonomy and contractual justice and prevent the confusion in judicial precedent.

Author Contributions

All authors contributed equally to the conceptualization of the article and to writing the initial draft and subsequent versions, including the revised and edited versions.

Data Availability Statement

The judicial rulings cited in the article are accessible, with their ruling numbers, through the National Judicial Rulings Database at <https://ara.jri.ac.ir>

Ethical Considerations

The authors have avoided data fabrication, distortion, plagiarism, and any form of research misconduct.

Funding

This article did not receive any specific grant from funding agencies in the public, commercial, or not-for-profit sectors.

Conflict of Interest

The authors declare no conflict of interest.

Declaration on the Use of AI in the Writing Process

The authors used ChatGPT for the English translation of the abstract, the extended abstract, and the reference list. After using this tool, the authors reviewed and edited the translated texts and take full responsibility for their final content.



تأملی انتقادی بر مبانی مقابله با وجه التزام گراف در آرای قضایی

محمد کلیچ^۱ | محمدحسن موسوی خراسانی^۲ | حسین فتحی^۳

۱. نویسنده مسئول، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.
رایانامه: omid.kelich@gmail.com
۲. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه:
mmoosavikhorasani@yahoo.com
۳. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران.
رایانامه: Hosein77fathi@gmail.com

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۰۵</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۲۵</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۴/۰۵/۰۷</p> <p>کلیدواژه‌ها: وجه التزام، آرای قضایی، حاکمیت اراده، ماده ۲۳۰ قانون مدنی، عدالت و انصاف.</p> 	<p>اشتراط وجه التزام بر اساس حاکمیت اراده ابزاری برای مقابله با عهد شکنی و یکی از راه‌های جبران خسارت محسوب می‌شود که گاهی صورتی از تنبیه نیز به خود می‌گیرد، ولی در خصوص مشروعیت وجه التزام گراف تردیدهایی وجود دارد. گروهی از محققان با لحاظ مبانی مشروعیت شرط وجه التزام و تصریح ماده ۲۳۰ قانون مدنی، آن را صحیح و لازم الوفا دانسته‌اند. در مقابل گروهی دیگر، اشکالاتی بر چنین شرطی وارد کرده در مقام تعدیل قانونی و قضایی آن برآمده‌اند. نوشتار حاضر ضمن بررسی و ارزیابی دو دیدگاه با روش توصیفی-تحلیلی، تلاش‌های دسته دوم و دلایل مورد استناد ایشان را مورد نقد جدی قرار داده و خلاف ماده ۲۳۰ می‌داند. بر این بنیان به نظر می‌رسد ابطال یا تعدیل وجه التزام گراف با مبانی مطرح‌شده به سرانجام جست‌وجوشده دادرسان نمی‌رسد. این امر مستلزم اقامه مبانی جدید و البته بازتقنین ماده ۲۳۰ قانون مدنی است.</p>

استاد: کلیچ، محمد؛ موسوی خراسانی، محمدحسن؛ فتحی، حسین. (۱۴۰۴). تأملی انتقادی بر مبانی مقابله با وجه التزام گراف در آرای قضایی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۲)، ۲۸۷-۳۱۸.
<https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6849.2049>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

مقدمه

با وجود دشواری‌های برقراری مسئولیت قراردادی به حکم قانون، سهل است که طرفین با پیش‌بینی نقض قرارداد، خود در جهت جبران خسارات حاصل از عهدشکنی چاره‌ای بسازند. یعنی در ضمن معامله شرط کنند که در صورت تخلف، عهدشکن مبلغی مشخص را به عنوان خسارت کارسازی نماید؛ توافقی که در تعبیر حقوق دانان به شرط وجه التزام شهرت یافته است. این توافق طلبکار را از اثبات ورود خسارت و سایر شرایط خسارت قابل مطالبه بی‌نیاز می‌گرداند و دادرس نیز به حکم مواد^۱ ۲۳۰ ق.م.و ۵۱۵ ق.آ.د.م حق افزودن یا کاستن وجه التزام را ندارد. ترتب این فواید است که موجب شده در قراردادها به درج شرط وجه التزام میل شود به گونه‌ای که در بسیاری توافقات حال حاضر قابل مشاهده است. وجهی که مورد وفاق طرفین واقع می‌شود، گاه با خسارت واقعی اندکی بیش یا کمتر مناسب می‌نماید، در این صورت وجه التزام چهره جبران خسارت و ماهیتی ترمیمی خواهد داشت و گاه اراده طرفین تنها به ارزیابی خسارات تعلق نمی‌گیرد بلکه ایشان گامی فراتر نهاده و با تعیین مبلغی قابل توجه، اجبار و تنبیه متعهد را در صورت تخلف اراده می‌کنند. این چهره از وجه التزام که در حقوق اروپایی شرط کیفری^۲ نام دارد، در حقوق برخی کشورها رنگ باخته و بی‌اعتبار تلقی شده است (شهیدی، ۱۳۸۳، ص ۲۹۱) ولی در حقوق ایران وجه التزام می‌تواند هر دو چهره جبرانی و تنبیهی را داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۲۴۳). اما گاه مبلغ وجه التزام از خسارات قابل ارزیابی بسیار فراتر می‌رود به گونه‌ای که هر توجیهی به فاصله آشکار مبلغ تعیین شده با خسارت واقعی جلب می‌گردد؛ شرطی که به وجه التزام گراف موسوم گشته است. لذا مراد از این شرط، شرطی است که فاصله‌ای آشکار با خسارت واقعی داشته باشد. اگرچه قانون مدنی فرانسه که مأخذ ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران است در اصلاحات سال ۱۹۷۵ و ۲۰۱۶ از حکم سابق خود دست کشیده و به قاضی امکان مداخله و تعدیل

۱. اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند (ماده ۲۳۰ قانون مدنی).

2. Penalty clause

وجه التزام را در صورتی که آشکارا گزاف یا ناچیز باشد داده است (پاکباز، ۱۴۰۱، ص ۳۵۱) قانون مدنی ایران همچنان بر حکم منع دخالت قاضی قرار دارد. اطلاق و ظهور ماده ۲۳۰ قانون مدنی را باید شامل چنین شرطی نیز دانست و قاضی را از مداخله در آن منع کرد؛ لکن قبول اعتبار یا امکان تعدیل چنین شرطی محل تضارب آرای دادرسان است. شماری از ایشان به جهت مغایرتی که در این شرط با عدالت و انصاف یافته‌اند، همت خود را در صرف مقابله با آن نهاده‌اند. با سیری در آرای قضایی مشاهده می‌شود که بسیاری دادرسان مطابق قاعده مذکور در اصل ۱۶۷ ق.ا و ماده ۳ ق.آ.د.م، خود را مأخوذ صراحت ماده ۲۳۰ قانون مدنی دانسته و از آن گام فراتر نهاده‌اند^۱، ولی گروهی دیگر به ستیز با این توافق برخاسته و برای این منظور دست به چاره‌جویی زده‌اند. این تلاش که از وجدان آرام نیافته ایشان سرچشمه می‌گیرد هر چند ستودنی باشد مانع از نقد و نظر در این اندیشه‌ها نخواهد بود، به‌ویژه آن که با تتبع در این آرا مشاهده می‌شود باور مقابله با وجه التزام بر ادله‌ای بنا شده که به لحاظ تحلیلی قابلیت استناد ندارد. دلایل قابل مناقشه را می‌توان در دو گروه عمده جای داد: نخست ادله‌ای که قاعده‌ای عمومی محسوب می‌گردد و تلاش قضات در این است که شرط یاد شده را مخالف با قاعده‌ای عام دانسته از مرتبه اعتبار ساقط سازند و در عین حال مخالفتی با حکم ماده ۲۳۰ نکرده باشند. در زمره دوم دلایلی جای می‌گیرد که با تفسیر قضات از بعضی نصوص قانون یا اراده طرفین به عمل آمده و حاصل این دلایل، گاه بطلان شرط و گاه اختیار قاضی در مداخله و تعدیل است. **پیشینه پژوهش:** تاکنون پیرامون وجه التزام پژوهش‌های متعددی صورت گرفته است که اختصاراً به آن اشاره می‌شود:

۱. در مقاله «مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها» (میرحسین عابدیان)، ضمن بیان ضرورت بازنگری در ماده ۲۳۰ قانون مدنی، استناد به «عدم صدق عنوان خسارت» راهی برای مقابله با وجه التزام گزاف معرفی شده است.

۱. مجتهد هرگه که باشد نص‌شناس / اندر آن صورت نیندیشد قیاس چون نیابد نص اندر صورتی / از قیاس آنجا نماید عبرتی (مثنوی، دفتر سوم، بخش ۱۷۱).

۲. در مقاله «تعدیل وجه التزام و نتایج آن در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران» (رضا مقصدی) در فرضی که سوءاستفاده از قدرت اقتصادی برای تحمیل وجه التزام مثلاً از طریق قرارداد الحاقی به اثبات برسد، امکان مداخله قضایی پیش‌بینی و در سایر موارد نفی شده است.

۳. در مقاله «تحلیل اقتصادی نهاد وجه التزام، با تأکید بر نظام حقوقی کامن‌لاو و رومی ژرمن» (محمدرضا پاسبان) با کشف وحدت ملاک از قوانین راجع به حمایت از مصرف‌کننده یا طرف ضعیف قرارداد، تفسیرپذیری ماده ۲۳۰ قانون مدنی استنتاج شده است.

۴. در مقاله «ماهیت حقوقی وجه التزام و تعدیل آن در حقوق ایران و فرانسه» (مصطفی هراتی) تفویض اختیار متعادل سازی وجه التزام بر اساس نظر کارشناس، به قانون‌گذار ایران پیشنهاد شده است.

۵. در مقاله «اغتناف از ربا در توابع عقود با تأملی نو بر وجه التزام قراردادی» (علی اصغر گل محمدی)، ربوی بودن وجه التزام بیش از عوض معامله نفی شده است.

۶. در مقاله «تعدیل وجه التزام در قرارداد پیمانکاری بین‌المللی» (محمد عیسایی تفرشی)، امکان باطل دانستن شرط و اجرای قواعد عام مسئولیت مدنی به جهت همسویی با عرف بین‌المللی، حداقل در خصوص قرارداد یاد شده پذیرفته شده است.

۷. در مقاله «حدود اعتبار شرط وجه التزام از حیث میزان در تعهدات پولی» (سید حسین سادات حسینی) اجرای ماده ۲۳۰ تنها در تعهدات غیرپولی پذیرفته شده و در تعهدات پولی ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مبنا قرار گرفته است.

۸. در پژوهش‌های دیگری نیز ضمن مقایسه وجه التزام در حقوق ایران با سایر کشورهای اسلامی، نتایج مشابه به دست آمده است. ولی نوشتار حاضر به دو جهت از سوابق خود متمایز است:

اولاً پژوهش‌های یادشده گاه بر دفاع از تعدیل یا بطلان وجه التزام گراف و موافقت با این اندیشه قضایی متمرکز گشته‌اند؛ ولی پژوهش حاضر درصدد مخالفت با این اندیشه است و به دادرسان یادآور می‌شود که استدلالات قضایی راجع به این مسئله

را در بسیاری مجاری که به ظاهر هموار می‌نماید نمی‌توان به جریان انداخت. ثانیاً پژوهش حاضر برخلاف پژوهش‌های سابق که تنها به یک یا دو مستند تعدیل قضایی وجه التزام پرداخته‌اند، با سیری کامل در آرای قضایی به طبقه بندی موضوعی آن‌ها پرداخته و اتکا به متن رأی، به نقد و نظر در استدلال دادرسان می‌پردازد.

۱. مقابله با وجه التزام برآمده از قواعد عمومی

۱-۱. مقابله با وجه التزام بنا بر قواعد عمومی تعهدات

۱-۱-۱. جمع عوض و معوض

در پاره‌ای از آرای محاکم به دلیلی برای اعلام بی‌اعتباری شرط وجه التزام گزاف تمسک شده است^۱ که در منابع فقهی به «منع جمع عوض و معوض» یا «منع اجتماع عوضین در ملک یک طرف عقد» شهرت دارد و برخی آرا از آن به «احاطه وجه التزام بر عوض قراردادی» تعبیر کرده‌اند. با این استدلال که چنانچه مبلغ وجه التزام به قدری باشد که از مقدار عوضی که متعهد له دریافت می‌کند فراتر رود، اشتراط آن محکوم به بطلان است چه این که بر خلاف عدالت معاوضی و مخالف با مقصود و اراده طرفین عقد است.

در نقد این استدلال مناسب است که ابتدا مفهوم «جمع عوضین» در اصطلاح فقهی بررسی شود. در برخی منابع فقهی در معرفی ارش و طریق محاسبه آن از جمع عوضین سخن رفته است؛ با این مناسبت که در محاسبه ارش باید تفاوت نسبت قیمت کالای سالم با معیوب ملاک قرار گیرد نه تفاوت خود قیمت، زیرا در صورت اخیر بلکه این تفاوت به قدر خود ثمن یا بیشتر از آن می‌شود و دریافت آن از ناحیه مشتری که مبیع را نیز تحصیل کرده، جمع عوض و معوض است (مکی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۷۴) و برخی متون بطلان این وضعیت را مستند به روایت نبوی ساخته‌اند که می‌فرماید «لا یجمع بین العوض والمعوض لواحد» (عاملی، ۱۴۲۵، ج ۱۴، ص ۴۲۳). نیز شهید اول از عدم جواز جمع عوضین به عنوان یک قاعده نام برده است

۱. برای نمونه دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۷۱۲۲۴۰۱۴۵۱ دادگاه تجدید نظر استان فارس.

(عاملی جزینی، بی تا، ج ۲ ص ۲۹۶).

همچنین صاحب جواهر در فرعی راجع به نکاح، ممنوعیت جمع عوضین را تذکر می دهد، این که هرگاه مردی به زعم پاکدامنی زنی با او تزویج نماید و سپس به فجور او پی ببرد، به جهت حصر موجبات فسخ نمی تواند نکاح را فسخ نماید و بعد از فرض استحقاق او برای دخول، رجوع او به ولی زوجه برای مهر موجبی ندارد؛ زیرا در این صورت او جامع میان عوض و معوض خواهد بود (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۰، ص ۱۱۷) از ظاهر این عبارات چنین مستفاد می شود که جمع عوضین با ذات معاوضه و عقود معاوضی در تعارض بوده و موجبی برای بطلان آن است. بنابراین جمع عوضین همانا جمع شدن «عنوان» دو عوض در یک طرف عقد است نه ارزش دو عوض؛ مثل این که در عقدی چون بیع، مالکیت مبیع و ثمن در شخص بایع منحصر گردد یا در نکاح بنا بر معاوضی بودن، زوج هم مستحق بضع باشد و هم مستحق رجوع به مهر، این معنا به خوبی از کلام شهید اول و صاحب جواهر به دست می آید. حقوق دانان نیز در معرفی عقود معوض این معنا را در نظر داشته اند، آنجا که این عقود را دارای دو مورد دانسته اند که بین آن دو رابطه «تقابل و همبستگی» است و از حیث ارتباط با عقد تفاوتی ندارند (شهیدی، ۱۳۹۰، ص ۸۰) یا از وجود «رابطه علیت» میان دو عوض سخن گفته اند که دادن عوض از ناحیه یک طرف، علت گرفتن معوض از ناحیه طرف دیگر است (امامی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۱۷) یا از آن به «موازنه تملیک در برابر تملیک» تعبیر کرده اند که رکن عقد مغاینه بوده و فقدان آن موجب بطلان است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۱۶). آنچه ذاتی و مقتضای حقیقت معاوضه است وجود دو عوض در مقابل یکدیگر است به گونه ای معوض باید در ملک کسی داخل گردد که عوض از ملک او خارج شده است (انصاری، ۱۴۴۲، ج ۳، ص ۳۷۸). اما موازنه و تعادل در ارزش دو عوض را نمی توان ذاتی و مقوم ماهیت معاوضه دانست، بلکه این تعادل امری است که در نتیجه اراده و خواست طرفین عقد بر آن عارض می گردد و به نظر می رسد محققانی که در محاسبه ارزش از عدم جواز جمع میان عوض و معوض سخن گفته اند، تخلف از این شرط بنایی را در نظر داشته اند.

مسلم است که اراده طرفین نمی تواند ذاتیات عقود را ایجاد یا سلب کند. ولی

ارزاده ایشان در ایجاد یا بر هم زدن تعادل ارزش دو عوض مؤثر است؛ شاهد این که تعادل ارزش عوضین ذاتی معاوضه نیست، جعل خیار غبن برای طرفی است که در معامله غبن فاحش داشته باشد (ماده ۴۱۶ ق.م) و اعمال خیار تنها در عقدی مؤثر است که صحیحاً شکل گرفته باشد، حال آن که اگر تعادل ارزش عوضین ذاتی معاوضه بود فقدان آن باید مانع از تحقق عقد می‌گردید. لذا چنان که برخی به درستی گفته‌اند ضرورت ندارد که مقدار ثمن معادل قیمت واقعی مبیع باشد و در درستی چنین عقدی تردید نیست، جز این که مغبون حق دارد درباره بقاء عقد تصمیم بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۳۹).

باید گفت هرچند که در عقود مبتنی بر مغابنه، غالباً بنای طرفین بر تعادل است اما در این که اراده ایشان در موردی چون تعیین وجه التزام گزاف به نابرابری ارزش دو عوض تعلق بگیرد با مانعی مواجه نیست و بنابراین تمسک به عدم تعادل ارزش عوضین برای اعلام بی‌اعتباری چنین شرطی خلط میان ذاتیات و عرضیات عقد است.

صرف نظر از این مطلب، باید دانست که وجه التزام اساساً «عوض قراردادی» محسوب نمی‌شود که از لزوم یا عدم لزوم تعادل آن با عوض دیگر سخن به میان آید؛ عوضین همان دو مال یا تعهدی است که هر طرف به عهده گرفته تا در صورت تخلف از آن، وجه التزام بپردازد. وجه التزام تنها شرط و تعهدی فرعی و وابسته به عقد است و ارزش آن هرچند بیشتر از عوض قراردادی باشد تأثیری در صحت و بطلان عقد نخواهد کرد.

وانگهی اگر این شرط خلاف مقضای ذات عقد باشد، به حکم ماده ۲۳۳ قانون مدنی باید عقد را نیز فاسد کند حال آن که هیچ دادرسی به فساد عقد متضمن وجه التزام گزاف ملتزم نمی‌شود و سعی تنها در بی‌اعتبار کردن شرط است و نابرابری ارزش دو عوض نیز فوق ماده ۲۳۲ موجبی برای بطلان شرط به شمار نیامده است.

۲-۱-۱. غری شدن معامله

دیگر از دلایلی که مستند آرای محاکم برای مداخله در توافق طرفین بر وجه التزام

واقع گردیده «غرری شدن» معامله است.^۱ با این توضیح که در قراردادها تعیین مبلغی به عنوان وجه التزام دو صورت می پذیرد؛ گاه طرفین بر مبلغی مقطوع تراضی می کنند و گاه اراده ایشان به مبلغی تعلق می گیرد که به ازاء تخلف از مفاد عقد در مقاطع مشخصی از زمان از قبیل روز یا ماه باید پرداخت شود. پیداست که در صورت نخست با توجه به معلومیت مقدار خسارت، اثری از غرر مشاهده نمی شود بلکه صورت اخیر است که به نظر دادگاه می تواند مصداقی از غرر باشد، از این جهت که مبلغ وجه التزام در جاری زمان تعیین می یابد و از آنجا که طول زمان تخلف پیدا نیست، مبلغ نهایی وجه التزام نیز در پرده ابهام و غرر ناپیدا خواهد بود. اصطلاح غرر را دادگاه از منابع فقهی جسته است و در متون قانونی مشاهده نمی شود، هرچند مفاد آن با عنایت به مواد ۲۱۶، ۲۳۳، ۳۴۲ و سایر مواد قانون مدنی کاملاً پذیرفته شده است.

برخی لغت دانان در بیان موضوع له غرر به «خطر» اکتفا کرده اند (قیومی، بی تا، ص ۲۳۰؛ جوهری، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۷۶۸) و برخی افزوده اند خطری است که دانسته نیست واقع می شود یا نمی شود (ابن فارس، ۱۳۹۹، ج ۴، ص ۳۸۱) در اصطلاح، قدر متیقن از معنای غرر جهل توأم با خطر برای طرف عقد است، چنان که برخی حقوق دانان گفته اند غرر دارای دو عنصر جهل و احتمال حصول ضرر از ناحیه آن جهل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۴۸۹). بنابراین در اصل لزوم رفع ابهام از مورد معامله تردید نمی توان داشت، لکن برخی در جریان نهی از غرر در غیر عوضین و اعتبار علم به اطراف بیع تردید کرده و اظهار داشته اند جهل در شرط موجب غرر در بیع نمی شود زیرا آنچه مورد نهی واقع شده غرر در بیع است و شرط غیر از بیع است بلکه اگر نهی از مطلق غرر می شد شرط نیز داخل در آن بود حال آنکه چنین نهی مطلق نرسیده است؛ این در شرطی است که مقصود بالاصاله باشد اما در شرطی که مقصود بالتبع باشد امر واضح تر است (ایروانی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۶۵).

قانون مدنی نیز به هنگام معرفی شروط باطل در ماده ۲۳۲ از شرط مجهول نام نمی برد و لذا برخی با توجه به این ظهور تنها رعایت سه امر مذکور را برای صحت

۱. برای نمونه: دادنامه شماره ۱۴۰۱۳۹۰۰۰۲۱۳۳۰۲۰ دادگاه تجدید نظر استان زنجان.

شرط کافی دانسته‌اند (امامی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۷۶) یا با اتکا به اصل عدم لزوم شریاطی دیگر در شرط ضمن عقد، معلومیت تفصیلی مورد شرط را ضروری ندانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۹۲). در مقابل گروهی بر آن‌اند ماده ۲۳۲ در صدد ممنوعیت اجرای قواعد عمومی قراردادها نیست، بلکه بر آن گروه از قواعد که در لباس شرط چهره‌ای ویژه پیدا می‌کنند تأکید ورزیده است وگرنه ناممکن بودن اجرای تعهدی با موضوع مجهول چنان بدیهی است که نیاز به حکم خاص ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۱۶۷). به نظر می‌رسد اصل لزوم رفع ابهام از مورد تعهد به عنوان اصلی کلی و حقوقی در مورد شرط نیز ولو با اندکی مسامحه در مقایسه با تعهد اصلی، جریان دارد و لزوم معلوم بودن اجمالی یا تفصیلی شرط، به عنوان کبرای قیاس قضایی قابل قبول است. با این همه، استدلال دادرس را باید در صغرای این قیاس مورد مناقشه قرار داد، آنجا که تعیین وجه التزام به شیوه معرفی شده را مجهول و غرری قلمداد کرده است؛ زیرا طرفین برای تعیین مبلغ وجه التزام، ضابطه و ملاکی قرار داده‌اند که موجب اطمینان خاطر ایشان برای تن دادن به عقد است؛ و در معنای غرر دانستیم که جهلی است که احتمال نزاع در آن باشد، زیرا صرف جهالت به رابطه معاملی طرفین آسیبی وارد نمی‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۴۸۹). خاصه آن که متعهد می‌داند اجرای تعهد به دست اوست و طول زمان تخلف اوست که بر تعهد می‌افزاید.

مورد معامله که از طریق ضابطه تعیین می‌شود و به شناور مشهور شده است، امروزه کمتر مورد تردید حقوق دانان از جهت غرری بودن واقع می‌شود، چنان‌که صحت آن را در معاملات گوناگون مورد بررسی قرار داده‌اند؛ از آن جمله مهر در نکاح است (جوانمرد فرخانی؛ میری؛ رضوی، ۱۴۰۳). نمونه مناسبی از تعیین ضابطه برای رفع ابهام از مورد معامله را می‌توان در ماده ۵۰۱ قانون مدنی یافت؛ آنجا که اگر اجاره‌بها از قرار روز یا ماه فلان مبلغ معین شده باشد، در مدتی که عین مستأجره در تصرف مستأجر است موجر استحقاق اجرت «مقرر» را دارد، حال آن‌که مبلغ نهایی از ابتدای توافق دانسته نبوده و طرفین با اتکا به ضابطه تعیین عوض یا اجرت المسمی، مراضات کرده‌اند.

هرچند برخی نسبت به حکم قانون‌گذار در این ماده زبان به انتقاد گشوده و آن را

حکمی ناصواب و غیرقابل تعمیم تلقی کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۹۷، ص ۸۸) برخی نیز حکم ماده را خالی از هر گونه اشکال و برقراری چنین توافقی را امری معمول در جامعه و حتی ماهیت توافق را تجدید اجاره و نه امراضات دانسته‌اند (جعفری لنگرودی ۱۳۷۹، ص ۳۰۷) و دیگر از نویسندگان بر آن‌اند که این توافق اجاره نیست ولی توافقی است محترم و نفوذ حقوقی آن را باید ناشی از «امراضات» دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۳۸۶ و ۳۸۷). در میان فقها نیز این توافق یا داخل در عنوان اجاره معرفی شده (قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۴۶۸؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۶۵۴) یا حداقل از باب اباحه به عوض به صحت آن حکم شده است (خویی، ۱۳۶۸، ج ۵، ص ۳۹۹).

۱-۱-۳. غیرعقلایی بودن شرط

در پاره‌ای آرای قضایی، «غیرعقلایی بودن» شرط نیز به عنوان مستندی برای اعلام بی اعتباری شرط مورد بحث، مشاهده می‌شود.^۱ لزوم عقلایی بودن شرط از ماده ۲۳۲ قانون مدنی به دست می‌آید. در این ماده قانون‌گذار شرط بی نفع و فایده را باطل می‌انگارد و بنا به تفاسیر حقوقی، مراد آن است که در شرط هدفی معقول منظور نباشد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۱۷۱؛ امامی ۱۳۷۹، ج ۱ ص ۲۷۸؛ شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۰۰) وقتی نامعقول بودن شرط موجبی برای بطلان باشد، نقیض آن (معقول بودن) از شرایط صحت شرط محسوب می‌گردد. نفع شرط باید بیش از زیان باشد و ملاک تشخیص این سود یا زیان، نوع خردمندان جامعه‌اند که اگر چنانچه در جایگاه طرف عقد بودند، سودمند می‌شدند (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۰۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۱۷۲). گرچه پاره‌ای فقیهان نفوذ شرط را وابسته به اغراض عقلایی ندانسته و دلیلی بر آن نمی‌بینند (خویی، ۱۳۶۸، ج ۷ ص ۳۰۹)، با وجود تصریح قانون‌گذار مجالی برای تصحیح شرط غیر عقلایی نمی‌ماند، بلکه حقوق دانان لزوم عقلایی بودن شرط را اختصاص به تعهد فرعی نداده و آن را از عناصر عمومی تعهدات به شمار آورده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۲۰۶) چنان‌که اشاره ماده ۳۴۸ و دلالت التزامی ماده ۵۹۵ ق.م منطبق واحد قانون‌گذار را در عمومیت این عنصر گوشزد می‌کند.

اینک باید دید دادرسی برای باطل انگاشتن شرط مورد بحث به چه نحو به این

۱. برای نمونه: دادنامه شماره ۱۴۰۱۴۷۳۹۰۰۰۱۸۳۶۲۸۷ دادگاه تجدید نظر استان مازندران.

قاعده عمومی تمسک جست‌ه است؟

عقلایی نبودن شرط در یک توافق، از دو منظر قابل ملاحظه است. گاه عقلایی نبودن از منظر نوع مشروط‌له نگریسته می‌شود، یعنی که مدلول شرط برای او سودی در پی نمی‌آورد. از این منظر دادرسی نمی‌تواند شرط وجه التزام را غیر عقلایی قلمداد کند؛ پر واضح است که این شرط برای مشروط‌له منافع بسیار دارد و ممکن است عقلایی نبودن از منظر نوع مشروط‌علیه نگریسته شود، یعنی که متعهد شرطی را پذیرفته که اگر نوع خردمندان در جایگاه او بودند، به آن تن نمی‌دادند. به نظر می‌رسد که دادرسی در تحلیل قضایی خود، عقلایی نبودن را از منظر مشروط‌علیه نگریسته و قبول زیان سنگین بر دارایی را مغایر با رفتار عاقلان قلمداد کرده است. لکن این تحلیل را از دو جهت می‌توان مخدوش دانست:

اولاً آنچه مورد منع قانون‌گذار قرار گرفته، فقدان نفع عقلایی برای مشروط‌له است و آنچه وجه التزام گزاف در معرض آن قرار دارد، ورود زیان غیر عقلایی بر مشروط‌علیه است. با دقت در این دو مفهوم می‌توان به تمایزی بنیادین دست یافت؛ زیرا از سویی وجود نفع غیرعقلایی برای یک طرف عقد، ملازمه‌ای با ایراد زیان غیر عقلایی برای طرف دیگر ندارد. برای مثال اگر بایع بی‌هدف شرط کند که مشتری پیاپی به محل انعقاد عقد بیاید، نفعی برای او ندارد در عین حال عقلاً برای مشروط‌علیه زیانی در قبول این شرط نمی‌بینند. بنابراین نمی‌توان تصور کرد که قانون‌گذار این هر دو مفهوم را با یکدیگر لحاظ و از هر دو منع کرده است.

از دیگر سو، مبنایی که قائلان به بطلان شرط غیرعقلایی جست‌ه‌اند در شرط زیان‌آور مشاهده نمی‌شود، چه این که ایشان گفته‌اند شرط غیرعقلایی حقی برای مشروط‌له ثابت نمی‌کند تا تخلف از آن مثبت خیار باشد (انصاری، ۱۴۴۲، ج ۶، ص ۲۰) ولی در شرط متضمن زیان برای مشروط‌علیه اساساً سخنی از عدم ثبوت حق برای او نیست، به عکس او متعهد به رعایت حقی شده است که برای مشروط‌له پدید آمده است.

نتیجه این که ملازمه‌ای میان دو مفهوم یادشده برقرار نیست و منع قانون‌گذار از شرط زیان‌آور، حداقل از ظاهر ماده ۲۳۲ استفاده نمی‌شود. فارغ از آن دلیلی دیگر هم

بر بطلان چنین شرطی در متون قانونی یا تحقیقات فقهی اقامه نشده است، بلکه ماده ۱۰ ق.م و اصل آزادی اراده در قراردادها و عموم ادله وجوب وفا به عهد و شرط را می توان مقوم صحت چنین شرطی دانست. همچنان که پاره‌ای محققان در تعبیری دقیق میان «معامله سفیهانه» و «معامله سفیه» کشف تفاوت کرده‌اند؛ ادله تنها بر بطلان معامله سفیه قائم شده است اما معامله‌ای که عاقلی سفیهانه و به زیان خود منعقد می‌سازد موجبی برای بطلان ندارد (خویی، ۱۳۶۸، ج ۷، ص ۳۱۰).

ثانیاً همان‌طور که گفته شد ملاک در عقلایی بودن یک شرط، نوع و اکثر افراد جامعه‌اند و هم ایشان‌اند که به خردمند موصوف می‌شوند. تعیین وجه التزام با مبلغ گراف امری است که در قراردادها شیوع یافته است و همین چاره‌جویی‌های قضایی حکایت از شیوع آن دارد.^۱ شیوع امری در جامعه، غیرعقلایی بودن آن را منتفی می‌سازد. به راستی چگونه می‌توان رفتاری را که از نوع افراد سر می‌زند مغایر با بناء هم ایشان دانست؟

ضمن این‌که در تحلیل این رفتار می‌توان اظهار داشت اگر صرف قبول شرطی موجب ایراد زیانی سنگین بر دارایی شود، سخن از غیرعقلایی بودن آن وجهی دارد. اما قبول‌کننده وجه التزام نیک می‌داند این شرط به منظور نهایت اهتمام او در اجرای تعهد قرار داده شده است؛ اجرای تعهد نیز به اراده و اختیار اوست و تخلف از این فعل اختیاری است که آن زیان گراف را بر او وارد می‌کند نه صرف قبول شرط. با عنایت به دواشکال فوق، دادرسی نمی‌تواند در غیرعقلایی دانستن شرط به اطمینان برسد و حداقل باید به دیده تردید در آن بنگرد و با مشکوک بودن صحت شرط از اصول عملی مدد بجوید:

اولاً غیرعقلایی بودن نسبت به شرط مندرج، دارای سابقه‌ای عدمی است و باید «عدم غیرعقلایی بودن» را ابقا و استصحاب نمود. ثانیاً شرط از موضوعات عرفی بوده و صدق عرفی آن نیز تمام است و در مورد مشکوک باید به اصل صحت وفق ماده ۲۲۳ ق.م تمسک جست. پس باید مطلقاً به شرط عمل شود مگر آن‌که

۱. البته شیوع وجه التزام گراف با غالبی بودن عنوان «جبران خسارت» ناسازگار نیست؛ چراکه مراد از شیوع، پذیرفته و رایج بودن کاربرد تنبیهی وجه التزام است، نه آنکه به نسبت ماهیت جبرانی غالب باشد.

غیرعقلایی بودن آن محرز گردد (تاج‌آبادی ۱۳۹۰، ص ۷۶).

۲-۱. مقابله با وجه التزام بر مبنای قواعد عمومی مسئولیت مدنی

۱-۲-۱. لاضرر

قاعده فقهی نفی ضرر در شمار ادله‌ای است که دادرسان در پی چاره‌اندیشی‌های خود آن را یافته‌اند.^۱ قبول این قاعده در فقه اسلامی محل هیچ مناقشه واقع نشده است، تا آنجا که آن را ارشاد به حکم عقل دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۳۰۸۵) لذا این نوشتار به بررسی مدارک قاعده نیاز ندارد و مهم درک مفاد قاعده و چیستی «ضرر منفی» است تا این معنا در تطبیق مصادیق سنجیده شود. صرف نظر از اختلافی که لغت‌دانان در معنای ضرر دارند، در میان فقها فی الجمله معنای ضرر روشن است و حتی می‌توان از اختلاف تعابیر ایشان جامعی به دست آورد. از آن میان در تعریفی مناسب و کامل، کلامی قابل اشاره است که ضرر را هر نقصانی می‌داند که در مال، جان یا آبروی انسان پدید آید (نائینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۳۷۸)؛ تعریفی که شامل همه نوع خسارت مادی و معنوی می‌شود.

بر طبق نظری قابل قبول، قول «نفی حکم ضرری» قابل است که حاوی و جامع همه اقوال در معنای لاضرر باشد (بهرامی احمدی، ۱۳۸۹، ص ۳۴۱). لاضرر اثبات حکم نمی‌کند، اما حتی اگر قائل به تفاوت این اقوال و مواجهه متفاوت آن‌ها با ادله احکام اولیه مثل لزوم بیع باشیم (محقق داماد، ۱۳۸۲، ص ۱۴۱) نمی‌توان با تکیه بر لاضرر شرطی را که مشروط‌علیه به قبول آن اقدام کرده است از دایره وجوب وفاء خارج کرد؛ زیرا با ضابطه‌ای که از ابزار اصولی حکومت به دست می‌آید (انصاری، ۱۴۴۲، ج ۳، ص ۴۲۱) ادله قاعده اقدام که به آن اعتبار بخشیده‌اند بر قاعده لاضرر حکومت می‌کند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۷، ص ۱۱۸). با این توضیح که موضوع قاعده لاضرر، ضرری است که به متضرر توجه پیدا کرده باشد اما وقتی او خود مقدمات زیان را برای خویش فراهم سازد هرچند حقیقتاً متضرر می‌شود، اعتبار اقدام او به ضرر، توجه ضرر را تنزیلاً به منزله عدم توجه قرار می‌دهد. حتی برخی معامله ضرری آگاهانه را به دلیل از بین

۱. برای نمونه: دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۳۸۵ شعبه دیوان عالی کشور.

رفتن انتساب ضرر به طرف دیگر، تخصصاً از شمول قاعده لاضرر خارج دانسته اند (بهرامی احمدی، ۱۳۸۹، ص ۲۳۱).

قانون مدنی مواردی از معاملات موجب ضرر را که طرف متضرر آگاهانه به آن اقدام کرده است صحیح و لازم اعلام می‌دارد؛^۱ علی‌هذا با تکیه بر نفی حکم ضرری نه فقط نمی‌توان از بطلان توافق ضرری آگاهانه سخن گفت بلکه نمی‌توان به عدم لزوم آن روی آورد، شرط وجه التزام نیز از این قاعده پیروی می‌کند.

۱-۲-۲. دارا شدن بلاجهت

ممکن است در به تعادل رسانیدن وجه التزامی که بیش از متعارف و گراف تعیین شده است، دادرسان دارا شدن متعهدله برآمده از چنین شرطی را بدون سبب شناسایی کرده و حکم به بی‌حقی او نسبت به بخش زیاده از متعارف دهند.^۲ تردیدی نیست بر دارایی هیچ کس نباید به زیان دیگری بدون سبب مشروع افزوده شود و نظام‌های حقوقی به سود زیان دیده با چنین وضعیتی مقابله می‌کنند تا مانعی بر راه تحصیل ثروت از طرق نامشروع باشند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۱۱). نظام حقوقی ما را نیز نباید از این رویه برکنار دانست.

وجه التزام گراف موجب می‌گردد، متعهد تاوانی دهد که با تخلف سرزده از او و یا تعهدات اصلی قرارداد مناسبتی ندارد. این حد از نبود تناسب در غرامت کشیدن متعهد و در برابر آن افزایش ناعادلانه دارایی متعهدله در پی اجرای شرط، برخی را به این عقیده رسانیده است تا این دارا شدن را بنا بر نبود سبب، محکوم نمایند.

تمسک به دارا شدن بدون سبب برای تعدیل وجه التزام گراف از حقوق بلژیک داخل در حقوق فرانسه شد، لیکن این راه مقابله که بدون هیچ ملاحظه و درنگی از طرف دیوان آن کشور کنار گذاشته شد (مقصودی، ۱۳۹۰) در حقوق ما نیز جایی برای اعمال ندارد و نهاد فقهی حرمت اکل مال بالباطل مفهومی القاء می‌کند که از جهاتی مشابه و از جهاتی متفاوت است (علیدوست، ۱۳۹۵). حتی اگر از اشکالات شناسایی

۱. مانند عدم ثبوت خیار غبن در فرض علم مشتری به قیمت عادله (ماده ۴۱۸ ق.م)، لزوم جهل مشتری به عیب برای ثبوت خیار (ماده ۴۲۴ ق.م) و منع رجوع مشتری به بایع در فرض تبری از عیوب (ماده ۴۳۶ ق.م).

۲. برای نمونه دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۸۲۱۶۱۶۰۰۱۶۱ شعبه دیوان عالی کشور.

این قاعده در نظام حقوقی خود به عنوان منبعی مستقل برای مسئولیت مدنی چشم‌پوشی کنیم یا آن را معادل قاعده فقهی مذکور بدانیم، در هیچ فرضی تعدیل وجه التزام مستند به دارا شدن بی‌جهت ممکن نیست؛ چه این‌که ناسازگاری مقدمه این استدلال با نتیجه آن کاملاً روشن است. شرط اساسی دارا شدن بی‌سبب همان‌گونه که از عنوان آن نیز پیداست، فقدان هرگونه سببی است. شرط وجه التزام جزئی از ساختار یک قرارداد است و روشن نیست افزایش دارایی ناشی از آن چگونه بدون سبب تلقی شده است، در حالی قرارداد از اصلی‌ترین اسباب تعهد و کاستن یا افزودن دارایی‌هاست.

قرارداد ناعادلانه اگر دادرس را به واکنش وادار نماید، ولی وجود همین رابطه حقوقی مانع از استناد او به دارا شدن بدون سبب نیز خواهد شد و به عبارت دیگر، استناد به دارا شدن بی‌سبب با وجود رابطه قراردادی تحت هیچ شرایطی قابل جمع نیست (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۳۹۲).

