
بسم الله الرحمن الرحیم



نشـریهٔ علمـــی

# آموزه‌های فقه مدنی

دورهٔ ۱۸، بهار و تابستان ۱۴۰۵، ش۳۳

# فهرست


- موضوع تعهد و موضوع عقد (وحدت یا دوگانگی)/ روح‌الله آخوندی روشناوند، مصطفی شاهبازی ..... ۱۱
- امکان‌سنجی مداخله طلبکاران در معاملات مدیون مدعی اعسار/ سید محمد اسدی‌نژاد، سهند نجادی ایجادکار ..... ۴۱
- نگرشی تحلیلی به قابلیت انتقال عین یا منفعت در ارز دیجیتال/ ستاره ایوبی، سام محمدی، سیدحسن حسینی مقدم ..... ۷۱
- واکاوی تست و تزریق واکسن در فقه فریقین/ محمد بوالحسنی ..... ۹۹
- واکاوی وضعیت بیع موی طبیعی/ محمدحسین تقی‌پور درزی نقیبی، ودیعه طهماسب‌پور، حسین خانلری بهنمیری ..... ۱۲۷
- تبیین فقهی و حقوقی امکان توافق بر تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته/ امیرعباس عسکری ..... ۱۶۷
- ارزیابی میزان مسئولیت مالک در قبال خسارات ناشی از فعل گربه خانگی/ مهدیه غنی‌زاده، عبدالصمد علی‌آبادی ..... ۲۰۱

- دلایل فقهی و حقوقی زوال حق رجوع ضامن به مضمون عنه، در فرض هبهٔ طلب به ضامن مأذون، پیش از پرداخت دین/ محمدجابر قنبری، سید مهدی کاظمی..... ۲۲۷
- آسیب شناسی تشدید اعمال محدودیت بر مالکیت خصوصی در ایران از منظر فقهی و حقوقی/ بیگرد تیموری، شهرام محمدی، عباد روحی..... ۲۵۷
- تحلیل فقهی و حقوقی صحت‌سنجی مهریه مبهم و راهکارهای رفع ابهام آن با تأکید بر رویهٔ قضایی/ احمد بهی، محمد مهریار..... ۲۹۵
- بازخوانی مفهوم و احکام ضمان عرفی در فقه امامیه و حقوق ایران به‌عنوان چارچوبی برای حل مسائل مستحدث: با نگاهی بر آراء سید یزدی(ره) و استاد آیت الله محقق داماد/ سید نیما نوروزی ..... ۳۳۱
- معاملات معارض با ایجاب ملزم در فقه امامیه و حقوق ایران/ جواد نیک‌نژاد..... ۳۶۷

## راهنمای تدوین مقالات

- مقاله باید حاصل نوآوری و پژوهش در زمینهٔ تخصصی نشریه یا مطالعات بینارشته‌ایِ مرتبط باشد. در صورت ارسال هم‌زمان چند مقاله، فقط مقالهٔ اول داوری می‌شود.

- اطلاعات نویسندهٔ مسئول و همکاران، این‌گونه تنظیم می‌شود: «نویسنده مسئول، رتبهٔ دانشگاهی، نام گروه، نام دانشکده، نام دانشگاه، نام شهر، نام کشور. رایانامهٔ دانشگاهی».

- ارسال مقالات فقط از طریق سامانهٔ نشریات علمی به نشانی <https://journals.razavi.ac.ir> انجام می‌گیرد.

- در تایپ مقالهٔ فارسی، از قلم IRzar اندازهٔ ۱۳، برای عبارات عربی از قلم Calibri اندازهٔ ۱۲ و برای کلمات انگلیسی از قلم Times New Roman اندازهٔ ۱۲ استفاده می‌شود.

- پانویس‌های فارسی و عربی با قلم بالا و اندازهٔ ۱۰ و پانویس انگلیسی با قلم بالا و اندازهٔ 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.

- چکیدهٔ مقاله در یک بند و بین ۱۵۰ تا ۲۵۰ کلمه و مایل (Italic) باشد.

- رعایت اصول چکیده‌نویسی ضروری است و در چکیده باید چهار قسمتِ 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 واژهٔ «کلیدواژه‌ها» استفاده شود.

-کلیدواژه‌های فارسی و انگلیسی مطابق هم باشند.

- در مقدمه به «تعریف مسئله»، «پیشینهٔ تحقیق»، «اهمیت، ضرورت و نوآوری پژوهش»، «سؤال یا سؤالات پژوهش» و «فرضیه یا فرضیه‌های تحقیق» پرداخته می‌شود.

- در مقدمه، ذکر «پیشینهٔ پژوهش» الزامی است.

- تیتر «چکیده»، «مقدمه»، «نتیجه‌گیری و پیشنهادها» و «فهرست منابع» شماره‌گذاری

نمی‌شود.

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

## اصول اخلاقی مجله

- فهرست نام نویسندگان نشان‌دهندهٔ 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 عهدهٔ اوست.

## حقوق نویسندگان و داوران

- اطلاعات شخصی نویسندگان برای کارشناسان و عوامل اجرایی و اعضای تحریریهٔ 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 چاپ‌شده یا ترجمهٔ آثار باشد و قبلاً در نشریهٔ دیگری چاپ شده یا برای نشریهٔ دیگر هم‌زمان ارسال شده باشد.
- در صورت تخلف نویسندگان، مطابق با مادهٔ ۳ از فصل دوم قانون حمایت از حقوق

پدیدآورنده (تأییدشده در وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) رفتار خواهد شد.

- همپوشانی مقالات چاپ‌شدهٔ نویسنده یا نویسندگان تا ۱۰ درصد پذیرفتنی است و بیشتر از آن شامل قانون کپی‌رایت 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). رحیق مختوم. قم: اسراء.

* ارجاع به مقاله:

- در متن: (نام خانوادگی نویسنده، سال نشر). مثال: (ایروانی؛ حق‌پناه، ۱۴۰۲).

- در فهرست منابع: نام خانوادگی نویسنده، نام. (سال نشر). عنوان مقاله. عنوان نشریه، دوره (شماره)، صفحهٔ آغاز– پایان مقاله. DOI یا DOR مقاله.

مثال: ایروانی، جواد؛ حق‌پناه، رضا. (۱۴۰۲ش). پاسخ به شبههٔ اسارت زن در دست مرد (بررسی موردی: تجویز رابطهٔ زنا شویی با کنیز شوهردار در قرآن). آموزه‌های قرآنی، ۲۰(۳۸)، ۳-۲۵. https://doi.org/10.30513/qd.2023.5167.2133

Civil Jurisprudence Doctrines
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# The Subject Matter of the Obligation and the Subject Matter of the Contract (Unity or Duality)

**Rouhollah Akhoundi**[1] | **Mostafa Shahbazi**[2]

1. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Law, Payam-e Noor University, Tehran, Iran. Email: Akhoundi@pnu.ac.ir
2. Assistant Professor, Department of Law, Hakim Sabzevari University, Sabzevar, Iran. Email: Shahbazimostafa@gmail.com

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received: 28 July 2024
Revised: 22 June 2025
Accepted: 28 September 2025
Available online 11 January 2026

**Keywords:**
Obligation (Taʿahhod), Contract (ʿAqd), Transaction, Agreement, Subject Matter, Object.

## ABSTRACT

The correct definition and description of concepts in legal science play an unparalleled role in the accurate analysis of issues, the swift resolution of related problems, and legal education. One of the significant and disputed issues that has remained unresolved, and constitutes the main question of this article, is whether, despite the conceptual distinction between "obligation" and "contract", their subject matters are also distinct. In other words, which of the four logical relations applies between the subject matter of a contract and that of contractual obligations? There is considerable disagreement among legal scholars on this matter. Some prominent figures maintain the unity, while others advocate the duality of the subject matter of obligation and the subject matter of contract. It appears that neither of these two views can be entirely correct in absolute terms, and each only expresses a part of the reality. In this theoretical and analytical research, we have concluded that not only must a distinction be made between the subject matter of transfer contracts and that of obligational contracts, but also a clear differentiation must be drawn between the infinitive and the passive participle/product meanings of these two terms. In effect, in transfer contracts, the subject matter of the obligation and the subject matter of the contract are identical. However, in obligational contracts, the subject matter of the obligation (in its product sense) differs from the subject matter of the contract. The subject matter of the obligation in obligational contracts is an asset or an act, whereas the subject matter of the contract in these contracts is the legal responsibility and liability of the obligated party. Consequently, it must be stated that the relationship between the subject matter of the obligation and the subject matter of the contract in transfer contracts is equality, while in obligational contracts this relationship is nothing other than distinctness/opposition.

**Cite this article:** Akhoundi, R.; Shahbazi, M. (2026). The Subject Matter of the Contract and the Subject Matter of (Contractual) Obligations: Unity or Duality. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 18(33), 11-39. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6210.1979

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

## Extended Abstract

**Introduction**

A precise conceptual description of the fundamental notions of contract law constitutes a prerequisite for the formation of coherent juristic and legal analyses and for the systematic formulation of rules suitable for judicial and educational application. One of the significant theoretical issues in this field concerns the distinction or unity between the subject matter of the contract and the subject matter of contractual obligation(s). This issue is particularly important because, on the one hand, contract and obligation differ in concept, nature, and function; yet, on the other hand, many legal writers refer to the "subject matter of the contract" and the "subject matter of the obligation" using similar or even synonymous expressions without a clear conceptual distinction. The principal question of this article is therefore as follows: despite the conceptual difference between contract and obligation, are their respective subject matters also different? If unity or difference exists, what logical relationship — among the four classical logical relations (*al-nisab al-arbaʿah*) — governs the relationship between the subject matter of the contract and the subject matter of the obligation?

By examining various doctrinal views — some advocating the unity of the subject matter of the contract and that of the obligation, and others supporting their duality — the article demonstrates that the disagreement largely arises from a confusion between two conceptual levels: (1) contract and obligation in their verbal noun sense (as the process of declaration and creation of a legal relationship); and (2) contract and obligation in their deverbal or product sense (as an established legal situation consisting of rights and duties). On the basis of this distinction, a clear analysis of the object related to the subject matter of the obligation is presented. In this regard, the subject matter of an obligation may, depending on the case, consist of property (a corporeal object, usufruct, or right), an act (performance or abstention), the realization or extinction of another obligation, and similar matters. Furthermore, different classifications of the subject matter of obligations — such as generic and specific, fungible and non-fungible — are examined and compared with other legal systems.

In English law, although "goods" are defined as personal movable property (with certain rights excluded), judicial practice and legal doctrine effectively recognize that various rights, shares, and intangible assets may serve as consideration and therefore function as the subject matter of transactions. This occurs without drawing a distinction between the subject matter of the obligation and the subject matter of the transaction comparable to that found in some Iranian and French legal writings.

**Method**

This article adopts an analytical-comparative method and simultaneously draws upon the foundations of Imami jurisprudence, Iranian civil law, and comparative law — particularly French and English law. It first revisits the concepts of contract, transaction, obligation, and subject matter in two dimensions: the verbal noun sense and the deverbal (product) sense. It then relies on statutory texts — including Articles 190, 214, and 200 of the Iranian Civil Code, Article 1110 of the French Civil Code, and the rules concerning "goods" in English law — to demonstrate that the subject matter of a transaction is not confined to tangible objects. Proprietary rights, benefits, labor, and even certain intangible rights may constitute the subject matter of contracts and obligations.

Within this framework, the distinction between the subject matter of the contract and the essential effect of the contract is precisely explained. The essential effect of a contract refers to its principal legal consequence and typical purpose, whereas the subject matter of the contract refers to the object in relation to which transfer, assignment, or commitment occurs. For example, in a contract of sale, the transfer of the sold property and the payment of the price constitute the essential effect of the contract, while the transfer of ownership of a specific property in exchange for a determined consideration constitutes the subject matter of the contract. In marriage, the permissibility of marital relations constitutes the essential effect, whereas the locus and subject matter of the contract is the liability (*dhimma*) of the spouses upon which the rights and obligations arising from such permissibility are imposed.

**Findings**

In conveyancing contracts, when contract and obligation are considered in their product sense, the subject matter of the contract and the subject matter of the obligation are practically identical. This is because the principal effect of the contract is the transfer of property, and the object of the obligation is that same transferable property. Consequently, the logical

relationship between the subject matter of the contract and that of the obligation in conveyancing contracts is a relationship of equality.
In contrast, in promissory contracts, the subject matter of the obligation in its product sense consists of property or an act (and sometimes a person within the limits permitted by law and Sharīʿa), whereas the subject matter of the contract is the liability or legal responsibility of the obligor, which constitutes the locus in which the obligation is established. In such contracts, the effect of the contract is the creation of an obligation upon the obligor's liability. Accordingly, the subject matter of the contract is the liability in which the obligor undertakes the commitment, while the subject matter of the obligation is the thing that must be performed or transferred. Therefore, the logical relationship between the subject matter of the contract and that of the obligation in promissory contracts is one of mutual exclusivity.
The article also provides a detailed critique of the view advanced by certain prominent scholars of civil law who regard the distinction between the subject matter of the contract and that of the obligation as artificial and unnecessary and, relying on Article 214 of the Iranian Civil Code, reduce both to "property or an act." By carefully distinguishing between the object of the declaration of will and the object of the legal effect resulting from that declaration, and by drawing upon both juristic and legal opinions, the article demonstrates that although in practice property or an act often simultaneously constitutes both the locus of the contractual effect and the object of the obligation, failure to distinguish between these two conceptual levels leads to ambiguity in issues such as mistake concerning the subject matter of a transaction, the possibility of nullity or rescission of contracts, the determination of the scope of legal capacity, and the precise analysis of certain juristic-legal institutions such as contracts for the benefit of third parties or the assignment of debt.

**Conclusion**

The final conclusion of the study is that recognizing an analytical duality between the subject matter of the contract and the subject matter of the obligation — while maintaining the distinction between conveyancing contracts and promissory contracts and also between the verbal and product senses of both contract and obligation — not only accords with the foundations of civil jurisprudence but can also contribute to greater coherence in the provisions of the Iranian Civil Code concerning transactions, mistake, legal capacity, and the effects of contracts. At the same time, such an approach provides a more suitable basis for dialogue and convergence with comparative legal systems.

### *Authors' Contributions*
This article has been completed with the participation of both authors. The main idea and the extraction of the primary data were undertaken by the first author, and the second author expanded the work. Data analysis, revisions, review, and editing of the manuscript were carried out by the second author. Each author's contribution amounts to 50 percent.

### *Data Availability Statement*
No data are available.


### *Acknowledgements*
The authors express their gratitude to all those who contributed to the development of this article, including the staff of the Library of Razavi University of Islamic Sciences for their valuable cooperation in providing research resources, as well as the reviewers whose constructive comments assisted in the evaluation of this article.


### *Ethical Considerations*
The authors have avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and any form of research misconduct.


### *Funding*
The authors received no specific financial support from funding agencies in the public, commercial, or non-profit sectors.


### *Conflict of Interest*
The authors declare that they have no conflict of interest.

### *Declaration on the Use of AI Tools in the Writing Process*
The authors did not use any artificial intelligence tools in the preparation of this article.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# موضوع تعهد و موضوع عقد (وحدت یا دوگانگی)

روح‌الله آخوندی روشناوند[۱] | مصطفی شاهبازی[۲]

۱. نویسنده مسئول، استادیار، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. رایانامه: akhoundi@pnu.ac.ir

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار، ایران. رایانامه: shahbazimostafa@gmail.com

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:** پژوهشی

**تاریخ دریافت:** ۱۴۰۳/۰۵/۰۷

**تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۴/۰۱

**تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۷/۰۶

**تاریخ انتشار برخط:** ۱۴۰۴/۱۰/۲۱

**کلیدواژه‌ها:** تعهد، دوگانگی، عقد، موضوع تعهد، موضوع عقد، وحدت.

**چکیده**

تعریف و توصیف صحیح مفاهیم در علم حقوق در تحلیل درست موضوع‌ها، حل سریع مسائل مرتبط و نیز آموزش آن‌ها نقش بی‌بدیلی را ایفا می‌نماید. یکی از موضوع‌های مهم و مورد مناقشه که تاکنون حل نشده و پرسش اصلی این نوشتار می‌باشد، این است که آیا به‌رغم تخالف مفهومی «تعهد» و «عقد»، موضوع این دو مفهوم متغایر است یا خیر؟ به عبارت دیگر، بین موضوع این دو چه نسبتی از نسب اربعه صادق است؟ در این‌خصوص میان نویسندگان حقوقی اختلاف نظر بسیاری وجود دارد. برخی بزرگان قائل به وحدت و برخی مشاهیر دیگر قائل به دوگانگی بین موضوع تعهد و موضوع عقد شده‌اند. به نظر می‌رسد هیچ‌کدام از این دو دیدگاه نمی‌تواند به طور مطلق و کامل صحیح باشد و هرکدام تنها قسمتی از واقعیت را بیان می‌نماید. در این پژوهش نظری و تحلیلی، به این نتیجه رسیده‌ایم که نه‌تنها در این‌خصوص باید میان موضوع عقد تملیکی و موضوع عقد عهدی قائل به تفاوت شد، بلکه بی‌تردید باید میان مفهوم مصدری و اسم مفعولی (محصولی) این دو عنوان نیز فرق گذاشت. در واقع، در عقود تملیکی موضوع تعهد و موضوع عقد یکی است، این در حالی است که در عقود عهدی موضوع تعهد در معنای محصولی با موضوع عقد تفاوت دارد. موضوع تعهد در عقود عهدی مال یا عمل است، در حالی که موضوع عقد در این عقود، ذمّه و عهدهٔ شخص متعهد است. به همین دلیل باید گفت نسبت میان موضوع تعهد و موضوع عقد در عقود تملیکی «تساوی» است، در حالی که در عقود عهدی این نسبت چیزی جز «تباین» نیست.

**استناد:** آخوندی روشناوند، روح‌الله؛ شاهبازی، مصطفی. (۱۴۰۵). موضوع تعهد و موضوع عقد (وحدت یا دوگانگی). آموزه‌های فقه مدنی، ۱۸(۳۳)، ۱۱-۳۹. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6210.1979

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

## مقدمه

دست یافتن به ارتباط و نسبت منطقی میان مفاهیم مشابه و مرتبط در علوم اعتباری مانند حقوق، نه تنها در امر آموزش بسیار مؤثر است، بلکه در ارائه الگوریتمی صحیح در این رشته از علم، از اهمیت به سزایی برخوردار است. موضوع این پژوهش یکی از مسائل مهم حقوقی و مورد مناقشه که واجد اهمیت نظری بسیاری است، می‌باشد. این بحث به این اعتبار که علاوه بر علم حقوق، در علوم دیگر مانند اقتصاد و حسابداری و مدیریت مالی نیز منشأ اثر است، از اهمیت مضاعفی برخوردار است (صفایی، ۱۳۸۴، ص۱۵).

پیش از ورود به اصل موضوع، باید تقریر درستی از محل نزاع داشت. به طور کلی، رابطهٔ بین خود دو مفهوم تعهد و عقد، عموم و خصوص مطلق است. چرا که هر عقدی تعهد است، اما هر تعهدی عقد نیست. به عبارت دیگر، عقد یکی از مصادیق تعهد است، این در حالی است که ممکن است تعهدی به وجود آید، در صورتی که عقدی هم در میان نباشد؛ مانند الزامات خارج از قرارداد. آنچه این پژوهش درصدد تبیین آن است، تقریر نسبت درست میان موضوع تعهد و موضوع عقد در قواعد عمومی قراردادها است و به سایر تعهدات قانونی مانند الزامات خارج از قرارداد نخواهد پرداخت. در هر عقدی، تعهد یا تعهداتی وجود دارد که وجود آن‌ها از آن عقد ناشی می‌شود. این پژوهش درصدد پاسخ به این پرسش مهم است که نسبت میان موضوع تعهد با موضوع عقد چیست؟

این دو اصطلاح، در قانون مدنی و سایر قوانین چندین بار به کار رفته است که برخی نویسندگان به علت عدم درک صحیحی از این مفاهیم، این دو مفهوم را با یکدیگر خلط کرده‌اند (نوری، ۱۳۷۵، ص۷). باید متذکر شد هرچند میان موضوع و مورد عقد واقعاً تفاوت وجود دارد،[۱] با این حال، به رغم این تفاوت، ما در این پژوهش

---

۱- عموم فقیهان امامیه (حتی معاصران) به مناسبت تبیین «مورد اجاره» در کتاب اجاره، به توصیف «مورد» پرداخته‌اند. در هر عقد، هم موضوع و هم مورد وجود دارد. موضوع عقد هم می‌تواند متعلَّق عقد باشد و هم می‌تواند چنان‌که برخی گفته‌اند، همان ما وضع له عقد باشد. بی‌تردید، ما وضع له عقد مانند ایجاد یا سقوط تعهد و یا خود تملیک، به متعلَّق عقد یعنی مال یا عملی تعلق می‌گیرد که ما این مال یا عمل را

تفاوتی میان این دو قائل نشده‌ایم و با اغماض «مورد» را همان «موضوع» و بالعکس دانسته‌ایم.

درخصوص پیشینهٔ پژوهش باید گفت هرچند درخصوص موضوع تعهد یا موضوع معامله پژوهش‌ها و آثار زیادی نگارش یافته است، لیکن جهت و رویکرد این آثار و تحقیق‌ها با رویکرد و جهت پژوهش حاضر به طور کامل متفاوت و متمایز است و از این جهت نوشتار در پیش‌رو دارای نوآوری بوده و بی‌سابقه است. به عنوان نمونه در مقاله «تأملی بر مفهوم تعهد و التزام در فقه امامیه و حقوق ایران» اثر نصرالله جعفری خسروآبادی، چنان‌که از عنوان آن پیداست، تنها به مفهوم‌شناسی دو واژهٔ تعهد و التزام و تمایز میان آن‌ها پرداخته شده است. در رسالهٔ دکتری «مطالعه تطبیقی ماهیت دین و تعهد و کارکرد آن در نظام‌های حقوقی رومی‌ژرمنی، کامن‌لا و اسلام» اثر همین نویسنده، مؤلف پس از ارائه تعاریفی از این دو مفهوم و نسبت‌سنجی میان این مفاهیم، به کارکردهای آن‌ها در نظام‌های مذکور پرداخته است، بدون آنکه به تفاوت میان موضوع تعهد و موضوع عقد پرداخته باشد. به همین شکل می‌توان به پژوهش‌هایی مانند «دوگانگی علت و موضوع و آثار آن از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و فرانسه» اثر مهدی شهابی و نفیسه جعفری، و «تعیین مورد معامله» اثر عیسی امینی، و «تحلیل ماهیت عقد عهدی با بازخوانی مفهوم تعهد در حقوق ایران» نوشتهٔ حامد خوبیاری و سید محمدصادق طباطبایی، و نیز «کالبدشکافی مفهوم تعهد»

---

موضوع عقد می‌نامیم و برخی آن را «مورد عقد» دانسته‌اند. در مقابل، برخی موضوع عقد را چیزی دانسته‌اند که عقد به خاطر آن و برای آن وضع شده است. به عنوان مثال، ایشان موضوع عقد بیع را «تملیک عین» و موضوع عقد اجاره را «تملک منفعت» دانسته‌اند و از همین رو، ایشان به مورد معامله «متعلق موضوع عقد» اطلاق نموده‌اند (محقق دا ماد و دیگران، ۱۳۹۳، ج۲، ص۳۷۷). در نظام حقوقی ایران، مورد معامله از جهات مختلفی همچون وضعیت منطقی، ماهیت و خصوصیات نوعی و شخصی مورد تقسیم‌بندی قرار گرفته است (شهیدی، ۱۳۸۵، ص۲۷۹-۲۸۰). از حیث منطقی که در آن تنها منطق شکلی و ریاضی حاکم است، مورد معامله به عین معین، در حکم معین و کلی ما فی الذمه تقسیم شده است. اقسام مورد معامله محدود به این صور سه‌گانه می‌باشند، به گونه‌ای که غیر از این صور، مورد معامله‌ای قابل تصور نیست و در هر عقد، فقط یکی از این موارد می‌تواند مورد عقد قرار گیرد. بند سوم مادهٔ ۱۹۰ قانون مدنی ایران، «موضوع معین که مورد معامله باشد» را از شرایط اساسی صحت معامله دانسته است. برخی گفته‌اند در نگارش این ماده، گویا قانون‌گذار برای احتراز از تعبیر فرانسوی «موضوع تعهد»، از واژهٔ «مورد» استفاده نموده است تا عنوان جامعی برای همهٔ معاملات عهدی و غیرعهدی باشد، حال آنکه در ادامه در مواد بسیاری از جمله ۲۷۵، ۲۷۷ تا ۲۷۹ و ۶۳۷ قانون مدنی به این اصطلاح خود پایبند نمانده است (عالی‌پناه و ماجدی، ۱۳۹۸، ص۲۴۵).

اثر احمد دیلمی و... اشاره نمود که هرچند بی‌ارتباط به موضوع ما نیستند، اما واقعاً با مسئلهٔ اصلی پژوهش حاضر بیگانه هستند.

در قسمت نخست و دوم این پژوهش به تعریف عقد و تعهد قراردادی و موضوع آن‌ها پرداخته شده است و در نهایت در قسمت سوم، پس از ارائه تعریف دقیقی از موضوع عقد و تعهد، به نسبت‌سنجی میان موضوع این دو و ارائه نظریهٔ منتخب در این خصوص پرداخته‌ایم.

## ۱. عقد و موضوع آن

عقد یک مفهوم اجتماعی است و هنگامی واقع می‌شود که دو شخص دربارهٔ موضوع خاصی با هم تراضی کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج۱، ش۲۸۳). این مفهوم اعتباری با اینکه عینیت و واقعیت ندارد، ولی دارای گونه‌ای هستی و وجود است که سایه خود را بر همه شئون اجتماعی و حتی بر امور واقعی گسترده است (شهیدی، ۱۳۷۷، ص۳۲-۳۳). در این بخش ابتدا به مفهوم عقد و سپس به موضوع عقد می‌پردازیم.

### ۱ـ۱. عقد

هر چند در بین نویسندگان اختلاف نظر وجود دارد که آیا واژگان «عقد»، «قرارداد» و «معامله» مترادف بوده و یا هر یک بار معنایی متفاوتی دارد، به گونه‌ای که برخی از حقوقدانان معتقدند که «معامله» ناظر بر عقود مالی (معوض یا غیرمعوض) است، اما «عقد» عام است و شامل عقود غیرمالی نیز می‌شود (لنگرودی، مجموعه محشی، ۱۳۷۹، ص۱۵۵)؛ با این حال، صرف نظر از این اختلاف نظرها، به نظر می‌رسد واژگان «عقد»، «قرارداد» و «معامله» در بحث ما یکی هستند و بنابراین تفاوتی میان «موضوع عقد»، «موضوع قرارداد» و یا «موضوع معامله» با هم وجود ندارد و همه در مقابل «موضوع تعهد» قرار دارند.

برخی حقوقدانان گفته‌اند تعاریف قوانین خارجی مانند تعریف مادهٔ ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه و تعریف مادهٔ ۱۴۵ قانون مدنی آلمان درخصوص عقد هیچ مبنای علمی ندارد، چراکه ایشان براساس همین تعریف نتوانسته‌اند تعیین کنند که آیا برات عقد است یا ایقاع؟ (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص۴۹۵). به اعتقاد ایشان ما شاهد هیچ نوع نص شرعی درخصوص تعریف عقد نیستیم (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص۴۹۵).

از همین رو برای تعریف عقد باید به آرای فقهی و دکترین‌های حقوقی رجوع نمود. برخی فقها مفهوم عرفی عقد را انشا و ایجاد دانسته‌اند.[۱] به اعتقاد برخی دیگر، عقد انشای ماهیتی است که دارای آثار حقوقی باشد و بنابراین انتقال مالکیت یا پیدایش تعهد، از آثار عقد است و نه ماهیت آن.[۲] برخی حقوقدانان عقد را به «توافق دو یا چند اراده به منظور ایجاد آثار حقوقی» تعریف نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ص۲۴). این تعریف به نظر مخدوش است، چراکه در تحلیل مفهوم عقد، این «قصد انشا» است که عنصر اصلی و اساسی عقد است و بنابراین عنوان «توافق یا تراضی» نمی‌تواند بیان‌کنندهٔ همهٔ واقعیت و ماهیت عقد باشد. در واقع، مادامی که توافق و تراضی با «قصد انشا» همراه نباشد، عقدی محقق نخواهد شد.

در تفاوت عقد با قرارداد گفته شده برخلاف عقد، قرارداد علاوه بر اینکه همیشه با قصد انشا همراه است و علی‌الاصول برای ایجاد تعهد واقع می‌شود، اما لزوماً هر قراردادی ایجاد تعهد نمی‌کند تا همیشه جنبهٔ الزام‌آور داشته باشد. در واقع، موضوع فقط برخی قراردادها ایجاد حق یا تکلیف است و موضوع برخی دیگر از قراردادها، اسقاط و تغییر حق یا تکلیف است. بنابراین رابطهٔ قرارداد و عقد در این معنا «عموم و خصوص مطلق» است؛ یعنی هر عقدی قرارداد است، ولی هر قراردادی عقد نیست. با این حال، برخی نویسندگان معتقدند که میان «قرارداد» و «عقد» تفاوت معناداری وجود ندارد و این دو در یک معنا به کار می‌روند (شیروی، ۱۳۹۶، ص۱۰). در هر حال، باید خاطرنشان ساخت گرچه فقها عادتاً مفهوم عرفی عقد را «انشا و ایجاد» می‌دانند، با این حال مراد حقوقدانان از عقد در اصطلاح حقوقی اعم از «توافق بر ایجاد یا انتقال تعهد یا تغییر و پایان دادن آن» می‌باشد (سنهوری، ج۱، ص۱۳۷). در واقع، آنچه در این میان اهمیت دارد وجود توافق بر ایجاد نوعی اثر حقوقی است که با مفروض بودن آن (چه ایجاد و چه اسقاط) فرقی میان عقد و قرارداد وجود ندارد (عمید

---

۱. و هو في اصطلاح الفقهاء عبارة عن إنشاءين متلازمين ابتدائي و مطاوعي معقود أحدهما بالآخر في وعاء الاعتبار (مشکینی اردبیلی، ۱۳۹۲، ص۳۷۷).

۲. فالعقد ليس التزاما ولا ربطا ولا ارتباطا ... بل الذي ينشأ به هو التمليك أو المبادلة ولازمه عقلا وشرعا هو التعهد والالتزام (نجفی، کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، تحریر المجلة، ج۱، نجف اشرف، المکتبة المرتضویة، قسم ۱، ص۱۱۸).

زنجانی، بی‌تا، ص۹). مادهٔ ۱۸۳ ق.م. ایران که مقتبس از مادهٔ ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه[1] است، در تعریف عقد بیان نموده یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نماید و مورد قبول آن‌ها باشد. در این تعریف، واژهٔ «امر» شامل امور ایجابی (تملیک و ایجاد تعهد) و سلبی (اقاله) می‌شود. برخی گفته‌اند قانون مدنی فرانسه اهداف عقد را منحصر در سه چیز ساخته، در حالی که قانون مدنی ما از کلمهٔ امر استفاده نموده است (لنگرودی، ۱۳۷۹، ص۱۵۶).

معامله[2] مصدر باب مفاعله از ریشهٔ «عمل» است که اثرپذیری و طرفینی بودن عمل (مطاوعه) از جمله خصوصیات این باب است. معامله در سه معنای عام، خاص و اخص به کار رفته است. در معنای عام، معامله در مقابل عبادت به کار رفته و به هر فعلی که نیازمند نیت و قصد تقرب نباشد، اطلاق می‌شود. در فقه مرسوم است که بخش عبادات مقدم بر معاملات مطرح می‌گردد. معامله در معنای خاص به اعمال حقوقی (عقد و ایقاع) اطلاق می‌شود و در معنای اخص، معامله شامل عقود مالی معوض می‌گردد و لذا نکاح را دربر نمی‌گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص۶۶۴، ش۵۲۹۵). حقوقدانان در ادبیات حقوقی میان عقد، معامله و قرارداد تفاوتی قائل نمی‌شوند. از جمله ایرادات تعریف عقد مندرج در مادهٔ ۱۸۳ قانون مدنی این است که این تعریف عقود تملیکی را دربر نمی‌گیرد و تنها منحصر به عقود عهدی است و اینکه این تعریف منحصر به عقود غیرمعوض بوده و عقود معوض را دربر نمی‌گیرد و نیز اینکه این تعریف میان مفهوم عقد و تعهد خلط نموده است، چراکه عقد را معادل تعهدی دانسته است که یک یا چند نفر در برابر دیگران بر عهده گرفته‌اند و مورد قبول آن‌ها قرار گرفته است (شهیدی، ۱۳۷۷، ص۳۶ به بعد؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶الف، ج۱، ص۱۵ به بعد). حقوقدانان برای رفع این ایرادها، تعریفی متفاوت از عقد یا معامله ارائه داده‌اند. برخی اساتید در تعریف عقد گفته‌اند: «توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۶الف، ج۱، ص۲۱، ش۱۰). برخی دیگر نیز «همکاری متقابل دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی»

1. Le contrat est une convention par laqelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, á donner, á faire ou á ne pas faire quelque chose.
2. Contrat/ Contract

(شهیدی، ۱۳۷۷، ص۳۹، ش۱۰) را تعریف عقد دانسته‌اند. عقد چه در تعریف قانون مدنی و چه در هر یک از تعاریف اخیر، در معنای اسم مصدری (انجام دادن) به کار رفته است، چراکه در هر یک از این سه تعریف یعنی «تعهد بر امری»، «توافق دو یا چند اراده» و «همکاری متقابل اراده»، صحبت از یک فعل و عمل شده است. این در حالی است که اگر بخواهیم یک تعریف اسم مفعولی (محصولی) از عقد به دست بدهیم، می‌توان بر اساس هر یک از سه تعریف مزبور چنین گفت: «تعهدی که در پی ملتزم شدن یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر ایجاد می‌گردد»، «آثار حقوقی که در پی توافق دو یا چند اراده ایجاد می‌گردد» و «ماهیت حقوقی که با همکاری متقابل دو یا چند شخص ایجاد می‌گردد».

### ۱ـ۲. موضوع عقد

با روشن شدن مفهوم عقد و معامله از دو دیدگاه اسم مصدری و اسم مفعولی، باید دید موضوع عقد یا همان معامله چیست و آیا اساساً چنان‌که برخی معتقدند با موضوع تعهد متفاوت است؟ برخی حقوق‌دانان فرانسوی با پاک کردن صورت مسئله، اساساً منکر وجود موضوعی برای معامله شده‌اند (Ripert et Boulanger 1957, T. 2: 99)[۱] امری که نمی‌تواند منطقی باشد، چراکه چگونه می‌توان یک امر ارادی را بدون موضوع تصوّر نمود؟ برخی دیگر نیز گفته‌اند موضوع (ما وُضِعَ له) معامله، همان ایجاد تعهد است (Carbonnier 2000, T. 4: 117, N. 54)[۲] که به نظر می‌رسد ایجاد تعهد اثر معامله و نه موضوع آن است. برخی دیگر در تعریف موضوع معامله گفته‌اند «مجموعه عملیات و تحولات حقوقی که برای وقوع آن‌ها تراضی صورت می‌پذیرد» (Mazeaud 1985, T. 2: 229, N. 231).[۳] به نظر ایشان موضوع معامله یک عمل حقوقی مانند بیع، معاوضه و... و نظایر آنها است.[۴]

---

۱. کولن و کاپیتان، ج۲، ش۶۸۷؛ ژاک گستن، رساله حقوق مدنی، تعهدات، قرارداد، ش۵۱۰ به بعد؛ به نقل از کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج۲، ص۱۵۴.

۲. پلینول و ریپر، ج۶، به‌وسیله اسمن، ش۲۱۸، پاورقی۱؛ ژوسران، ج۲، ش۱۱۲؛ مارتی و رینو، ج۲، ش۱۴۶؛ به نقل از کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج۲، ص۱۵۴.

۳. بودان و لربور پی ژونیر، ج۸، به‌وسیله لاگارد، ش۱۶۲ به بعد؛ الکس ویل، حقوق مدنی، تعهدات، ش۲۲۴ و ۲۳۹؛ به نقل از کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج۲، ص۱۵۵.

۴. L'objet du contrat est l'opération juridique que les parties cherchent a réaliser;

در این معنا، موضــوع معامله چیزی نیســت مگر ماهیت و آثار حقوقی که محل همکاری دو یا چند اراده اســت. در تعبیر دقیق‌تر، باید آثار حقوقی را هم خارج از موضوع معامله دانست و فقط ماهیت حقوقی مقصود را که محل و موضوع همکاری دو یا چند اراده است، موضوع معامله دانست. بنابراین موضوع معامله و عقد بیع را باید همان تملیک مبیع در برابر ثمن دانست و این ماهیت حقوقی است که موضوع معامله را تشکیل می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج۲، ص۱۵۵، ش۳۸۰). لازم به ذکر است که موضوع معامله در این معنا را نباید با مقتضای ذات عقد یکی دانست. اگرچه این دو تا حدی به یکدیگر نزدیک هستند، اما یکی نیستند. مقتضای ذات عقد در واقع اثر و هدف اصلی هر عقدی است. به عنوان مثال، در عقد بیع، انتقال مبیع و ثمن هدف اصلی و مقتضای ذات عقد است، در حالی که تملیک عین به عوض معلوم موضوع عقد است. شاید این تفاوت در عقد نکاح بهتر به چشم آید. مقتضای ذات عقد نکاح، حلّیت مقاربت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص۶۷۷، ش۵۴۰۵)، اما موضوع و محل عقد نکاح، ذمهٔ طرفین اســت که متعلَّق آن تکلیف و حق ناشــی از حلّیت مقاربت است. باید خاطرنشان نمود که موضوع معامله از جهتی به عین معین و کلی و یا کلی در معین تقسیم می‌شود. موضوع معامله از این حیث که کار یا تعهد یا عمل حقوقی (Ghestin, 1971, pp. 90-92, N. 79 & 80) باشد، با آنجا که موضوع معامله از حقوق (نک: کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج۲، ص۴۳۹) محسوب می‌گردد، متفاوت است.

## ۲. تعهد و موضوع آن

موضــوعات مختلف قراردادی از جمله اجرای تعهد و ماهیت آن (خرســندیان و نصــری‌پور، ۱۳۹۳، ص۱۶۵) بســتگی به موضــوع تعهد دارد. در هر معامله‌ای تعهد یا تعهداتی وجود دارد که وجود آن‌ها از آن معامله ناشــی می‌شــود. بنابراین باید میان معامله و تعهد (مانند موضوع این دو) قائل به تفاوت شد. البته در قانون مدنی هر از گاهی میان این دو مفهوم خلط شده است. به عنوان مثال، واژهٔ «تعهد» در مادهٔ ۵۶۵ قانون مدنی («جعاله تعهدی اســت جایز...») به معنای عقد و معامله اســت. در توجیه این خلط شاید بتوان گفت تعهد اساساً دارای دو معنا است: نخست، تعهد

---

Mazeaud 1985, T. 2: 229, N. 231.

به معنای عام که معادل عقد و معامله اســت؛ و دوم، تعهد به معنای خاص که مرادف با دین و التزام ناشی از معامله است.

### ۲ـ۱. تعهد

تعهد[۱] در لغت فارســی به معنای عهده‌دار شــدن کاری، به عهده گرفتن، عهد کردن، عهد و پیمان بســتن (عمید، ۱۳۸۹، ص۴۳۷)، تیمار داشــتن و تازه کردن پیمان (صفایی، ۱۳۸۴، ص۱۲) آمده است و در لغت عربی، مصدر باب تفعّل از ریشهٔ «عهد» به معنای تازه کردن پیمان،[۲] شـرط یا عهدی را پذیرفتن و التزام اسـت. در فقه و حقوق، رابطه‌ای است قانونی یا شخصی میان دو شخص که به موجب آن ذمهٔ یکی به سود دیگری مشـغول می‌شـود (انصـاری، ۱۳۸۸، ص۷۱۱). تعهدات جمع تعهد و به معنی به عهده گرفتن و یا التزام اسـت. نتیجهٔ پیدایش تعهد، الزام اسـت که عبارت اسـت از اجبار قانونی بر انجام مورد تعهد (شـهیدی، ۱۳۹۱، ص۱۴). بخش تعهدات در حقوق اروپا عنوان مسـتقلی یافته اسـت که از حقوق رم که اثر اصـلی عقد را پیدایش تعهد اعلام نموده، اقتباس گردیده و در قانون مدنی ایران پس از تطبیق با موازین فقهی وارد شـده اسـت (شـهیدی، ۱۳۸۲، ص۲۰). فقها تعریف قابل ملاحظه‌ای از تعهد نکرده‌اند؛ هرچند که آن را می‌شـناخته و عقیده داشـته‌اند نیاز به تعریف ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص۷۶۰).

برخی معتقدند واژهٔ اصـلی متداول در فقه برای افادهٔ معنای تعهد (به طور عام) اصـطلاح التزام اسـت (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج۱، ص۳۶۱). به اعتقاد ایشـان، اصـطلاح التزام در فقه با اصطلاح تعهد که به نوعی مأخوذ یا متأثر از حقوق فرانسه است، بسیار تفاوت دارد؛ چرا که در حقوق فرانســه، رکن تعهد، مأخوذ بودنِ متعهد به تعهد خود است، حال آنکه در التزام در فقه چنین مأخوذ بودنی رکن نیست. نفس توکیل، التزام موکل اســت به اعطای اختیار به وکیل که اثر آن، قانونی بودن تصــرفات وکیل در موکل‌فیه است و حال آنکه موکل، مأخوذ به آن التزام نیست. نویسندگان قانون مدنی

---

۱. Obligation

۲. مؤلف قاموس فقهی، تعهد را به معنای «التحفظ بالشيء و تجديد العهد به» دانسـته اسـت (سـعدی، ۱۴۰۸، ص۲۶۴).

که باب تعهدات را از حقوق فرانسه گرفته‌اند، اصلاً توجهی به فرق التزام اسلامی و تعهد رومی نداشته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص۲۱۳-۲۱۴).

تعهد که در حقوق عرفی ایران در برابر واژهٔ لاتین «Obligation» نهاده شده است و به پیروی از این واژه، دو معنی دارد. نخست در معنی عام، تعهد یعنی هرچه که قانون یا اخلاق به انسان دستور می‌دهد، هرچند که در برابر فرد یا افراد معین نباشد.[۱] فقهای امامیه نیز اصطلاح «عهد» را که مترادف با تعهد است، در همین معنی عام به کار برده‌اند و آن را شامل عقود و ایقاعات و تکالیف دینی نیز دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص۷۵۷). دوم در معنی خاص، تعهد رابطه‌ای حقوقی است که نتیجهٔ آن انتقال مال (اعم از پول یا کالا) یا انجام دادن فعل یا ترک فعل معین یا اسقاط یک اثر حقوقی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص۷۵۹). منشأ تعهد ممکن است عقد یا ایقاع یا واقعهٔ حقوقی باشد. هر عقدی تعهد است، ولی هر تعهدی عقد نیست. تعهد یکی از عناصر عمومی عقد است و عقد بدون تعهد نداریم (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص۷۶۰). در ترمینولوژی حقوق، ذیل واژهٔ تعهد چند معنا ذکر شده است:

الف) «رابطهٔ حقوقی که به موجب آن شخص یا اشخاص معین، نظر به اقتضای عقد یا شبه عقد یا جرم یا شبه جرم و یا به حکم قانون، ملزم به دادن چیزی یا مکلف به فعل یا ترک عمل معینی به نفع شخص یا اشخاص معین می‌شوند». در این تعبیر نه تنها تعهد به یک رابطهٔ حقوقی تعریف شده است، بلکه منشأ تعهد را اعم از اعمال حقوقی بیان کرده است و لذا از این دو جهت این تعریف مورد ایراد است.

ب) «حق ذمی را نسبت به کسی که آن حق علیه او است تعهد گویند». این تعریف معنای محصولی و اسم مفعولی تعهد را بیان می‌دارد و مانند تعریف «الف» و نیز تعریف «ج» که در پی می‌آید، عام است.

ج) «عمل بر ذمه گرفتن حقی به نفع غیر» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص۱۶۶، ش۱۳۲۶). این تعریف معنای مصدری تعهد را بیان می‌دارد. حق در این تعریف و تعریف «ب» اعم است از به عهده گرفتن انجام یا ترک عمل، چه در برابر عوض باشد و چه نباشد.

---

۱. تعهد در فصل سقوط تعهدات (مواد ۲۶۴ به بعد) در معنی عام به‌کار رفته است. تعهد در این معنی مترادف «Obligation» در حقوق فرانسه است.

به طور کلی، تعهد از دو دیدگاه اسم مصدری و اسم مفعولی دو تعریف دارد. در دیدگاه اسم مصدری، نفس «متعهد شدن»، «ملزم شدن» و «به عهده گرفتن» مهم است، در حالی که در دیدگاه اسم مفعولی، برخلاف اعمال فوق، نتیجهٔ این اعمال یعنی «وظیفه»، «التزام» و «تعهد» مد نظر است. در یکی متعهد شدن مبنای تعریف است و در دیگری خود تعهد به عنوان اثر و محصول متعهد شدن اساس تعریف است (شهیدی، ۱۳۷۷، ص۴۲، ش۱۵). برخی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص۷۶۷) برای تعهدات دو نوع مبنای متفاوت برشمرده‌اند: مبنای نخست که از حقوق فرانسه گرفته شده است، در مواد ۲۱۹ تا ۲۲۱ و ۲۲۶ تا ۲۳۱، ۲۶۴، ۲۹۲، ۲۹۳ و ۳۰۱ تا ۳۰۶ قانون مدنی ایران متأثر از حقوق تعهدات فرانسه و قانون مدنی این کشور متجلی شده است که هم‌اکنون کلیات تعهدات ما را تشکیل می‌دهد. مبنای دوم مانند مبنای مندرج در عقد ضمان، حواله، کفالت و جعاله که از حقوق اسلامی گرفته شده است.

موضوع، طرف تعهد و رابطه حقوقی نیز ارکان اصلی تعهد می‌باشند.

۱. موضوع: موضوع یا مورد تعهد ممکن است انتقال مال، انجام کار و یا خودداری از انجام کاری باشد. چون انتقال مال هم امری محسوب می‌شود می‌توان گفت موضوع تعهد همیشه انجام امر یا خودداری از انجام امری است (صفایی، ۱۳۸۴، ص۱۲). موضوع تعهد می‌تواند تسلیم مال (عین معین، کلی‌درمعین یا کلی‌فی‌الذمه)، پرداخت پول و یا انجام دادن کار (فعل یا ترک فعل) باشد (عاقلی‌نژاد، ۱۳۹۵، ص۲۵۰).

۲. طرف تعهد: تعهد دارای دو طرف است یک طرف متعهد، مدیون یا بدهکار و طرف دیگر متعهدله، دائن یا بستانکار.

۳. رابطه حقوقی: رابطه حقوقی بین طرفین است که به موجب آن متعهدله می‌تواند انجام امر و یا خودداری از انجام امری را از متعهد مطالبه نماید (صفایی، ۱۳۸۴، ص۱۴).

## ۲ـ۲. موضوع تعهد

منظور از موضوع تعهد،[۱] آن چیزی است که باید در مقام تعهد ایفاء شود. موضوع

۱. در مبحث سوم از شرایط اساسی صحت معامله (مواد ۲۱۴ تا ۲۱۶) قانون مدنی از شرایط و احکامی سخن می‌گوید که درواقع مربوط به «مورد تعهد» است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص۱۵۴، ش ۳۸۰).

تعهد ممکن است تسلیم کالا یا انجام عمل یا ترک عمل یا پرداخت پول باشد (رودیجانی، ۱۳۸۷، ص۷۵). شرایط عمومی که باید درخصوص مورد معامله وجود داشته باشند، باید در مورد موضوع تعهد هم وجود داشته باشند (رودیجانی، ۱۳۸۷، ص۷۶). تعهد غالباً دارای جنبهٔ مالی است تا آنجا که برخی (عدل، ۱۳۷۳، ص۱۰۸) آن را منحصر به امور مالی دانسته‌اند. اما چنان‌که برخی بزرگان (صفایی، ۱۳۸۴، ص۱۳) به درستی گفته‌اند، تعهد اختصاص به امور مالی ندارد.

به طور کلی در قراردادها ما شاهد چند عنوان هستیم. نخست، توافق دو اراده که بسته به نوع قرارداد، اثر این توافق فرق دارد. به‌عنوان مثال، در عقد بیع، اثر توافق انتقال مالکیت ثمن و مثمن است و در عقد اجاره، تملیک عین به عوض معلوم اثر توافق است. دوم، تعهد یا تعهدات یک یا دو طرف قرارداد است. در قرارداد بیع، تعهد فروشنده به تسلیم بیع و تعهد خریدار به تسلیم ثمن، تعهدات اصلی قراردادی است. سوم، متعلَّق تعهد یا مورد تعهد است. به‌عنوان مثال، متعلَّق تعهد به تسلیم بیع، خود مبیع است، همان‌طور که متعلَّق تعهد به تسلیم ثمن، خود ثمن است. بنابراین موضوع تعهد با متعلَّق موضوع یا همان مورد تعهد فرق دارد. در بیع، موضوع تعهد تسلیم و انتقال است. موضوع تعهد به فعل یا ترک فعل انسان متعهد برمی‌گردد. این موضوع می‌تواند انتقال، اسقاط یا هر فعل و یا ترک فعلی باشد که بتواند موضوع تعهد قرار گیرد. متعلَّق موضوع تعهد می‌تواند یک شیء خارجی یا کار قابل سنجش و یا مال دارای ارزش و یا حق خاصی باشد. آنچه در این قسمت مهم است، توجه به اختلاف موضوع تعهد و متعلَّق موضوع تعهد یا همان مورد تعهد است.

## ۳. رابطهٔ میان موضوع عقد و موضوع تعهد

تفکیک میان موضوع معامله و موضوع تعهد چندان مورد وفاق همه حقوقدانان نیست. برخی از اساتید در توجیه تعارضات موجود در حقوق فرانسه درخصوص تعیین موضوع عقد بیان داشته‌اند: «مال یا عمل را می‌توان مورد معامله دانست و نسبت به مفاد مادهٔ ۲۱۴ قانون مدنی، همانند مادهٔ ۱۱۲۶ قانون مدنی فرانسه از این حیث که مال یا عمل را مورد معامله معرفی کرده است، ایرادی نمی‌توان داشت و جدا کردن موضوع عقد از موضوع تعهد امری تصنعی و نادرست به نظر می‌رسد»

(شـهیدی، ۱۳۷۷، ص۲۹۷، ش۲۳۳؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۱، ص۹۶ به بعد). در نقطه مقابل، برخی دیگر از اسـاتید با این بیان که «... اگر عقد، به تراضـی مبنای تعهد گفته شـود و از اسباب آن به شمار آید، بی‌گمان باید موضوع آن دو نیز جدای از هم باشد»[1] (کاتوزیان ۱۳۷۱، ج۲، ص۱۵۴، ش۳۸۰ و نیز جعفری لنگرودی ۱۳۸۶، ج۵، ص۳۵۶۳، ش ۱۳۶۴۴ و جعفری لنگرودی ۲۵۳۷، ج۱، ص۹۱۱)، از تفکیک میان این دو حمایت نموده‌اند. بی‌شـک منشـأ این اختلاف نظرها را چه در حقوق ما و چه در حقوق فرانسـه باید در متن قانون جسـت‌وجو کرد. حسـب مادهٔ ۲۱۴ قانون مدنی ایران: «مورد معامله باید مال یا عملی باشـد که هر یک از متعاملین تعهد تسـلیم یا ایفای آن را می‌کنند» و نیز حسـب مادهٔ ۱۱۲۶ قانون مدنی فرانسـه (که مأخذ مادهٔ ۲۱۴ اسـت): «موضـوع هر معامله‌ای چیزی است که یک طرف متعهد به دادن آن یا انجام یا عدم انجام آن می‌شود». هر دو ماده در تعریف مورد معامله تکیه بر تعهد نموده‌اند.

به نظر می‌رسد ایراد مادهٔ ۲۱۴ تنها در تعریف مورد معامله نیست،[2] بلکه این ماده از این جهت که تنها به عقود عهدی اشاره دارد و به عقود تملیکی مانند بیع اشاره‌ای ندارد، نیز فاقد وجاهت کافی اسـت. وانگهی، این ماده به موضـوع عقود غیرمالی ماننـد نکـاح نیز توجهی نـدارد. این تعریف همچنین سـقوط حق یـا تعهـد را (در قراردادهایی مثل تبدیل تعهد) مورد غفلت قرار داده اسـت و البته اگر به جای واژهٔ «عمل» در این ماده از واژهٔ «ایفا» اسـتفاده می‌شـد، هم فعل و هم ترک فعل را در برمی‌داشـت (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص۱۷۷). در واقع موضـوع تعهد عبارت اسـت از ایفای تعهد[3] و متعلَّق آن عبارت است از مال یا عملی که ایفای تعهد بدون آن امکان ندارد. مازو معتقد اسـت اگر در مادهٔ ۱۱۲۶ قانون‌گذار واژگان «هر تعهدی» (Tout obligation) و «ایفاء» (Prestation) را به جای واژگان «هر قرارداد» (Tout contrat)

---

۱- در داوری میان این دو نظریه، علی‌الظاهر ترجیح با نظریهٔ اخیر اسـت، چرا که اگر عقد را به منزلهٔ علت و تعهد را به منزلهٔ معلول در نظر بگیریم، موضـوع این دو نمی‌تواند یکی باشـد. مؤلف تحریر المجلة در این خصـوص چنین نگاشـته اسـت: «فَالِالْتِزَامُ حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامِ الْعَقْدِ لَا نَفْسُ الْعَقْدِ وَ لَا جُزْءٌ مِنْهُ وَ لَا لَازِمٌ لَهُ بَلْ عَرَضٌ مِنْ أَعْرَاضِهِ الْمُفَارِقَةِ» (نجفی، ۱۳۵۹ ق، ج۱، قسم۱، ص۱۱۹).

۲- البته این ایراد بر مادهٔ ۱۱۲۶ قانون مدنی فرانسه نیز وارد است.

3. «L`objet de l`obligation est la prestation promise»; Mazeaud, Leçons de droit civil, 1985, T. 2: 229, N. 232.

و «چیز» (Chose) انشـا می‌کرد، در تعریف خود موفق می‌بود (Mazeaud, T. 2, 1985, n. 232, p. 229).

برخی بزرگان معتقدند که مراد از مورد معامله در مادهٔ ۲۱۴ در واقع مورد تعهد است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج۲، ص۱۵۶)، در حالی که برخی دیگر گفته‌اند مراد از «مورد معامله» در مادهٔ ۲۱۴ «متعلَّق موضـوع تعهد» اسـت (درودیان، جزوهٔ حقوق مدنی ۳، ص۱۵۴). به نظر می‌رسد نظر اخیر ترجیح دارد، چراکه مورد یا موضوع تعهد یک امر معنوی است که تعهد مسـتقیماً به آن وابسـته اسـت و این امر معنوی که می‌تواند چهار چیز باشـد (انتقال، فعل، ترک و اسـقاط) (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج۱، ص۹۱۱) با متعلَّق آن که امری مادی و فیزیکی است، متفاوت است.

متعلَّق موضـوع تعهد از چندین جهت قابل تقسـیم اسـت. از جهت ماهیت می‌توان آن را به مال، عمل (انجام یا ترک)، تحقق یا سقوط تعهد و نیز شخص تقسیم کرد. خود مال متعلَّق موضـوع تعهد می‌تواند عین، منفعت و یا حق (حق مربوط به عین و حق وابسـته به یک امر معنوی) باشـد. موضـوع تعهد از جهت کلی و جزئی بودن به عین معین، کلی در معین و کلی فی الذمه تقسـیم می‌شـود. موضـوع تعهد از جهت دیگری به مثلی و قیمی قابل تقسـیم اسـت. این تقسـیم مخصـوص آن جایی اسـت که متعلَّق موضـوع تعهد از جهت ماهیت، مال عینی باشـد (شـهیدی، ۱۳۷۷، ص۲۹۸ به بعد، ش۲۳۵ به بعد). این تقسیمات به این موارد ختم نمی‌شود، بلکه از جهات مختلف دیگری نیز می‌توان متعلَّق موضـوع تعهد را تقسـیم‌بندی کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج۲، ص۱۵۷، ش۳۸۱ به بعد). با این حال، شـایع‌ترین موضـوع تعهد، کالا (Goods) می‌باشد.

در حقوق انگلسـتان، کالا را به «همهٔ اموال منقول شـخصـی بجز حق متنازع‌فیه و پول» تعریف نموده‌اند (Atiyah & others, 2001, p. 66). اینکه آیا اموال غیرمادی مانند سهام شرکت‌ها، یا اموال معنوی مانند حق تألیف، حق اختراع و علامت تجاری جزء اموال به حسـاب می‌آیند یا نه، اختلاف نظر وجود دارد (Atiyah & others, 2001, pp. 66-74; Subject-Matter of the Contract). با این حال، تمام این موارد می‌توانند موضوع معامله، به معنایی که خواهیم گفت، قرار بگیرند. به نظر می‌رسد در یک معنای عام،

هر چیزی که بتواند عوض قرار گیرد، می‌تواند موضـوع تعهد نیز قرار گیرد.[1] در حقوق انگلیس، تفکیک میان موضـوع تعهد و موضـوع معامله به چشـم نمی‌خورد و ایشـان محل وقوع آثار قرارداد را همان عوض می‌دانند.

چنان‌که گفتیم، برخی اختلاف میان موضـوع عقد و تعهد را نادرسـت و تصـنعی می‌دانند و معتقدند که موضـوع عقد یا معامله چنان‌که مادهٔ ۲۱۴ می‌گوید، مال یا عمل اسـت. به نظر ایشـان، موضـوع عقد بسـته به معنای مصـدری و محصـولی عقد متفاوت اسـت. در معنای مصـدری، موضـوع عقد عبارت اسـت از ماهیت حقوق خاصـی که مورد انشـا قرار گرفته اسـت. اما در معنای محصـولی، چون عقد عبارت از «ماهیت انشا شده» است، بنابراین موضوع این ماهیت انشا شده، مال یا عمل (و در برخی عقود، شـخص) خواهد بود که محل و جایگاه تحقق اثر عقد می‌باشـد و لذا موضوع عقد در معنای محصولی، مال و عمل است و نه ماهیت انشا شده آن عقد. ایشـان در ادامه می‌گویند اگر جایگاه اسـتقرار اثر را موضـوع آن بنامیم، در این صـورت می‌توان مال یا عمل را موضـوع اثر عقد (یعنی موضـوع تعهد یا تملیک) نیز شـناخت. لذا موضوع عقد یا تعهد می‌تواند مال یا عمل باشد و جدا نمودن این دو امری تصنعی و نادرسـت اسـت. ایشـان سـپس با ذکر نظر مازو، حقوقدان نامی فرانسـه، آن را مورد انتقاد قرار می‌دهند.

به نظر مازو، موضـوع تعهد با موضـوع عقد متفاوت است. موضـوع تعهد عبارت از تأدیه و ایفاء اسـت، ولیکن موضـوع عقد همان عمل حقوقی اسـت که طرفین اجرای آن را می‌خواهند. نظر مازو از منظر این اسـتاد که «معنی عقد و تعهد در این نظر و نظرات مشابه در دو وضعیت لغوی متفاوت با هم مقایسه شده است؛ عقد در معنی مصدری و تعهد در معنی اسم مفعولی...» مورد انتقاد است. ایشان در ادامه می‌گویند در حالی که این نویسنده زمانی که موضوع عقد را مشخص می‌سازد، عقد در معنای مصـدری را لحاظ می‌کند، ولی هنگامی که موضـوع تعهد را معرفی می‌کند، منظور او

1. In Currie v. Misa Lush J. stated: A valuable consideration, in the sense of the law, may consist in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given, suffered, or undertaken by the other; Anson 1998: 88.

تعهد در معنی محصولی است. زیرا موضوع تعهد در معنی مصدری، وظیفهٔ قانونی است (نه تأدیه) و اثر آن باید ایجاد این وظیفه باشد... اگر بخواهیم عقد و تعهد را در معنی محصولی با هم مقایسه کنیم، باید تعهد را اثر عقد بدانیم، نه (طبق گفتهٔ برخی از نویسندگان) موضوع عقد (شهیدی، ۱۳۷۷، ج۲، ص۳۳۱، ش۲۶۴).

با تجزیه و تحلیل بیانات این استاد باید گفت ادعای ایشان اتحاد موضوع عقد و تعهد است که مبانی و دلایل متعددی را درخصوص این ادعا بیان داشتند که اهم آن‌ها عبارت است از: ۱. موضوع عبارت است از جایگاه و محل استقرار اثر، و اثر عقد عهدی پیدایش تعهد به تسلیم یا ایفاء است و اثر عقد تملیکی انتقال مالکیت است. ۲. موضوع عقد بسته به معنای مصدری و معنای محصولی عقد متفاوت است. موضوع عقد در معنای مصدری، ماهیت انشا شده است و در معنای محصولی، مال یا عمل است. ۳. با مقایسهٔ عقد و تعهد در معنای محصولی آن‌ها، تعهد اثر عقد است و نه موضوع آن. ۴. چون برخی از محققان عقد را در معنای مصدری و تعهد را در معنای محصولی در نظر گرفته‌اند، بنابراین به اشتباه معتقد به اختلاف موضوع عقد و تعهد شده‌اند.

به نظر می‌رسد در این اختلاف باید به تفاوت عقود تملیکی (مانند بیع) و عقود عهدی توجه داشته باشیم و الا نه اعتقاد به تفاوت موضوع عقد و تعهد کاملاً صحیح است و نه اعتقاد به اتحاد این دو می‌تواند تمامی جوانب امر را تبیین کند. اگر این دو مقدمه را بپذیریم که الف) موضوع عبارت است از جایگاه و محل استقرار اثر، و اثر عقد عهدی ایجاد تعهد به ایفاء است در حالی که اثر عقد تملیکی انتقال مالکیت است؛ و ب) موضوع و اثر در عین متفاوت بودن با یکدیگر، بسته به معنای مصدری و اسم مفعولی عقد و تعهد در هر یک از این دو می‌تواند متفاوت باشد؛ باید گفت اثر تعهد در معنای مصدری (متعهد شدن و به عهده گرفتن)، ایجاد و پیدایش تعهد است. محل و جایگاه استقرار این اثر، ذمّهٔ فرد متعهد است و البته متعلَّق این تعهد بر ذمه، مال یا عمل است. اثر تعهد در معنای محصولی (وظیفه و التزام قانونی) عبارت است از تأدیه، تسلیم، نوشتن، ساختن و هر فعل و ترک فعل مورد التزام و تعهد. برخلاف موضوع و محل تعهد در معنای مصدری، موضوع و محل

تعهد در معنای محصـولی، ذمه نیسـت، بلکه خود مال یا عمل می‌باشـد. به دیگر سخن، چون اثر تعهد (محصولی) تأدیه و تسلیم و نوشتن و ساختن و مانند آن است و این‌ها افعال فیزیکی هستند، محل و جایگاه استقرار آن‌ها هم نمی‌تواند ذمه باشد، بلکه باید چیزی از جنس خود آن‌ها باشـد؛ امری مادی و فیزیکی که این افعال بر آن‌ها واقع گردد.

به نظر ما، سِـرّ این‌که برخی از اسـاتید (جعفری لنگرودی، درودیان و موسـوی) از موضوع تعهد به «متعلَّق موضوع تعهد» یاد کرده‌اند، ناشی از اختلاف در موضوع تعهد در دو معنای مصـدری و محصـولی اسـت. ایشـان تنها به برخی از واقعیت وقوف یافته‌اند، در حالی که تمام حقیقت این نیسـت. در واقع، مال یا عمل در معنای مصـدری تعهد، متعلَّق موضـوع تعهد هسـتند و در معنای محصـولی تعهد، خود موضوع تعهد هستند و نه متعلَّق موضوع تعهد.

اما اثر عقد در معنای مصـدری (توافق و همکاری متقابل اراده‌ها)، ایجاد و پیدایش ماهیت حقوقی انشاءشدهٔ خاص هر عقد است. محل و موضـوع اسـتقرار این ماهیت حقوقی نیز تعهدات احیاناً مختلف و متفاوت اسـت.[1] عقد در معنای محصولی، که عبارت است از ماهیت حقوقی خاص انشاءشده، دارای اثر متفاوتی با معنای مصـدری خود اسـت. اثر عقد در معنای محصـولی عبارت اسـت از ایجاد و پیدایش تعهد(های) یک‌جانبه یا متقابل. به دیگر سـخن، اثر ماهیت حقوقی ایجاد شـده، به وجود آوردن تعهدات مختلف اسـت؛ تعهداتی که موضـوع و محل اسـتقرار آن‌ها بسته به نوع عقد کاملاً متفاوت است. در عقود تملیکی مانند عقد بیع، موضوع عقد عین یا حق عینی وابسـته اسـت، چرا که محل و موضـوع «تعهد به تسـلیم و تملیک» که اثر عقد است، این عین یا حق عینی وابسته است. در حالی که در عقود عهدی مانند مضـاربه، جعاله و...، محل و جایگاه و موضـوع تحقق آثار (تعهدات مختلف) مال یا عمل فیزیکی نیست، بلکه ذمّهٔ طرف است و البته متعلَّق این تعهد بر ذمّه، مال یا عمل می‌تواند باشد.

---

۱. در عقود دو تعهدی، تعهدات دو جانبه موضـوع ماهیت عقد اسـت و در عقود یک تعهدی، تنها یک تعهد موضوع ماهیت عقد می‌باشد.

علت این‌که در حقوق ایران و نیز فرانسه درخصوص موضوع عقد و تعهد اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد، غفلت از تفاوت میان موضوع عقد تملیکی و موضوع عقد عهدی است. با این تبیین، دیگر نباید به طور مطلق گفت موضوع تعهد با موضوع عقد متفاوت است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج۲، ص۱۵۵، ش۳۸۰) و یا اختلاف میان آن‌ها تصنعی و نادرست است (شهیدی، ۱۳۷۷، ص۲۹۷، ش۲۳۳)، بلکه باید گفت در عقود تملیکی، موضوع عقد و موضوع تعهد یکی است، ولیکن در عقود عهدی، موضوع تعهد (در معنای محصولی) با موضوع عقد متفاوت است. موضوع تعهد در عقود عهدی مال یا عمل است، در حالی که موضوع عقد در این عقود، ذمّهٔ فرد متعهد است و البته مال یا عمل، متعلَّق تعهد بر ذمّهٔ فرد متعهد می‌باشد. بنابراین نسبت میان موضوع عقد و موضوع تعهد در عقود تملیکی «تساوی» و در عقود عهدی «تباین» می‌باشد.

## نتیجه

خلط میان تعریف دو مفهوم عقد و تعهد و مهم‌تر از آن، خلط میان موضوع این دو از سوی نویسندگان قانون مدنی و حقوقدانان ملی، میراث دکترین‌های فرانسوی و تاریخ فقه اسلامی است. گرچه نسبت میان تعهد و عقد، عموم و خصوص مطلق است، با این حال موضوع این پژوهش به یافتن نسبت میان موضوع تعهد و موضوع عقد اختصاص دارد. در این خصوص اختلاف نظر بسیاری میان حقوقدانان وجود دارد. برخی بزرگان حقوق معتقدند تفکیک میان موضوع عقد و تعهد قراردادی، تفکیکی تصنعی است و برخی مشاهیر دیگر متأثر از دکترین‌های فرانسه معتقدند باید میان موضوع تعهد و موضوع عقد قائل به تفکیک شد و این تفکیک نه تنها تصنعی نیست، بلکه کاملاً حقیقی است.

گروه نخست به درستی معتقدند که برای یافتن حقیقت باید به تفاوت معنای مصدری و اسم مفعولی (محصولی) عقد متفتن بود، امری که مورد غفلت گروه دوم قرار گرفته است. در معنای مصدری، موضوع عقد عبارت است از «انشای ماهیت حقوق خاصی» و در معنای محصولی، عقد عبارت از «ماهیت انشا شده» است. گروه دوم به اشتباه، معنای عقد و تعهد را در دو وضعیت لغوی متفاوت (عقد را در

معنی مصدری و تعهد را در معنی اسم مفعولی) با هم مقایسه نموده‌اند. به رغم این تدقیق و تفکیک میان دو وضعیت مصدری و محصولی دو مفهوم عقد و تعهد، به نظر می‌رسد هر دو گروه در این خصوص باید میان عقود تملیکی و عقود عهدی نیز قائل به تفکیک شوند، امری که هر دو گروه نسبت به آن غفلت ورزیده‌اند و از همین رو نه اعتقاد به تفاوت موضوع عقد و تعهد کاملاً صحیح است و نه اعتقاد به اتحاد این دو می‌تواند تمامی جوانب امر را تبیین نماید. با تفکیک میان عقود عهدی و تملیکی در این خصوص باید گفت در عقود تملیکی، موضوع عقد و موضوع تعهد یکی است و در عقود عهدی، موضوع تعهد (در معنای محصولی) با موضوع عقد متفاوت است. موضوع تعهد در عقود عهدی مال یا عمل است، در حالی که موضوع عقد در این عقود، ذمّهٔ فرد متعهد است و البته مال یا عمل، متعلَّق تعهد بر ذمّهٔ فرد متعهد می‌باشد. بنابراین نسبت میان موضوع عقد و موضوع تعهد در عقود تملیکی «تساوی» و در عقود عهدی «تباین» می‌باشد.

## فهرست منابع


۱. احمدی واستانی، عبدالغنی. (۱۳۴۱ش). نظم عمومی در حقوق خصوصی. تهران: روزنامهٔ رسمی.
۲. امینی، عیسی. (۱۴۰۰ش). تعیین مورد معامله. فصل‌نامهٔ علمی تحقیقات حقوق بین‌المللی، دورهٔ چهاردهم، شمارهٔ ۵۴.
۳. انصاری، مسعود. (۱۳۸۸ش). دانشنامهٔ حقوق خصوصی (ج۱). تهران: جنگل، جاودانه.
۴. بهرامی احمدی، حمید. (۱۳۸۱ش). کلیات حقوق و قراردادها؛ حقوق مدنی (۳). تهران: میزان.
۵. جعفری خسروآبادی، نصرالله. (۱۳۹۶ش). تأملی بر مفهوم تعهد و التزام در فقه امامیه و حقوق ایران. مطالعات حقوقی، دورهٔ نهم، شمارهٔ ۳.
۶. جعفری خسروآبادی، نصرالله. (۱۳۹۳ش). مطالعه تطبیقی ماهیت دین و تعهد و کارکرد آن در نظام‌های حقوقی رومی- ژرمنی، کامن لا و اسلام (رسالهٔ دکتری). دانشکدهٔ حقوق، دانشگاه قم.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۹ش). مجموعهٔ محشی قانون مدنی. تهران: کتابخانهٔ گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۶ش). دائرة المعارف عمومی حقوق الفارق (ج۱). تهران: گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۶ش الف). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (ج۱ و ۵). تهران:

کتابخانهٔ گنج دانش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۷ش ب). ترمینولوژی حقوق (ج۱ و ۵). تهران: کتابخانهٔ گنج دانش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸ش). دایرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت. تهران: کتابخانهٔ گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۹ش). وسیط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۲۵۳۷). دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت (ج۱). تهران: بنیاد استاد.
۱۴. خوبیاری، حامد؛ طباطبایی، سید محمدصادق. (۱۴۰۰ش). تحلیل ماهیت عقد عهدی با بازخوانی مفهوم تعهد در حقوق ایران. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، شمارهٔ ۴۳.
۱۵. خورسندیان، محمدعلی؛ نصری‌پور، ریحانه. (۱۳۹۳ش). اجرای زودهنگام تعهدات در فقه و حقوق ایران. آموزه‌های فقه مدنی، شمارهٔ ۱۰، ص۱۴۷-۱۷۰.
۱۶. درودیان، حسنعلی. (بی‌تا). جزوهٔ درسی حقوق مدنی ۳. بی‌جا: بی‌نا.
۱۷. دیلمی، احمد. (۱۳۹۸ش). کالبدشکافی مفهوم تعهد. فصل‌نامهٔ تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی، دورهٔ ۲، شمارهٔ ۴.
۱۸. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن. بیروت: دار القلم.
۱۹. رودیجانی، محمدمجتبی. (۱۳۸۷ش). مسئولیت قراردادی (ضمانت اجراهای مفاد قرارداد). شیراز: کوشامهر.
۲۰. زنجانی، عمید. (بی‌تا). حقوق تعهدات و قراردادهای بین‌المللی در فقه و حقوق اسلامی. مجلهٔ حقوقی، شمارهٔ چهاردهم و پانزدهم، ص۵-۴۲.
۲۱. سعدی، ابوجیب. (۱۴۰۸ق). القاموس الفقهی لغة و اصطلاحاً. دمشق: دار الفکر.
۲۲. سهوری، عبدالرزاق. (بی‌تا). الوسیط فی شرح القانون المدنی؛ مصادر الالتزام (ج۱). بیروت: دار احیاء التراث العربی. [با اصلاح: «سنهوری»]
۲۳. شهابی، مهدی؛ جعفری، نفیسه. (۱۳۹۴ش). دوگانگی علت و موضوع و آثار آن از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و فرانسه. فصل‌نامهٔ پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دورهٔ ۲، شمارهٔ ۲، ص۱-۲۴.
۲۴. شهیدی، مهدی. (۱۳۷۷ش). تشکیل قراردادها و تعهدات (ج۱). تهران: نشر حقوقدان.
۲۵. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲ش). آثار قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.
۲۶. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۵ش). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.
۲۷. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۸ش). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.

۲۸. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۱ش). آثار قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.
۲۹. شیروی، عبدالحسین. (۱۳۸۲ش). توافق‌های مقدماتی در حقوق کامن‌لا با تأکید بر حقوق انگلستان و آمریکا. مجلهٔ حقوق خصوصی، شمارهٔ ۳، ص۵-۲۸.
۳۰. شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۶ش). حقوق قراردادها. تهران: سمت.
۳۱. صفایی، سید حسین. (۱۳۷۵ش الف). اشتباه در خود موضوع معامله در حقوق ایران و فرانسه. مقالاتی دربارهٔ حقوق مدنی و حقوق تطبیقی. تهران: میزان.
۳۲. صفایی، سید حسین؛ عادل، مرتضی؛ کاظمی، محمود؛ میرزانژاد، اکبر. (۱۳۸۴ش). حقوق بیع بین‌المللی با مطالعهٔ تطبیقی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۳. عاقلی‌نژاد، محمدامین. (۱۳۹۵ش). قواعد عمومی تعهدات قراردادی. تهران: مجد.
۳۴. عالی‌پناه، علیرضا؛ ماجدی، عباس. (۱۳۹۸ش). تردید در مورد معامله. آموزه‌های فقه مدنی، شمارهٔ ۱۹، ص۲۴۱-۲۶۹.
۳۵. عدل، مصطفی. (۱۳۷۳ش). حقوق مدنی. قزوین: انتشارات بحرالعلوم.
۳۶. عمید، حسن. (۱۳۸۹ش). فرهنگ فارسی عمید. تهران: سکه.
۳۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۶۴ش). قواعد عمومی قراردادها (ج۱). تهران.
۳۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۱ش). قواعد عمومی قراردادها (ج۱ و ج۲). تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶ش الف). قواعد عمومی قراردادها (ج۱). تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۴۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۱ش). قواعد عمومی قراردادها (ج۲). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۱. محقق داماد، سید مصطفی و همکاران. (۱۳۹۳ش). حقوق قراردادها در فقه امامیه (ج۲). قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۴۲. محقق داماد، سید مصطفی؛ عبدی‌پور، ابراهیم؛ قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن. (۱۳۸۹ش). حقوق قراردادها در فقه امامیه. تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه با همکاری سمت.
۴۳. مشکینی اردبیلی، علی. (۱۳۹۲ش). مصطلحات الفقه. قم: مؤسسهٔ علمی فرهنگی دارالحدیث.
۴۴. موسوی، سید محمدصادق. (۱۳۸۲ش). مبانی نظری جهل و اشتباه و آثار آن بر اعمال حقوقی. تهران: امیرکبیر.
۴۵. نجفی (کاشف الغطاء)، محمدحسین بن علی بن محمدرضا. (۱۳۵۹ق). تحریر المجلة (ج۱). نجف اشرف: المکتبة المرتضویة.
۴۶. نوری، رضا. (۱۳۷۵ش). عقود (قراردادها، تعهدات، معاملات) و ایقاعات در حقوق مدنی. تهران: پاژنگ.

47. Anson, Beatson. J (1998) *Law of Contract*. Oxford, 27th Edition.
48. Atiyah, P. S & Adams, John & Macqueen, Hector (2001) *The Sale of Goods*. *Dorest*, Dorest Ppress, Droshester, 10th edietion.
49. Carbonnier, Jean (Janvier 2000) *Droit civil; les obligations*. Paris: presses universitaires de France, 22e édition, T. 4.
50. Ghestin, Jacques (1971) *La notion d`erreur dans le droit positif actuel*. Paris, R. Pichon et R. Durand - Auzias.
51. Mazeaud, Henri, Leon, Jean et Francois (1985) *Leçons de droit civil; obligations*. Paris: Edition montchrestien, 4e et 5e édition, T. 2.
52. Ripert, Georges et Boulanger, Jean (1957) *Traité de droit civil*. Librairie generale de droit et de jurisprudence, T. 2.

## References

1. Ahmadi Vastani, Abdolghani, (1962), Public Order in Private Law, Tehran, Official Newspaper. (in Persian)
2. Amini, E., (2021), Determining the Case of the Transaction, International Law Research Quarterly, Vol. 14, No. 54. (in Persian)
3. Ansari, Masoud, (2009), Encyclopedia of Private Law, Vol. 1, Third Edition, Tehran, Jangal, Javdaneh. (in Persian)
4. Bahrami Ahmadi, Hamid, (2002), Generalities of Law and Contracts, Civil Law (3). Tehran, Mizan Publishing. (in Persian)
5. Jafari Khosrowabadi, Nasrallah, (2017), A Reflection on the Concept of Obligation and Obligation in Imami Jurisprudence and Iranian Law, Legal Studies, Volume 9, Autumn 2017, No. 3. (in Persian)
6. Jafari Khosrowabadi, Nasrollah, (2014), A Comparative Study of the Nature of Religion and Commitment and Its Function in Roman-Germanic Legal Systems, Common Law and Islam, Supervisor: Ebrahim Abdipour, Faculty of Law, University of Qom. (in Persian)
7. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, (2000), Mahshi Collection of Civil Law, Tehran, Ganj Danesh Library. (in Persian)
8. Jafari Langroudi, (2007), General Encyclopedia of the Rights of the Difference, vol. 1, First Edition, Tehran, Ganj Danesh. (in Persian)
9. Jafari Langroudi, (2007), A, Extended in Law Terminology, Vol. 1 and 5, Third Edition, Tehran, Ganj Danesh Library. (in Persian)
10. .Jafari Langroudi, (2008), B, Terminology of Law, Vol. 1 and 5, 19th Edition, Tehran, Ganj Danesh Library. (in Persian)
11. Jafari Langroudi, (2009), Encyclopedia of Civil Rights and Commerce, First Edition, Tehran, Ganj Danesh Library. (in Persian)
12. Jafari Langroudi, (2010), Mediation in Legal Terminology, Third Edition, Tehran, Ganj Danesh Publishers. (in Persian)
13. Jafari Langroudi, (2537), Encyclopedia of Civil Rights and Commerce, First Edition, Vol. 1, Ostad Foundation. (in Persian)
14. Khobyari, Hamed & Tabatabaei, Seyyed Mohammad Sadegh, (2021), Analysis of the Nature of a Covenantal Contract with a Rereading of the Concept of Obligation in Iranian Law, Studies in Islamic Jurisprudence and Foundations of Law, Vol. 15, No. 43. (in Persian)
15. Khorsandian, Mohammad Ali, Nasripour, Reyhaneh (2014), Early

Implementation of Obligations in Iranian Jurisprudence and Law, Civil jurisprudence doctrines, Razavi University of Islamic Sciences, No. 10, Autumn-Winter 2014, pp. 147-170. (in Persian)
16. Daroudian, Hasanali, (Bita), Civil Law Textbook 3, Bina. (in Persian)
17. Deilami, Ahmad, (2019), Dissection of the Concept of Obligation, Journal of Research and Development in Comparative Law, Vol. 2, No. 4, Serial No. 4. (in Persian)
18. Ragheb Isfahani, Hussein bin Muhammad, (1412), Mufradat al-Qur'an, Beirut, Dar al-Qalam. (in Arabic)
19. Rudijani, Mohammad Mojtaba, (2008), Contractual Liability (Guarantee of Execution of Contract Provisions), First Edition, Shiraz, Kooshamehr. (in Persian)
20. Zanjani, Amid, (n.d.), Obligations and International Contracts in Islamic Jurisprudence and Law, Legal Journal, Issues 14 and 15, pages 5-42. (in Persian)
21. Saadi, Abu Jib, (1988), Al-Qamus Al-Fiqhi: Language and Terminology in One Volume, 2nd edition, Damascus, Syria, Dar Al-Fikr. (in Arabic)
22. Sanhouri, Abdul Razzaq, Al-Waseet fi Sharh Al-Qanun Al-Madani; Sources of Obligation, Vol. 1, Beirut, Dar Ihya al-Turath al-Arabi. (in Arabic)
23. Shahabi, Mehdi, and Jafari, Nafiseh, (2015), The Duality of Cause and Subject and Its Effects from the Perspective of Imami Jurisprudence, Iranian and French Law, Comparative Research Quarterly on Islamic and Western Law, Vol. 2, No. 2, Serial No. 4, pages 1-24. (in Persian)
24. Shahidi, Mehdi, (1998), Formation of Contracts and Obligations, Vol. 1, 1st edition, Tehran, Huquqdan Publishing. (in Persian)
25. Shahidi, Mehdi, (2003), Effects of Contracts and Obligations, Tehran, Majd. (in Persian)
26. Shahidi, Mehdi, (2006), Formation of Contracts and Obligations, 5th edition, Tehran, Majd. (in Persian)
27. Shahidi, Mehdi, (2009), Formation of Contracts and Obligations, 7th edition, Tehran, Majd Publications. (in Persian)
28. Shahidi, Mehdi, (2012), Effects of Contracts and Obligations, 17th edition, Tehran, Majd. (in Persian)
29. Shiravi, Abdolhossein, (2003), Preliminary Agreements in Common Law with Emphasis on English and American Law, Private Law Journal, No. 3, pp. 5-28. (in Persian)
30. .Shiravi, Abdolhossein, (2017), Contract Law, 2nd edition, Tehran, SAMT Publications. (in Persian)
31. Safaei, Seyyed Hossein, (1996), A, Mistake in the Subject Matter of the Transaction in Iranian and French Law, Articles on Civil and Comparative Law, Mizan Publications. (in Persian)
32. Safaei, Seyyed Hossein; Adel, Morteza; Kazemi, Mahmoud; and Mirzanejad, Akbar, (2005), International Sale Law with a Comparative Study, Tehran, University of Tehran Press. (in Persian)
33. Aghlinejad, Mohammad Amin, (2016), General Rules of Contractual Obligations, Tehran, Majd. (in Persian)
34. Alipour, Alireza; Majedi, Abbas, (2019), Doubt in Transactions, Civil jurisprudence doctrines, Razavi University of Islamic Sciences, No. 19, pp. 241-269. (in Persian)
35. Adl, Mostafa, (1994), Civil Law, edited by Mohammad Reza Bandarchi, Qazvin, Bahr al-Olum Publications, first edition. (in Persian)
36. Amid, Hassan, (2010), Amid Persian Dictionary, Tehran, Sekeh. (in Persian)

37. Katouzian, Nasser, (1985), General Rules of Contracts, Vol. 1, first edition, Tehran. (in Persian)
38. Katouzian, Nasser, (1992), General Rules of Contracts, Volumes 1 and 2, 3rd edition, Tehran, Nashr Company in collaboration with Bahman Borna. (in Persian)
39. Katouzian, Nasser, (1997a), General Rules of Contracts, Volume 1, 4th edition, Tehran: Nashr Joint Stock Company in collaboration with Bahman Borna. (in Persian)
40. Katouzian, Nasser, (2012), General Rules of Contracts, Volume 2, 2nd edition, Tehran, Nashr Joint Stock Company. (in Persian)
41. Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa, et al., (2014), Law of Contracts in Ja'fari Jurisprudence, Volume 2, 3rd edition, Qom, Hozeh and University Research Institute. (in Persian)
42. Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa, Abdi Pour, Ebrahim Abdi, Ghanavati, Jalil, Vahdati Shabiri, Seyed Hassan, (2010), Law of Contracts in Ja'fari Jurisprudence, Hozeh and University Research Institute in collaboration with SAMT Publications. (in Persian)
43. Meshkini Ardabili, Ali, (2013), Terminology of Jurisprudence, Dar al-Hadith Scientific and Cultural Institute, Printing and Publishing Organization, Qom. (in Arabic)
44. Mousavi, Seyyed Mohammad Sadegh, (2003), Theoretical Foundations of Ignorance and Mistakes and Their Effects on Legal Acts, Tehran, Amir Kabir Publishing Institute. (in Persian)
45. Najafi (Kashefi al-Ghata), Mohammad Hossein ibn Ali ibn Mohammad Reza, (1940 AH), Tahreer al-Majalleh, 5 volumes, vol. 1, Najaf al-Ashraf, Al-Murtada Library. (in Arabic)
46. Nouri, Reza, (1996), Contracts (Agreements, Obligations, Transactions) and Legal Acts in Civil Law, Pajang Publications, Tehran. (in Persian)
47. Anson, Beatson. J (1998) Law of Contract. Oxford, 27th Edition.
48. Atiyah, P. S & Adams, John & Macqueen, Hector (2001) The Sale of Goods. Dorest, Dorest Ppress, Droshester, 10th edietion.
49. Carbonnier, Jean (Janvier 2000) Droit civil; les obligations. Paris: presses universitaires de France, 22e édition, T. 4.
50. Ghestin, Jacques (1971) La notion d`erreur dans le droit positif actuel. Paris, R. Pichon et R. Durand - Auzias.
51. Mazeaud, Henri, Leon, Jean et Francois (1985) Leçons de droit civil; obligations. Paris: Edition montchrestien, 4e et 5e édition, T. 2.
52. Ripert, Georges et Boulanger, Jean (1957) Traité de droit civil. Librairie generale de droit et de jurisprudence, T. 2.

Civil Jurisprudence Doctrines
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# Feasibility of Creditors' Intervention in the Transactions of a Debtor Claiming Insolvency

**Seyed Mohammad Asadinejad**[1] | **Sahand Nejadi Eijadkar**[2]

1. Corresponding Author, Associate Professor, Faculty of Literature and Humanities, Department of Law, University of Guilan, Rasht, Iran. Email: asadinezhad@guilan.ac.ir
2. PhD Student in Private Law, Department of Law, University of Guilan, Rasht, Iran. Email: sahandnejadi69@gmail.com

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received: 5 May 2025
Revised: 11 August 2025
Accepted: 27 September 2025
Available online 5 October 2025

**Keywords:**
Dissolution, Nullity, Creditors' Legal Interest, Subrogation of Creditors, The Rule of No Harm (Qāʿidat Lā Ḍarar)

## ABSTRACT

Transactions conducted by a debtor claiming insolvency (Muʿsir) may lack one of the essential conditions for the validity of contracts, thus rendering them void (Bāṭil) or non-enforceable. What legal scholars have focused on regarding a debtor's transactions is the discussion of fictitious transactions or those motivated by an intent to defraud creditors (fraudulent conveyance). However, what has been overlooked is the scenario where the debtor's real transactions are void or dissolved or are subject to annulment or ratification, and whether creditors can intervene in such transactions by way of subrogation (Qāʾim Maqāmī) of the debtor and file a lawsuit. This research, using a descriptive-analytical method and library resources, seeks to answer the question: can creditors, when faced with a debtor's insolvency and in hopes of the return and seizure of the specific assets, act as subrogated to the debtor to annul a transaction? Or can they file a lawsuit seeking a declaration of nullity or dissolution of his transactions? The findings of this research indicate that creditors cannot be considered subrogated to the debtor in all cases. However, regarding the nullity of a contract due to the absence of one of the essential conditions for contract validity, or regarding the occurrence of dissolution, under certain conditions, based on jurisprudential and legal principles and by proving the creditors' legal interest (Dhī Nafiʿī), one can accept that creditors may file a lawsuit as successors to the debtor.