۲. مقابله با وجه التزام با تفسیر قانون و اراده طرفین

۲-۱. مقابله با وجه التزام مستند به قانون

۲-۱-۱. استناد به ماده ۶۵۲ قانون مدنی

گاه، مشاهده شده است هنگامی که دادرسان خود را با وجه التزام گزاف مواجه می‌بینند، استناد به ماده ۶۵۲ را یکی از اسباب موجهه حکم به تعدیل وجه التزام در نظر می‌گیرند و باور دارند هرگاه بنا بر جواز برخاسته از این ماده بتوانند به نفع متعهد و با دادن مهلتی بیشتر در قرارداد مداخله نماید، این جواز در باب میزان اصل تعهد نیز می‌تواند سودمند بوده و آنچه بر مدیون به موجب وجه التزام گزاف تحمیل شده است، به میزان متناسب با عدالت و انصاف تعدیل نمایند.^۱

ممکن است گفته شود جواز مذکور تنها ناظر بر دادن مهلت عادلانه بوده و قانون طریقی مشخص برای حمایت از مدیون پیش‌بینی کرده است و کاستن از میزان اصل تعهد، موضوعی مستقل و متفاوت و نیازمند حکمی جداگانه است و برداشت

۱. برای نمونه دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۷۱۲۰۱۰۰۸۵۶ دادگاه تجدید نظر استان فارس.

مذکور در هیچ صورتی قابلیت تطبیق با مفاد حکم را ندارد. با واکاوی بیشتر روشن می‌گردد که این تفسیر از ماده مورد بحث، چندان به دور از حقیقت نخواهد بود و توجه به نقشی که عامل زمان در ارزیابی میزان تعهد دارد، هدایتگر ما در یافتن ارتباط میان دو ماده مذکور می‌شود. همان‌گونه که قاعده «للاجل قسط من الثمن» دلالت می‌کند، تعهد موجب در برابر تعهد حال ارزشی بالاتر دارد. چراکه در تعهد نخست ارزیابی تعهد با توجه به موضوع تعهد و اجل محاسبه می‌شود، ازاین‌رو در عرف معاملات نیز برای تعهد موجب ارزش بیشتری در نظر می‌گیرند (تولمی، ۱۳۹۴)؛ زیرا همواره باید برای عامل زمانی بهره‌ای قائل شد و پذیرفت با تبدیل تعهد حال به تعهد موجب باید به بهای مقرر برای آن افزوده شود و در راستای اقتضای این قاعده با تغییر تعهد موجب به یک تعهد حال، ارزش تعهد کاهش می‌یابد.

اکنون در موضوع اعطای مهلت عادلانه هر مدتی که بر مهلت اجرای تعهد افزوده می‌شود، باید میزان تعهد نیز افزایش یابد. در صورتی که می‌دانیم دادرسی تنها مهلت می‌دهد بی‌آنکه عامل زمان را در میزان تعهد دخالت دهد. بنابراین اعطای مهلت بدون در نظر گرفتن ارزش افزوده‌ای که زمان در پی می‌آورد، فراتر از چیزی است که در بدو امر به نظر می‌رسد و به گونه‌ای همراه با دخل و تصرف در اصل موضوع تعهد است.

با این همه اگر بخواهیم امکان تعدیل وجه التزام را مستند به ماده ۶۵۲ در نظام حقوقی موجود روشن سازیم، باید اظهار داشت که تعدیل وجه التزام با تکیه بر ماده مذکور پذیرفتنی نیست. صرف نظر از بیم تحقق ربای جاهلی (مصباحی مقدم، احمدوند، ۱۳۸۸) در تأجیل دین حال با افزودن بر میزان آن (تولمی، ۱۳۹۴) نزد فقها (اردبیلی، ۱۴۱۱، ج ۸، ص ۳۴۴) و احتمال تأثیر گذاری بر اندیشه قانون‌گذار، باید پذیرفت حکمی کلی از مفاد مقید و محدود ماده ۶۵۲ استنباط پذیر نیست و این قدر از دلیل آوری قاصر از اثبات ادعا است و حتی اگر با تمسک بر همین یک ماده اصل جواز مداخله قضایی را در میزان تعهد مورد توافق تأسیس نماییم، حکم خاص ماده ۲۳۰ ق.م. قابلیت معارضه با هر حکم کلی دیگری را خواهد داشت و تخصیص حکم را در پی

می‌آورد.

در نهایت باید پذیرفت اگر دادرسی می‌تواند مهلت عادلانه اعطا کند و یا اگر بتواند در اصل تعهد مداخله نماید، در همان قانونی که این جوازها برخاسته منعی صریح نیز مشاهده می‌شود: «...حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است، محکوم کند» (ماده ۲۳۰ قانون مدنی).

تقابل میان این دو ماده، مسئله دیگری نیز ایجاد می‌کند. در فرضی که دادرسی به مدیونی که علیه او در قرارداد خسارت تأخیر تأدیه مقرر است مهلت عادلانه بدهد بی آنکه در پی تعدیل اصل وجه التزام باشد، آیا اعطای مهلت می‌تواند قاطع جریان محاسبه وجه التزام تأخیر تأدیه باشد؟ به عبارت دیگر از هنگام شروع تا سررسید مهلتی که دادگاه می‌دهد در میزان تأخیری که مدیون کرده است باید محاسبه گردد، یا این که در این دوره خسارت تأخیر نادیده گرفته می‌شود.

در بدو امر می‌توان اظهار داشت اثبات وجه التزام از تبعات تخلف متعهد است. تأخیری که به مجوز مهلت عادلانه صورت می‌پذیرد، تخلف به حساب نمی‌آید تا نوبت به اعمال شرط وجه التزام برسد و صرف درج شرط وجه التزام کافی نیست تا فعلی مباح را ضمان آور تلقی کنیم. چنان که دیدیم، شرط وجه التزام تنها لزوم اثبات خسارت را مرتفع می‌سازد و نسبت به سایر ارکان مطالبه خسارت اثر نمی‌گذارد (کاتوزیان، ۱۳۹۶، ص ۶۰). در نتیجه، مهلت عادلانه حتی اگر از خسارت تأخیری که تاکنون مستقر شده است نگاهد، مانعی برای تزیاید آن است.

بی تردید حکم به اعطای مهلت عادلانه اثر تأسیسی دارد و نمی‌تواند در کاستن از خسارتی که تاکنون از تأخیر حاصل شده منشأ اثر باشد. در عین حال نسبت به متوقف نمودن جریان خسارت نیز کارایی ندارد. نتیجه یک رأی نمی‌تواند به معارضه با قانون امری برخیزد (ماده ۳ و بنده ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی). قانون‌گذار قاضی را از کاستن یا افزودن وجه التزام منع می‌کند و این ممنوعیت همان‌گونه که اعمال قضایی مستقیم همچون تعدیل وجه التزام را دربرمی‌گیرد، سایر اعمال را که منتهی به کاهش وجه التزام شود، ممنوع می‌سازد. صراحت ماده ۲۳۰ چنان است که هر راهی را که مستقیم یا با واسطه به تغییر ختم شود، مسدود می‌سازد.

۲-۱-۲. استناد به ماده ۲۳۰ قانون مدنی

وجه التزام چهره‌ای دوگانه دارد. همان‌گونه که پیش‌تر هم اشاره شد، در یک قسم از وجه التزام طرفین در درج این شرط، هدفی فراتر از جبران خسارتی متعارف را جست و جو نمی‌کنند و وجه التزام کارکردی بیش از جبران خسارت ندارد. در گونه‌ای دیگر طرفین با درج مبلغی فزون تر از خسارت مورد انتظار، نقشی بیشتر به این شرط بخشیده و مبدل به ابزاری برای اعمال فشار مضاعف بر متعهد می‌سازند. وجه التزام در نوع تنبیهی خود با کاستن از احتمال تخلف متعهد، تضمین‌گر اجرای تعهد می‌شود. با بررسی ماده ۲۳۰ ممکن است، چنین گمان رود، مقتن با عبارت «مبلغی به عنوان خسارت» در پی به رسمیت شناختن تنها یکی از کارکردهای وجه التزام بوده است و هرگاه دادرس دریابد وجه التزام ماهیت جبران خسارت را از دست داده و رنگ تنبیهی به خود گرفته است، با استناد به این ماده به ناروایی این نوع از وجه التزام حکم کرده و با تعدیل، آن را به قسم مشروع خود تبدیل نماید.^۱

نظر اخیر مقرون به صحت نیست؛ چراکه درج عبارت «به عنوان خسارت» صرفاً اشاره‌ای به کارکرد غالب وجه التزام است و استناد به این عبارت کافی نخواهد بود، برای حکم به نفی نوع دیگری از وجه التزام که به استحکام معامله می‌انجامد. چنان‌که در قانون مدنی فرانسه (منبع اقتباس) با وجود عباراتی مشابه، هرگز چنین نظری در تفسیر این ماده ابراز نشده است. (مقصودی، ۱۳۹۰) به علاوه باید دانست وجه التزام تنبیهی همواره ابزاری برای سوء استفاده از متعهد نیست تا بطلان آن نزد قانون‌گذار مفروض باشد. آنگاه که طرفین بیش از اندازه از خسارت متعارف فاصله بگیرند، وجه التزام کارکردی مشروع و سودمند دارد و بی‌اعتبار پنداشتن چنین شرطی مشروع نیازمند تصریح است؛ امری که مفقود است و عبارت قانون در ماده ۲۳۰ ناتوان از رساندن چنین منعی است.

۱. برای نمونه دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۲۱۳۰۷۰۰۶۰۰ دادگاه تجدید نظر استان فارس.

۲-۲. مقابله با وجه التزام با توجه به اراده طرفین

۲-۲-۱. نبود قصد جدی بر درج شرط وجه التزام گزاف

اثری در عالم اعتبار نقش نمی‌بندد، بی‌آنکه از پی اراده‌ای صحیح برآمده باشد. از جمله شرایطی که برای اراده مقرر است تا اثری حاصل آورد، جزمی بودن آن است. اراده‌ای که مقرون به جدیت ابراز کننده آن نباشد، از ایجاد اثر باز می‌ماند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۲۱).

در وجه التزام گزاف آنچه روشن است تعدی از خسارت واقعی مورد انتظار است، ولی گاه در این راستا طرفین چنان از خسارت واقعی فراتر می‌روند که بر متعهد خسارتی بیش از توان اقتصادی او تحمیل می‌گردد و این در صورتی است که طرفین می‌دانند اگر وجه التزام موردی برای اجرا بیابد، هیچ‌گاه برای متعهد امکان اجرای شرط متصور نیست. در فرضی دیگر، هرچند متعهد از عهده اجرای شرط برمی‌آید، ولی این شرط در قیاس با تعهدات اصلی قرارداد به گونه‌ای سنگین و نامتناسب است که گمان می‌رود طرفین به هنگام درج چنین شرطی به امری فراتر از وجود آن اندیشه نکرده‌اند. در واقع متعهدله نفع خود را صرفاً در وجود این شرط می‌یابد تا تهدیدی دائم برای متعهد بوده و او را از تخلف منصرف سازد و جز به این عامل تهدیدآور، کمتر مرحله اجرای شرط را در نظر گرفته‌اند.

گفته شده است وصف مشترک این دو فرض را باید فقدان اراده جدی طرفین برای اجرای شرط دانست (عابدیان، ۱۳۸۵) و هدف از درج چنین شروطی که با زیاده روی در تعیین خسارت همراه بوده صرفاً بازدارندگی آن است و نمی‌توان این شرط را پس از تخلف به اجرا گذاشت؛ چراکه اجرای شرط داخل در قصد مشترک طرفین نشده و به عبارت بهتر طرفین نسبت به اجرای آن از جدیت کافی برخوردار نبوده‌اند، در صورتی که اراده انشایی نمی‌تواند از جدیت بی‌بهره بماند.^۱

پذیرش این نظر دشوار است، صرف نظر از این‌که اگر اثبات شود طرفین قصدی جدی برای درج شرط نداشته‌اند حکم وضعی بطلان غیرقابل بحث است، در این صورت محتملی برای «تعدیل» فراهم شدنی نیست، شرطی که ناشی از اراده جازم

۱. جهت نمونه دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۲۱۳۰۷۰۰۷۹۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

طرفین نباشد، ماهیتش پدید نیامده تا امکان تعدیل بر پایه آن بنا شود. به علاوه تکیه استدلال بالا بر این است که چون شرط وجه التزام گزاف به جهت گزاف بودن حکایت از نبود قصدی جدی دارد، در نتیجه نباید مورد اعتنا قرار گیرد. ادعای ملازمه گزاف بودن یک تعهد با نبود قصد جدی، اولاً ادعایی است که نیازمند اثبات است. ثانیاً اثبات این پیوستگی، اصولاً دشوار است؛ چراکه هیچ اصل یا ظاهری در دست نیست که پذیرش هر تعهد سنگین یا نامناسبی را حاصل فقدان جدیت اراده محسوب نماییم و کاملاً پذیرفتنی است که انسانی متعارف حسب اغراض مشروعی که دارد پذیرای برقراری تعهدی دشوار به زیان خود باشد. باطل پنداشتن این تصرفی که او در ذمه خود به عمل می‌آورد بی حکم قانون دشوار است. افزون بر آن نبود جدیت به طور معمول در مصادیقی چون هازل بودن، مست بودن، در خواب یا اغما به سر بردن و... تجسم می‌یابد (انصاری، ۱۴۴۳، ج ۳، ص ۲۹۵) و (ماده ۱۹۵ قانون مدنی). تطبیق این مصادیق مورد توافق با موضوع مورد بحث به آسانی ممکن نیست و دلالت ظاهر نیز خلاف آن اقتضا دارد (شهیدی، ۱۳۹۶، ص ۳۲۷) چه می‌خواهیم تنها بندی از قرارداد را باطل محسوب کنیم؛ درحالی که باور داریم طرفین در سایر اجزای قرار داد جدیتی تمام داشته‌اند.

۲-۲-۲. تعدیل وجه التزام مستند به شروط ضمنی

تمام آنچه طرفین بر آن توافق کرده‌اند در عبارات صریح قرارداد، نمی‌گنجد. برای یافتن حدود تعهدات طرفین نباید در محدوده مصرحات متوقف ماند. تعدادی از الزامات می‌تواند برآمده از توافق ضمنی آن‌ها باشد و با وجود پاره‌ای اختلاف‌ها همان ادله‌ای که به مأخوذ بودن طرفین بر عبارات صریح عقد دلالت می‌کند، پایبندی به آنچه را ضمناً توافق شده، نیز مقرر می‌دارد (محقق داماد، ۱۳۹۳، ص ۶۱).

آنگاه که به موجب وجه التزام خسارتی نامتناسب علیه متخلف برقراری شود، با راهنمایی آنچه در گفتار صریح طرفین یافت نمی‌شود و مستند به این امر غالب که افراد جامعه از پذیرفتن شروطی تا این پایه زیان‌بار احتراز می‌کنند و از یاد نبردن این‌که عدالت و حسن نیت نقشی انکار ناپذیر در احراز شروط ضمنی دارند، به عنوان نتیجه هر شرط وجه التزام گزافی را اصولاً باید مبتنی بر این امر دانست که

بنابر توافق ضمنی طرفین، این شرط تنها تا حدی که متعارف باشد نافذ بوده و آن قدر که از محدوده متعارف و یا انصاف خروج یافته است نادیده گرفته می‌شود. در نهایت نظر به این که متعاقدین توقعاتی نامتعارف و به دور از عدالت از درج این شرط داشته‌اند، شرط وجه التزام را به میزان توافق واقعی که بر آن صورت پذیرفته به رسمیت شناخته تعدیل شود.^۱

در رد نظر اخیر کافی است شرایط استناد به شروط ضمنی را یادآوری کنیم؛ استناد به شرط ضمنی در صورتی میسر است که علاوه بر وضوح و بدهت بدین گونه که وجودش مسلم و محرز باشد، در تغایر با توافق صریح طرفین قرار نگیرد (سیمایی صراف، ۱۳۸۰، ص ۱۱۱). چرا که در یافتن اراده طرفین چه امری رساتر از گفتار صریح خود آن‌ها می‌تواند باشد و در مورد بحث چگونه می‌توان از عباراتی که آشکارا بر وجود وجه التزام دلالت دارد، از همان عبارات حکم به حذف بخشی از وجه التزام داد.

صرف دلالت عدالت و انصاف بر حکمی ملازمه با تلقی آن به عنوان شرط ضمنی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص ۱۳۰) در شناسایی شروط ضمنی باید در پی اراده حقیقی طرفین بود و اقتضات عدالت و انصاف را وسیله‌ای برای کشف اراده طرفین در نظر گرفت، نه این که جایگزینی برای اراده طرفین به حساب آورد (شهیدی، ۱۳۹۶، ص ۳۶۳). مشخص نیست آن قدر که دادرسان به جست‌وجوی عدالت و انصاف در قراردادها برآمده‌اند آیا به راستی طرفین نیز در روابط حقوقی خود خواهان آن بوده یا به آن توجهی داشته‌اند؟ پرسشی است که در پی بررسی آرای قضایی همواره ایجاد می‌شود.

نتیجه‌گیری

دشواری‌های یافتن مبنایی برای تعدیل وجه التزام پاره‌ای از دادرسان را از جستن راهی برای مقابله منصرف نساخته است. راه‌های جست‌وجو شده برای مقابله با وجه التزام گزاف، در چند دسته سامان می‌پذیرد. شماری از آن‌ها به قواعد عمومی

۱. برای نمونه دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۸۲۱۶۱۷۰۰۴۲۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران.

تعهدات بازگشت داشته است و چنان‌که دیدیم با از یاد بردن حقیقت مفهوم «عوض» و برداشتی نادرست از جایگاه آن در ساختار معامله، هرگونه تغییر در موقعیت طرفین عقد به جمع میان عوض و معوض تفسیر کرده و در ادامه حتی به اقتضای این تفسیر نیز پایبند نبوده‌اند؛ چه این‌که چنین رخدادی نه فقط شرط که فساد اصل معامله را در پی دارد. در ادامه، گروهی بر آن بودند که وجه التزام گراف را متوسل به مفهوم غرر نهی شده، به تعدیل بکشانند. به‌ویژه وجه التزامی که میزان آن با عامل زمان پیوند دارد و هر قدر اجرای تعهد به تأخیر افتد بر میزان وجه التزام افزوده می‌گردد. لکن ترکیب یافتن مفهوم غرر از دو رکن خطر در کنار جهل و نیز به رسمیت شناخته شدن موقعیت‌های مشابه از طرف قانون‌گذار همانند اجاره از قرار بطلان وجه التزام را مستند به غرر، با تردید مواجه می‌سازد. استناد به غیرعقلایی بودن چنین شرطی نیز کارساز نیست؛ چراکه آنچه مورد نهی قانون است «نفع غیرعقلایی» بوده و آنچه وجه التزام گراف حاصل می‌آورد «زیان غیرعقلایی» است. افزون بر آن مشخص نیست اگر اکثریت جامعه سازنده مفهوم «عقلا» باشد، چگونه می‌توان عملی را با این حد از رواج غیرعقلایی شمرد.

در راه استناد به قواعد عمومی مسئولیت، بر دو مبنا تکیه می‌شود: لاضرر و دارا شدن بلاجهت؛ کارآمدی استناد به لاضرر را اقتضاء ماهیت قراردادی وجه التزام، یعنی اقدام متعهد در پذیرش شرط سلب می‌کند و وجود قرارداد هرچند ناعادلانه، خود جهتی است که قابلیت تمسک به دارا شدن بلاجهت را منتفی می‌سازد. در تفسیر متون قانونی، تکیه بر مفاد ماده ۶۵۲ و مهلت عادلانه حتی اگر منتهی به برداشت حکم مطلق جواز دخالت دادرس در میزان تعهدات شود، حکم معین ماده ۲۳۰ بر گستره هر اطلاقی قید می‌زند. توسل به ماده ۲۳۰ نیز برای نفی گونه‌تنبیهی وجه التزام راه به جایی نمی‌برد، توجه به منبع مورد اقتباس قانون و مفروض دانستن حمایت قانون از اغراض مشروع که وجه التزام با ماهیت تنبیهی در غالب موارد دربردارد، تصور انحصاری یادشده را درهم می‌شکند.

توجه به اراده طرفین راهی دیگر است که دادرسان به مقصود تعدیل وجه التزام می‌پیمایند. لکن، پذیرفتنی بودن تن دادن به تعهدات دشوار و اعتبار داشتن سایر

اجزای قرارداد، از تشکیل تصور فقدان قصدی جدی ممانعت می‌کند. در نهایت، تصریح شرط وجه التزام در قرارداد، فرصت استناد به شروط ضمنی را به مقصود تعدیل شرط، تماما از میان می‌برد.

با وقوف بر سرچشمه‌های واکنش قضایی به وجه التزام غیرعادلانه از این اقدام ستایش به عمل می‌آوریم؛ با این همه باید انصاف داد که اعتبار وجه التزام گزاف در پناه حاکمیت اراده و حکم قانون همچنان به دور از تعرض می‌ماند. چه باور داریم مقابله با وضعی نامطلوب بیش از هرچیز ابزاری مناسب می‌طلبد. مبانی جست و جو شده فاقد این شرط ضروری است و نباید در هیاهوی تحسین‌ها از منطوق حکم دایر بر تعدیل وجه التزام، ارزیابی اسباب توجیهی حکم را به فراموشی سپرد.

در این مقاله، کوشش شد تا مبانی را که برای تعدیل یا بطلان وجه التزام تصور شده است به بررسی گذاشته و کارآمد نبودن آن‌ها را نشان دهیم. با این همه اگر اجتهادهای قضایی در تعدیل وجه التزام ناکام بماند لکن به خوبی پیرامون حقیقتی روشنگری می‌کند؛ که همانند منبع مورد اقتباس قانون مدنی، باید با وضع حکمی نو تعدیل وجه التزام از طرف قانون‌گذار مقرر شود تا بر پایه آن دادرسان بتوانند به سوءاستفاده از وجه التزام پایان دهند.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). مجمع الفائده والبرهان فی شرح الاذهان. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲. امامی، سید حسن. (۱۳۷۹ش). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۴۲ق). فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۴۳ق). المکاسب. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۵. ایروانی نجفی، میرزا علی. (۱۳۸۴ش). حاشیه المکاسب. تهران: انتشارات کیا.
۶. بهرامی احمدی، حمید. (۱۳۸۹ش). قواعد فقه، (جلد دوم). تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۷. پاکباز، سیامک. (۱۴۰۱ش). شرح قانون مدنی فرانسه. تهران: نشر میزان.
۸. تاج‌آبادی، حسین. (۱۳۹۰ش). شروط صحیح در فقه امامیه. تهران: نشر میزان.
۹. تولمی، محمدتقی (۱۳۹۴ش). مفهوم و گستره قاعده "للأجل قسط من الثمن". فقه و اجتهاد، ۲

(۴)، ۱۵۶-۱۳۰.

۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۶ش). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۸ش). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۹ش). مجموعه محشی قانون مدنی. تهران: گنج دانش.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۱ش). تئوری موازنه بر پایه اصالت عمل. تهران: گنج دانش.
۱۴. جوانمرد فرخانی، ابراهیم؛ میری، حمید؛ رضوی، سید محمد. (۱۴۰۳ش). مهر شناور در آینه فقه امامیه و حقوق ایران. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶ (۲۹)، ۸۲-۶۱. <https://doi.org/10.30513/cjd.2021.3268.1568>
۱۵. جوهری الفارابی، أبو نصر إسماعیل بن حماد. (۱۴۰۷ق). الصحاح تاج اللغة و الصحاح العربية. بیروت: دارالعلم.
۱۶. خوبی، سید ابوالقاسم. (۱۳۶۸ش). مصباح الفقاهه. قم: انتشارات داوری.
۱۷. سبزواری، محمد باقر بن محمد. (۱۴۲۳ق). کفایة الفقه. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۸. سیمایی صراف، حسین. (۱۳۸۰ش). شرط ضمنی. قم: بوستان کتاب.
۱۹. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۳ش). آثار قراردادها و تعهدات. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۰. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶ش). شروط ضمن عقد. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۱. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۳ش). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۲. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۶ش). اصول قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.
۲۳. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۷ش). حقوق مدنی ۶. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۴. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۷ش). سقوط تعهدات. تهران: مجد.
۲۵. صفایی، سید حسین. (۱۳۷۵ش). مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی. تهران: میزان.
۲۶. عابدیان، میرحسین. (۱۳۸۵ش). مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها. الهیات و حقوق (آموزه‌های فقه مدنی)، شماره ۱۹، ۴۴-۳.
۲۷. عاملی، السید محمد جواد. (۱۴۲۵ق). مفتاح الكرامة فی شرح القواعد العلامه. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۸. علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۵ش). دارا شدن ناعادلانه و بلاجهت در نظام حقوقی ایران و مقایسه آن با اکل مال بالباطل. کاوشی نو در فقه، ۲۳ (۸۷)، ۱۸-۳. <https://doi.org/10.22081/jf.2016.64668>
۲۹. قزوینی الرازی، احمد بن فارس. (۱۳۹۹ق). معجم مقاییس اللغة. بی جا: دارالفکر.
۳۰. قمی، میرزا ابوالقاسم. (۱۳۷۱ش). جامع الشتات فی الاجوبة السؤالات. تهران: مؤسسه انتشارات کیهان.
۳۱. قیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۸ق). المصباح المنیر. بیروت: مكتبة العصریه.
۳۲. کاتوزیان، امیرناصر. (۱۳۷۴ش). دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی. تهران: یلدا.

۳۳. کاتوزیان، امیرناصر. (۱۳۸۰ش). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۴. کاتوزیان، امیرناصر. (۱۳۸۱ش). دوره حقوق مدنی، عقود معین. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۵. کاتوزیان، امیرناصر. (۱۳۸۶ش). عدالت قضایی: گزیده آرا. تهران: میزان.
۳۶. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۳ش). قواعد فقه، بخش مدنی ۶. تهران: سمت.
۳۷. مصباحی مقدم، غلامرضا؛ احمدوند، خلیل‌الله. (۱۳۸۸ش). ابعاد شناخت ربای جاهلی. مطالعات اقتصاد اسلامی، ۱(۲): ۷۰-۳۷. <https://doi.org/10.30497/ies.2009.1291>
۳۸. مقصدی، رضا. (۱۳۹۰ش). تعدیل وجه التزام و نتایج آن در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران. پژوهشنامه حقوقی، ۲(۲): ۱۲۹-۱۰۳.
۳۹. مکی عاملی، شمس‌الدین محمد بن مکی. (بی‌تا). القواعد و الفوائد فی الفقه و الأصول و العربیة. قم: مکتبه المفید.
۴۰. موسوی بجنوردی، السید حسن. (۱۳۷۷ش). القواعد الفقہیة. قم: نشر الہادی.
۴۱. نائینی، محمدحسین. (۱۴۲۱ق). منیة الطالب. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۲. نجفی، الشیخ محمدحسن. (۱۹۸۱م). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: داراحیاء التراث العربی.

References

1. Abedian, Mirhossein. (2006). A comparative study of the enforceability of penalty clauses in contracts. *Theology and Law (Teachings of Civil Jurisprudence)*, 19, 3–44. [in Persian]
2. Amili, Mohammad Jawad. (2004). *Miftāḥ al-karāmah fī sharḥ al-qawā'id al-'allāmah*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī. [in Arabic]
3. Ansari, Murtada ibn Muhammad Amin. (2002). *Farā'id al-uṣūl*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī. [in Arabic]
4. Ansari, Murtada ibn Muhammad Amin. (2003). *Al-Makāsib*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī. [in Arabic]
5. Ardabili, Ahmad ibn Muhammad. (1993). *Majma' al-fā'idah wa al-burhān fī sharḥ al-adhhān*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī. [in Arabic]
6. Alidoust, Abolghasem. (2016). Unjust and undue enrichment in the Iranian legal system and its comparison with the prohibition of consuming property unlawfully (akl al-māl bi al-bāṭil). *A New Inquiry in Fiqh*, 23(87), 3–18. <https://doi.org/10.22081/jf.2016.64668> [in Persian]
7. Bahrami Ahmadi, Hamid. (2010). *Qavā'id-e fiqh* [Jurisprudential Rules] (Vol. 2). Tehran: Imam Sadiq University Press. [in Persian]
8. Eiravani Najafi, Mirza Ali. (2005). *Hāshiyat al-Makāsib* [Marginalia on *al-Makāsib*]. Tehran: Kia Publications. [in Persian]
9. Emami, Seyed Hasan. (2000). *Huqūq-i madanī* [Civil Law]. Tehran: Eslamiyeh Publications. [in Persian]
10. Ja'fari Langroudi, Mohammad Jafar. (1997). *Tarmīnūlūzhī-yi huqūq* [Legal Terminology]. Tehran: Ganj-e Danesh. [in Persian]
11. Ja'fari Langroudi, Mohammad Jafar. (1999). *Mabsūt dar tarmīnūlūzhī-yi huqūq* [Expanded in Legal Terminology]. Tehran: Ganj-e Danesh. [in Persian]

12. Ja'fari Langroudi, Mohammad Jafar. (2000). *Majmū'ah-ye moḥashshā-ye qānūn-e madanī* [Annotated Civil Code]. Tehran: Ganj-e Danesh. [in Persian]
13. Ja'fari Langroudi, Mohammad Jafar. (2002). *T'e'orī-yi mawāzaneh bar pāyah-ye aṣālat-e 'amal* [Theory of Balance Based on the Primacy of Act]. Tehran: Ganj-e Danesh. [in Persian]
14. Javanmard Farrkhani, Ebrahim, Miri, Hamid., & Razavi, Seyed. Mohammad. (2024). Floating dower in Imamiyyah jurisprudence and Iranian law. *Teachings of Civil Jurisprudence*, 16(29), 61–82. [in Persian]
15. Jawhari al-Farabi, Abu Nasr Ismail ibn Hammad. (1987). *Al-Sihāh: Tāj al-lughah wa shihāh al-'Arabiyyah*. Beirut: Dār al-'Ilm. [in Arabic]
16. Katouzian, Nasser. (1995). *Dowreh-ye moqaddamātī-ye ḥuqūq-e madanī: wāqe'āt-e ḥuqūqī* [Introductory Course of Civil Law: Legal Events]. Tehran: Yalda Publications. [in Persian]
17. Katouzian, Nasser. (2001). *Qavā'id-e 'omūmī-ye qarārdādhā* [General Rules of Contracts]. Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar. [in Persian]
18. Katouzian, Nasser. (2002). *Dowreh-ye ḥuqūq-e madanī, 'oqūd-e mo'ayyan* [Course in Civil Law, Specific Contracts]. Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar. [in Persian]
19. Katouzian, Nasser. (2007). *'Adālat-e qaḍā'ī: gozīdeh-ye ārā* [Judicial Justice: Selected Judgments]. Tehran: Mizan Publications. [in Persian]
20. Khoei, Seyed Abulqasim. (1989). *Miṣbāḥ al-fiqāhah*. Qom: Dāwarī Publications. [in Arabic]
21. Makki al-Amili, Shams al-Din Muhammad ibn Makki. (n.d.). *Al-qawā'id wa al-fawā'id fī al-fiqh wa al-uṣūl wa al-'Arabiyyah*. Qom: Maktabat al-Mufid. [in Arabic]
22. Maqsoodi, Reza. (2011). Adjustment of penalty clauses and its consequences in French, English, and Iranian law. *Legal Research Quarterly*, 2(2), 103–129. [in Persian]
23. Mesbahi-Moghaddam, Gholamreza, & Ahmadvand, Khalilullah. (2009). Cognitive dimensions of pre-Islamic usury. *Islamic Economics Studies*, 1(2), 37–70. [in Persian]
24. Mohaghigh Damad, Seyed Mostafa. (2014). *Qavā'id-e fiqh, bakhsh-e madanī* [Jurisprudential Rules, Civil Section 2]. Tehran: SAMT. [in Persian]
25. Mousavi Bojnourdi, Seyed Hassan. (1998). *Al-qawā'id al-fiqhiyyah*. Qom: Nashr al-Hadi. [in Arabic]
26. Na'ini, Muhammad Husayn. (2000). *Minyat al-ṭālib*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī. [in Arabic]
27. Najafi, Muhammad Hasan. (1981). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ sharā'ī al-Islām*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī. [in Arabic]
28. Pakbaz, Siamak. (2022). *Sharḥ-e qānūn-e madanī-ye Farānsah* [Commentary on the French Civil Code]. Tehran: Mizan Publications. [in Persian]
29. Qayyumi, Ahmad ibn Muhammad. (1997). *Al-miṣbāḥ al-munīr*. Beirut: Maktabat al-'Aṣriyyah. [in Arabic]
30. Qummi, Mirza Abu al-Qasim. (1992). *Jāmi' al-shattāt fī al-ajwibah wa al-su'ālāt*. Tehran: Kayhan Publications. [in Arabic]
31. Qazwini al-Razi, Ahmad ibn Faris. (1979). *Mu'jam maqāyīs al-lughah*. Beirut: Dār al-Fikr. [in Arabic]
32. Sabzawari, Muhammad Baqir ibn Muhammad. (2002). *Kifāyat al-fiqh*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī. [in Arabic]
33. Safaei, Seyed Hossein. (1997). *Maqālātī darbāreh-ye ḥuqūq-e madanī va ḥuqūq-*

- e taṭbīqī* [Essays on Civil Law and Comparative Law]. Tehran: Mizan Publications. [in Persian]
34. Safaei, Seyed Hossein. (2018). *Mas'ūliyyat-i madanī (ilzāmāt-e khārej az qarārdād)* [Civil Liability (Non-Contractual Obligations)]. Tehran: SAMT. [in Persian]
 35. Shahid al-Thani (Jab' i al-Amili), Zayn al-Din ibn Ahmad. (1990). *Al-Rawḍah al-bahīyyah fi sharḥ al-Lum' ah al-Dimashqīyyah*. Qom: Dāwarī Publications. [in Arabic]
 36. Shahidi, Mehdi. (2004). *Āṣār-e qarārdādhā va ta'ahhudāt* [Effects of Contracts and Obligations]. Tehran: Majd Academic and Cultural Center. [in Persian]
 37. Shahidi, Mehdi. (2007). *Shorūt-e ḍamīn-e 'aqd* [Stipulations within Contracts]. Tehran: Majd Academic and Cultural Center. [in Persian]
 38. Shahidi, Mehdi. (2014). *Tashkīl-e qarārdādhā va ta'ahhudāt* [Formation of Contracts and Obligations]. Tehran: Majd Academic and Cultural Center. [in Persian]
 39. Shahidi, Mehdi. (2017). *Uṣūl-e qarārdādhā va ta'ahhudāt* [Principles of Contracts and Obligations]. Tehran: Majd Academic and Cultural Center. [in Persian]
 40. Shahidi, Mehdi. (2018). *Huqūq-e madanī* [Civil Law]. Tehran: Majd Academic and Cultural Center. [in Persian]
 41. Shahidi, Mehdi. (2018). *Soqūt-e ta'ahhudāt* [Extinction of Obligations]. Tehran: Majd Academic and Cultural Center. [in Persian]
 42. Simayi Sarraf, Hossein. (2001). *Shart-e ḍamīnī* [Implied Terms]. Qom: Bustan-e Ketab. [in Persian]
 43. Taj-Abadi, Hossein. (2011). *Shorūt-e ṣaḥīḥ dar fiqh-e Emāmīyah* [Valid Stipulations in Imami Jurisprudence]. Tehran: Mizan Publications. [in Persian]
 44. Tolomi, Mohammad Taqi. (2015). Concept and scope of the rule “al-ajl lahu qisṭ min al-thaman”. *Fiqh and Ijtihad*, 2(4), 130–156. [in Persian]



A Typology of Legislative Approaches in Iranian Family Law System after the Islamic Revolution

Saeed Mahjoob¹  

1. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.
Email: sd.mahjoob@gmail.com

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received: 16 June 2024

Revised: 24 October 2024

Accepted: 19 July 2025

Available online 29 July 2025

Keywords:

Legislative Approach,
Macro-Level
Perspective, Inflation of
Laws, Legislative
Silence.



ABSTRACT

A correct and integrated family system within any legal framework is an essential and indispensable requirement for a normative society. Undoubtedly, the legislative system, as one of the three branches of government, plays a fundamental role in realizing this. The legislative system's perspective on the domain of the family in recent years has been derived from three predominant approaches. The first approach entails the adoption or citation of a specific jurisprudential ruling (fatwā) without due regard to a macro-level perspective or to the interrelationship between that fatwā and other components of family law; paradoxically, this approach has, in certain instances, led to substantively correct outcomes. The second approach involves silence regarding the issue at hand, leaving it unaddressed even through the method of individual jurisprudence. The legislator's silence in such matters can be divided into two categories: instances where clear juristic rulings exist on the subject, and instances where no such rulings are found among the corpus of legal opinions. The third approach is to actively confront the problem and go through a cross-section of perspective and establish fundamental and recommended laws by the Shariah, which regardless of some minor problems, the latter approach is the most appropriate legislative behavior if it persists and fixes some problems.

Cite this article: Mahjoob, S. (2025). A Typology of Legislative Approaches in Iranian Family Law System after the Islamic Revolution. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(32), 319-343. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6111.1969>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

Extended Abstract

Introduction

Following the Islamic Revolution, legislation in the field of family law has been pursued with considerable speed and breadth, and to date, more than 140 laws and regulations have been enacted in this domain. A portion of these regulations dates back to pre-revolutionary laws, which, despite fundamental transformations in the legal and social system, remain valid and enforceable. This diverse body of legislation underscores the significance of the family institution within Iran's legal system, while simultaneously reflecting legislative dispersion and a lack of cohesion.

Until the 1380s (2001-20011), the Civil Code, as the backbone of family law, largely met the practical needs of society and family disputes, providing a relatively stable framework for regulating relationships among spouses and other family members. However, social, cultural, and economic developments, changes in lifestyle, increased education and employment among women, and evolving attitudes toward marriage and divorce, gave rise to new issues in the family sphere that had not been anticipated at the time the Civil Code was drafted. In response to these developments, from the 1380s onwards, the legislature enacted new laws and regulations to address these gaps. Nevertheless, these legislative interventions have generally been reactive, temporary, and lacked a comprehensive perspective, failing to achieve sufficient effectiveness in organizing the family institution.

The inefficiency of these policies is evident in official statistics: from 1380 onwards, the divorce rate has followed an increasing trajectory, rising nearly two-and-a-half times over approximately eleven years. In contrast, marriage rates did not increase proportionally and have gradually declined since 1389 (2010). This disparity between marriage and divorce trends indicates the weakening of traditional family functions and the emergence of a form of social crisis, bringing Iran closer, in terms of key indicators, to patterns observed in some Western countries. Notably, even after the enactment of the Family Support Law in 1391 (2012), aimed at reforming and improving the family situation, the trends of increasing divorce and decreasing marriage persisted. Consequently, divorce has become a major social priority and concern, drawing the attention of policymakers, legal scholars, and researchers. The present article, employing a descriptive-analytical methodology, seeks to identify and analyze legislative approaches within the Iranian family law system post-Islamic Revolution, evaluating their effectiveness and providing a foundation for reconsideration of family law policymaking.

Method

This article is composed using a descriptive-analytical research

methodology and endeavors to examine and analyze, comprehensively and systematically, the legislative approaches adopted in the Iranian family law system after the Islamic Revolution. In this study, the author reviews enacted laws and regulations, examines judicial precedents, and analyzes their social and legal impacts, aiming to provide a clear and detailed picture of how legislators have addressed family-related issues. The objective of this analysis is to identify the strengths and weaknesses of past legislative approaches and assess their efficacy in responding to newly emerging family needs.