**Cite this article:** Asadinejad, S., M.; Nejadi Eijadkar, S. (2026). Feasibility of Creditors' Intervention in the Transactions of a Debtor Claiming Insolvency. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 18(33), 41-70. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6996.2062

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

## Extended Abstract

**Introduction**

One of the issues that has consistently been the subject of debate in the field of law is the extent to which creditors may have recourse to the assets of debtors who fail to discharge their obligations at the due date, and creditors without security seek, through judicial proceedings, to identify the debtors' assets in order to recover their claims. In the meantime, debtors sometimes transfer ownership of their assets to third parties before the debt becomes due or before the creditor approaches the debtor to collect the debt, because merely being indebted does not render them legally incapacitated, nor does it prevent them from accessing or disposing of their personal property; rather, their assets merely serve as the general security for creditors. Such transactions are covered regardless of whether the debtor's motive is to evade payment of the debt or the transaction is entered into for a bona fide purpose. Ultimately, the practical result is that creditors do not receive what they are entitled to and are faced with the debtor's insolvency and inability to pay the debt. This issue has been contentious as to the means by which creditors may set aside the effects of the debtor's transactions and satisfy their claims from the debtor's former assets in specie. The insufficiency of the debtor's assets to satisfy the debts is itself an indication that the debtor's transactions were carried out with the intent to evade liability. In gratuitous transactions, by reference to Article 65 of the Civil Code, the position is clear, and the transactions may be set aside upon proof of prejudice to the creditors. However, in non-gratuitous transactions, following the amendment of former Article 218 of the Civil Code, it is in practice not possible to set aside such transactions merely by proving intent to evade debt; rather, only within the framework of Article 21 of the Law on the Enforcement of Financial Convictions and upon proving the transferee's knowledge can the contract be rendered unenforceable against the creditors. Moreover, given the matter's criminal aspect and the presumption of innocence, the practical application of this provision has been curtailed by the binding unifying decision and the issued advisory opinions, and it has effectively lost its efficacy. The question addressed in this study is: Can creditors, when confronted with the debtor's insolvency, rely on subrogation to nullify the transaction in hope of recovering the specific assets and seizing them? Or may they file a lawsuit to declare the transactions void or

automatically rescinded? The subject of this study is to examine whether creditors, as interested parties, may intervene in void or rescinded transactions and bring an action by way of subrogation in place of the debtor.

**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**

In cases where a transaction is entirely genuine, it may, by reason of a defect in the essential requirements for the validity of transactions and the terms incorporated in the contract, or by operation of law, be subject to annulment, automatic rescission, or rejection. Creditors who encounter such transactions may seek to exercise the debtor's rights in the debtor's stead, thereby causing the assets to be restored to the debtor's estate and subsequently seized. The issue of creditors' subrogation with respect to the rejection and ratification of transactions by creditors, where the transaction still retains legal existence, is raised on the basis of Article 36 of the Insolvency Act and Article 235 of the Probate Act. Whereas Article 36 of the 1934 Insolvency Act has nowadays been repealed, and Article 235 of the Probate Act applies only to creditors' actions against an insolvent debtor, or the restitution of the assets of a debtor claiming insolvency from third parties.

**Conclusion**

In respect of the automatic rescission of a transaction, where such termination occurs by operation of law, in conveyancing contracts, given that only the loss of the sold property prior to delivery and the permanent impossibility of delivery of the subject matter are conceivable, in practice it falls outside the scope of the discussion of restitution of the very property and the possibility of its attachment and seizure by creditors. However, where the rescission occurs by virtue of a dissolving condition, it must be treated given its contractual basis accordingly: a distinction must be made between (1) the situation where the parties take no action (whether by omission or abstention) in furtherance of the contract, or conversely take action, and (2) the situation where, through their conduct, they bring about ratification and confirmation of the subject matter of the contract. In cases where, upon the occurrence of the dissolving condition,

the parties take steps to perform the subject matter of the contract, due to the contractual origin of the dissolving condition, it has not yet progressed from the stage of actuality to that of effectiveness because its effectiveness is contingent upon the entitled party invoking it. Thus, the contract has not been rendered legally dead, and the matter is analogous to the creditors' right to reject transactions, and in such circumstances, there can be no question of creditors' intervention. However, where the parties in fact take steps to confirm the rescission, or take no action (whether negatively or positively) after the occurrence of the condition, this situation may be regarded as the legal death of the contract, and the rules governing void contracts regarding creditors' intervention shall apply. Regarding nullity due to the essential conditions of transactions, with reference to the Islamic jurisprudential rule prohibiting the unlawful appropriation of another's property, and to the interpretation of "*bāṭil*" in its customary meaning (a concept not limited solely to intrinsically unlawful (*ḥarām*) property but also encompassing void transactions), and by virtue of the other party's possession where the other party still holds property belonging to the debtor arising from a void transaction, and in view of the principle *lā ḍarar* (no harm) — as the debtor's failure to take action to declare the transaction void or to invoke its automatic termination results in prejudice to the creditors — and also the concept of "legal interest" as defined by civil procedure lawyers (namely, that whenever a person derives a benefit from a lawsuit, they are deemed to have an interest in the action). In a lawsuit brought by creditors seeking a declaration of invalidity or automatic termination, specifically and by way of subrogation to the debtor, the debtor's specific property is restored to his estate, thereby making it amenable to seizure.

### *Authors' Contributions*
All authors contributed equally to the analysis, writing, and revision of the text.

### *Data Availability Statement*
Data will be made available to researchers upon request from the corresponding author.

### *Acknowledgements*
The authors thank the esteemed 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.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# امکان سنجی مداخله طلبکاران در معاملات مدیون مدعی اعسار

سید محمد اسدی‌نژاد[1] | سهند نجادی ایجادکار[2]

۱. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه حقوق، دانشکدهٔ ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران. رایانامه: asadinezhad@guilan.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران. رایانامه: sahandnejadi69@gmail.com

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:** پژوهشی

**تاریخ دریافت:** ۱۴۰۴/۰۲/۱۵

**تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۵/۲۰

**تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۷/۰۵

**تاریخ انتشار برخط:** ۱۴۰۴/۰۷/۱۳

**کلیدواژه‌ها:**
انفساخ، بطلان، ذی‌نفعی طلبکاران، قائم‌مقامی طلبکاران، قاعدهٔ لاضرر.

**چکیده**

معاملاتی که مدیون مدعی اعسار انجام می‌دهد ممکن است فاقد یکی از شرایط اساسی صحت معاملات بوده، بنابراین باطل یا غیرنافذ باشد. آنچه در مورد معاملات مدیون مورد توجه حقوق‌دانان قرار گرفته بحث معاملات صوری یا با انگیزهٔ فرار از دین بوده، اما چنانچه معاملات واقعی مدیون بدون این‌که نیاز به اثبات انگیزهٔ فرار از دین باشد، باطل یا منفسخ بوده و یا درمعرض رد و تنفیذ باشد و طلبکاران بتوانند به قائم‌مقامی از مدیون در این‌گونه معاملات مداخله کرده و اقامهٔ دعوا نمایند، مغفول مانده است. این پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای در پی پاسخ به این پرسش است که آیا طلبکاران می‌توانند در صورت مواجهه با اعسار مدیون به امید بازگشت عین اموال و توقیف آن، به قائم‌مقامی از مدیون اقدام به رد معامله کنند یا نسبت به دعوای اعلام بطلان یا انفساخ معاملات او اقدام کنند؟ یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد نمی‌توان در همهٔ موارد، طلبکاران را قائم‌مقام محسوب کرد، اما در مورد بطلان قرارداد، به علت عدم وجود یکی از شرایط اساسی صحت قراردادها و یا تحقق انفساخ تحت شرایطی می‌توان با اثبات ذی‌نفعی طلبکاران و براساس موازین فقهی و حقوقی، قائل به اقامهٔ دعوا از جانب طلبکاران به جانشینی از مدیون بود.

**استناد:** اسدی‌نژاد، سید محمد؛ نجادی ایجادکار، سهند. (۱۴۰۵). امکان‌سنجی مداخلهٔ طلبکاران در معاملات مدیون مدعی اعسار. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۸(۳۳)، ۴۱-۷۰. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6996.2062

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

## مقدمه

یکی از مسائلی که همواره در حقوق محل بحث بوده، موضوع رجوع طلبکاران به اموال بدهکارانی است که در موعد مقرر، دین خود را پرداخت نمی‌نمایند و طلبکاران بدون وثیقه از طریق قضایی در پی کشف اموالی از بدهکاران و وصول مطالبات خود می‌باشند. در این میان گاهی پیش از آنکه موعد پرداخت دین برسد و یا قبل از آنکه طلبکار به مدیون خود، جهت دریافت دین رجوع کند، بدهکاران اقدام به انتقال عین اموال خود به اشخاص ثالث می‌نمایند، زیرا که آن‌ها به‌واسطهٔ مدیون بودن نه محجور شده‌اند و نه مانعی جهت دسترسی به اموال شخصی خود دارند و صرفاً اموال آنان وثیقهٔ عمومی طلبکاران می‌باشد. این معاملات اعم از آن است که انگیزهٔ بدهکاران فرار از دین و در امان ماندن اموال از به چنگ افتادن به دست طلبکاران باشد و یا با انگیزهٔ واقعی معامله گردد. در نهایت نتیجه آن است که عملاً طلبکاران به حق خود نمی‌رسند و با اعسار و ناتوانی بدهکاران در پرداخت بدهی خود مواجه می‌شوند و دست آنان از دریافت مطالبات خود کوتاه می‌ماند. اینکه طلبکاران از چه طریقی می‌توانند اثر معاملات بدهکار را از بین ببرند و از محل عین اموال سابق بدهکاران، طلب خود را وصول نمایند، همواره محل مناقشه بوده است.

عدم کفایت اموال مدیون جهت پرداخت بدهی‌ها خود اماره‌ای است بر آنکه معاملات مدیون به انگیزهٔ فرار از دین انجام گرفته است. در معاملات تبرّعی با ملاک مادهٔ ۶۵ قانون مدنی، تکلیف روشن است و امکان رد معاملات با اثبات اضرار نسبت به طلبکاران وجود دارد. اما در معاملات غیرتبرّعی با اصلاح مادهٔ ۲۱۸ قانون مدنی سابق، عملاً امکان برهم زدن این معاملات به صرف اثبات فرار از دین وجود نداشته و صرفاً در چارچوب مادهٔ ۲۱ قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی و با اثبات علم انتقال‌گیرنده، امکان عدم قابلیت استناد قرارداد نسبت به طلبکاران می‌باشد. آن هم به‌واسطهٔ جنبهٔ کیفری موضوع و وجود اصل برائت، این ماده در عمل به‌وسیله‌ی رأی وحدت رویه و نظریات مشورتی صادره محدود شده و عملاً کارایی

خود را از دست داده است. در موضوع معاملات با انگیزهٔ فرار از دین، مقالات متعددی تاکنون نگارش یافته است، اما در خصوص موضوع این پژوهش که معاملات مدیون مدعی اعسار به‌واسطهٔ آنکه فاقد شرایط اساسی صحت معاملات باشند، مورد مداخلهٔ طلبکاران قرار گیرد، پژوهشی به‌طور مستقل انجام نشده است و نوآوری این مقاله از آن جهت است. در این پژوهش پرسش آن است که هرچند در حالت عادی طلبکاران حق مداخله در معاملات مدیون را ندارند، چنانچه معامله‌ای را که مدیون با اشخاص ثالث انجام دهد و به هر علتی غیرنافذ بوده یا باطل یا منفسخ شده باشد، اما مدیون هیچگونه اقدامی نکرده باشد، چگونه می‌تواند مستمسکی برای طلبکاران جهت مداخله باشد؟ آیا امکان رد یا تنفیذ معامله می‌تواند موجب شود تا طلبکاران به قائم‌مقامی از مدیون، اقامهٔ دعوا نمایند؟ آیا طلبکاران نفعِی جهت اقامهٔ دعوای بطلان یا انفساخ معاملات مدیون دارند؟ در این پژوهش برای روشن شدن ابعاد مختلف این سؤالات، ابتدا حالتی که معامله همچنان پابرجا بوده و صرفاً امکان تنفیذ یا رد معامله وجود دارد، مورد بررسی قرار خواهد گرفت و امکان قائم‌مقامی طلبکاران در چنین مواقعی با استفاده از اصول و مقررات موجود تحلیل خواهد شد و سپس موضوع ذی‌نفعی طلبکاران در موارد بطلان و انفساخ معامله و امکان اقامهٔ دعوای آنان در این موارد خاص به جانشینی از مدیون، مورد بررسی قرار می‌گیرد و بدین‌ترتیب سعی خواهیم نمود به پرسش‌های پیش‌آمده پاسخ دهیم.

## ۱. امکان رد معاملات توسط طلبکاران

به‌طورکلی، هر آنچه در باب معاملات مدیون مدعی اعسار در حقوق ما گفته شده، موضوع مادهٔ ۲۱۸ قانون مدنی در باب معاملات صوری با انگیزهٔ فرار از دین و همین‌طور اختلاف نظرات بر سر آنکه در صورت معاملات واقعی با انگیزهٔ فرار از دین چه اقدامی می‌توان از جانب طلبکاران انجام پذیرد، و همچنین مادهٔ ۲۱ قانون نحوهٔ اجرای محکومیت مالی و حدود و ثغور آن بوده است. در حالی که برخی از معاملات بدهکاران در خصوص اعیان اموال خود که موجب انتقال آن به دیگران می‌شود، کاملاً واقعی و با نیت حقیقی صورت می‌پذیرد، آن دسته از معاملات مدیون که با

ارادهٔ واقعی به وقوع پیوسته و هیچ‌گونه انگیزهٔ فرار از دین در آن موجود نیست، به ظاهر نمی‌توان در آن خدشه‌ای وارد آورد. اما بنا به فرض، این نوع از معاملات به موجب اختلالی در یکی از شرایط اساسی صحت معاملات (مثلاً فقدان رضا) غیرنافذ بوده و امکان رد یا تنفیذ آن وجود دارد.

این موضوع از مسائلی است که کمتر توسط حقوقدانان مورد توجه قرار گرفته است. ممکن است بحث قائم‌مقامی طلبکاران مطرح گردد و براساس مادهٔ ۳۶ قانون اعسار سابق و مادهٔ ۲۳۵ قانون امور حسبی، قائل به اعمال اختیارات مالی وسیعی برای طلبکاران در بحث جانشینی مدیونین شویم. اینکه طلبکاران بتوانند در این شرایط اقامهٔ دعوا نموده و به قائم‌مقامیِ مدیون مدعی اعسار نسبت به رد معامله با اشخاص ثالث اقدام کنند تا اعیان اموال به دارایی مدیون بازگردد و از طریق توقیف و اجرای احکام بتوانند مطالبات خود را وصول کنند، نیاز به بررسی در اصول حقوقی و مقررات موجود دارد و بدین‌ترتیب سعی در پاسخ به این سؤال خواهیم داشت.

### ۱ـ۱. اصل نسبی‌بودن اثر قراردادها

یکی از اصولی که در باب مداخله در معاملات مدیون مدعی اعسار می‌بایستی مورد بحث و بررسی قرار گیرد، «اصل نسبی بودن اثر قراردادها» است. مطابق اصل نسبی بودن اثر قراردادها که ماده ۲۳۱ قانون مدنی به آن اشاره دارد، اشخاص می‌توانند برای خود تصمیم گرفته و آنچه بین اطراف عقد به‌وجود آمده، صرفاً در مورد خود و قائم‌مقام آنان مؤثر بوده و جز در موارد خاص به اشخاص ثالث تسری نمی‌یابد (اسدی‌نژاد، ۱۳۹۳، ص۶۴). اصولاً نیز اشخاص ثالث از بابت قراردادی که دیگران می‌بندند، منتفع یا متضرر نمی‌شوند.

از نظر فقهی حتی اگر مدیون چند برابر اموالش بدهی داشته باشد، طلبکاران او حق دخالت در امور مالی او را ندارند، مگر اینکه تحت قیودی همچون افلاس، حکم حجر او صادر شود (الفت و ذاکریان، ۱۳۹۴، ص۹۷-۹۸). آنچه از اصل نسبی بودن اثر قراردادها برمی‌آید و می‌توان به آن اشاره کرد، این نکته است که با توجه به این اصل، طلبکاران نمی‌توانند خدشه‌ای به معاملات مدیون وارد آورند و مانع از آن است که طلبکاران با یافتن موضوعی چون امکان رد معاملات مدیون، به امید بازگشت عین

اموال در پی وصـول طلب خود برآیند. بلکه لازم اسـت بر اسـاس مبانی و اصـول، قواعدی از جانب قانونگذار در مواردی خاص مقرر شـود تا در مواردی مثل اثبات اهمال و سـهل‌انگاری و یا انگیزه فرار از دین مدیون، بتوان معامله صـورت‌گرفته از جانب مدیون را مورد خدشـه قرار داد. اما اینکه این اصـل به تنهایی می‌تواند مانع آن شـود تا طلبکاران در معاملات مدیون مداخله نمایند یا خیر، نیاز به بررسـی بیشـتری در سـایر اصـول حقوقی و قوانین موضـوعه دارد که در ادامه پژوهش به آن خواهیم پرداخت.

### ۱ـ۲. اصل قابلیت استناد قرارداد

از دیگر اصولی که در مورد معاملات واقعی مدیون مدعی اعسار و امکان مداخلهٔ طلبکاران در آن می‌توان به آن اشاره نمود، «اصل قابلیت استناد قراردادها» می‌باشد. هرچند قرارداد برای تنظیم روابط خصـوصـی اسـت، اما دیگران وجود آن را احسـاس خواهند کرد و تحت تأثیر آن قرار خواهند گرفت. همه‌روزه میان انسـان‌ها قراردادهای متفاوتی در انواع مختلف منعقد می‌گردد. اگر این قراردادها در مقابل سـایرین قابل اسـتناد و دفاع نباشـند، در حقیقت تأثیر و فایده‌ای نخواهند داشـت. اصـطلاح قـابلیـت اسـتنـاد از قرن ۱۹ میلادی، بـه‌ویژه در حقوق مـالکیـت و آثـار آن در برابر اشـخاص ثالث، وارد حقوق فرانسـه شـده و بعد به حقوق دینی نیز تسـری پیدا کرد. (اسدی، ۱۳۸۶، ص ۱۴۵).

در فقه امامیه چنین قاعده‌ای تحت عنوان مشخصی وجود ندارد، اما در برخی از ابواب فقه می‌توان به موضـوعاتی اشـاره نمود که این اصـل منطقی و حقوقی در آن‌ها پذیرفته شـده اسـت. برای مثال با وقوع عقد نکاح صـحیح، زوجیت زن و مرد نسـبت به تمام اشـخاص ثالث قابل اسـتناد میشـود و یا با تحقق بیع صـحیح، مالکیت به مشـتری منتقل شـده و این مالکیت نسـبت به همه اشـخاص قابل اسـتناد اسـت. با تحقق وقف، عین موقوفه از ملکیت واقف خارج می شود و این وضعیت در برابر همه از جمله ورثه واقف که هیچ نقشـی در انشـای وقف نداشـته اند قابل اسـتناد و لازم‌الرعایه است.

در قانون مدنی ایران و رویهٔ دادگاه‌ها نیز چنین قاعده‌ای به‌طور مشـخص بیان

نشـده اسـت، اما به لحاظ بدیهی بودن موضـوع در حقوق عینی، اصـل موضـوع مورد اتفاق حقوقدانان قرار گرفته اسـت. یعنی حقوقدانان ایرانی تقریباً اتفاق نظر دارند که آثار برخی عقود، به ویژه عقودی که مالکیت ایجاد میکنند فراتر از طرفین بوده و در برابر اشـخاص ثالث قابل اسـتناد اسـت. (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج۳، ص۲۷۸؛ صـفایی، ۱۴۰۰، ص۱۸۸). اصل قابل استناد بودن قرارداد را نباید با اصل نسبی بودن اثر آن خلط کرد. به این ترتیب، قرارداد هرچند نمی‌تواند تعهدی برای دیگران به وجود آورد، اما همهٔ افراد جامعه باید به آثار آن احترام بگذارند (Furmston, 2017, p. 556). عدم امکان ایجاد تعهد برای اشخاص ثالث را باید نتیجهٔ اصل نسبی بودن آثار عقد و امکان استناد به آثار قرارداد در برابر ثالث را می‌توان نتیجهٔ اصـل قابل اسـتناد بودن قرارداد دانسـت (شهیدی، ۱۳۹۳، ص۳۲۶).

آنچه مورد بحث پژوهش بوده، آن اسـت که آیا طلبکار به‌عنوان متضـرر از معاملهٔ بدهکار که موجب کاهش دارایی مدیون شـده و با اعسـار و ناتوانی و عدم کفایت اموال بدهکار مواجه شده، می‌تواند به‌عنوان یک متضرر از مبحث قابل استناد بودن قرارداد عبور کند و فارغ از اینکه خللی به اصل وجود قرارداد وارد آید، قرارداد صرفاً در مقابل او غیرقابل استناد شود؟ یکی از مصادیقی که مورد توجه حقوقدانان در کشور ما قرار گرفته است و آن را مصداقی از غیرقابل استناد بودن قرارداد نسبت به متضرر می‌دانند، مادهٔ ۲۱ قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی اسـت (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج۲، ص۳۲۱؛ صـفایی، ۱۴۰۰، ص۱۷۱-۱۷۲). توضـیح آنکه با شـرایط خاصـی که قانونگذار مقرر می‌دارد، می‌توان قرارداد بین مدیون و ثالث را در برابر طلبکار تحت شـرایط خاصـی غیرقابل اسـتناد تلقی کرد و طلبکار را به حق خویش رسـاند. این ماده تنها به طلبکار حق داده اسـت تا از عین مال مورد انتقال، طلب خود را اسـتیفا کند. در واقع در نظر قانونگذار، معامله صـحیح اسـت و تنها در برابر دائن یا محکوم‌علیه قابلیت اسـتناد ندارد (ایزانلو و شـریعتی‌نسـب، ۱۳۹۱، ص۱۳). اما در موضـوع پژوهش ما، یعنی معامله‌ای کاملاً واقعی و بدون انگیزهٔ فرار از دین موجودیت یافته، آیا طلبکار می‌تواند به‌واسـطهٔ نبود شرایطی در ارکان قرارداد، نسبت به رد آن اقدام نماید؟ با عنایت به اصل قابلیت اسـتناد قراردادها، پاسـخ به سـؤالات فوق منفی اسـت. چراکه غیر از مواردی که

قانونگذار به صراحت و بنا به مصلحت و تحت شرایطی خاص، قراردادها را به‌عنوان یک مولود حقوقی در برابر اشـخاص ثالث غیرقابل اسـتناد می‌کند، در سـایر موارد، قرارداد در برابر دیگران قابل اسـتناد می‌باشـد. اما نظر دیگری در این خصـوص وجود دارد و آنکه طلبکاران در صورت اعسار بدهکار، قائم‌مقام او می‌شوند و این مطلب را خود قانونگذار اجازه داده اسـت. بنابراین بحث شـخص ثالث و قابلیت اسـتناد قرارداد در برابر او در اینجا به کلی منتفی می‌باشـد و طلبکاران متضـرر به موجب اذن قانونگذار، حق دخالت و تصرف در معاملات مدیون را خواهند داشت. اما اینکه آیا این نظر با مبانی و اصول حقوقی و قوانین موضوعهٔ کشور سازگار می‌باشد یا خیر، در مبحث بعدی به آن خواهیم پرداخت.

### ۱ـ۳. قائم‌مقامی طلبکاران

هنگامی که طلبکاران، دعوای ابطال معاملات صوری یا معاملات واقعی با انگیزهٔ فرار از دین را اقامه می‌کنند، به‌طور مسـتقیم و از جانب خود این اقدام را انجام می‌دهند. اما ممکن اسـت که طلبکاران تحت عنوان قائم‌مقام بدهکار نسـبت به مداخله در معاملات مدیون مدعی اعسـار نیز اقدام نمایند. قائم‌مقام در لغت به معنای نایب و جانشـین به کار رفته اسـت (دهخدا، ۱۳۸۲، ص۴۲۶۵). این اصـطلاح در حقوق ما تعریف نشـده اسـت، فقط در برخی از مواد قانونی از جمله ماده ۴۱۸، ۴۲۴ قانون تجارت که با نهاد قائم مقامی در حقوق مدنی متفاوت بوده و ماده ۳۶ قانون اعسار ۱۳۱۳ (منسوخ شده) از آن نام برده شده است. قائم‌مقامی وضعیت حقوقی است که بین دو شـخص ایجاد شـده و براسـاس آن، یک شـخص جانشـین حقوقی شـخص دیگری می‌شـود. تصـرفاتی که مدیون در اموالش می‌کند، در وضع طلبکاران بدون وثیقه مؤثر اسـت. در واقع دارایی و اعتبار او پشـتوانه و ضـامن اجرای تعهدات در قبال طلبکاران می‌باشـد و قانونگذار نیز با توجه به همین اعتماد مشـروع، دارایی مدیون را وثیقهٔ عمومی و ناقص طلبکاران می‌داند و در مواردی به آنان اجازه داده اسـت که به جای مدیون طرح دعوا کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج۳، ص۲۵۱). باید اذعان داشـت که قائم‌مقامی طلبکاران امری اسـتثنایی و خلاف قاعده بوده و فقط در مواردی خاص، قانونگذار حق اجرای حقوق بدهکار را به طلبکاران داده اسـت.

بنابراین می‌توان نتیجه‌گیری کرد که طلبکاران همچون وراث، قائم‌مقامان عام مدیون به شمار نمی‌روند که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

### ۱ـ۳ـ۱. قائم‌مقامی طلبکاران در حقوق فرانسه

با عنایت به سابقهٔ این موضوع در حقوق فرانسه و تحولات قانونگذاری در این خصوص، در این بخش از پژوهش به‌طور مختصر به بررسی قائم‌مقامی طلبکاران در حقوق فرانسه می‌پردازیم. مادهٔ ۱۱۶۶ قانون مدنی فرانسه پیش از اصلاحات ۲۰۱۶ درخصوص بدهکاران مدعی اعسار اظهار می‌داشت: «طلبکاران می‌توانند همهٔ حقوق بدهکارانشان را اجراء و دعاوی او را اقامه نمایند، مگر آن حقوق و دعاوی که منحصراً وابسته به شخص بدهکار باشد». همان‌طور که ملاحظه می‌شود، مادهٔ ۱۱۶۶ به «حقوق و دعاوی» اشاره دارد. حقوقدانان فرانسوی نگران همین حد از وسعت اختیار طلبکاران شده و مفهوم «حقوق» و «دعاوی» را مترادف هم دانسته و بیان داشتند که طلبکاران می‌توانند فقط دعاوی بدهکاران بر دیگران را نیابت کنند. نکتهٔ جالب توجه آن است که قانونگذار فرانسوی پس از بیان اصل نسبی بودن اثر قراردادها در مادهٔ ۱۱۶۵، بلافاصله مادهٔ ۱۱۶۶ را آورده بود. قرار دادن طلبکار به‌عنوان قائم‌مقام محل تأمل بوده و عده‌ای در حقوق فرانسه، طلبکار را شخص ثالثی می‌شمارند که حقوق ویژه‌ای پیدا نموده است تا به جای بدهکار، حقوق خود را در محدودهٔ خاصی اعمال نماید (Mazeaud, 1998, p. 751).

قانونگذار فرانسوی در اصلاحات قانون مدنی سال ۲۰۱۶، این موضوع را در مادهٔ ۱۳۴۱ـ۱ آورده است. قانونگذار در این ماده اظهار داشته: «هرگاه تقصیر یک بدهکار در اجرای حقوق و اقدامات مالی‌اش، حقوق طلبکار را به خطر بیندازد، طلبکار می‌تواند به نمایندگی از بدهکار، این حقوق را اعمال کند، به غیر از حقوقی که به‌طور انحصاری متعلق به شخصیت بدهکار باشد». همچنین در مادهٔ ۲ـ۱۳۴۱ اظهار داشته: «طلبکار همچنین می‌تواند به نام خود اقامهٔ دعوا کند تا اعلام نماید اعمالی که توسط بدهکار به منظور تقلب در حقوق او انجام شده، نمی‌تواند علیه او مطرح شود. در مورد قراردادهای غیررایگان او، تنها در صورتی می‌تواند این کار را انجام دهد که ثابت کند شخص ثالثی که با بدهکار قرارداد منعقد کرده، از تقلب آگاه بوده

است». همان‌طور که به‌وضوح مشهود است، قانونگذار فرانسوی نسبت به رفع ابهام قانون قبلی اقدام نموده و به صراحت سعی در ایجاد یک چارچوب مشخص برای مداخلهٔ طلبکاران در معاملات مدیون کرده است. در مادهٔ ۱ـ۱۳۴۲، قانونگذار در صورت تقصیر در اعمال حق بدهکار، شخص طلبکار را مجاز دانسته است که به نام بدهکار نسبت به اقامهٔ دعوا علیه مدیونِ مدیون خود اقدام کند؛ یعنی مراجعه به مدیونِ بدهکار جهت دریافت مطالبات. همچنین قانونگذار فرانسوی به صراحت در مادهٔ ۲ـ۱۳۴۲، دقیقاً بعد از مادهٔ مذکور، نسبت به دعاوی که طلبکاران به‌طور مستقیم علیه معاملات مدیون اقامه می‌کنند تعیین تکلیف نموده و اظهار داشته در صورت وجود تقلب، می‌توان صرفاً در معاملات مدیون مداخله کرد که این همان مفهوم «با انگیزهٔ فرار از دین» در حقوق ما می‌باشد. و حتی قانونگذار فرانسوی در این اصلاحات پا را فراتر از آن گذاشته و در معاملات غیرتبرّعی (معوّض) مدیون اظهار داشته که باید منتقل‌إلیه نیز از تقلب آگاه باشد تا طلبکاران بتوانند نسبت به اقامهٔ دعوا اقدام کنند. بنابراین اصلاحات مذکور در قانون مدنی فرانسه حاکی از آن است که قانونگذار فرانسوی می‌خواهد مانع مداخلهٔ وسیع و بی‌حد و حصر طلبکاران در معاملات مدیون مدعی اعسار گردد.

### ۱ـ۳ـ۲. قائم‌مقامی طلبکاران در حقوق ایران

بیشترین بحثی که در خصوص قائم‌مقامی طلبکاران در حقوق ایران شده، در مورد مادهٔ ۳۶ قانون اعسار ۱۳۱۳ می‌باشد. این قانون اکنون به موجب مادهٔ ۲۹ قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ منسوخ گردیده است، اما این امر مانع از مباحث مرتبط با قائم‌مقامی طلبکاران نسبت به دارایی مدیون نمی‌شود، زیرا هر آنچه پیرامون مادهٔ ۳۶ قانون اعسار توسط حقوقدانان مطرح شده، مباحث بنیادین و استدلال‌های مرتبط با بحث کلی قائم‌مقامی طلبکاران بوده است. علی‌الخصوص اینکه مادهٔ ۲۳۵ قانون امور حسبی توسط حقوقدانان در راستای مادهٔ ۳۶ قانون اعسار دانسته شده است، منتها این بار برای شخص متوفی و مادهٔ ۲۳۵ همچنان به قوت خود باقی است. (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۳۵۷- ۳۵۸؛ نوری اصفهانی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۲). مادهٔ ۳۶ قانون اعسار اظهار می‌داشت: «در کلیهٔ اختیارات و حقوق مالی

مدعی اعسار که استفاده از آن مؤثر در دیون او باشد، طلبکاران او قائم‌مقام قانونی مدعی اعسار بوده و حق دارند به جای او از اختیارات و حقوق مزبور استفاده کنند». برخی معتقدند طلبکار در موارد معینی قائم‌مقام بدهکار شده و از کلیهٔ تعهداتی که به نفع بدهکار به عمل آمده، منتفع می‌گردد (امامی، ۱۳۶۳، ج۱، ص۲۳۶؛ شهیدی، ۱۳۹۳، ص۲۶). اما باید به این نکته توجه نمود که قائم‌مقام کسی است که خودش یا به وسیلهٔ نماینده‌اش در قرارداد حضور نداشته و جانشین یکی از طرفین شده است. وضع طلبکار را با ورثه نمی‌توان قیاس کرد، لذا باید او را ثالث دانست که به‌واسطهٔ حمایت قانونگذار از طلبکار، وضع ویژه‌ای می‌یابد و در مواردی که حکم خاصی در حمایت از او موجود نیست، او را باید ثالث به شمار آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص۲۸۶).

اگر قائل به قائم‌مقامی طلبکاران به‌طور کلی در دارایی مدیون مدعی اعسار باشیم، باید تمام اختیارات مالی متعلق به مدیون را برای طلبکاران او نیز بدانیم. اما اگر صرفاً جنبهٔ حمایتی موضوع را نگاه کنیم و آن را مقرره‌ای خاص جهت حمایت از طلبکاران بدانیم، باید نسبت به تفسیر محدود آن اقدام نمود. تفسیر موسعی که از مادهٔ ۳۶ و توسعهٔ مفهوم قائم‌مقامی طلبکار به عمل آمده، آن است که طلبکاران می‌توانند در خارج از دادرسی نیز به قائم‌مقامی از بدهکار، حقوق او را اجرا کنند؛ برای مثال در بیع شرط به جای بدهکار از حق خیار استفاده نمایند. حتی از آن هم فراتر رفته و این ذهنیت ایجاد گردیده که با عنایت به واژهٔ «اختیارات» در مادهٔ مذکور، به طلبکار اجازه داده شده است که علاوه بر حقوق مکتسب بدهکار، از هر اختیار مالی که مؤثر در تأدیهٔ دین باشد استفاده کند؛ حتی طلبکار بتواند خانهٔ مدیون را به قائم‌مقامی او و برخلاف میل او اجاره دهد یا بفروشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص۳۶۷-۳۶۸). از دیگر سو، حکم مادهٔ ۲۳۵ قانون امور حسبی از نظر فلسفه و مبنا منطبق با مادهٔ ۳۶ قانون اعسار دانسته شده است. مادهٔ ۲۳۵ بیان می‌دارد: «بستانکار متوفی نیز در صورتی که ترکه به مقدار کافی برای ادای دین در ید ورثه نباشد، می‌تواند بر کسی که او را مدیون متوفی می‌داند یا مدعی است که مالی از ترکهٔ متوفی در ید اوست، اقامهٔ دعوا کند». این‌گونه بیان شده که حکم یکی است در دو مصداق مختلف، یعنی یکی در زمان حیات و دیگری پس از مرگ بدهکار اجرا می‌شود ( کاتوز یان، ۱۳۸۹،

ص۳۵۶).

نکته‌ای که باید به آن توجه نمود، آن است که این نمایندگی در مادهٔ ۲۳۵ قانون امور حسبی فقط در مطالبات مالی عین و دین برای طلبکار در نظر گرفته شده است. وی حق استفاده از اختیارات و حقوق مالی متوفی را ندارد. بنابراین طلبکار نمی‌تواند برای مثال حق فسخی که در زمان حیات متوفی برای او ایجاد شده است را اعمال کند و یا اقدام به رد و تنفیذ معاملات مدیون مدعی اعسار نماید. این اختیار صرفاً در مورد اقامهٔ دعوا علیه بدهکار متوفی و یا استرداد اموال او نزد دیگران می‌باشد. در فقه امامیه نیز مطابق نظر مشهور، انتقال مال به غیر طلبکار در صورتی که اموال دیگری برای ایفای دین وجود نداشته باشد، بدون لحاظ انگیزهٔ فرار از دین و پیش از اعلام حجر مدیون به وسیلهٔ حاکم، معتبر است (قمی، ۱۳۷۵، ج۲، ص۴۵۳). در واقع اگر مدیون معسر گردد، حق مطالبه زائل شده به دلیل آنکه حکم به حرمت مطالبه از معسر شده است و در واقع اصل اولیه لزوم پرداخت دین است و اصل ثانویه حرمت مطالبه از مدیون معسر می‌باشد (امیدوار، باریکلو و آذربایجانی، ۱۴۰۲، ص۱۲۰-۱۲۱).

در حالتی که عقد وجود حقوقی دارد و صرفاً امکان رد یا تنفیذ آن وجود دارد، آثار قراردادهای مدیون در برابر همه از جمله طلبکاران قابل استناد می‌باشد و تعهدات ناشی از عقود نسبی بوده و به طلبکاران سرایت نمی‌کند. با توجه به اصل «عدم ولایت»، هیچ‌کس نمی‌تواند بر دیگری ادعای ولایت کند (اصل ۱۹ قانون اساسی). بنابراین اختیار موجود در ماده باید در حدود قانونی خود تفسیر شود و مانع آن می‌شود که بدون وجود یک چارچوب قانونی مشخص و تحت شرایط احصاء شده، طلبکاران به‌طور مطلق به مداخلهٔ بی‌حد و حصر در معاملات مدیون مدعی اعسار اقدام نمایند.

## ۲. امکان اعلام انفساخ یا بطلان توسط طلبکاران

ممکن است به علت فقدان شرایط اساسی، معاملات مدیون باطل و یا منفسخ شده باشد. در ابتدا این امر به ذهن متبادر می‌گردد که این معاملات به خودی خود باطل بوده و وجود حقوقی ندارند و هنگامی که معامله‌ای وجود حقوقی ندارد، پس در

برابر دیگران نیز قابل استناد نبوده و اصولاً مالی از دارایی مدیون خارج نشده است و طلبکاران به راحتی می‌توانند عین مال را توقیف کرده و طلب خود را از آن محل وصول نمایند. اما این‌ها همه در عالم ثبوت است. بلکه تا زمانی که این بطلان اثبات نشود و به موجب حکم دادگاه بتوان اثر حقوقی آن را لمس کرد، در عالم حقوق هیچ اثری نخواهد داشت. مثلاً زمانی که در پی وقوع یک معامله، خریدار ملکی به‌واسطهٔ آن معامله سند رسمی اخذ می‌کند، به موجب مادهٔ ۲۲ قانون ثبت، دولت فقط شخصی را مالک می‌شناسد که نام او در دفتر املاک ثبت شده باشد. بنابراین خریدار همچنان مالک می‌باشد، ولو معاملهٔ او باطل بوده باشد و طلبکاران نمی‌توانند مالکیت رسمی او را نادیده گرفته و از محل آن مال، طلب خود را وصول کنند. بنابراین نیاز به اقامهٔ دعوای ابطال سند رسمی و اخذ حکم در این مورد هست. و یا در صورت انفساخ معامله، نیاز به دعوای تنفیذ انفساخ می‌باشد تا در عالم اثبات، این موضوع مورد تأیید دادگاه قرار گیرد و دارای اثر حقوقی گردد. نحوهٔ مداخلهٔ طلبکاران در مواردی که معامله به خودی خود باطل بوده و یا منفسخ می‌گردد، با حالتی که امکان رد معامله وجود دارد متفاوت است. در حالت بطلان و انفساخ، معامله وجود و حیات حقوقی ندارد و در حکم عدم است و به اصطلاح دچار مرگ حقوقی شده است. به‌واسطهٔ آنکه این موضوع ارتباط خاصی با ذی‌نفعی طلبکاران در دعوای اعلام بطلان یا انفساخ دارد، نیازمند بررسی مداخلهٔ طلبکاران در این نوع معاملات با نگاه جدیدی است که در ذیل این بخش به آن خواهیم پرداخت.

### ۲ـ۱. حالت انفساخ معامله

واژهٔ انفساخ در برابر واژهٔ فسخ به کار می‌رود که مبتنی بر کاربرد ارادهٔ یکی از طرفین است. انفساخ یا همان انحلال قرارداد به این معنی است که «عقد بدون اینکه نیاز به عمل حقوقی اضافی داشته باشد، خودبه‌خود از بین می‌رود و حق انتخاب برای یکی از طرفین یا دادگاه باقی نمی‌ماند» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج۵، ص۳۴۲). بنابراین به ظاهر، عقد حیات حقوقی خود را از دست داده و همچون بطلان که در ابتدا اثر حقوقی نداشته، در اینجا در میانه‌ی عقد اثر حقوقی خود را از دست می‌دهد و در حکم عدم است، اعم از آنکه به‌واسطهٔ شرط فاسخ باشد یا به موجب حکم قانون. اما باید توجه نمود

زمانی بحث امکان مداخلهٔ طلبکاران در حالت انفساخ معاملهٔ مدیون پیش می‌آید که در عقود ناقله، عین مال تلف نشده یا انتقال نیافته باشد و عین مال موجود است. زیرا با توجه به قرائن موجود در قانون مدنی از جمله مادهٔ ۲۸۷ در باب اقاله و مادهٔ ۴۵۹ در بیع شرط، باید پذیرفت که اثر شرط فاسخ نسبت به آینده است و اثر قهقرایی ندارد، مگر در صورت تراضی طرفین. بنابراین تصرفات ناقله بی‌اشکال است، زیرا که تا پیش از انفساخ، مال خریدار بوده و حق هرگونه تصرفی در آن دارد و این امر هیچ‌گونه تعارضی با مالکیت آیندهٔ طرف مقابل ندارد (اسدی‌نژاد و صفایی معافی، ۱۴۰۲، ص۱۸). حالت انفساخ عقد ممکن است ناشی از دو منشأ باشد: یکی به موجب حکم قانون و دیگری به موجب شرط فاسخ که با توافق طرفین در ضمن قرارداد ایجاد گردیده است. مداخلهٔ طلبکاران در معاملاتی که مدیون انجام داده و منفسخ گردیده، ممکن است هرکدام ناشی از یکی از این دو منشأ باشد و آثار متفاوتی خواهد داشت که در ادامه پژوهش به آن خواهیم پرداخت.

### ۲ـ۱ـ۱. به علت شرط فاسخ

شرط فاسخ ساخته‌ی تراضی طرفین است که آن را معلق بر امری می‌نمایند. هرچند که بعد از وقوع معلق‌علیه، عقد خودبه‌خود و بدون اراده‌ی طرفین حیات حقوقی خود را از دست می‌دهد، اما مبنا و ریشه‌ی آن اراده‌ی طرفین است (اسدی‌نژاد و بهارلو، ۱۳۹۰، ص۱۰). بنابراین باید بین حالتی که طرفین بعد از وقوع معلق‌علیه همچنان در راستای تأیید و تنفیذ و یا برخلاف انفساخ عقد، عملی انجام می‌دهند، فرق گذاشت. به ظاهر با وقوع معلق‌علیه، عقد از بین رفته و حیات حقوقی ندارد و به اصطلاح مرده را دیگر نمی‌توان زنده کرد. اما از این جهت که ریشه‌ی این انفساخ قراردادی است، نظرات دیگری در این خصوص نیز ارائه شده است. برای مثال اینکه بعد از تحقق شرط فاسخ باید متوجه اقدامات مشروط‌له باشیم و اگر مشروط‌له به‌عنوان ذی‌نفع این شرط، اقدامات بعدی را در راستای عقد انجام دهد، وضعیت فرق می‌کند. ثانیاً اینکه گفته می‌شود احیای قرارداد منحل‌شده با اقدام متأخر مشروط‌له به منزلهٔ اعادهٔ معدوم است، هم حرف صحیحی نیست، چون وجودهای حقوقی اموری اعتباری هستند. در موجودات اعتباری سبب می‌تواند مؤخر بر

مسـبب باشـد. ثالثاً علت فاعلی قراردادها اراده‌ی طرفین اسـت و نباید آن‌ها را با موجودات عینی و مادی قیاس کرد. بر این اسـاس احیای قرارداد منحل‌شـده بر اسـاس تراضـی طرفین یا از سـوی ذی‌نفع و مشـروط‌له امری ممکن اسـت (کریمی، جواهرکلام و زرنگ، ۱۴۰۳، ص۱۵۰).

شـرط انفسـاخ در دو مرحله تفسـیر می‌گردد: مرحلهٔ فعلیت و سـپس مرحلهٔ اثربخشـی. اگرچه شـرط انفسـاخ در مرحلهٔ فعلیت منوط به عاملی نیسـت، اما در مرحلهٔ اثربخشـی منوط به اسـتناد شـخص ذی‌نفع اسـت. پس از وقوع معلق‌علیه، وابستگی شرط فاسخ به ارادهٔ مشروط‌له حفظ می‌شود، چراکه ماهیت آن شرط ضمن عقد است (کریمی، جواهرکلام و زرنگ، ۱۴۰۳، ص۱۴۴-۱۴۵). به عبارت دیگر، صرف تحقق شـرط انفسـاخ کافی نبوده و ذی‌نفع شـرط می‌بایسـت در مدتی معقول بدان اسـتناد نماید و الا این شـرط در مرحلهٔ اثرگذاری ابتر خواهد ماند و عدم اسـتناد در مدت معقول به منزلهٔ انصـراف از اسـتناد بدان اسـت. واقعیت این اسـت که طرفین با پایبندی به مفاد قرارداد در پی احیای آن قرارداد و پایبندی به آثار وضعی آن بوده‌اند. حال معقول به نظر نمی‌رسـد که قرارداد را درگیر تئوری‌های خشـک و بدون انعطاف کرده و به دنبال راهکاری برای انحلال آن باشیم.

به نظر می‌رسـد در حالت انفسـاخ، هرچند برحسـب ظاهر قرارداد وجود حقوقی خود را از دسـت داده، اما باید بین حالتی که مشـروط‌علیه یا طرفین عقد در مسـیر اجرای قرارداد حرکت می‌کنند، با حالتی که نسـبت به تأیید انفسـاخ عقد اقدامی می‌نمایند یا نفیاً و اثباتاً فعل و انفعالی در این خصوص نمی‌کنند، فرق گذاشت. در دو حالت اخیر می‌توان به‌واسـطهٔ مرگ حقوقی قرارداد، همانند بطلان، قائل به اقامهٔ دعوای طلبکاران به جانشـینی از مدیون در تنفیذ انفسـاخ عقد و بازگشـت اموال به دارایی مدیون بود. اما در حالت اول، چون مبنای برقراری شـرط فاسـخ ارادهٔ طرفین بوده و در شـرایطی که خود مشـروط‌له یا طرفین عقد در مسـیر ادامه‌ی قرارداد گام برمی‌دارند، با توجه به استدلال‌های صورت‌گرفته‌ی فوق و ریشهٔ قراردادی در این نوع از انفساخ، امکان مداخلهٔ طلبکاران وجود ندارد و این مورد همانند مداخلهٔ طلبکاران در رد یا تنفیذ معامله اسـت که در مطلب پیشـین در خصـوص عدم امکان مداخلهٔ

طلبکاران در این موارد به تفصیل سخن گفته شد.

### ۲ـ۱ـ۲. انفساخ به حکم قانون

در مواردی که انفساخ عقد به‌واسطهٔ شرط فاسخ نبوده، بلکه به موجب حکم قانون می‌باشد، چیزی که در ابتدا به نظر می‌رسد آن است که در این موارد به‌واسطهٔ آنکه با حکم قانون، عقد حیات حقوقی خود را از دست داده است، در حکم بطلان عقد بوده که در میانه اتفاق افتاده و حکم آن تابع بحث بطلان معامله است و شاید بتوان قائل به امکان مداخلهٔ طلبکاران در چنین معاملاتی و اقامهٔ دعوای تأیید انفساخ بود. اما توجه به این نکته ضروری است که در عقود ناقله، انفساخ به حکم قانون در تلف مبیع قبل از قبض و یا تعذر تسلیم دائمی مال مورد انتقال متصور است که به نظر می‌رسد در عمل نمی‌توان مصداقی یافت که در آن موضوع بازگشت عین مال به دارایی مدیون مدعی اعسار و امکان توقیف آن توسط طلبکاران وجود داشته باشد. بنابراین در عمل در حالت انفساخ قرارداد به حکم قانون، موضوعی برای مداخلهٔ طلبکاران در این معاملات نیست و از بحث ما خروج موضوعی دارد.

### ۲ـ۲. حالت بطلان معامله

بطلان در لغت به معنی فاسد شدن، ضایع شدن، بیهوده شدن و تباهی است (عمید، ۱۳۸۹، ص۳۲۵). در عالم حقوق، بطلان عقد وضعیتی است که در جهان خارج اثر ندارد و هیچ اثری بر آن مترتب نیست و عقد وجود حقوقی پیدا نمی‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰، ص۴۵۴). در فقه امامیه، بطلان در معنای عام شامل عدم نفوذ و باطل به معنی خاص به کار رفته است و به جای واژهٔ بطلان به معنی خاص آن از واژهٔ «فساد» استفاده کرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۵، ج۲۸، ص۲۶۹). عقد باطل در حکم هیچ و عدم است؛ مانند بیع صغیر غیرممیز و... بطلان عقد وضعیت عقدی است که به علت فقدان یک یا تمامی شرایط اساسی صحت معاملات (مادهٔ ۱۹۰ قانون مدنی)، از همان ابتدا اعتبار و نفوذ نداشته و نه‌تنها اثر حقوقی ندارد، بلکه قابل تبدیل به عقد صحیح نیز نمی‌باشد.

این موضوع که آیا طلبکاران می‌توانند در صورت بطلان معاملهٔ مدیون مدعی اعسار، به‌واسطهٔ آنکه عقد دیگر وجود حقوقی ندارد، به جانشینی از مدیون مدعی

اعسـار نسـبت به اعلام بطلان چنین معاملاتی اقدام نمایند، در حقوق ما مورد توجه حقوقدانان قرار نگرفته است. جهت بررسی این موضوع و رسیدن به این پاسخ که آیا طلبکاران در اقامهٔ دعوای بطلان ذی‌نفع هسـتند یا خیر، می‌توان از قواعد و اصـولی بهره گرفت تا ما را در پاسـخ به پرسـش مذکور یاری کند که در ادامه مبحث به آن خواهیم پرداخت.

### ۲ـ۲ـ۱. قاعدهٔ «أکل مال به باطل»

یکی از قواعدی که می‌توان در موضـوع بحث به آن اشـاره کرد، قاعدهٔ فقهی «اکل مال به باطل» اسـت. این قاعدهٔ فقهی برگرفته از آیهٔ ۲۹ سـورهٔ نسـاء: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» می‌باشـد و تحت عناوین «دارا شـدن بلا جهت» و مال‌دار شـدن از طریق باطل بررسـی شـده اسـت. این قاعده یک قاعدهٔ کلی اسـت که تمام تصـرفات مالی و غیرمالی را نیز در بر می‌گیرد. منظور از «اکل» در این قاعده، خوردن نیسـت و منظور از تصـرفات، نه‌تنها تصـرفات حقیقی، بلکه تصـرفات اعتباری از جمله تملک و تصـاحب نیز می‌باشـد (گرجی، ۱۳۸۳، ص۲۴۱). مفهوم باطل که در این قاعده عنوان شده، برخی آن را صرفاً به مال حرام و ناحق در برابر مال حق می‌دانند (باطل شرعی). اما مفهوم عام‌تری از باطل در این قاعده استنباط گردیده است و آن است که همه‌ی معاملات باطل را شـامل می‌شـود و اگر هم مصـادیقی نام برده می‌شـود از باب نمونه است و الا تمام معاملات باطل (عقود فاسد) به‌عنوان باطل عرفی مشمول این قاعده هستند (سلیمانی، سلطانی و صفایی، ۱۳۹۵، ص۳۳).

از نظر اسـلام هرگونه تصـرف در اموال و دارایی‌ها باید براسـاس حق و عدالت صورت گیرد و هر چه غیر از این باشد حرام و باطل است. بنابراین شـناخت مفهوم اکل مال به باطل با توجه به مسـائل جدیدی که در جامعه به وجود می‌آید، بر عهدهٔ عرف است. آن هنگامی که معاملهٔ بین مدیون مدعی اعسار و دیگری باطل است و عقد وجود حقوقی ندارد، خریدارِ مال مدیون، عینی از اموال مدیون را با یک معاملهٔ باطل همچنان در اختیار دارد، در حالی که در واقع این مال اکنون در مالکیت مدیون بوده و طلبکاران مدیون مدعی اعسار می‌توانند از محل آن عین، طلب خود را وصول نموده و از آن نفع ببرند. و با توجه به گستردگی مفهوم تصرفات در قاعدهٔ اکل

مال به باطل و اینکه عرف جامعه نمی‌پذیرد که طلبکاران بی‌بهره از دارایی واقعی مدیون باشند، در حالی که شخص دیگری (خریدار) مالی را در نتیجهٔ معاملهٔ باطل همچنان در ید خود داشته باشد. بنابراین براساس این قاعدهٔ فقهی نیز می‌توان قائل به لزوم احقاق حق طلبکاران و بازگشت اموال به دارایی مدیون و سپس توقیف آن بود. بدیهی است این امر منافاتی با رجوع خریدار نسبت به ثمن پرداختی ندارد.

### ۲ـ۲ـ۲. قاعدهٔ لاضرر

یکی دیگر از قواعدی که می‌توان به آن اشاره نمود، قاعدهٔ «لا ضرر» است. قاعدهٔ لاضرر از جمله قواعد مشهور فقهی است که در تمام ابواب مختلف فقه اعم از عبادات و معاملات به آن استناد می‌شود. این قاعده از احادیثی چون «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ عَلَى مُؤْمِنٍ» و «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» گرفته شده است. قاعدهٔ لاضرر از احکام ثانویه بوده که بر قاعدهٔ اولیه از جمله «تسلیط» حکومت دارد و موضوع قاعده «النَّاسُ مُسَلَّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» را تفسیر و آن را به تصرفات غیرضرری محدود می‌نماید (انصاری، ۱۴۲۴، ج۲، ص۴۶۲). این مطلب در حقوق ما و به‌خصوص در معاملات مدیون مدعی اعسار موضوع غریبی نبوده، بلکه دارای سابقه است. اساس مادهٔ ۶۵ قانون مدنی که صحت وقف به اضرار دیّان را منوط به اجازهٔ آنان دانسته، قاعدهٔ لاضرر است و با عنایت به نظر گروهی از فقها که معاملات تبرّعی به منظور فرار از دین را به استناد قاعدهٔ لاضرر غیرنافذ دانسته‌اند، می‌توان قاعده‌ی مندرج در مادهٔ ۶۵ قانون مدنی را به سایر تصرفات تبرّعی مدیون گسترش داد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج۳، ص۲۷۴ و ۲۸۳). همین‌طور در بحث معاملات مدیون با انگیزهٔ فرار از دین، برخی از فقها حکم به بطلان چنین معاملاتی به استناد قاعدهٔ لا ضرر داده‌اند (نراقی، ۱۴۲۲، ص۱۸۷). برخی حقوقدانان نیز با احصاء مبانی مختلف، ضمن ترجیح استناد به این قاعده و همین‌طور اصل ۴۰ قانون اساسی اظهار داشتند که هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر قرار دهد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج۲، ص۲۷۵). همچنین مبنای مادهٔ ۲۱۸ مکرر قانون مدنی که امکان توقیف اموال مدیون را از جانب طلبکاران به وجود آورده، نیز قاعدهٔ «لاضرر» می‌باشد.

در جایی که معامله‌ای از ابتدا باطل بوده و حیات حقوقی ندارد، ممکن است در

عالم اثبات، مدیون که عین اموالش را منتقل نموده اســت، نســبت به اقامهٔ دعوا و اعلام بطلان آن و اعمال آثار این بطلان اقدام نکند. شاید تصور شود که او مالک بوده و بر مال خود مسـلط اسـت و حق هرگونه تصـرفی را دارد. اما باید به این مطلب توجه نمود که به‌واسطهٔ باطل بودن معامله، در صورت اعمال آثار این بطلان، اموالش به‌طور رسـمی به مالکیت او درمی‌آید و امکان توقیف آن مال توسـط طلبکاران وجود خواهد داشــت. بنابراین طلبکاران در آن ذی‌نفع خواهند بود. درســت اســت که مدیون می‌تواند حق خود را در اموالش اعمال کند، اما با این اعمال حق خود، موجب ضــرر به دیگری شـده و می‌تواند مصـداق سوءاسـتفاده از حق باشـد. و این مبنا ما را به این موضوع رهنمون می‌کند که امکان مداخلهٔ طلبکاران در این معامله و اعلام بطلان آن در این مورد خاص به جانشینی از مدیون وجود دارد، همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، تمامی این مبانی ما را به وجود ذی‌نفعی طلبکاران در چنین دعاوی می‌رساند.

### ۲ـ۲ـ۳. ذی‌نفعی طلبکاران در دعوای اعلام بطلان یا انفساخ

در صورتی که شرایط اساسی صحت معاملات در قرارداد مدیون مدعی اعسار با ثالث مفقود بوده و معاملهٔ او باطل باشــد، آیا طلبکار رأســاً می‌تواند دعوای ابطال معاملهٔ مذکور را اقامه نماید؟ در بررســی وجود شــرط ذی‌نفعی خواهان، باید به این اکتفا شود که اگر حق اصلی یا ماهوی علیه خوانده اثبات شود، سودی عائد خواهان خواهد گردید یا خیر؟ باید حتماً قبل از اقامهٔ دعوا، اضــرار به وقوع پیوســته و زیان رســیده باشــد تا بتوان گفت نفع در دعوا فعلیت دارد (متین دفتری، ۱۳۹۷، ص۲۱۷). نفع متقاضـی (خواهان) در فقه تحت عنوان قابل اسـتماع بودن دعوا مطرح شـده اسـت (موسـوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج۱، ص۸۷). به عبارت دیگر دعوا وقتی محقق می‌شـود که عقلاً آن را دارای قصد و غرض بدانند و مدعی در آن نفع داشته باشد؛ اگر نفع نباشد، قسم نیز متوجه طرف نمی‌گردد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج۱۴، ص۳۶۴).

ملاکی که حقوقدانان ما در خصوص مفهوم ذی‌نفعی به دست می‌دهند آن است که «اگر حق اصـلی یا ماهوی ادعایی علیه خوانده اثبات شـود، سـودی عائد خواهان خواهد گردید یا خیر؟» (شــمس، ۱۳۸۹، ج۱، ص۲۸۲). اگر طلبکاری هنگام مراجعه به شــخص مدیون با اعســار او مواجه گردد که اموال مدیون کفاف دیون او را ندهد و

پیش‌تر مدیون معامله‌ای انجام داده که سبب اعسار و ناتوانی او در پرداخت به طلبکار شده و عین اموال او به دیگری انتقال یافته باشد و آن معامله به علت نقص در شرایط اساسی معاملات یا حکم قانونی باطل بوده یا منفسخ شده باشد، در اینجا نتیجهٔ انحلال آن معامله، بازگشت عین به اموال مدیون بوده و طلبکار می‌تواند از محل اموال بازگشت‌یافته طلب خود را وصول کند. پس نتیجهٔ این دعوا سودی عائد طلبکار خواهد کرد. این امر با آنچه علمای حقوق در گستردهٔ مفهوم ذی‌نفعی طرح می‌کنند، سازگاری دارد. بدیهی است در صورتی که مدیون خودش یا دیگری نسبت به پرداخت مطالبات طلبکاران اقدام و تسویه نمایند، دیگر آنان نفعی در اعلام بطلان معاملهٔ مذکور نخواهند داشت و ذی‌نفعی آنان از این بابت منتفی می‌گردد. در ادامه به یک نمونهٔ رأی که توسط یکی از شعب دادگاه عمومی حقوقی تهران صادر شده و در مرجع عالی هم مورد تأیید قرار گرفته است، خواهیم پرداخت.

### ۲ـ۲ـ۴. بررسی یک رأی

در موضوع ذی‌نفع بودن طلبکاران در دعوای ابطال معاملات مدیون معسر، رأیی از شعبهٔ ۱۹۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران صادر گردیده است که ابطال معاملهٔ مدیون به‌واسطهٔ عدم وجود شرایط اساسی صحت معاملات توسط طلبکار را پذیرفته و این حکم منجر به ابطال یک سند رسمی گردیده است. بدین شرح که خواهان اظهار داشته به موجب اجراییهٔ دادگاه از خوانده طلبکار شده است و بدهکار طبق وکالت‌نامه در تاریخ ۱۴۰۲/۰۶/۰۲، وکالت فروش سه‌دانگ آپارتمان خود را به شخص ثالث اعطا نموده است. وکیل نیز بر مبنای اختیارات حاصله از همان وکالت‌نامه، در تاریخ ۱۴۰۲/۰۶/۱۱ اقدام به انتقال سه‌دانگ آپارتمان به خود نموده، در حالی که این انتقال در ساعت ۰۸:۰۶ صبح انجام شده بود. موکل (مدیون) در ساعت ۰۳:۵۰ صبح همان روز در بیمارستان فوت می‌نماید و عملاً وکالت در لحظهٔ انتقال آپارتمان منحل گردیده است و بدین‌ترتیب انتقال سند رسمی باطل می‌باشد. طلبکار (خواهان) در دادخواست خود اظهار داشته: «با توجه به ذی‌نفع بودن اینجانب در مال یادشده به جهت طلبکار بودن از مرحوم... خواستار ابطال سند رسمی در نتیجهٔ معاملهٔ مذکور می‌باشم».

شعبهٔ ۱۹۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران در دادنامهٔ شمارهٔ ۱۴۰۳۶۸۳۹۰۰۰۶۹۷۱۶۴۷ مورخ ۱۴۰۳/۰۵/۲۰ چنین رأی صادر نموده: «... با توجه به ذی‌نفع بودن خواهان به‌عنوان دائن و عدم اعتبار وکالت‌نامه در زمان تنظیم وکالت‌نامه، دادگاه دعوای خواهان را وارد تشخیص و به استناد مواد ۶۷۸، ۸۶۸، ۲۴۷ و ۲۴۸ قانون مدنی، حکم به ابطال سند رسمی شمارهٔ... مورخ ۱۴۰۲/۰۶/۱۱ سه‌دانگ از شش‌دانگ آپارتمان به پلاک ثبتی... بخش ۱۰ ثبتی تهران و وکالت‌نامه شمارهٔ... مورخ ۱۴۰۲/۰۶/۰۲، نیز پرداخت خسارت دادرسی تنظیمی صادر و اعلام می‌نماید...». این رأی به موجب دادنامهٔ شمارهٔ ۱۴۰۳۶۸۳۹۰۰۱۰۹۴۱۹۴۲ مورخ ۱۴۰۳/۰۷/۲۴ توسط شعبهٔ ۵۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز عیناً مورد تأیید قرار گرفته است.

همان‌طور که مشاهده می‌شود، شعبهٔ ۱۹۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران به دلیل اینکه در نتیجهٔ ابطال سند رسمی به‌واسطهٔ عدم وجود شرایط انتقال، سودی عائد خواهان (طلبکار) می‌شود، به ابطال سند رسمی رأی داده است. استدلالی که در این خصوص مطرح شده، آن است که چون با انفساخ وکالت‌نامه، انتقال سند رسمی به نحو صحیح صورت نگرفته و شرایط صحیح تنظیم سند رسمی وجود نداشته است، بنابراین طلبکاران ذی‌نفع در نتیجهٔ این دعوا می‌باشند و در صورت اعلام بطلان سند رسمی، آن عین به اموال مدیون بازگشته و امکان توقیف آن برای طلبکاران وجود خواهد داشت. بنابراین دعوای آنان پذیرفته شده و دادگاه نیز حکم به ابطال سند رسمی داده است.

## نتیجه‌گیری

جای هیچ تردیدی نیست که بدهکاران گاهی در پی تبدیل اعیان اموال خود به وجه نقد هستند که نتیجه‌ی آن ایجاد مانع برای دست‌یابی طلبکاران به اموال بدهکاران می‌باشد، آن هم طلبکاران بدون وثیقه که تنها پشتوانهٔ آنان، دارایی بدهکاران و اعتمادی است که به خود مدیون داشته‌اند. بنابراین هرگونه معامله‌ای که باعث کاهش دارایی مدیون شود، از وثیقهٔ عمومی طلبکاران می‌کاهد. قانونگذار

نیز باید سعی کند با وضع مقرراتی در این خصوص، حق طلبکاران را از مدیون بستاند. در مورد معاملات صوری و یا با انگیزهٔ فرار از دین، مادهٔ ۲۱۸ قانون مدنی و مادهٔ ۲۱ قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی، مقرراتی را برای مداخلهٔ طلبکاران در معاملات مدیون مدعی اعسار قرار داده‌اند، لیکن کفایت لازم را در تضمین حقوق طلبکاران نمی‌نمایند. در مواردی که معامله کاملاً واقعی است، ممکن است به‌واسطهٔ وجود اختلالی در شرایط اساسی صحت معاملات و شروط ضمن عقد یا به حکم قانون، آن معامله در معرض ابطال، انفساخ و یا رد قرار گیرد و طلبکارانی که با این نوع از معاملات مواجه می‌شوند، بخواهند نسبت به اعمال اختیارات به جای مدیون اقدام نموده و موجب بازگشت اموال به دارایی بدهکار و سپس توقیف آن شوند. بحث قائم‌مقامی طلبکاران در موضوع رد و تنفیذ معاملات توسط طلبکاران که هنوز معامله وجود حقوقی دارد، با استناد به مادهٔ ۳۶ قانون اعسار و مادهٔ ۲۳۵ قانون امور حسبی مطرح می‌شود، در حالی که مادهٔ ۳۶ قانون اعسار ۱۳۱۳ امروزه منسوخ گردیده و مادهٔ ۲۳۵ قانون امور حسبی نیز فقط در مورد دعوای طلبکاران علیه مدیونِ بدهکار و یا استرداد اموال مدیون مدعی اعسار نزد اشخاص ثالث کاربرد دارد.

فارغ از مقررات قانونی موجود، این‌گونه تفاسیر موسع در باب اختیارات مالی طلبکاران، خلاف اصل نسبی بودن اثر قراردادها و اصل قابلیت استناد قرارداد در برابر دیگران می‌باشد. از سوی دیگر، امکان مداخلهٔ طلبکاران در معاملات مدیون غیرتاجر در حقوق ما وجود ندارد. در باب انفساخ معامله نیز اگر انفساخ به حکم قانون باشد، در عقود ناقله با توجه به آنکه فقط تلف مبیع قبل از قبض و تعذر تسلیم دائمی مورد معامله متصور است، عملاً از بحث بازگشت عین اموال و امکان توقیف و بازداشت آن از طرف طلبکاران خروج موضوعی دارد. اما حالتی که انفساخ به علت شرط فاسخ بوده، باید به‌واسطهٔ ریشهٔ قراردادی آن، بین حالتی که طرفین نفیاً یا اثباتاً در مسیر قرارداد اقدامی نمی‌کنند یا برخلاف آن عملی انجام می‌دهند و حالتی که با اعمال خود موجب تنفیذ و تأیید موضوع قرارداد می‌شوند، فرق گذاشت. در مواردی که طرفین با وقوع معلق‌علیه در شرط فاسخ، جهت اجرای موضوع قرارداد گام

برمی‌دارند، به‌واسطهٔ ریشهٔ قراردادی شرط فاسخ، هنوز از مرحلهٔ فعلیت به اثربخشی نرسیده است. چراکه اثربخشی آن منوط به استناد شخص ذی‌نفع به آن می‌باشد. بنابراین قرارداد دچار مرگ حقوقی نشده و موضوع مانند امکان رد معاملات توسط طلبکاران بوده و در چنین شرایطی نمی‌توان قائل به مداخلهٔ طلبکاران بود. اما در حالتی که طرفین اتفاقاً در تأیید انفساخ گام برمی‌دارند و یا نفیاً و اثباتاً بعد از وقوع معلق‌علیه اقدامی نمی‌کنند، می‌توان این مورد را مرگ حقوقی قرارداد دانست و احکام بطلان قرارداد در باب مداخلهٔ طلبکاران را در آن جاری ساخت. در باب بطلان به علت شرایط اساسی معاملات، با توجه به قاعدهٔ فقهی اکل مال به باطل و تفسیر باطل به مفهوم عرفی آن که فقط مال حرام را دربرنمی‌گیرد، بلکه منظور معاملات باطل نیز می‌باشد، و به‌واسطهٔ تصرف طرف مقابل معامله با مدیون که مالی از مدیون را ناشی از یک معاملهٔ باطل همچنان در اختیار دارد، و با عنایت به قاعدهٔ لاضرر که عدم اقدام مدیون در اعلام بطلان یا انفساخ معامله موجب ضرر به طلبکاران می‌شود، و همچنین تعریف مفهوم ذی‌نفعی نزد حقوقدانان در آیین دادرسی مدنی مبنی بر اینکه هرگاه از دعوایی نفعی عائد شخص گردد، ذی‌نفع دعوا تلقی می‌شود، و در نتیجه دعوای اعلام بطلان یا انفساخ از جانب طلبکاران به‌صورت خاص و به جانشینی از مدیون، عین مال مدیون به دارایی او بازگشته و امکان توقیف آن وجود دارد.

## فهرست منابع


۵۳. اسدی، محمدحسن. (۱۳۸۶). اصل قابلیت استناد قرارداد در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فرانسه. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۸ (۱)، ۱۴۱- ۱۷۲. https://doi.org/10.30497/law.2012.1287

۵۴. اسدی‌نژاد، سید محمد؛ بهارلو قره‌بلطاقی، جواد. (۱۳۹۰ش). شرط فاسخ. پژوهشنامهٔ حقوق کیفری، (۲)، ص۵-۱۸.

۵۵. اسدی‌نژاد، سید محمد؛ صفایی معافی، سیدحسین. (۱۴۰۲ش). تعلیق در انعقاد قرارداد با تأکید بر دیدگاه امام خمینی(ره). پژوهشنامهٔ متین، (۲۵) ۹۹، ۱-۲۸. https://doi.org/10.22034/matin.2021.292808.1924

۵۶. امامی، سید حسن. (۱۳۶۳ش). حقوق مدنی. تهران: اسلامیه.

۵۷. امیدوار، حسن؛ باریکلو، علیرضا؛ آذربایجانی، علیرضا. (۱۴۰۲ش). تحلیل معامله به قصد فرار از

پرداخت دین از منظر اصول زیربنایی حقوق قراردادها. مطالعات حقوقی، (۱۵) ۲، ۱۱۱ـ۱۴۰. https://doi.org/10.22099/jls.2023.42829.4629

۵۸. انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۲۴ق). فرائد الأصول (ج۲). قم: مجمع الفکر الإسلامی.

۵۹. ایزانلو، محسن؛ شریعتی‌نسب، صادق. (۱۳۹۱ش). مطالعهٔ تطبیقی عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه. مجلهٔ حقوق خصوصی، (۹) ۲، ۶۶. https://doi.org/10.22059/jolt.2013.35159

۶۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۴۰۰ش). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.

۶۱. دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۸۲ش). لغت‌نامه. تهران: دانشگاه تهران.

۶۲. سلیمانی، حمید؛ سلطانی، عباسعلی؛ صفایی، مریم. (۱۳۹۵ش). واکاوی قلمرو قاعدهٔ اکل مال به باطل. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، (۱۰) ۳۴، ص۲۷ـ۵۵. https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.23452811.1395.10.34.2.8

۶۳. شمس، عبدالله. (۱۳۸۹ش). آیین دادرسی مدنی (دورهٔ پیشرفته). تهران: دراک.

۶۴. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۳ش). آثار قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.

۶۵. صفایی، سید حسین. (۱۴۰۰ش). قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان.

۶۶. طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسهٔ دارالتفسیر.

۶۷. عمید، حسن. (۱۳۸۹ش). فرهنگ فارسی. تهران: راه رشد.

۶۸. الفت، نعمت‌الله؛ ذاکریان، اکبر. (۱۳۹۴ش). بررسی تطبیقی استیفای دین از طلب مدیون. نشریهٔ حقوق تطبیقی، (۲) ۳، ۹۵ـ۱۱۶. https://civilica.com/doc/1201400

۶۹. قمی، میرزا ابوالقاسم. (۱۳۷۵ش). جامع الشتات. تهران: کیهان.

۷۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹ش). نظریهٔ عمومی تعهدات. تهران: میزان.

۷۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۰ش). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.

۷۲. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۱ش). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.

۷۳. کریمی، عباس؛ جواهرکلام، محمدهادی؛ زرنگ، امیرحسین. (۱۴۰۳ش). عدول از شرط فاسخ: نقد و تحلیل رویهٔ قضایی با نگاهی به حقوق فرانسه و انگلیس. فصلنامهٔ تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی، (۲۴) ۷، ۱۱۴ـ۱۶۹. https://doi.org/10.22034/law.2024.2045094.1479

۷۴. گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۸۳ش). آیات الاحکام. تهران: میزان.

۷۵. متین دفتری، احمد. (۱۳۹۷ش). آیین دادرسی مدنی و بازرگانی. تهران: مجد.

۷۶. موسوی بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه. قم: نشر العمادی.

۷۷. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۵ش). جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام. تهران: دار الکتب الإسلامیة.

۷۸. نراقی، ملامحمد بن احمد. (۱۴۲۲ق). مشارق الأحکام (مصحح: سید حسن وحدتی شبیری). قم: کنگرهٔ نراقین.

۷۹. نوری اصـفهانی، علی محمد. (۱۳۸۷). قائم مقامی عام در حقوق ایران. پژوهشـهای فقه و حقوق اسلامی، ۴ (۱۴)، ۱۳۷- ۱۵۸.

80. Furmston, Michael. (2017). Cheshire, Fifoot, and Furmston's Law of Contract. UK: Oxford.

81. Mazeaud. (1998). Lecos de droit civil: obligation. Paris: Montchrestien.

## References

1. Asadinejad, Seyed Mohammad, & Baharloo Ghareh Boltaghi, Javad. (2011). Resolutory condition. *Pajūhishnāmah-ye Ḥuqūq-e Keyfarī*, 1(2), 5–18. [In Persian]
2. Asadi Nejad, Seyed Mohammad, & Safaei Moafi, Seyed Hossein. (2023). Suspensive condition in contracts and its cancellation with an emphasis on Imam Khomeini's views. *Pajūhishnāmah-ye Matīn*, 99(25), 1–28. https://doi.org/10.22034/matin.2021.292808.1924 [In Persian]
3. Emami, Seyed Hasan. (1984). *Ḥuqūq-e Madanī* [Civil Law] (Vol. 1). Tehran: Eslamiyeh. [In Persian]
4. Omidvar, Hasan, Barikloo, Alireza, & Azarbayjani, Alireza. (2023). Analysis of transactions intended to evade debt payment from the perspective of the underlying principles of contract law. *Muṭāla'āt-e Ḥuqūqī*, 15(2), 111–140. https://doi.org/10.22099/jls.2023.42829.4629 [In Persian]
5. Ansari, Shaykh Morteza. (2003). *Farā'id al-Uṣūl* [The Unique Principles of Jurisprudence] (Vol. 2). Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī. [In Arabic]
6. Eizanloo, Mohsen, & Shariati Nasab, Sadegh. (2012). A comparative study of inadmissibility in Iranian and French law. *Majallah-ye Ḥuqūq-e Khuṣūṣī*, 9(2), 35–66. https://doi.org/10.22059/jolt.2013.35159 [In Persian]
7. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2021). *Terminology of Law*. Tehran: Ganj Danesh. [In Persian]
8. Dehkhoda, Ali Akbar. (2003). *Dehkhoda Dictionary*. Tehran: University of Tehran. [In Persian]
9. Soleimani, Hamid, Soltani, Abbasali, & Safaei, Maryam. (2016). An analysis of the scope of the rule prohibiting consuming property wrongfully (*akl al-māl bi'l-bāṭil*). *Muṭāla'āt-e Fiqh-e Islāmī wa Mabānī-ye Ḥuqūq*, 10(34), 27–55. [In Persian]
10. Shams, Abdollah. (2010). *Āyīn-e Dādrāsī-ye Madanī (Dūrah-ye Pīshrafteh)* [Civil Procedure (Advanced Course)] (Vol. 1). Tehran: Derak. [In Persian]
11. Shahidi, Mehdi. (2014). *Āthār-e Qarārdād-hā wa Ta'ahhudāt* [Effects of Contracts and Obligations]. Tehran: Majd. [In Persian]
12. Safaei, Seyed Hossein. (2021). *Qawā'id-e 'Umūmī-ye Qarārdād-hā* [General Rules of Contracts]. Tehran: Mizan. [In Persian]
13. Tabatabaei Hakim, Seyed Mohsen. (1995). *Mustamsak al-'Urwah al-Wuthqá* (Vol. 14). Qom: Mu'assasat Dār al-Tafsīr. [In Arabic]
14. Amid, Hassan. (2010). *Farhang-e Fārsī* [Persian Dictionary]. Tehran: Rah-e Roshd. [In Persian]
15. Olfat, Nematollah, & Zakeryan, Akbar. (2015). A comparative study of satisfying a debt from a debtor's claim. *Nashrīyah-ye Ḥuqūq-e Taṭbīqī*, 3(2), 95–116. [In Persian]

16. Qomi, Mirza Abolghasem. (1996). *Jāmi‘ al-Shatāt* (Vol. 2). Tehran: Keyhan. [In Arabic]
17. Katouzian, Nasser. (2010). *General Theory of Obligations*. Tehran: Mizan. [In Persian]
18. Katouzian, Nasser. (2011). *General Rules of Contracts* (Vol. 5). Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar. [In Persian]
19. Katouzian, Nasser. (2012). *General Rules of Contracts* (Vol. 2). Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar. [In Persian]
20. Katouzian, Nasser. (2012). *General Rules of Contracts* (Vol. 3). Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar. [In Persian]
21. Karimi, Abbas, Javaherkalam, Mohammad Hadi, & Zarang, Amir Hossein. (2024). Retreat from a resolutory condition: Critique and analysis of judicial practice with a look at French and English law. *Faṣlnāmah-ye Taḥqīq va Tawsa‘ah dar Ḥuqūq-e Taṭbīqī*, 7(24), 114–169. https://doi.org/10.22034/law.2024.2045094.1479 [In Persian]
22. Gorji, Abolghasem. (2004). *Āyāt al-Aḥkām* [Verses of Legal Rulings]. Tehran: Mizan. [In Arabic/In Persian]
23. Matin Daftari, Ahmad. (2018). *Āyīn-e Dādrāsī-ye Madanī wa Bāzargānī* [Civil and Commercial Procedure]. Tehran: Majd. [In Persian]
24. Mousavi Bojnordi, Seyed Hasan. (1998). *Al-Qawā‘id al-Fiqhīyah* [Jurisprudential Rules] (Vol. 1). Qom: Nashr al-‘Imādī. [In Arabic]
25. Najafi, Mohammad Hassan. (1986). *Jawāhir al-Kalām fī Sharh Sharā’i‘ al-Islām* [Jewels of Discourse in the Commentary on The Laws of Islam] (Vol. 23). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah. [In Arabic]
26. Naraqi, Mulla Mohammad bin Ahmad. (2001). *Mashāriq al-Aḥkām* (Seyed Hasan Vaḥdati Shubayri, Ed.). Qom: Kongereh-ye Narāqayn. [In Arabic]
27. Furmston, Michael. (2017). *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*. Oxford: Oxford University Press.
28. Mazeaud, Henri, Mazeaud, Léon, & Mazeaud, Jean. (1998). *Leçons de droit civil: Obligations*. Paris: Montchrestien. [In French]

Civil Jurisprudence Doctrines

ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# An Analytical Study on the Transferability of the Property or Its Benefits in Digital Currencies

**Setare Ayoubi**[1] | **Sam Mohammadi**[2] | **Seyed Hasan Hoseini Moghadam**[3]

1. Corresponding author, PhD in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. Email: setare.ayoubi@gmail.com
2. Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. Email: s.mohammadi@umz.ac.ir
3. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. Email: s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received: 22 November 2024
Revised: 10 June 2025
Accepted: 6 November 2025
Available online 16 November 2025

**Keywords:**
Sale, Lease, Loan, Digital Currency, Assets, Specific Asset, Usufruct.

## ABSTRACT

The present study adopts an analytical approach to examine the legal and jurisprudential challenges of digital currencies in the formation of traditional contracts such as sale, lease, and loan. The focus on these contracts is due to their status as the most important instruments for the transfer of assets within the legal and jurisprudential system. Considering the accepted definitions in civil law and jurisprudential texts, which regard these contracts as transferring the specific asset or its usufruct, the central question is: to what extent are digital currencies, with their non-tangible and digital nature, compatible with this framework? Furthermore, the seizability of digital currencies within the framework of Islamic jurisprudence and Iranian civil law will be examined. In this regard, the present research focuses on the general criteria and existing overarching rules in law and jurisprudence, attempting to adapt digital currencies to these criteria, rather than creating new criteria for their legitimacy or illegitimacy. The research findings indicate that in Islamic jurisprudence, digital currencies, due to possessing monetary value, transferability, and legitimate use, can be the subject of a sale or loan contract. However, leasing these assets faces challenges due to ambiguity in defining their specific and legitimate usufruct. In this context, the principle of permissibility can also be considered when examining the legitimacy of these transactions. Nevertheless, some jurists believe that transactions involving digital currencies are speculative and fraught with risk, and their validity cannot be accepted. In this regard, attention to the fatwa of the Supreme Leader is also necessary. In Iranian civil law, the sale and loan of digital currencies are accepted due to their economic value and transferability, but their lease requires a revision of the classical principles and conditions of lease contracts. On the other hand, the seizure of digital currencies as an executive measure in Iranian civil and criminal law faces legal and technical obstacles due to the unique characteristics of these assets, such as anonymity, decentralization, and dependence on technological platforms. This research emphasizes the necessity of drafting clear and comprehensive regulations for this domain to ensure both their religious and legal legitimacy and the executive efficiency of these regulations. Given the existing challenges, it is proposed that the legislator, considering various jurisprudential viewpoints, especially the fatwa of the Supreme Leader, draft regulations that, while preserving public interests, prevent the misuse of these financial instruments. The research method in this article is descriptive-analytical.

**Cite this article:** Ayoubi, S.; Mohammadi, S.; Hoseini Moghadam, S., H. (2026). An Analytical Study on the Transferability of the Property or Its Benefits in Digital Currencies. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 18(33), 71-98. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6532.2014

© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

# Extended Abstract

## Introduction

Today's world is moving toward digitalization at an unprecedented pace, and digital currencies, as one of the prominent achievements of this transformation, have fundamentally challenged economic, commercial, and legal structures. These emerging assets, operating on blockchain technology without centralized oversight, have redefined traditional concepts such as ownership, transferability, and economic value within a new framework. With the widespread integration of digital currencies into transactions, complex questions have arisen regarding their compatibility with various legal and jurisprudential systems. In Islamic and Iranian civil law, the foundations of contracts are based on concepts such as offer and acceptance, party capacity, definite subject matter, and legitimate purpose. Within this framework, the status of digital currencies as the subject matter of contracts remains a topic of debate and analysis.

The significance of this issue can be examined from two perspectives. First, the increasing use of digital currencies in daily and commercial transactions, particularly in societies facing international financial and banking restrictions, necessitates the provision of a legal and religious framework to regulate such transactions. Second, there is a need to formulate clear rules to determine the limits of ownership, transfer, and seizure of digital currencies in legal and criminal claims. The results of this research can serve as an important step toward addressing legal gaps related to digital currencies and facilitating the development of regulations aligned with modern economic and technological realities, thereby assisting the legal and judicial community in confronting this emerging phenomenon.

In Islamic jurisprudence and Iranian civil law, property refers to something that possesses economic value and can be valued in monetary terms. The concept of property in the legal system is dynamic and constantly evolving. Many things that were not considered property in the past are now recognized as such. Digital currencies, despite lacking physical existence, possess economic value and transferability, which are fundamental characteristics of property. Accordingly, this research seeks to answer the fundamental question: To what extent can digital currencies be the subject of traditional contracts such as sale, lease, and loan within the framework of Islamic jurisprudence and Iranian civil law? Furthermore, what are the possibilities and obstacles regarding the seizure of these assets in legal proceedings?

## Method

This research employs a descriptive-analytical method. The data collection process is library-based, utilizing authoritative sources in Islamic jurisprudence, Iranian civil law, and relevant legal articles and theses. The analytical approach involves examining the fundamental concepts of property, sale, lease, and loan in

Islamic jurisprudence and Iranian civil law, and then applying these concepts to digital currencies. The research focuses on general criteria and existing legal and jurisprudential principles rather than creating new standards for the legitimacy or illegitimacy of digital currencies. The analysis is based on the premise that digital currencies, despite their novelty, can be evaluated within the framework of established legal and jurisprudential principles. The research also considers the opinions of contemporary jurists, including the fatwa of the Supreme Leader of Iran, and examines the practical challenges of implementing legal rules regarding digital currencies.

**Findings**

The research findings indicate that digital currencies possess the essential characteristics of property in Islamic jurisprudence and Iranian civil law. According to jurisprudential definitions, property is something that has economic value, is desirable to rational people, and can be exchanged for other valuables. Digital currencies, such as Bitcoin and Ethereum, meet these criteria: they have economic value determined by supply and demand in global markets, they are desired by rational individuals for various purposes including investment and exchange, and they can be transferred from one person to another through digital platforms. The fact that digital currencies lack physical existence does not preclude them from being considered property, as the concept of property in contemporary jurisprudence includes intangible assets. As Ayatollah Alavi Gorgani has stated in response to a religious inquiry, if such currencies have governmental and international credibility and are protected from fraud and deception in transactions, trading them is permissible, and cryptocurrency mining according to governmental regulations is not problematic.

Regarding the contract of sale, the research findings demonstrate that digital currencies can validly be the subject of sale contracts. Sale in Islamic jurisprudence and Iranian civil law is defined as the transfer of ownership of property in exchange for a specified consideration. For something to be saleable, it must have economic value, be transferable, and be definite and specified. Digital currencies satisfy these conditions: they have economic value, they are transferable through digital networks, and they can be specified in terms of type and amount. Unlike fiat currencies, which primarily serve as a medium of exchange and are not typically the subject of sale contracts themselves, digital currencies function more as independent assets with economic value and can directly be the subject of sale. The principle of permissibility (*ibāḥah*) in Islamic jurisprudence also supports the validity of such transactions, provided they do not involve prohibited elements such as usury or excessive uncertainty (*gharar*). However, it should be noted that some jurists argue that digital currency transactions involve uncertainty and risk, questioning their validity. In this regard, attention must also be paid to the fatwa of the Supreme Leader of Iran, which adds another dimension to the jurisprudential analysis.

Concerning the contract of loan, the research findings suggest that digital currencies can be the subject of loan contracts. Loan in Islamic jurisprudence and Iranian civil law involves transferring ownership of property to another person with the obligation to return its equivalent in terms of quantity, type, and description. According to Article 648 of the Iranian Civil Code, a loan is a contract wherein one party transfers ownership of a certain amount of their property to the other party so that the latter returns its equivalent in terms of quantity, type, and description, and in case of impossibility of returning the equivalent, pays the market value on the date of repayment. Digital currencies, despite being intangible, can fulfill these requirements: the exact amount of the same type of digital currency (e.g., Bitcoin or Ethereum) can be returned without difference in type or quality to the lender. The main challenge, however, lies in the extreme price volatility of these currencies, which may result in significant value differences between the time of lending and repayment. It is important to note that unlike common perception, loans are not limited to money; the law stipulates that loans can apply to any type of property. The possibility of lending digital currencies is consistent with the fundamental requirement of a loan, namely the ability to return the equivalent in terms of quantity, type, and description.

Regarding the contract of lease, the research findings reveal significant challenges. Lease in Islamic jurisprudence and Iranian civil law involves transferring the usufruct (benefits) of a specified asset to the lessee in exchange for a specified consideration. According to Article 466 of the Iranian Civil Code, lease is a contract whereby the lessee becomes the owner of the usufruct of the leased property. For a lease to be valid, there must be a specific and legitimate benefit that can be transferred to the lessee without destroying the original asset. Digital currencies present a fundamental challenge in this regard: they do not have independent benefits separate from the asset itself that can be transferred. Unlike physical assets that generate usufruct through use without being consumed, digital currencies are typically consumed when used for payment or investment. The enjoyment derived from digital currencies comes from their exchange value, not from usufruct in the traditional sense. The leased property must be capable of surviving throughout the lease period so that the lessee can benefit from its usufruct without destroying the original asset. In the case of digital currencies, any transaction involving their use as payment or investment would involve transferring ownership, not merely usufruct. Therefore, leasing digital currencies lacks a solid jurisprudential and legal basis due to the absence of independent and specific benefits.