Furthermore, the article examines the interaction between the country's general policies and family laws, the role of jurisprudence and legal doctrine, and the influence of social and cultural changes on legislation in this domain. By analyzing the details of laws, regulations, amendments, annexes, and judicial precedents, the study assesses the cohesion, effectiveness, and forward-looking nature of legislative approaches. It also demonstrates how certain legal actions were merely reactive and piecemeal, whereas active and comprehensive approaches have provided more sustainable and holistic responses to family issues. Ultimately, the article offers a rigorous and documented evaluation of past legislative approaches and lays the groundwork for reconsideration and proposal of legal and policy measures to improve the family law system, serving as an analytical reference for researchers, legislators, and decision-making bodies in the field of family law.

Findings

The first legislative approach in the family domain is based on adopting piecemeal, case-specific measures without a comprehensive perspective; in this approach, the legislator enacts scattered regulations or obtains fatwas without considering the internal cohesion of the family law system, resulting in disorder and inconsistency. Examples such as the regulation on *Ojrat al-Misl* for wives, the law on the nationality of children born to Iranian women married to foreign men, and the determination of minimum marriage age demonstrate that these interventions not only failed to solve fundamental problems but sometimes became the source of new jurisprudential, legal, and social conflicts. Changes such as the shift from lunar to solar age calculation for marriage or granting nationality without security and social considerations illustrate the lack of a comprehensive and strategic legislative outlook.

The second approach involves legislative silence and deferring issue resolution to the judiciary; this approach has led to conflicting rulings and judicial fragmentation. Issues such as payment of mahr after the husband's death, wives' employment, child marriages, conflicts between the *Ferash Principle* and medical evidence (DNA), and determining their legal consequences exemplify this situation. This approach is often justified by the argument that extensive legislation would lead to law proliferation,

whereas in family law, the main problem is not an excess of laws but legislative gaps and the absence of coherent and effective regulations. Consequently, legislative silence has effectively resulted in legal instability and increased judicial disputes.

In contrast to these two approaches, the third emphasizes active, comprehensive, and forward-looking engagement with family issues. This approach is reflected in the Family Support Law of 1391 (2012), the General Family Policies issued in 1395 (2016), the Law on the Protection of Children and Adolescents of 1399 (2020), and the Family Support and Population Growth Law of 1400 (2021). These laws, aimed at organizing the family institution, protecting children and women, strengthening the family foundation, and addressing demographic changes, endeavor to reinforce population, increase birth rates, and establish a sustainable balance within family structures through economic, social, and cultural support policies. The experience of population control policies further demonstrates that legislation can have profound and long-term effects on social structures. Therefore, the transition from scattered and reactive lawmaking to comprehensive, coherent, and forward-looking legislation is an inevitable necessity for the dynamism, cohesion, and effectiveness of the family law system in Iran.

Conclusion

The analysis of Iran's family system can be divided into two periods: before and after the Islamic Revolution. Prior to the revolution, family laws were largely piecemeal and lacked government intervention. After the revolution, with increasingly complex social developments and Western influences, the need for legislative involvement grew. The legal system adopted three approaches: first, enacting piecemeal regulations or obtaining fatwas to address specific issues, such as *Ojrat al-Misl* for wives, nationality of children of Iranian women, and minimum marriage age; second, leaving issues unregulated and deferring them to the judiciary, which led to conflicting rulings and case accumulation in areas like mahr, child marriage, wives' employment, and conflicts between the *Ferash Principle* and DNA evidence; third, active and forward-looking engagement from the 1390s onwards, with comprehensive laws such as the Family Support Law 1391, the General Family Policies 1395, the Law on Protection of Children and Adolescents 1399, and the Family Support and Population Growth Law 1400, which have positively transformed Iran's legal system.

Data Availability Statemen

No data is available.

Acknowledgements

The author would like to thank all those who contributed to the formation

of this article.

Ethical consideration

The author has avoided data falsification, distortion, plagiarism, and any research misconduct.

Funding

This article has not received any specific financial support from funding institutions in the government, commercial, or non-profit sectors.

Conflict of Interest

The author declares that he has no conflict of interest.

Declaration of Generative AI and AI- assisted technologies in the article writing process

No artificial intelligence tools were used in writing this article.



رویکردشناسی تقنینی نظام حقوق خانواده ایران پس از انقلاب اسلامی

سعید محبوب^۱ 

۱. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: sd.mahjoob@gmail.com

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۲۷</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۸/۰۲</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۲۸</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۴/۰۵/۰۷</p> <p>کلیدواژه‌ها: رویکرد تقنینی، نگاه کلان، تورم قوانین، مسکوت نهادن مسئله.</p> 	<p>نظام یکپارچه صحیح خانواده در هر نظام حقوقی، لازمه بدون افتراق یک جامعه به هنجار است. بدون تردید نظام تقنینی به عنوان یکی از قوای سه‌گانه اهمیتی بنیادین در تحقق این امر دارد. نگاه نظام تقنینی به حوزه خانواده در سالیان اخیر، متخذ از سه رویکرد عمده بوده است. رویکرد اول اخذ یا استناد به یک فتوا بدون توجه به کلان نگری و ارتباط آن فتوا با سایر اجزای حقوق خانواده بوده است که از قضا در برخی مواقع اصابت به واقع نموده است. رویکرد دوم سکوت در قبال مسئله مطروحه و مسکوت عنه نهادن آن حتی با روش فقه فردی بوده است. سکوت مقنن در این قبیل موارد به دو دسته قابل تقسیم است. گاه در خصوص موضوع، فتوا یا فتاواوی روشنی وجود داشته است و گاه اثری از آن در میان فتاوا یافت نمی‌شود. رویکرد سوم مواجهه فعال با مسئله و عبور از مقطعی نگری و وضع قوانین بنیادی و توصیه شده از طرف شارع است که صرف نظر از برخی اشکالات جزئی، رویکرد اخیر در صورت مداومت و رفع برخی اشکالات، مناسب‌ترین رفتار تقنینی می‌باشد.</p>
<p>استناد: محبوب، سعید. (۱۴۰۴). رویکردشناسی تقنینی نظام حقوق خانواده ایران پس از انقلاب اسلامی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۲)، ۳۱۹-۳۴۳. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6111.1969</p> <p>ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.</p>	<p>© نویسندگان.</p>



مقدمه

پس از انقلاب اسلامی تاکنون بیش از ۱۴۰ عنوان، قانون و مقررات مرتبط با حوزه خانواده در نظام حقوقی ایران تصویب شده است که گستره وسیعی از موضوعات را در بر می‌گیرد. علاوه بر این موارد، قانون مدنی، قانون امور حسبی، تصویب نامه قانونی راجع به تشکیل شورای خانواده مصوب ۱۳۴۲/۰۶/۳۰، قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶/۰۳/۲۵، قانون تأمین اعتبار برای اجرای قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶/۰۴/۱۸، قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵، قانون ازدواج مصوبه ۲۳ مرداد ماه ۱۳۱۰ شمسی، قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب ۳۱ تیر ماه ۱۳۱۲ شمسی و غیره، از قوانین قبل از انقلاب اسلامی می‌باشند که بعضی منسوخ و بعضی معتبرند.

با توجه به این‌که در حیطه‌هایی همچون حقوق که جایگاه زبان عرفی است و شفاف سازی مفاهیم به طور کامل امکان ندارد، و استدلال نیز منحصر به اشکال ضروری نیست، سودای ریشه کن کردن اختلاف را باید از سر به در کرد، (الشریف، ۱۳۹۱، ص ۵۱۹ و ۵۲۰) با این حال از روزهای نخست تصویب قانون مدنی، تا دهه ۸۰ تقریباً قانون مدنی در اکثر مسائل خانواده، پاسخگوی حداکثری مسائل مطروحه بود. اما اختلافات فکری و اقتضائات عملی به طور خاص از دهه ۸۰ به بعد، دائماً سئوالات و مسائلی مستحدث را ایجاد می‌کرد (ایزدی فر و همکاران، ۱۳۹۲) که قانون مدنی که امهات مسائل خانواده را در بر گرفته بود، با چالش‌هایی جدید و جدی مواجه شد، چالش‌هایی که به هیچ وجه قانون مدنی به تنهایی پاسخ‌گوی آن‌ها نبود. بنابراین مقنن در مواجهه با اقتضائات جدید، برحسب اهمیت مسائل ایجاد شده اقدام به وضع قوانینی جهت پاسخ‌گویی به نیاز ایجاد شده نمود. علی‌رغم این امر، تلاش‌های مذکور به لحاظ بیرونی فاقد کارایی لازم بوده است.

توضیح آن‌که در حقوق خانواده کنونی ایران بنا به شهادت اطلاعات مرکز آمار، از سال ۱۳۵۵ تا سال ۱۳۸۰ آمار طلاق در کشور، اگرچه فراز و فرودهایی داشته ولی در مجموع میزان تغییرات نسبتاً جزئی بوده است. ولی تقریباً از سال ۱۳۸۰ بود که

تغییرات مهمی در شاخص‌ها آشکار شد. از آن سال تا سال ۱۳۹۱، میزان طلاق سالانه به صورت منظم افزایش داشته و از ۶۰۵۰۰ واقعه ثبت طلاق در سال ۸۰، به ۱۵۰۳۲۴ واقعه در سال ۱۳۹۱ رسیده، یعنی ظرف ۱۱ سال تقریباً دو و نیم برابر شده است. در همین مدت تعداد ثبت سالانه ازدواج از ۶۴۱۹۴۰ مورد در سال ۱۳۸۰، به ۸۹۱۶۲۷ مورد در سال ۱۳۸۹ رسیده و از آن پس روند کاهشی را طی کرده است تا در سال ۹۱ به ۸۲۹۹۶۸ مورد رسیده است. بنابراین در مقایسه میزان ازدواج و طلاق بین سال‌های ۸۰ و ۹۱ می‌توان گفت که اگرچه میزان طلاق $\frac{2}{5}$ برابر شده، میزان ازدواج فقط $\frac{1}{3}$ برابر شده است. این وضع نشان از شروع بحرانی دارد که قبلاً شبیه آن در غرب اتفاق افتاده است (سمیعی، ۱۳۹۳، ص ۱۷۸). این فاصله در سال ۱۳۹۱ میان ایران و آمریکا به میزانی کاهش یافته که به صورت کلی، فاصله شاخص‌های ایران و آمریکا از $\frac{3}{8}$ واحد در سال ۱۳۸۰، به فقط $\frac{1}{6}$ واحد فاصله در سال ۱۳۹۱ رسیده است (سمیعی، ۱۳۹۳، ص ۱۷۹). پس از سال ۱۳۹۱ که از قضا سال تصویب قانون حمایت خانواده می‌باشد، ازدواج کاهش و طلاق نیز افزایش پیدا کرد. بر اساس آمارهای ثبت شده در پایگاه جمعیتی سازمان ثبت احوال کشور در سال ۱۳۹۶، ۶۰۸ هزار و ۹۷۷ مورد ازدواج و ۱۷۴ هزار و ۵۹۷ مورد طلاق به ثبت رسیده که نسبت به سال‌های گذشته افزایش داشته است. (مشرق نیوز، کد خبر ۸۴۵۲۱۴، تاریخ انتشار: ۲۰ فروردین ۱۳۹۷) تأملی بر روند آمارهای طلاق در کشور نشان می‌دهد که این موضوع در کشور نگرانی‌های زیادی را ایجاد کرده است به گونه‌ای که در سال ۱۳۹۶ به عنوان یکی از پنج موضوع دارای اولویت در کشور در کنار اعتیاد به مواد مخدر و روانگردان‌ها، بیکاری، مفاسد اخلاقی و حاشیه‌نشینی (سکونتگاه‌های غیررسمی) تعیین شده است.

سؤال بنیادین این مقاله که با روش توصیفی تحلیلی صورت می‌پذیرد این است که نظام حقوق خانواده ایران پس از انقلاب اسلامی چه رویکردهای تقنینی در مواجهه با مسائل مستحدث خانواده داشته است؟ آیا رویکردهای مزبور، وافی به مقصود بوده‌اند و چه تأثیرات در نظام حقوقی ایران بر جای گذاشته‌اند؟ به نظر می‌رسد سه رویکرد توسط مقلان در این خصوص اتخاذ شده است که در متن مقاله به تفصیل و با اشاره به دکتترین و آرای قضایی به هر یک پرداخته می‌شود. همچنین

هیچ سابقه پژوهشی مرتبط با مقاله در این حوزه دیده نشد. با توجه به مقدمه مذکور، در این نوشتار، نخست به رویکرد اول و توضیح آن پرداخته می‌شود. سپس رویکرد دوم، علل و شواهدی از قوانین بحث می‌گردد تا در نهایت با توجه به رویکرد سوم، امکان نتیجه‌گیری میسر گردد.

۱. رویکرد نخست: اخذ یک فتوا یا وضع یک مقرر به صورت جزئی

در این رویکرد، اخذ یا استناد به یک فتوا و وضع یک مقرر بدون توجه به کلان‌نگری و ارتباط آن با سایر اجزای حقوق خانواده صورت گرفته است. بدیهی است ممکن است فتوای اخذ شده یا مقرر وضع شده، منجر به حل مشکل به صورت مقطعی گردد یا نگردد. آنچه مهم است این است که نگاه کلان‌نگر در این رویکرد مشاهده نمی‌شود. مؤید نگاه جزئی نسبت به این موضوع، تغییر پاره‌ای از این قوانین است که این امر باعث شده است در برخی مسائل، نظام حقوقی کنونی بسیار متشتت و فاقد نظام مشخص و روحی کلی باشد. به عنوان نمونه به چند مورد اشاره می‌شود:

۱-۱. تعلق اجرت‌المثل به افعال زوجه

ماده ۳۳۶ قانون مدنی اشعار داشته‌بود: «هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عاده مهیای آن عمل باشد عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود مگر این‌که معلوم شود که قصد تبرع داشته است.» پس از افزایش پرونده‌ای قضایی مرتبط با خانواده و دریافت اجرت‌المثل توسط زنان، مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۸۵ تبصره‌ای بدین ترتیب بر ماده ۳۳۶ اضافه نمود: «چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت‌المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید.» توجه به مفاد این تبصره به خوبی بیانگر این نکته است هیچ تغییر جدیدی با تصویب این تبصره به نظام حقوقی ایران اضافه نشده و هیچ مشکلی در این خصوص کاسته نشده است. دلیل این امر نخست اطلاق صدر ماده می‌باشد که مراد از «کسی» اعم از مرد یا زن، امور مربوط به منزل یا خارج از منزل و غیره می‌باشد.

ثانیاً، سابقه فقهی موضوع است که فقیهان مکرر تصریح کرده‌اند هر کاری که زوجه با درخواست زوج انجام دهد و قصد تبرع نکند، استحقاق اجرت دارد (گلپایگانی، بی تا، ج ۵، ص ۷؛ خمینی، ۱۳۹۲، ج ۶، ص ۳۴۳). ثالثاً، توجه به نگارش تبصره نیز به وضوح آشکار می‌سازد که حتی الفاظ به کار رفته نیز مقتبس از اصل ماده ۳۳۶ است. بنابراین، مقرر صورت گرفته با توجه به لزوم تصویب مواد متعدد دیگری که اهمیت بسیار بیشتری داشته‌اند، جز تصریح، ارزش افزوده دیگری برای نظام حقوقی ایران نداشته است.

۲-۱. مسئله تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی

قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی مصوب ۱۳۸۹ که به فاصله کمتر از ده سال با نام قانون اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی مصوب ۱۳۹۸ اصلاح شد. اجرای این قانون اصلاحی نیز به فاصله دو سال با چالش‌های فراوان مواجه شد که منجر به ارائه طرحی از سوی نمایندگان مجلس جهت اصلاح بدین دلایل گردید. اعطای تابعیت به فرزندان مادر ایرانی به صرف ادعای صیغه شرعی و از بدو تولد کودک، کلیدی‌ترین اشکال این قانون است که به جایگزینی جمعیتی اتباع در ایران منجر خواهد شد. قانون مذکور به نام حمایت از کرامت مادر ایرانی تنظیم شده و قرار بوده جمعیت هدفی کمتر از ۱۰ هزار نفر را ساماندهی کند، ولی در عمل موجب اعطای تابعیت ذاتی به جمعیت هدف متقاضی بیش از هشتاد هزار نفر شده که این جمعیت هر روز در حال افزایش است. از سوی دیگر، هیچ دلیل متقنی حتی (دی ان ای) برای اثبات این رابطه مادر و فرزندی در متن قانون وجود ندارد به علاوه سازوکارهای امنیتی مندرج در قانون به اذعان نهادهای امنیتی نمی‌تواند هیچ تضمینی مبنی بر نبود مشکلات امنیتی متقاضیان باشد. مطابق بررسی‌های انجام شده اجرای این قانون موجب شکل‌گیری جمعیت گسترده دو تابعیتی در کشور شده است و با وجود تجویزی که قانون فوق‌الذکر فراهم کرده در ده سال آینده شاهد تغییر اکثریت جمعیت فعال کشور هستیم. این تغییر با توجه به تفاوت‌های مذهبی و اعتقادی و اجتماعی این افراد و همچنین به دست آوردن تابعیت ذاتی، تغییرات بسیاری را در

ساختار حاکمیت بدون محدودیت باعث می‌گردد. پیامد بحران زای دیگر این قانون اعطای جایزه اقامت قانونی به فردی است که به صورت غیرقانونی وارد ایران شده با زن ایرانی ازدواجی نموده که مطابق با سازوکارهای قانونی در ایران نیست و فرزندان دیگرش را هم به مادر ایرانی ملحق کرده، بدون این‌که نظارتی بر سوء رفتارهای وی با همسر ایرانی‌اش صورت گیرد. آنچه مسلم است سیاست درهای باز کنونی در کشور در مقابل پذیرش، ورود و اسکان غیرطبیعی اتباع در ایران فارغ از اصولی است که در تمامی نظامات حکمرانی در سطح بین‌المللی پذیرفته و به مورد اجرا گذاشته می‌شود. «مقدمه توجیهی طرح اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی مصوب ۱۳۹۸/۷/۲»، دوره یازدهم، سال سوم، شماره ثبت ۹۱۵.

۳-۱. تعیین حداقل سن جهت نکاح

ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی که در سال ۱۳۸۱ توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام تصویب شد مقرر می‌دارد: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح». این ماده در راستای جلوگیری از کودک همسری وضع شده است. ناگفته پیداست منع موجود در ماده مطلق نبوده و محدود به قیود سه‌گانه است. علاوه بر سایر اشکالات ماده (محجوب، ۱۳۹۸، ص ۱۸ به بعد) اشکالی که مرتبط با بحث حاضر است این است که علت تغییر معیار از قمری به شمسی در این ماده چیست؟ با نگاهی به فقه امامیه و حتی تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ که به صراحت معیار قمری را مشخص کرده است،^۱ چه توجیهی جهت تغییر معیار از قمری به شمسی وجود داشته است. بر اساس صدر ماده ۱۲۱۰ و به لحاظ فقهی ازدواج پسر پس از ۱۵ سال تمام قمری صحیح ولی از سوی دیگر معیار ۱۵ سال تمام شمسی وضع شده است. تفاوت میان ۱۵ سال تمام شمسی و قمری تقریباً ۶ ماه می‌باشد. چه مصلحتی در این حدود ۶ ماه وجود داشته است که مقنن اقدام به تغییر معیار مصرح در قانون مدنی و فقه امامیه کرده است؟ این رویکرد منجر به

۱. سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.

به هم ریختگی انسجام وارگی نظام حقوقی شده و ذیل رویکرد اول قابل تحلیل است.

۲. رویکرد دوم: مسکوت نهادن مسئله مورد چالش و حواله آن به نظام قضایی

رویکرد دوم سکوت در قبال مسئله مطروحه و مسکوت عنه نهادن آن حتی با روش فقه فردی بوده است، درحالی که برخی از این مسائل در عمل نیز حائز و قابل اهمیت‌اند. از دلایل احتمالی که می‌توان برای این رویکرد برشمرد می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

۲-۱. کم‌اهمیتی موضوع در نظام تقنینی

به‌عنوان نمونه، دعاوی مرتبط با پرداخت مهریه وجه رایج در صورت فوت زوج را می‌توان مثال زد. ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «چنانچه مهریه وجه رایج باشد متناسب با تغییر شاخص قیمت سالانه زمان تأدیه نسبت به سال اجرا عقد که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و پرداخت خواهد شد مگر این که زوجین در حین اجرا عقد به نحو دیگری تراضی کرده باشند». نخست توجه به این نکته حائز اهمیت است که اداره حقوقی در نظریه شماره ۷۵۰۴/۷ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲۹ صرفاً حکم ماده را اختصاص به زوج داده و سپس ذیل نظریه مطالبه مابه‌التفاوت را از زوج میسور دانسته است. این نظریه مقرر داشته است: «قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی و آیین‌نامه اجرایی آن شامل موردی که شخص دیگری غیر از زوج متعهد پرداخت مهریه باشد، نمی‌شود ولی این امر مانع مطالبه مابه‌التفاوت مهریه (به نرخ روز) از زوج نمی‌شود». بنابراین در مواردی که مهریه توسط شخصی غیر از زوج، تعهد گردیده است، وی مکلف به پرداخت اصل مهریه توافقی و در صورت مطالبه زوجه، زوج مکلف به تأدیه مابه‌التفاوت می‌باشد. از سوی دیگر در مواردی که زوج پس از زندگی مشترک فوت می‌نماید و زوجه متعاقب آن اقدام به طرح دادخواست جهت دریافت مهریه می‌کند، این اختلاف در محاکم ایجاد گردیده است که زمان پرداخت مهریه، چه زمانی می‌باشد. قانون مدنی در این زمینه ساکت است. بنابراین دو نظر در این خصوص ارائه گردیده است: الف- زمان پرداخت زمان مطالبه زوجه است (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۷، ص ۳۸۱) ب- زمان پرداخت، نرخ روز فوت زوج متوفی است. بنابراین اگر زوج فوت

کند و مهریه زوجه، وجه رایج باشد مهریه، به نرخ روز فوت متوفی محاسبه می‌گردد (شعبه ۳۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران، تاریخ رأی نهایی ۱۳۹۳/۰۶/۱۸، شماره رأی نهایی ۹۴۶۰۰۲۲۳۰۰۰۹۹۷۰۹۳۰). پس از حدوث این اختلاف که تا امروز نیز باقی است، مقنن اقدام به رفع ابهام ننموده است که به نظر می‌رسد این امر به جهت کم‌اهمیتی موضوع نزد مقنن باشد.

نمونه دیگر شمول به نرخ روز شدن مهریه نسبت به اتباع خارجی است. در مواردی که زوجین اتباع خارجی می‌باشند و وجه رایجی را به عنوان مهریه تعیین نموده‌اند، اختلاف گردیده است که آیا چنین مواردی نیز مشمول ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی می‌گردد یا این که با توجه به تبعه نبودن اشخاص مزبور، شمول ماده بر آن‌ها ممتنع است؟ در این خصوص دو نظر ارائه گردیده است: نخست آن که تحت شرایط ذیل می‌توان به نرخ روز محاسبه نمود. ۱- در صورتی که در ایران ازدواج کرده و در ایران حضور داشته باشند. ۲- حضور آن‌ها قانونی باشد. ۳- به شرط این که وجه رایج ایران را مورد مهر قرار داده باشند و در صورت غیر از وجه رایج ایران هر وجهی باشد به همان میزان است و نمی‌توان به نرخ روز محاسبه کرد (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۴۹۱).

دوم آن که نمی‌توان به نرخ روز حساب کرد. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۳۸۵۲ مورخ ۱۳۷۴/۷/۱۰ صرفاً پناهندگی را استثنا نموده و مقرر داشته است: «اگر اشخاص مورد سؤال پناهنده باشند تابع مقررات ایران خواهند بود. در غیر این صورت بر طبق ماده ۷ قانون مدنی که می‌گوید «اتباع خارجه مقیم ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه در حدود معاهدات تابع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود» با آنان رفتار می‌شود.» معاونت آموزش قوه قضائیه نیز دلایل دیگری را اضافه نموده است: اولاً این از موارد احوال شخصیه است و ثانیاً طبق ماده ۸ قانون مدنی تنها اموال غیرمنقول تابع مقررات ایران است و ثالثاً این یک مورد خلاف اصل است (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۴۹۱) نگارنده در این مقام، به دنبال صحت و سقم استنتاجات مزبور نمی‌باشد، بلکه هدف از طرح موضوع، نشان دادن وجود اختلاف و عدم ورود مقنن به حل موضوع است که محتمل

است این امر به جهت کم اهمیتی موضوع نزد مقنن باشد.

۲-۲. تورم قوانین و عدم لزوم ورود مقنن در همه موارد و استفاده از مکانیسم صدور رأی وحدت رویه در نظام قضایی

طرف داران این دلیل، معتقدند ورود مقنن به همه عرصه‌های تقنینی موجب تورم قوانین است. بنابراین اولاً با عدم ورود به مسئله، از وضع قوانین و در نتیجه تورم قوانین جلوگیری خواهد شد. ثانیاً قضات خود اقدام به یافتن بهترین راه حل مسئله می‌نمایند و ثالثاً در صورت اختلاف، رأی وحدت رویه به عنوان رأی قاطع، زمینه حل اختلاف را فراهم خواهد آورد. عدم ورود در مسائل ذیل به نظر می‌رسد از این رویکرد منبعث باشد:

۱-۲-۲. نکاح صغیره بدون اذن پدر

بر اساس ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی^۱ در مواردی که دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی اقدام به انعقاد نکاح نماید، در خصوص ماهیت عقد میان محاکم اختلاف نظر وجود دارد. در این خصوص دو نظر متقابل بطلان و صحت ابراز گردیده است: قائلین به بطلان عدم وجود سه قید مذکور در ماده را موجب بطلان دانسته‌اند (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۷، ص ۳۲۵)، در حالی که قائلین به صحت عمل انجام شده را موجب سقوط اذن پدر دانسته و با استناد به رأی وحدت رویه شماره ۱۲۶ سال ۱۳۶۲ نزدیکی را از موجبات سقوط ولایت پدر قلمداد کرده و کلمه اذن در ماده ۱۰۴۳ را ناظر بر قبل از وقوع ازدواج دانسته‌اند (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۷، ص ۳۲۱ و شماره رأی: ۹۴۰۹۹۸۲۶۶۰۷۰۰۴۲۸ تاریخ رأی قطعی: ۱۳۹۴/۰۹/۲۹، شعبه ۲۴ دادگاه تجدید نظر استان تهران).

همچنین ممکن است به ماده ۵۰ قانون حمایت خانواده استناد نمود و این که ماده مزبور در مقام بیان ضمانت اجرا بوده و مبین آخرین اراده مقنن است و اساساً به جز ضمانت اجرای کیفری، بحثی از بطلان ازدواج به میان نکشیده است، به ویژه آن که ماده ۱۰۴۱ ق. م مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام بوده که برای تمشیت

۱. «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح».

امور مربوط به سن ازدواج پیش بینی شده و بیشتر جنبه شکلی داشته و عدم اخذ اجازه از دادگاه موجبی برای بطلان نخواهد بود. چنان که ماده ۳ قانون مربوط به ازدواج مصوّب ۱۳۱۰ اصلاحی ۱۳۱۶/۰۲/۲۹ نیز مقرر داشته بود^۱ که هر کس بر خلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ ق. م با کسی که هنوز به سن قانونی برای ازدواج نرسیده است مزاحمت کند مجازات حبس دارد و بحثی از ضمانت اجرای بطلان ننموده بود. همان طور که مبرهن است هر دو نظر دارای قائل و در آرای قضایی مورد توجه است.

۲-۲-۲. اشتغال زوجه پس از عقد

دعای اشتغال زوجه به جهت عمق ادله طرفین در موضوع و کاربست موضوع با نیازهای اجتماعی و ذی وجوه بودن آن، بسیار نیازمند دقت نظر است. به همین جهت برخی نویسندگان ارائه یک پاسخ صحیح و مستند در خصوص دعاوی مرتبط با اشتغال زوجه را کاری دشوار توصیف کرده اند (هدایت نیا، ۱۳۹۲، ص ۳۰۵-۳۰۷). دقیقاً به همین دلیل است که علی رغم دعاوی متعدد (به عنوان نمونه: تاریخ رأی ۱۳۹۲/۰۱/۲۱، شماره رأی ۹۲۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۰۰۱۷ و شماره رأی ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۶۰۰۸۷۰ - تاریخ رأی ۱۳۹۲/۱۲/۱۸) و اصدار آرای متعارض (شماره رأی ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۰۴۶۹ - تاریخ رأی ۱۳۹۲/۰۵/۲۹ و شعبه ۶۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، تاریخ رأی نهایی ۱۳۹۲/۰۱/۲۱، شماره رأی نهایی ۹۲۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۰۰۱۷ و شماره رأی ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۷۰۱۰۱۸) هنوز مقنن هیچ مقرره ای جهت رفع این مسئله ارائه ننموده و چاره کار را در حل هر پرونده توسط محکمه بر اساس تطبیق ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی^۲ بر مسئله مورد نزاع دانسته است. با این حال قوه قضائیه در این مسئله چون بسیار محل رجوع بوده است، در ماده ۵۶ مکرر (۳) در خصوص اصلاح قانون حمایت خانواده ۹۱ که مشتمل بر ده بند پیشنهادی است در بند ۷ پیشنهاد تقنینی خود را این گونه ارائه داده است: «چنانچه زوجه پیش از ازدواج شاغل باشد و شوهر مطلع باشد یا شرط ضمن عقد بر اشتغال نماید و یا اشتغال آتی زوجه از وضعیت زوجه استنباط شود و شوهر شرط

۱. ماده مذکور به استناد بندهای ۱ و ۳ ماده ۵۸ قانون حمایت خانواده مصوّب ۱۳۹۱/۱۲/۱۳ نسخ صریح شده است.

۲. شوهر می تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند.

منع اشتغال نکرده است یا در مواردی که زوج پس از ازدواج با اشتغال زوجه، موافقت کرده باشد، دعوای زوج دایر بر منع اشتغال قابل استماع نیست».

به نظر می‌رسد مبنای ماده پیشنهادی حداقل در خصوص زنی که قبل از نکاح شاغل است، قول مشهور فقیهان شیعه و توجه به دلیل اجاره می‌باشد. بر این اساس زنی که برای انجام خدمتی، در مدت معینی خود را اجاره می‌دهد و پیش از آن که مدت اجاره تمام شود، ازدواج می‌کند، اجاره مزبور اگرچه با استمتاع زوج از وی منافات داشته باشد، باطل نیست؛ (یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۵۸۶) زیرا عقد اجاره علی القاعده از عقود لازمه بوده (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۱۱۶ و ۱۱۷) که انحلال آن جز به اسباب قانونی یا اراده طرفین متصور نمی‌باشد. از تحلیل ماده مزبور، به نظر می‌رسد وضع ماده‌ای متناسب با نیازهای جامعه و بر اساس روش اجتهادی صحیح فقهی حقوقی، از واجبات است.

۲-۲-۳. تعارض قاعده فراش با نظریه پزشکی دی‌ان‌ای

علی‌رغم مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی و وجود قاعده فراش که طفل را با شرایطی ملحق به شوهر می‌داند، ممکن است با نظریه صریح پزشکی عدم انتساب طفل به زوج محرز گردد. در این موارد که قاعده فراش با نظریه پزشکی در تعارض است نظرات مختلف از محاکم صادر شده است که برخی بر تقدم قاعده فراش و برخی بر تقدم نظریه پزشکی حکم کرده‌اند. (شعبه ۱۸ دادگاه عمومی اصفهان، مورخ ۹۰/۹/۳۰، شماره دادنامه ۱۷۳۷ و شعبه ۸ دیوان عالی کشور، تاریخ رأی نهایی ۱۳۹۱/۰۷/۲۹، شماره رأی نهایی ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۰۷۱) در رویه قضایی کنونی، آرای متعارض در این زمینه صادر می‌شود، درحالی‌که مسئله از مسائل بسیار مهمی است که به صورت مستقیم با حفظ نسل که یکی از مقاصد ۵ گانه شریعت است، مرتبط است.

موارد فوق، صرفاً نمونه‌هایی اندک از مصادیق فراوان چنین امری است. دعوای قلمرو دخالت دادگاه در تعیین مهر در دعوای تجویز ازدواج بدون اذن پدر (شماره رأی نهایی ۹۳۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۱۳۶۲)، استطاعت زوج در ازدواج مجدد در فرض نشوز زوجه شماره رأی نهایی ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۱۰۲۰۶۸ و شعبه ۶۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران، شماره رأی نهایی ۹۱۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۱۵۸۶)، ابهام در بخشی از مهریه و تأثیر آن بر عقد

نکاح، شمول واژه ازدواج به ازدواج دائم و منقطع (شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور، تاریخ رأی نهایی ۱۳۹۲/۱۱/۲۸، شماره رأی نهایی ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۲۰۱۲۴۴)، اختلاف در ماهیت عقد منقطع ۹۹ ساله (شعبه هشتم دیوان عالی کشور، تاریخ رأی نهایی ۱۳۹۳/۰۸/۰۶، شماره رأی نهایی ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۰۸۵۶) و عسر و حرج زوجه در نکاح موقت (شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۷۱۷) از دیگر مصادیق قابل اعتنا در این حوزه است. هرچند تورم قوانین از نیمه دوم قرن بیستم، با نفوذ بیشتر دولت‌ها، گاه باعث نتیجه نامطلوب و منجر به بروز وضعیت‌هایی همچون آلودگی حقوقی، داء الفیل حقوقی، اسهال تقنینی و نهایتاً تورم تقنینی شده است (آقای طوق، ۱۳۹۸، ص ۲) و این تورم، نظام حقوقی را به حدی حجیم و پیچیده کرده که پیدا کردن پاسخ‌های قانونی برای مسائل حقوقی دشوار شده است (آقای طوق، ۱۳۹۸، ص ۲). با این حال به نظر نگارنده نظام حقوق خانواده در ایران، دقیقاً در نقطه مقابل تورم قوانین قرار دارد و از کمبود قوانین رنج می‌برد. شاهد بر این کلام این‌که تحقیقات انجام شده در ایران بیشترین مرکز ثقل تورم قانون‌گذاری را در قوانین مربوط به کار، پولی، بانکی، تأمین اجتماعی، سرمایه‌گذاری خارجی و قانون تجارت نشان می‌دهد (مکای و برجیان، ۱۳۹۷، ص ۴۷).

شاید به همین دلیل است که برخی اساتید مبرز حقوقی با فراست تمام سال‌ها قبل، بحث جامعیت در قانون نویسی را مطرح نمودند و چنین نگاشتند: «جامعیت در کل قانون مدنی امری مطلوب است [چراکه] بار سنگین قضاوت را سبک می‌کند و تکلیف مردمان را حتی المقدور اسیر اظهار نظر نمی‌کند. ملاحظه کنید: ۱- قانون مدنی فرانسه که دو قرن قبل نوشته شده است ۲۲۷۹ ماده است. ۲- قانون مدنی ایتالیایی ۳۳۶۷ ماده است. ۳- قانون مدنی ایران که هفتاد سال قبل شروع به نوشتن آن کرده‌اند ۱۳۳۵ ماده است!... [بنابراین] از کثرت مواد قانون نباید هراسید، زیرا اگر طرح جامع باشد و تقسیم‌بندی فصول و باب‌ها و بخش‌ها منطقی و تحت نظام باشد از مطالعه تمام مواد یک فصل برای یافتن یک ماده مورد نظر جلوگیری می‌کند و به آسانی ماده مطلوب به دست می‌آید، مضافاً بر این‌که از صرف وقت برای استنباط در موارد سکوت قانون جلوگیری به عمل می‌آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۶۸۲). بنابراین و با توجه به تحولات بسیار فراوان و روزافزون در حوزه خانواده در

سطح داخلی و بین‌المللی به هیچ‌وجه نباید با توجیه تورم قوانین، از وضع قوانین متناسب، منطقی، آینده‌نگرانه و کاربردی هراسید که این امر منجر به رکود نظام حقوقی و ابهام آن می‌کند.

از سوی دیگر حواله حل مشکل به نظام قضایی، اولاً موجب تشتت آرای صادره می‌شود که این امر امروزه یکی از مسائل نظام حقوقی است که ابهام قوانین مهم‌ترین دلیل آن است (بهره‌مند و دیگران، ۱۴۰۲). ثانیاً انتظار صدور رأی وحدت رویه در هر مورد با توجه به کثرت پرونده‌های موجود و پروسه طولانی مدت صدور این رأی، امری کاملاً دور از واقع است. بنابراین قوه تقنینی ضروریست در حوزه خانواده بدون توجه به توجیهاتی مانند تورم قوانین، اقدام به مواجهه فعال با مسئله نماید.

۳. رویکرد سوم: مواجهه فعال از طریق وضع قوانین بنیادی و آینده‌نگر

رویکرد اخذ فتوا و نگاه جزء‌نگر و همچنین رویکرد عبور از مسئله و سکوت در قبال آن، نگاهی کلان‌نگر به حوزه خانواده نبود. بلکه در آن رویکردها که اصطلاحاً به آن «قانون‌گذاری‌های پراکنده» نیز می‌گویند، به معنای قانون‌گذاری موردی و متعدد، به‌ویژه اصلاحیه‌های مکرر به قوانین و الحاق مفاد جدید به قوانین پیشین، بدون دغدغه حفظ کلیت و سازگاری نظام حقوقی و دسترسی آسان مردم به قواعد حقوقی لازم‌الاجراست که مضرات متعددی را به دنبال دارد (مکای و برجیان، ۱۳۹۷، ص ۴۶).

این رویکردها نشانگر عدم نگاه جامع به حوزه خانواده در چند دهه اخیر بوده است. با این حال از دهه نود به این سوء، به تدریج مقنن لزوم نگاه جامع‌تر و ورود مبنایی‌تر به مسائل خانواده را احساس نمود. اولین نگاه جامع قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، در پنجاه و هشت ماده بود که متعاقب آن، آیین‌نامه اجرایی آن در سال ۹۳ در شصت و نه ماده به تصویب رسید. متعاقب این امر سیاست‌های کلی خانواده در سال ۱۳۹۵ از سوی مقام معظم رهبری ابلاغ گردید که با تمرکز بر روی مسائل خانواده و کلی بودن آن، مسلماً موجبات توجه بیشتر و نگاه کلان‌تر نظام حقوقی به نظام خانواده شد.

تاکنون از سیاست‌های کلی، دو برداشت متفاوت وجود دارد: در یک برداشت، سیاست عبارت است از تدوین راه‌حل عملی برای حل مشکل خاص اجتماعی یا

برای دستیابی به هدف یا اهدافی ویژه. این برداشت ضرورتاً موجب توجه به مسائل و مشکلات خاص و تحلیل و ارزیابی آن‌ها می‌شود. برداشت دوم از سیاست، عبارت است از اهداف کلان دستگاه‌های اجرایی. این برداشت تا زمانی که شفافیت نیابد و به مجموعه‌ای از اهداف عینی و مشخص خُرد نشود، نمی‌تواند مبنای عمل قرار گیرد. در صورتی که نتوان آن اهداف کلان را در قالب مقاصد عینی تری عملیاتی کرد، دسترسی به چنین اهدافی ناممکن خواهد بود (Dunn, 1981, p. 148).