Nevertheless, some platforms have created mechanisms for lending digital currencies whereby users can lend their digital currencies to others and receive specified interest in return. This mechanism more closely resembles a loan contract than a lease contract, as the recipient has complete control over and can consume the digital currencies. The development of such platforms indicates

market demand for mechanisms to generate returns from holding digital currencies, but these mechanisms require careful legal analysis and classification. Regarding the seizure of digital currencies, the findings indicate that while technical seizure is possible due to the storage and transfer capabilities of these assets, its implementation requires appropriate legal and technological infrastructure. Seizure as an enforcement measure in Iranian civil and criminal law faces legal and technical obstacles due to the unique characteristics of these assets, including anonymity, decentralization, and reliance on technological infrastructures. The absence of clear regulations and effective legal tools for seizing these assets in Iran could lead to practical obstacles in executing judicial decisions. Digital currencies are stored in digital wallets protected by private keys; without access to these keys, seizure becomes practically impossible. Furthermore, the decentralized nature of these currencies means there is no central authority to comply with judicial orders for freezing or transferring assets.

**Conclusion**

Digital currencies, as one of the innovations of the digital age, have challenged traditional legal and jurisprudential concepts. This research has examined the possibility of transferring the property or its benefits in digital currencies within the framework of Islamic jurisprudence and Iranian civil law, focusing on contracts of sale, lease, and loan.

The research findings demonstrate that in Islamic jurisprudence and Iranian civil law, digital currencies can be the subject of sale and loan contracts due to their characteristics such as property status, transferability, and economic value. This conclusion derives from the criterion of property in jurisprudence and law, which is based on rational benefit and exchange value, both of which digital currencies possess. Digital currency, despite lacking physical existence, resembles non-physical property such as fiat currency in terms of financial and economic characteristics. Therefore, the sale of digital currency is not only possible but also aligns with jurisprudential principles. Regarding loans, digital currencies can theoretically be lent due to their similarities with traditional currencies, but the absence of clear laws and existing legal challenges necessitates careful consideration of applicable regulations in the field of digital assets when conducting such transactions.

In contrast, leasing digital currencies faces serious challenges because defining lease as a contract based on specific and legitimate benefits is difficult to apply to these assets. Digital currency lacks independent benefits that can be transferred to another without destroying the original asset. Leasing digital currencies requires a revision of the classical principles and conditions of lease contracts and is not justifiable within the current legal framework.

Regarding the possibility of seizing digital currencies, the findings indicate that while technical seizure is possible due to the digital storage and transfer capabilities of these assets, implementation requires appropriate legal and

technological infrastructure. The absence of clear regulations and effective legal tools for seizing these assets in Iran could lead to practical obstacles in executing judicial decisions. This situation underscores the necessity of developing specific legal procedures for identifying and seizing digital currencies.

It is essential to note that some jurists maintain that digital currency transactions involve uncertainty and risk, questioning their validity. Additionally, attention must be paid to the fatwa of the Supreme Leader of Iran on this matter. The existence of diverse jurisprudential perspectives necessitates the formulation of comprehensive regulations that can accommodate different views while ensuring legal certainty.

Therefore, it is recommended that legislators and religious authorities revise traditional principles and rules to develop regulations appropriate to the nature of digital currencies. These regulations must not only ensure religious legitimacy but also address the practical needs of transactions and litigation involving these assets. Given the existing challenges, it is recommended that legislators consider various jurisprudential perspectives, particularly the fatwa of the Supreme Leader, to formulate regulations that safeguard public interests while preventing the misuse of these financial instruments. Furthermore, strengthening technological infrastructure and developing legal procedures for identifying and seizing digital currencies can contribute to better regulation of economic and commercial relations.

The present research provides a foundation for deeper examination of issues related to digital currencies and reveals the necessity of cooperation among jurists, legal scholars, and technology experts in confronting this emerging phenomenon. This research also emphasizes the necessity of drafting clear and comprehensive regulations to govern this domain, ensuring both religious and legal legitimacy while guaranteeing practical enforceability.

### *Authors' Contributions*

All authors contributed equally to the conceptualization of the article and the writing of the initial draft and subsequent versions, including revised and edited versions.

### *Data Availability Statement*

No data is available.


### *Acknowledgements*

The authors would like to express gratitude to all scholars and researchers whose works have contributed to the enrichment of this research.


### *Ethical Considerations*

The authors have avoided data fabrication, distortion, plagiarism, and any form of research misconduct.

***Funding***
The authors have not received any specific financial support from funding institutions.

***Conflict of Interest***
The authors declare that they have no conflict of interest.

***Declaration on the Use of AI Tools in the Writing Process***
The Deepseek artificial intelligence software has been used in organizing and arranging the final references.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# نگرشی تحلیلی به قابلیت انتقال عین یا منفعت در ارز دیجیتال

ستاره ایوبی[۱] | سام محمدی[۲] | سید حسن حسینی مقدم[۳]

۱. نویسنده مسئول، دکتری حقوق خصوصی، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. رایانامه: setare.ayoubi@gmail.com

۲. استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. رایانامه: s.mohammadi@umz.ac.ir

۳. دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. رایانامه: s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:** پژوهشی

**تاریخ دریافت:** ۱۴۰۳/۰۹/۰۲

**تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۳/۲۰

**تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۸/۱۵

**تاریخ انتشار برخط:** ۱۴۰۴/۰۸/۲۵

**کلیدواژه‌ها:**
بیع، اجاره، قرض، ارز دیجیتال، اموال، عین، منفعت.

**چکیده**

پژوهش حاضر به بررسی چالش‌های حقوقی و فقهی ارزهای دیجیتال در انعقاد عقود سنتی مانند بیع، اجاره و قرض می‌پردازد. علت تمرکز بر این عقود آن است که در نظام حقوقی و فقهی، این قراردادها از مهم‌ترین ابزارهای نقل‌وانتقال دارایی محسوب می‌شوند. با توجه به تعریف‌های پذیرفته‌شده در قانون مدنی و متون فقهی که این عقود را ناقل عین یا منافع عین می‌دانند، مسئله این است که ارزهای دیجیتال، با ماهیت غیرعینی و دیجیتال خود، تا چه اندازه با این چارچوب سازگارند؟ همچنین، قابلیت توقیف ارزهای دیجیتال در چارچوب فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در این راستا، پژوهش حاضر بر معیارهای عام و قواعد کلی موجود در حقوق و فقه تمرکز دارد و تلاش می‌کند ارزهای دیجیتال را با این معیارها تطبیق دهد، نه این‌که معیارهای جدیدی برای مشروعیت یا عدم مشروعیت آن‌ها خلق کند. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که در فقه اسلامی، ارزهای دیجیتال به دلیل دارا بودن مالیت، قابلیت انتقال و استفادهٔ مشروع، می‌توانند موضوع بیع و قرض قرار گیرند. با این حال، اجارهٔ این دارایی‌ها به دلیل ابهام در تعریف منافع مشخص و مشروع، با چالش‌هایی همراه است. در این میان، اصل اباحه نیز می‌تواند در بررسی مشروعیت این معاملات مورد توجه قرار گیرد. با وجود این، برخی از فقها بر این عقیده‌اند که معاملات ارزهای دیجیتال غرری و همراه با خطر است و نمی‌توان صحت آن را پذیرفت. در این خصوص، توجه به فتوای مقام معظم رهبری نیز ضروری است. در حقوق مدنی ایران نیز بیع و قرض ارزهای دیجیتال به دلیل ارزش اقتصادی و قابلیت نقل‌وانتقال آن‌ها مورد پذیرش است، اما اجارهٔ آن‌ها نیازمند بازنگری در اصول و شرایط کلاسیک اجاره است. از سوی دیگر، توقیف ارزهای دیجیتال به‌عنوان یک اقدام اجرایی در حقوق مدنی و کیفری ایران، به دلیل ویژگی‌های منحصربه‌فرد این دارایی‌ها نظیر ناشناسی، غیرمتمرکز بودن و وابستگی به بسترهای فناوری، با موانع حقوقی و فنی مواجه است. این پژوهش بر ضرورت تدوین مقررات شفاف و جامع برای تنظیم این حوزه تأکید دارد تا علاوه بر تضمین مشروعیت شرعی و حقوقی، از کارآمدی اجرایی این مقررات اطمینان حاصل شود. نظر به چالش‌های موجود، پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار با در نظر گرفتن دیدگاه‌های فقهی مختلف، به‌ویژه فتوای مقام معظم رهبری، به تدوین مقرراتی بپردازد که ضمن حفظ مصالح عمومی، مانع سوءاستفاده از این ابزارهای مالی شود. روش تحقیق در این مقاله توصیفی - تحلیلی است.

**استناد:** ایوبی، ستاره؛ محمدی، سام؛ حسینی مقدم، سیدحسن. (۱۴۰۵). نگرشی تحلیلی به قابلیت انتقال عین یا منفعت در ارز دیجیتال. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۸(۳۳)، ۷۱-۹۸. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6532.2014

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

## مقدمه

جهان امروز، با شتابی بی‌سابقه به سوی دیجیتالی‌شدن در حرکت است و ارزهای دیجیتال، به‌عنوان یکی از دستاوردهای برجستهٔ این تحول، ساختارهای اقتصادی، تجاری و حقوقی را با تغییرات بنیادین مواجه کرده‌اند. این دارایی‌های نوظهور که بر بستر فناوری بلاک‌چین و بدون نیاز به نظارت مرکزی فعالیت می‌کنند، مفاهیمی نظیر مالکیت، قابلیت نقل‌وانتقال و ارزش اقتصادی را از چارچوب سنتی خود خارج کرده و در قالبی جدید بازتعریف کرده‌اند (ایوبی، ۱۴۰۳، ص۳۴-۵۱). با ورود گستردهٔ ارزهای دیجیتال به عرصهٔ معاملات، پرسش‌هایی پیچیده در خصوص تطابق آن‌ها با نظام‌های حقوقی و فقهی مختلف مطرح شده است. در حقوق اسلامی و مدنی ایران، ارکان عقود بر اساس مفاهیمی همچون ایجاب و قبول، اهلیت طرفین، موضوع معین و مشروعیت جهت تعیین می‌شوند. در این میان، جایگاه ارزهای دیجیتال به‌عنوان موضوع عقود، همچنان محل بحث و بررسی است. با توجه به ماهیت ارزهای دیجیتال، می‌توان آن‌ها را نوعی پول یا وسیلهٔ مبادله دانست که به‌عنوان جایگزینی برای ارزهای رایج مورد استفاده قرار می‌گیرد. ازاین‌رو، معاملات مرتبط با ارزهای دیجیتال را می‌توان در چارچوب قواعد عمومی بیع و سایر قراردادهای مالی، مشابه آنچه در خصوص ارزهای خارجی اعمال می‌شود، تحلیل کرد. با این حال، امکان توقیف این دارایی‌ها به لحاظ حقوقی و قانونی، وابسته به پذیرش آن‌ها به‌عنوان مال قابل تملک و قابلیت شناسایی حقوقی در نظام‌های حقوقی مختلف است. این موضوع نیازمند بررسی دقیق در پرتو قوانین مدنی، فقه اسلامی و مقررات بانکی و مالی است.

اهمیت این موضوع از دو منظر قابل‌توجه است. نخست، رشد روزافزون استفاده از ارزهای دیجیتال در مبادلات روزمره و تجاری، به‌ویژه در جوامعی که با محدودیت‌های مالی و بانکی بین‌المللی مواجه هستند، نیازمند ارائه‌ی چارچوبی حقوقی و شرعی برای تنظیم این معاملات است. دوم، ضرورت تدوین قواعدی روشن برای تعیین حدود و ثغور مالکیت، انتقال و توقیف ارزهای دیجیتال در دعاوی

حقوقی و کیفری اهمیت دارد. نتایج این پژوهش می‌تواند در راستای رفع خلأهای حقوقی مرتبط با ارزهای دیجیتال و تسهیل تدوین مقررات منطبق بر واقعیت‌های نوین اقتصادی و فناوری، گامی مهم بردارد و به جامعهٔ حقوقی و قضایی در مواجهه با این پدیده‌ی نوین یاری رساند.

## ۱. مفهوم لغوی و اصطلاحی مال

در قانون مدنی تعریف دقیقی از مال ارائه نشده است، ولی این کلمهٔ عربی که از مصدر «میل» گرفته شده، به معنای خواستن است. در اصطلاح، مال به چیزی گفته می‌شود که ارزش اقتصادی داشته و قابل تقویم به پول باشد (معین، ۱۳۷۶، ص۱۸۸۳). می‌توان گفت هر آنچه قابل انتفاع باشد، بدین معنا که مفید بوده و نیازی را برطرف سازد و همچنین قابل اختصاص یافتن باشد که باعث می‌شود افراد نسبت به آن رغبت نشان دهند، مال است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص۹). شایان ذکر است که برخی از اشیاء هرچند با توجه به این تعاریف مال محسوب می‌شوند، اما به دلیل منع شرعی امکان خرید و فروش آن‌ها در جوامع اسلامی وجود ندارد، مانند مشروبات الکلی و گوشت خوک. حقوقدانان نیز در این رابطه نظرات مشابهی دارند. برخی در تعریف مال نوشته‌اند: «مال چیزی است که به علت منافع واقعی یا اعتباری آن مورد رغبت عقلاء واقع شده است و در مقابل آن چیزی از نقود و غیره می‌پردازند... ممکن است چیزی با اینکه دارای اوصاف مذکور است به علت کثرت وجود از مالیت ساقط گردد، مانند آب در کنار رودخانه، سنگ در کوهستان و هوا در اکثر نقاط. به همین جهت بعضی از فقها برای اخراج این گونه امور، قید تنافس یعنی رقابت و پیش‌دستی در راه به‌دست آوردن آن را در تعریف مال افزوده‌اند. بنابراین، مال چیزی است که به علت شرایط خاص خود از نظر عقلاء، دارای ارزش و اعتبار شده است، اعم از آنکه به کسی اضافه داشته باشد یا نداشته باشد» (گرجی، ۱۳۷۵، ص۱۷-۱۸).

در قانون مدنی، واژهٔ مالیت در مادهٔ ۲۱۵ دیده می‌شود که مقرر داشته: «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد.» همچنین، مادهٔ ۳۴۸ قانون مدنی می‌گوید: «بیع چیزی که... مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد... باطل است.» با توجه به اینکه در قانون مدنی ایران هیچ تعریف دقیقی از مال ارائه

نشـده اسـت، همین امر موجب شـده اسـت که هر یک از حقوقدانان در خصـوص معنای اصـطلاحی مال تعریفی ارائه دهند. با این حال، در حقوق کنونی، مال مفهوم گسترده‌تری دارد: احتمال دارد موضوع حق مورد تملیک شرع مادی نباشد. در قانون مدنی نیز با وجود اینکه قانون‌گذار به تعریف مال نپرداخته اسـت، اما با بررسـی این قانون (از جمله مواد ۱۲۱۷، ۱۲۱۴، ۹۴۶، ۸۷۲) می‌توان دریافت که قانون‌گذار مال را در معنای گستردهٔ خود مورد توجه قرار داده است و بر اساس آن، مال به تمام اشیاء و حقوقی که دارای ارزش اقتصـادی هسـتند، اطلاق می‌شـود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص۱۰). حق مالی امتیازی اسـت که حقوق هر کشـور به منظور تأمین نیازهای مادی اشـخاص به آن‌ها می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص۱۲).

با این وصـف، مال باید قابلیت مبادله و دادوسـتد داشـته باشـد و این امر اصـولاً تابع یک معیار عرفی نوعی اسـت (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص۱۰). اما باید اذعان داشـت که همیشـه این‌گونه نیسـت، بلکه در یک مبادله باید برای نظر طرفین احترام قائل شـد و ارزش را در محدودهٔ ارادهٔ آن‌ها تفسـیر کرد. چه‌بسـا اموالی که از دید عرف مالیت نداشـته، ولی برای شـخص ارزش و مالیت داشـته باشـند. به عبارتی، از منظر عرف ممکن است یک شیء از یک سو منفعت عقلایی داشته باشد و از سوی دیگر، خیر (یزدانی، ۱۴۰۲، ص۲۲). مثلاً یک عکس یادگاری خانوادگی، برای شـخص یا اشـخاصـی دارای ارزش باشـد، هرچند در مقابل از نظر دیگران فاقد ارزش بوده و برای آن بهایی نپردازند. به نظر می‌رسـد در جامعهٔ کنونی که با پیشـرفت علم و تکنولوژی، شـیئی یافت نمی‌شـود که مطلقاً ارزش اقتصـادی نداشـته باشـد. پس می‌توان گفت مالیت داشتن یک مفهوم اعتباری و نسبی است (ایوبی، ۱۴۰۳، ص۳۱).

اگرچه تعاریف متعددی از مال توسط فقیهان صورت گرفته شـده اسـت، اما اگر بنا باشـد از تعریف دور مال که برخی فقیهان بیان کرده‌اند (المال ما یُبذَلُ بِإزائه المال) پرهیز شود (میرزای شیرازی، ۱۴۱۲، ج۲، ص۱۰۲)، نظر برخی حقوق‌دانان، قابل توجه خواهد بود که به‌موجب آن، مال چیزی اسـت که پرداخت پول یا کالای باارزش دیگر در مقابل آن، هم از نظر عرف و هم از نظر شـرع، جایز شـناخته شـود (صـفایی، ۱۳۹۰، ص۱۸۲-۱۸۳). بنابراین، چیزهایی مثل هوا یا حشرات یا غذاهای فاسد شده که از نظر

عرف قابل مبادله با کالای باارزش دیگری شناخته نمی‌شوند (جز در شرایط استثنایی مثل هوای موجود در محفظهٔ اکسیژن دو غواص زیر دریا)، مال محسوب نمی‌شوند و در نتیجه ربایش آن‌ها سرقت محسوب نخواهد شد.

از سوی دیگر، کالاهایی چون آلات لهو یا مشروبات الکلی که از نظر فقه اسلامی و قانون ایران ذاتاً فاقد ارزش هستند، مال محسوب نمی‌شوند و بنابراین ربایش آن‌ها جز در موارد استثنایی (مثل این که غیرمسلمانی از غیرمسلمان دیگر خمر برباید) سرقت محسوب نمی‌گردد (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۸، ص۲۰۸). با این حال، مفهوم مال در نظام حقوقی پویا بوده و همواره در حال تغییر است. بسیاری از اشیاء که در گذشته مال نبوده‌اند، امروزه به‌عنوان مال شناخته می‌شوند. به‌عنوان مثال، خون که زمانی خرید و فروش آن حرام بود، امروزه با توجه به نیاز جامعه به آن مال تلقی می‌شود و مورد خرید و فروش قرار می‌گیرد. علاوه بر این، امروزه بحث مال بودن اموال جدیدی مانند اموال فکری که در گذشته دور قابل تصور نبوده‌اند، مطرح است و عقلاء و عرف جامعه آن‌ها را مال می‌دانند که در سال‌های اخیر با بالا رفتن حجم تولیدات این‌گونه اموال و همچنین گسترش ارتباطات در سطوح ملی و بین‌المللی و خاصه از طریق شبکهٔ جهانی اینترنت و قابلیت دسترسی آسان و سریع به اندیشه‌های پدیدآورندگان، با تهدیدات جدی از حیث سوءاستفاده از حقوق آفرینندگان آن مواجه شده است (پروین و همکاران، ۱۴۰۰، ص۲۴۱).

## ۲. مفهوم بیع

«بیع» اصطلاحی است فقهی و حقوقی که به نوعی معامله اطلاق می‌شود که در آن کالایی با عوضی مشخص، چه به صورت کالا و چه به صورت وجه نقد، مبادله می‌شود. بیع از عقود لازم است و در منابع فقهی به‌عنوان یکی از معاملات اصلی مالی مطرح می‌شود. بسیاری از احکام معاملات دیگر بر اساس قواعد بیع توسعه یافته است. به‌طور کلی، بیع به معنای مبادلهٔ مال در برابر مال است (ابوالقاسم نجم‌الدین، ۱۳۷۴، ص۱۳).

اما در مورد ارزهای دیجیتال، مسئلهٔ انتقال عین یا منافع آن‌ها از منظر فقهی و حقوقی نیاز به بررسی دقیق دارد. ارزهای دیجیتال مانند بیت‌کوین فاقد عینیت

فیزیکی هستند و صرفاً در فضای دیجیتال وجود دارند، اما در عین حال قابلیت مبادله، ذخیرهٔ ارزش و معامله را دارند. بنابراین، برخی از فقها ممکن است ارز دیجیتال را نوعی «مال» بدانند، زیرا دارای ارزش اقتصادی، قابلیت انتقال و امکان معامله است. این مسئله باعث می‌شود که بتوان امکان تحقق بیع یا اجارهٔ این ارزها را مورد تحلیل قرار داد. در فقه اسلامی، انتقال مال از طریق بیع یا اجاره مستلزم وجود یک مال قابل تملک و تصرف است. از این منظر، اگر ارز دیجیتال را نوعی مال بدانیم، باید بررسی کرد که آیا شرایط عقد بیع یا اجاره بر آن صادق است یا خیر. برای مثال، در بیع، باید قدرت بر تسلیم مبیع و قبض آن داشته باشد و از نظر شرعی و قانونی مورد پذیرش باشد.همچنین در اجاره، باید منافع مشخص و قابل بهره‌برداری از مورد اجاره وجود داشته باشد. از نظر آیت‌الله سید محمدعلی علوی گرگانی: «چنانچه این‌گونه ارزها دارای اعتبار و پشتوانهٔ حکومتی و بین‌المللی باشد و از غش و فریب در معامله مصون باشد، معامله با آن‌ها اشکالی ندارد و استخراج رمزارزها طبق قوانین حکومتی مانعی ندارد.»

## ۳. امکان‌سنجی بیع ارز دیجیتال

در فقه اسلامی برای اینکه چیزی قابل بیع باشد، باید شرایط خاصی را داشته باشد، به عبارتی دارای مالیت (ارزش اقتصادی عقلایی و مشروع) بوده، قابل اختصاص به شخص خاص باشد، معین یا معلوم باشد تا از غرر (ابهام) خارج شود، قابل تسلیم به طرف مقابل باشد و مشروعیت داشته باشد، یعنی با قوانین آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرت نداشته باشد.

ارز دیجیتال یک مال دیجیتال است که با استفاده از فناوری بلاک‌چین تولید و مدیریت می‌شود. هرچند ارز دیجیتال شکل فیزیکی ندارد، اما دارای ارزش اقتصادی است و قابلیت انتقال و خرید و فروش را دارد. به همین دلیل می‌توان آن را نوعی مال غیرعینی (غیرمادی) در نظر گرفت که می‌تواند موضوع بیع قرار گیرد. به نظر می‌رسد می‌توان گفت از منابع فقهی این‌گونه استنباط کرد که دلایل زیر می‌تواند توجیه‌گر امکان‌پذیری بیع ارز دیجیتال باشد:

- **ارزش اقتصادی:** ارز دیجیتال مانند سایر دارایی‌های دیجیتال (مانند سهام یا

اوراق بهادار) دارای ارزش اقتصـادی اسـت و می‌تواند در معاملات به عنوان عوض مورد اسـتفاده قرار گیرد. برخی از فقها بر این باورند که مالیت یک چیز به معنای داشـتن ارزش در نزد مردم اسـت، نه لزوماً داشـتن عینیت فیزیکی (ایروانی، ۱۴۰۶، ص۱۲۸). از این منظر، ارز دیجیتال چون ارزشمند است، می‌تواند مال محسوب شود و در نتیجه قابل بیع است.

– **قابلیت انتقال:** ارز دیجیتال از طریق شـبکه‌های دیجیتال به‌راحتی قابل انتقال است و این امر آن را به یک دارایی قابل معامله تبدیل می‌کند. ارز دیجیتال، به دلیل ماهیت خاصی که دارد، بیشتر شبیه به یک دارایی دیجیتال عقلایی است تا پول رایج. برخلاف پول رایج که معمولاً به‌عنوان معیار ارزش‌گذاری و واسـطهٔ مبادلات عمل می‌کند و به خودی خود موضـوع بیع قرار نمی‌گیرد (مگر در موارد خاص مانند صرافی)، ارز دیجیتال می‌تواند موضوع انتقال قرار گیرد. اما برای تحلیل امکان بیع یا اجارهٔ ارز دیجیتال، ابتدا باید ماهیت آن را بررسـی کرد که آیا ارز دیجیتال عین محسوب می‌شود یا منفعت و یا آنکه نوعی دارایی جدید عقلایی است. بررسی این پرسش از منظر فقهی و حقوقی می‌تواند مبنای روشنی برای امکان‌سنجی بیع و اجارهٔ آن فراهم کند. برخی ممکن اسـت با توجه به نوظهور بودن این پدیده و تفاوت در تفسیر شرایط مالیت و بیع، دیدگاه‌های متفاوتی ارائه دهند. بنابراین، تحلیل دقیق‌تر ویژگی‌های ارز دیجیتال و تطبیق آن با مفاهیم کلاسیک عین، منفعت یا دارایی‌های عقلایی می‌تواند در نتیجه‌گیری درباره قابلیت بیع یا اجارهٔ آن مؤثر باشد.

بیع در علم حقوق به معنای «تملیک عین به عوض معلوم اسـت». این قرارداد تملیکی با انعقاد خود موجب انتقال مالکیت مال به خریدار می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص۱۴). همچنین، بیع از عقود معوض محسوب می‌شود، زیرا در قبال مبیع، عوضی معین دریافت می‌گردد. در تحلیل امکان بیع یا اجارهٔ ارز دیجیتال، باید ابتدا بررسـی شـود که آیا ارز دیجیتال از منظر حقوقی قابلیت تملک و انتقال دارد یا خیر. همچنین، ضـروری اسـت که مشـخص شـود این نوع دارایی در چارچوب مفاهیم سـنتی عقود، از جمله بیع و اجاره، قابل تطبیق اسـت یا نیاز به نهادهای حقوقی جدیدی دارد.

با این توصیف، به نظر می‌رسد که بیع ارزهای دیجیتال به دلیل دارا بودن شرایط اساسی صحت معامله، امری امکان‌پذیر و منطبق با موازین شرعی و قانونی است؛ چه اینکه ارز دیجیتال علی‌رغم فاقد عینیت فیزیکی بودن، به سبب برخورداری از ارزش اقتصادی عقلایی و پذیرش عرفی به‌عنوان دارایی قابل مبادله، از عنصر «مالیت» برخوردار بوده و قابلیت اختصاص به شخص خاص، تعیین‌پذیری مقدار و اوصاف، انتقال‌پذیری از طریق شبکه بلاک‌چین و قابلیت تسلیم به طرف مقابل را نیز داراست که همگی از شروط اساسی تحقق عقد بیع در حقوق مدنی ایران (ماده ۳۳۸ قانون مدنی) و فقه امامیه به شمار می‌رود. هرچند در این زمینه میان فقها اختلاف‌نظر وجود دارد و برخی با استناد به غرری و مخاطره‌آمیز بودن این معاملات، صحت آن را مورد تردید قرار داده‌اند، اما با پذیرش اصل مالیت و کاربرد عقلایی این دارایی‌های نوظهور -هم‌چنان که در یافته‌های این پژوهش نیز مورد تأکید قرار گرفته است- بیع ارز دیجیتال از قواعد عمومی قراردادها مستثنا نبوده و می‌تواند در چارچوب ضوابط شرعی و قانونی، به‌عنوان یک معامله صحیح تلقی شود؛ مشروط بر آنکه از حیث تطابق با فتاوای مراجع معاصر از جمله مقام معظم رهبری و نیز مقررات موضوعه کشور، فاقد مانع شرعی و قانونی بوده و با رعایت شفافیت و رفع ابهام از سوی طرفین قرارداد منعقد گردد.

## ۴. امکان‌سنجی قرض ارز دیجیتال

قرض در علم حقوق به‌عنوان قراردادی تعریف می‌شود که بر اساس آن، یکی از طرفین مقدار مشخصی از مال خود را به دیگری واگذار می‌کند و طرف مقابل موظف است مثل همان مال را از نظر مقدار، جنس و وصف بازگرداند. برخی ویژگی‌های قرض عبارت‌اند از: ۱. تملیکی بودن؛ یعنی پس از توافق طرفین، مال به مالکیت طرف مقابل درمی‌آید. ۲. معوَّض بودن؛ به این معنا که طرف مقابل باید معادل یا قیمت مال قرض‌گرفته‌شده را بازگرداند. ۳. لازم بودن؛ به این معنا که قرض‌دهنده نمی‌تواند قرارداد را فسخ کند. بر اساس مادهٔ ۶۴۸ قانون مدنی، قرض عقدی است که در آن یکی از طرفین مال خود را به طرف دیگر واگذار می‌کند تا مشابه آن را بازگرداند، و در صورت عدم امکان، قیمت روز بازپرداخت را پرداخت کند (مدنی، ۱۳۸۵، ص۱۴۹). بر

خلاف تصور عموم، قرض تنها به پول محدود نمی‌شود. قانون بیان می‌کند که قرض می‌تواند به هر نوع مالی اختصاص یابد. دلیل بازگرداندن مثل مال این است که قرض‌دهنده همان مقدار اولیه را دریافت کند، نه بیشتر، زیرا این کار به‌عنوان ربا شناخته می‌شود. در گذشته، قرض معمولاً شامل کالاهایی مانند گندم بود و همان مقدار عیناً بازگردانده می‌شد. اما امروزه قرض بیشتر به پول مربوط است و ارزش پول ثابت نمی‌ماند. برای جبران این تغییرات، قانون راهکارهایی مانند خسارت تأخیر تأدیه را در نظر گرفته است.

قرض ارز دیجیتال در فقه و حقوق موضوعی پیچیده است که به‌ویژه در شرایط کنونی با رشد سریع فناوری‌های مالی و ظهور انواع مختلف ارزهای دیجیتال، اهمیت زیادی پیدا کرده است. در فقه اسلامی، قرض (یا «قرض الحسنه») به معنای قرض دادن پول به کسی بدون دریافت بهره است. اصول کلی فقهی در مورد قرض شامل موارد زیر است:

- **عدم بهره‌گیری از بهره:** در اسلام، دریافت بهره یا ربا بر قرض‌های مالی ممنوع است.

- **وضوح و شفافیت:** قرض باید به‌طور شفاف و واضح تعیین شود تا هر دو طرف قرارداد به‌طور کامل از شرایط آن آگاه باشند.

- **قابلیت بازپرداخت:** مبلغ قرض باید مشخص و معین باشد و در زمان بازپرداخت باید به‌طور کامل پرداخت شود.

در مورد ارز دیجیتال، چون این نوع دارایی‌ها نسبت به پول‌های سنتی ویژگی‌های خاصی دارند (مانند نوسانات شدید قیمت، عدم وجود نهاد مرکزی)، فقیهان مسلمان باید به جزئیات فنی و ماهیت این دارایی‌ها توجه کنند. برخی از مسائل فقهی که ممکن است مطرح شود شامل:

- **ماهیت ارز دیجیتال:** آیا ارز دیجیتال به‌عنوان «پول» در نظر گرفته می‌شود یا دارایی دیگری؟ این موضوع بر اساس تعریف و ویژگی های ارز دیجیتال بررسی می‌شود.

- **ریسک و نوسانات:** نوسانات بالای قیمت ارز دیجیتال ممکن است مسائلی را

دربارهٔ عدالت و وضوح قرارداد قرض ایجاد کند.

- **رعایت اصول شرعی:** بررسی تطابق یا عدم تطابق ارز دیجیتال با اصول شرعی مانند عدم ربا و صحت معاملات.

از نظر حقوقی، موضوع قرض ارز دیجیتال نیز ابعاد مختلفی دارد. در قراردادهای قرض ارز دیجیتال، لازم است که شرایط قرارداد به‌طور واضح مشخص شود. این شامل مبلغ قرض، شرایط بازپرداخت و نحوهٔ محاسبه و تبدیل ارزش ارز دیجیتال است. کشورهای مختلف قوانین متفاوتی دربارهٔ ارز دیجیتال دارند. برخی از کشورها ممکن است مقررات خاصی برای معاملات و قرض‌های مربوط به ارز دیجیتال وضع کرده باشند (حیدری، ۱۴۰۳، ص۸۱). ارز دیجیتال به‌طور عمده بر بستر بلاک‌چین فعالیت می‌کند که ممکن است مسائل خاص خود را از جمله امنیت و حفظ اطلاعات داشته باشد. قراردادهای قرض باید این مسائل را نیز در نظر بگیرند. از جانب دیگر، اجرای قراردادهای قرض ارز دیجیتال باید مطابق با قوانین محلی و بین‌المللی باشد و در صورت بروز اختلاف، باید سازوکارهای قانونی برای حل و فصل آن پیش‌بینی شود. در کل، با توجه به تحولاتی که فناوری دیجیتال ایجاد کرده است، امکان قرض دادن و گرفتن ارز و اموال دیجیتال، مانند ارزهای دیجیتال یا دارایی‌های مبتنی بر بلاک‌چین، موضوعی پیچیده و قابل بحث است. چه اینکه در قرارداد قرض، مال باید به‌گونه‌ای باشد که قابلیت تملیک و بازگشت مشابه آن از نظر مقدار، جنس و وصف وجود داشته باشد. ارزهای دیجیتال، با توجه به اینکه دارای ارزش قابل اندازه‌گیری و قابل انتقال هستند، از این نظر به نظر می‌رسد که می‌توانند موضوع قرض قرار بگیرند. مشابه پول‌های فیات، ارزهای دیجیتال هم می‌توانند با توجه به ویژگی‌های دیجیتال و غیرملموس بودن‌شان، به‌عنوان موضوع قرارداد قرض محسوب شوند. در این میان، شرط اصلی در قرض این است که طرف قرض‌گیرنده باید مشابه مال دریافتی را از نظر مقدار، جنس و وصف بازگرداند. در مورد ارزهای دیجیتال، مانند بیت‌کوین یا اتریوم، این شرط نیز می‌تواند برقرار باشد، زیرا می‌توان همان مقدار از ارز دیجیتال را بدون تفاوت در جنس یا کیفیت، به قرض‌دهنده بازگرداند. اما چالش اصلی در نوسانات شدید ارزش این ارزهاست که ممکن است بازگرداندن

«مثل» در عمل با تفاوت زیادی در ارزش مواجه شود. این نکته را باید در نظر داشت که با توجه به ویژگی‌های خاص اموال دیجیتال، مانند ماهیت غیرمتمرکز، نوسانات شدید در ارزش و مشکلات فنی مانند دسترسی به کیف‌پول‌های دیجیتال، قرض دادن و گرفتن این اموال می‌تواند چالش‌های حقوقی جدیدی ایجاد کند (ایوبی، ۱۴۰۳، ص۷۸-۱۵۱). به‌عنوان مثال، در صورت نوسان شدید ارزش یک ارز دیجیتال، چگونگی بازپرداخت ممکن است مورد اختلاف قرار گیرد. بر این اساس، از نظر نظری، قرض دادن و گرفتن ارز و اموال دیجیتال می‌تواند امکان‌پذیر باشد، زیرا این اموال دارای ویژگی‌های مشابه با پول‌های سنتی هستند. اما به دلیل نبود قوانین روشن و چالش‌های حقوقی موجود، انجام چنین معاملاتی باید با دقت و با در نظر گرفتن مقررات موجود در حوزهٔ دارایی‌های دیجیتال صورت گیرد.

## ۵. امکان‌سنجی اجارهٔ ارز دیجیتال

اجاره در فقه اسلامی به‌عنوان عقدی شناخته می‌شود که در آن منفعت یک مال مشخص در برابر عوض معلوم به مستأجر منتقل می‌شود. تعاریف مختلفی از اجاره ارائه شده است که هرکدام به زوایای خاصی از این عقد اشاره دارند. به‌عنوان نمونه، شهید اول اجاره را به‌عنوان «عقد بر تملیک منفعت معلوم و مشخص در برابر عوض معلوم و مشخص» تعریف کرده است (شهید اول، ۱۳۸۱، ص۱۵). این تعریف نشان‌دهندهٔ لزوم مشخص بودن منفعت و عوض در این عقد است. علامه حلی نیز تعریف مشابهی ارائه داده و اجاره را «تملیک المنفعة بعوضٍ معلومٍ» دانسته است (حلی، ۱۳۹۸، ص۱۸۱). بررسی این تعاریف نشان می‌دهد که اجاره بر انتقال منافع یک شیء معین استوار است و تفاوت آن با بیع در عدم انتقال عین می‌باشد. حال، در زمینهٔ ارز دیجیتال، سؤال اصلی این است که آیا این نوع دارایی‌ها قابلیت اجاره را دارند یا خیر؟ از آنجا که ارزهای دیجیتال در زمرهٔ اموال ملموس قرار نمی‌گیرند و منفعت مستقلی از ذات خود ندارند، امکان اجارهٔ آن‌ها محل تردید است. به بیان دیگر، برای صحت عقد اجاره، باید منفعتی معین و قابل انتفاع وجود داشته باشد که بتواند در برابر عوض معین به مستأجر واگذار شود. در مورد ارز دیجیتال، چالش اصلی در اثبات وجود چنین منفعتی است.

اجارۀ ارز دیجیتال موضوعی است که نیاز به تحلیل دقیق از منظر فقه اسلامی و حقوقی دارد، زیرا این مفهوم نسبتاً جدید بوده و بسیاری از ابعاد آن هنوز به‌طور کامل تبیین نشده است. ارزهای دیجیتال دارایی‌هایی هستند که به‌طور کامل در فضای دیجیتال وجود دارند و معمولاً برای پرداخت‌ها، سرمایه‌گذاری یا حفظ ارزش مورد استفاده قرار می‌گیرند. از منظر فقهی و حقوقی، اجاره به معنای انتقال منافع یک عین در برابر عوض است؛ در حالی که ارز دیجیتال فاقد وجود عینی بوده و ماهیت آن به‌عنوان یک دارایی اعتباری تعریف می‌شود. ازاین‌رو، این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌توان برای ارز دیجیتال منفعتی مستقل از عین آن تصور کرد که قابلیت انتقال در قالب اجاره داشته باشد؟ به نظر می‌رسد که در صورت عدم تحقق یک منفعت مستقل و عینی، اجارۀ ارز دیجیتال فاقد مبنای فقهی و حقوقی خواهد بود. بررسی این موضوع مستلزم واکاوی دقیق مبانی بیع و اجاره در فقه اسلامی و حقوق موضوعه است تا امکان انتقال عین یا منافع ارز دیجیتال مورد تحلیل قرار گیرد. از منظر فقهی، برای اینکه ارز دیجیتال بتواند موضوع اجاره قرار گیرد، باید دو شرط اصلی محقق شود:

– **قابلیت انتفاع مشروع از منافع مال:** در اجاره، باید منافع یک مال به‌طور مشروع و مشخص به مستأجر منتقل شود. در مورد ارز دیجیتال، باید بررسی شود که آیا می‌توان از آن به‌عنوان منبعی برای تولید منفعت مشروع (مثلاً از طریق بهره‌برداری از فرصت‌های سرمایه‌گذاری) استفاده کرد یا خیر.

– **مشخص بودن منافع:** منافع مال در عقد اجاره باید مشخص و معین باشد. در مورد ارز دیجیتال، ممکن است ابهاماتی در مورد نوع و میزان منافعی که می‌توان از آن به‌دست آورد، وجود داشته باشد.

در حال حاضر، بسیاری از کشورها قوانین خاصی برای بیع و اجارۀ ارز دیجیتال تدوین نکرده‌اند و این موضوع بر اساس اصول کلی حقوقی مانند قراردادهای مدنی قابل بررسی است. از منظر تحلیلی، امکان انتقال عین یا منافع ارز دیجیتال مستلزم تعیین ماهیت حقوقی آن است. اگر ارز دیجیتال را نوعی مال یا دارایی در نظر بگیریم، می‌توان درباره قابلیت واگذاری آن از طریق بیع یا اجاره بحث کرد. اما در

صورتی که ارز دیجیتال به‌عنوان نوعی پول تلقی شود، بررسی آن در قالب قراردادهایی مانند مضاربه ضرورت می‌یابد تا مشخص شود آیا قابلیت انتقال و استفاده در چنین چارچوبی را دارد یا خیر (امامی و یزدانی، ۱۳۹۷، ص۱۱۵). در این موارد، مالک ارز دیجیتال (موجر) به‌طور موقت ارز خود را به دیگری (مستأجر یا وام‌گیرنده) واگذار می‌کند تا از آن برای کسب سود استفاده کند، و در مقابل، مقداری اجرت یا سود دریافت می‌کند. این نوع قراردادها بیشتر به قراردادهای مالی شباهت دارند و ممکن است تحت قوانین و مقررات مالی و بانکی قرار گیرند. اجارهٔ ارز دیجیتال از منظر فقهی به دلیل عدم وجود منافع مستقیم و مشخص از ارز دیجیتال به‌عنوان موضوع اجاره، با چالش‌هایی روبه‌روست. از منظر حقوقی نیز، این موضوع جدید و نیازمند تدوین قوانین و مقررات خاص است. با این حال، برخی قراردادهای مشابه (مانند وام‌دهی ارز دیجیتال) ممکن است به‌عنوان جایگزین‌هایی برای اجاره در نظر گرفته شوند. برای انجام این نوع معاملات، لازم است که شرایط و قوانین مربوط به آن در کشور مورد نظر به‌دقت بررسی شود.

قانونگذار در مادهٔ ۴۶۶ قانون مدنی، عقد اجاره را به این صورت تعریف کرده است که اجاره، قراردادی است که بر اساس آن، مستأجر مالک منافع ملک مورد اجاره می‌شود. در این تعریف، اجاره‌دهنده را موجر، اجاره‌کننده را مستأجر و ملک اجاره‌شده را عین مستأجره می‌نامند. همچنین، مادهٔ ۴۶۷ قانون مدنی اشاره می‌کند که مورد اجاره می‌تواند شامل اشیا، حیوانات یا انسان باشد. برای صحت اجاره، مستأجر باید توانایی تحویل‌گیری مال مورد اجاره را داشته باشد و بهره‌مندی از منافع آن نباید موجب زوال اصل مال شود. مال مورد اجاره باید معین باشد و اجارهٔ اشیای مبهم یا نامشخص باطل است. لازم نیست موجر مالک اصل مال باشد، اما باید مالک منافع آن باشد. مستأجر حق دارد مال مورد اجاره را به دیگری واگذار کند، مگر اینکه در قرارداد شرط خلافی درج شده باشد. همچنین، اگر در زمان اجاره مشخص شود که عین مستأجره معیوب است، مستأجر می‌تواند قرارداد را فسخ کند یا با پرداخت کامل اجاره، آن را به همان شکل قبول کند؛ اما اگر موجر بدون آسیب به مستأجر عیب را رفع کند، حق فسخ وجود ندارد. در حقوق مدنی ایران، اجارهٔ اموال

به‌طور سنتی به اموال مادی و ملموس مانند اشیا، حیوانات و انسان‌ها محدود شده است، همان‌طور که در مادۀ ۴۶۷ قانون مدنی آمده است. این ماده به اجارۀ اموال دیجیتال اشاره‌ای ندارد، زیرا در زمان تدوین قانون مدنی، اموال دیجیتال مطرح نبوده‌اند.

با این حال، برای بررسی امکان اجارۀ اموال دیجیتال در حقوق مدنی ایران، باید به شرایط عمومی اجاره در قانون مدنی توجه کنیم. برخی از این شرایط عبارت‌اند از:

طبق قانون، عین مستأجره باید مشخص و معین باشد و اجارۀ مال مجهول یا مبهم باطل است. از آنجا که تعریف «عین» در حقوق ایران به‌طور سنتی به اشیاء مادی و قابل لمس اشاره دارد که به‌صورت مستقیم قابل انتقال هستند (بهرامی خوشکار و همکاران، ۱۴۰۱، ص۲۰۵)، بررسی امکان اجارۀ ارز دیجیتال مستلزم تحلیل تطبیقی و تفسیری از مفهوم عین است. با پیشرفت فناوری و ورود به عصر دیجیتال، مفهوم عین نیازمند تفسیر جدیدی است که بتواند به واقعیت‌های موجود پاسخ دهد (فیض، ۱۴۰۱، ص۱۵۳-۱۷۶). در حال حاضر، ارزهای دیجیتال به‌عنوان دارایی‌های غیرمادی و مبتنی بر فناوری بلاک‌چین مطرح‌اند. این دارایی‌ها، علی‌رغم ماهیت غیرمادی، ویژگی‌هایی چون قابلیت انتقال، شناسایی و مالکیت اختصاصی دارند. در نتیجه، می‌توان پرسید که آیا ارزهای دیجیتال را می‌توان به‌عنوان عین مستأجره در قرارداد اجاره در نظر گرفت؟ به نظر می‌رسد که عین باید دارای وجود مادی باشد، اما با توجه به تحولات فناوری و رویکردهای نوین، می‌توان مفهوم عین را به اموال دیجیتال نیز تسری داد. چنانچه بتوان ارز دیجیتال را به‌طور دقیق مشخص و تملک آن را اثبات کرد، می‌توان آن را مشمول تعریف عین دانست و ازاین‌رو، امکان اجارۀ آن بررسی‌پذیر خواهد بود. با این تفسیر، اجارۀ ارز دیجیتال به‌عنوان واگذاری موقت منافع این دارایی در قبال دریافت اجرت، می‌تواند از منظر حقوقی مورد بررسی قرار گیرد. اگر اجاره به معنای انتقال موقت منفعت مال باشد، باید مشخص شود که چه منفعتی از ارز دیجیتال قابل انتقال است. در برخی موارد، دارندگان ارز دیجیتال ممکن است به‌جای انتقال مالکیت، حق استفاده محدود از کیف پول دیجیتال خود را به دیگری واگذار کنند. این امر می‌تواند به‌عنوان یک نوع اجاره در نظر گرفته شود. در حقوق

کشـورهای پیشـرفته، بدون تغییرات عمده در قوانین، از طریق تفسـیر حقوقی به چالش‌های مشابه پاسخ داده شـده است. در حقوق ایران نیز می‌توان با بهره‌گیری از اصـول حقوقی و اسـتدلال‌های منطقی، دامنهٔ مفهوم عین را گسـترش داد و آن را با نیازهای جدید جامعه و تحولات فناوری سازگار کرد.

ارز دیجیتال به‌عنوان یک دارایی دیجیتال و غیرمادی، خصـوصـیات متفاوتی نسـبـت بـه اموال مـادی دارد و انتقـال مـالکیـت موقـت در آن، بـا مشـکلات و محـدودیـت‌هـای حقوقی و فنی همراه اسـت. بـا این حـال، برخی پلتفرم‌هـای ارز دیجیتال امکان واگذاری ارز دیجیتال به افراد دیگر را در قالب قراردادهای وام فراهم کرده‌اند. در این موارد، ارز دیجیتال به‌طور موقت در اختیار فردی قرار می‌گیرد که از آن برای معاملات یا سرمایه‌گذاری استفاده می‌کند و در پایان مدت تعیین‌شده، ارز دیجیتال یا معادل آن به مالک بازمی‌گردد، در حالی که مالک نیز از این عمل سـود مشخصی کسب می‌کند. به نظر می‌رسد این سازوکار بیشتر در قالب عقد قرض قابل بررسـی باشـد، نه اجاره، زیرا در قراردادهای اجاره، مال مورد اجاره باید قابلیت بقا داشـته باشـد، در حالی که در اینجا، گیرندهٔ ارز دیجیتال امکان تصـرف کامل و مصـرف آن را دارد. یکی از مثال‌های رایج برای این نوع واگذاری، پلتفرم‌های وام‌دهی ارز دیجیتال مانند BlockFi یا Aave اسـت. در این پلتفرم‌ها، کاربران می‌توانند ارز دیجیتـال خود را به دیگران وام بدهنـد و در ازای آن، سـودی معین دریـافت کننـد (Kwon, 2022, p. 379). این سـود بر اسـاس مقدار و مدت زمان وام‌دهی و نرخ‌های بهره تعیین‌شده توسط پلتفرم‌ها محاسبه می‌شود.

انتفاع از عین مسـتأجره بدون زوال آن: طبق قانون، اجاره باید به‌گونه‌ای باشـد که مسـتأجر بتواند از منافع مال بهره‌مند شـود بدون آنکه اصـل مال از بین برود. اموال دیجیتال، که ذاتاً غیرملموس و قابل تکثیر هسـتند، معمولاً چنین شـرطی را برآورده می‌کنند؛ یعنی استفاده از یک نرم‌افزار یا سرویس دیجیتال باعث از بین رفتن اصـل آن نمی‌شود.

مالکیت منافع توسـط موجر: موجر باید مالک منافع مال باشـد. در مورد اموال دیجیتال، اگر شـخص یا شـرکت دارای حق بهره‌برداری یا مجوز قانونی باشـد، امکان

اجارۀ آن به دیگری نیز وجود دارد.

در نتیجه، با توجه به انعطاف اصول کلی اجاره در قانون مدنی، امکان اجارۀ اموال دیجیتال در حقوق ایران به صورت ضمنی وجود دارد، اگرچه تصریح قانونی خاصی در این مورد وجود ندارد. از طرفی، در مواردی که نیاز به تنظیم دقیق‌تر این موضوعات وجود دارد، می‌توان به قواعد قراردادهای خصوصی یا قوانین مربوط به فناوری اطلاعات و تجارت الکترونیکی استناد کرد.

مفهوم بیع در فقه و حقوق به معنای تبادل مالکیت از یک طرف به طرف دیگر در ازای عوض مشخص است. بیع یکی از اصلی‌ترین عقود معوض به شمار می‌آید که در آن، مبیع (مالی که به فروش می‌رود) در قبال ثمن (عوض، معمولاً پول یا کالای دیگری) مبادله می‌شود. این عقد، پایه‌گذار بسیاری از روابط اقتصادی است و به‌عنوان اصلی‌ترین شکل قراردادهای تجاری در حقوق ایران و فقه اسلامی شناخته می‌شود. به موجب مادۀ ۳۳۰ قانون مدنی ایران، در بیع، انتقال مالکیت و عوض آن در یک زمان معین به هم می‌پیوندد. در این قرارداد، مالکیت مبیع به طرف دیگر منتقل می‌شود و در ازای آن، فرد خریدار موظف است عوض مورد توافق را پرداخت نماید.

ارزهای دیجیتال، نظیر بیت‌کوین، با آنکه فاقد عینیت فیزیکی هستند، اما به دلیل ویژگی‌های خود همچون ارزش اقتصادی و قابلیت انتقال، می‌توانند به‌عنوان «مال» شناخته شوند. این ارزها برخلاف پول رایج که صرفاً به‌عنوان وسیله‌ای برای مبادله محسوب می‌شوند، دارای ویژگی‌های یک دارایی مستقل با ارزش اقتصادی هستند و به‌طور مستقیم می‌توانند به‌عنوان موضوع بیع قرار گیرند (ایوبی، ۱۴۰۳، ص۳۴). به همین دلیل، علما و فقهای اسلامی، ارز دیجیتال را می‌توانند به‌عنوان مال غیرعینی که قابلیت مبادله و نقل و انتقال دارد، در نظر بگیرند.

## نتیجه‌گیری

ارزهای دیجیتال، به‌عنوان یکی از نوآوری‌های عصر دیجیتال، مفاهیم سنتی حقوقی و فقهی را به چالش کشیده‌اند. این دارایی‌های ناملموس، که در بستری

غیرمتمرکز و فناورانه وجود دارند، در عین دارا بودن ارزش اقتصادی، به دلیل ماهیت نوظهور خود با ابهاماتی در پذیرش به‌عنوان موضوع عقود سنتی نظیر بیع، اجاره و قرض مواجه‌اند.

بر اساس یافته‌های این پژوهش، در فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران، ارزهای دیجیتال به دلیل دارا بودن ویژگی‌هایی نظیر مالیت، قابلیت انتقال و ارزش اقتصادی، می‌توانند موضوع قرارداد بیع قرار گیرند. این نتیجه‌گیری از آنجا ناشی می‌شود که ملاک مالیت در فقه و حقوق، منفعت عقلایی و ارزش مبادله‌ای است که ارزهای دیجیتال از آن برخوردارند. در مقابل، اجارهٔ ارزهای دیجیتال با چالش‌های جدی روبه‌رو است؛ زیرا تعریف اجاره به‌عنوان عقدی مبتنی بر منافع مشروع و مشخص، در خصوص این دارایی‌ها دشوار به نظر می‌رسد. قرض ارزهای دیجیتال نیز به دلیل ماهیت جایگزینی و انتقال‌پذیری آن‌ها، در برخی موارد با قواعد فقهی قابل انطباق است.

در خصوص امکان توقیف ارزهای دیجیتال، یافته‌ها نشان می‌دهند که به دلیل قابلیت ذخیره‌سازی و انتقال دیجیتال این دارایی‌ها، امکان توقیف آن‌ها به‌صورت فنی وجود دارد؛ اما اجرای این امر نیازمند زیرساخت‌های حقوقی و فناوری مناسب است. فقدان مقررات شفاف و ابزارهای حقوقی مؤثر برای توقیف این دارایی‌ها در ایران، می‌تواند به موانع عملی در اجرای احکام قضایی منجر شود.

در فقه اسلامی، مال باید دارای ارزش اقتصادی باشد و قابلیت نقل و انتقال را دارا باشد تا قابل بیع باشد (صادقی و مرادی، ۱۳۹۹، ص۱۶۰-۱۸۳). ارز دیجیتال، با اینکه عین فیزیکی ندارد، اما از نظر ویژگی‌های مالی و اقتصادی شباهت زیادی به اموال غیرعینی مانند پول رایج دارد. ازاین‌رو، می‌توان گفت که بیع ارز دیجیتال نه‌تنها امکان‌پذیر است، بلکه با اصول فقهی تطابق دارد. در مورد اجارهٔ ارز دیجیتال، اگرچه این مسئله جدید است و جنبه‌های مختلف آن در فقه اسلامی و حقوقی هنوز به‌طور کامل روشن نشده است، اما به‌طور کلی در عقد اجاره، مالک باید منافع مال خود را در قبال عوض مشخص به دیگری واگذار کند. ارز دیجیتال، برخلاف اموال فیزیکی، منافع مستقیمی ندارد که به دیگران واگذار شود، اما به‌عنوان یک دارایی دیجیتال با

ارزش، می‌توان از آن برای سرمایه‌گذاری یا معاملات بهره برد. بنابراین، در صورتی که منافع ارز دیجیتال به‌طور مشروع و معین قابل بهره‌برداری باشد، می‌توان آن را در قالب یک عقد اجاره یا قرارداد مشابه به‌عنوان موضوع قرارداد مطرح کرد. بر این اساس، این سؤال مطرح می‌شود که با توجه به ویژگی های منحصر به فرد ارز دیجیتال، آیا قوانین موجود می‌توانند به‌طور کامل این نوع قراردادها را پوشش دهند؟ به نظر می‌رسد که اجارهٔ ارز دیجیتال نیاز به مقررات خاص خود دارد، زیرا این ارزها از ماهیت دیجیتال و غیرفیزیکی برخوردارند و به‌طور مستقیم نمی‌توانند به‌عنوان منافع یک مال فیزیکی مطرح شوند. از این رو، باید در چارچوب قوانین نوین و با تفسیر دقیق‌تری از مفاهیم حقوقی، ماهیت و کارکرد آن‌ها بررسی شود.

بنابراین، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذاران و مراجع فقهی با بازنگری در اصول و قواعد سنتی، مقرراتی متناسب با ماهیت ارزهای دیجیتال تدوین کنند. این مقررات باید علاوه بر تأمین مشروعیت فقهی، پاسخگوی نیازهای عملی معاملات و دعاوی مربوط به این دارایی‌ها باشند. همچنین، تقویت زیرساخت‌های فناوری و تدوین رویه‌های حقوقی برای شناسایی و توقیف ارزهای دیجیتال، می‌تواند در تنظیم بهتر روابط اقتصادی و تجاری مؤثر واقع شود.

پژوهش حاضر با ارائه‌ی این تحلیل، زمینه‌ای برای بررسی عمیق‌تر مسائل مرتبط با ارزهای دیجیتال فراهم می‌آورد و ضرورت همکاری میان حقوقدانان، فقها و متخصصان فناوری را در مواجهه با این پدیده‌ی نوین آشکار می‌سازد.

## فهرست منابع


۱. ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن (محقق حلی). (۱۳۷۴ش). شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. تهران: انتشارات اعلمی.

۲. احمدی، سید محمدمهدی؛ حسنی، علی؛ حسینی، سیدعلیرضا. (۱۴۰۲ش). تحلیل تطبیقی بیع کلّی ما فی الذمه در فقه و حقوق ایران. مطالعات فقه اقتصادی، ۵(۱)، ص۱۵۲ـ۱۶۷. https://doi.org/10.22034/ejs.2023.363790.1306

۳. استفتاء از دفتر آیت‌الله سید محمدعلی علوی گرگانی، به شمارهٔ ۱۷۰۲۳.

۴. امامی، حسن. (۱۳۷۷ش). حقوق مدنی. تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیه.

۵. امامی، محمد؛ یزدانی، غلامرضا. (۱۳۹۷ش). بازپژوهی جایگاه ارش در عقد اجاره. جستارهای

فقهی و اصولی، ۴(۲)، ص۱۰۱ـ۱۱۷. https://doi.org/10.22034/jrj.2018.66148

۶. ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی. (۱۴۰۶ق). حاشیهٔ مکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۷. ایوبی، ستاره. (۱۴۰۳ش). دگرگونی نگرش به اموال در بستر دیجیتال (رسالهٔ دکتری در رشتهٔ حقوق خصوصی). دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران.
۸. بهرامی خوشکار، محمد؛ حسینی یکتا، سیدسعید؛ صیادی، صادق. (۱۴۰۱ش). بررسی ریشهٔ نظری عینیت مبیع در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ۱۶(۴۵)، ص۱۹۹ـ۲۲۶. https://doi.org/10.22034/FVH.2021.5747
۹. جعفری لنگرودی، محمد. (۱۳۷۷ش). ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانهٔ گنج دانش.
۱۰. حیدری، محمدحسین. (۱۴۰۳ش). ماهیت‌سنجی دارایی‌های دیجیتال در نظام حقوقی ایران و انگلستان (پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد). دانشگاه خوارزمی.
۱۱. رسانی‌نیا، ناصر. (۱۳۷۶ش). حقوق مدنی. بی‌جا: انتشارات آوای نور.
۱۲. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۵ش). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: انتشارات مجد.
۱۳. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۱ش). ارث. تهران: انتشارات مجد.
۱۴. شیروانی، علی. (۱۴۰۲ش). ترجمه و تبیین شرح لمعه. بی‌جا: نشر دارالعلم.
۱۵. صادقی مقدم، محمدحسن؛ مرادی، حجت‌اله. (۱۳۹۹ش). رهن منفعت در فقه امامیه. پژوهش حقوق خصوصی، ۹(۳۳)، ص۱۵۹ـ۱۸۷. https://doi.org/10.22054/jplr.2020.45869.2271
۱۶. صفایی، سیدحسن. (۱۳۹۰ش). دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی: اشخاص و اموال. تهران: نشر میزان.
۱۷. عدل، مصطفی. (۱۳۵۴ش). حقوق مدنی. بی‌جا: انتشارات امیرکبیر.
۱۸. فیض، داود؛ باقرنژاد حمزه‌کلایی، محمدابراهیم؛ ماه‌آورپور، فهیمه. (۱۴۰۱ش). چالش‌ها و راهکارهای به‌کارگیری فناوری نوین در بازاریابی ایران (مورد مطالعه: فناوری واقعیت افزوده). تحقیقات بازاریابی نوین، ۱۲(۳)، ص۱۵۳ـ۱۷۶. https://doi.org/10.22108/nmrj.2022.133629.2700
۱۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵ش). دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت. تهران: نشر میزان.
۲۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶ش). درس‌هایی از عقود معین. تهران: کتابخانهٔ گنج دانش.
۲۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۶ش). قواعد عمومی قراردادها. تهران: گنج دانش.
۲۲. گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۷۵ش). مقالات حقوقی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۳. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن. (۱۳۹۸ش). فقه الاجاره از شرایع الإسلام (ترجمهٔ مهدی رحیمی). بی‌جا: نشر چتر دانش.
۲۴. محمد بن مکی شهید اول. (۱۳۸۱ش). لمعه دمشقیه (ترجمهٔ فرهاد ادریسی، خداداد محبی و محمود ساجدی‌فر). تهران: نسل کوثر.
۲۵. مددی، مهدی. (۱۴۰۱ش). جستار فقهی ـ حقوقی در مسئلهٔ قانونمندسازی استخراج‌گری ارزهای

رمزنگاری‌شده. اقتصاد و بانکداری اسلامی، ۱۱(۴۱)، ص۳۰۷ـ۳۳۳. http://mieaoi.ir/article-1-1230-fa.html

۲۶. مدنی، سید جلال‌الدین. (۱۳۸۵ش). حقوق مدنی. تهران: پایدار.

۲۷. معین، محمد. (۱۳۷۶ش). فرهنگ معین. تهران: انتشارات امیرکبیر.

۲۸. میرزای شیرازی، محمد تقی (۱۴۱۲ ق). حاشیة المکاسب، چ ۱، منشورات الشریف الرضی، قم.

۲۹. میرمحمدصادقی، حسین. (۱۳۸۸ش). جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۳۰. نعمتی، احسان؛ پروین، محمدرضا؛ طالقان غفاری، مهدی. (۱۴۰۰ش). تحلیلی بر رویکردهای مبتنی بر حصری یا تمثیلی بودن مادهٔ ۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ با نگاهی اجمالی به کنوانسیون برن. پژوهشنامهٔ حقوق تطبیقی، ۵(۱)، ص۲۳۷ـ۲۵۸. https://doi.org/10.22080/lps.2021.22125.1253

۳۱. یزدانی، غلامرضا (۱۴۰۲). حقوق اموال، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.

32. Kwon, S. (2022). Regulation of DeFi Lending: Agency Supervision on Decentralization. *Colum. Sci. & Tech*. L. Rev., 24, 379.

## References

1. Adl, Mostafa. (1975). *Civil Law* (8th ed.). Tehran: Amir Kabir Publishing House. [In Persian]
2. Ahmadi, Seyed Mohammad Mahdi, Hassani, Ali, & Hosseini, Seyed Alireza. (2023). A comparative analysis of the sale of generic liability (*bay‘ al-kullī fī al-dhimmah*) in Iranian jurisprudence and law. *Muṭāle‘āt-e Fiqh-e Eqteṣādī*, 5(1), 152–167. https://doi.org/10.22034/ejs.2023.363790.1306 [In Persian]
3. Ayubi, Setareh. (2024). *Degargūnī-ye Nigarish bi Amvāl dar Bastar-e Dījītāl* [Changing attitudes to property in the digital context] (Doctoral dissertation). Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran. [In Persian]
4. Bahrami Khoshkar, Mohammad, Hosseini Yekta, Seyed Saeid, & Sayadi, Sadegh. (2022). A theoretical investigation into the tangibility of the subject matter in the Iranian legal system and Imami jurisprudence. *Muṭāle‘āt-e Fiqh-e Eslāmī va Mabānī-ye Ḥuqūq*, 16(45), 199–226. https://doi.org/10.22034/FVH.2021.5747 [In Persian]
5. Emami, Hasan. (1998). *Civil Law* (19th ed., Vols. 1–2). Tehran: Eslamiyeh Bookstore. [In Persian]
6. Emami, Mohammad, & Yazdani, Gholamreza. (2018). Re-examining the position of *arsh* (diminution) in lease contracts. *Jostār-hā-ye Feqhī va Uṣūlī*, 4(2), 101–117. https://doi.org/10.22034/jrj.2018.66148 [In Persian]
7. Feyz, Davoud, Baghernejad Hamzeh Kalaei, Mohammad Ebrahim, & Mah Avarpour, Fahimeh. (2022). Challenges and solutions for applying new technology in Iranian marketing (Case study: Augmented reality technology). *Taḥqīqāt-e Bāzārīābī-ye Nowīn*, 12(3), 153–176. https://doi.org/10.22108/nmrj.2022.133629.2700 [In Persian]
8. Gorji, Abolghasem. (1996). *Legal Articles* (Vol. 2, 2nd ed.). Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]
9. Heidari, Mohammad Hossein. (2024). *Māhiyat-Sanjī-ye Dārā'ī-hā-ye Dījītāl dar Niẓām-e Ḥuqūqī-ye Īrān va Inglīstān* [Assessing the nature of digital assets in the legal systems of Iran and England] (Master's thesis). Kharazmi University. [In Persian]

10. Irvani, Ali bin Abdul Hossein Najafi. (1986). *Ḥāshiyah al-Makāsib*. Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance. [In Arabic]
11. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (1998). *Terminology of Law* (5th ed.). Tehran: Ganj Danesh Library. [In Persian]
12. Katouzian, Nasser. (2006). *Introductory Course on Civil Law: Property and Ownership* (13th ed.). Tehran: Mizan Publishing House. [In Persian]
13. Katouzian, Nasser. (2007). *Lessons from Specific Contracts*. Tehran: Ganj Danesh Library. [In Persian]
14. Katouzian, Nasser. (2017). *General Rules of Contracts* (Vol. 2, 10th ed.). Tehran: Ganj Danesh. [In Persian]
15. Kwon, S. (2022). Regulation of DeFi lending: Agency supervision on decentralization. *Columbia Science & Technology Law Review*, 24, 379–436.
16. Madadi, Mahdi. (2022). A jurisprudential-legal inquiry into the legalization of cryptocurrency mining. *Eqteṣād va Bānkdarī-ye Eslāmī*, 11(41), 307–333. http://mieaoi.ir/article-1-1230-fa.html [In Persian]
17. Madani, Seyed Jalal al-Din. (2006). *Civil Law*. Tehran: Paydar. [In Persian]
18. Mirmohammad Sadeghi, Hossein. (2009). *Crimes against Public Security and Peace* (14th ed.). Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]
19. Moein, Mohammad. (1997). *Moein Dictionary* (Vol. 11, 11th ed.). Tehran: Amir Kabir Publications. [In Persian]
20. Mohaghegh Helli (Najm al-Din, Abolghasem Ja'far bin Hassan). (1995). *Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām* (Vol. 2). Tehran: A'lami Publications. [In Arabic]
21. Mohaghegh Helli. (2019). *Fiqh al-Ijārah min Sharā'i' al-Islām* [Jurisprudence of Lease from the Laws of Islam] (M. Rahimi, Trans.). Tehran: Chater Danesh Publishing. [In Persian]
22. Mohammad bin Makki, Shahid al-Awwal. (2002). *Al-Lum'ah al-Dimashqīyah* (F. Edrisi, K. Mohebbi, & M. Sajidifar, Trans.). Tehran: Nasl-e Kawsar. [In Persian]
23. Nemati, Ehsan, Parvin, Mohammad Reza, & Taleghan Ghaffari, Mahdi. (2021). An analysis of exclusive or analogical approaches to Article 2 of the Copyright Protection Act of 1969, with an overview of the Berne Convention. *Pajūhishnāmah-ye Ḥuqūq-e Taṭbīqī*, 5(1), 237–258. https://doi.org/10.22080/lps.2021.22125.1253 [In Persian]
24. Office of Ayatollah Seyed Mohammad Ali Alavi Gorgani. (n.d.). *Inquiry No. 17023* [Personal communication]. [In Persian]
25. Rasani Nia, Naser. (2007). *Civil Law* (1st ed.). Tehran: Avay-e Noor Publications. [In Persian]
26. Sadeghi Moghadam, Mohammad Hassan, & Moradi, Hojjatollah. (2020). Pledge of usufruct in Imami jurisprudence. *Pajūhish-e Ḥuqūq-e Khuṣūṣī*, 9(33), 159–187. https://doi.org/10.22054/jplr.2020.45869.2271 [In Persian]
27. Safaei, Seyed Hossein. (2011). *Introductory Course on Civil Law: Persons and Property* (Vol. 1, 13th ed.). Tehran: Mizan Publishing House. [In Persian]
28. Shahidi, Mehdi. (2006). *Formation of Contracts and Obligations* (5th ed.). Tehran: Majd Publications. [In Persian]
29. Shahidi, Mehdi. (2012). *Inheritance* (7th ed.). Tehran: Majd Publications. [In Persian]
30. Shirvani, Ali. (2002). *Translation and Explanation of Sharh al-Lum'ah*. Tehran: Dar al-Elm Publishing House. [In Persian]

Civil Jurisprudence Doctrines

Print: 2251- 936x
Online: 2783- 3690

# An Analysis of Human Testing and Vaccination in the Jurisprudence of the Two Major Islamic Denominations

**Mohammad Bolhasani**[1]

1. Corresponding Author, PhD Student in Penal Jurisprudence, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: mohammadbolhasani1367@gmail.com

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received: 10 November 2023
Revised: 15 August 2025
Accepted: 22 September 2025
Available online 16 November 2025

**Keywords:**
Vaccine, Jurisprudence of the Two Major Denominations, Human Testing, Preservation of Life, Objectives of Sharia (Maqāṣid al-Sharīʿah), The Rule of No Harm (Qāʿidat Lā Ḍarar), Authority of the Ruler (Wilāyat al-Ḥākim).

## ABSTRACT

The spread of contagious diseases poses serious jurisprudential-legal challenges to the health system and the life of human societies. Human testing and the mass administration of emerging vaccines, due to their potential side effects versus the necessity of combating the disease, represent a clear instance of conflict between two interests (preserving individual health from vaccine side effects and preserving public health from the disease). This research aims to analyze the ruling on this issue, employing an analytical-descriptive method and a comparative approach to examine the foundations and evidences of Imamiyyah and Sunni jurisprudence. The main question is: what is the jurisprudential ruling on vaccine testing and administration in Islamic schools of thought? The research findings indicate that both schools, relying on common principles such as the obligation to preserve life/soul (as one of the primary objectives of Sharia, Maqāṣid al-Sharīʿah), the rule of no harm (Qāʿidat Lā Ḍarar), the rule of necessity, and the necessity of prioritizing the more important interest, concur on the permissibility (Jawāz) of human vaccine testing under conditions such as informed consent and minimal risk. Furthermore, in situations where vaccination is the only effective way to control the disease, the Islamic ruler (Ḥākim al-Sharʿ) (based on the Wilāyat al-Faqīh in Imami jurisprudence and public interest (Maṣlaḥah ʿĀmmah) in Sunni jurisprudence) can make it mandatory. Minor differences primarily emerge in the foundations of reasoning and some subsidiary issues, such as the use of forbidden (Ḥarām) ingredients in vaccines, which, under conditions of necessity, also leads to permissibility.

**Cite this article:** Bolhasani, M. (2026). An Analysis of Human Testing and Vaccination in the Jurisprudence of the Two Major Islamic Denominations. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 18(33), 99-125. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.5637.1920

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

## Extended Abstract

**Introduction**

The rapid emergence and global spread of novel infectious diseases in the contemporary era, most notably the COVID-19 pandemic, have confronted human societies with unprecedented challenges regarding public health and bioethics. In this critical context, the development, testing, and widespread distribution of vaccines are universally recognized by the scientific community as the most effective strategies for preventing epidemics and reducing mortality rates. However, the path from vaccine development to mass immunization is fraught with complex ethical and jurisprudential questions that require rigorous analysis within the framework of Islamic law. On the one hand, the process of testing vaccines on human subjects involves potential risks and side effects, raising concerns about the sanctity of life and bodily integrity. On the other hand, any delay in this process could result in the loss of countless lives, thereby engaging the collective responsibility of society and the state. Given that the *Sharīʿa* of Islam claims to be a comprehensive religion capable of responding to human needs in every era, elucidating the ruling of this issue from the perspective of Islamic jurisprudence is a necessity.

While there is a growing body of literature addressing the government's civil liability regarding infectious diseases or the general medical ethics of treatment, there is a significant gap in comparative research that specifically examines the jurisprudential rulings on "vaccine clinical trials" and the "prioritization of vaccine distribution" from the dual perspectives of Imami (*Shi'a*) and Sunni jurisprudence. Previous studies have predominantly focused either on the purely medical aspects or have analyzed the issue through the lens of a single Islamic legal school, often neglecting the comparative dimension that highlights the universality of Islamic legal principles. This research aims to bridge this gap by conducting a comprehensive comparative analysis. It seeks to answer fundamental questions: What is the Sharia ruling on human testing of vaccines? Is vaccination mandatory or voluntary? How should vaccines be prioritized among different societal groups? And what

is the ruling on importing vaccines from hostile nations? By analyzing the shared and distinct principles of the two major schools of Islamic thought, this study aims to provide a robust legal framework for bioethical decision-making in Muslim societies.

## Method

This research is characterized as an applied study in terms of its objectives and employs a "descriptive-analytical" method with a "comparative" approach regarding its nature. The primary data collection technique was the library method, involving a meticulous examination of first-hand sources including the Holy Quran, Hadith collections, and authoritative jurisprudential, exegetical, and legal texts from both Imami and Sunni traditions. The research process involved several key steps: (1) Conceptualization and keyword search of key jurisprudential terms such as "Preservation of the Soul" (*Ḥifẓ al-Nafs*), "No Harm Rule" (*Lā Ḍarar*), "Public Interest" (*Maslaḥah*), "Necessity" (*Iḍṭirār*), and "Ruler's Authority" (*Wilāyat*); (2) Data extraction of opinions from prominent classical and contemporary jurists as well as contemporary fatwas and resolutions from international Islamic fiqh academies; (3) Comparative analysis of the gathered data across four main axes: the legitimacy of human testing, the mandate for vaccination, prioritization protocols, and issues related to vaccine ingredients and origin; (4) Synthesis of findings to derive general rules applicable to modern public health crises. Ethical considerations were strictly observed throughout the research, including accurate citation of sources and avoidance of misrepresentation of jurists' views.

## Findings

The findings of this comparative research reveal a profound convergence between Imami and Sunni jurisprudence regarding vaccination, despite differences in their methodological origins. The results are detailed in the following thematic areas:

*Fundamental Principles and Rules:* The analysis demonstrates that both sects rely on a shared set of high-level legal maxims to address health crises. (1) *Preservation of the Soul*: Both schools consider the

preservation of life as a paramount duty, grounded in Quranic verses prohibiting self-destruction (*Tahlukah*) in Imami thought, and elevated to one of the five essential objectives of the Sharia (*Maqāṣid al-Sharīʿa*) in Sunni thought. (2) *The Rule of No Harm*: This universal maxim is pivotal, where refusing vaccination during a pandemic is not merely a personal choice but a potential act of harm against others. (3) *Balancing Conflicts*: When the potential minor harm of a vaccine side effect conflicts with the definite major harm of a deadly virus, both schools prioritize the "Greater Interest" or "Repelling the Greater Corruption" (*Dafʿ al-Afsad*).

*Legitimacy of Human Vaccine Testing:* The study found that testing vaccines on human subjects is religiously permissible subject to strict conditions. First, *Informed Consent*: Based on the principle of "Sovereignty over one's body" in Shi'a thought and the requirement of "Patient Permission" in Sunni thought, the volunteer must provide free and informed consent. Second, *Risk Mitigation*: The risk to the volunteer must be reasonable and not tantamount to suicide. If pre-clinical trials are successful and there is a rational hope for success, participation is viewed not as self-destruction but as a commendable act of "Altruism" to save the community.

*Mandatory vs. Voluntary Vaccination:* In normal circumstances, vaccination remains voluntary based on the principle of original freedom (*Aṣl al-Barāʾah*). However, in the event of a pandemic where experts deem vaccination the only viable solution, the Religious Ruler has the authority to issue a binding decree mandating vaccination. This authority is derived from "Public Interest" in Sunni fiqh and "Governmental Rulings" in Imami fiqh.

*Prioritization and Ethical Allocation:* The study confirms that resource allocation must follow the rule of "The Most Important, then the Important". Medical staff are the first priority because preserving their lives equals preserving the healthcare system itself. Vulnerable groups (the elderly and those with underlying conditions) take precedence over the healthy general public because the risk of death for them is imminent.

*Importation and Ingredients:* Vaccines containing prohibited substances like porcine gelatin are permissible under the rule of "Transformation" (*Istihālah*) — where the chemical nature changes

— or purely based on "Necessity" (*Iḍṭirār*) if no halal alternative exists. While the primary rule prohibits strengthening enemies (*Nafī al-Sabīl*), in a state of dire necessity where no other life-saving alternative exists, importing from hostile nations becomes permissible to the extent necessary to save Muslim lives.

**Conclusion**

This research concludes that Islamic jurisprudence is not a barrier to medical progress but provides a sophisticated ethical framework for navigating bioethical dilemmas. The comparative analysis highlights that while Imami and Sunni schools may differ in their *uṣūl* (roots) or specific terminologies, their practical rulings on vaccination are strikingly similar due to their shared focus on the ultimate goals of the Sharia: the preservation of life and the removal of harm. The hypothesis of convergence between the two sects is confirmed, as both traditions move beyond the literal meanings of evidence to adhere to the "spirit of Sharia," which is the preservation of life and public interest. The implications of these findings are significant for health policy in the Muslim world. The confirmation that "Public Interest" supersedes "Individual Autonomy" during pandemics provides religious legitimacy for state-mandated health measures. It is recommended that future research focus on the "Criminal Enforcement of Vaccination Refusal" and the "Civil Liability of Pharmaceutical Companies in Case of Adverse Effects" from the perspective of comparative Islamic jurisprudence.

***Authors' Contributions***

The corresponding author (Mohammad Bolhasani) was responsible for all stages of the research, including conceptualization, resource extraction, data analysis, and manuscript writing.

***Data Availability Statement***

The data supporting the findings of this study are derived from library-based sources. No original datasets were generated or analyzed during the current study. No field or confidential data exist.

***Acknowledgements***

The author wishes to express gratitude to the esteemed professors and reviewers who, with their valuable comments, contributed to the enrichment of this work.

***Ethical Considerations***

In preparing this article, the principles of academic trustworthiness, accurate citation of sources, and avoidance of plagiarism and scientific misconduct have been fully observed.

***Funding***

This research was conducted at the author's personal expense and received no organizational financial support.

***Conflict of Interest***

The author declares that there is no conflict of interest regarding the publication of this article.

***Declaration on the Use of AI Tools in the Writing Process***

In preparing this article, the author used an artificial intelligence tool (Gemini) solely for literary editing and text structuring. After using the tool, the author reviewed and verified the generated content and assumes full responsibility for the content.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# واکاوی تست و تزریق واکسن در فقه فریقین

محمد بوالحسنی[1]

۱. نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری رشتهٔ فقه جزایی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: mohammadbolhasani1367@gmail.com

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:** پژوهشی

**تاریخ دریافت:** ۱۴۰۲/۰۸/۱۹

**تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۵/۲۴

**تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

**تاریخ انتشار برخط:** ۱۴۰۴/۰۸/۲۵

**کلیدواژه‌ها:**
واکسن، فقه فریقین، تست انسانی، حفظ نفس، مقاصد الشریعة، قاعده لاضرر، ولایت حاکم.

**چکیده**

شیوع بیماری‌های واگیردار، نظام سلامت و حیات جوامع بشری را با چالش‌های فقهی - حقوقی جدی مواجه می‌سازد. تست انسانی و تزریق عمومی واکسن‌های نوپدید، به دلیل وجود عوارض احتمالی در برابر ضرورت مقابله با بیماری، مصداق بارز تزاحم بین دو مصلحت (حفظ سلامت فرد از عوارض واکسن و حفظ سلامت جامعه از بیماری) است. این پژوهش با هدف واکاوی حکم این مسئله، به روش تحلیلی - توصیفی و با رویکردی تطبیقی، به بررسی مبانی و ادلهٔ فقه امامیه و اهل‌سنت می‌پردازد. سؤال اصلی آن است که حکم فقهی تست و تزریق واکسن در مذاهب اسلامی چیست؟ یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که هر دو مذهب، با اتکا به اصول مشترکی همچون وجوب حفظ نفس (به‌عنوان یکی از مقاصد اصلی شریعت)، قاعدهٔ لاضرر، قاعدهٔ ضرورت و لزوم تقدیم مصلحت اهم، بر جواز تست انسانی واکسن تحت شرایطی چون رضایت آگاهانه و حداقل بودن ریسک، اتفاق‌نظر دارند. همچنین، در شرایطی که واکسیناسیون تنها راه مؤثر برای مهار بیماری باشد، حاکم شرع (بر اساس ولایت‌فقیه در فقه امامیه، و مصلحت عامه در فقه اهل‌سنت) می‌تواند آن را الزامی کند. تفاوت‌های جزئی عمدتاً در مبانی استدلالی و برخی مسائل فرعی مانند استفاده از ترکیبات حرام در واکسن ظهور می‌یابد که آن‌هم در شرایط ضرورت، به جواز منجر می‌شود.

**استناد:** بوالحسنی، محمد. (۱۴۰۵). واکاوی تست و تزریق واکسن در فقه فریقین. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۸(۳۳)، ۹۹-۱۲۵. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.5637.1920

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

## مقدمه

یکی از بزرگ‌ترین چالش‌های زندگی بشـر در عصـر حاضـر، ظهور بیماری‌های واگیردار نوپدید است که به سرعت حیات میلیون‌ها انسان را تهدید می‌کند. در این میان، تولید و توزیع واکسـن به‌عنوان مؤثرترین راه پیشـگیری، خود با پرسـش‌های اخلاقی و فقهی متعددی روبه‌روست. از یک سو، تست واکسن بر روی انسان ممکن است با عوارض جانبی و به خطر انداختن سلامت افراد همراه باشد؛ از سوی دیگر، تأخیر در این امر به قیمت جان انسـان‌های بی‌شـماری تمام می‌شـود. از آنجا که شـریعت اسـلام، دینی جامع و پاسـخگو به نیازهای بشـری در هر زمان اسـت، تبیین حکم این مسئله از منظر فقه اسلامی امری ضروری است.

هرچند پژوهش‌هایی در باب مسـئولیت دولت در قبال بیماری‌های واگیردار صورت گرفته، اما جای خالی یک تحقیق تطبیقی و جامع که به بررسی حکم تست و تزریق واکسـن از منظر فقه فریقین (امامیه و اهل‌سـنت) بپردازد، احسـاس می‌شـود. اغلب تحقیقات پیشـین یا صـرفاً از منظر پزشـکی بوده‌اند یا تنها به دیدگاه یک مذهب خاص پرداخته‌اند. این نوشـتار درصـدد اسـت تا با واکاوی مبانی و ادلهٔ مشترک و اختصاصی دو مکتب فقهی بزرگ اسلام، به این پرسش اساسی پاسخ دهد که حکم شـرعی تسـت انسـانی، اولویت‌بندی در تزریق، الزام به واکسـیناسـیون و واردات واکسـن از منظر فقه امامیه و اهل‌سـنت چیسـت؟ این مقاله ابتدا به مبانی و قواعد حاکم بر بحث در فقه فریقین پرداخته، سـپس حکم تسـت انسـانی و تزریق عمومی را تحلیل کرده و در پایان، به برخی مسـائل نوپدید مرتبط با آن از نگاه تطبیقی خواهد پرداخت.

در میان کتب و مقالات نگاشـته‌شـده، مسـئلهٔ بررسـی فقهی تسـت و آزمایش واکسن و روند اولویت‌بندی آن بر اساس مبانی دینی مورد بررسی و تحلیل قرار نگرفته اسـت و مقالاتی که سـابقاً در این باب به رشـتهٔ تقریر درآمده، نوعاً توسـط محققین پزشکی و بر اساس مبانی علم طب ارائه شده است، نه براساس نگاه دینی. البته به صـورت عام مقالاتی در مورد بیماری‌های واگیردار به رشـتهٔ تحریر درآمده اسـت ـ

مانند «واکاوی فقهی مسئولیت حکومت در بلایا و بیماری‌های واگیردار» یا «مسئولیت کیفری ناشی از انتقال ویروس کرونا از منظر فقه و حقوق»- اما آنچه در این نوشتار می‌آید، علاوه بر بررسی حکم فقهی تست انسانی واکسن، بررسی اولویت‌بندی تست و آزمایش واکسن و داروهای مشابه بر روی افراد گوناگون جامعه از دیدگاه فقه اسلامی است و در پایان این نوشتار به مسئلهٔ جواز شرعی واردات واکسن از کشورهای هم‌پیمان و متخاصم پرداخته می‌شود که در هیچ‌کدام از مقالات پیش‌گفته به این مطالب اشاره نشده است.

## ۱. مبانی و قواعد کلیدی حاکم در فقه فریقین

پیش از ورود به تحلیل جزئیات حکم تست و تزریق واکسن، ضروری است که اصول و قواعد بنیادینی که فقهای امامیه و اهل‌سنت در مواجهه با مسائل مرتبط با سلامت، حیات و مصلحت عمومی به کار می‌گیرند، مورد بررسی قرار گیرد. حکم نهایی در این مسئله، محصول تعامل و تطبیق همین قواعد بر موضوع نوپدید واکسن است. بسیاری از این مبانی، میان فریقین مشترک بوده و ریشه در نصوص قرآنی و روایی مورد اتفاق دارند.

### ۱ـ۱. قاعدهٔ وجوب حفظ نفس؛ از اصول بنیادین تا مقاصد شریعت

حفظ حیات و جان انسان (حفظ النفس)، یکی از قطعی‌ترین و اساسی‌ترین احکام در شریعت اسلام است که هیچ فقیهی در آن تردید ندارد.

در فقه امامیه، ادلهٔ فراوانی بر این وجوب دلالت دارد. آیهٔ شریفهٔ ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ (بقره/ ۱۹۵) که از انداختن خود در هلاکت نهی می‌کند، و آیهٔ «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ» (نساء/ ۲۹) که کشتن خود را حرام می‌شمارد، از مهم‌ترین مستندات قرآنی هستند. فقها با استناد به این آیات و روایات متعدد، هر عملی را که به صورت قطعی یا با احتمال عقلایی بالا منجر به از دست رفتن جان شود، حرام دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج۳۶، ص۳۷۰).

در فقه اهل‌سنت، این اصل در جایگاهی والاتر و ذیل نظریهٔ «مقاصد الشریعة» تعریف می‌شود. به باور اندیشمندانی چون امام شاطبی در کتاب مرجع «الموافقات»، تمامی احکام شریعت برای تحقق پنج هدف اصلی (الضروریات الخمس) وضع

شـده‌اند که عبارت‌اند از: حفظ دین، حفظ نفس، حفظ عقل، حفظ نسـل و حفظ مال (شـاطبی، ۱۴۱۷، ج۱، ص۳۸). «حفظ نفس» به‌عنوان دومین مقصـد ضـروری، هرگونه حکم و اقدامی را که در راستای صیانت از جان انسان‌ها باشد، توجیه کرده و آن را به سـطح وجوب می‌رسـاند. لذا، پرهیز از درمان در جایی که منجر به هلاکت شـود، اقدامی مغایر با یکی از اهداف اصلی شریعت تلقی می‌گردد.

### ۱ـ۲. قاعدهٔ لا ضرر

قاعدهٔ مشـهور «لا ضَـرَرَ وَ لا ضِـرارَ فی الإسـلام» که مسـتفاد از حدیث نبوی(ص) است، از قواعد مورد اتفاق و پراستعمال در ابواب مختلف فقهی نزد فریقین است.

این قاعده در فقه امامیه، به‌عنوان یک حکم حکومتی یا ثانوی برای برداشـتن احکامی که اجرای آن‌ها مسـتلزم ضـرر اسـت، به کار می‌رود (مکارم شـیرازی، ۱۴۱۱، ج۱، ص۴۹). در مسـئلهٔ ما، این قاعده دو جنبه دارد: اولاً، فرد حق ندارد با امتناع از تزریق واکسـن، خود را در معرض ضـرر (بیماری) قرار دهد. ثانیاً، حق ندارد با این عمل، دیگران را در معرض ضرر (ضرار) یعنی انتقال بیماری قرار دهد.

نزد فقهای اهل‌سـنت نیز این قاعده یکی از پنج قاعدهٔ بزرگ فقهی (القواعد الفقهیة الکبری) است. سیوطی در کتاب «الأشباه و النظائر» بیان می‌کند که بسیاری از احکام فقهی به این قاعده بازمی‌گردند[۱] ( سیوطی، ۱۴۱۱، ص۸۳). بر این اسـاس، آزادی شـخصـی فرد در عدم پذیرش واکسـن تا جایی محترم اسـت که به ضـرر جامعه و سلامت عمومی منجر نشود.