ممکن است گفته شود که منظور از بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، همان سیاست‌گذاری نوع دوم یا به عبارت بهتر، هدف‌گذاری است و شاید تغییر بند ۱ اصل ۱۱۰ پیش‌نویس بازنگری در قانون اساسی، از عبارت «خط‌مشی کلی و سیاست‌گذاری کشور» به عبارت «تعیین سیاست‌های کلی» به همین دلیل بوده است. این نوع از سیاست‌ها (سیاست‌گذاری معطوف به هدف) برای تحقق اهداف کلی انجام می‌شود. سیاست‌گذار، چشم‌اندازها و اهداف کلان را مدنظر قرار می‌دهد و بنا دارد که به آن اهداف نائل شود، ولی باید توجه داشت که آن اهداف به خودی خود سیاست نیستند. سیاست‌گذاری مشخص کردن خط‌مشی‌های عینی‌تر برای رسیدن به اهداف است. بنابراین، سیاست‌های کلی، اصطلاحی است که در مقابل سیاست‌های جزئی قرار می‌گیرد و سیاست‌های جزئی، سیاست‌هایی هستند که ناظر بر هر یک از قوا و دستگاه‌های اجرایی است بر این اساس، هر یک از قوا و دستگاه‌ها دارای خط‌مشی عمومی مخصوص به خود هستند. به عنوان مثال، قوه قانون‌گذاری دارای خط‌مشی تقنینی خاص خود است؛ قوه قضائیه دارای خط‌مشی قضایی و قوه مجریه دارای خط‌مشی اجرایی است که همه اینها در چهارچوب سیاست‌های کلی ترسیم می‌شوند (موسی‌زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۵۵).

با این حال نمی‌توان به صورت مطلق انگارانه این نظر را پذیرفت. هرچند در برخی موارد سیاست‌های کلی، ناظر به نیل به اهداف مشخص و معین می‌باشند، با این حال در مواردی نیز این سیاست‌ها به صورت جزئی به ارائه طریق پرداخته است. مضاف بر این در همان مواردی نیز که سیاست‌ها به صورت کلی تدوین و ابلاغ گردیده است، اتخاذ راهکار جهت نیل به آن‌ها ضروری می‌باشد. در مانحن‌فیه

تصویب قوانین و عدم رد آن‌ها توسط شورای نگهبان، مقدمه عقلیه نیل به سیاست‌های کلی نظام قلمداد می‌گردد که از نظر حقوقی نیز این سیاست‌ها جزء احکام و فرامین رئیس حکومت در قالب سیاست‌گذاری کلان کشور و مستند به قانون برتر کشور محسوب می‌شوند که الزامی بودن اجرای آن‌ها استنتاج خواهد شد (اسماعیلی و طحان‌نظیف، ۱۳۸۷، ص ۱۲).

علاوه بر سند مذکور، مواجهه فعال با یکی از مسائل خانواده را می‌توان در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مشاهده کرد. این قانون مشتمل بر ۵۱ ماده در سال ۱۳۹۹ به تصویب رسید و به صورتی کلان، جامع و منسجم مسائل حمایتی این دسته را مطمح نظر قرار داد.

نمونه‌ای دیگر از مواجهه فعال را در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت مصوب ۱۴۰۰ می‌توان رهگیری نمود. توضیح آن‌که از مسائل مهم همواره مسئله جمعیت و به عبارت دیگر کاهش میزان تولد در خانواده‌ها بوده است. چه افزایش و چه کاهش مفراط جمعیت، از آنجاکه برهم‌زننده تعادل پویای ساختار کلی جمعیت است در حوزه سیاست‌های تقنینی قرار خواهد گرفت و مشمول طرح‌های تقنینی آینده پژوهشی قرار خواهد گرفت.

سیاست‌های تقنینی جمعیت ناظر به قوانین و مقرراتی است که به نحو نوعی، عام‌الشمول، واضح و پایش‌پذیر باشد. در این خصوص نظریه حقوق عمومی دولت را در ثقل توجه قرار داده و به رصد سیاست‌های دولت و ارائه راهکار می‌پردازد. در این راستا جمهوری اسلامی با ایجاد شورای «تحدید مولید» در وزارت بهداشت در سال ۱۳۶۸ و شروع برنامه‌های تشویقی کنترل جمعیت و محرومیت فرزند چهارم از برخی امتیازات اقتصادی و اجتماعی گام‌هایی برداشت که با تصویب «قانون تنظیم خانواده و جمعیت»^۱ به اوج خود رسید. این قانون که مهم‌ترین قانون در اجرای سیاست تحدید نسل و کاهش نرخ باروری به شمار می‌رود، انگیزه‌ها و پاداش‌های متعلق به خانواده‌های پراولاد را از فرزند سوم به بعد قطع و مبنای قانونی مشخصی برای اعمال سیاست‌های کنترل مولید و اجرای برنامه‌های تنظیم خانواده با تقسیم

۱. مورخ ۱۳۷۲/۲/۲۶ و تأیید شرعی و دستوری ۱۳۷۲/۳/۲ شورای نگهبان

کار ملی برای دستگاه‌ها فراهم ساخت و در کنار این اقدامات، اشتغال زنان را نیز به شدت دنبال کرد. این سیاست‌ها در قوانین بیمه‌ای، خدمات کشوری و برنامه‌های توسعه نیز با همان شدت و حدت دنبال شد. کوشش برای بهبود موقعیت اجتماعی زنان از طریق افزایش سطح دانش آن‌ها و مشارکت جدی‌تر ایشان در امور اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی کشور، تأکید بر آموزش و افزایش آگاهی بانوان در مقاطع سنی که بالقوه قدرت باروری دارند، در زمینه مزیت‌های کنترل باروری، تأمین و توزیع گسترده و وسایل پیشگیری از بارداری در سطح مناطق جغرافیایی به ویژه روستاها و مناطق محروم کشور، لغو کلیه قوانین، مقررات و امتیازات اقتصادی، اجتماعی مشوق خانواده‌های پرجمعیت و تقویت برنامه‌های بهداشت باروری با تکیه بر خدمات تنظیم خانواده از طریق رابطین بهداشت تنها برخی از اقدامات و قوانین مقرر در این برنامه‌ها بودند.^۱ همچنین برنامه‌های بهداشت باروری از جمله برنامه‌های دوران تحدید نسل است که وزارت بهداشت به صورت بی نظیری آن را اجرا کرد. مجموعه این تحولات باعث گردید حتی سازمان ملل نیز در خصوص کاهش رشد جمعیت در ایران، ابراز نگرانی نماید (United Nations Department of Economic and Social Affairs, 2012, p. 126).

با پذیرش برخی نقاط ضعف قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت، با این حال این قانون در سال ۱۴۰۰ به صورتی فعال و جامع و کلان با مسئله جمعیت مواجه شد و نظام تقنینی از طرفی بدون نگاهی جزئی و یا وضع یک مقرر به صورت خرد (رویکرد اول) و از طرف دیگر بدون مسکوت نهادن مسئله (رویکرد دوم)، به مسئله ورود کرد که مایه خوشحالی و امیدبخشی است. رویکرد فعالی که با کمک به خانواده‌ها به منظور افزایش مولید از راه برقراری مساعده‌های مالی و برقراری حق عیال و اولاد و دادن امتیازهای اجتماعی و فرهنگی به خانواده‌های پراولاد، حمایت از مادران و کودکان در دوران حاملگی از طریق مبارزه با مرگ و میر عمومی، تشویق تولد و تناسل با منع روش‌های پیشگیری از بارداری مانند سقط جنین و تحریم خرید و فروش وسایل پیشگیری از بارداری، نظارت بر افزایش جمعیت شهری و توزیع

۱. برنامه دوم توسعه اقتصادی.

جمعیت و اتخاذ سیاست‌های خاص در این مورد، به دنبال اجرای سیاست‌های جمعیتی می‌باشد.

نتیجه‌گیری

تحلیل نظام خانواده در ایران در دو دوران قابل تحلیل است. دوران قبل از انقلاب اسلامی و دوران پس از انقلاب اسلامی. قبل از انقلاب اسلامی، عمده رویکرد به خانواده به صورت جزئی و وضع قوانین حوزه خصوصی و بدون مداخله دولت بوده است. پس از انقلاب اسلامی، با گذر زمان و پیچیده‌تر شدن تحولات اجتماعی و ارتباط بیشتر با تمدن غربی، نظام حقوق خانواده ایران، با مسائلی جدید و چالشی مواجه شد که ضرورت دخالت مقنن در نظام حقوق خانواده را بیش از پیش فراهم کرد. با این حال نظام تقنینی سه رویکرد در قبال این مسائل اتخاذ کرد: رویکرد نخست اخذ یک فتوا یا وضع یک مقرر به صورت جزئی بود که غرض از آن، رفع مشکل به صورت مقطعی و صرفاً حل همان مسئله رخ داده بود. مواردی همچون تعلق اجرت‌المثل به افعال زوجه، تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی و تعیین حداقل سن جهت نکاح از این قبیل‌اند. رویکرد دوم مسکوت نهادن مسئله مورد چالش و حواله آن به نظام قضایی است. اتخاذ این رویکرد دو دلیل عمده داشته است: نخست کم‌اهمیتی موضوع و مسئله نزد مقنن در دعاوی چون دعاوی مرتبط با پرداخت مهریه و وجه رایج در صورت فوت زوج و شمول به نرخ روز شدن مهریه نسبت به اتباع خارجی را برشمرد. دوم تورم قوانین و اعتقاد به عدم لزوم ورود مقنن در همه موارد با جایگزینی استفاده از مکانیسم صدور رأی وحدت رویه در نظام قضایی است که در مواردی همچون نکاح صغیره بدون اذن پدر، اشتغال زوجه پس از عقد، تعارض قاعده فراش با نظریه پزشکی دی‌ان‌ای، دعاوی قلمرو دخالت دادگاه در تعیین مهر در دعاوی تجویز ازدواج بدون اذن پدر، استطاعت زوج در ازدواج مجدد در فرض نشوز زوجه و ابهام در بخشی از مهریه و تأثیر آن بر عقد نکاح به وضوح قابل مشاهده است. این رویکرد نیز نه تنها موجب ارتقای نظام قضایی و تقنینی نشد، بلکه با مضراتی همچون انباشت پرونده‌های

قضایی، صدور آرای متعارض، تغییر مکانیسم تقنینی از قوه مقننه به قوه قضائیه در موارد لزوم صدور رأی وحدت رویه همراه است. به همین دلایل پس از دهه ۹۰، رویکردی سوم را فرارو قرار داد که در این نوشتار از آن به رویکرد مواجهه فعال با وضع قوانین بنیادی و آینده‌نگر تعبیر کردیم. از ممیزات این رویکرد، نگاه به حوزه خانواده، نگاهی جامع، آینده‌نگر و به صورت کلان است. نخستین نمود این رویکرد، قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱، سپس سیاست‌های کلی خانواده مصوب ۱۳۹۵، قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ و در نهایت قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت مصوب ۱۴۰۰ است که هر یک در جای خود و صرف‌نظر از برخی مطالب، توانسته است موجب تحولاتی مثبت در نظام حقوقی ایران باشد.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. اسماعیلی، محسن؛ طحان‌نظیف، هادی. (۱۳۸۷ش). تحلیل ماهیت نهاد سیاست‌های کلی نظام در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۹(۲)، ص ۹۳-۱۲۷. <https://doi.org/10.30497/law.2012.1264>
۲. امامی، حسن. (بی‌تا). حقوق مدنی. تهران: اسلامیه.
۳. ایزدی فرد، علی‌اکبر؛ محسنی دهکلانی، محمد؛ ادبی فیروزجایی، رزاق. (۱۳۹۲ش). وضعیت حقوقی شرط عدم نفقه در نکاح دائم. آموزه‌های فقه مدنی، ۵(۸)، ص ۳-۲۶.
۴. آقایی طوق، مسلم. (۱۳۹۸ش). تدوین شکلی؛ حلقه مفقوده نظام تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور. حقوقی دادگستری، ۸۳(۱۰۶)، ص ۱-۱۹. <https://doi.org/10.22106/rlj.2019.87868.2185>
۵. بهره‌مند، حمید؛ عامری ثانی، امیرکیا؛ فرهمند، آذر؛ حاجی‌زاده، امیرحسین. (۱۴۰۲ش). سیاست‌گذاری حقوقی و پیشگیری از تشتت آرا: کاهش دامنه تفسیرپذیری قوانین از طریق یادداشت توضیحی و آزمایشگاه قضایی. مجله حقوقی دادگستری، ۸۷(۱۲۴)، ص ۷۱-۱۰۷. <https://doi.org/10.22106/rlj.2023.1987699.5155>
۶. پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی. (۱۳۹۳ش). مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران (حقوقی سال ۱۳۹۱)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۷ش). مجموعه محشی قانون مدنی. تهران: گنج دانش.
۸. خمینی، روح‌الله. (۱۳۹۲ش). استفتاءات (امام). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۹. خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۲ق). استفتاءات. قم: دفتر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه

علمیه قم.

۱۰. سمیعی، محمد. (۱۳۹۳ش). خانواده در بحران. تهران: اطلاعات.
۱۱. الشریف، محمد مهدی. (۱۳۹۲ش). منطق حقوق: پژوهشی در منطق حاکم بر تفسیر و استدلال حقوقی. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۲. گلپایگانی، محمد رضا. (بی تا). مجمع المسائل. قم: دار القرآن الکریم.
۱۳. محجوب، سعید. (۱۳۹۸ش). راهکارهای حقوقی کاهش اختلافات ماهوی آرای قضایی در دعاوی خانواده. پایان نامه دکتری، حقوق خصوصی. دانشکده علوم اداری و اقتصاد. دانشگاه اصفهان.
۱۴. معاونت آموزش قوه قضائیه. (۱۳۸۶ش). مجموعه نشست های قضایی - مسائل قانون مدنی. قم: نشر قضا.
۱۵. معاونت آموزش قوه قضائیه. (۱۳۸۷ش). مجموعه نشست های قضایی مسائل قانون مدنی. تهران: جاودانه.
۱۶. مقدمه «طرح اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی»، دوره یازدهم، سال سوم، شماره ثبت ۹۱۵، ۱۳۹۸/۷/۲ ش.
۱۷. مکای، ایجان؛ برجیان، علی. (۱۳۹۷ش). تورم حقوق. فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۲۱(۸۱)، ۳۵-۶۴. <https://doi.org/10.22034/jlr.2018.113138>
۱۸. موسی زاده، ابراهیم. (۱۳۸۷ش). تأملی در مفهوم، ماهیت و جایگاه حقوقی سیاست های کلی نظام. فقه و حقوق، ۵(۱۷)، ص ۱۵۱-۱۷۸.

19. Dunn, William. (1981). *Public Policy Analysis: An Introduction*. Prentice Hall.

References

The Holy Quran

1. Aghaei Towgh, Moslem (2019). Formal drafting; The missing link in the system of legislation and codification of laws and regulations of the country. *Judiciary Law Journal*, 83(106), [In Persian]
2. Al-Sharif, Mohammad-Mahdi. (2013). *Legal logic: A study on the logic governing legal interpretation and reasoning* (2nd ed.). Tehran, Iran, Joint Stock Company Publication. [In Persian]
3. Bahremand, Hamid, Ameri Thani, Amirkia, Farahmand, Azar, and Hajizadeh, Amir-Hosein. (2023). Legal policy-making and prevention of conflicting judgments: Reducing the scope of legal interpretation through explanatory notes and judicial lab. *Judiciary Legal Journal*, 87(124), [In Persian]
4. Dunn, William. (1981). *Public policy analysis: An introduction*. Englewood Cliffs, NJ, Prentice Hall.
5. Emami, Seyed Hasan. (n.d.). *Civil law*, Tehran, Iran, Eslamiyeh Publications. [In Persian]

6. Esmaeili, Mohsen and Tahannazif, Hadi (2008). Analysis of the nature of the general policies institution in the constitutional law of the Islamic Republic of Iran. *Journal of Islamic Law Studies*, (28), [In Persian]
7. Golpayegani, Mohammad-Reza, (n.d.). *Majma' al-Masa'I*, Qom, Iran, Dar al-Qur'an al-Karim. [In Persian]
8. Introduction of Draft amendment to the law on determining the citizenship of children born from marriages of Iranian women with foreign men, (2019). 11th Term, Year 3, Registration No. 915. [In Persian]
9. Izadifard, Ali-Akbar, Mohseni-Dehkhallani, Mohammad, and Adabi-Firouzjai, Razzagh, (2013). Legal status of the condition of non-maintenance in permanent marriage. *Civil Jurisprudence Docterines*, 5(8), 3-26. [In Persian]
10. Ja'fari Langroudi, Mohammad-Ja'far (2008). *Collection of civil code annotations* (3rd ed.). Tehran, Iran: Ganj Danesh. [In Persian]
11. Mousavi Khomeini, Seyed Rouhollah (2013). *Istifta'at (Imam)*, Tehran, Iran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Persian]
12. Mousavi Khomeini, Seyed Rouhollah (2001). *Istifta'at* (5th ed.), Qom, Iran, Islamic Office affiliated with the Society of Teachers of the Qom Seminary. [In Persian]
13. Mahjoub, Saeed, (2019). Legal solutions to reduce substantive discrepancies in judicial decisions in family cases (Doctoral dissertation, University of Isfahan). [In Persian]
14. Mackaay, Ejan and Borjian, Ali. (2018). Legal inflation. *Journal of Legal Research*, 21(81), [In Persian]
15. Mousazadeh, Ebrahim (2008). A reflection on the concept, nature, and legal status of the general policies of the system. *Fiqh and Law*, 5(17), [In Persian]
16. Samiei, Mohammad (2014). *Family in crisis*, Tehran, Iran, Ettelaat. [In Persian]
17. Advisory Opinions and Judicial Decisions
18. Judicial Research and Case Law Studies Center. (2014). *Collection of appellate court rulings of Tehran Province* (Civil Law, 2012). Tehran, Iran: Press and Publications Center of the Judiciary. [In Persian]
19. Judiciary Training Deputy. (2007). *Collection of judicial sessions – Civil law issues*. Qom, Iran: Nashr-e Ghaza. [In Persian]
20. Judiciary Training Deputy. (2008). *Collection of judicial sessions – Civil law issues*. Tehran, Iran: Javadaneh. [In Persian]



The Concept of Demanding the Subject of Pre-emption and Its Effects in Jurisprudence and Iranian Law: An Examination and Analysis of Article 818 of the Civil Code

Eghbal-Ali Mirzaei¹ 

1. Associate Professor, Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran. Email: e.alimirzaei@uok.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 8
October 2024
Accepted: 5
January 2025

Available online
2 February 2025

Keywords:
Liability, Loss,
Waste, Damage,
Defect,
Transgression
(Ta'addī),
Negligence
(Tafrīt).



ABSTRACT

The use of the term "demand" in Article 818 of the Civil Code has surprised legal scholars. According to the latter part of this article, the purchaser is not liable for loss, damage, or defect occurring after the exercise of the right of pre-emption and the making of a demand, unless he has committed transgression (ta'addī) or negligence (tafrīt). In contrast, pursuant to Article 631 of the Civil Code, if a bailee refuses to deliver the trust property after it is demanded, they will be liable for its loss and any defect, even in the absence of transgression or negligence. Consequently, all civil law commentators consider the ruling of Article 818 to be contrary to the general rules governing demand. Nevertheless, it should be noted that in drafting Article 818, the legislator has followed the special structure of the institution of pre-emption (shuf'ā) and the principles governing it. Accordingly, the rules related to the demand for the subject of pre-emption have been separated from the general rules applicable to trusts and deposits. Based on this, after the occurrence of "taking by pre-emption," whether the subject of pre-emption has been demanded or not, the purchaser is liable only in case of waste or negligence. Furthermore, the purchaser's liability for the loss, damage, or defect of the pre-emption subject after taking it is not subject to the rules governing transactions, including the warranty of exchange. Additionally, prior to taking by pre-emption, the purchaser is the owner and, as such, is not liable for the loss or damage to the property. On this basis, after the occurrence of the exercise of pre-emption, whether or not the subject of pre-emption has been demanded, the buyer is liable only in cases of transgression or negligence. Moreover, the buyer's liability for the loss, damage, or defect of the pre-empted property after the exercise of pre-emption is not governed by the rules of transactional liability, including reciprocal liability (damān-e mo'āwāḍī). Additionally, prior to taking by pre-emption, the purchaser is the owner and, as such, is not liable for the loss or damage to the property.

Cite this article: Mirzaei, E. A. (2025). The Concept of Demanding the Subject of Pre-emption and Its Effects in Jurisprudence and Iranian Law: An Examination and Analysis of Article 818 of the Civil Code. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(32), 345-374. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6419.2000>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

Extended Abstract

Introduction

Article 818 of the Iranian Civil Code comprises two distinct provisions. Its first part states that the buyer is not liable for loss or defect in the subject matter of the pre-emption (*Shuf'a*) right prior to its exercise. While jurisprudential writings have engaged with the nature and rationale of this exemption from liability, legal scholarship has largely overlooked the subject, with only brief commentary noting that a buyer who, without the other co-owner's (the pre-emptor's) consent, causes damage to an undivided property is liable under the general rules of co-ownership for destroying the other's share, but not for impairing the *object* of the pre-emption right itself.

Nevertheless, affirming this common view implies a redundancy, as it repeats the provisions governing acts in co-owned property within the specific context of pre-emption, thereby rendering specific rules like Article 818 superfluous. More critically, exempting the buyer from liability for damaging the subject matter before exercising the right contradicts the fundamental principles governing joint ownership. Upon sale, the buyer indisputably becomes a co-owner, and any act of possession over jointly-owned property without the partner's consent incurs liability (Article 582 of the Civil Code). Article 818's exemption thus creates a doctrinal tension.

Furthermore, the second part of Article 818 has been extensively debated and criticized by legal scholars. It stipulates that the buyer is not liable for loss, deterioration, or defect occurring *after* the exercise of the pre-emption right and its demand, unless guilty of deliberate violation (*Ta'addī*) or negligence (*Tafrīṭ*). The inclusion of the term "demand" has perplexed commentators. Most civil law scholars deem this provision incompatible with general legal principles, particularly those governing the demand for return of deposits. This dissonance is compounded by significant disagreement among Imami jurists regarding the very concept of "demand" in pre-emption.

Some legal writers argue that the drafters erred by inserting the superfluous word "demand," as the rule contradicts core principles of the Civil Code. They contend that after the right is exercised, the buyer loses ownership and must surrender the property. Should the buyer refuse or delay surrender after a demand, his status would change from that of a trustee (*amīn*) to that of a usurper, incurring absolute liability—a fundamental legal consequence not reflected in Article 818.

However, a thorough study of jurisprudential sources and the specific structure of pre-emption law suggests an alternative hypothesis, contrary to prevailing theories: The provision in the second part of Article 818 is

not an error but is logically grounded in the unique nature of exercising the pre-emption right as a unilateral act with reciprocal effects. Consequently, it does not follow the standard rules governing the demand for return of deposits or the general legal effects of reciprocal contracts.

Method

This research employs a qualitative (descriptive-analytical) methodology, primarily through content analysis of library resources including books and scholarly articles.

Findings

Contrary to the assumptions of many legal scholars, no drafting error occurred in Article 818. As indicated, the article faithfully follows the unique structure and governing principles of the pre-emption right. Therefore, the rules concerning the demand for and surrender of the subject matter differ from those applicable to demanding the return of a deposit. The drafters of the Civil Code, aligning with the predominant opinion among jurists, derived the rules on the buyer's liability from the inherent structure of pre-emption. Moreover, their inclusion of the term "demand" constitutes an innovative elaboration.

On this basis, the buyer's liability for defect, damage, or loss arising *after* the exercise of the pre-emption right is contingent solely upon proof of *ta'addī* or *tafrīt*. It is irrelevant whether a formal demand for the property has been made. This is because, under the general rules for performing contractual obligations, the buyer is bound to return the property upon receiving the price from the pre-emptor and should not await a formal demand. However, not all rules of ordinary contracts apply to pre-emption: if the buyer refuses to surrender the property, the pre-emptor has no right of retention; and if the property is destroyed before surrender, the buyer is not liable under the rules of reciprocal guarantee (*Damān Mu'āwaḍī*).

Furthermore, after a demand is made, the rules governing the demand for return of a deposit do not apply. The subject matter was never held by the buyer as a deposit; therefore, his possession does not transform from custodial to guarantorial upon demand. Consequently, if the property is lost or damaged due to *force majeure* after demand but before surrender, the buyer incurs no liability.

Conclusion

Prior to the exercise of the pre-emption right, the buyer is the full owner of the property and, like any owner, may dispose of it freely, bearing no liability for its loss or impairment. Accordingly, even if the buyer demolishes a building on the property for renovation, the pre-emptor may only choose to exercise the right over what remains (upon payment of the full price) or waive the right entirely.

It is crucial to note that the aforementioned rules are specific to scenarios where the subject of pre-emption is an individually-owned property and the right arises solely due to a shared easement (e.g., a passageway), or where the property is physically partitioned by court order after the sale but before the right is exercised. In cases where the subject matter is originally undivided co-owned property, any act of possession by the buyer before pre-emption may trigger liability, and acts after pre-emption constitute *ta'addī* or *tafrīṭ*.

Ultimately, following the exercise of the pre-emption right, the buyer's liability is not governed by the rules of deposit. Therefore, irrespective of whether a demand has been made, the buyer is liable only in cases of deliberate violation or negligence.

Data Availability Statement

No data are available.

Acknowledgements

The author wishes to thank the anonymous reviewers for their constructive comments in evaluating this article.

Ethical Considerations

The author has avoided data falsification, misrepresentation, plagiarism, and any form of research misconduct.

Funding

The author received no specific financial support from any public, commercial, or non-profit funding agency for this research.

Conflict of Interest

The author declares no conflict of interest regarding this article.

Declaration on the Use of AI Tools

No artificial intelligence tools were used in the conduct of this research or the writing of this manuscript.



مفهوم مطالبه مورد شفعه و آثار آن در فقه و حقوق ایران؛ بررسی و تحلیل ماده ۸۱۸ قانون مدنی

اقبال علی میرزائی^۱

۱. دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران. رایانامه: e.alimirzai@uok.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۱۷</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۶</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۱/۱۴</p> <p>کلیدواژه‌ها: مسئولیت، تلف، اتلاف، خرابی، عیب، تعدی، تفریط.</p>	<p>ذکر واژه «مطالبه» در ماده ۸۱۸ قانون مدنی نویسندگان حقوق را شگفت زده کرده است. مطابق با قسمت اخیر این ماده، مشتری نسبت به تلف و خرابی و عیبی که بعد از اخذ به شفعه و مطالبه حادث شده، مسئولیتی ندارد، مگر این که تعدی یا تفریط کرده باشد. در حالی که به موجب ماده ۶۳۱ قانون مدنی چنانچه امین پس از مطالبه مورد امانت از تسلیم آن امتناع کند، مسئول تلف و هر عیب و نقص خواهد بود، هر چند تعدی یا تفریط نکرده باشد. از این رو، همه نویسندگان حقوق مدنی حکم ماده ۸۱۸ قانون مدنی را مخالف با قواعد مطالبه می دانند. با وجود این، باید گفت: در تدوین ماده ۸۱۸ قانون مدنی از ساختار شفعه و اصول حاکم بر آن پیروی شده و به همین دلیل، احکام مربوط به درخواست تسلیم مورد شفعه از قواعد حاکم بر امانات جدا شده است. بر این مبنا، پس از وقوع اخذ به شفعه، خواه مورد شفعه مطالبه شده باشد یا نه، مشتری تنها در صورت تعدی یا تفریط ضامن است. افزون بر این، مسئولیت خریدار نسبت به تلف یا خرابی و عیب مورد شفعه پس از اخذ آن، تابع احکام معامله، از جمله ضمان معاوضی، نیست. همچنین، پیش از اخذ به شفعه مشتری مالک است و به همین جهت، نسبت به تلف یا خرابی مال مسئولیت ندارد.</p>



استناد: میرزائی، اقبال علی. (۱۴۰۴). مفهوم مطالبه مورد شفعه و آثار آن در فقه و حقوق ایران؛ بررسی و تحلیل ماده ۸۱۸ قانون مدنی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۲)، ۳۴۵-۳۷۴. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6419.2000>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

مقدمه

به موجب ماده ۸۱۸ قانون مدنی: «مشتري نسبت به عيب و خرابی و تلفی که قبل از اخذ به شفعه در ید او حادث شده باشد، ضامن نیست و همچنین است بعد از اخذ به شفعه و مطالبه، در صورتی که تعدی یا تفریط نکرده باشد».

مقررات این ماده از دو بخش تشکیل شده است: مطابق با بخش نخست آن، مشتري نسبت به تلف یا عیب مورد شفعه پیش از اخذ به شفعه هیچ مسئولیتی ندارد. در نوشته‌های فقهی، نوع ضمان نفی شده و علت آن بسیار بحث شده است. لکن در نوشته‌های حقوق از این موضوع یاد نشده است و تنها برخی نویسندگان (صفایی و جواهر کلام، ۱۴۰۱، ص ۳۹۹-۴۰۵) گفته‌اند: نکته‌ای که از نظرها پنهان مانده این است که اگر خریدار بدون اذن شریک دیگر (شفیع) در ملک مشاع تصرفی کند و خسارتی به بار آورد، طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی در برابر شریک دیگر از این جهت که ملک (سهم) او را از بین برده، ضامن است. اما از این جهت که موضوع حق شفعه را از بین برده است مسئولیتی ندارد (صفایی و جواهر کلام، ۱۴۰۱، ص ۴۰۱). به دیگر سخن، در بخش نخست ماده ۸۱۸ قانون مدنی حکم تلف جزئی یا کلی سهم مشاع فروخته شده پیش از اخذ به شفعه معین شده است.

با وجود این، تأیید نظر بالا مستلزم پذیرش تکرار شدن مقررات تصرف در مال مشاع در مبحث اخذ به شفعه است و به همین جهت، برخی احکام و مقررات شفعه از جمله ماده ۸۱۸ قانون مدنی را زاید و بی‌فایده می‌گرداند. به‌ویژه که سخن گفتن از اتلاف مورد شفعه توسط خریدار و عدم مسئولیت او پیش از اخذ به شفعه با اصول و قواعد حاکم بر مال مشاع مخالفت دارد؛ زیرا مشتري با وقوع بیع، مالک سهمی از مبیع می‌شود و تصرف مادی در مال مشترک بدون رضای شریک موجب ضمان است (ماده ۵۸۲ قانون مدنی). در حالی که ماده ۸۱۸ قانون مدنی مسئولیت خریدار را پیش از اخذ به شفعه منتفی دانسته است.

بر این مبنا، به نظر می‌رسد: مقررات ناظر به تخریب بنای مورد شفعه یا تغییر آن توسط مشتري (ماده ۸۱۸ قانون مدنی) و نیز ایجاد مستحذات پیش از اخذ به شفعه

ماده ۸۱۹ قانون مدنی) منصرف از مورد شفعه مشاع است و در واقع، ناظر به فرضی است که حق شفعه به علت اشتراک در ممر و مجرا ثابت می‌شود. یعنی، در این موارد مشتری در مال مفروز خود تصرفاتی را انجام می‌دهد و به همین دلیل، مسئولیتی ندارد. به علاوه، چنان‌که برخی فقیهان امامیه (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۸، ص ۶۱۸) دریافته‌اند، امکان تصرفات مستقل مشتری در فرض تقسیم مورد شفعه به دستور حاکم که در صورت غیبت شفیع واقع می‌شود متصور است. به ویژه که حق شفعه برای شریک غایب تا زمان حضور او و اطلاع از وقوع بیع باقی است.

اکنون با معلوم شدن محل بحث، حکم بخش نخست ماده ۸۱۸ قانون مدنی استثنا یا ناقض قواعد مال مشاع به شمار نمی‌رود و هم چون قسمت دوم ماده ۸۱۸ فوق که ناظر به مسئولیت مشتری پس از اخذ به شفعه است، با اصول حاکم بر حق شفعه هماهنگ است. با وجود این، به زعم برخی نویسندگان (عدل، ۱۳۴۲، ص ۵۱۱-۵۱۰) در تدوین بخش دوم ماده ۸۱۸ یادشده اشتباه رخ داده و ذکر واژه «مطالبه» زاید و لغو است. نیز، به نظر برخی (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۰۳-۳۰۰؛ محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۱۰۷-۹۸)، حکم قسمت اخیر ماده ۸۱۸ خلاف اصول حاکم بر قانون مدنی تلقی شده است. بدین بیان که مطابق بخش اخیر ماده ۸۱۸ قانون مدنی، مشتری پس از اخذ به شفعه و مطالبه نسبت به عیب و خرابی و تلف مورد شفعه که نزد او حادث شده، ضامن نیست، مگر این‌که تعدی یا تفریط کرده باشد. درحالی‌که پس از اخذ به شفعه خریدار مالکیت ندارد و باید مورد شفعه را به شفیع تسلیم کند. پس، چنانچه با وجود مطالبه، مشتری از تسلیم مورد شفعه امتناع و مسامحه کند، از آن پس در حکم امین نیست، بلکه مانند غاصب با او رفتار می‌شود و ضمانت اجرای آن، مطابق مواد ۲۷۸ و ۶۳۱ قانون مدنی، مسئولیت مطلق در مورد عیب و خرابی مال غصب شده است. اما، این اثر انقلابی (تبدیل ید امانی به ضمانی) در ماده ۸۱۸ نیامده است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۰۲).

همین دیدگاه در سایر نوشته‌های حقوقی (امامی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۶۱-۶۰؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۳۱۴؛ حائری شاهباغ، ۱۳۸۲، ص ۷۱۶؛ قاسم‌زاده، ۱۳۹۱، ص ۶۷-۶۵) رایج است و بیشتر حقوق دانان ظاهر ماده ۸۱۸ قانون مدنی، به ویژه واژه مطالبه را نادیده گرفته‌اند.

حتی، در برخی تحقیقات تازه (صفایی و جواهر کلام، ۱۴۰۱، ص ۴۰۵) پس از طرح بحث و استدلال‌های مختلف، از اجرای قواعد مطالبه امانات در مورد مسئولیت خریدار دفاع شده است.

با وجود این، مطالعه در منابع فقهی و دقت در احکام و قواعد شفعه ما را به نتیجه مخالف می‌رساند. از این رو، به موجب فرضیه اصلی این تحقیق، حکم قسمت دوم ماده ۸۱۸ قانون مدنی بر مبنای قواعد و ساختار اخذ به شفعه - به عنوان ایقاع معوض - استوار است و از قواعد مطالبه امانات تبعیت نمی‌کند. به منظور اثبات این فرضیه ابتدا لازم است مفهوم مطالبه مورد شفعه در فقه و حقوق مطالعه و روشن شود تا زمینه بحث فراهم آید؛ سپس آثار مطالبه و درخواست مورد شفعه تبیین و مورد تحلیل واقع شود. پژوهش حاضر به روش توصیفی - تحلیلی و با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای انجام شده است.

۳. مفهوم مطالبه مورد شفعه در اصطلاح فقه و حقوق

۱-۱. مطالبه پیش از اخذ به شفعه

در نوشته‌های فقهی متقدم (ابن زهره، بی تا، ص ۲۳۸-۲۳۷؛ حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۹۱) هنگام بحث از اعمال حق شفعه، اصطلاح مطالبه یا طلب شفعه به کار رفته است. اما، از زمان شیخ طوسی و پس از آن اصطلاح اخذ به شفعه رایج شده است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۱۶). برخی از فقها (علامه حلی، بی تا، ج ۲، ص ۳۸۶؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۷۱) با تفکیک بین دو مفهوم یاد شده معتقدند: شفیع با مطالبه مورد شفعه، مالک آن نمی‌شود، بلکه تملک مال شفعه با اخذ آن محقق می‌شود. به علاوه، در مقام تبیین مفهوم مطالبه گفته شده است: چنانچه شفیع اظهار کند که می‌خواهد شفعه کند این کلام دلالت بر تمایل و رغبت به تملک مورد شفعه دارد. بدیهی است، صرف داشتن رضا و میل به تملک، موجب ایجاد مالکیت نمی‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۴۶). به همین جهت، برخی محققان معتقدند: در اصطلاح فقهی مراد از مطالبه مورد شفعه، همان اخذ به شفعه و انشای تملک مورد شفعه است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۸، ص ۴۶۹). به ویژه که سخن گفتن از مطالبه پیش از اخذ به شفعه، فایده عملی به همراه ندارد.

با وجود این، برخی فقها تلاش کرده‌اند برای مفهوم مطالبه پیش از اخذ به شفعه، فایده عملی بیابند. از این رو گفته‌اند: در صورتی که مورد شفعه پس از مطالبه آن تلف یا ناقص شود، مشتری ضامن است؛ زیرا با درخواست مورد شفعه استحقاق شفیع نسبت به آن ثابت می‌شود و نقض این حق باعث مسئولیت است (صیمری، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۱۲). اما، برخی محققان ایراد کرده‌اند: استحقاق شفیع برای تملک مورد شفعه، مفهومی جز حق شفعه ندارد و حق مزبور به مجرد وقوع بیع میان شریک و مشتری به وجود می‌آید. از این رو، مطالبه یا درخواست اعمال حق شفعه، چیزی بر حقیقت آن نمی‌افزاید و صرفاً تأکیدی بر وجود حق مزبور است. به دیگر سخن، پیش از اخذ به شفعه، خواه حق شفعه مطالبه شده باشد یا نه، مبیع ملک مشتری است و او مانند هر مالکی حق همه‌گونه تصرف در ملک خود دارد و مطابق قاعده، تصرف مالکانه هیچ‌گاه موجب ضمان نیست (بحرانی، بی‌تا، ج ۲۰، ص ۳۲۵-۳۲۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۹۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص ۳۲۴).

ممکن است گفته شود: با درخواست حق شفعه، مشتری از نیت و تصمیم شفیع باخبر می‌شود و چه بسا به قصد از بین بردن حق شفیع، بخواهد مورد شفعه را تلف یا معیوب کند. پس، به منظور حفظ حق شفیع می‌توان برای مطالبه اثر حقوقی شناخت تا مشتری را از تعدی و تفریط باز دارد. لکن در پاسخ می‌توان گفت: همان‌گونه که مشهور فقها (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۰۹-۱۰۸؛ نجفی، ۱۴۳۲، ج ۲۳، ص ۳۳۸) پذیرفته است، اخذ به شفعه عمل حقوقی تشریفاتی نیست. بنابراین، شفیع در مقام اعمال حق خود می‌تواند بی‌درنگ اخذ به شفعه کند. در این صورت، مبیع به مالکیت او در می‌آید و از این پس، هرگونه تعدی یا اتلاف مورد شفعه موجب مسئولیت مشتری خواهد شد. در نتیجه، بحث از مطالبه پیش از اخذ به شفعه فایده عملی ندارد و به همین دلیل، این مفهوم وارد قانون مدنی نشده است.

۲-۱. مطالبه به معنای اخذ به شفعه

در برخی نوشته‌های فقهی دو اصطلاح مطالبه و اخذ به شفعه معادل با یکدیگر به کار رفته است (نجفی، ۱۴۳۲، ج ۳۷، ص ۳۳۸). اما، در برخی نوشته‌ها تنها از مطالبه یا طلب شفعه یاد شده است (طباطبایی حائری، ۱۴۰۹، ص ۱۴۶؛ محقق سبزواری، بی‌تا، ج ۱،

ص ۵۴۸-۵۴۷) و برخی فقها، فقط اصطلاح اخذ به شفعه را به کار گرفته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ص ۳۲۸). نویسندگان قانون مدنی نیز این اصطلاح را ترجیح داده‌اند و در ماده‌های ۸۱۴، ۸۱۶، ۸۱۷، ۸۱۹، ۸۲۰ قانون مزبور آورده‌اند.