### ۱ـ۳. تزاحم اهم و مهم؛ انتخاب مصلحت برتر

در مسئلهٔ واکسن، اغلب با تزاحم و تلاقی دو حکم یا دو مصلحت روبه‌رو هستیم: از یک سو، مصلحتِ پرهیز از عوارض احتمالی واکسن و از سوی دیگر، مصلحتِ جلوگیری از خطر قطعی یا محتملِ بیماری واگیر.

---

۱. «اعْلَمْ أَنَّ هَذِهِ الْقَاعِدَةَ يَنْبَنِي عَلَيْهَا كَثِيرٌ مِنْ أَبْوَابِ الْفِقْهِ مِنْ ذَلِك: الرَّدُّ بِالْعَيبِ، وَجَمِيعُ أَنْوَاعِ الْخِيارِ: مِنْ اخْتِلَافِ الْوَصْـفِ الْمَشْرُوطِ، وَالتَّغْرِيرِ، وَإِفْلَاسِ الْمُشْتَرِي، وَغَيرِ ذَلِك، وَالْحَجْرُ بِأَنْوَاعِهِ، وَالشُّـفْعَةُ، لِأَنَّهَا شُرِعَتْ لِدَفْعِ ضَرَرِ الْقِسْـمَةِ. وَالْقِصَاصُ، وَالْحُدُودُ، وَالْكَفَّارَاتُ، وَضَـمَانُ الْمُتْلَفِ، وَالْقِسْـمَةُ، وَنُصُبُ الْأَئِمَّةِ، وَالْقُضَاةِ، وَدَفْعُ الصَّائِلِ، وَقِتَالُ الْمُشْرِكِينَ، وَالْبُغَاةِ، وَفَسْخُ النِّكاحِ بِالْعُيوبِ، أَوْ الْإِعْسَارِ، أَوْ غَيرِ ذَلِك، وَهِي مَعَ الْقَاعِدَةِ الَّتِي قَبْلَهَا مُتَّحِدَةٌ، أَوْ مُتَدَاخِلَةٌ.»

در اصـول فقه امامیه، در هنگام تزاحم دو حکم که امکان جمع ندارند، باید به سراغ ملاک‌های ترجیح رفت و حکم «اهم» را بر «مهم» مقدم داشت. حفظ جان کل جامعه یا تعداد کثیری از مردم (مصـلحت عامه)، بی‌تردید «اهم» از پرهیز از عوارض خفیف یا محتمل یک واکسن برای یک فرد (مصلحت خاصه) است (مطهری، ۱۳۹۹، ج۲۰، ص۲۴۶).

این مفهوم در فقه اهل‌سـنت تحت قواعدی چون «ارتکاب أخف الضـررین» (پذیرش ضرر سبک‌تر برای دفع ضرر سنگین‌تر) و «یُتحمَّل الضرر الخاص لدفع ضرر عام» (ضـرر خصـوصـی برای دفع ضـرر عمومی تحمل می‌شـود) تبلور می‌یابد. عز بن عبدالسـلام، معروف به سـلطان‌العلماء، در کتاب «قواعد الأحکام فی مصـالح الأنام» به تفصـیل به این موازنه میان مصـالح و مفاسـد پرداخته و نمونه‌های متنوعی از فقه اسلامی مثال می‌زند (عز بن عبدالسلام، ۱۴۱۴، ج۱، ص۹۳-۹۸). بنابراین، تحمل ضرر جزئی و محتملِ واکسـن برای دفع ضـرر بزرگ و فراگیرِ یک اپیدمی، امری کاملاً عقلایی و شرعی است.

### ۱ـ۴. قاعدهٔ ضرورت

گاهی ممکن است تزریق یک واکسن، به دلیل عوارض جانبی شدید یا استفاده از ترکیبات اولیهٔ حرام (مانند ژلاتین خوکی)، در حالت عادی جایز نباشـد؛ در این‌جاست که قاعدهٔ ضرورت به کار می‌آید.

این قاعده که ریشه در آیهٔ ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ (بقره/ ۱۷۳) دارد، مورد اتفاق فریقین اسـت. بر اسـاس این قاعده، اگر حفظ جان یا جلوگیری از شـیوع یک بیماری مهلک، منحصـر به تزریق واکسـنی با عوارض جانبی یا ترکیبات حرام باشـد و هیچ جایگزین سـالم و حلالی وجود نداشـته باشـد، تزریق آن از باب ضرورت جایز و حتی واجب می‌شود.

بسـیاری از مجامع فقهی معاصـر اهل‌سـنت، مانند مجمع فقه اسـلامی جده (IFA) و شـورای اروپایی فتوا و تحقیقات (ECFR)، با اسـتناد به همین قاعده و قاعدهٔ «اسـتحاله» (تغییر ماهیت شـیمیایی ماده نجس)، اسـتفاده از واکسـن‌های حاوی ژلاتین خوکی را در صـورت عدم وجود جایگزین و برای مقابله با بیماری‌های

خطرناک، جایز اعلام کرده‌اند (القرارات والتوصیات لمجمع الفقه الإسلامی الدولی، قرار رقم ۲۱۰). این دیدگاه در میان بسیاری از فقهای معاصر شیعه نیز پذیرفته شده است.

این اصول چهارگانه، چارچوب نظری لازم برای تحلیل حکم شرعی تست و تزریق واکسن را فراهم می‌آورند و نشان می‌دهند که فقه اسلامی (در هر دو مکتب) با رویکردی مصلحت‌محور و با اولویت‌بخشی به حفظ حیات جامعه، با این پدیده مواجه می‌شود.

## ۲. حکم فقهی تست انسانی واکسن از منظر تطبیقی

مرحلهٔ کارآزمایی بالینی، که در آن واکسن برای اولین بار بر روی انسان آزمایش می‌شود، حساس‌ترین و چالش‌برانگیزترین گام در مسیر تولید واکسن است. در این مرحله، بدن یک انسان به موضوع آزمایش تبدیل می‌شود که این امر، پرسش‌های بنیادین فقهی را در باب حرمت نفس و تمامیت جسمانی انسان برمی‌انگیزد. فقهای امامیه و اهل‌سنت، با استناد به مجموعه‌ای از اصول و قواعد، چارچوبی را برای جواز این امر ترسیم کرده‌اند که مبتنی بر دو رکن اساسی است: رضایت آگاهانهٔ داوطلب و رجحان مصلحت بر خطر محتمل.

### ۲ـ۱. شرط بنیادین: رضایت آگاهانه

تصرف در بدن دیگری، حتی به قصد درمان و تحقیق، بدون رضایت او جایز نیست. این اصل مورد اتفاق قاطع فریقین است، هرچند مبانی استدلالی آن ممکن است متفاوت باشد.

در فقه امامیه، این حکم از قواعدی چون «قاعدهٔ سلطنت» (النَّاسُ مُسَلَّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ) و اصالت عدم ولایت یک فرد بر دیگری استنباط می‌شود. انسان بر نفس و بدن خویش دارای اولویت و سلطنت است و هیچ‌کس، حتی حاکم یا پزشک، نمی‌تواند بدون اذن و رضایت او، تصرفی در جسمش نماید (نراقی، ۱۴۱۷، ص۵۲۹). از همین رو، رضایت بیمار شرط لازم برای مشروعیت هرگونه اقدام درمانی است. این رضایت باید «آگاهانه» باشد؛ یعنی داوطلب باید از ماهیت تحقیق، فواید احتمالی و مهم‌تر از همه، از عوارض و خطرات ممکن به‌طور کامل مطلع شود تا رضایت او از روی علم و بصیرت باشد. در غیر این صورت، رضایت اخذ شده فاقد اعتبار شرعی

است (پارساپور و قاسم‌زاده، ۱۳۹۰، ص۴۱).

در فقه اهل‌سنت، شرط بودن «اذن المریض» برای جواز طبابت، اصلی پذیرفته شده است که از مفهوم مخالف حدیث نبوی(ص) استنباط می‌شود: «هر کس طبابت کند در حالی که پیش از آن به طبابت شناخته شده نیست، پس او ضامن است» (ابوداود، بی تا، ح۴۵۸۶؛ نسائی، ۱۴۰۶، ح۴۷۳۰؛ ابن ماجه، بی تا، ح۳۴۶۶). مفهوم این حدیث آن است که اگر طبیب حاذق باشد و با اذن بیمار اقدام کند، ضامن نخواهد بود؛ که این خود دال بر جواز عمل با وجود این دو شرط است (ابن‌قیم جوزیه، ۱۹۹۷، ص۱۹۴).

مجامع فقهی معاصر اهل‌سنت، مفهوم سنتی «اذن» را به اصطلاح امروزی «الرضا المستنیر» (Informed Consent) ارتقا داده و بر آن تأکید کرده‌اند. المنظمة الإسلامیة للعلوم الطبیة (IOMS) در کویت، به صراحت اعلام می‌کند که هرگونه پژوهش بالینی بر روی انسان باید پس از کسب رضایت روشن و آزادانهٔ فرد، که مبتنی بر آگاهی کامل او از جزئیات تحقیق است، صورت گیرد و در صورت عدم تحقق این شرط، پژوهش حرام خواهد بود.

بنابراین، فقه فریقین در این اصل هم‌گرا هستند که اولین گام برای جواز تست انسانی واکسن، کسب رضایت آزادانه و آگاهانه از داوطلبی است که اهلیت تصمیم‌گیری را دارد.

## ۲ـ۲. موازنهٔ میان ایثار و تهلکه

پس از احراز رضایت، پرسش مهم‌تر مطرح می‌شود: آیا داوطلب اساساً حق دارد جان و سلامت خود را برای یک تحقیق علمی به خطر اندازد؟ پاسخ به این پرسش در گرو موازنه میان دو اصل است: حرمت القاء نفس در تهلکه و فضیلت ایثار برای مصلحت عامه.

**الف. اصل اولیه:** حرمت به خطر انداختن جان: هر دو مذهب با استناد قاطع به آیهٔ شریفهٔ ﴿وَ لَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ (بقره/ ۱۹۵)، به خطر انداختن بی‌دلیل جان را حرام می‌دانند. شرکت در آزمایشی که احتمال خطر آن بسیار بالا و غیرعقلایی باشد، مصداق بارز «تهلکه» و شرعاً ممنوع است.

**ب. استثناء:** جواز برای مصلحت اهم: این حرمت، مطلق نیست. زمانی که به خطر انداختن جان، مقدمه‌ای برای تحقق یک مصلحت بسیار بزرگ‌تر باشد، حکم تغییر می‌کند.

از منظر فقه امامیه، میان ادلهٔ حرمت خودکشی و ادلهٔ فضیلت ایثار، نسبت‌سنجی صورت گرفته است. فقهای بزرگی قائل به جواز، بلکه رجحان چنین اقدامی هستند. مرحوم نراقی در مستند الشیعة، ایثاری را که منجر به حفظ جان افراد متعدد شود، «اظهر در جواز» می‌داند و معتقد است این مورد، از مصادیق تهلکه حرام خارج است (نراقی، ۱۲۴۵، ج۱۵، ص۲۵). بنابراین، اگر تست واکسن، گامی ضروری برای نجات جان هزاران یا میلیون‌ها انسان از یک بیماری همه‌گیر باشد، اقدام داوطلبانه یک فرد برای شرکت در آن، نه‌تنها مصداق تهلکه حرام نیست، بلکه می‌تواند نوعی ایثار ستودنی باشد.

از منظر فقه اهل‌سنت، این مسئله ذیل قواعد «تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام» و «مقاصد الشریعة» تحلیل می‌شود. مفسران بزرگی چون قرطبی در تفسیر خود ذیل آیهٔ تهلکه، بیان می‌کنند که انفاق مال در راه خدا یا به خطر انداختن جان در جهاد برای دفاع از امت، تهلکه مذموم نیست، بلکه امری ممدوح است (قرطبی، ۱۳۸۴، ج۲، ص۳۶۱). با قیاس اولویت، می‌توان گفت اقدام داوطلبانه برای شرکت در تست واکسنی که امید می‌رود جامعه را از یک هلاکت بزرگ (اپیدمی) نجات دهد، نه‌تنها مصداق تهلکه نیست، بلکه در راستای تحقق «حفظ النفس» به‌عنوان یکی از مقاصد کلی شریعت است. بر همین اساس، مجمع فقه اسلامی بین‌المللی (IIFA) در قطعنامهٔ شمارهٔ ۲۱۰ خود، انجام تحقیقات پزشکی بر روی انسان را با رعایت ضوابط اخلاقی دقیق (از جمله حداقل بودن ریسک و رجحان منافع) جایز شمرده است.

با جمع‌بندی دیدگاه‌های فریقین، می‌توان گفت تست انسانی واکسن از منظر فقه اسلامی تنها تحت شرایط زیر جایز است: الف) تمام مراحل آزمایشگاهی و پیش‌بالینی با موفقیت طی شده باشد تا خطر برای داوطلب به حداقل ممکن (خطر معقول و نه تهور) برسد. ب) امید عقلایی قوی (غلبة الظن) به موفقیت‌آمیز بودن

تست و دستیابی به مصلحت بزرگ (نجات جان جامعه) وجود داشته باشد. ج) رضایت داوطلب به صورت کاملاً آزادانه و پس از آگاهی کامل از تمام خطرات احتمالی، کسب شده باشد.

در صورت تحقق این شروط، اقدام فرد نه‌تنها جایز، که می‌تواند مصداق ایثار و عملی دارای اجر اخروی نیز تلقی گردد.

## ۳. حکم تزریق واکسن و اولویت‌بندی از منظر تطبیقی

حکم فقهی تزریق واکسن، یک حکم ثابت و یکپارچه نیست، بلکه تابعی از شرایط و وضعیت شیوع بیماری در جامعه است. فقهای فریقین با توجه به شدت بحران و میزان تأثیرگذاری واکسن، حکم مسئله را در دو مرحلهٔ کلی اختیاری و الزامی تحلیل می‌کنند.

### ۳ـ۱. مرحلهٔ اختیاری بودن تزریق (حکم در شرایط عادی)

در شرایطی که شیوع بیماری گسترده نیست یا راه‌های پیشگیری متعددی مانند رعایت فاصله‌گذاری، استفاده از ماسک و تقویت سیستم ایمنی برای کنترل آن وجود دارد، تزریق واکسن برای افراد جامعه واجب نیست و جنبهٔ اختیاری دارد.

مبنای فقهی این حکم در هر دو مذهب بر «اصل اباحه» و «اصل عدم ولایت» استوار است. یعنی در امور شخصی، اصل بر آزادی عمل فرد است و هیچ‌کس (حتی دولت) بر دیگری ولایت و سلطه‌ای ندارد تا او را به امری غیرواجب مجبور کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۶، ص۱۴۴). تا زمانی که ترک تزریق واکسن توسط یک فرد، ضرر قابل توجهی به خود او یا جامعه وارد نسازد، اجبار او فاقد وجاهت شرعی است. در این مرحله، حکومت می‌تواند به تزریق واکسن توصیه و تشویق کند، اما نمی‌تواند آن را اجباری نماید.

### ۳ـ۲. مرحلهٔ الزامی شدن تزریق (حکم در شرایط بحرانی)

اگر بیماری به مرحلهٔ اپیدمی یا پاندمی برسد و متخصصان امر (اهل خبره) به این نتیجه برسند که تنها راه مؤثر و قطعی برای مهار آن و جلوگیری از تلفات گسترده، واکسیناسیون عمومی است، در این صورت حکم از اختیار به وجوب تغییر می‌کند

و حاکم شرع می‌تواند مردم را به تزریق واکسن ملزم نماید.

از منظر فقه امامیه، این اختیار برای حاکم (ولی فقیه) از باب «ولایت بر مصالح عامه» و «حفظ نظام» ثابت است. حفظ نظام جامعهٔ اسلامی و جان مسلمانان از اوجب واجبات است. اگر این مهم، متوقف بر امری مانند واکسیناسیون عمومی باشد، حاکم می‌تواند با صدور «حکم حکومتی» آن را برای همگان الزامی کند، حتی اگر این اقدام با حق اختیار فردی در تعارض باشد، چراکه مصلحت عامه بر مصلحت خاصه مقدم است. شهید مطهری به‌درستی به این تفکیک اشاره می‌کند که برخی امور ذاتاً اجباربردار نیستند (مانند ایمان قلبی)، اما اموری مانند تزریق واکسن برای جلوگیری از بیماری خطرناک، کاملاً اجباربردار است (مطهری، ۱۳۹۹، ج۲۰، ص۲۴۷).

از منظر فقه اهل‌سنت، این اختیار برای حاکم (ولی الأمر) بر اساس قواعد متعددی اثبات می‌شود. از جمله:

**الف. قاعدهٔ «تَصَرُّفُ الإِمَامِ عَلَى الرَّعِيةِ مَنُوطٌ بِالمَصلَحَةِ»:** این قاعده که از قواعد بزرگ فقهی است، بیان می‌کند که اقدامات و تصمیمات حاکم برای شهروندان باید مبتنی بر مصلحت عمومی باشد (سیوطی، ۱۴۱۱، ص۱۲۱). اگر مصلحت قطعی جامعه در واکسیناسیون عمومی برای دفع یک بیماری مهلک باشد، حاکم نه‌تنها حق، بلکه وظیفه دارد که این کار را انجام دهد.

**ب. قاعدهٔ «يُتَحَمَّلُ الضَّرَرُ الْخَاصُّ لِدَفْعِ الضَّرَرِ الْعَامِّ»:** ضرر جزئی ناشی از اجبار به تزریق یا عوارض خفیف آن، در مقابل ضرر عظیم و عمومیِ شیوع بیماری، تحمل می‌شود.

**ج. سد الذرائع:** جلوگیری از راه‌هایی که به فساد و هلاکت عمومی منجر می‌شود، از وظایف حاکم است. امتناع از واکسیناسیون در شرایط بحرانی، ذریعه و راهی به سوی هلاکت جامعه است که باید مسدود شود.

بر همین اساس، نهادهای برجستهٔ فقهی اهل‌سنت مانند هیئت کبار علمای عربستان سعودی و دارالافتای مصر در جریان همه‌گیری کرونا، با استناد به همین مبانی، اطاعت از دستور حکومت برای تزریق واکسن را لازم و در شرایطی واجب

شرعی اعلام کردند.

### ۳ـ۳. فقه اولویت‌بندی در توزیع (فقه الأولویات)

در شـرایطی که واکسـن به مقدار کافی برای همه وجود ندارد، دولت ناگزیر از اولویت‌بندی است. این اولویت‌بندی نمی‌تواند سلیقه‌ای باشد، بلکه باید مبتنی بر همان «موازنهٔ مصالح» و «دفع ضرر اهم» باشد. ترتیب عقلایی که در مقالهٔ اولیه ذکر شده، کاملاً با مبانی فقهی فریقین سازگار است:

**۱. داوطلبان تست:** این گروه در مرحلهٔ کارآزمایی بالینی قرار دارند که پیش‌تر بحث شد.

**۲. کادر درمان (گروه پرریسـک):** اولویت این گروه از دو جهت قابل توجیه اسـت: اولاً، آن‌ها به دلیل تماس مستقیم، در معرض بیشترین خطر ابتلا هستند (دفع ضرر از خودشان). ثانیاً و مهم‌تر، حفظ سلامت آن‌ها مساوی با حفظ نظام سلامت و قدرت نجات جان تعداد بیشـتری از بیماران اسـت. این یک مصـلحت متعدی و فراگیر است که بر مصالح دیگر رجحان دارد.

**۳. سـالمندان و افراد دارای زمینهٔ بیماری (گروه پرخطر):** پس از کادر درمان، اولویت با کسـانی اسـت که بیماری برای آن‌ها بیشـترین خطر جانی را دارد. دفع خطر قطعی (مرگ این افراد) بر دفع خطر احتمـالی (بیمـاری در افراد سـالم) اولویت دارد. این مصداق بارز قاعدهٔ «دفع أشد المفسدتین» است.

**۴. عموم مردم:** در نهایت، سـایر اقشـار جامعه بر اسـاس میزان تماس شـغلی و اجتماعی و میزان تأثیرگذاری در زنجیرهٔ انتقال، اولویت‌بندی می‌شوند.

این اولویت‌بندی، یک امر اجتهادی و مدیریتی اسـت که حاکم با مشـورت اهل خبره (پزشـکان و متخصـصـان بهداشـت عمومی) و بر اسـاس قواعد کلی شـریعت مانند تقدیم مصلحت عامه و دفع ضرر اهم، آن را تنظیم و اجرا می‌کند.

### ۴. مسائل تطبیقی در ماهیت و تأمین واکسن

پس از بررسـی حکم کلی تسـت و تزریق، مسـائل فرعی و در عین حال مهمی در خصـوص ماهیت خود واکسـن و نحوهٔ تأمین آن مطرح می‌شـود. حکم شـرعی در این موارد نیز با تطبیق قواعد کلی فقهی بر مصـادیق خاص به دست می‌آید و رویکرد فقه

امامیه و اهل‌سنت در این زمینه‌ها از همگرایی بالایی برخوردار است.

### ۴ـ۱. موازنه میان اثربخشی و ریسک‌پذیری واکسن

واکسن‌ها از حیث فناوری ساخت و در نتیجه، میزان اثربخشی و عوارض جانبی احتمالی، متفاوت‌اند. گاهی واکسنی با فناوری سنتی‌تر، ایمنی اثبات‌شده و عوارض کمتری دارد اما اثربخشی آن پایین‌تر است، و گاهی واکسن جدیدی با فناوری نوین، اثربخشی بالاتری دارد اما عوارض بلندمدت آن ناشناخته است. در اینجا انتخاب بین این دو، مصداق تزاحم است.

مبنای فقهی هر دو مذهب در اینجا بر اساس قاعدهٔ «الضرورات تُقَدَّرُ بِقَدْرِهَا» (میزان استفاده از امور ممنوعه در شرایط اضطرار، به قدر ضرورت است) عمل می‌کنند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص۹۸). این قاعده که مورد اتفاق فریقین است، اقتضا می‌کند که اگر خطر بیماری با واکسن کم‌خطرتر (هرچند با اثربخشی کمتر) قابل دفع است، نوبت به استفاده از واکسن پرخطرتر نمی‌رسد. به عبارت دیگر، تا زمانی که یک «نیاز» (حاجة) را می‌توان با ابزار ایمن‌تر برطرف کرد، نباید به سراغ ابزاری رفت که فرد را در معرض «ضرر» بزرگ‌تری قرار می‌دهد. این همان منطق قاعدهٔ «ارتکاب أخف الضررین» (انتخاب ضرر سبک‌تر) است که فقهای اهل‌سنت نیز بر آن تأکید دارند. لذا، سیاست نظام سلامت باید بر انتخاب واکسنی استوار باشد که در عین داشتن اثربخشی قابل قبول، کمترین عوارض و خطر را برای جامعه به همراه داشته باشد.

### ۴ـ۲. واردات واکسن: اولویت تولید داخلی و تحریم دشمن

تأمین واکسن می‌تواند از طریق تولید داخلی یا واردات صورت گیرد. واردات نیز به واردات از کشورهای دوست و کشورهای متخاصم (معادی) تقسیم می‌شود. بر این اساس، مسائل ذیل مطرح می‌گردد:

**الف) اولویت تولید داخلی:** حمایت از تولید داخلی واکسن و تلاش برای خودکفایی، یک «مصلحت عامه» انکارناپذیر است. این امر از یک سو موجب تقویت اقتصاد و استقلال کشور اسلامی شده و از سوی دیگر، زمینهٔ رشد علمی و جلوگیری از خروج ارز را فراهم می‌کند. این اولویت، هرچند یک حکم الزامی اولیه

نیست، اما از منظر «سیاست شرعی» در فقه اهل‌سنت و لزوم «حفظ عزت و کیان امت اسلامی» در فقه امامیه، امری کاملاً راجح و مطلوب است.

**ب) حرمت واردات از کشورهای متخاصم:** واردات واکسن از کشوری که در حال جنگ و دشمنی آشکار یا پنهان با امت اسلامی است، در حالت عادی جایز نیست. این حکم در فقه فریقین بر مبانی متعددی استوار است:

**ج) حرمت تقویت دشمن:** خرید انبوه واکسن به معنای تقویت بنیهٔ اقتصادی و سیاسی دشمن است. این عمل با روح آیهٔ شریفهٔ ﴿وَ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾ (انفال/ ۶۰) که امر به تقویت در برابر دشمنان می‌کند، در تضاد آشکار است.

فقه امامیه با استناد به آیهٔ ﴿وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ (نساء/ ۱۴۱)، هرگونه معامله‌ای را که منجر به سلطهٔ اقتصادی یا سیاسی کافران حربی بر مسلمانان شود، باطل می‌داند (قاعدهٔ نفی سبیل). فقه اهل‌سنت نیز با استناد به اصل «الولاء و البراء» (دوستی با مؤمنان و برائت از دشمنان) معتقد است که هرگونه اقدامی که به نفع دشمنان اسلام و به ضرر مسلمانان باشد، حرام است.

**د) دفع ضرر محتمل:** اعتماد به واکسن تولیدی دشمن، به دلیل وجود احتمال منطقی خرابکاری، ایجاد عوارض هدفمند یا جمع‌آوری اطلاعات ژنتیکی، مصداق «اقدام» در برابر «ضرر محتمل» است که عقلاً و شرعاً قبیح و ممنوع است.

**ه) استثناء حالت ضرورت قصوی:** این حرمت، مانند سایر محرمات، در شرایط اضطرار شدید برداشته می‌شود. اگر جان تعداد کثیری از مسلمانان در خطر باشد و تنها راه نجات منحصر در استفاده از واکسن تولیدی کشور متخاصم باشد و هیچ جایگزین دیگری (داخلی یا خارجی از کشور دوست) در دسترس نباشد، در این صورت به حکم قاعدهٔ «الضرورات تبیح المحظورات»، واردات آن به قدر رفع ضرورت، جایز می‌شود.

### ۴ـ۳. حکم واکسن با ترکیبات حرام (المحتوية على مادة محرمة)

یکی از چالش‌های فقهی معاصر، وجود برخی مواد حرام‌الاصل مانند ژلاتین خوکی (المستخلصة من الخنزير) به‌عنوان مادهٔ پایدارکننده در برخی واکسن‌هاست. فقهای فریقین برای حل این مسئله دو راهکار اصلی ارائه داده‌اند:

**۱. نظریهٔ استحاله (تغییر ماهیت):** «استحاله» به معنای آن است که یک ماده طی یک فرآیند شیمیایی، ماهیت و خواص خود را کاملاً از دست داده و به ماده‌ای جدید تبدیل شود. اکثریت قاطع فقهای اهل‌سنت (از جمله مجامع فقهی بین‌المللی) و بسیاری از فقهای امامیه، معتقدند که استحاله مطهِّر (پاک‌کننده) و حلال‌کننده است. یعنی اگر ژلاتین خوکی طی فرآیندهای پیچیدهٔ داروسازی به ماده‌ای جدید با ساختار شیمیایی متفاوت تبدیل شود، دیگر حکم خوک بر آن بار نمی‌شود و استفاده از آن در واکسن بلامانع است (القرارات والتوصیات لمجمع الفقه الإسلامی الدولی، قرار رقم ۲۱۰).

**۲. قاعدهٔ ضرورت و رفع حرج:** حتی اگر نظریهٔ استحاله را نپذیریم یا در تحقق آن شک داشته باشیم، باز هم در صورتی که بیماری خطرناک باشد و هیچ واکسن جایگزینِ فاقد مواد حرام وجود نداشته باشد، تزریق آن از باب ضرورت برای حفظ جان، جایز و بلکه واجب است. این حکم مبتنی بر ادلهٔ قطعی قرآنی و روایی (مانند آیهٔ ۱۷۳ سورهٔ بقره) و مورد اتفاق کامل فریقین است.

بنابراین، فقه اسلامی با رویکردی واقع‌بینانه و مصلحت‌محور، راه را برای استفاده از واکسن‌های ضروری حتی با وجود چنین چالش‌هایی باز گذاشته است.

## نتیجه‌گیری

شیوع بیماری‌های واگیردار، شریعت اسلامی را به‌عنوان یک نظام حقوقی جامع و پاسخگو، با پرسش‌های نوپدید در عرصهٔ سلامت و حیات عمومی مواجه ساخت. این پژوهش که با هدف واکاوی تطبیقی حکم تست و تزریق واکسن در فقه امامیه و اهل‌سنت انجام شد، نشان داد که علی‌رغم تفاوت در برخی مبانی استنباط و ساختارهای فقهی، هر دو مذهب بزرگ اسلامی در اصول و نتایج نهایی به همگرایی شگفت‌آوری دست یافته‌اند.

یافته‌های کلیدی این تحقیق را می‌توان در محورهای زیر خلاصه کرد:

**الف) همگرایی در مبانی کلان:** فقه فریقین در مواجهه با این مسئله، نه بر اساس احکام جزئی و تعبدی، بلکه بر پایهٔ اصول و قواعد کلی و مصلحت‌محور عمل

می‌کنند. اصـولی همچون وجوب حفظ نفس (که در فقه اهل‌سـنت ذیل مقاصـد الشریعة جایگاهی رفیع دارد)، قاعدهٔ لاضرر، قاعدهٔ ضرورت و لزوم تقدیم مصلحت اهم بر مهم (که در فقه اهل‌سـنت با عناوینی چون «ارتکاب أخف الضـررین» و «تحمل الضـرر الخاص لدفع الضـرر العام» شـناخته می‌شـود)، شـالوده و اسـاس استدلال فقهای هر دو مذهب را تشکیل می‌دهند.

**ب) جواز مشـروط تسـت انسـانی:** تسـت واکسـن بر روی انسـان، که با تمامیت جسمانی او در تعارض است، تنها در صورتی از منظر فقه فریقین جایز است که اولاً، با رضایت کاملاً آگاهانه (الرضا المستنیر) داوطلب همراه باشد؛ ثانیاً، ریسک آن به حداقل رسـیده و امید عقلایی به موفقیت آن برای دفع یک خطر بزرگ‌تر (اپیدمی) وجود داشـته باشـد. در چنین حالتی، این اقدام نه مصـداق «القاء در تهلکه»، بلکه می‌تواند نمونه‌ای از ایثار برای مصلحت عامه تلقی شود.

**ج) الزام به واکسـیناسـیون توسـط حاکم:** در شـرایط عادی، تزریق واکسـن امری اختیاری اسـت. اما در وضـعیت بحرانی که سـلامت جامعه در خطر اسـت و واکسیناسیون تنها راه مؤثر مهار بیماری تشخیص داده شود، حاکم شرع می‌تواند به جهت حفظ نظام و جان مسلمانان، آن را برای همگان الزامی کند. این اختیار در فقه امامیه از «ولایت فقیه بر مصـالح عامه» و در فقه اهل‌سـنت از قاعدهٔ «تصـرف الإمام علی الرعیة منوط بالمصلحة» نشأت می‌گیرد.

**د) اولویت‌بندی عقلایی و شرعی:** در شرایط کمبود واکسن، اولویت‌بندی مبتنی بر میزان خطر و تأثیرگذاری افراد (کادر درمان، سالمندان و گروه‌های پرخطر) یک معیار عقلایی است که کاملاً با موازین فقهی هر دو مذهب در باب «دفع افسد به فاسد» و «تقدیم مصلحت اهم» انطباق دارد.

**ه) حرمت تقویت دشمن و جواز در ضرورت:** واردات واکسن از کشورهای متخاصم به دلیل حرمت تقویت دشـمن و قاعدهٔ نفی سـبیل (در فقه امامیه) و اصـل ولاء و براء (در فقه اهل‌سنت)، در حالت عادی جایز نیست. اما این حرمت در شرایط اضطرار شدید و در صورتی که راه نجات، منحصراً به آن باشد، برداشته می‌شود.

در نهایت، می‌توان گفت فقه اسـلامی با ظرفیت اجتهادی پویای خود، نشـان داد

که نه‌تنها مانعی در برابر پیشرفت علم پزشکی نیست، بلکه با ارائه‌ی چارچوب‌های اخلاقی و حقوقی مستحکم، مسیر را برای بهره‌برداری صحیح و عادلانه از دستاوردهای علمی در راستای بزرگ‌ترین مقصد شریعت، یعنی حفظ حیات انسان، هموار می‌سازد. اشتراک نظر گسترده میان فقه امامیه و اهل‌سنت در این مسئلهٔ حیاتی، گواهی بر وحدت ریشه‌ها و اهداف این شریعت الهی است.

## فهرست منابع

### الف) منابع عربی و فارسی


۱. ابوداود، سلیمان بن الأشعث السجستانی. (بی‌تا). سنن أبی داود (تحقیق: محمد محیی‌الدین عبدالحمید). بیروت: المکتبة العصریة.

۲. ابن‌قیم الجوزیة، محمد بن ابی‌بکر. (۱۹۹۷م). تحفة المودود بأحکام المولود (تحقیق: عبدالقادر الأرناؤوط). دمشق: دارالبیان.

۳. ابن ماجه، محمد بن یزید القزوینی. (بی‌تا). سنن ابن ماجه (تحقیق: محمد فؤاد عبدالباقی). بیروت: دار إحیاء الکتب العربیة.

۴. اسماعیلی، حسین. (پائیز ۱۴۰۱). مسئولیت کیفری ناشی از انتقال ویروس کرونا از منظر فقه و حقوق. مجلهٔ طب و تزکیه، ۳۱(۳)، ص۲۳۲-۲۴۲. https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.16082397.1401.31.3.3.4

۵. پارساپور، محمدباقر؛ قاسم‌زاده، سید روح‌الله. (بهمن ۱۳۹۰). بررسی فقهی حقوقی رضایت آگاهانهٔ بیمار و وظیفهٔ اطلاع‌رسانی پزشک. مجلهٔ اخلاق و تاریخ پزشکی، ۵(۱)، ص۳۹ـ۵۰.

۶. جمعی از نویسندگان. (بی‌تا). مقالهٔ مرتبط با منطقة الفراغ. مجلهٔ فقه اهل بیت(ع)، (۴۳).

۷. حائری اصفهانی، محمد حسین. (۱۲۵۴ق). الفصول الغرویة فی الأصول الفقهیة. قم: دار إحیاء العلوم الإسلامیة.

۸. درگاهی، مهدی. (۱۳۹۵). واکاوی محدوده و قلمرو «قاعدهٔ سلطنت» نسبت به سلطهٔ انسان بر اعضای بدن. فصلنامهٔ فقه و اصول، ۴۸(۲)، ص۴۵-۶۴. https://doi.org/10.22067/fiqh.v48i25.41615

۹. روحانی، سید محمد صادق. (۱۴۰۱). حکم شرعی دریافت واکسن برای افراد با مشاغل مختلف. پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر آیت‌الله روحانی (قابل دسترسی در وب‌سایت رسمی دفتر).

۱۰. روحانی، سید محمدصادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق(ع). قم: دارالکتاب - مؤسسهٔ آل البیت(ع).

۱۱. زمانی، سید قاسم. (۱۳۸۵). شبیه‌سازی درمانی و حق بر سلامتی در قلمرو حقوق بین‌الملل بشر. پژوهش حقوق و سیاست، ۸(۱۹)، ص۲۵-۴۱.

۱۲. سبزواری، سید عبدالأعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. قم: مؤسسهٔ

المنار.
۱۳. سیفی مازندرانی، علی‌اکبر. (۱۴۰۰). احکام واردات واکسن خارجی. پایگاه اطلاع‌رسانی شبکهٔ اجتهاد.
۱۴. سیوطی، جلال‌الدین. (۱۴۱۱ق). الأشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیة. بیروت: دارالکتب العلمیة.
۱۵. شاطبی، ابواسحاق ابراهیم بن موسی. (۱۴۱۷ق). الموافقات فی أصول الشریعة (تحقیق: مشهور بن حسن آل سلمان). عربستان: دار ابن عفان.
۱۶. شاکری، بلال. (۱۳۹۷). ضابطه‌مندسازی قاعدهٔ اباء از تخصیص. جستارهای فقهی و اصولی، ۴(۱)، ص۱۳-۴۰. https://doi.org/10.22034/jrj.2018.48151.1195
۱۷. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.
۱۸. صالحی، سیدمهدی؛ علی‌عسگری، ابراهیم؛ جعفرزاده، سیامک. (۱۳۹۶). بررسی مسئولیت ناشی از اخفای مضرات دارو و نقش قاعدهٔ تحذیر. فصلنامهٔ حقوق پزشکی، ۱۱(۴۱)، ص۷ـ۳۳.
۱۹. عز بن عبدالسلام، عبدالعزیز. (۱۴۱۴ق). قواعد الأحکام فی مصالح الأنام. بیروت: دارالکتب العلمیة.
۲۰. قرطبی، محمد بن أحمد. (۱۳۸۴ق/۱۹۶۴م). الجامع لأحکام القرآن (تحقیق: أحمد البردونی و إبراهیم أطفیش). قاهره: دارالکتب المصریة.
۲۱. مجمع الفقه الإسلامی الدولی (IIFA). (بی‌تا). قرارات و توصیات مجمع الفقه الإسلامی الدولی. جده (قابل دسترسی در وب‌سایت رسمی مجمع به آدرس www.iifa-aifi.org).
۲۲. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۳. مرندی، وحید؛ طباطبائیان، سید حبیب‌اله؛ جعفری، پریوش؛ آذرنوش، مرتضی. (۱۳۹۶). راهبردهای سیاستی برای نوآوری در توسعه و تولید واکسن با نگاهی به چالش‌های جاری، فصلنامهٔ مدیریت توسعهٔ فناوری. ۵(۳)، ص۳۳-۶۰. https://doi.org/10.22104/jtdm.2018.2584.1875
۲۴. مطهری، مرتضی. (۱۳۹۹ق). مجموعه آثار (ج۲۰: فقه و حقوق). قم: انتشارات صدرا.
۲۵. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهیة. قم: مدرسة الإمام أمیر المؤمنین(ع).
۲۶. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵ق). انوار الفقاهة (کتاب النکاح). قم: مدرسة الامام علی بن ابی طالب(ع).
۲۷. نائینی، میرزا محمد حسین غروی. (۱۳۵۵ق). أجود التقریرات. قم: مؤسسهٔ صاحب الأمر(عج).
۲۸. نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

۲۹. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۲۴۵ق). مستند الشیعة فی أحکام الشریعة. قم: مؤسسهٔ آل البیت(ع) لإحیاء التراث.
۳۰. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق). عوائد الأیام. قم: مرکز النشر التابع لمکتب الإعلام الإسلامی.
۳۱. نسائی، أحمد بن شعیب. (۱۴۰۶ق/۱۹۸۶م). المجتبی من السنن (السنن الصغری) (تحقیق: عبدالفتاح أبو غدة). حلب: مکتب المطبوعات الإسلامیة.
۳۲. یوسفی (فاضل آبی)، زین الدین ابو علی حسن. (۱۴۱۷ق). کشف الرموز فی شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

## ب) منابع الکترونیکی و نرم‌افزاری

۳۳. (در صورت نیاز، منابع الکترونیکی خاص با ذکر لینک و تاریخ دسترسی اضافه شود.)
۳۴. پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر آیت‌الله روحانی. (۱۴۰۱). حکم شرعی دریافت واکسن برای افراد با مشاغل مختلف. [وب‌سایت] قابل دسترسی در: [آدرس وب‌سایت]
۳۵. پایگاه اطلاع‌رسانی شبکهٔ اجتهاد. (۱۴۰۰). احکام واردات واکسن خارجی. [وب‌سایت] قابل دسترسی در: [آدرس وب‌سایت]
۳۶. مجمع الفقه الإسلامی الدولی (IIFA). (بی‌تا). القرارات والتوصیات. [وب‌سایت] قابل دسترسی در: https://iifa-aifi.org

## References

1. Abu Dawud, Sulayman bin al-Ash'ath al-Sijistani. (n.d.). *Sunan Abī Dāwūd* (Muhyi al-Din Abd al-Hamid, Ed.). Beirut: Al-Maktabah al-'Asriyyah. [In Arabic]
2. Al-Izz bin Abd al-Salam, Abd al-Aziz. (1994). *Qawāʿid al-Aḥkām fī Maṣāliḥ al-Anām*. Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
3. Al-Nasa'i, Ahmad bin Shu'ayb. (1986). *Al-Mujtabā min al-Sunan (Al-Sunan al-Ṣughrá)* (Abd al-Fattah Abu Ghuddah, Ed.). Aleppo: Maktab al-Matbu'at al-Islamiyyah. [In Arabic]
4. Al-Naraqi, Ahmad bin Mohammad Mahdi. (2015). *ʿAwāʾid al-Ayyām*. Qom: Markaz al-Nashr al-Tabi' li-Maktab al-I'lam al-Islami. [In Arabic]
5. Al-Naraqi, Ahmad bin Mohammad Mahdi. (2000). *Mustanad al-Shīʿah fī Aḥkām al-Sharīʿah*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) li-Ihya' al-Turath. [In Arabic]
6. Al-Qurtubi, Mohammad bin Ahmad. (1964). *Al-Jāmiʿ li-Aḥkām al-Qurʾān* (Ahmad al-Barduni & Ibrahim Atfish, Eds.). Cairo: Dar al-Kutub al-Misriyyah. [In Arabic]
7. Al-Shatibi, Abu Ishaq Ibrahim bin Musa. (1996). *Al-Muwāfaqāt fī Uṣūl al-Sharīʿah* (Mashhur bin Hasan Al Salman, Ed.). Saudi Arabia: Dar Ibn 'Affan. [In Arabic]
8. Al-Suyuti, Jalal al-Din. (1991). *Al-Ashbāh wa al-Naẓāʾir fī Qawāʿid wa Furūʿ*

*Fiqh al-Shāfiʿiyyah*. Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
9. Dargahi, Mahdi. (2016). An analysis of the scope and domain of the Rule of Sovereignty (*Qāʿidah-yi Sulṭānah*) regarding human authority over body parts. *Faṣlnāmah-ye Fiqh va Uṣūl*, 48(2), 45–64. https://doi.org/10.22067/fiqh.v48i25.41615 [In Persian]
10. Esmaili, Hossein. (2022). Criminal liability resulting from the transmission of the Corona virus from the perspective of jurisprudence and law. *Majallah-ye Ṭibb va Tazkiyah*, 31(3), 232–242. [In Persian]
11. Haeri Esfahani, Mohammad Hossein. (1982). *Al-Fuṣūl al-Gharawīyah fī al-Uṣūl al-Fiqhīyah*. Qom: Dar Ihya' al-'Ulum al-Islamiyyah. [In Arabic]
12. Ibn Majah, Mohammad bin Yazid al-Qazwini. (n.d.). *Sunan Ibn Mājah* (Mohammad Fu'ad Abd al-Baqi, Ed.). Beirut: Dar Ihya' al-Kutub al-'Arabiyyah. [In Arabic]
13. Ibn Qayyim al-Jawziyyah, Mohammad bin Abi Bakr. (1997). *Tuḥfat al-Mawdūd bi Aḥkām al-Mawlūd* (Abd al-Qadir al-Arna'ut, Ed.). Damascus: Dar al-Bayan. [In Arabic]
14. International Islamic Fiqh Academy (IIFA). (n.d.). *Qarārāt wa Tawṣīyāt Majmaʿ al-Fiqh al-Islāmī al-Dawlī*. Jeddah: IIFA. Available at: https://iifa-aifi.org [In Arabic]
15. Makarem Shirazi, Nasser. (2004). *Anwār al-Fiqāhah (Kitāb al-Nikāḥ)*. Qom: Madrasat al-Imam 'Ali bin Abi Talib ('alayhi al-salām). [In Arabic]
16. Makarem Shirazi, Nasser. (1990). *Al-Qawāʿid al-Fiqhīyah*. Qom: Madrasat al-Imam Amir al-Mu'minin ('alayhi al-salām). [In Arabic]
17. Marandi, Vahid, Tabatabaeian, Seyed Habibollah, Jafari, Parivash, & Azarnoosh, Morteza. (2017). Policy strategies for innovation in vaccine development and production. *Rāhburdhā-ye Sīyāsatī barāye Nowāwarī dar Tawseʿeh va Tawlīd-e Vāksen*, 5(3), 33–60. https://doi.org/10.22104/jtdm.2018.2584.1875 [In Persian]
18. Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa. (1986). *Qawāʿid-e Feqh* [Rules of Jurisprudence]. Tehran: Markaz-e Nashr-e 'Ulum-e Eslami. [In Persian]
19. Motahhari, Morteza. (1978). *Majmūʿah-ye Āthār* (Vol. 20: Fiqh va Ḥuqūq). Qom: Entesharat-e Sadra. [In Persian]
20. Naeini, Mirza Mohammad Hossein Gharawi. (1936). *Ajwad al-Taqrīrāt*. Qom: Mu'assasah Sahib al-Amr ('aj). [In Arabic]
21. Najafi (Sahib al-Jawahir), Mohammad Hassan. (1984). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
22. Parsapour, Mohammad Baqer, & Qasemzadeh, Seyed Ruhollah. (2012). A jurisprudential and legal investigation of patient's informed consent and physician's duty of disclosure. *Majallah-ye Akhlāq va Tārīkh-e Pizishkī*, 5(1), 39–50. [In Persian]
23. Rouhani, Seyed Mohammad Sadegh. (2022). *Ḥukm-e Sharʿī-ye Darīft-e Vāksen barā-ye Afrād bā Mashāghil-e Mokhtalef* [Religious ruling on receiving vaccines for individuals with different occupations]. Office of Ayatollah Rouhani. Retrieved from official website. [In Persian]
24. Rouhani, Seyed Mohammad Sadegh. (1991). *Fiqh al-Ṣādiq ('alayhi al-salām)*. Qom: Dar al-Kitab - Mu'assasat Al al-Bayt ('alayhim al-salām). [In Arabic]
25. Sabzevari, Seyed Abd al-A'la. (1992). *Muhadhdhab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Mu'assasat al-Manar. [In Arabic]
26. Salehi, Seyed Mahdi, Ali Asgari, Ebrahim, & Jafarzadeh, Siamak. (2017). Investigating liability arising from concealing drug side effects and the role of the Rule of Warning (*Qāʿidah-ye Taḥdhīr*). *Faṣlnāmah-ye Ḥuqūq-e Pizishkī*, 11(41), 7–33. [In Persian]

27. Seifi Mazandarani, Ali Akbar. (2021). *Aḥkām-e Vārāt-e Vāksen-e Khārijī* [Rulings on importing foreign vaccines]. Ijtihad Network. Retrieved from https://ijtihadnet.ir [In Persian]
28. Shahid al-Thani, Zayn al-Din bin Ali. (1992). *Masālik al-Afhām ilá Tanqīḥ Sharā'iʿ al-Islām*. Qom: Mu'assasat al-Ma'arif al-Islamiyyah. [In Arabic]
29. Shakeri, Bilal. (2018). *Zābiṭeh-Mand Sāzī-ye Qāʿidah-ye Ibā az Takḥṣīṣ* [Systematizing the rule of refusal of specification]. *Jostār-hā-ye Feqhī va Uṣūlī*, 4(1), 13–40. https://doi.org/10.22034/jrj.2018.48151.1195 [In Persian]
30. Yousefi (Fazel Abi), Zayn al-Din Abu Ali Hasan. (1996). *Kashf al-Rumūz fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfiʿ*. Qom: Daftar-e Entesharat-e Eslami. [In Arabic]
31. Zamani, Seyed Qasem. (2007). Therapeutic cloning and the right to health in the realm of international human rights law. *Pajūhish-e Ḥuqūq va Sīyāsat*, 8(19), 85–112. [In Persian]

Civil Jurisprudence Doctrines

Print: 2251- 936x
Online: 2783- 3690

# An Analysis of the Legal Status of Selling Natural Hair

**Mohammad-Hossein Taghipour Darzi Naghibi[1] | Vadieh Tahmasbpour[2] | Hosein Khanlari Bahnamiri[3]**

1. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. Email: mh.taghipour@umz.ac.ir
2. Master's Student in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. Email: vadieh1381@gmail.com
3. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Damghan University, Damghan, Iran. Email: h.khanlarib@yahoo.com

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received: 21 April 2025
Revised: 2 July 2025
Accepted: 23 September 2025
Available online 5 October 2025

**Keywords:**
Sale of Hair, Permissible Transactions, Sale of Body Parts, Ownership over the Body, Human Dignity.

## ABSTRACT

Although extensive research has been conducted on the transaction of human body parts, no scientific research has been observed regarding the legal status of trading in natural hair. This is an emerging issue which, at first glance, might appear unproblematic, but has given rise to disagreements among jurists. To elaborate, in the Iranian legal system and Imamiyyah jurisprudence, the sale and purchase of natural human hair is not faced with any legal, religious, or ethical prohibition, provided the conditions for the validity of the contract are observed. However, some Sunni jurists, holding opposing views, believe that the sale and use of human hair is not permissible due to its conflict with the principle of respect for human dignity and the necessity of preserving human status. Nevertheless, considering that the concepts of dignity and insult are relative and dependent on time and place, and taking into account the customary changes in society and the dynamism of the religion of Islam in facing emerging issues and the daily needs of society, these views can be moderated. In this research, an attempt has been made, by examining relevant jurisprudential and legal sources, to respond to the objections of opponents of selling human hair and to address the ambiguities that exist due to the novelty of the subject and the absence of a specific legal ruling in this area. These ambiguities include: the specific conditions of this type of transaction, the ruling on a woman selling her hair without her husband's permission, the sale of hair by guardians and custodians on behalf of incapacitated persons, and the transaction of natural hair between a man and a woman and vice versa.