مفهوم اخذ به شفعه، به عنوان ایقاع معوض، در نوشته‌های فقه و حقوق کم‌وبیش شناخته شده است. با وجود این، تحقق اخذ به شفعه، در عمل مراحل و مقدماتی دارد. بحث‌ها از اینجا آغاز می‌شود و یکی از فایده‌های آن، در مورد آثار اخذ به شفعه و تصرف مشتری نسبت به مورد شفعه به چشم می‌آید. به موجب ماده ۸۲۱ قانون مدنی و مطابق با نظر مشهور فقها حق شفعه فوری است. پس، اخذ به شفعه باید بی‌درنگ واقع شود (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۷۸۲-۷۸۱؛ طوسی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۱۰۹-۱۰۸) و چنانچه بدون عذر موجه اقدامی نکند یا به جهت ناتوانی از پرداخت ثمن، اخذ به شفعه را به تأخیر اندازد، حق او از بین می‌رود (حلی، ۱۴۰۳، ص ۳۶۲؛ اصفهانی، ۱۳۸۰، ص ۳۸۵). به این ترتیب، در مقام اخذ به شفعه، انجام دو اقدام از طرف شفیع لازم است: انشای اخذ به شفعه و پرداخت ثمن معامله.

با وجود این، در مورد اثر پرداخت ثمن در مقام اخذ به شفعه، بین فقها اختلاف است: به نظر گروهی از آنان (حلی، ۱۴۰۵، ص ۳۰۱؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۷۷؛ طباطبائی، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۶۷) لزوم پرداخت ثمن از شرایط ایجاد حق شفعه است و در صورتی که شریک توان پرداخت نداشته باشد، اساساً حق شفعه ندارد. گروهی دیگر (حلی، ۱۴۰۳، ص ۳۶۱؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۵۶) معتقدند: ناتوانی از پرداخت ثمن موجب سقوط حق شفعه می‌شود و به نظر دسته سوم، انتقال مالکیت مورد شفعه هنگام قبض کردن آن پس از دادن ثمن محقق می‌شود. بر این مبنا، چنانچه شفیع نتواند ثمن را در فوریت پرداخت کند، مورد شفعه در مالکیت مشتری باقی می‌ماند، نه این‌که با انشای شفعه به شفیع منتقل شود و بعد به ملک مشتری بازگردد (خویی، بی‌تا، ص ۷۷). از این رو، برخی نویسندگان، اخذ به شفعه را ایقاع عینی می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۴۱۰). یعنی، وقوع تملک به موجب اخذ به شفعه منوط به دادن ثمن است و صرف اظهار قصد و رضای شفیع موجب تملک نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۶۳). برخی هم در این باره استدلال کرده‌اند: مطابق با ماده ۸۰۸ قانون

مدنی: «... شریک... حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند». بنابراین، نویسندگان قانون مدنی از میان عقاید رایج در فقه، نظری را برگزیده‌اند که تملک مورد شفعه را منوط به دادن ثمن می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۲۴۴-۲۴۵). به دیگر سخن، مطابق با ظاهر ماده ۸۰۸ قانون مدنی، تملک مورد شفعه پیش از تسلیم ثمن محقق نمی‌شود.

در مقابل، برخی دیگر از فقها (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۷۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۴۷)، وقوع تملک را به مجرد انشای اخذ به شفعه محقق دانسته و تسلیم ثمن را مقدمه برای قبض مورد شفعه می‌دانند، نه شرط تملک آن. بر این اساس، در صورت رضایت مشتری، شفیع می‌تواند بدون پرداخت ثمن، اخذ به شفعه کند. لکن در مقام مبادله و تسلیم ثمن و مورد شفعه، حق مشتری مقدم است و به همین جهت، شفیع باید ابتدا ثمن را تسلیم کند (علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۳۲۷). مگر این که مشتری رضایت دهد که ثمن بر ذمه شفیع باقی بماند (شهید اول، ۱۴۱۲، ص ۱۴۸).

بر این مبنا، حصول مالکیت مورد شفعه فرع بر پرداخت ثمن نیست. لکن شفیع پیش از پرداخت ثمن، حق درخواست تسلیم مبیع را ندارد. برخی محققان در تبیین علت و مبنای حق تقدم مشتری معتقدند: از آنجا که اخذ به شفعه معاوضه قهری است و بدون رضای مشتری واقع می‌شود، برای جبران این الزام ناخواسته، به او حق داده شده است ابتدا ثمن را بگیرد تا با ضرر احتمالی ناشی از تأخیر آن روبه‌رو نشود (بحرانی، بی تا، ج ۲۰، ص ۳۱۹-۳۱۸). به علاوه، روایات ناظر به شفعه مبنی بر استحقاق شفیع نسبت به مورد شفعه در مقابل ثمن^۱ بیش از این دلالت ندارد که اخذ به شفعه رایگان نبوده و تملک مورد شفعه در برابر عوض (ثمن معامله) واقع می‌شود. لکن دلیل شرعی وجود ندارد که تملک مورد شفعه منوط به دادن ثمن باشد. به ویژه که مطابق با اصول حاکم بر معاوضه، نقل و انتقال مالکیت، متوقف بر قبض عوض یا معوض نیست (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۸، ص ۵۳۶). نویسندگان قانون مدنی به این اصول و قواعد پایبند مانده‌اند و در هیچ ماده‌ای به صراحت، قبض ثمن را شرط صحت

۱. قال (ع): «الشفعة فی البیوع اذا کان شریکاً فهو احقّ بها من غیره بالثمن؛ حق شفعه در بیع جاری است و شریک برای تملک مبیع با پرداخت ثمن بر دیگران اولویت دارد» (حر عاملی، بی تا، ج ۲۵، ص ۳۹۵).

اخذ به شفعه قرار نداده‌اند.

در نتیجه، اخذ به شفعه تنها به اراده شفیع واقع می‌شود و بر اثر آن مبیع به مالکیت شفیع در می‌آید. لکن برای حفظ حق مشتری، ثمن بیع باید فوری پرداخت شود و چنانچه ثمن در فوریت پرداخت نشود، اخذ به شفعه بی‌اثر می‌شود. بر این مبنا، مالکیت شفیع را پس از اخذ به شفعه و پیش از تسلیم ثمن، متزلزل است (شوشتی، بی‌تا، ص ۲۰۸). یعنی، در صورتی که شفیع ثمن را فوری نپردازد و یا در فرضی که برای پرداخت ثمن مهلت گرفته است، آن را سر وعده پرداخت نکند، مشتری می‌تواند شفعه را فسخ کند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۸، ص ۴۶۸) و به تعبیری، در صورت عدم پرداخت ثمن، اخذ به شفعه خود به خود منفسخ می‌شود.

بر این مبنا، در فاصله زمانی بین اخذ به شفعه و انفساخ آن، مالکیت مورد شفعه متعلق به شفیع است و به همین جهت، تصرف مشتری نسبت به آن تصرف در مال غیر محسوب می‌شود و ممنوع است. از این رو، به حکم ماده ۸۱۸ قانون مدنی، پس از وقوع اخذ به شفعه، مشتری نباید نسبت به مورد شفعه تعدی یا تفریط کند. به دیگر سخن، سرآغاز مسئولیت مشتری نسبت به مورد شفعه، زمان انتقال مالکیت آن است نه درخواست تسلیم مورد شفعه.

۳-۱. مطالبه مورد شفعه پس از اخذ آن

چنان که پیش‌تر اشاره شد، سخن از مطالبه مورد شفعه، به معنای درخواست تسلیم آن پس از اخذ به شفعه، نزد فقها چندان رایج نیست. تنها در نوشته‌های برخی فقهای معاصر از آن یاد شده است (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۲۰۱؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۳۴۸). با وجود این، آرای این دسته از فقها با حکم ماده ۸۱۸ قانون مدنی مطابقت ندارد. از این رو، باید گفت: نویسندگان قانون مدنی با آوردن واژه مطالبه در این ماده دست به ابداع زده‌اند. اما، نویسندگان حقوق مدنی نسبت به این نوآوری اعتنایی نکرده‌اند. برخی نویسندگان (امامی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۶۱؛ حائری شهابی، ۱۳۸۲، ص ۷۱۷؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۳۱۴) واژه «مطالبه» را در ماده ۸۱۸ قانون مدنی نادیده گرفته‌اند و برخی هم (عدل، ۱۳۴۲، ص ۵۱۱-۵۱۰) این واژه را زاید و ناشی از اشتباه در قانون‌گذاری دانسته و برای رفع این اشتباه تلاش کرده‌اند. از این رو، گفته شده است:

اگر شفیع اخذ به شفعه کند و تسلیم مورد شفعه را خواستار شود، تا زمانی که مشتری آن را تسلیم نکرده مانند غاصب ضامن هر نقص و خرابی است. هرچند تعدی یا تفریط نکرده باشد و یا وقوع عیب و تلف مستند به او نباشد. بنابراین، حکم ماده ۸۱۸ قانون مدنی که عدم ضمان مشتری را پس از مطالبه مورد شفعه مقید به صورت عدم تعدی یا تفریط کرده است، با قاعده عمومی که امین را پس از درخواست امانت و امتناع از تسلیم آن در حکم غاصب قرار می‌دهد، سازگاری ندارد و به همین جهت باید اصلاح شود. در مقام اصلاح ماده مزبور شایسته است واژه مطالبه پیش از عبارت اخذ به شفعه قرار گیرد (عدل، ۱۳۴۲، ص ۵۱۱-۵۱۰).

با وجود این، نظر اصلاحی که پیشنهاد شده نه تنها مسئله را حل نمی‌کند، بلکه دشواری می‌آفریند: چنان که گذشت، درخواست مورد شفعه پیش از اخذ به شفعه جز تأکید بر وجود حق شفعه تأثیری ندارد. بیگمان، تا زمانی که اخذ به شفعه انشاء نشده است، مال در ملک مشتری باقی است. بنابراین، چگونه میتوان از تعدی یا تفریط مالک یا مسئولیت او نسبت به ملک خود سخن گفت؟

ازاین‌رو، برخی نویسندگان احتمال داده‌اند: واژه مطالبه در بند دوم ماده ۸۱۸ قانون مدنی به معنای مطلع ساختن خریدار از وقوع اخذ به شفعه است و از تاریخ آگاهی تملک مورد شفعه و الزام به تسلیم آن ایجاد می‌شود. هرچند، حضور خریدار از شرایط وقوع عمل حقوقی نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۲۷۱-۲۷۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۵۱۰). با وجود این، چنان که گذشت، مالکیت شفیع در زمان انشای شفعه محقق می‌شود و فرع بر اطلاع مشتری از وقوع شفعه نیست. بر این مبنا، اگرچه پیش از اطلاع خریدار از وقوع شفعه سخن از الزام او به تسلیم مورد شفعه معنایی ندارد اما، مطابق با قواعد شفعه، الزام مشتری به تسلیم پس از اطلاع او نیز، بدون پرداخت ثمن، ممکن نیست. به دیگر سخن، شفیع پس از انشای اخذ به شفعه تا زمانی که ثمن را نپرداخته است، استحقاق درخواست تسلیم مورد شفعه را ندارد. در نتیجه، اطلاع از وقوع شفعه به خودی خود الزام برای مشتری نسبت به تسلیم مورد شفعه به وجود نمی‌آورد.

۲. تأثیر اخذ به شفعه و مطالبه مورد شفعه بر مسئولیت مشتری

۱-۲. ضمان تلف، خرابی و عیب مورد شفعه پیش از اخذ آن

چنان که در بیشتر نوشته‌های فقهی (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۷۲؛ وحید خراسانی، بی تا، ص ۹۱؛ سبزواری، بی تا، ج ۱۸، ص ۱۵۰؛ سیستانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۰۴) آمده است، در صورتی که مورد شفعه تلف شود و چیزی از آن باقی نماند، حق شفعه به علت از بین رفتن موضوع آن منتفی می‌شود؛ زیرا حق عینی در صورت زوال عین، به تبع آن، از بین می‌رود. بر این مبنا، در ماده ۸۱۸ قانون مدنی مقرر شده است: «مشتری نسبت به... تلفی که قبل از اخذ به شفعه در ید او حادث شده باشد ضامن نیست...». خواه تلف ناشی از حادثه خارجی باشد یا به فعل خریدار واقع شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۰۳)؛ زیرا تلف از مال مشتری واقع شده و هیچ کس ضامن تلف مال خود نیست (امامی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۶۰). به دیگر سخن، چنانچه تلف مورد شفعه بر اثر حوادث قهری باشد، مشتری تفریط نکرده است تا ضامن باشد و اگر خودش آن را تلف کند، مال خود را از بین برده است و در هر صورت ضمان منتفی است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۱۶).

با وجود این، درباره اصل ضمان و نوع مسئولیت مشتری در فرض خرابی مورد شفعه در میان فقیهان امامیه بحث و اختلاف است. به نظر برخی فقیهان (شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۶۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۵۴-۲۵۳)، در صورتی که در بنای مورد شفعه خرابی به هم رسد؛ خواه مشتری به منظور بازسازی خانه را خراب کند و یا بنا بر اثر زلزله آوار شود، شفیع مخیر است بین این که حصه مبیعه را به همان صورت شفعه کند یا این که از حق خود صرف نظر کند و اخذ به شفعه را ترک نماید. پس، چنانچه بخواهد شفعه کند، باید تمام ثمن را پردازد و عرصه را به همراه آنچه موجود است از قبیل مصالح بنایی و اسباب و ادوات موجود تملک نماید^۱.

۱. در نوشته‌های فقهی از این موارد با عناوین، «انقاض» و «آلات» یاد شده است. به نظر فقیهان امامیه، موارد مزبور جزء مورد شفعه است و به تملک شفیع در می‌آید. هرچند بر اثر ریختن بنا جدا شده و به صورت منقول درآمده باشد (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۷۸۳). از این رو، برخی فقیهان امامیه (علامه، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۶۶) در برابر عقیده بعضی فقهای عامه مبنی بر این که آنچه از بنا جدا شده و به صورت منقول درآمده قابل شفعه نخواهد بود، استدلال کرده‌اند: ملاک تعیین مورد شفعه وضعیت مبیع در زمان ایجاد حق شفعه یعنی هنگام بیع است و تغییر بعدی آن نباید در حقی که پیش‌تر ثابت شده است مؤثر افتد.

۲. برخی (حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۹۱) هم تصریح کرده‌اند: چنانچه مشتری پیش از آگاهی از اخذ به شفعه، مورد

اما، به نظر برخی فقها (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۲۶؛ محقق حلی، ۱۴۱۰، ص ۲۵۰) در صورتی که خرابی و عیب مورد شفعه به علت حوادث قهری و عوامل خارجی از جمله فعل ثالث باشد، مشتری ضمان ندارد و بر این مبنا، شفیع در صورت اخذ به شفعه باید تمام ثمن را بپردازد.^۱ زیرا کاستن از ثمن در برابر عیب و نقصی که مشتری سبب آن نشده موجب ضرر و ظلم در حق او می‌شود. در حالی که اصولاً هیچ ضرری با ضرر جبران نمی‌شود. لکن اگر خرابی و عیب بر اثر عمل مشتری باشد، مانند این که درختان یا اعیانی دیگر را از بین ببرد و یا بنا را خراب کند، ضمان و مسئولیت دارد و منظور از ضمان مشتری نسبت به عیب و خرابی مورد شفعه پیش از اخذ به شفعه، کاستن از ثمن و به تعبیری عدم استحقاق تمام ثمن است (حلی فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۱۳) و در مقابل، مراد از عدم مسئولیت مشتری، حق دریافت ثمن معامله به طور کامل است (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۴۱۹؛ محقق سبزواری، بی تا، ج ۱، ص ۵۴۸).

بعضی فقیهان، میان دو فرض تفکیک کرده‌اند و معتقدند: در صورتی که بنای مورد شفعه عیبی داشته باشد، مانند این که دیوارها ترک بردارد یا ستون‌ها کج شود، ضمانی بر مشتری نیست (طوسی، بی تا، ج ۳، ص ۴۳۸)؛ زیرا در این فرض عیب و نقصان در صفات و کیفیات مبیع ایجاد شده و مطابق قواعد و احکام معاملات، اجزاء ثمن در برابر اجزای مبیع قرار دارد ولی، هیچ جزئی از ثمن در برابر اوصاف مبیع قرار نمی‌گیرد. از این رو، در برابر فقدان اوصاف به علت عیوب حادث نزد مشتری نمی‌توان چیزی از ثمن کاست (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۴۱۸). در مقابل، چنانچه بخشی از مبیع تلف شود، مانند این که سیل بنای خانه را فرو ریزد یا این که قسمتی از عرصه را از بین ببرد، شفیع می‌تواند آنچه را که موجود است با پرداخت حصه آن از ثمن شفعه کند (حلی، ۱۴۰۵، ص ۳۰۳؛ محقق سبزواری، بی تا، ج ۱، ص ۵۴۸).

لکن برخی فقیهان (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۶۹)، حکم به تقسیط ثمن را حتی در موردی که تلف جزئی مبیع بدون دخالت و اقدام مشتری باشد، نزدیک به قواعد

شفعه را ناقص یا معیوب کند، هیچ مسئولیتی ندارد. یعنی، مستحق تمام ثمن است.
۱. لکن برخی فقیهان معتقدند: چنانچه نقص و عیب بر اثر فعل ثالث باشد، از ثمن کاسته می‌شود؛ زیرا مشتری خسارت ناشی از آن را از عامل زیان دریافت کرده است (علامه، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۶۶) و به همین جهت با کاستن ثمن ضرری نمی‌بیند.

یافته‌اند. برخی هم (فیض کاشانی، بی‌تا، ص ۸۲-۸۱) به طور کلی گفته‌اند: چنانچه بخشی از مبیع که جزئی از ثمن در برابر آن قرار می‌گیرد به هر علت تلف شود، بنا بر قول قوی‌تر، مشتری ضامن است. بعضی محققان (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۱۴-۲۱۳) در مقام تأیید و تقویت این عقیده گفته‌اند: در فرضی که بخشی از مبیع وجود ندارد، در واقع، قسمت مزبور قابل شفعه نیست و ثمنی در برابر آن قرار ندارد، بلکه تنها بخش موجود قابل شفعه است و فقط ثمن آن قابل پرداخت است. همچنان‌که اگر بخشی از مبیع منقول باشد، قابلیت اخذ به شفعه ندارد و به همین جهت، شفیع می‌تواند ثمن آن را کسر بگذارد. یعنی، ضرر مشتری در چنین مواردی که تبعیض در اخذ به شفعه رخ داده، مانع از اخذ نمی‌شود.

بعضی فقها (فیض کاشانی، بی‌تا، ص ۸۱) از این هم پیش‌تر رفته‌اند و معتقدند: در صورتی که عیب مبیع بر اثر عمل مشتری ایجاد شده، ضمان او محقق است و شفیع می‌تواند از ثمن معامله کم کند. برخی (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۶۵) هم افزوده‌اند: عیب مورد شفعه در دست مشتری مانند معیوب شدن آن در دست فروشنده است؛ در هر یبعی اگر مبیع پیش از تسلیم معیوب شود، مشتری حق ارزش دارد. اجرای همین قاعده در شفعه قابل توجیه است. وگرنه با پرداخت تمام ثمن در برابر مال معیوب، اکل مال به باطل محقق شده است.

با وجود این، قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور فقیهان امامیه، اجرای کامل قواعد بیع از جمله حکم ارزش را در مورد شفعه نپذیرفته و استحقاق شفیع نسبت به اخذ ارزش را تابع حق مشتری دانسته است.^۱ مطابق با ماده ۸۲۰ قانون مزبور، تنها در صورتی که مشتری ارزش گرفته باشد، شفیع در موقع اخذ به شفعه مقدار ارزش را از ثمن کسر می‌گذارد. افزون بر این، به موجب ماده ۸۱۸ قانون مدنی، مشتری نسبت به عیب و خرابی و تلفی که قبل از اخذ به شفعه نزد مشتری حادث شده باشد، ضامن نیست. یعنی، نه تنها در مورد عیب مبیع که حتی در فرض خرابی (تلف جزئی) مورد شفعه، شفیع نمی‌تواند از ثمن کسر بگذارد.

برخی محققان در مقام تأیید این دیدگاه استدلال کرده‌اند: قیاس بین احکام

۱. برخی محققان از قواعد عمومی ارزش در قراردادها دفاع کرده‌اند (بهریزی راد، الماسی و فتواتی، ۱۳۹۹).

شفعه و قواعد بیع جایز نیست؛ هدف از برقراری حق ارش برای مشتری جبران ضرر ناخواسته است که با عدم امکان فسخ بیع در موارد سقوط خیار عیب ایجاد می‌شود. در حالی که شفیع هیچ الزامی برای اخذ به شفعه ندارد تا برای رفع ضرر ناشی از آن بتواند مقدار ارش را کسر بگذارد. حتی در فرضی که بخشی از مورد شفعه از بین رفته باشد، شفیع مجبور نیست اخذ به شفعه کند، بلکه مخیر است از حق خود صرف نظر کند یا این که تمام ثمن را پردازد و آنچه را که موجود است شفعه کند و در صورت اخیر، تملک مورد شفعه با رضای کامل او واقع می‌شود و به همین جهت، اکل مال به باطل (بدون تراضی)، در این موارد صدق نمی‌کند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۸، ص ۶۱۸).

در نتیجه، تفاوتی ندارد که علت نقص و عیب مورد شفعه تقصیر مشتری بوده یا عوامل خارجی سبب آن باشد. در هر صورت، شفیع نمی‌تواند چیزی از ثمن بکاهد، بلکه اختیار دارد از حق خود بگذرد و یا با پرداخت تمام ثمن، مبیع را با وضعیت موجود شفعه کند. گذشته از این که در مورد تلف و عیب ناشی از عمل مشتری، ضمان اتلاف بر عمل او صدق نمی‌کند (حسینی روحانی، ۱۴۱۴، ج ۱۸، ص ۳۵۸)، مطابق با اجماع فقیهان امامیه مشتری نسبت به تلف، خرابی و عیب مبیع پیش از اخذ به شفعه که به علت خارجی واقع شده است، مسئولیتی ندارد (نجفی، ۱۴۳۲، ج ۳۷، ص ۳۶۵). یعنی، عقیده به تحقق ضمان معاوضی بر مبنای قیاس بین احکام شفعه و بیع، ممکن نیست. همین دیدگاه به موجب ماده ۸۱۸ قانون مدنی پذیرفته شده است. افزون بر این، به نظر مشهور فقها، در صورت وجود عیب و نقص مورد شفعه و جهل شفیع نسبت به آن، حق فسخ شفعه وجود دارد (علامه حلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۴۹).

۲-۲. ضمان تلف، خرابی و عیب مورد شفعه پس از اخذ آن

به موجب ماده ۸۰۸ قانون مدنی و مطابق با نظر مشهور فقیهان امامیه، حق شفعه در مال غیر منقول به وجود می‌آید. بدیهی است، تلف کامل مورد شفعه (نابودی کامل عرصه) کمتر اتفاق می‌افتد. به همین جهت، برخی فقیهان (سبزواری، بی‌تا، ج ۱۸، ص ۱۵۲)، فایده عملی این بحث را روشن شدن حکم موارد تلف جزئی و عیب مورد شفعه دانسته‌اند. به هر حال، در فرضی که مورد شفعه پس از اخذ به شفعه و پیش از

قبض آن به طور کامل از بین برود، این احتمال به ذهن می‌آید که قاعده تلف مبیع قبل از قبض حاکمیت می‌یابد و به همین جهت، اخذ به شفعه منفسخ می‌گردد. به ویژه که به نظر فقیهان و حقوق دانان قاعده ضمان معاوضی محدود به عقد بیع نیست و در تمام معاوضات جاری است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۵۶-۴۵۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۸۹-۱۸۸).

با وجود این، قیاس بین احکام شفعه و معاوضات، نزد فقیهان امامیه پذیرفته نیست. چنان که برخی محققان تصریح کرده‌اند: اخذ به شفعه بیع یا معامله جدید نیست و به همین جهت از تمامی احکام و قواعد بیع پیروی نمی‌کند (سبزواری، بی‌تا، ج ۱۸، ص ۱۶۳). از این رو، چنانچه مبیع پس از اخذ به شفعه و قبل از قبض تلف شود، تلف از مال مشتری نیست (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۲۰۱). در نتیجه، اگر شفیع ثمن را پرداخته باشد ولی مورد شفعه قبل از قبض آن بدون اهمال و تقصیر مشتری تلف شود، حق استرداد ثمن را ندارد و یا در صورتی که برای تأدیه ثمن مهلتی گرفته باشد، در صورت تلف مبیع پیش از قبض، باید ثمن را بپردازد.

مفاد ماده ۸۱۸ قانون مدنی همین عقیده را تأیید کرده است. مطابق با قسمت دوم ماده مزبور در صورت تلف مورد شفعه پس از اخذ آن و پیش از تسلیم چنانچه مشتری تعدی یا تفریط نکرده باشد، هیچ گونه ضمانی - اعم از ضمان قهری و معاوضی - بر عهده او نیست. بلکه تنها ضمان تلف ناشی از تعدی یا تفریط بر عهده مشتری گذاشته شده است. به طریق اولی، در صورتی که مشتری پس از اخذ به شفعه و به ویژه با فرض اطلاع از آن، مورد شفعه را تلف کند، نه تنها حق شفعه از بین نمی‌رود (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۷)، بلکه باید بدل آن را بدهد.

لکن درباره خرابی (تلف جزئی) و عیب مورد شفعه، فتاوای فقهی یکسان نیست: در برخی نوشته‌های فقیهان آمده است: چنانچه مشتری مورد شفعه را پس از مطالبه ناقص یا معیوب کند، طبق یک عقیده ضامن است و این عقیده به قواعد نزدیک تر و با اصول سازگارتر است (علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۵۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۷۸۳). اگرچه صاحب عقیده مخالف در این نوشته‌ها معرفی و معلوم نگشته اما، برخی محققان (محقق سبزواری، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۴۷)، قول به عدم ضمان را به مرحوم شیخ طوسی

نسبت داده‌اند. برخی نیز با تأیید صحت این انتساب، عقیده مزبور را تبیین و تقویت کرده‌اند (طباطبائی حائری، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۱۴۶).

با وجود این، اختلاف دیدگاه‌ها ظاهری است و به همین جهت، قابل جمع می‌نماید: آنان که قائل به عدم مسئولیت مشتری پس از اخذ به شفعه هستند، در واقع، تحقق ضمان معاوضی را در این مقام نفی کرده‌اند. چنان که تصریح کرده‌اند: بعد از مطالبه شفعه نیز مشتری، مانند سابق، ضمانی ندارد. یعنی، شفیع نمی‌تواند به خاطر عیب و نقص مبیع چیزی از ثمن بکاهد (طباطبائی، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۹۲). به علاوه، به نظر مشهور فقیهان امامیه، چنانچه مشتری مورد شفعه را پس از مطالبه (اخذ) آن تلف یا ناقص کند ضامن است (علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۳۸۶) و باید بدل آن - اعم از قیمت بخش تلف شده یا خسارت عیب - را بدهد (اصفهانی، ۱۳۸۰، ص ۳۸۶؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۳۴۸). به علاوه، در صورت اتلاف مورد شفعه توسط ثالث، شفیع باید به تلف‌کننده رجوع نماید (سبزواری، بی‌تا، ج ۱۸، ص ۱۵۲) و چنانچه آفت سماوی موجب تلف یا نقص شود، ضمانی بر عهده مشتری نیست (عراقی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۳۹۲).

فتاوی برخی فقیهان، به‌ویژه متقدمان، صراحت بیشتری درباره نوع ضمان مشتری دارد. چنان که گفته‌اند: اگر مشتری پس از علم به مطالبه مورد شفعه، بنای خانه را خراب کند، باید آن را مانند صورت اول بسازد (ابن‌زهره حلبی، بی‌تا، ص ۲۳۸؛ ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳، ص ۳۶۲؛ حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۹۱) و چنانچه بر اثر تفریط مشتری عیبی در مورد شفعه حادث شود، مطابق قواعد ضمان، جبران خسارت لازم است (عراقی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۳۹۲). برخی هم تصریح کرده‌اند: مبنای مسئولیت مشتری قاعده اتلاف است. لکن اگر عیب و خرابی مورد شفعه پس از اخذ به شفعه به علتی غیر از عمل مشتری حادث شود، مانند زمان پیش از اخذ به شفعه، مسئولیتی نسبت به جبران خسارت ندارد (نجفی، ۱۴۳۲، ج ۳۷، ص ۳۶۱-۳۵۷). به علاوه، ضمان به معنای کسر از ثمن هم محقق نمی‌شود. افزون بر این، شفیع نمی‌تواند اخذ به شفعه را به علت عیب حادث پس از آن فسخ کند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۸۰).

نویسندگان قانون مدنی گامی پیش‌تر نهاده‌اند و ضمان مشتری را بر مبنای تعدی

یا تفریط استوار کرده‌اند. چنان که گذشت، به موجب ماده ۸۱۸ قانون مدنی، مشتری نسبت به عیب و خرابی که پس از اخذ به شفعه در ید او حادث شده باشد، در صورت تعدی یا تفریط ضامن است. بر این مبنا، گذشته از این که مشتری ضامن خسارت ناشی از عمل خویش است، با وقوع اعمالی که عرفاً تعدی یا تفریط محسوب شود، مسئول هر خسارتی است که از نقصان یا تلف مال حاصل شده است، اگرچه نقصان یا تلف مستند به تفریط یا تعدی نباشد.

۲-۳. ضمان تلف، خرابی و عیب مورد شفعه پس از مطالبه آن

چنان که پیش‌تر اشاره شد، به نظر مشهور فقیهان امامیه مسئولیت مشتری نسبت به عیب، خرابی و تلف مورد شفعه، فرع بر مطالبه تسلیم آن از سوی شفیع نیست. به همین جهت، در کتاب‌های فقهی اساساً بحث از مطالبه مورد شفعه پس از اخذ آن به میان نیامده است؛ تنها برخی متأخرین گفته‌اند: در صورتی که مورد شفعه پس از مطالبه و مسامحه در تسلیم آن تلف شود، مشتری ضامن است (خوبی، بی‌تا، ص ۷۸؛ سیستانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۰۵). برخی هم افزوده‌اند: چنانچه شفیع مورد شفعه را مطالبه کند و مشتری آن را تسلیم نکند، ید امانی او تبدیل به ید ضمانی می‌شود (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۲۰۱).

این عقیده که با قواعد و احکام امانات مطابقت دارد، مورد توجه نویسندگان حقوق قرار گرفته است. به نظر برخی استادان، پس از اخذ به شفعه ید مالکانه مشتری نسبت به مبیع تبدیل به ید امانی می‌شود و تا زمانی که شفیع تسلیم آن را مطالبه نکرده، عنوان امانت باقی است و طبق قواعد امانت یا ودیعه، امین مسئول تلف و نقص مال موضوع امانت نیست، مگر این که تعدی یا تفریط کرده باشد و در این صورت، ضامن هر نقص و عیبی خواهد بود که در مورد شفعه حاصل می‌شود (عدل، ۱۳۴۲، ص ۵۱۰؛ حائری شاهباغ، ۱۳۸۲، ص ۷۱۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۴۱۳). برخی هم معتقدند: چنانچه پس از اخذ به شفعه و درخواست عین مورد شفعه، مشتری از تسلیم آن خودداری کند، مسئولیت تلف و هر نقصی که بعد از آن حادث شود بر عهده مشتری است (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۳۱۴). هر چند تعدی یا تفریط نکرده باشد. هم چنین، برخی نویسندگان حقوق در مقام انتقاد از ماده ۸۱۸ قانون مدنی

معتقدند: پس از اخذ به شفعه نه تنها مالکیت مورد شفعه از مشتری به شفیع انتقال می‌یابد، خریدار متعهد به تسلیم آن نیز می‌شود. پس وضع او تابع ماده ۲۷۸ قانون مدنی است. با وجود این، تفاوت آشکاری که بین دو ماده یادشده وجود دارد در این است که در ماده ۲۷۸ مسئولیت متعهد بر اثر تعدی یا تفریط، مقید به شرط مطالبه نیست. ولی، در ماده ۸۱۸ مسئولیت ناشی از تقصیر مشتری مشروط به مطالبه شده است. اگرچه در مقام تفسیر لفظی قاعده این است که حکم خاص ماده ۸۱۸ بر قاعده عام ماده ۲۷۸ حکومت می‌کند اما، حکم بخش اخیر ماده ۸۱۸ خلاف اصول حاکم بر قانون مدنی است و از نظر منطقی به دشواری توجیه می‌شود؛^۱ زیرا پس از اخذ به شفعه، خریدار در حکم امین است و وضع او مشابه وضعیت فروشنده پیش از تسلیم مال است. از مجموع مقررات مربوط به امین در قانون مدنی این اصل مسلم به دست می‌آید که امین ضامن نتایج و آثار تعدی یا تفریط خویش است و مطالبه از سوی مالک سهمی در ایجاد ضمان ندارد. پس، در تفسیری معقول از ماده ۸۱۸ باید گفت: حکم قانون مفهوم مخالف ندارد. یعنی، مشتری بعد از اخذ به شفعه و مطالبه در صورت تعدی یا تفریط ضامن است ولی، از آن نباید نتیجه گرفت که مشتری پیش از مطالبه ضامن تعدی یا تفریط خود نیست^۲ (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۰۱-۳۰۰).

این عقیده از آن جهت که مشتری را در حکم امین می‌داند از قواعد و احکام شفعه دور شده است. چنان‌که گذشت، ساختار شفعه به ماهیت معامله نزدیک تر است تا موضوع امانت. به همین جهت برخی فقها، اخذ به شفعه را مانند بیع و در حکم آن دانسته‌اند (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۲۰۱)؛ زیرا اخذ به شفعه سبب مبادله بین دو مال می‌شود. لکن از آنجا که معاوضه در شفعه بدون رضای مشتری واقع می‌شود،

۱. برخی محققان، برای سازگار کردن حکم ماده ۸۱۸ قانون مدنی با قواعد امانات تلاش کرده‌اند. به نظر آنان تفسیر منطقی قسمت دوم ماده ۸۱۸ قانون مدنی آن است که حکم مزبور را ناظر به زمان پس از اخذ به شفعه و درخواست تسلیم بدانیم، بدون این‌که مشتری در تسلیم مورد شفعه تأخیر یا تقصیری داشته باشد. بنا بر این، اگر خریدار تأخیر نکرده باشد و خسارت در زمانی واقع شود که امکان رد وجود نداشته است، مسئولیت ندارد (صفایی و جواهر کلام، ۱۴۰۱، ص ۴۰۴). لکن این تفسیر با اطلاق ماده یادشده سازگار نیست.

۲. برخی نویسندگان معتقدند: آنچه از ماده ۸۱۸ بر می‌آید آن است که خریدار پس از اخذ به شفعه و مطالبه در صورت تعدی و تفریط ضامن است. یعنی در صورت فقدان یکی از سه عنصر: اخذ، مطالبه و تعدی یا تفریط مسئولیتی وجود ندارد. بنا براین، بعد از اخذ و قبل از مطالبه نیز مانند پیش از اخذ به شفعه مشتری ضامن نیست. هرچند تعدی یا تفریط کرده باشد (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۱۰۰).

باید آن را معاوضه قهری نامید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۵۲۱). بر این مبنا، مشتری باید به محض اطلاع از وقوع شفعه مال را تسلیم کند. هرچند شفیع درخواست تسلیم نکرده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۴۱۳). در تأیید این نظر باید افزود: چنانچه شفیع ثمن را پرداخته باشد، مشتری باید بی‌درنگ مورد شفعه را تسلیم کند و منتظر درخواست شفیع نماند.

برخی استادان نیز هنگام بحث از چگونگی اجرای تعهدات در معامله گفته‌اند: در قراردادهای معوض قبض دادن مورد معامله از آثار و لوازم قانونی عقد است و به همین جهت، تعهد به تسلیم مورد معامله به مجرد وقوع عقد بر عهده دو طرف قرار می‌گیرد. به علاوه، آنچه موجب انتقال مسئولیت می‌شود، تحقق قبض است و درخواست اجرای تعهد نقشی در این موضوع ندارد (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۲۲۱). برخی فقها نیز تأکید دارند: مسئولیت تلف مبیع پیش از تسلیم به طور مطلق بر عهده فروشنده است و در مقابل، با حصول قبض هیچ‌گونه ضمانی برای او باقی نمی‌ماند (شوشتری، بی‌تا، ص ۲۳۳). به دیگر سخن، ضمان معاوضی منوط به مطالبه مورد معامله نیست؛ تلف مبیع قبل از قبض موجب انفساخ بیع می‌شود؛ خواه مطالبه شده باشد یا نه. افزون بر این، در صورت اتلاف مبیع توسط فروشنده، او طبق قاعده اتلاف ضامن است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۵۴) و تفاوتی ندارد که مشتری تسلیم مبیع را خواسته باشد یا خیر. به علاوه، در صورتی که مبیع پیش از تسلیم به خریدار توسط ثالث تلف شود، مشتری حق رجوع به تلف‌کننده دارد (نجفی، ۱۴۳۲، ج ۲۳، ص ۱۵۷).

بر این مبنا، اگرچه قیاس کامل بین اخذ به شفعه و معامله پذیرفته نیست اما، برخی احکام مربوط به اجرای تعهدات ناشی از معامله، در مورد شفعه هم جاری است. از جمله این‌که درخواست تسلیم مورد شفعه تأثیری در احکام مسئولیت مشتری ندارد. بر این مبنا، در صورتی که مشتری پس از اخذ به شفعه، سبب تلف یا نقص مورد شفعه شود، ضامن است و تفاوتی ندارد که تسلیم مورد شفعه مطالبه شده باشد یا نه. از این رو، برخی فقها در مقام بیان حکم تصریح دارند: چنانچه پس از اخذ به شفعه مشتری نقصی در مورد شفعه وارد کند، مطابق قاعده اتلاف ضامن است

(بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۲۰۲). به علاوه، اگر مورد شفعه پس از اخذ و پیش از قبض آن به واسطه تفریط مشتری تلف شود، شفیع مستحق قیمت آن است (عراقی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۳۹۲).

در نتیجه، به نظر مشهور فقیهان مسئولیت مشتری نسبت به عیب و تلف مورد شفعه پس از اخذ آن، بر مبنای قاعده اتلاف استوار است ولی، چنان که اشاره شد، نویسندگان قانون مدنی اندکی پیش تر رفته‌اند و مسئولیت مشتری را پس از اخذ به شفعه بر مبنای ضمان تعدی و تفریط برقرار کرده‌اند. افزون بر این، با آوردن واژه مطالبه پس از اخذ به شفعه در ماده ۸۱۸ قانون مدنی، دو هدف مهم برآورده شده است: از سویی، حکم مسئولیت مشتری را از قواعد مربوط به مسئولیت فروشنده و خریدار، یعنی ضمان معاوضی، جدا شده است و از سوی دیگر، قواعد مطالبه و درخواست تسلیم امانات، در مورد شفعه کنار گذاشته شده است. به موجب بخش دوم ماده ۸۱۸ قانون مدنی، مسئولیت مشتری نسبت به تلف یا نقص و عیب پس از اخذ به شفعه، خواه پیش از درخواست تسلیم باشد یا پس از آن، فقط در صورت تعدی یا تفریط محقق است.

نتیجه‌گیری

برخلاف آنچه نویسندگان حقوق پنداشته‌اند، در تدوین ماده ۸۱۸ قانون مدنی اشتباهی رخ نداده است؛ زیرا احکام مربوط به مسئولیت مشتری نسبت به تلف، خرابی و عیب مال پس از اخذ به شفعه ارتباطی با قواعد امانات ندارد. از این رو، قانون مدنی، موافق با نظر مشهور بین فقها، به درستی، قواعد مربوط به مسئولیت مشتری را از اصول حقوقی و ساختار شفعه استنتاج کرده و در این باره به نوآوری نیز دست زده است.

بر این مبنا، مسئولیت مشتری نسبت به عیب و خرابی و تلف پس از اخذ به شفعه منوط به تعدی یا تفریط است و تفاوت ندارد که مورد شفعه مطالبه شده باشد یا نه؛ زیرا مطابق قواعد عام اجرای تعهدات در معاوضه‌ها، مشتری به محض دریافت ثمن معامله باید مورد تعهد را رد کند و به انتظار مطالبه از سوی مالک نماند. با وجود

این، تمام احکام معامله در شفعه جاری نمی‌شود؛ چنانچه مشتری از تسلیم مورد شفعه امتناع کند، شفیع حق حبس ندارد و اگر مورد شفعه پیش از تسلیم تلف شود، ضمان معاوضی دامنگیر او نمی‌شود. افزون بر این، پس از مطالبه مورد شفعه، قاعده مطالبه امانات و آثار آن در مورد شفعه حاکم نیست. از این رو، چنانچه مورد شفعه پس از مطالبه و پیش از تسلیم به علت حوادث قهری تلف یا ناقص شود، مشتری مسئولیتی ندارد.

لکن تا زمانی که اخذ به شفعه واقع نشده است، مشتری مانند هر مالکی حق همه گونه تصرف در مورد شفعه را دارد و هیچ مسئولیتی برای او وجود ندارد. در نتیجه، بر فرض که خریدار بنای مورد شفعه را به منظور نوسازی تخریب کند، شفیع می‌تواند با پرداخت تمام ثمن هر آنچه را موجود است شفعه کند یا از اعمال حق شفعه صرف نظر نماید. باری، احکام و قواعد یاد شده مخصوص فرضی است که مورد شفعه مال مفروز بوده و تنها به علت اشتراک در محل عبور یا مجرا حق شفعه ایجاد شده است یا این که پس از بیع و پیش از اخذ به شفعه تقسیم مورد شفعه به حکم دادگاه انجام شده است. لکن در موردی که مورد شفعه ملک مشاع است، هر گونه تصرف در آن پیش از اخذ به شفعه موجب مسئولیت است و نیز تصرف‌های پس از اخذ به شفعه مصداق تعدی یا تفریط در مال غیر محسوب و ممنوع است.

فهرست منابع

۱. ابن زهره حلبی، حمزه بن علی. (بی تا). غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۲. اصفهانی، ابوالحسن. (۱۳۸۰ ش). وسیله النجاه (مع تعالیق الامام خمینی). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۳. امامی، سید حسن. (۱۳۸۷ ش). حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامیه.
۴. بجنوردی، سید حسن موسوی. (۱۳۷۷ ش). القواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد. (بی تا). الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۶. بروجردی عبده، محمد. (۱۳۸۰ ش). حقوق مدنی. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۷. بهروزی راد، حمیدرضا؛ الماسی، نجاد علی؛ فنواتی، جلیل. (۱۳۹۹ ش). مفهوم و مبنای نظریه

عمومی ارش در قراردادها؛ با تأکید بر مطالعه اقتصادی آن با مطالعه تطبیقی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۲ (۲۱)، ۶۵-۹۴. 20.1001.1.2251936. 1399. 12. 21.3.0

۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۲ش). مجموعه محشی قانون مدنی. تهران: گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۲ش). فرهنگ عناصر شناسی حقوق. تهران: گنج دانش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۶۳ش). دوره حقوق مدنی؛ حقوق تعهدات. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۱. حائری شاهباغ، سیدعلی. (۱۳۸۲ش). شرح قانون مدنی. تهران: گنج دانش.
۱۲. حر عاملی، محمدبن حسن. (بی تا). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل بیت لإحیاء التراث.
۱۳. حسینی روحانی، سیدمحمد صادق. (۱۴۱۴ق). فقه الصادق (ع). قم: مدرسه امام صادق (ع).
۱۴. حسینی عاملی، سید محمدجواد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۵. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیه. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۶. حلبی، ابوالصلاح تقی الدین. (۱۴۰۳ق). الكافی فی الفقه. اصفهان: مدرسه امام علی (ع).
۱۷. حلّی، ابن ادریس. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی التحریر الفتاوی. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۸. حلّی (فخر المحققین)، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷ش). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۹. حلّی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ق). الجامع للشرائع. قم: مؤسسه سید الشهداء.
۲۰. خوبی، ابوالقاسم. (۱۳۷۷ش). مصباح الفقاهه. تقریر: محمدعلی توحیدی. قم: انتشارات داوری.
۲۱. خوبی، ابوالقاسم. (بی تا). منهاج الصالحین. قم: مؤسسه اسلامی خوبی.
۲۲. سبزواری، سید عبدالاعلی. (بی تا). مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: دارالتفسیر.
۲۳. سیستانی، سیدعلی. (۱۴۱۳ق). منهاج الصالحین. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۴. شوشتری، (شیخ) اسدالله. (بی تا). مقابیس الانوار و نفائس الاسرار. قم: مؤسسه آل بیت (ع).
۲۵. شهید اول، محمد مکی عاملی. (۱۴۱۲ق). اللعة الدمشقیة. قم: دارالفکر.
۲۶. شهید اول، محمد مکی عاملی. (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکت الارشاد. قم: انتشارات حوزه علمیه.
۲۷. شهید اول، محمد مکی عاملی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۸. شهید ثانی، زین الدین جبعی عاملی. (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه معارف اسلامی.
۲۹. صافی گلپایگانی، شیخ لطف الله. (۱۴۲۰ق). هدایه العباد. قم: مؤسسه حضرت معصومه (ع).

- مفهوم مطالبه مورد شفعه و آثار آن در فقه و حقوق ایران؛ بررسی و تحلیل ماده ۸۱۸ قانون مدنی / میرزائی ۳۷۱
۳۰. صفایی، سید حسین و محمد هادی جواهرکلام. (۱۴۰۱ش). حقوق مدنی: وصیت، ارث، شفعه. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۱. صیمری بحرانی، شیخ مفلح. (۱۴۱۳ق). غایه المرام فی شرح شرائع الاسلام. قم، دارالهادی.
۳۲. طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل. قم: مؤسسه آل بیت (ع) لإحياء التراث.
۳۳. طباطبائی حائری، علی بن محمد. (۱۴۰۹ق). الشرح الصغير فی شرح المختصر النافع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
۳۴. طوسی، (شیخ) ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: مکتبه المرتضویه لاحیاء التراث الجعفریه.
۳۵. طوسی، (شیخ) ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دارالکتاب العربی.
۳۶. طوسی، (شیخ) ابوجعفر محمد بن حسن. (بی تا). الخلاف. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۷. عدل (منصور السلطنه)، مصطفی. (۱۳۴۲ش). حقوق مدنی. تهران: انتشارات امیرکبیر.
۳۸. عراقی، (آقا ضیاء) شیخ ضیاء الدین. (۱۴۱۴ش). شرح تبصرة المتعلمین. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۹. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۸ش). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴۰. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ش). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل بیت (ع) لأحياء التراث.
۴۱. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ش). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۴۲. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ش). ارشاد الأذهان إلی احکام الايمان. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴۳. علامه حلی، حسن بن یوسف. (بی تا). تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه. مشهد: مؤسسه آل بیت (ع).
۴۴. فیض کاشانی، ملامحسن. (بی تا). مفاتیح الشرائع. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴۵. قاسم زاده، سید مرتضی. (۱۳۹۱ش). حقوق مدنی: حق شفعه، وصیت و ارث. تهران: دادگستر.
۴۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۰ش). حقوق مدنی: ایقاع، نظریه عمومی - ایقاع معین. تهران: نشر میزان.
۴۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸ش). دوره عقود معین (۱)؛ حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۴۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۷ش). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: نشر دادگستر.

۴۹. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۴ش). ایقاع اخذ به شفعه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۰. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن. (۱۴۱۰ق). المختصر النافع فی فقه الامامیه. تهران: قسم الدراسات الاسلامیه.
۵۱. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۹ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. تهران: نشر استقلال.
۵۲. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد. (بی‌تا). کفایة الاحکام. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۵۳. محقق کرکی، نورالدین علی بن الحسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل بیت (ع).
۵۴. نجفی، (شیخ) محمدحسن. (۱۴۳۲ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۵۵. وحید خراسانی، حسین (بی‌تا). منهاج الصالحین. قم: مؤسسه امام باقر (ع).

References

1. Adl, Mostafa. (1963). *Huqūq-i madanī* [Civil Law]. Tehran: Amir Kabir Publications.
2. Emami, Seyed Hasan. (2008). *Huqūq-i madanī* [Civil Law]. Tehran: Eslamiyeh Bookstore.
3. Bahrani, Yusef ibn Ahmad. (n.d.). *Al-Hadā'iq al-nāḍirah fī ahkām al-‘itrah al-tāhīrah*. Qom: Islamic Publishing Institute.
4. Bojnourdi, Seyed Hasan Musavi. (1998). *Al-Qawā'id al-fiqhīyyah*. Qom: Al-Hadi Press.
5. Borujerdi Abdoh, Mohammad. (2001). *Huqūq-i madanī* [Civil Law]. Tehran: Ganj Danesh Bookstore.
6. Esfahani, Abolhasan. (2001). *Wasīlat al-najāh (ma'a ta'liqāt al-Imām al-Khomeini)*. Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
7. Feiz Kashani, Molla Mohsen. (n.d.). *Mafātīh al-sharā'ī'*. Qom: Islamic Publishing Institute.
8. Ha'eri Shabagh, Seyed Ali. (2003). *Sharḥ-i qānūn-i madanī* [Commentary on the Civil Code]. Tehran: Ganj Danesh Publications.
9. Halabi, Abu al-Salah Taghi al-Din. (1982). *Al-Kāfi fī al-fiqh*. Isfahan: Imam Ali School.
10. Helli, ibn Edris. (1989). *Al-Sarā'ir al-ḥawī li-tahrīr al-fatāwī*. Qom: Islamic Publishing Institute.
11. Helli (Fakhr al-Mohaqqeqin), Mohammad ibn Hassan ibn Yusef. (1967). *Ḍāḥ al-fawā'id fī sharḥ mushkilāt al-qawā'id*. Qom: Esmaelian Publications.
12. Helli, Yahya ibn Saeed. (1984). *Al-Jāmi' li-al-sharā'ī'*. Qom: Seyed al-Shohada Institute.
13. Horr Ameli, Mohammad ibn Hassan. (n.d.). *Wasā'il al-Shī'ah*. Qom: Aal al-Bayt Institute for Reviving Heritage.
14. Hosseini Ameli, Seyed Mohammad Javad. (1998). *Miftāḥ al-karāmah fī sharḥ*

- qawā'id al-'Allāmah*. Qom: Islamic Publishing Institute.
15. Hosseini Maraghi, Mir Abdolfatah. (1996). *Al-'Anāwīn al-fiqhīyyah*. Qom: Islamic Publishing Institute.
 16. Hosseini Rouhani, Seyed Mohammad Sadegh. (1993). *Fiqh al-ṣādiq*. Qom: Imam Sadegh School.
 17. Ibn Zohrah Halabi, Hamzeh ibn Ali. (n.d.). *Ghanīyat al-nuzū' ilā 'ilmay al-uṣūl wa al-furū'*. Qom: Imam Sadegh Institute.
 18. Iraqī (Agha Zia), Sheikh Zia al-Din. (1993). *Sharḥ Tabṣirat al-muta'allimīn*. Qom: Islamic Publishing Institute.
 19. Ja'fari Langaroudi, Mohammad Jafar. (2003). *Majmū'ah-i muḥashshā-yi qānūn-i madanī* [Annotated Collection of the Civil Code]. Tehran: Ganj Danesh Publications.
 20. Jafari Langaroudi, Mohammad Jafar. (2003). *Farhang-i 'anāṣir-i shināsi-i huqūq* [Dictionary of Legal Elements]. Tehran: Ganj Danesh Publications.
 21. Ja'fari Langaroudi, Mohammad Jafar. (1984). *Durrah-yi huqūq-i madanī: Huqūq-i iltizāmāt* [Course in Civil Law: Law of Obligations]. Tehran: Tehran University Press.
 22. Karimi, Abbas, & Karimi, Sahar. (2022). *Andīshe-hā'ī now dar Huqūq-e Qurārdādihā* [New Perspectives in Contract Law]. Tehran: Dadgostar Publications.
 23. Karimi, Sahar. (2023). The legal status of transactions subsequent to a rescinded contract: A critique of the Supreme Court's Unification of Opinions Ruling No. 810. *Dofašnāme-ye Naqd va Tahlīl-e Ārā-ye Qazā'ī* [Biannual Journal of Critique and Analysis of Judicial Opinions], 2(4), 106–130.
 24. Katouzian, Nasser. (2018). *Oqūd-e mo'ayyan* [Specific Contracts] (Vol. 1). Tehran: Ganj Danesh Publications.
 25. Katouzian, Nasser. (2018). *Qavā'ed-e 'omūmī-ye qarārdādihā* [General Principles of Contracts] (Vol. 5). Tehran: Ganj Danesh Publications.
 26. Katouzian, Nasser. (2020). *Īqā'* [Unilateral Legal Acts]. Tehran: Mizan Publications.
 27. Katouzian, Nasser. (2021). *Nazarīyye-ye 'omūmī-ye iltizāmāt* [General Theory of Obligations]. Tehran: Mizan Publications.
 28. Kaviani, Kourosh. (2017). *Huqūq-e Asnād-e Tejārī* [The Law of Commercial Instruments]. Tehran: Mizan Publications.
 29. Khoei, Abolghasem. (1998). *Miṣbāh al-fiqāhah* [The Lamp of Jurisprudence]. [Narrated by Mohammad Ali Tohidī]. Qom: Davari Publications.
 30. Khoei, Abolghasem. (n.d.). *Minhāj al-ṣāliḥīn*. Qom: Islamic Khoei Institute.
 31. Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa. (2019). *Nazarīyye-ye 'omūmī-ye shorūṭ va iltizāmāt dar Huqūq-e Eslāmī* [General Theory of Conditions and Stipulations in Islamic Law] (Vol. 1). Tehran: Markaz-e Nashr-e Olum-e Eslami Publications.
 32. Mohaghegh Helli, Najm al-Din Jafar ibn Hassan. (1989). *Al-Mukhtaṣar al-nāfi' fī fiqh al-Imāmīyyah*. Tehran: Islamic Studies Department.
 33. Mohaghegh Helli, Najm al-Din Jafar ibn Hassan. (1988). *Sharā'ī' al-Islām fī masā'il al-halāl wa al-ḥarām*. Tehran: Esteghlal Publications.
 34. Mohaghegh Karaki, Nur al-Din Ali ibn al-Hossein. (1993). *Jāmi' al-maqāṣid fī sharḥ al-qawā'id*. Qom: Aal al-Bayt Institute.
 35. Mohaghegh Sabzevari, Mohammad Bagher ibn Mohammad. (n.d.). *Kifāyat al-aḥkām*. Qom: Islamic Publishing Institute.
 36. Najafi, Sheikh Mohammad Hassan. (2011). *Jawāhir al-kalām fī sharḥ sharā'ī' al-Islām*. Qom: Islamic Publishing Institute.

37. Safi Golpayegani, Sheikh Lotfollah. (1999). *Hidāyat al-‘ibād*. Qom: Hazrat Masumeh Institute.
38. Safaei, Seyed Hossein, & Javaher al-Kalam, Mohammad Hadi. (2022). *Huqūq-i madanī: Waṣīyat, irth, shuf‘ah* [Civil Law: Will, Inheritance, Pre-emption]. Tehran: Enteshar Company.
39. Saymari Bahrani, Sheikh Mofleh. (1992). *Ghāyat al-marām fī sharḥ sharā‘i‘ al-Islām*. Qom: Dar al-Hadi.
40. Sabzevari, Seyed Abd al-Ali. (n.d.). *Muhadhdhab al-aḥkām fī bayān al-ḥalāl wa al-ḥarām*. Qom: Dar al-Tafsir.
41. Shahid Awwal, Mohammad Maki Ameli. (1991). *Al-Lum‘ah al-Dimashqīyyah*. Qom: Dar al-Fekr.
42. Shahid Awwal, Mohammad Maki Ameli. (1993). *Ghāyat al-murād fī sharḥ nukat al-irshād*. Qom: Seminary Publications.
43. Shahid Awwal, Mohammad Maki Ameli. (1996). *Al-Durūs al-shar‘īyyah fī fiqh al-Imāmīyyah*. Qom: Islamic Publishing Institute.
44. Shahid Thani, Zayn al-Din Jabaei Ameli. (1992). *Masālik al-aḥām ilā tanqīḥ sharā‘i‘ al-Islām*. Qom: Islamic Ma'aref Institute.
45. Shushtari, Sheikh Asadollah. (n.d.). *Maqābīs al-anwār wa nafā‘is al-asrār*. Qom: Aal al-Bayt Institute.
46. Sistani, Seyed Ali. (1992). *Minhāj al-ṣāliḥīn*. Qom: Islamic Publishing Institute.
47. Tabatabai (Saheb al-Riyaz), Seyed Ali. (1997). *Riyāḍ al-masā‘il fī tahqīq al-aḥkām bi-al-dalā‘il*. Qom: Aal al-Bayt Institute for Reviving Heritage.
48. Tabatabai Ha'eri, Ali ibn Mohammad. (1988). *Al-Sharḥ al-ṣaghīr fī sharḥ al-Mukhtaṣar al-nāfi‘*. Qom: Ayatollah Mar'ashi Library.
49. Tousi, Sheikh Abu Jafar Mohammad ibn Hassan. (1967). *Al-Mabsūt fī fiqh al-Imāmīyyah*. Tehran: al-Mortazavieh Library.
50. Tousi, Sheikh Abu Jafar Mohammad ibn Hassan. (1979). *Al-Nihāyah fī mujarrad al-fiqh wa al-fatāwā*. Beirut: Dar al-Ketab al-Arabi.
51. Tousi, Sheikh Abu Jafar Mohammad ibn Hassan. (n.d.). *Al-Khilāf*. Qom: Islamic Publishing Institute.
52. Vahid Khorasani, Hossein. (n.d.). *Minhāj al-ṣāliḥīn*. Qom: Imam Bagher Institute.



The Role and Conditions of the Effect of Non-Payment of a Check on Contract Dissolution with Emphasis on Judicial Practice

Sahar Karimi¹ | Amir Mohammad Noori²

1. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Kharazmi University, Tehran, Iran. Email: karimi_sahar@khu.ac.ir
2. Corresponding Author, Master's in Private Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Email: amir.m.noori.sbu@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received: 12 October 2024
Revised: 13 December 2024
Accepted: 1 January 2025
Available online 4 January 2025

Keywords:
Check, Right of Rescission,
Resolutive Condition,
Contract Dissolution,
Transfer of Check.



ABSTRACT

Although a check constitutes a means of payment, its mere issuance does not, in itself, discharge the debtor's obligation to pay. Awareness of this gap and the necessity of preventing potential loss have led contracting parties to adopt protective measures in the form of stipulating either an option of rescission or a resolutive condition in their contracts. Through such stipulations, the voluntary or automatic dissolution of the contract is made contingent upon the non-payment of the check on the due date. Despite the apparently simple nature of these conditions, several underlying ambiguities significantly affect the continuation or dissolution of the contract. Using a descriptive-analytical method, this research clarifies ambiguities related to the status of check substitution and transfer, the date and time of presenting the check to the bank, and the effect of various reasons for check return on the fulfillment of the condition precedent and, consequently, the maturation of the suspensive condition and the possibility of contract dissolution, through an analysis of judicial practice. In the case of check substitution or transfer, the survival and extension of the mentioned condition must be acknowledged. Furthermore, establishing the occurrence of the check being dishonored is contingent upon its realization on the date written on the check and the conclusion of that day, provided that the impediment to payment arises from the drawer's neglect or fault-such as insufficient funds or failure to register the check in the Sayyad system-and stems from the drawer's will.

Cite this article: Karimi, S.; Noori, A. M. (2025). The Role and Conditions of the Effect of Non-Payment of a Check on Contract Dissolution with Emphasis on Judicial Practice. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(32), 375-412. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6431.2002>



Extended Abstract

Introduction

In commercial transactions, cheques are conventionally used as the most common instrument for payment of contractual consideration. From a legal perspective, however, their issuance does not, by itself, extinguish the payment obligation or release the debtor from liability; it merely creates a commitment to perform the debt at a future date. This temporal gap between issuance and collection exposes the obligee to the risk of non-payment—a risk stemming not from an explicit breach of contract but from the cheque's inherent inability to guarantee immediate performance. To address this, contracting parties, especially obligees, rely on the principle of party autonomy and the possibility of inserting conditional terms to devise mechanisms such as a stipulated right of termination or a resolutive condition contingent upon the cheque's dishonor on the due date. These terms, in case of non-payment, enable the dissolution of the contract—whether voluntary or automatic—and subsequent restitution of exchanged considerations. However, practical experience indicates that applying these terms is not without ambiguity and complexity, and a correct judgment regarding the continuity or termination of the contract cannot be made without their precise analysis.

This research aims to elucidate the role and conditions under which the dishonor of a cheque affects contract dissolution. The central question is: Under what circumstances and subject to what substantive and formal conditions can the dishonor of a cheque lead to the activation of a termination right or a resolutive condition, thereby causing voluntary or automatic dissolution of the contract? Furthermore, how can the role of judicial practice in interpreting and applying these terms be assessed?

Method

This research employs a descriptive-analytical method, focusing on documentary analysis and the review of judicial practice. The research data consist of relevant laws—particularly the general rules of contracts and regulations governing cheques—as well as court rulings, which are analyzed qualitatively to extract dominant interpretative patterns regarding cheque dishonor and its effects on contracts.

Findings

In explaining the role and conditions for the effect of cheque dishonor on contract dissolution, it first becomes clear that a stipulated right of termination and a resolutive condition are, by nature, conditional terms whose activation depends on the occurrence of a suspensive condition—namely, the dishonor of the cheque on its specified date. Consequently, the right of termination or automatic dissolution does not arise initially but comes into existence only after this conditional event is established. This

analysis necessitates examining several practical scenarios concerning cheques.

One of the most important scenarios is the status of the contract in case of cheque substitution. The dominant analysis in judicial practice holds that replacing a cheque does not, in itself, constitute a novation of obligation under Article 293 of the Iranian Civil Code, because the debtor's primary obligation is the payment of money, and the cheque is merely an instrument for fulfilling this obligation. Changing the due date or amount on the cheque does not create a new obligation as long as the core duty to pay remains. Therefore, a termination right or resolatory condition stipulated in the underlying contract, as an accessory to the principal contract, extends to substituted cheques. Even if the substitution were considered a novation, these terms cannot be deemed extinguished, as their scope pertains to the underlying contract, not merely the payment obligation. Thus, if a cheque is replaced before the condition is met, the dishonor of the new cheque on its due date can also perfect the condition and lead to contract dissolution.

Another fundamental scenario is the transfer of the cheque to a third party. The notion that such transfer automatically waives the termination right or nullifies the resolatory condition is incompatible with the rationale for including such terms. Their primary purpose is to prevent loss to the obligee resulting from the non-payment of contractual consideration. In case of non-payment, the endorsee can seek payment from previous endorsers, and the original obligee may remain liable. Therefore, the realization of the suspensive condition—the dishonor of the cheque on the due date—can trigger the termination right or resolatory condition, regardless of which party presented the cheque to the bank. Only if the transfer occurs after the due date and with the obligee's knowledge of the accrued right of termination, can it be considered indicative of an implied waiver, the determination of which requires a case-by-case assessment of circumstances.

Contract dissolution is also contingent upon compliance with formal and temporal requirements for presenting the cheque to the bank. The date specified on the cheque is the primary criterion for establishing dishonor, and the holder is obligated to present it on that date. Presentation before maturity lacks legal effect, and delayed presentation, except in cases of justified excuse or an explicit contractual grace period, may result in the loss of the right to invoke the conditional term. Regarding timing, dishonor must be established by the end of the specified day. In cases involving multiple cheques, the effect of each cheque's dishonor on perfecting the condition depends on the explicit or implicit intent of the parties. In the absence of explicit stipulation, considering the purpose of the term and the apparent meaning of the words, the dishonor of any single cheque may be deemed potentially sufficient, unless a collective intent requiring the dishonor of all cheques is established. The return of the

cheque and obtaining a non-payment certificate is generally the means of establishing dishonor, especially when the impediment stems from the issuer's will or fault, such as insufficient funds or failure to register the cheque in the Sayad system.

Finally, distinguishing between causes attributable to the issuer's fault and those beyond their control reveals that the conditional term is perfected only when the dishonor is attributable to the issuer's conduct or negligence. In contrast, where non-payment results from external factors, such as an account freeze by judicial order or bank closure, a restrictive interpretation of dissolution terms that preserves the contract is more consistent with the principle of the binding force of contracts.

Conclusion

The findings of the research demonstrate that contract dissolution based on cheque dishonor is not a purely formal or mechanical process but requires establishing a set of substantive and formal conditions. The proposed rule of the study is that cheque dishonor can serve as the basis for the voluntary or automatic dissolution of a contract only if it is fully realized on the specified due date and is attributable to the conduct or negligence of the issuer. This approach, while protecting the obligee from unjustified loss, prevents conditional terms from becoming instruments for abuse or sources of arbitrary contractual instability. It can serve as a coherent foundation for establishing unified judicial precedent.

Author Contributions

All authors contributed equally to the conceptualization of the article and to writing the initial draft and subsequent versions.

Data Availability Statement

No data are available.

Acknowledgements

The authors wish to thank the anonymous reviewers for their comments in evaluating the article.

Ethical Considerations

The authors confirm that all principles of research ethics were observed in the process of conducting the research and writing the article, and that they have avoided any form of data fabrication, result distortion, plagiarism, or other instances of research misconduct.

Funding

This research did not receive any specific grant from governmental, commercial, or non-profit funding agencies.

Conflict of Interest

The authors declare that they have no financial or non-financial conflicts of interest in writing and publishing this article, and that no person or entity influenced the research design, data collection, analysis of results, or the decision to publish.

Declaration on the Use of AI Tools in the Writing Process

During the writing and drafting of this article, given the time of its composition, no artificial intelligence tools were used, and the text was prepared entirely by the authors. Only in the final preparation stage for submission was ChatGPT used for final proofreading of language and style, and Perplexity was used exclusively for final validation of references. All content was subsequently reviewed by the authors, who bear full responsibility for the final text of the manuscript.



نقش و شرایط تأثیر عدم وصول چک در انحلال قرارداد با تأکید بر رویه قضایی

سحر کریمی^۱ | امیر محمد نوری^۲

۱. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران. رایانامه: karimi_sahar@khu.ac.ir
۲. نویسنده مسئول، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. رایانامه: amir.m.noori.sbu@gmail.com

چکیده

اطلاعات مقاله

چک به رغم آن که وسیله‌ای برای پرداخت است، اما به صرف صدور موجب برائت ذمه متعهد پرداخت نخواهد شد. توجه به این خلأ و لزوم رفع زیانی احتمالی، طرفین را وادار به اتخاذ تدابیری در قالب اشتراط شرط حق فسخ یا شرط فاسخ در قرارداد نموده است که امکان انحلال ارادی یا قهری عقد را به نحو معلق با معلق علیه عدم وصول چک در تاریخ مقرر فراهم می‌سازد. در ورای ظاهر ساده این شروط ابهاماتی چند نهفته است که روشن ساختن آن تأثیر بسزایی بر حیات یا زوال عقد خواهد داشت. در پژوهش حاضر به روش توصیفی-تحلیلی، ابهامات مرتبط با وضعیت جایگزینی و انتقال چک، تاریخ و زمان مراجعه به بانک و تأثیر مصادیق برگشت چک بر تحقق معلق علیه و به تبع آن تکامل شرط معلق و امکان انحلال عقد، ضمن تحلیل رویه قضایی روشن گردید. در فرض جایگزینی یا انتقال چک باید قائل به بقا و تسری شرط مذکور بود. همچنین احراز وقوع عدم وصول چک منوط به تحقق آن در تاریخ مندرج در برگ چک و اتمام آن روز است، مشروط بر آن که مانع پرداخت به واسطه غفلت و کوتاهی ناشی از اراده صادرکننده از جمله عدم تکمیل موجودی یا ثبت چک در سامانه صیاد ایجاد شده باشد.

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۲۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۹/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۲

تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۳/۱۰/۱۵

کلیدواژه‌ها:

چک، حق فسخ، شرط فاسخ، انحلال قرارداد، انتقال چک.



استناد: کریمی سحر؛ نوری، امیر محمد. (۱۴۰۴). نقش و شرایط تأثیر عدم وصول چک در انحلال قرارداد با تأکید بر رویه قضایی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۷(۳۲)، ۳۷۵-۴۱۲. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6431.2002>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

مقدمه

نظام معاملاتی معاوضی از دیرباز متکی بر پرداخت نقدی به وسیله پول بوده که توجه به مخاطرات چنین معاملاتی از قبیل سختی در تحویل عوض مورد قرارداد و امکان سرقت، نقش و کاربرد اسناد تجاری به خصوص چک را با توجه مزایای آن‌ها در جهت سهولت امر پرداخت، در این معاملات پررنگ نموده است. بنابراین بی‌جهت نیست بر اساس آمارهای منتشر شده توسط بانک مرکزی حجم صدور و استفاده از چک‌های کاغذی در تراکنش‌های بانکی و مبادلات اقتصادی قریب به ۳۵۰ میلیون فقره چک کاغذی به ارزش ۳۵۰۰ هزار میلیارد تومان در طول سال در جریان بوده که از مجموع نقدینگی کشور بیشتر است (مرادی و نوری، ۱۴۰۱، ص ۸). بنابراین، این امر از اهمیت و وسعت کاربرد چک در معاملات اشخاص حکایت دارد. کاربردی که چک به عنوان یکی از ابزار و شیوه‌های پرداخت عوض قراردادی به صورت غیرنقدی و به نحوی در قالب تعهد به پرداخت آتی و مؤجل ایفای نقش می‌نماید، نقشی که با فلسفه اولیه تشکیل آن در تعارض بود.

با این حال، به رغم فواید استفاده از چک به عنوان ابزاری مناسب برای پرداخت عوض قراردادی، روی دیگر سکه که حاکی از نقصان چک و حتی سایر اسناد تجاری بوده، ماهیت صدور این اسناد و تأثیر آن بر سقوط تعهدات منشأ است. در این خصوص این‌گونه می‌توان بیان داشت که با وجود اختلافات موجود در این زمینه (عالی پناه و احمدی مجدآبادی، ۱۳۹۹، ص ۵۱-۶۰؛ عبدی پور فرد، ۱۳۹۶، ص ۳۲-۶۲)، روشن است که سبب براءت ذمه متعهد پرداخت با صدور سند تجاری مانند پرداخت نقدی با پول فراهم نمی‌شود امری که در بین نویسندگان حقوقی و رویه قضایی پذیرفته شده است، چنانچه همین امر در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۱۳۰۶۰۰۶۱۳ صادره از شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در تاریخ ۱۳۹۳/۰۵/۲۲ نیز مورد تأیید قرار گرفته است. بلکه تنها زمینه و وسیله‌ای برای پرداخت در موعد مقرر فراهم شده که احتمال و امکان عدم وصول وجه سند را نیز به همراه دارد. احتمالی که طرفین قرارداد و به ویژه طرفی که مالی را در قبال عوضی مشخص با دریافت چک محتمل الوصول به دیگری

واگذار کرده، در معرض ضرر و زیانی بزرگ قرار می‌دهد.

با توجه به چنین مشکلاتی، طرفین قرارداد به خصوص متعهدله به تکاپوی ایجاد رهیافتی برای جلوگیری از بروز ضرری احتمالی افتادند و در این راستا متعاملین متکی بر اصل آزادی درج شروط در ضمن عقد با تراضی یکدیگر تدبیری را با محوریت شروط ضمن عقد اندیشیدند و سعی خود را در حفظ تعادل اقتصادی عوضین، منفعت شخصی و پیش‌گیری از زیانی محتمل به کار بستند. تدبیری که در قامت شرط ضمن عقد امکان انحلال قرارداد گاه ارادی، گاه قهری و استرداد عوضین را در صورت عدم وصول وجه چک فراهم می‌سازد. امکانی که به نحو قطعی و ابتدایی وجود نداشته بلکه مقید و معلق بر امری دیگر است که در صورت حصول آن امکان انحلال قطعی می‌گردد. امری که با عدم وصول چک به عنوان ثمن قرارداد در هم تنیده شده و به عنوان معلق علیه شرط مذکور قرار گرفته است. اما در ورای این شروط قراردادی و گذر از ظاهر ساده آن‌ها، نکات و مسائلی بس مهم و قابل توجه نهفته است که بدون بررسی و تحلیل آن اتخاذ تصمیم در خصوص انحلال و زوال حیات اعتباری قرارداد امکان‌پذیر نیست. مسائلی که توجه به آن انجام این پژوهش را لازم می‌نمود تا با تحلیلی علمی و متکی بر رویه قضایی موجود در محاکم، پرده از برخی ابهامات برداشته و طرفین و قضات را در اتخاذ تصمیمی شایسته و اصلح یاری نمود. برای رسیدن به هدف مذکور، پژوهش حاضر با دیدی دقیق و جزئی بدون وجود چنین پیشینه‌ای در موضوع، متکی و مستند به کتب و مقالات مربوطه در مبحث نخست به بررسی نقش چک در انحلال قرارداد با تأکید بر رویه قضایی پرداخته و در مبحث دوم، شرایط تأثیر چک در این امر مورد مطالعه قرار گرفته است.

۱. نقش عدم وصول چک در انحلال قرارداد با تأکید بر رویه قضایی

بر اساس آنچه گفته شد، شایسته است نقش عدم وصول چک در انحلال احتمالی قرارداد مورد بررسی واقع شود. هرچند این نقش غالباً در چک‌های عادی که دارنده تضمینی جز اعتبار صادرکننده ندارد، صدق می‌کند نه چک‌های تضمین شده که به نوعی در حکم پرداخت است؛ چراکه آن‌ها مانند پول تلقی شده و درجه مسلم بودن وصول مبلغ آن به اندازه پول است (توکلی، ۱۴۰۲، ص ۱۰۴).

۱-۱. نقش عدم وصول چک در انحلال قرارداد مبتنی بر شروط قراردادی

تمسک به شروط قراردادی که زمینه انحلال قرارداد و استرداد عوضین را فراهم می‌آورند، مستمسکی است برای متعهدله پرداخت که ریسک ناشی از نقصان استفاده از چک را به حداقل رسانده تا خود را از زیان‌های احتمالی در امان نگه دارد. این شروط قراردادی به نحو معمول در دو قالب شرط حق فسخ (الف) و شرط فاسخ (ب) اشتراط می‌یابد که بند حاضر به آن پرداخته است.

۱-۱-۱. انحلال قرارداد مبتنی بر شرط حق فسخ معلق بر عدم وصول چک

یکی از راه‌های پیشگیری از زیان ناشی از عدم وصول وجه چک به عنوان عوض قرارداد، پیش‌بینی امکان انحلال ارادی عقد در قالب شرط حق فسخ است. منظور از شرط حق فسخ توافقی است تبعی که با توجه به آن، یک یا هر دو طرف یا ثالثی، توانایی و اختیار پایان دادن به حیات اعتباری عقد را دارند (کریمی؛ کریمی، ۱۴۰۱، ص ۱۹۵). شاکله این قالب بدین نحو است که طرفین عقد شرط حق فسخی را در قرارداد به نحو تعلیقی درج می‌نمایند که معلق علیه آن عدم وصول وجه چک در موعد مقرر است. به عبارت دیگر، با اندراج این شرط، حق فسخی ابتدایی برای مشروط‌له به وجود نمی‌آید، بلکه این حق پس از عدم وصول وجه چک در تاریخ مقرر تحقق یافته و حیات اعتباری عقد و انحلال آن را در دستان مشروط‌له قرار می‌دهد. در نتیجه اعمال این حق و زوال عقد، عوضین مسترد گردیده که این امر به نحوی متعهدله چک را از زیانی احتمالی مصون می‌دارد. در نگاهی تحلیلی و ماهیتی نسبت به این شرط اختلافاتی عمیقی ظاهر می‌گردد (نوری، ۱۴۰۱، ص ۴۳-۶۳) که در برخی دیدگاه‌ها این شرط ماهیتی جز خیار تخلف از شرط فعل نخواهد داشت (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ص ۱۳۹) و در نگاه دیگر این شرط از مصادیق خیار شرط معلق خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۹۸، ص ۳۷۷). اما آنچه که از ادله مطروح و تحلیل آن بر می‌آید این است که شرط حق فسخ ماهیتاً خیار شرط معلق است که از احکام مربوط به این شرط هم تبعیت می‌نماید و پس از تحقق معلق علیه تکامل یافته و حق فسخ عقد را در اختیار مشروط‌له قرار می‌دهد (کریمی، ۱۴۰۲، ص ۱۱۱). چراکه اگر آن را خیار تخلف از شرط در نظر گرفته، لاجرم باید ابتدا حکم به الزام داد و چه این که از اساس ماهیت

این شرط با شرط خیار مطابقت می‌کند، چراکه حق فسخ مستقیمی است که توسط طرفین در قرارداد درج شده است.

۲-۱-۱. انحلال قرارداد مبتنی بر شرط فاسخ معلق بر عدم وصول چک

شرط دیگری که ممکن است طرفین در قرارداد خود بگنجانند شرط فاسخ است، به این معنا که انحلال عقد، معلق به شرط خارجی شده و در صورت تحقق آن شرط، عقد خود به خود از بین خواهد رفت (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ص ۱۱۷). چنانچه معمول است که طرفین اشتراط نمایند در صورتی که در موعد مقرر چک به هر علت اعم از کسر موجودی، نقص امضا یا غیره وصول نگردد، عقد منفسخ است. این شرط تعلیقی در صورت تحقق معلق علیه بدون آن که نیازی به ابراز اراده دیگری از سوی طرفین باشد موجب انحلال قهری عقد می‌شود که با توجه مسئله مورد بحث، «عدم وصول چک در موعد مقرر» به عنوان معلق علیه تعیین شده و در صورت وقوع آن، عقد زائل می‌گردد. زوالی که در نتیجه آن عوضین قرارداد بایستی به مالک پیش از عقد مسترد گردد.

بر این اساس در هر دو شرط فاسخ و حق فسخ که معلق علیه آن‌ها، عدم وصول چک در تاریخ مندرج است، انحلال قرارداد خواه ارادی با برقراری حق فسخ و خواه به صورت قهری ممکن می‌گردد. انحلالی که مقصود طرفین به خصوص دارنده چک بوده تا با این شیوه در پی لزوم استرداد عوضین بتواند حداقل به عوض خویش دست یابد.

مسئله دیگری که در شیوه اشتراط طرفین در تحقق شرط حق فسخ یا فاسخ لازم به توجه است، چگونگی صدق اراده طرفین بر عدم وصول چک‌های موضوع قرارداد می‌باشد. به عبارت دیگر، چنانچه عوض عقد طی چند فقره چک تسلیم گردد، باید دید وضعیت عدم وصول یکی از چک‌ها و تأثیر آن بر تحقق شروط مذکور چگونه است. در این راستا، چنانچه اراده طرفین صراحت در امر داشته و ایشان بر مبنای ترازی خویش عدم کارسازی هر یک از چک‌ها و یا کلیه چک‌ها را به عنوان معلق علیه شروط فوق مقرر کرده باشند، حکم مسئله به روشنی قابل استنباط است. اما ابهام اصلی در فرضی است که شرط اشتراط یافته صراحت نداشته و چنین به

رشته تقریر در آمده باشد که چنانچه چک‌های مندرج در موعد مقرر وصول نگردد، عقد منفسخ شده یا اینطور مقرر گردد که در صورت عدم وصول چک موضوع قرارداد در سر رسید، مشروطه حق فسخ دارد؛ در این موارد باید دید جهت تکامل شرط حق فسخ یا فاسخ آیا صرف عدم پرداخت یکی از چک‌ها کافی است یا عدم وصول جمع آن‌ها متعلق قصد متعاملین می‌باشد.

در رفع این ابهام، از یک جهت می‌توان مسئله را چنین روشن ساخت که مقصود و غایت واقعی اراده ضمنی طرفین از برقراری شرط حق فسخ یا فاسخ در وصول کل عوض قرارداد کشف می‌شود که با عدم پرداخت حتی یک چک نقض گشته و ضمانت اجرای مطلوب مقرر قابل اعمال خواهد بود. همچنین ابهام مذکور از بعد اصولی الفاظ نیز قابل بحث است؛ در عبارت نخست باید دید که عبارت «چک‌ها» از مصادیق عام مجموعی است یا عام استغراقی، تا بتوان با لحاظ نوع عام مذکور حکم مسئله را صادر نمود. در اینجا می‌توان بر مبنای نظر پذیرفته شده با اتکا بر کثرت استعمال و غلبه کاربرد، اصل را بر استغراقی بودن عام دانست (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰، ص ۲۴۰-۲۴۱) تا بر محمل آن حکم را بر تک تک افراد عام جاری نمود و هریک از افراد را به طور مستقل تحت شمول حکم قرار داد. در عبارت دوم که لفظ چک در حالت اطلاق قرار داشته نیز می‌توان هر یک از چک‌ها را به تنهایی مصداقی محقق از چک دانست تا در صورت عدم وصول یک فقره، وقوع معلق علیه محرز و امکان انحلال عقد فراهم گردد. هرچند با توجه به اصل لزوم قراردادها و استثنایی بودن امکان فسخ آن، می‌توان به نحو دیگری نیز استدلال نموده و بیان داشت که تنها در صورت عدم کارسازی تمامی چک‌ها معلق علیه محقق و شروط فوق تکامل می‌یابد (شعبه ۳۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ۱۴۰۳/۰۷/۰۷، دادنامه قطعی شماره ۱۴۰۳۶۸۳۹۰۰۰۹۹۰۹۶۱۸). در نهایت شایسته است با توجه به عدم امکان وضع قاعده‌ای قابل اتکا جهت اتخاذ تصمیمی قاطع، موضوع را در هر مورد و به نحو مصداقی مورد بررسی قرار داد تا بتوان حکم اصلح را صادر نمود.

۲-۱. نقش عدم وصول چک در انحلال قرارداد در فرض جایگزینی یا انتقال

چک

مسئله مهم دیگری که در راستای مطالب پیشین بایستی بدان پرداخت، بررسی وضعیت اثرگذاری شرط حق فسخ یا فاسخ معلق بر عدم وصول چک در انحلال قرارداد در فرض جایگزینی یا انتقال چک می‌باشد. از این رو باید دید در صورت تعویض یا انتقال چک وضعیت بقا و یا زوال شروط مذکور و امکان انحلال قرارداد چگونه خواهد بود.

۲-۱. امکان سنجی جایگزینی چک موضوع قرارداد و تأثیر آن بر شرط ضمن

عقد

در تحلیل این بحث چنین می‌توان تشریح نمود که چنانچه جهت پرداخت عوض یک قرارداد، چک یا چک‌هایی تقدیم متعهدله گردد و جهت وصول آن و پرهیز از زیان احتمالی که بدان پرداخت شد با اتکا به شروط حق فسخ یا فاسخ، ضمانت اجرای قراردادی تدبیر گردد، ممکن است بعد از گذشت مدتی در مفاد، نحوه و مدت اجرای تعهدات با توافق طرفین تغییراتی صورت گیرد که در تطبیق با بحث حاضر این تغییر ممکن است در قالب جایگزینی یا تعویض چک مندرج در قرارداد با چک جدیدی صورت پذیرد. تعویضی که امکان دارد ناظر بر تغییر تاریخ سررسید حال به تاریخی پیش یا پس از تاریخ چک پیشین بوده و یا ممکن است این تغییر در نحوه اجرای تعهد با تغییر مبلغ مندرج در چک مذکور در عقد باشد. روشن است که چنانچه طرفین ضمن عقد اصلی یا توافقی دیگر در خصوص فراگیری شرط حق فسخ یا فاسخ بر چک‌های جدید تراضی نموده باشند، با اطمینان خاطر بیشتری می‌توان حکم مسئله را صادر نمود در حالی که اگر اراده صریحی از ایشان سرزند، استخراج حکم نیازمند تدقیق بیشتری در موضوع است. به همین جهت اثر این تعویض چک بایستی در دو حالت تعویض پیش از ارائه به بانک و تحقق معلق علیه (عدم وصول چک) و پس از آن بر سقوط شروط مذکور مورد کنکاش و مطالعه قرارگیرد تا دیدگاه اصلح اتخاذ گردد.

از یک دیدگاه، جایگزینی چک‌های مقید در یک قرارداد با چکی دیگر از

مصادیق تبدیل تعهد بوده که با توجه به اصول و قواعد حاکم بر تبدیل تعهد که بارقه‌ای از آن در ماده ۲۹۳ قانون مدنی تبلور یافته، باید گفت که در فرض تبدیل تعهد، به تبع سقوط تعهد پیشین، تضمینات و توابع آن نیز ساقط می‌گردد. بنابراین در فرض تعویض چک با توجه به آن که شرط حق فسخ و یا فاسخ معلق بر عدم وصول چک‌های مقید در قرارداد می‌باشد، تنها عدم وصول همین چک‌ها به شماره‌های مشخص موجب تحقق حق فسخ یا شرط فاسخ می‌شود و چنانچه این چک‌ها تعویض گردد و توافقی بر شمولیت شرط مذکور بر چک‌های جدید نشود، در صورت عدم وصول آن‌ها، معلق علیه محقق نگردیده و امکان انحلال فراهم نمی‌باشد. برخی از آرای قضایی نیز با تکیه بر چنین استدلالی، عبارت «... با عنایت به تحقق عقد فی مابین طرفین این که ادعای فسخ بر صحت عقد اطلاق دارد و قید پرداخت وجوه چک‌های مندرج در قرارداد اشاره به همان چک‌های مقید در متن می‌باشد و تعویض چک‌ها بیانگر تبدیل تعهد می‌باشد و چک تبدیل شده از اطلاق فسخ در قرارداد برخوردار نمی‌گردد. چون تعهد سابق را به لاحق تسری داده و از موضوع قرارداد بر ادعای فسخ خارج می‌گردد...» دیده می‌شود (شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ۱۳۹۴/۰۵/۱۷: دادنامه قطعی شماره ۱۳۹۴/۰۳/۲۱/۹۰۹۹۸۲۶۷۰۹۰۳۲۱). دادنامه قطعی صادره از شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره ۱۳۹۲/۰۲/۱۳۲۰۲۱۳۹۸۰۲۰۹۹۸۰۲۰۹۲ در تاریخ ۱۳۹۴/۰۳/۱۰ نیز همین دیدگاه را تأیید کرده است.

در مقام سؤال باید گفت که در فرض پذیرش تعویض و انتقال چک در قالب تبدیل تعهد نیز آیا نمی‌توان قائل به تسری شرط حق فسخ یا فاسخ به تعهد و وضعیت جدید بود؟ در پاسخ به این پرسش می‌توان بیان داشت که حق فسخ و سایر شرایطی که در ضمن تعهد سابق قرار داده شده با سقوط تعهد از بین نمی‌رود؛ زیرا حق فسخ و شرایط در ضمن قراردادی درج می‌شوند که منشأ تعهد است و نه ضمن خود تعهد و در نتیجه سقوط تعهد به خودی خود نمی‌تواند موجب شود قراردادی که منشأ آن بوده از بین رفته و از این رو فروع و ضمایم قرارداد نیز از بین نمی‌رود. به همین جهت، نویسندگان قانون مدنی ایران، فقط سقوط تضمینات تعهد سابق را در ماده ۲۹۳ این قانون ذکر کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۹۷، ص ۱۵۷). بنابراین حتی اگر

تعویض چک تبدیل تعهد محسوب گردد نیز نمی‌توان مانع از ابقا و تحقق شرط حق فسخ یا فاسخ شد؛ چراکه این شروط از توابع عقد اصلی هستند نه تعهد به پرداخت و ضمانت اجرای عدم پرداخت عوض قرارداد تبعاً شامل چک‌های جدید نیز می‌شود. در تقویت نظر اخیر می‌توان بیان داشت که همان‌طور که حق فسخ و اختیارات قانونی از استثنائات اصل لزوم به شمار می‌روند، اسقاط حق مزبور نیز استثنایی بر استثنا است، با وجود این، هرگاه ایجاد حق فسخ نزد دادگاه قطعی و محقق بوده، اسقاط یا سقوط قبل از اجرای آن باید مسلم گردد تا حق مزبور را بی‌اثر نماید

با این حال به نظر می‌رسد که برخلاف آنچه در دیدگاه نخستین بیان شد، از اساس تعویض چک را نمی‌توان به‌عنوان مصداقی از مصادیق از تبدیل تعهد دانست چراکه مصادیق تبدیل تعهد مشخص بوده و معمولاً از طریق تغییر موضوع تعهد، تغییر متعهد یا متعهدله و تغییر سبب یا منبع تعهد صورت می‌گیرد، درحالی‌که تغییر زمان پرداخت یا موعد اجرای تعهد، آن را به تعهد جدیدی تبدیل نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ص ۳۱۷) چراکه تعهد متعهد اولاً و در ذات خود پرداخت پول می‌باشد و چک تنها وسیله‌ای برای پرداخت است و وسیله نقشی در اصل تعهد نداشته تا تغییر آن سببی برای تحقق تبدیل تعهد تلقی گردد. بنابراین، افزودن و یا کاستن از تعهد موجود را نمی‌توان تبدیل تعهد به معنای حقیقی دانست و تعویض چک در فرض تغییر در تاریخ و مبلغ مندرج در آن از مصادیق تبدیل تعهد به حساب نمی‌آید؛ چراکه تغییر در سررسید به منزله تغییر در اجل بوده و موجب تغییر تاریخ مذکور به اجلی زودتر یا دیرتر می‌گردد که در نتیجه آن تعهدی ساقط و یا ایجاد نمی‌گردد. همچنین، در فرض تعویض چک با تغییر در مبلغ که سقوط تعهدی در پی ندارد نیز همین امر صادق است. با تکیه بر همین استدلال است که طی حکمی صادره شده از سوی شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، چنین تحلیل شده است که تعویض چک از موارد تبدیل تعهد نمی‌باشد، چراکه تبدیل تعهد ناظر به مواردی می‌باشد که تعهد جدیدی جایگزین تعهد اول گردد، در حالی اقدام به تعویض چک خروج موضوعی از بحث تبدیل تعهد دارد و از این رو تضمینات سابق

به چک‌های جدید نیز تسری می‌یابد (شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ۱۳۹۴/۰۸/۲۰، دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۹۰۴ و شعبه ۶۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ۱۴۰۱/۰۲/۱۸، دادنامه شماره ۱۴۰۱۶۸۳۹۰۰۰۱۶۵۹۵۵۳). تنها موردی که شاید بتوان تعویض چک را در قالب تبدیل تعهد طرح و بررسی نمود ناظر به فرضی است که صادرکننده چک جدید شخص ثالثی باشد. در این فرض ممکن است به اشتباه ماده ۴۰۸ قانون مدنی را مورد توجه قرارداد و فرض تحقق ضمان (انتقال دین) و سقوط تعهد مدیون را موجبی برای سقوط شرط حق فسخ یا فاسخ دانست. اما به واقع این استدلال از استحکام لازم برخوردار نمی‌باشد؛ چراکه با اتکا به همین قانون به‌طور مشخص می‌توان از مواد ۶۹۶، ۷۰۱، ۷۳۲ و ۷۳۳ برداشت نمود که در صورت تحقق ضمان یا حواله حق فسخ مندرج در قرارداد اصلی ساقط نمی‌گردد و همچنان قابل اعمال است. ضمن آن‌که جایگزینی چک متعهد با ثالث مصونیت متعهدله را زیان مذکور فراهم نمی‌سازد تا علت غایی اشتراط شروط مذکور را نیز منتفی دانست. به‌علاوه، مطابق نمونه شرط‌های مذکور آنچه که در شرط حق فسخ یا فاسخ به نحو معلق اشتراط می‌یابد، تعلیق تکامل حق فسخ یا انفساخ عقد بر عدم وصول چک موضوع پرداخت عوض قرارداد است و در راه تحقق معلق علیه آنچه به‌عنوان یک قید مهم است، صرف وقوع آن است بدون توجه به آن که پرداخت عوض به‌موجب چک‌های دیگری صورت گیرد. بی‌شک اراده ضمنی هم بر این امر متکی است که چنانچه چک‌های تعویضی جدید پرداخت نگردد، ضمانت اجرای قراردادی پابرجا و ضامن حقوق ایشان باشد که مبنای شروط مذکور نیز تأکیدی بر این اراده و دیدگاه می‌باشد. به همین جهت است در بعضی از آرای محاکم نیز چنین دیدگاهی اتخاذ شده و در فرض تعویض چک حتی پس از تحقق حق فسخ، این حق ساقط نشده و به چک‌های جدید تسری می‌یابد (شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ۱۳۹۴/۱۰/۲۹، دادنامه قطعی شماره ۹۱۰۹۹۸۲۹۸۸۱۰۰۵۱۰ و شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان، ۱۴۰۰/۱۰/۱۱، دادنامه قطعی شماره ۱۴۰۰۰۹۳۹۰۰۱۱۲۸۵۴۹۶).

بنابراین، آنچه طرح گردید می‌تواند به‌عنوان یک قاعده در فرض جایگزینی چک

و عدم تأثیر آن بر زوال شرط حق فسخ یا فاسخ، حاکم باشد. با این حال بایستی وضعیت اثرگذاری چک پیش و یا پس از تاریخ سررسید و ارائه به بانک نیز بررسی گردد. روشن است قاعده مذکور پیش از آن که چک به بانک ارائه و گواهی عدم پرداخت صادر و به تبع آن حق فسخ یا انفساخ عقد محقق گردد، جاری است و در این صورت است که تعویض چک تأثیری بر زوال حق فسخ و امکان انفساخ قرارداد ندارد و این شرط شامل چک‌های تعویضی جدید نیز شده و در صورت عدم پرداخت در تاریخ سررسید امکان انحلال ارادی یا قهری عقد ایجاد می‌گردد. با این حال، پس از آن که چک در تاریخ مقرر به بانک ارائه و با کسری موجودی مواجه شود و گواهی عدم پرداخت صادر گردد وضعیت به گونه دیگری است؛ چراکه این‌گونه برداشت می‌شود در فرض شرط حق فسخ پس از وقوع معلق علیه و تحقق حق فسخ قرارداد برای مشروطه، او اختیار اعمال و یا انصراف از این شرط را دارد که اعمال حق فسخ و یا اسقاط آن با توجه به مواد ۲۴۵ و ۴۴۹ قانون مدنی ممکن است به لفظ یا فعل باشد. در اینجا تعویض چک پس از تحقق شرط حق فسخ و آگاهی مشروطه با آن و عدم توافق بر تسری شرط حق فسخ به چک‌های جدید، به نظر می‌رسد با ملاک مندرج در ماده ۴۵۰ قانون مدنی به منزله انصراف از حق فسخ و اسقاط آن می‌باشد؛ زیرا او بایستی یا این حق را اعمال نماید یا از آن بگذرد که تعویض چک و اعطای مهلتی دیگر در صورت آگاهی به حق فسخ خود می‌تواند بر اسقاط حق فسخ دلالت نماید. ضمن آن که چنانچه در وجود حق فسخی تردید شود، با استناد به لزوم و تمامیت آثار لزوم و از جمله غیرقابل فسخ بودن عقد، باید وجود حق فسخ را برای یکی از طرفین منتفی دانست (شهیدی، ۱۳۹۶، ص ۲۸۳).

در فرض شرط فاسخ نیز پس از آن که معلق علیه به وقوع پیوست و این شرط تکامل یافت بدون آن که نیاز به ابراز اراده دیگری از سوی متعاملین باشد، قرارداد به خودی خود منحل و انفساخ می‌یابد. در رابطه با تأثیر انصراف از شرط فاسخ و امکان احیای عقد نظرات متفاوتی در بین حقوق دانان و آرای قضایی به چشم می‌آید (کریمی؛ جواهر کلام؛ زرنگ، ۱۴۰۳، ص ۱۲۰-۱۳۰). با این حال باید گفت که با توجه به این که شرط فاسخ دارای مشروطه و برای نفع وی در قرارداد درج شده است، در

صورت انصراف وی از اعمال آن، موجب انفساخ و زوال کلی حیات اعتباری قرارداد نخواهد شد و به عبارت دیگر انفساخ عقد نباید دست‌مایه طرف مقابل برای سوءاستفاده قرار گیرد. از این رو در برخی از نظریات مشورتی آمده که با توجه به این که مشروط‌له، ذی نفع شرط بوده و متعهد نمی‌تواند از عهدشکنی خود و عدم اجرای تعهدات قراردادی منتفع گردد و از آنجا که التزام متعهد به تعهدات خود از شروط بنایی و مورد قصد طرفین است، بنابراین در فرض سؤال فقط ذی نفع می‌تواند با تحقق موضوع شرط به انحلال قرارداد استناد نماید (اداره کل حقوقی قوه قضائیه، ۱۴۰۱/۰۸/۰۴، نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۱/۵۵). بنابراین شایسته آن است سرنوشت نهایی عقد را در صورت تحقق شرایط شرط فاسخ در دست مشروط‌له به‌عنوان ذی نفع اصلی شرط فاسخ سپرد. بر این بنیاد بایستی قائل به آن بود که تعویض چک پس از صدور گواهی عدم پرداخت موجبی است برای تجدید و احیای قرارداد انفساخ‌یافته که متکی است بر توافق طرفین و به همین جهت حتی اگر انصراف یک‌جانبه از شرط فاسخ پذیرفته نشود، در فرض اخیر تراضی دو اراده است که احیای عقد را در پی دارد. حال پس از تجدید عقد بر مبنای انصراف صورت گرفته، می‌توان قائل به آن بود که عدم وصول چک‌های جدید دیگر موجبی برای انفساخ عقد نخواهد بود.

۱-۲-۲. امکان سنجی انتقال چک موضوع قرارداد و تأثیر آن بر شرط ضمن عقد

ابهام دیگری که در بررسی موضوع این تحقیق بایستی رفع گردد وضعیت انحلال قرارداد و شرط حق فسخ یا فاسخ در صورت انتقال چک توسط دارنده یا همان مشروط‌له به شخص ثالث می‌باشد. به‌طور معمول پس از آن که متعهد عوض قرارداد را به متعهدله طی یک یا چند فقره چک پرداخت نمود، در فرضی که مشتری ثمن معامله را به فروشنده به‌وسیله چک تقدیم کرد، طرف قرارداد خود اقدام به ارائه چک به بانک و وصول آن می‌کند. اما در فرضی دیگر، ممکن است دارنده بلافصل (مثلاً فروشنده) پس از دریافت چک و پیش و حتی بعد از تاریخ سررسید آن را به شخص ثالثی منتقل نماید که امروزه در خصوص چک‌های صیادی این انتقال مطابق تبصره ۱ ماده ۲۱ قانون صدور چک به‌موجب ثبت در سامانه صیاد صورت می‌گیرد. به

همین جهت لازم می‌نمود این فرض نیز مورد بررسی قرار گیرد تا وضعیت انحلال قرارداد بیش از پیش روشن گردد که به مانند مباحث پیشین دو دیدگاه اصلی در این زمینه قابلیت طرح دارد.

بر اساس دیدگاه نخست، از آنجا که نام متعهدله به عنوان دارنده در برگه چک نگاشته می‌شود، می‌توان از اراده ضمنی طرفین چنین برداشت کرد که تحقق شرط تعلیقی حق فسخ یا فاسخ اشتراط یافته در قرارداد مقید به ارائه چک و درخواست وصول آن توسط طرف اصلی قرارداد (مشروط‌له) به عنوان دارنده می‌باشد و همین امر است که ضمانت اجرای فسخ یا انفساخ عقد با توجه به مبنای اندراج چنین شرطی را تثبیت می‌نماید. چراکه از حیث مبنایی بیان شد علت اشتراط چنین شرطی پرهیز از بروز زیانی احتمالی برای مشروط‌له می‌باشد که در فرض انتقال چک غالباً عوضی دریافت می‌گردد که به نحوی ممکن است زیان احتمالی را مرتفع سازد و مبنای شرط حق فسخ یا فاسخ را برطرف نماید. ضمن آن که این انتقال به منزله انصراف و اسقاط حق و نفع معلق حاصل از فسخ یا انفساخ قرارداد بوده که با توجه به اصل لزوم عقود و استثنایی بودن امکان انحلال قرارداد، در صورت انتقال دیگر دستاویزی برای انحلال ارادی یا قهری وجود نخواهد داشت. به همین جهت است در آرای قضایی چنین استدلالی می‌شود که صرف انتقال چک توسط فروشنده به دیگری خود دلالت بر صحت و تثبیت قرارداد می‌باشد؛ چراکه انتقال چک به مثابه پذیرش آن است که فروشنده با انتقال چک به دیگری ماهیتاً حق فسخ خود را زایل کرده است (شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ۱۳۹۴/۱۰/۲۱، دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۸۰۰۱۰۵۰۶۸۲). همچنین آن که ممکن است مانند فرض جایگزینی چنین استدلال شود که انتقال چک را نیز باید در قالب تبدیل تعهد تصور کرد تا در نتیجه آن تضمینات و توابع تعهد سابق از جمله شرط حق فسخ و انفساخ ساقط می‌گردد.

در مقابل این گونه تبیین می‌گردد که آنچه در راه تکامل حق فسخ معلق و انفساخ تعلیقی عقد به عنوان یک امر معلق موضوعیت دارد، تحقق معلق علیه مذکور در شرط یا همان عدم وصول چک در تاریخ مقرر می‌باشد و در عمل تفاوتی ندارد که

چک توسط چه شخصی به بانک ارائه و گواهی مربوطه اخذ گردد. به عبارت دیگر، آنچه مهم است وصول وجه موضوع چک در سررسید است و از این حیث تفاوتی بین دارنده وجود ندارد. به ویژه آن که هدف غایی از درج شروطی این چنینی جلوگیری از ورود خسارت به مشروط‌له می‌باشد که در فرض عدم پرداخت چک حتی در صورت انتقال آن به ثالث، می‌توان بیان داشت این ضرر از بین نرفته چراکه این انتقال در نتیجه پرداخت و یا ایفای تعهدی دیگری به سود ثالث است که دارنده می‌تواند به انتقال‌دهنده نیز به عنوان ظهنویس مراجعه و نسبت به مطالبه کل وجه موضوع سند از وی اقدام نماید.

در نتیجه، به رغم انتقال چک، متعهدله اصلی قرارداد از ضرر و زیان ناشی از عدم وصول چک در امان نخواهد ماند تا این انتقال را سبب سقوط حق فسخ یا انفساخ احتمالی قرارداد دانست. ضمن این که آگاهی و اراده طرفین بر انصراف و اسقاط حق و نفع معلق مذکور بی‌تأثیر نیست؛ بدین شرح که در فرض شرط حق فسخ هنگام انتقال آن هم پیش از سررسید مشروط‌له اراده و آگاهی ضمنی بر اسقاط این حق ندارد بلکه محتمل است در نزد خود به ثبات حق فسخ در صورت انتقال هم نظر داشته باشد، تا بتواند در صورت عدم پرداخت مبلغ چک اهرم فشار لازم را داشته باشد. تنها شاید این اراده ضمنی حاکم بر اسقاط حق فسخ در فرض انتقال پس از موعد مقرر و برگشت چک متصور باشد که در صورت آگاهی مشروط‌له از این اسقاط در صورت انتقال چک به ثالث می‌تواند قائل به سقوط حق فسخ قرارداد بود.

در فرض شرط فاسخ نیز می‌توان چنین اشعار داشت که اگرچه پیدایش شرط منوط به اراده طرفین و در اختیار آنان بوده، اما در ادامه حیات، سرنوشت شرط در اختیار مشروط‌له است. بنابراین، هرگاه مشروط‌له بخواهد می‌تواند از شرط اعراض یا عدول نماید (کریمی؛ جواهرکلام و زرنگ، ۱۴۰۳، ص ۱۴۴) که انتقال چک پیش از سررسید بر مبنای آنچه از اراده ضمنی و بنایی طرفین مستفاد می‌شود، دال بر انصراف مشروط‌له نبوده و مانعی برای تحقق انفساخ عقد نیست (اداره کل حقوقی قوه قضائیه، ۱۴۰۰/۰۱/۰۷، نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۰/۱۹۴۱). همچنین چنانچه انتقال پس از سررسید و تحقق معلق علیه صورت پذیرد، به دلالت ماده ۴۵۰ قانون مدنی

می‌تواند حاکی از اراده ضمنی مشروطه مبنی بر التزام به معامله باشد. در خصوص این‌که انتقال چک در قالب تبدیل تعهد مطرح تا به تبع آن تضمینات و ضمایم تعهد سابق با تغییر متعهدله ساقط گردد، این‌گونه می‌توان تبیین کرد که جدای از آن‌که بحث حاضر مذاقه در تعیین مصادیق تبدیل تعهد و یا انتقال طلب و تطبیق آن با فرض انتقال چک نیست، اما در فرض انتقال طلب، دین با همان وضعیت جابه‌جا می‌شود و در صورت وجود خیار فسخی در آن، پس از انتقال نیز ناپایدار است و به سبب انحلال عقدی که ریشه و مبنای آن بوده است از بین می‌رود (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ص ۲۵۵). در حالی که در رابطه با وضعیت امکان انحلال تعهد پایه در تبدیل تعهد، اگر تعهد پیشین قابل ابطال یا فسخ باشد، تبدیل تعهد انجام شده نیز مصون نمانده، مشروط بر این‌که تراضی مدیون بدون آگاهی از حق خویش باشد، و در غیر این صورت ممکن است رضای به انتقال یا تبدیل به تعهد جدید، نوعی انصراف ضمنی از حق ابطال یا خیار فسخ تلقی گردد (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ص ۳۰۹).

به عبارت دیگر، در جمع‌بندی باید گفت که مانند مسئله حواله و مفاد حکم ماده ۷۳۳ قانونی مدنی در صورتی که نسبت به تعهد اصلی، در اینجا پرداخت عوض قرارداد در قالب چک، تزلزلی به واسطهٔ خیارات و یا سایر شروط قراردادی وجود داشته باشد، چنانچه طلب ناشی از عوض که در قالب یک برگه چک سندیت و ظهور یافته، پیش از تاریخ سررسید به دیگری انتقال یابد و این انتقال در قالب انتقال طلب و یا تبدیل تعهد تفسیر گردد، موجب سقوط حق فسخ یا شرط فاسخ مذکور در قرارداد اصلی نمی‌شود و فرقی هم نیست این انتقال با رعایت قانون صدور چک به نحو تجاری صورت گیرد یا با توجه به عدم ثبت ابتدایی چک به نام متعهدله بنا بر نظری که چنین چکی را سند مدنی دانسته، مطابق قواعد حقوق مدنی منتقل شود. همین حکم را می‌توان در فرض انتقال اعم از مدنی و تجاری در زمان سررسید و پیش از اخذ گواهی عدم پرداخت با رعایت مهلت مقرر جهت مراجعه به بانک مجری دانست. اما انتقال بعد از سررسید و اخذگواهی عدم پرداخت ممکن است به منزله انصراف و اسقاط حق باشد که به واقع در هر مصداق بایستی جداگانه

اوضاع و احوال حاکم بر آن اتخاذ تصمیم کرد. در آخر لازم به ذکر است که چنانچه انتقال تجاری چک صیادی به علت تقصیر متعهدله دارنده چک در عدم ثبت انتقال در سامانه صیاد به طور صحیح انجام نگیرد و منتقل الیه مطابق بخشنامه شماره ۰۱/۱۱۷۵۳۳ مورخ ۱۴۰۱/۰۵/۱۱ با اعلامیه ای مبنی بر عدم ثبت چک در سامانه صیاد مواجه شود، به نظر می رسد نمی توان شرط حق فسخ یا انفساخ را مستندی برای انحلال قرار داد.

۲. شرایط تأثیر چک در انحلال قرارداد با تأکید بر رویه قضایی

آنچه در این باب سعی در تبیین و تحلیل آن است بررسی شرایط اثرگذاری عدم وصول چک بر انحلال قرارداد می باشد. چراکه مطابق آنچه ذکر شد، تحقق انحلال عقد متکی بر شرط حق فسخ و فاسخ معلق بر عدم وصول چک در تاریخ مندرج می باشد که احراز وقوع این معلق علیه در گرو روشن ساختن ابهاماتی مهم است. ابهاماتی که البته در رویه قضایی و آرای محاکم نیز به چشم می آید اما با این حال از نگاهی تحلیلی مغفول مانده و بررسی دقیق تری را می طلبد. از این رو شایسته است شرایط تأثیر چک در انحلال قرارداد با تأکید بر رویه قضایی مورد مطالعه واقع شود و بدین جهت مبحث حاضر به بررسی این شرایط از قبیل لزوم مراجعه به بانک (بند نخست) و لزوم برگشت چک و اخذ گواهی عدم پرداخت (بند دوم) اختصاص یافته است.

۲-۱. لزوم مراجعه به بانک

مطابق قانون صدور چک امروزه بانک به عنوان تنها محال علیه چک شناخته می شود. به همین جهت یکی از تعهدات و الزامات دارنده مراجعه به بانک در موعد مقرر جهت کارسازی و وصول چک بوده است. توضیح دیگر آن که به رغم حال بودن چک در قانون تجارت با توجه به مواد ۳۱۱ و ۳۱۳، در عمل و عرف رواج یافته صدور چک معمولاً به صورت مدت دار انجام می گیرد. اختلاف نیز از همین تاریخ مؤخر نشئت می گیرد، چراکه مراجعه به بانک در تاریخ مندرج در چک (مانند ۱۴۰۳/۰۶/۰۱) بایستی جهت احراز معلق علیه شرط حق فسخ یا فاسخ انجام پذیرد. در پس همین موعد مقرر نکاتی چند قابل اهمیت نهفته است که در بند پیش رو ذیل عنوان تاریخ

و زمان مراجعه به بانک مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱-۲. تاریخ مراجعه به بانک

در رابطه با تاریخ مراجعه به بانک، باید دید آیا تنها تاریخ مندرج در برگه چک ملاک عمل بوده و یا عدم وصول چک در تاریخی قبل یا بعد از تاریخ معین شده نیز امکان انحلال قرارداد را فراهم می‌سازد. در نگاهی تحلیلی می‌توان دو دیدگاه را طرح کرد؛ بر اساس دیدگاه نخست، از آنجاکه در شرط مذکور در قرارداد به صورت دقیق تصریح به زمان مراجعه به بانک و مهلت اعمال حق فسخ نشده و بنابراین که تاریخ مقرر در چک مبدأ زمانی ارائه چک به بانک می‌باشد، پیش از این تاریخ دارنده حق مراجعه به بانک را ندارد، بلکه از آن تاریخ به بعد است که چنین حقی را دارا می‌باشد. البته که خود بانک‌ها نیز پیش از تاریخ مندرج در برگ چک، چک را نمی‌پذیرند و تنها در تاریخ مقرر یا پس از آن اقدام به کارسازی چک می‌نمایند. در رابطه با مراجعه پس از تاریخ سررسید نیز در عرف و عمل هم معمولاً کم و بیش ممکن است افراد یک تا چند روز کوتاه بعد از تاریخ سررسید به بانک مراجعه نمایند. بنابراین چنانچه دارنده در تاریخی معمول و کوتاه بعد از تاریخ مقرر در برگه چک به بانک مراجعه کند و با برگشت چک مواجه شود و گواهی عدم پرداخت را دریافت دارد، با توجه به این که مهم آن است که معلق علیه (عدم وصول چک) به وقوع پیوندد که این امر هم رخ داده، شرط فاسخ یا حق فسخ مشروطه تکامل می‌یابد که بر پایه آن عقد منفسخ شده یا حق فسخ ایجاد می‌گردد.

در مقابل دیدگاه دیگری که رویه قضایی نیز به آن گرایش دارد، متعاملین کاملاً اراده خود را در خصوص تاریخ مراجعه به بانک ابراز داشته و بر سر آن توافق نموده‌اند که این تاریخ همان روز مذکور در برگه چک است. هنگامی که در برگه چک سررسید آن قید شده باشد، مشروطه یا همان دارنده چک جهت استفاده از ضمانت اجرای عدم وصول مقید به آن زمان و ملزم به رجوع به بانک در همان تاریخ است. به عبارت دیگر عدم قید زمان جداگانه‌ای برای مراجعه به بانک و اعمال حق فسخ در واقع توافق ضمنی طرفین برای تمامی این امور بر همان تاریخ مذکور در برگ چک است و زمان حصول حق فسخ همان روز مقرر در چک می‌باشد. بنابراین هنگامی که بر

فرض چنین شرط شود که در صورت عدم وصول چک در موعد مقرر فروشنده حق فسخ قرارداد را دارد، این موعد مقرر هم بایع را جهت مراجعه به بانک و امکان اخذ گواهی عدم پرداخت و تحقق حق فسخ به تبع وقوع معلق علیه مقید می نماید و هم مشتری را ملزم به تأدیه وجه می کند (صادقی: لاهوت، ۱۳۹۴، ص ۷). بنابراین چنانچه فروشنده در تاریخی غیر از تاریخ مقرر در چک به بانک مراجعه و با کسری موجودی مواجه شود و گواهی عدم پرداخت را اخذ نماید، دیگر نمی تواند به آن شرط قراردادی اتکا نماید و قرارداد را فسخ نماید. مگر آن که ضمن قرارداد جهت وصول چک مهلتی مازاد مقرر شده باشد، مانند آن که ممکن است این گونه اشترای شود که چنانچه چک در موعد مقرر و یا ظرف مدت ۱۰ روز وصول نگردد مشروط له حق فسخ خواهد داشت یا آن که دازنده به سبب وجود تعذری قابل استناد در موعد مندرجه توانایی مراجعه به بانک را نداشته و پس از رفع عذر در مهلتی متعارف جهت وصول چک را به بانک محال علیه ارائه دهد.

دیدگاه اخیر در برخی از آرای قضایی نیز دیده می شود که در آن ها استدلال شده است که چنانچه وجه چک موصوف در زمان مقرر در بانک تأدیه شده بوده ولی خواهان جهت وصول آن مراجعه ای ننماید، شرط قید شده در قرارداد با عدم مراجعه خواهان به بانک در موعد مقرر منتفی گردیده و دیگر قابل استناد از جانب خواهان نمی باشد (شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور، ۱۳۹۳/۰۵/۲۰، دادنامه نهایی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۸۰۰۲۵۱). همچنین در دادنامه ای دیگر ذکر شده ارائه چک پس از مدتی طولانی از تاریخ مقرر در برگه چک متن قرارداد مؤید انصراف از خیار مقرر در متن قرارداد می باشد (شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ۱۳۹۶/۰۳/۲۳، دادنامه قطعی شماره ۹۶۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۴۱۷). بر این اساس، جهت تحقق شرط حق فسخ بایستی چک موضوع قرارداد در موعد و روز مقرر جهت کارسازی به بانک ارائه گردد و اگر چک در زمانی پس از این تاریخ به بانک ارائه گردید و با کسری موجودی و گواهی عدم پرداخت مواجه شود، بازه زمانی مقرر برای تحقق معلق علیه که احراز وقوع آن تنها مقید به همین زمان است رعایت نشده و موجب انتفای شرط تعلیقی و معلق علیه می شود. همین دیدگاه در دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۸۰۲۲۷۱۰۱۰۵۵ مورخ

۱۳۹۴/۰۳/۱۸ صادره از شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورد تأیید واقع شده است. ضمن این‌که از این تأخیر نیز در فرض شرط حق فسخ انصراف عملی و ضمنی از حق معلق فسخ برداشت می‌شود. با این حال، چنانچه تاریخ تعیین شده مصادف با تعطیل رسمی و یا اجباری باشد با وحدت ملاک از ماده ۲۴۴ قانون تجارت، موعد مقرر جهت مراجعه به بانک روز بعد از تعطیلی خواهد بود.

۲-۱-۲. زمان مراجعه به بانک در تاریخ مقرر

پس از بررسی ملاک احراز وقوع معلق علیه شرط حق فسخ یا فاسخ یعنی لزوم مراجعه به بانک در تاریخ مندرج در برگ چک، شایسته است در رابطه با نقش زمان و ساعت مراجعه به بانک و برگشت چک در امکان انحلال عقد نیز مطالعه شود. سؤال اینجاست که اگر دازنده چک، اوایل ساعت اداری به بانک مراجعه و بعد از عدم موجودی گواهی عدم پرداخت را اخذ نموده باشد، آیا می‌توان بدین گواهی اتکا نموده و حق فسخ و شرط فاسخ را محقق دانست؛ چراکه تا پایان ساعت اداری توانایی تکمیل حساب و وجه چک محتمل می‌باشد و حتی این امر نیز محتمل است که صادرکننده بتواند وجه چک را بعد از ساعت اداری نیز به نحو دیگر مانند انتقال برخط یا به صورت نقدی تقدیم و تسلیم دارنده نماید. در این زمینه نیز دو دیدگاه وجود دارد.

در دیدگاه نخست، با توجه به تعریف قانونی و مواد قانون تجارت، چک به محض ارائه به بانک باید کارسازی شود. به عبارت دیگر، اگر موعدی برای پرداخت وجه چک در برگه چک مشخص شده باشد، دارنده می‌تواند در هر زمانی در آن تاریخ به بانک مراجعه کند و اگر دارنده چک در هر ساعتی از فعالیت بانک به آن مراجعه کند و با کسری موجودی مواجه شود، گواهی عدم پرداخت صادر می‌شود. در این صورت، اگر قرارداد شرط کند که عدم وصول چک در موعد مقرر موجب ایجاد حق فسخ برای فروشنده است، معلق علیه تحقق یافته و حق فسخ یا شرط فاسخ محقق می‌شود. بدین ترتیب، صدور گواهی عدم پرداخت در اوایل ساعت اداری مانع تحقق حق فسخ یا شرط فاسخ نیست و مشروط‌له می‌تواند قرارداد را فسخ کند یا بدون اراده‌اش، قرارداد منفسخ گردد. در تقویت این استدلال می‌توان گفت که

طرفین، به ویژه مشتری، هنگام گنجاندن این شرط در قرارداد، تبعات و آثار آن را باید پیش بینی کنند. صادرکننده که چکی به دارنده می دهد و چنین شرطی را می پذیرد، می داند که دارنده در هر زمان که خواست، بعد از موعد مقرر می تواند به بانک مراجعه کند. بنابراین، مشتری باید تمام تلاش خود را برای تأمین موجودی کافی در روز مقرر به کار گیرد تا با عدم وصول چک و ضمانت اجرای مربوطه مواجه نشود. در صورت عدم موجودی، دارنده چک تقصیری ندارد و می تواند چک را برگشت بزند و قرارداد را فسخ کند یا به انفساخ آن استناد نماید.

دیدگاه دیگری که به نظر می رسد هم سو با رویه قضایی باشد، این است که اگر طرفین روز مشخصی را برای مراجعه به بانک تعیین کرده اند، این روز شامل ۲۴ ساعت و بدون محدودیت ساعتی خاص است. هرچند دارنده تنها در ساعات اداری می تواند به بانک مراجعه کند، اما این امر نمی تواند به معنای تحقق معلق علیه شرط حق فسخ یا فاسخ باشد؛ چراکه احراز این امر باید بر اساس یک روز کامل ۲۴ ساعته انجام گیرد. به همین دلیل، اگر در ابتدای روز، چک وصول نشود، لازم است تا پایان ساعات اداری صبر شود و در صورت عدم موجودی، اقدام به برگشت چک صورت گیرد. همچنین، شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر تهران در چندین رأی خود مانند دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۷۰۰۸۱۳ مورخ ۱۳۹۲/۰۶/۰۳ و دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۷۰۰۸۱۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۵/۳۰ بر این استدلال تأکید کرده است. از همین جهت است که برخی آرای قضایی این استدلال را پذیرفته بیان می دارند که مقصود متعاملین نیز عدم پرداخت وجه چک تا پایان وقت اداری سررسید بوده و به صرف برگشت چک شرط مزبور محقق نخواهد شد (شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر تهران، ۱۳۹۴/۰۱/۱۷، دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۸۰۲۳۱۳۰۰۱۴۲ و شعبه ۲۰ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی، ۱۴۰۰/۰۳/۰۱، دادنامه قطعی شماره ۱۴۰۰۳۵۳۹۰۰۰۱۴۳۰۳۷).

بنابراین، با ذکر تاریخ در برگه چک نمی توان از اراده طرفین برداشت کرد که دارنده هر زمان که به بانک مراجعه کند و با کسری موجودی مواجه شود، بتواند عقد را فسخ کند؛ چراکه اراده طرفین به وصول چک در تاریخ مقرر اشاره دارد و اگر خریدار توانایی تکمیل حساب را داشته باشد، این امر مانع تحقق معلق علیه و ایجاد حق فسخ

می‌شود.

مسئله دیگری که مطرح می‌شود، این است که اگر دارنده چک در ساعات اداری نتواند موجودی لازم را تأمین کند اما بعد از ساعات اداری امکان پرداخت وجه چک به طرق مختلف وجود داشته باشد، آیا این امر مانع تحقق حق فسخ یا انفساخ قرارداد می‌شود یا خیر؟ به نظر می‌رسد که در رویه قضایی اتفاق نظر بر این است حداقل تا پایان ساعت اداری صادرکننده می‌تواند حساب خود را به اندازه لازم تکمیل نموده و مانع از صدور گواهی برگشت و تحقق قید عدم وصول چک و به تبع آن شرط قراردادی شود. اما در خصوص امکان پرداخت مبلغ چک بعد از ساعات اداری یا پیش و پس از تاریخ مقرر، دیدگاه مشخصی وجود ندارد. در اینجا باید گفت که آنچه که در اراده و تراضی طرفین موضوعیت داشته و مقصود اصلی ایشان است پرداخت عوض قرارداد می‌باشد، پرداختی که ممکن است به طرق مختلفی نقدا انجام گیرد یا در آتیه تعهد گردد. همان‌گونه که ذکر شد تسلیم چک با مبلغ معین به نوعی تعهد پرداخت در آتیه را برقرار می‌سازد و به همین جهت است که تسلیم چک تا زمان وصول آن موجب سقوط تعهد پرداخت عوض نمی‌گردد. بنابراین ماهیتاً تسلیم چک به عنوان یک شیوه پرداخت مانند قسط بندی پرداخت عوض طریقت می‌یابد و راه را برای پرداخت به وسیله سایر طرق از قبیل تحویل نقدی مبلغ، انتقال اینترنتی و یا انتقال بانکی را مسدود نمی‌سازد؛ چراکه تمامی این طرق به مانند چک منتهی می‌شود به پرداخت مبلغی پول به عنوان مقصود اصلی طرفین و آنچه که موضوعیت دارد.

به عبارت دیگر، با توجه به این تحلیل، تسلیم چک به عنوان یک شیوه پرداخت، تعهد پرداخت در آینده را برقرار می‌کند و این امر نمی‌تواند راه را برای پرداخت‌های دیگر مانند نقدی یا انتقال اینترنتی ببندد. بنابراین، اگر صادرکننده وجه چک را به حساب دارنده واریز کند، او دیگر حقی در مطالبه وجه چک نخواهد داشت. دیدگاهی که می‌توان آن را از مفاد رأی صادره از شعبه ۵۱ دادگاه تجدید نظر به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۷۰۸ مورخ ۱۳۹۲/۰۶/۱۳ نیز برداشت کرد. همچنین آن‌که در فرض دیگر با مفروض امکان پرداخت پیش از تاریخ مقرر، می‌توان ضمن استدلالات محکم

مذکور این نکته را اضافه نمود با توجه به آن که تأدیه ثمن به وسیله چک تعهد به پرداخت در روز معین است و متعهد چنانچه متعهدله نفع و حقی از این تعهد پرداخت مؤجل نداشته باشد که در مسئله مبحوث عنه نیز نفع و حقی متصور نمی شود، می تواند از این أجل صرف نظر کرده و مبلغ مذکور را به طریقی که ذکر شد به دارنده چک پرداخت نماید و موجب سقوط تعهد پرداخت را فراهم آورد. بی جهت نیست که از مدلول آرای قضایی نیز چنین برداشت می شود که چنانچه صادرکننده وجه چک را به حساب دارنده واریز کند، او دیگر حقی در مطالبه وجه چک نخواهد داشت (شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ۱۳۹۳/۰۵/۲۲، دادنامه قطعی شماره ۹۳۰۹۹۷۲۱۳۰۶۰۰۶۱۳).

۲-۲. لزوم عدم پرداخت چک و اخذ گواهی عدم پرداخت

دومین شرطی که تحقق آن جهت تأثیر چک در انحلال عقد لازم است، لزوم عدم پرداخت چک و مصادیق آن (الف) و همچنین اخذ گواهی عدم پرداخت (ب) می باشد که بند حاضر به مطالعه و تحلیل آن اختصاص یافته است.

۲-۲-۱. عدم پرداخت چک و مصادیق آن

هدف از بند حاضر، بررسی تأثیر مصادیق مختلف برگشت چک بر تحقق شرط حق فسخ یا فاسخ می باشد. معمولاً گواهی عدم پرداخت از سوی بانک بر اساس ماده ۵ قانون صدور چک صادر می شود. در این راستا، می توان موارد متعددی را که موجب عدم وصول چک می شود، شامل عدم تطابق امضا، تاریخ، یا دستور صادرکننده، احصا کرد. به طور کلی، مصادیق برگشت چک را می توان به دو دسته ۱. علل مربوط به تقصیر صادرکننده (متعهد) و ۲. علل مربوط به بانک یا عوامل خارجی تقسیم نمود. در دسته نخست، ممکن است صادرکننده هنگام صدور چک شرایط لازم را رعایت نکرده یا بعد از صدور، محل لازم را تأمین ننموده باشد. بر اساس مواد ۳ و ۵ قانون صدور چک، مصادیق برگشت چک ناشی از غفلت صادرکننده شامل عدم مطابقت امضا، قلم خوردگی در متن چک، اختلاف در مندرجات چک، کسری یا عدم موجودی، عدم ثبت چک در سامانه صیاد، اختلاف مندرجات چک با سامانه صیاد، دستور عدم پرداخت چک به علت مفقودی یا سرقت یا جعل یا

کلاهبرداری یا خیانت در امانت یا سایر جرایم مستند به ماده ۱۴ قانون صدور چک است. در خصوص علل خارج از اراده و تقصیر صادرکننده هم می‌توان به تعطیلی یا ورشکستگی بانک، مسدودی حساب یا چک به واسطه دستور مقام قضایی، تقصیر ثالث در فرضی که او صادرکننده اصلی است و طرف قرارداد بر مبنای چک صادره از سوی او عوض را پرداخت کرده و سایر موارد احتمالی که ممکن است موجب برگشت چک شود، اشاره کرد.

در بررسی این مسئله دو دیدگاه اصلی قابلیت طرح دارد. بر اساس دیدگاه نخست آنچه در تحقق شرط حق فسخ یا فاسخ مهم است، عدم پرداخت وجه چک در موعد مقرر بوده که ممکن است این امر به دلایل مختلفی اتفاق بیفتند. بنابراین، اگر چک به هر دلیلی قابل پرداخت نباشد، حق فسخ تحقق می‌یابد. به همین جهت است که امروزه برخی از اشخاص برای فرار از چنین اختلافی بر سر تحقق شرط هنگام اشتراط قید می‌نمایند که چنانچه چک به هر دلیلی وصول نگردد حق فسخ وجود خواهد داشت و یا عقد منفسخ می‌گردد که عبارت به هر دلیل هم تأکیدی بر اطلاق شرط مذکور است. بنابراین هم عللی که به جهت کوتاهی و غفلت صادرکننده و هم علل خارجی دیگر موجب عدم پرداخت چک در موعد مقرر گردد، معلق علیه مذکور محقق و حق فسخ عقد و یا انفساخ عقد ممکن می‌گردد.

بر اساس اندیشه دیگری که رگه‌هایی از آن را در رویه قضایی می‌توان جست، مقصود از پیش‌بینی شرط حق فسخ یا انفساخ قرارداد به جهت عدم وصول چک در تاریخ سررسید، وجود ضمانت اجرایی است برای تعهد به پرداخت عوض قراردادی است. در این صورت، عدم وصول چک به دلیل تقصیر صادرکننده (عدم موجودی) ملاک اصلی است. به عبارت دیگر آنچه مهم است بررسی موجودی حساب صادرکننده در تاریخ سررسید است و اگر موجودی نداشته و یا به اندازه مبلغ مندرج در برگه چک نبوده می‌توان گفت شرط حق فسخ یا فاسخ تکامل یافته و ضمانت اجرا فعال می‌شود. بر همین مبنا است که برخی آرای محاکم مستدل به چنین استدلالی است که «با عنایت به این که حسب گواهی عدم پرداخت علت برگشت چک موصوف عدم مطابقت تاریخ چک ذکر شده و در حالی که در هنگام ارائه آن به

بانک دارای موجودی بوده و مغایرت در تاریخ را نمی‌توان استنکاف خواهان از انجام تعهدات دانست، چراکه صرفاً در هنگام صدور چک دقت کافی بر درج تاریخ به عمل نیامده و اگر این اشتباه و خطا در درج تاریخ را تقصیر خواهان بدانیم به همان اندازه نیز تقصیر خوانندگان نیز می‌باشد، چراکه در هنگام اخذ چک‌ها به مغایرت تاریخ آن توجه نکردند و از آنجا که قصد مشترک طرفین از درج شرط فسخ به دلیل عدم وصول چک استنکاف خواهان از پرداخت ثمن بوده که نوعی تقصیر قراردادی است که با این وصف ادعای فسخ خوانندگان مقرون به صحت نمی‌باشد» (شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ۱۳۹۲/۱۱/۱۹، دادنامه قطعی شماره ۱۵۱۱/۲۶۹۴۰۹۹۷۰۹۲۰). همچنین بر مبنای رأی قطعی دیگری که از شعبه هشت دادگاه تجدیدنظر استان تهران صادر یافته می‌توان اضافه نمود که در کنار بررسی موجودی حساب به عنوان ملاک اصلی، باید رابطه سببیت بین تقصیر صادرکننده و عدم پرداخت چک برقرار باشد و چنانچه برگشت چک بر فرض به واسطه دستور مقام قضایی مبنی بر مسدودی حساب یا چک باشد با احتساب تکمیل موجودی نمی‌توان شرط حق فسخ یا فاسخ را محقق و کامل دانست تا بدان برای استرداد عوضین در صورت انحلال عقد استناد نمود (شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ۱۳۹۵/۰۲/۱۵، دادنامه قطعی شماره ۹۳۰۹۹۸۰۲۵۰۵۰۰۶۸۹).

در نگاهی دیگر و شاید تعدیل یافته که به دیدگاه اول نزدیک تر است، باید گفت که در واقع آنچه در اراده طرفین موضوعیت داشته و ضمانت اجرا برای آن تدبیر شده است، دریافت مبلغ چک به عنوان عوض قراردادی تعهد شده از سوی صادرکننده است؛ بنابراین هر امری که در سر راه وصول چک مانعی ایجاد کرده و به نحوی در حدود اراده صادرکننده (متعهد) بوده خواه ناشی از غفلت وی و خواه عمدی، موجب تحقق شرط حق فسخ یا فاسخ خواهد بود و بررسی این موضوع که در هنگام سررسید موجودی صادرکننده به اندازه لازم بوده تأثیری در آن ندارد. به عبارت دیگر چنانچه چک به دلایلی که در ید و اختیار صادرکننده بوده، مانند نمونه‌هایی که از آن ذکر شد، پرداخت نگردد فارغ از این که حساب او از محل و اعتبار کافی برخوردار بوده باشد یا نباشد، بایستی معلق علیه (عدم وصول چک) را محقق و شرط معلق را

کامل دانست. استدلال تکمیلی در این باره این است که احراز وقوع معلق علیه شرط حق فسخ یا فاسخ مقید به بازه زمانی مشخص در قالب تاریخ معین مندرج در چک است و چنانچه چک به دلیلی غیر از عدم موجودی مانند عدم تطابق امضا، خط خوردگی و یا عدم ثبت چک در سامانه صیاد قابل کارسازی نباشد تا این مانع رفع گردد ممکن است بازه زمانی مذکور تمام شده و به تبع آن ضمانت اجرای مقرر از کارایی بیفتد. همچنین ذکر این نکته لازم است که در فرض مسدودی حساب یا برداشت خارج از اراده صادرکننده با دیدگاه تعدیل یافته فوق می‌توان ظاهر را در تقصیر و کوتاهی متعهد در سایر تعهدات خود دانست و با لحاظ غایت شروط مذکور جانب دار متعهدله با حسن نیت بود. هرچند سخت است اما بعید نیست در فروسی نیز بتوان جانب متعهد را رعایت و در تزام حقوق او با متعهدله با لحاظ اصول و قواعد عمومی قراردادها در جهت حفظ و استحکام عقد گام برداشته و شروط موجب انحلال را محقق ندانست.

در جمع بندی می‌توان گفت که باید در هر مورد به صورت مصداقی عمل کرده و حکم قضیه را بر اساس اوضاع و احوال خاص آن موضوع بررسی کرد به این صورت که اگر چک به دلیل غفلت و کوتاهی صادرکننده در سررسید و به دلایلی ناشی از اراده او پرداخت نشود، می‌توان به تحقق شرط حق فسخ یا فاسخ اذعان داشت، بدون نیاز به بررسی موجودی حساب. در مقابل، اگر علت برگشت چک به عوامل خارج از اراده صادرکننده مربوط باشد و او به تعهدات قراردادی و قانونی خود در خصوص تأمین موجودی کافی عمل کرده باشد، شرط معلق در قرارداد تحقق نمی‌یابد و انحلال قرارداد ممکن نمی‌گردد.

۲-۲-۲. اخذ گواهی عدم پرداخت

پیرو مطالب فوق، لازم است اشاره شود که مراجعه به بانک در تاریخ تعیین شده برای کارسازی چک و احراز تحقق شروط تعلیقی، الزامی است و بدون این مراجعه، حتی اگر فقدان موجودی لازم ثابت شود یا چک به دلایل دیگر برگشت بخورد، نمی‌توان ضمانت اجرای مقرر را محقق و قابل اعمال دانست. در ادامه، باید دید که آیا دارنده برای تحقق شرط حق فسخ یا فاسخ ملزم به برگشت چک و اخذ گواهی

عدم پرداخت است، یا صرف مراجعه به بانک کافی است. به عبارت دیگر، اگر دارنده احتمال عدم وصول چک را به طرق معتبر اثبات کند، آیا می‌توان ضمانت اجرای قراردادی را محقق دانست یا وی ملزم است چک را برگشت زده و گواهی عدم پرداخت را اخذ نماید.

در نگاه اول، ممکن است تصور شود که تحقق شرط حق فسخ یا شرط فاسخ مستلزم برگشت چک و اخذ گواهی عدم پرداخت است، همان‌طور که بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۵۳۶ مورخ ۱۳۶۹/۰۷/۱۰، حکم و اخواست در برات و سفته الزامی است. به این ترتیب، مراجعه به بانک در این زمینه معنا پیدا می‌کند و بیانگر اراده دارنده برای کارسازی چک است و بدون این گواهی نمی‌توان به شروط مذکور برای انحلال قرارداد استناد کرد. به همین جهت در باب برات چنین به رشته تقریر درآمده که نه تنها ارائه برات توسط قانون‌گذار پیش‌بینی شده است، بلکه باید ارائه به طریق خاصی که اعتراض یا واخواست گفته می‌شود احراز گردد (اسکینی، ۱۳۹۵، ص ۱۳۴).

با این حال، می‌توان چنین تحلیل کرد که اگرچه تعهد و الزام اصلی دارنده مراجعه به بانک و اخذ گواهی عدم پرداخت است، اما این گواهی صرفاً به عنوان طریق احراز اراده دارنده در وصول چک و استناد به شروط مذکور در صورت عدم وصول آن مطرح می‌شود. به عبارت دیگر، اخذ گواهی عدم پرداخت در جهت احراز اراده متعهدله در وصول چک و تمسک به شروط مذکور در صورت عدم وصول آن موضوعیت داشته و اخذ گواهی عدم پرداخت در این خصوص طریقت خواهد داشت. به این ترتیب، اگر دارنده به طریقتی دیگر اثبات کند که در موعد مقرر اقداماتی مانند تکمیل و تنظیم فرم‌های بانکی مربوط به استعلام چک را انجام داده، اما به دلایل ارادی یا غیرارادی (مانند قطع سیستم یا بروز حادثه) نتوانسته گواهی عدم پرداخت را اخذ کند، و در عین حال احتمال برگشت چک از طریق استعلامات موجودی حساب در تاریخ تعیین شده به یقین تبدیل شود، می‌توان تحقق معلق علیه (عدم وصول چک) و شروط تعلیقی را معتبر دانست. هرچند در این خصوص وضع قاعده سخت است و شایسته آن است در وهله اول اراده طرفین ملاک عمل قرار گیرد و در بعد دست به تفسیر و بررسی اوضاع و احوال زد تا بتوان حکم قضیه را کشف نمود.

نتیجه‌گیری

چک به عنوان ابزاری برای پرداخت عوض قراردادی، نقش مؤثری در ایجاد تعهد به پرداخت آتی ایفا می‌کند. با این حال، این نقش با خلأ عدم سقوط تعهد پرداخت به صرف صدور چک همراه است. این موضوع موجب شد که طرفین، به ویژه متعهدله، تدابیری در قالب شروط حق فسخ یا فاسخ اتخاذ کنند تا متعهدله از ضرر و زیان‌های احتمالی ناشی از عدم وصول وجه چک در امان بماند. این شروط به نحو تعلیقی اشتراط یافته و در صورت وقوع معلق علیه خود (عدم وصول چک در تاریخ سررسید)، انحلال ارادی یا قهری قرارداد را ممکن می‌سازند. با این حال، این شروط ساده نیستند و نکات و ابهاماتی در آن‌ها نهفته است که با روشن‌سازی آن، وضعیت زوال یا حیات قرارداد مشخص می‌گردد.

یکی از مباحث مهم، وضعیت انحلال قرارداد و شرط حق فسخ یا فاسخ در فرض تعویض چک یا انتقال آن به ثالث است. بر اساس دیدگاه معتبر، در فرض تعویض چک، شرط حق فسخ یا فاسخ باید به چک‌های تعویضی جدید نیز تسری داده شود، زیرا از اراده طرفین مشخص می‌شود که موضوعیت اصلی عدم وصول چک حاوی عوض قرارداد است. این موضوع تفاوتی ندارد که چک‌ها همان چک‌های ابتدایی باشند یا چک‌هایی که پیش از سررسید تعویض شده‌اند. حتی اگر تعویض چک به عنوان تبدیل تعهد محسوب گردد، باز هم می‌توان به تسری شروط مذکور استناد کرد، زیرا این شروط ناظر به قرارداد منبع و از توابع آن هستند نه تعهد به پرداخت و از این رو با سقوط این تعهد، شروط نیز ساقط نمی‌شوند.

در فرض انتقال چک، اگر این انتقال پیش از تاریخ سررسید صورت گیرد، با بررسی آگاهی و اراده طرفین مشخص می‌شود که انتقال چک نمی‌تواند ضرر احتمالی را به طور قطعی رفع کند و به همین دلیل، اراده بر بقای چنین شرطی وجود دارد. این انتقال، چه به عنوان تبدیل تعهد در نظر گرفته شود و چه به عنوان انتقال طلب، موجب انتفای شرط حق فسخ یا فاسخ نخواهد بود، زیرا با انتقال یا تبدیل تعهد، توابع و ضمائم قرارداد اصلی نیز به همراه شرط مورد بحث منتقل می‌شوند و باقی خواهند ماند. البته اگر انتقال پس از تاریخ سررسید و اخذ گواهی عدم پرداخت

صورت گیرد، می‌توان در فرض شرط حق فسخ به انصراف و اسقاط حق فسخ توسط مشروط‌له اشاره کرد. در فرض شرط فاسخ، این انتقال دیگر تأثیری در قرارداد ندارد، زیرا تحقق معلق‌علیه دیگر عقد حیات اعتباری نخواهد داشت و منجر به انفساخ می‌گردد.

در خصوص شرایط تأثیر چک بر انحلال قرارداد و تاریخ و زمان ارائه چک به بانک، بر اساس رویه قضایی، مقصود متعاملین، تحقق معلق‌علیه (عدم وصول چک) در تاریخی است که به عنوان سررسید در برگ چک مشخص شده است. اگر چک پیش از تاریخ سررسید به بانک ارائه گردد، مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد و کارسازی نمی‌شود. اگر دارنده بعد از تاریخ مقرر به بانک مراجعه کند و با برگشت چک مواجه شود، عدم رعایت این بازه زمانی موجب انتفای ضمانت اجرای مشروط قراردادی خواهد شد. همچنین، ملاک اصلی برای وقوع عدم پرداخت چک، پایان ساعات اداری است. بنابراین، اگر دارنده در ساعات اولیه مراجعه کند و با عدم موجودی مواجه شود، نمی‌توان قائل به تحقق معلق‌علیه و تکامل شرط حق فسخ یا فسخ شد؛ بلکه باید تا پایان ساعات اداری صبر کرد؛ چراکه امکان تکمیل حساب و پرداخت مبلغ چک محتمل است. در این زمینه، حتی پس از این زمان و تا پایان روز مقرر، پرداخت عوض قرارداد به طرق مختلفی (از جمله تسلیم وجه نقد یا انتقال اینترنتی) ممکن است، زیرا آنچه موضوعیت دارد، وصول عوض قرارداد است.

به عنوان مصادیق برگشت چک و تأثیر آن بر انحلال عقد، نتیجه‌گیری می‌شود که تنها در فرضی می‌توان قائل به عدم وصول چک به عنوان قید شرط مقید مذکور در عقد بود که برگشت چک به واسطه مانعی باشد که به سبب غفلت یا تقصیر عمدی صادرکننده رخ داده باشد. در غیر این صورت، اگر برگشت چک به عللی خارج از اراده و اختیار صادرکننده باشد، مانعی برای ضمانت اجرای حق فسخ یا انفساخ قرارداد وجود نخواهد داشت، البته مشروط بر این که صادرکننده به تعهد قانونی و قراردادی خود مبنی بر تأمین موجودی و محل کافی عمل نکرده باشد. در نهایت، همان‌طور که دیده شد، چک به عنوان ابزاری حیاتی در نظام حقوقی و تجاری، تحت شرایط خاصی می‌تواند به عنوان قیدی برای تحقق شروط حق فسخ یا فاسخ در

قراردادها عمل کند. اهمیت توجه به زمان و نحوه ارائه چک به بانک و نیز شرایط احراز عدم وصول آن، به‌ویژه در موارد تعویض یا انتقال چک، می‌تواند تأثیر مستقیم و تعیین‌کننده‌ای بر انحلال قرارداد داشته باشد. بنابراین، فهم دقیق این شرایط و الزامات، برای حفظ حقوق طرفین و جلوگیری از زیان‌های احتمالی ضروری است.

فهرست منابع

۱. اسکینی، ربیعا، (۱۳۹۵ش). حقوق تجارت. تهران: انتشارات سمت.
۲. توکلی، محمد مهدی. (۱۴۰۲ش). منظومه چک. تهران: انتشارات مکتوب آخر.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۴۰۰ش). مقدمه عمومی علم حقوق. تهران: انتشارات گنج دانش.
۴. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۶ش). اصول قراردادها و تعهدات. تهران: انتشارات مجد.
۵. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۷ش). سقوط تعهدات. تهران: انتشارات مجد.
۶. صادقی، سعید؛ لاهوت، نیر. (۱۳۹۴ش). بررسی شرط حق فسخ قرارداد به واسطه عدم وصول چک (اقساط) و آرای صادره متفاوت. چهارمین کنفرانس بین‌المللی مطالعات قانونی و قضایی. <https://civilica.com/doc/1041499>
۷. عالی پناه، علیرضا؛ احمدی مجدآبادی فراهانی، سمیه. (۱۳۹۹ش). نظریه سقوط تعهدات منشأ با امضای اسناد تجارتي. فصلنامه فقه و حقوق خصوصی، ۳(۵)، ص ۱۱۳-۱۲۹. <https://doi.org/10.22034/jpl.2024.720235>
۸. عبدی پور فرد، ابراهیم. (۱۳۹۶ش). مباحث تحلیلی از حقوق تجارت. تهران: انتشارات حوزه و دانشگاه.
۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۷ش). عقود معین. تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۷ش). قواعد عمومی قراردادها. تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۹ش). ایقاع. تهران: انتشارات میزان.
۱۲. کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۰ش). نظریه عمومی تعهدات. تهران: انتشارات میزان.
۱۳. کریمی، عباس؛ جواهرکلام، محمد هادی؛ زرننگ، امیرحسین. (۱۴۰۳ش). عدول از شرط فاسخ: نقد و تحلیل رویه قضایی با نگاهی به حقوق فرانسه و انگلستان. فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی، ۷(۲۴)، ص ۱۱۴-۱۶۹. <https://doi.org/10.22034/law.2024.2045094.1479>
۱۴. کریمی، سحر. (۱۴۰۲ش). وضعیت حقوقی معاملات مترتب بر معامله منفسخ‌شده؛ نقد رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ دیوان عالی کشور (۱۴۰۰/۰۳/۰۴). دوفصلنامه نقد و تحلیل آرای قضایی، ۲(۴)، ص ۱۰۶-۱۳۰. <https://doi.org/10.22034/analysis.2024.2007565.1037>
۱۵. کریمی، عباس؛ کریمی، سحر. (۱۴۰۱ش). اندیشه‌هایی نو در حقوق قراردادها. تهران: دادگستر.

نقش و شرایط تأثیر عدم وصول چک در انحلال قرارداد با تأکید بر رویه قضایی / کربمی، نوری ۴۰۹

۱۶. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۸ش). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی.

۱۷. مرادی، یاسر؛ محمد نوری. (۱۴۰۱ش). چک (نکات کاربردی، از صدور تا پرداخت). تهران: انتشارات دادبانان دانا.

۱۸. نوری، امیرمحمد. (۱۴۰۱ش). ماهیت و آثار شرط حق فسخ در قرارداد. پایان نامه کارشناسی ارشد. رشته حقوق. تهران: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق.

نظریات مشورتی و آرای قضایی:

۱۹. اداره کل حقوقی قوه قضائیه، (۱۴۰۰/۰۱/۰۷)، نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۰/۱۹۴۱.
۲۰. شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر تهران (۱۳۹۲/۰۶/۰۳)، دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۷۰۰۸۱۳.
۲۱. شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر تهران (۱۳۹۲/۰۵/۳۰)، دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۷۰۰۸۱۰.
۲۲. شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (۱۳۹۴/۰۸/۲۰)، دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۹۰۴.
۲۳. شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور (۱۳۹۳/۰۵/۲۰)، دادنامه نهایی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۸۰۰۲۵۱.
۲۴. شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (۱۳۹۴/۰۳/۱۰)، دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۸۰۲۱۳۲۰۱۱۹۲.
۲۵. شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (۱۳۹۴/۰۳/۱۸)، دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۸۰۲۲۷۱۰۰۵۵.
۲۶. شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (۱۳۹۴/۱۰/۲۱)، دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۸۰۰۱۰۵۰۰۶۸۲.
۲۷. شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، (۱۳۹۴/۱۰/۲۹)، دادنامه قطعی شماره ۹۱۰۹۹۸۲۹۸۸۱۰۰۵۱۰.
۲۸. شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (۱۳۹۶/۰۳/۲۳)، دادنامه قطعی شماره ۹۶۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۴۱۷.
۲۹. شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر تهران (۱۳۹۴/۰۱/۱۷)، دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۸۰۲۳۱۳۰۰۱۴۲.
۳۰. شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (۱۳۹۲/۰۶/۱۳)، دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۷۰۸.
۳۱. شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (۱۳۹۲/۱۱/۱۹)، دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۱۵۱۱.
۳۲. شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (۱۳۹۳/۰۵/۲۲)، دادنامه قطعی شماره ۹۳۰۹۹۷۲۱۳۰۰۶۰۰۶۱۳.
۳۳. شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (۱۳۹۴/۰۵/۱۷)، دادنامه قطعی شماره ۹۱۰۹۹۸۲۶۷۰۹۰۰۳۲۱.
۳۴. شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (۱۳۹۵/۰۲/۱۵)، دادنامه قطعی شماره ۹۳۰۹۹۸۰۲۵۰۵۰۰۶۸۹.
۳۵. شعبه ۳۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (۱۴۰۳/۰۷/۰۷)، دادنامه قطعی شماره ۱۴۰۳۶۸۳۹۰۰۰۹۹۰۹۶۱۸.
۳۶. شعبه ۶۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (۱۴۰۱/۰۲/۱۸)، دادنامه قطعی شماره ۱۴۰۱۶۸۳۹۰۰۰۱۶۵۹۵۵۳.
۳۷. شعبه ۲۰ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی (۱۴۰۰/۰۳/۰۱)، دادنامه قطعی شماره ۱۴۰۰۳۵۳۹۰۰۰۱۱۴۳۰۳۷.

۳۸. شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان (۱۴۰۰/۱۰/۱۱)، دادنامه قطعی شماره ۱۴۰۰۰۹۳۹۰۰۱۱۲۸۵۴۹۶.

۳۹. سامانه اداره کل حقوقی قوه قضائیه، بخش نظریات مشورتی، www.edarehoquqy.eadl.ir.

۴۰. سامانه ملی آرای قضایی، www.ara.jri.ac.ir.

References

1. Abdipour Fard, Ebrahim. (2017). *Mabāhith-e tahlīlī az Huqūq-e Tejārat* [Analytical Discussions in Commercial Law] (7th ed.). Houzeh va Daneshgah Publications. (Original work published 1396).
2. Abdipour Fard, Ebrahim, & Fotouhi Rad, Ali. (2016). Economic analysis of commercial instruments as a payment system. *Dāneshnāme-ye Huqūq-e Eqtesādī* [Encyclopedia of Economic Law], 23(9), 112–135. <https://doi.org/10.22067/le.v23i9.57021> (Original work published 1395).
3. Alipanah, Alireza, & Ahmadi Majdabadi, Somayeh. (2020). The theory of extinction of original obligations upon signing commercial instruments. *Faṣlnāme-ye Feqh va Huqūq-e Khāṣṣ* [Journal of Jurisprudence and Private Law], 3(5), 49–64. (Original work published 1399).
4. Bayat, Farhad, & Bayat, Shirin. (2019). *Sharḥ-e jāme'-e Qānūn-e Madanī* [Comprehensive Commentary on the Civil Code] (18th ed.). Andishe-ye Arshed Publications. (Original work published 1398).
5. Emam Verdi, Mohammad Hassan. (2015). The civil nature of issuing ordinary cheques in Iranian law. *Āmūzeh-hā-ye Feqh-e Madanī* [Civil Jurisprudence Doctrines], 7(12), 173–196. (Original work published 1394).
6. Eskini, Rabi'a. (2016). *Huqūq-e Tejārat* [Commercial Law] (Vol. 3, 23rd ed.). SAMT Publications. (Original work published 1395).
7. Jafari Langaroudi, Mohammad Jafar. (2021). *Muqaddame-ye 'umūmī bar 'Ilm-e Huqūq* [General Introduction to the Science of Law] (14th ed.). Ganj-e Danesh Publications. (Original work published 1400).
8. Karimi, Abbas, & Karimi, Sahar. (2022). *Andīshe-hā'ī now dar Huqūq-e Qurārdādihā* [New Perspectives in Contract Law] (2nd ed.). Dadgostar Publications. (Original work published 1401).
9. Karimi, Abbas, Javaher al-Kalam, Mohammad Hadi, & Zarang, Amir Hossein. (2024). Waiver of a resolatory condition: Critique and analysis of judicial precedent with a look at French and English law. *Tahqīq va Tawse'ah dar Huqūq-e Taṭbīqī* [Comparative Law Research and Development], 7(24), 114–169. <https://doi.org/10.22034/law.2024.2045094.1479> (Original work published 1403).
10. Karimi, Sahar. (2023). The legal status of transactions subsequent to a rescinded contract: A critique of the Supreme Court's Unification of Opinions Ruling No. 810. *Dofaṣlnāme-ye Naqd va Tahlīl-e Ārā-ye Qazā'ī* [Journal of Critique and Analysis of Judicial Opinions], 2(4), 106–130. <https://doi.org/10.22034/analysis.2024.2007565.1037> (Original work published 1402).
11. Katouzian, Nasser. (2018). *Oqūd-e mo'ayyan* [Specific Contracts] (Vol. 1, 14th ed.). Ganj-e Danesh Publications. (Original work published 1397).
12. Katouzian, Nasser. (2018). *Qavā'ed-e 'omūmī-ye qarārdādihā* [General Principles of Contracts] (Vol. 5, 10th ed.). Ganj-e Danesh Publications. (Original work published 1397).
13. Katouzian, Nasser. (2020). *Īqā'* [Unilateral Legal Acts] (8th ed.). Mizan

- Publications. (Original work published 1399).
14. Katouzian, Nasser. (2021). *Nazarīyye-ye 'omūmī-ye iltizāmāt* [General Theory of Obligations] (10th ed.). Mizan Publications. (Original work published 1400).
 15. Kaviani, Kourosh. (2017). *Huqūq-e Asnād-e Tejārī* [The Law of Commercial Instruments] (9th ed.). Mizan Publications. (Original work published 1396).
 16. Moqaddad Damad, Seyyed Mostafa. (2019). *Nazarīyye-ye 'omūmī-ye shorūṭ va iltizāmāt dar Huqūq-e Eslāmī* [General Theory of Conditions and Stipulations in Islamic Law] (Vol. 1, 5th ed.). Markaz-e Nashr-e Olum-e Eslami Publications. (Original work published 1398).
 17. Moradi, Yaser, & Nouri, Mohammad. (2022). *Cheque (Nokāt-e kārbordī, az šudūr tā pardākht)* [The Cheque: Practical Points from Issuance to Payment] (2nd ed.). Dadbanan-e Dana Publications. (Original work published 1401).
 18. Nouri, Amir Mohammad. (2022). *Māhiyyat va āsār-e shart-e haqq-e faskh dar qarārdād* [The Nature and Effects of the Contract Rescission Clause] [Master's thesis, Shahid Beheshti University]. (Original work published 1401).
 19. Sadeghi, Saeed, & Lahoot, Neyr. (2015). Examining the clause of the right to rescind a contract due to non-payment of a cheque (installments) and divergent issued opinions. *Proceedings of the Fourth International Conference on Legal and Judicial Studies*, 1–19. (Original work published 1394).
 20. Shahidi, Mahdi. (2018). *Suqūt-e Iltizāmāt* [Extinction of Obligations] (12th ed.). Majd Publications. (Original work published 1397).
 21. Shahidi, Mahdi. (2018). *Uṣūl-e qarārdādhā va iltizāmāt* [Principles of Contracts and Obligations] (7th ed.). Majd Publications. (Original work published 1397).
 22. Shoarian, Ebrahim, & Etemad Gharamaleki, Mehrdad. (2023). The effect of performing a contractual monetary obligation by delivering a commercial instrument: The approach of Iranian law, selected national systems, and international documents. *Majalle-ye Pajūheshhā-ye Huqūq-e Khāṣṣ* [Journal of Private Law Research], 11(42), 145–173. <https://doi.org/10.22054/jplr.2023.69446.2706> (Original work published 1402).
 23. Tavakoli, Mohammad Mehdi. (2023). *Manzūme-ye Cheque* [The Cheque System] (1st ed.). Maktab-e Akhar Publications. (Original work published 1402).

Advisory Opinions and Judicial Decisions

24. Branch 3, Tehran Provincial Court of Appeal. (2016, January 19). Final Ruling No. 9109982988100510.
25. Branch 7, Tehran Provincial Court of Appeal. (2015, August 8). Final Ruling No. 9109982670900321.
26. Branch 8, Tehran Provincial Court of Appeal. (2016, May 4). Final Ruling No. 9309980250500689.
27. Branch 13, Isfahan Provincial Court of Appeal. (2022, January 1). Final Ruling No. 140009390011285496.
28. Branch 17, Tehran Court of Appeal. (2013, August 20). Final Ruling No. 9209970221700810.
29. Branch 17, Tehran Court of Appeal. (2013, August 24). Final Ruling No. 9209970221700813.
30. Branch 18, Supreme Court of Iran. (2014, August 11). Final Ruling No. 9309970907800251.
31. Branch 18, Tehran Provincial Court of Appeal. (2015, November 11). Ruling No. 9409970221800904.
32. Branch 20, West Azerbaijan Provincial Court of Appeal. (2021, May 21). Final Ruling No. 140035390001143037.

33. Branch 25, Tehran Provincial Court of Appeal. (2015, May 31). Final Ruling No. 9209980213201192.
34. Branch 25, Tehran Provincial Court of Appeal. (2015, June 8). Final Ruling No. 9209980227101055.
35. Branch 28, Tehran Provincial Court of Appeal. (2016, January 12). Final Ruling No. 9209980010500682.
36. Branch 35, Tehran Provincial Court of Appeal. (2017, June 12). Final Ruling No. 9609970223500417.
37. Branch 39, Tehran Provincial Court of Appeal. (2024, September 28). Final Ruling No. 140368390009909618.
38. Branch 46, Tehran Court of Appeal. (2015, April 6). Final Ruling No. 9209980231300142.
39. Branch 51, Tehran Provincial Court of Appeal. (2013, September 3). Final Ruling No. 9209970269400708.
40. Branch 51, Tehran Provincial Court of Appeal. (2014, February 8). Final Ruling No. 9209970269401511.
41. Branch 61, Tehran Provincial Court of Appeal. (2014, August 13). Final Ruling No. 9309972130600613.
42. Branch 65, Tehran Provincial Court of Appeal. (2022, May 8). Final Ruling No. 140168390001659553.
43. General Legal Administration of the Judiciary. (2021, March 27). Advisory Opinion No. 1941/1400/7.
44. General Legal Administration of the Judiciary. (n.d.). *Advisory opinions section*. Retrieved from <http://www.edarehoquqy.eadl.ir>
45. Judicial Research Institute. (n.d.). *National System of Judicial Opinions*. Retrieved from <http://www.ara.jri.ac.ir>