**Cite this article:** Taghipour Darzi Naghibi, M., H.; Tahmasbpour, V.; Khanlari Bahnamiri, H. (2026). An Analysis of the Legal Status of Selling Natural Hair. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 18(33), 127-166. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6965.2060

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

## Extended Abstract

### Introduction

Today, the use of natural hair in the fashion and beauty industries, as well as for manufacturing wigs and hair prostheses for individuals suffering from hair loss or illnesses such as cancer, has become an increasing necessity. Given the widespread public reception of these products, there is an undeniable need to find valid answers to existing ambiguities and challenges in this field. It is evident that most contemporary legal issues encounter challenges due to legislative gaps, and the sale of natural human hair is no exception. We are currently facing questions regarding the validity of such transactions, the necessary conditions for these sales, the method of delivery, and the manner of utilization. Upon examining numerous jurisprudential and legal sources, it became clear that while Iranian law does not explicitly prohibit the trade of human hair, there are differing opinions in jurisprudential sources, generally stemming from the dignity and respect for the human body and the prohibition of insulting it. Previous research has primarily focused on the sale of human organs or organ donation; however, there is currently no source that has extensively addressed the specific issue of the sale of human hair. Therefore, this research aims to examine the jurisprudential and legal foundations of selling natural hair, explain the varying views of scholars and jurists, and offer solutions for clarifying this issue in light of social developments and new needs. Ultimately, it is hoped that this research will help elucidate the various dimensions of this subject and provide solutions tailored to current challenges.

### Method

The authors have employed an analytical-research approach to examine all credible sources relevant to the subject, thereby providing useful solutions for addressing legal ambiguities and gaps. As indicated in the in-text citations and the reference list, numerous authoritative sources — including jurisprudential texts, legal materials, and regulations governing contract law — were reviewed. Due to the physical inaccessibility of all original texts,

some jurisprudential sources were studied through reputable websites such as the "School of Fiqh Digital Library" (lib.efatwa.ir). To ensure reliable and valid results, the authors refrained from using unverified sources or untrustworthy internet portals. Overall, for the authors of this study, the authenticity and credibility of the data were considered the most important factors for the inclusion or exclusion of any source in this research.

## Findings

Based on the contents of the various jurisprudential sources examined, the majority of jurists hold that due to the principle of permissibility (*Ibāḥah*), human ownership of one's own body, the principle of the validity of contracts, and narrations related to organ transplantation, there is no prohibition against the sale and use of human hair. Conversely, a minority of jurists, particularly in Sunni jurisprudence, consider the sale of all body parts to be invalid and argue for the prohibition of the use of human hair by others.

## Conclusion

Having reviewed the various theories regarding the sale of natural hair, along with the rules of contract and their associated conditions, the conclusion is that in Iranian law and jurisprudence, transactions involving items with rational benefits are considered valid and accepted; products derived from the human body, such as hair, are not excluded from this rule. Naturally, regarding any intervention in the human body, the necessity of preserving health and ensuring no serious harm is caused to the seller remains a primary concern among jurists. Therefore, according to the view of the majority of contemporary Shia authorities, the sale of natural hair is permissible provided that other legal conditions are met. However, this view is not unanimous, as most Sunni jurists consider the sale of natural hair impermissible based on various grounds, including the violation of human dignity and the lack of legitimate utility.

## *Authors' Contributions*

All authors equally contributed to the conceptualization of the article, drafting the initial version, and preparing all subsequent revised and edited versions.

### *Data Availability Statement*
The jurisprudential sources used in the article are publicly accessible through the online platform of the School of Fiqh Library at: https://lib.efatwa.ir/advanced-search

### *Acknowledgements*
The authors express their sincere appreciation to all individuals who contributed to the preparation of this article, as well as the anonymous reviewers whose comments were helpful and effective in evaluating the manuscript, and to the esteemed editor of the Journal of Civil Jurisprudential Teachings.

### *Ethical Considerations*
The authors affirm that they have avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and any form of research misconduct.

### *Funding*
This article has not received any financial support from governmental, commercial, or non-profit funding institutions.

### *Conflict of Interest*
The authors declare that they have no conflict of interest in the preparation of this article.

### *Declaration on the Use of AI Tools in the Writing Process*
In preparing this article, the authors used the GapGPT website (an Iranian AI tool, available at https://gapgpt.app/) for translating the abstract and references into English. After using the tool, they reviewed and edited the generated content and accept full responsibility for the final material.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# واکاوی وضعیت بیع موی طبیعی

محمدحسین تقی‌پور درزی نقیبی[۱] | ودیعه طهماسب‌پور[۲] | حسین خانلری بهنمیری[۳]

۱. نویسنده مسئول، استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. رایانامه: mh.taghipour@umz.ac.ir

۲. دانشجوی مقطع کارشناسی ارشد، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. رایانامه: vadieh1381@gmail.com

۳. استادیار، گروه حقوق، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه دامغان، دامغان، ایران. رایانامه: h.khanlarib@yahoo.com

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:** پژوهشی

**تاریخ دریافت:** ۱۴۰۴/۰۲/۰۱

**تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۴/۰۳

**تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۷/۰۱

**تاریخ انتشار برخط:** ۱۴۰۴/۰۷/۱۳

**کلیدواژه‌ها:**
بیع مو، معاملات جایز، فروش اجزای بدن، مالکیت بر جسم، کرامت انسانی.

**چکیده**

علی‌رغم این‌که در خصوص معاملهٔ اعضای بدن انسان پژوهش‌های زیادی صورت گرفته است، اما در خصوص وضعیت معاملهٔ موی طبیعی پژوهش علمی مشاهده نشده است؛ مسئلهٔ مستحدثه‌ای که به‌ظاهر نمی‌توان بر آن اشکالی وارد کرد، اما موجب بروز اختلافاتی بین فقها شده است، با این توضیح که در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه، خریدوفروش موی طبیعی انسان مشروط بر رعایت شرایط صحت قرارداد، با منع قانونی، شرعی یا اخلاقی مواجه نیست. اما برخی از فقهای اهل‌سنت با دیدگاه‌های مخالف بر این باورند که فروش و استفاده از موی انسان به دلیل تعارض با اصل احترام به کرامت انسانی و لزوم حفظ شأن انسان جایز نیست. با این حال، با توجه به این‌که مفاهیم کرامت و اهانت، نسبی و وابسته به زمان و مکان بوده و با در نظر گرفتن تغییرات عرفی جامعه، پویایی دین اسلام در مواجهه با مسائل نوپدید و نیازهای روز جامعه می‌توان این دیدگاه‌ها را تعدیل نمود. این تحقیق با بررسی منابع فقهی و حقوقی مرتبط، به ایرادات مخالفان فروش موی انسان پاسخ داده و ابهاماتی را که به دلیل نوظهور بودن موضوع و نبود حکم قانونی مشخص در این زمینه وجود دارد، روشن ساخته است؛ ابهاماتی چون شرایط خاص این نوع معاملات، حکم فروش موی زن بدون اجازهٔ شوهر، فروش موی افراد محجور توسط اولیا و سرپرستان، معاملهٔ موی طبیعی بین زن و مرد و بالعکس.

**استناد:** تقی‌پور درزی نقیبی، محمدحسین؛ طهماسب‌پور، ودیعه؛ خانلری بهنمیری، حسین. (۱۴۰۵). واکاوی وضعیت بیع موی طبیعی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۸(۳۳)، ۱۲۷ – ۱۶۶.
https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6965.2060
ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

## مقدمه

موضـوع خریـد و فروش موی طبیعی از جنبـه‌هـای مختلف فقهی، حقوقی و اجتماعی، جایگاه قابل توجهی در مباحث معاصـر دارد. در جوامع امروز، اسـتفاده از موهای طبیعی در صـنعت مد و زیبایی، سـاخت کلاه‌گیس یا موی مصـنوعی و پروتزهای مو برای افرادی که دچار ریزش مو یا بیماری‌هایی مانند سرطان هستند، به یک نیاز روزافزون تبدیل شـده اسـت و به جهت اسـتقبال گسـتردهٔ مردم از این محصـولات، روزانه معاملات متعددی در جهت خرید و فروش موی انسـان منعقد می‌گردد. عموماً مسائل مستحدثه به جهت خلأ قانونی چالش‌هایی را به همراه دارند و مسـئلهٔ خرید و فروش موی طبیعی نیز از این قاعده مسـتثنی نیسـت. لذا امروزه با پرسش‌هایی درباره وضعیت صحت این معامله و شرایط لازم برای این قبیل خرید و فروش‌ها مواجه هستیم. از دیدگاه فقهی، مسائل مرتبط با خرید و فروش اعضای بدن، از جمله مو، همواره یکی از مباحث مورد بحث در میان فقها بوده است. سؤال اصلی این است که آیا انسان مالک بدن خود است و می‌تواند اجزای آن را به فروش برساند؟ در فرض جواز فروش اجزا و تولیدات بدن از قبیل موی انسـان، چه نکاتی علاوه بر عمومات صـحت قرارداد بایـد مد نظر قرار گیرد؟ همچنین، موضـوعاتی ماننـد نجاسـت، حرمت اهانت به بدن و نیت شـخص فروشـنده که در اصـطلاح حقوقی مشروعیت جهت نامیده می‌شود نیز در این زمینه محل تأمل خواهد بود و به ویژه در نظام فقهی اسـلامی، درک این مسـئله نیازمند تحلیل مبانی نظری مرتبط با کرامت انسانی، حق تصرف در بدن و جایگاه مو در احکام شرعی است.

از جنبـه حقوقی، علاوه بر اینکـه خریـد و فروش موی طبیعی بایـد در چـارچوب قوانین مدنی و تجاری مورد بررسـی قرار گیرد، جدای از بحث قانون باید به رعایت جنبه‌های اخلاقی و انصافی در خصوص معاملات مربوط به جسم انسان توجه شود.

آنچه در پژوهش‌های سابق مورد بررسی نویسندگان قرار گرفته، درخصوص خرید و فروش اعضای بدن انسان و یا اهدای عضو بوده و تا کنون منبعی که به‌طور تفصیلی بیع تولیدات بدن از جمله موی انسان را تشریح نموده باشد، موجود نیست.

در مباحث پیش رو، نگارنده بر آن است تا ضمن بررسی مبانی فقهی و حقوقی خرید و فروش موی طبیعی، دیدگاه‌های مختلف علما و حقوقدانان را شرح داده و با توجه به تحولات اجتماعی و نیازهای جدید، راهکارهایی را برای تبیین صحیح این مسئله ارائه دهد. در نهایت، امید است که این پژوهش بتواند به روشن‌تر شدن ابعاد مختلف این موضوع و ارائه راه‌حل‌های متناسب با چالش‌های موجود کمک کند.

## ۱. بیان کلیات و امکان‌سنجی معاملهٔ اجزای بدن

از دیرباز، اقسام مختلفی از معاملات با در نظر گرفتن نیازهایی که برای اشخاص ایجاد می‌شد، رواج یافت و با پیشرفت علم و ایجاد مسائل جدید، به تدریج شکل و شیوهٔ این قراردادها دستخوش تحول گردید؛ به‌گونه‌ای که امروز شاهد نقل و انتقال چیزهایی از قبیل ارز دیجیتال، اجزای بدن انسان، نرم‌افزارها و امثال این موارد هستیم که بعضاً در سالیان گذشته محال یا ناممکن به نظر می‌رسید، ولی طی گذشت زمان و در جهت رفع نیازهای بشر، عقل و عرف جواز چنین معاملاتی را تأیید نمود.

بحث و بررسی درخصوص موضوع معامله، یا کالایی که به فروش می‌رسد، از گذشته تاکنون در کتب و اقوال فقها و حقوقدانان از موضوعات حائز اهمیت بوده و هر یک از آن‌ها سعی داشته‌اند با در نظر گرفتن ضوابط و معیارهایی، جواز یا بطلان معاملات را تبیین نمایند. به همین جهت، نظریات مختلفی در این خصوص بیان گردیده است.

برخی از فقها برای صحت معامله، شرط وجود منفعت عقلایی را مد نظر قرار داده‌اند و معتقدند چنانچه در خرید و فروش کالایی منفعتی مشروع و متعارف وجود داشته باشد، آن مال قابلیت نقل و انتقال را ضمن عقد بیع خواهد داشت (مسجدسرایی، ۱۳۸۸، ص۵۹). و برخی دیگر از فقها نیز فروش هر آنچه که در آن نفع و مصلحتی مشروع در جهتی از جهات وجود داشته باشد را جایز دانسته‌اند و لذا با این دیدگاه، طیف وسیعی از کالاهایی که مورد نیاز اشخاص است و معاملهٔ آن سودمند باشد، قابل خرید و فروش خواهد بود (انصاری، ۱۴۳۰، ص۱۶۶-۱۶۷) و (حسین بن شعبه حرانی، ۱۳۸۷، ص۶۰۱).

نظر به اینکه امروز خرید موهای طبیعی به قصد به کارگیری آن در صنعت آرایشی و بهداشتی، ساخت پروتز مو یا موی مصنوعی، عروسک‌سازی و کاربردهای مشابه انجام می‌شود، درخصوص صلاحیت داشتن این موضوع برای معامله و منفعت عقلایی آن تردیدی وجود ندارد.

در میان حقوقدانان و مواد قانونی نیز برای اینکه کالایی قابلیت فروش را داشته باشد، وجود برخی از شرایط در آن ضروری می باشد که در ادامه به شرح آن درخصوص موضوع محل بحث، یعنی خرید و فروش موی طبیعی خواهیم پرداخت.

## ۲. رابطهٔ انسان با جسم او

برای اینکه اشخاص بتوانند اجزای بدن خودشان را در قالب عقود مختلف به صورت معوّض یا بلاعوض منتقل یا واگذار نمایند، مشابه سایر تصرفات قانونی باید نسبت به آن مالکیت داشته یا حق انجام چنین عملی برای آن‌ها وجود داشته باشد.

مالکیت در لغت به معنی مالک بودن و حقی است که انسان نسبت به شیء دارد و می‌تواند هرگونه تصرفی در آن بکند، بجز آنچه که مورد استثنای قانون است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج۱۳، ص۱۹۹۹۸). در تعریف حقوقی نیز مالکیت عبارت است از حق استعمال و بهره‌برداری و انتقال یک چیز به هر صورت، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص۵۹۹).

به همین جهت در ابتدا این سؤال مطرح می‌گردد که آیا می‌توان اعضای بدن را ملک انسان دانست و در آن تصرف مالکانه نمود، یا اینکه برای انسان صرفاً حق انتفاع و بهره‌برداری از جسم در طی حیات وی وجود دارد؟ چنانچه انسان مالک جسم خود باشد، این حق را خواهد داشت که اجزای بدن خود را ذیل عقود مختلف قانونی به دیگران منتقل نماید.

برخی فقها قائل بر این هستند که انسان بر جسم و نفس خود سلطه دارد و به همین جهت می‌تواند هرگونه که بخواهد در آن تصرف نماید (مؤمن قمی، ۱۳۸۶، ص۱۶۳). بنای عقلا نیز بر این می‌باشد که انسان‌ها بر اموال و نفس خود مسلط بوده و دارای حق تصرف در آن می‌باشند، و نزد شارع نیز این قاعده در جهت حمایت از آزادی و عدم سخت‌گیری بر بشر پذیرفته شده است (محسنی، ۱۳۸۲، ص۲۱۷).

مرحوم دکتر شهیدی نیز معتقدند انسان نسبت به اعضای بدن خود از مالکیت برخوردار است، زیرا تصرف و حق اختصاصی نسبت به یک شیء موجب حصول مالکیت نسبت به آن می‌گردد و این مالکیت ذاتی از بارزترین مصادیق مالکیت حقوقی به شمار می‌آید (شهیدی، ۱۳۸۶، ص۳۴۹).

برخلاف این افراد، برخی از فقها بر این باورند که خرید و فروش عضو مقطوع از بدن صحیح نیست، زیرا ملک فروشنده محسوب نمی‌گردد، و انسان صرفاً حق دارد از اجزای بدن خود مادامی که در قید حیات است، بهره‌برداری و استفادهٔ معقول نماید، نه اینکه مالک بدن خود گردد (فیض طالب، ۱۳۸۸، ص۲۰ و ۶۷).

به دیدگاه نگارنده، نظر به اینکه امروزه تصرفاتی در جسم از قبیل اهدای خون، پیوند عضو، پیوند مغز استخوان، اهدای سلول جنسی به آزمایشگاه، فروش موی طبیعی و همچنین فروش شیر مادر در اکثریت جوامع به صورت قانونی پذیرفته شده و مورد حمایت دولت‌ها نیز می‌باشد، باید قائل بر جواز تصرف انسان در اجزای بدن خود و اعتبار این گونه معاملات باشیم، زیرا لازمهٔ چنین تصرفاتی این است که انسان نسبت به جسم خود حق دخل و تصرف داشته باشد. البته لازم به ذکر است که این قبیل تصرفات با برخی محدودیت‌ها نیز مواجه است و باید به گونه‌ای باشد که باعث ورود آسیب جدی به جسم، اختلال در عملکرد بدن، ضرر غیرقابل جبران و حقارت و خواری جسم و کرامت انسان نشود. بنابراین چنانچه ضرر وارده بر اثر تصرف ناچیز و قابل اغماض باشد و در عملکرد جسم تأثیر قطعی و غیرقابل جبران نداشته باشد، می‌توان حکم بر جواز آن صادر نمود.

## ۳. وضعیت معاملهٔ موی طبیعی در فقه شیعه و اهل تسنن

### ۳ـ۱. در کتب فقهی اهل‌سنت

در میان کتب فقهی اهل‌سنت، برخی از فقها به موضوع فروش موی طبیعی اشاره کردند و نظریات متعددی در این خصوص مطرح گردیده است. به‌عنوان مثال، در برخی از منابع فقه شافعی، فروش موی انسان را جایز ندانسته‌اند با این استدلال که هر آنچه فروش آن در حال اتصال جایز نباشد، فروش آن در حال انفصال نیز جایز نیست؛ مانند موی انسان (نووی، ۲۰۰۹، ص۲۰۷۴). همچنین در میان فقهای مذهب

حنبلی نیز این دیدگاه مطرح شـده که اسـتفاده از موی انسـان با وجود اینکه پاک است، به‌خاطر حرمت و احترام انسان جایز نیست (بهوتی، ۲۰۰۳، ص۷۰).

در فقه حنفی نیز بیان گردیده که فروش موی انسـان و بهره گرفتن از آن جایز نیسـت، زیرا انسـان کرامت دارد و نباید اجزای بدن او با خرید و فروش بی‌ارزش شـود (بابرتی، بی‌تا، ص۴۲۵). به‌علاوه، در منبع فقهی دیگری فروش موی انسان و بهره‌برداری از آن را به‌خاطر کرامت جسـم انسـان جایز ندانسـته‌اند و همچنین به سـخن پیامبر اکرم(ص) نیز استناد کرده‌اند که فرمودند: «لَعَنَ اللَّهُ الْوَاصِلَةَ وَ الْمُسْتَوْصِلَةَ» (ابن‌نجیم، بی‌تا، ص۸۸). برخی دیگر از فقهای مذهب حنفی نیز فروش موی انسـان را در شـمار مکاسب حرام آورده‌اند (شیبانی، ۱۴۱۱، ص۳۲۸).

در کتاب «بدائع الصنایع فی ترتیب الشرایع» نیز قید شده که خرید و فروش موی انسـان جایز نیسـت، نه به‌خاطر اینکه نجس باشـد، بلکه به‌خاطر احترام و کرامت انسان که فروش اجزای جسم او موجب ابتذال و اهانت به آن می‌شود، و استفاده از مویی که معامله می‌شود نیز به جهت سخن پیامبر(ص) درخصوص لعنت خدا بر کسانی که موی دیگران را به موی خود متصل می‌کنند، جایز نیست (کاسانی، ۱۳۹۴، ص۱۴۲). در خصـوص فروش مویی که از سـر انسـان زنده چیده می‌شـود نیز از امام مالک، پیشوای مذهب مالکی، سؤال شـد و ایشـان چنین عملی را مکروه دانسـت (خرشـی، ۱۴۲۷، ص۱۶۵). مطابق این دیدگاه، فروش اجزای بدن حتی پس از مرگ نیز جایز نیست، زیرا حرمت و کرامت شخصی که فوت شده مانند انسان زنده است (مالک بن انس، ۱۹۸۵، ص۲۳۸).

در منابع متعدد دیگری نیز فقهای اهل‌سـنت به لحاظ حکم تکلیفی قائل بر حرمت خرید و فروش موی طبیعی بوده‌اند یا دست‌کم آن را مکروه دانسته‌اند (نفراوی، ۱۴۱۸، ص۵۰۸؛ ابن‌قدامه، ۱۴۲۷، ص۱۵۴). به نظر می‌رسد مطابق دیدگاه فقهای اهل‌سنت، افزون بر فروش اعضای مهم و حیاتی بدن که منجر به آسیب جدی و ضرر غیرقابل جبران بر جسـم می‌گردد، بهره‌برداری از سـایر اجزای بدن انسـان هم جایز نیسـت، حتی اگر هیچ ضرری نداشته باشد (سنبهلی، ۱۴۰۸، ص۶۱-۶۲).

غالب نظریات ارائه‌شـده درخصـوص عدم جواز بیع موی انسـان نزد اهل‌سـنت

بدون توجه به مشروعیت جهت معامله و انگیزهٔ طرفین، به صورت مطلق بیان شده است. ابن‌منذر در این خصوص بیان داشته که هیچ خیری در فروش موی انسان نیست و فروش و استفاده از آن جایز نمی‌باشد (ابن‌منذر، ۱۴۰۵، ص۲۷۹). همچنین آنچه در شرح نووی آمده نیز دلالت صریح بر حرمت وصل مو به صورت مطلق دارد (عبدالناصر بن خضر، بی‌تا، ص۴۵۰).

اما برخی از فقها به جهت حیله و تدلیس قائل بر حرمت معامله و استفاده از موی انسان شده‌اند، زیرا پیامبر(ص) زنانی را که مو وصل می‌کردند، اهل دروغ و تزویر نامید (ابن‌حجر عسقلانی، بی‌تا، ص۳۷۵) و این حضرت نهی فرمودند که زن چیزی را به سر خود وصل کند تا با این کار مردم را فریب دهد یا چیزی را برخلاف واقع نشان دهد (مسلم بن حجاج، ۱۴۱۲، ص۱۶۷۹). از همین رو امام نووی بیان داشته که وصل کردن مو نوعی فریب و تدلیس محسوب می‌گردد (نووی، ۱۳۴۷، ص۱۰۷). در برخی متون مقرر شده که وصل مو در صورت اجازهٔ شوهر جایز است، اما همچنان نظر مشهور بین فقهای حنابله، حرمت مطلق این عمل حتی با اجازهٔ شوهر می‌باشد. در مقابل، در کتاب «الوسیط» مقرر شده که به دیدگاه شافعیان، تحریم فقط به‌خاطر تدلیس و فریب معنا پیدا می‌کند و در صورت اذن شوهر، قول بر جواز اصح می‌باشد؛ زیرا آنچه حرام است وصل مو به‌خاطر فریب است و این گونه استفاده از مو جایز نیست (اهل حدیث، ۱۴۳۲، ج۹۸، ص۳۴).

به دیدگاه فقهای حنفیه، معاملهٔ اعضای بدن انسان‌ها فارغ از اینکه جهت معامله چه باشد، حرام است و رضایت طرفین در این مسئله هیچ اعتباری ندارد. لذا فروش موی انسان از بیع‌های باطل است، زیرا مورد معامله چیزی است که استفاده از آن حرام می‌باشد (اهل حدیث، ۱۴۰۵، ج۷۳، ص۲۸۷).

با بررسی مجموع نظریات مطرح‌شده، اجماع فقهای اهل‌سنت بر عدم جواز فروش موی انسان و بهره‌برداری از آن است و در اکثر منابع علت این حکم، تحقق حکمت شرعی مبنی بر صیانت و پاسداشت بدن انسان و جلوگیری از خوار شدن او می‌باشد. با این حال، باید توجه داشت که اگر ضرورتی وجود داشته باشد، مانند کاشت موی انسان به منظور درمان یا حفظ سر در برابر عوامل طبیعی یا دریافت پول

برای رفع حوائج ضـروری، چنین معامله‌ای جایز اسـت، زیرا بیع کالاهایی که در حالت اختیار حرام یا مکروه اسـت، در حالت اضـطرار جایز می‌باشـد (عبدالناصـر بن خضر، بی‌تا، ص۱۶۲). به‌علاوه، قاعدهٔ فقهی «الضـرورات تبیح المحظورات» (ضـرورت‌ها امور ممنوع را مباح می‌کند) و قاعدهٔ «الضـرر الأشـد یزال بالضـرر الأخف» (ضـرر شدیدتر با ضرر خفیف‌تر رفع می‌شود) نیز مؤید همین موضوع می‌باشند.

پس از مطالعهٔ نظریات فوق، این پرسـش مطرح می‌گردد که آیا اصـل امتنانی کرامت انسان را می‌توان مانعی در مسیر اعمال اصل حاکمیت اراده دانست و بدین وسیله آزادی عمل اشخاص را محدود نمود؟

در پاسخ می‌توان گفت که کرامت انسـان هم در قرآن کریم و هم در قانون اساسـی ایران به‌عنوان اصلی مهم و انکارناپذیر پذیرفته شده و سایر حقوق اساسی انسان از جمله حق حیات، حق بر تعیین سـرنوشـت، حق مالکیت و حق آزادی، نتیجهٔ پذیرش کرامت انسـان و ارزش والای مقام اوسـت. به همین جهت، احکام عبادی، حقوقی، فردی و اجتماعی با در نظر گرفتن حفظ کرامت انسـان و همسـو با آن وضـع شـده و اعمال و رفتار خلاف شـأن انسـان مثل شـکنجه، وهن، تخفیف و اسـتفاده ابزاری از او ناپسند و مذموم می‌باشد. یکی از مهم‌ترین حقوق انسان، آزادی است؛ به این معنا که بتواند هر رفتاری را که منجر به ضرر و زیان به خود یا دیگران نشود، انجام دهد و یک جلوه از این حق تحت عنوان اصـل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها در دانش حقوق مطرح شده است. منتها این آزادی رها و افسارگسیخته نیست و به جز تعداد اندکی، همه اندیشمندان و بزرگان آزادی را به‌طور مشروط و مقید قبول کرده‌اند. به همین جهت، آزادی انسـان با تعیین مرز و قیدهایی محدود شـده و اعمال اصـل حاکمیت اراده نباید به گونه‌ای باشـد که فرد مرتکب رفتاری مغایر با اصـول و قواعد أهم از جمله کرامت انسانی و قاعدهٔ لا ضرر شود و برای انسان ذلت و پستی به همراه داشـته باشـد. اذلال به معنی ذلیل کردن خود و تن دادن به پسـتی و فرومایگی اسـت. به‌عنوان مثال، چنانچه فروش موی انسـان منجر به اهانت یا خواری او گردد، با توجه به آیات و روایات به نظر می‌رسد که اقدام به چنین رفتاری حرام باشد؛ زیرا بر مسلمان و مؤمن حرام است که خودش را خوار یا نفسش را هتک کند و به هر طریق ضرر روحی

یا بدنی برای خود ایجاد نماید. اعمال چنین محدودیتی در جهت حفظ شأن انسان و حرمت او، نه‌تنها با اصل امتنانی کرامت مغایرت ندارد، بلکه در جهت اجرای هرچه صحیح‌تر آن اصل خواهد بود.

منتها نکتهٔ قابل توجه این است که اگرچه حکم الهی مبنی بر حفظ کرامت انسانی همواره ثابت است، اما مصادیق توهین و حرمت می‌تواند متفاوت باشد، زیرا کرامت و اهانت امور نسبی و متغیر هستند؛ به این معنا که در زمان و مکان متفاوت، مصادیق آن تغییر پیدا می‌کند (ناصری مقدم و سلطانی، ۱۳۹۹، ص۲۸۲). مثلاً در موضوع محل بحث، ممکن است فروش موی انسان که در گذشته امری نامتعارف و از مصادیق توهین و تذلیل فروشنده بود، امروزه به جهت تغییر عرف جامعه و رواج این قبیل معاملات، دیگر از مصادیق اهانت تلقی نگردد. لذا می‌توان با توجه به پویایی دین اسلام نسبت به مقتضیات روز و اجرای اصل حاکمیت اراده، دیدگاه فقهای اهل‌سنت را در این خصوص تعدیل نمود و معاملهٔ خرید و فروش موی طبیعی را، چنانچه در حال حاضر خلاف شأن و کرامت انسان محسوب نگردد، صحیح تلقی کرد.

### ۳ـ۲. در کلام فقهای شیعه

در میان فقهای شیعه، قراردادهای مربوط به جسم انسان همواره از موضوعات مهم و چالش‌برانگیز بوده و نظریات گوناگونی در این خصوص ارائه شده است که در ادامه برخی از آن‌ها را شرح می‌دهیم:

محمد بن مکی عاملی جزینی (شهید اول) در کتاب دروس خود در خصوص آنچه که صلاحیت داد و ستد را دارد، فرمودند که بیع آنچه که غالباً منفعت عقلایی در آن متصور نیست، جایز نمی‌باشد؛ مانند حشرات و تولیدات مطهِّر بدن انسان که در نص کتاب از آن‌ها تحت عنوان «فضلات الانسان» یاد شده و شامل ناخن، مو و خون انسان می‌شود (شهید اول، ۱۴۱۷، ص۱۶۷).

در خصوص دیدگاه مذکور باید به این نکته اشاره نمود که منفعت عقلایی مطابق دیدگاه انسان متعارف و سودمندی عرفی یک کالا تعیین می‌گردد. امروزه از موهایی که به خرید و فروش می‌رسد، در صنعت ساخت پروتز مو، انجام اکستنشن و متصل

کردن آن به موی اشخاص دیگر، تهیهٔ کلاه‌گیس یا موی مصنوعی استفاده می‌شود و این موضوع با استقبال بسیاری از افراد مواجه شده است، بخصوص کسانی که به دلیل ریزش مو، مشکلات ژنتیکی یا ابتلا به سرطان موهای خود را از دست داده‌اند. لذا ممکن است با گذر زمان و ارتقای علم و فناوری، آنچه که سابقاً قابلیت استفاده نداشته، امروزه مورد استفاده مردم واقع گردد. به همین جهت برخی از فقهای معاصر قائل بر این هستند که نزدیک به صواب، جواز بیع اجزای بدن و از جمله موی انسان است، در زمانی که نفع (مانند عصر حاضر) در انجام آن معامله وجود دارد (خمینی، ۱۳۹۲، ص۵۷).

آیت‌الله خامنه‌ای در پاسخ به این سؤال که فروش عضوی از اعضای بدن در حال حیات جایز است یا نه، پاسخ دادند که: در برخی از اعضای بدن اشکالی ندارد؛ ایشان همچنان خرید و فروش موهای بلند و استفاده از آن را برای سایر افراد جایز دانسته‌اند (خامنه‌ای، ۱۳۹۵، ص۵۰).

آیت‌الله نوری همدانی در خصوص این موضوع فرمودند که: دلیلی بر عدم جواز فروش فی‌نفسه به نظر نمی‌رسد، مگر اینکه خطر جانی یا عوارض غیرقابل تحمل در پی داشته باشد که در این صورت فروش یا انتقال آن عضو از بدن جایز نیست (نوری همدانی، ۱۳۸۸، ص۲۵۱).

آیت‌الله محمدرضا نکونام دیدگاه خود را به این صورت مطرح نمودند که: انسان زنده می‌تواند هر عضوی از خود را که مایل باشد، با گرفتن مبلغی یا به صورت هدیه به دیگری منتقل نماید، به شرط آنکه از دست دادن این عضو باعث اختلال جسمی یا مخاطره جانی برای او نباشد. البته نباید فقر در جامعه به اندازه‌ای باشد که این گونه کارها تنها به خاطر کسب درآمد انجام شود (نکونام، ۱۳۸۶، ص۱۰۴).

آیت‌الله فاضل لنکرانی در خصوص خرید و فروش اجزای بدن بیان نموده‌اند که: دلیلی بر عدم جواز فروش فی‌نفسه به نظر نمی‌آید، مگر اینکه از دست دادن آن خطر جانی یا عوارض سخت و غیرقابل تحملی در پی داشته باشد که در این صورت جایز نخواهد بود (موحدی لنکرانی، ۱۳۸۳، ص۵۶۸).

آیت‌الله نجفی نیز در پاسخ به سؤالی که در پایگاه اینترنتی ایشان شد، فرمودند:

مادامی که انسان زنده است، حق فروش یا اهدای هر یک از اجزای بدن خود را دارد، البته به شرطی که این اقدام در سلامتی فرد اختلالی ایجاد نکند.

به علاوه در استفتائاتی که در پایگاه اینترنتی مراجع تقلید به عمل آمده نیز، آیت‌الله خامنه‌ای، آیت‌الله سیستانی، آیت‌الله مکارم شیرازی، آیت‌الله وحید خراسانی، آیت‌الله شبیری زنجانی و آیت‌الله فاضل لنکرانی فتوا مبنی بر جواز خرید و فروش موی انسان صادر نموده‌اند.

البته حکم به جواز بیع موی انسان نزد فقهای امامیه با فرض وجود سایر شرایط صحت عقد صادر شده است. مثلاً در فقه شیعه و نظام حقوقی ایران، از مهم‌ترین شروط صحت قرارداد این است که جهت یا انگیزه‌ای که معامله‌کننده از تشکیل عقد در سر می‌پروراند، مشروع باشد و به این نکته در مادهٔ ۱۹۰ قانون مدنی اشاره شده است. لذا چنانچه جهتی که در معامله به آن تصریح می‌شود نامشروع باشد، طبق مادهٔ ۲۱۷ قانون مدنی، معامله باطل خواهد بود. در حقوق امامیه، جهت نامشروع هنگامی سبب بطلان عقد است که طرف دیگر بر آن آگاهی داشته باشد (شهیدی، ۱۳۹۹، ص۹۵-۹۶). مثلاً چنانچه بدانیم انگیزهٔ خریدار از خرید موی طبیعی، به نمایش گذاشتن آن مقابل نامحرم و ایجاد مفسده یا ترویج بی‌حجابی است، این اطلاع از انگیزهٔ نامشروع سبب بطلان عقد خواهد بود.

## ۴. ادلهٔ جواز و عدم جواز معاملهٔ اجزای بدن انسان

### ۴ـ۱. دلایل مخالفان بیع اجزای بدن

#### ۴ـ۱ـ۱. عدم مالکیت انسان بر جسم خود

به دیدگاه برخی از فقها، انسان مالکیتی بر جسم خویش ندارد و بدن انسان تحت مالکیت و سلطهٔ خداوند است، لذا صرف اختیار بر جسم خویش دلیل کافی برای اثبات حق مالکیت بر اجزای بدن و جواز هرگونه تصرف در آن محسوب نمی‌گردد (ابن‌الاحمد، ۱۴۲۷، ص۱۵۴). طبق این دیدگاه، انسان حر و اجزای بدن او از جمله مو و استخوان، قابل معامله نیستند.

### ۴ـ۱ـ۲. عدم مالیت اجزای بدن برای فروش

برخی قائل بر این هستند که اجزای بدن مالیت ندارند و پرداخت ثمن در ازای خرید آن‌ها اکل مال به باطل محسوب می‌گردد؛ به همین جهت معاملهٔ عضو جدا شده را به جهت فقدان منفعت حرام دانسته‌اند (ابن‌قدامه، ۱۴۱۷، ص۳۶۴).

البته باید به این نکته توجه داشت که این دیدگاه در زمانی که نفع عقلایی و قابلیت انتفاع از اجزای خریداری شده وجود نداشته باشد، معقول به نظر می‌رسد؛ در حالی که امروزه وضعیت به گونه‌ای دیگر است و منافع عقلایی متعددی برای معاملهٔ اجزای بدن وجود دارد.

### ۴ـ۱ـ۳. احترام جسم انسان و هتک حرمت آن با خرید و فروش

طبق این دیدگاه، انسان از دیدگاه شارع مقدس دارای کرامت و جایگاه ویژه‌ای است و جدا نمودن اجزای بدن را در تعارض با حفظ حرمت و کرامت انسانی می‌دانند و در نتیجه قائل به عدم جواز خرید و فروش اجزای بدن شده‌اند. برخی از فقهای شیعه با عنایت به شرافت و کرامت نفس انسان، قائل به منع خرید و فروش اجزای بدن مانند سایر کالاهای مادی هستند، زیرا با این عمل، ارزش و اعتبار نفس انسان به اشیاء مادی تشبیه می شود، در حالی که جسم انسان قابل قیمت‌گذاری و داد و ستد نیست. همچنین برخی از فقهای اهل‌سنت نیز جدا نمودن اجزای بدن، از جمله موی انسان را چنانچه به قصد خرید و فروش باشد، مغایر با حفظ شأن و مقام والای انسانیت دانسته‌اند (خسرو، بی‌تا، ص۱۷۲).

### ۴ـ۱ـ۴. حرمت خرید و فروش خون به‌عنوان یکی از اجزای بدن

این موضوع از دیگر دلایلی است که مخالفان خرید و فروش اجزای بدن به آن استناد نموده و در توجیه این دیدگاه به روایاتی اشاره کرده‌اند. علت اصلی چنین حکمی، عدم استفاده مشروع و عقلایی از خون بود. مثلاً از امام علی(ع) نقل شده است که: «در گذشته اعراب استفاده‌ای به جز خوردن از خون نمی‌کردند و روایت شده که آن‌ها عَلَهَز می‌خوردند، یعنی غذایی که از ترکیب خون و پشم شتر تهیه می‌شد». همچنین علامه حلی در کتاب «نهایة الأحکام» خود، خرید و فروش خون را به خاطر نجاست آن و عدم وجود منفعت در آن حرام دانسته است (علامه حلی، ۱۴۱۰،

ج۲، ص۴۶۵). اما باید امروزه در نقد این دیدگاه بیان کرد که در خرید و فروش خون و سایر اجزای بدن، منافع متعددی متصور است.

درخصوص مویی که از سر انسان جدا شده، نظر صحیح در مذهب که اصحاب بر آن اتفاق دارند و برخی از فقها به آن اشاره نموده‌اند، طهارت است. البته برخی قائل بر نجاست موی انسان‌ها بجز موی پیامبر اکرم(ص) هستند و برخی دیگر فقط موی اشخاص غیرمسلمان را نجس دانسته‌اند (مرداوی، بی‌تا، ص۹۳).

### ۴ـ۱ـ۵. حرمت تغییر در خلقت خداوند (آیهٔ تبتیک)

برخی با استناد به این موضوع که جدا نمودن اجزای بدن و پیوند آن به شخص دیگر به منزلهٔ ایجاد تغییر و دخالت در آفرینش خداست، آن را از مصادیق آیهٔ تبتید (تبدیل خلقت) و حرام دانسته‌اند. در این آیه، عبارت ﴿فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾ اشاره به تغییر آفرینش خدا توسط بشر دارد و این از راه‌هایی است که شیطان از طریق آن انسان را از خدا دور می‌نماید. زنان از وصل کردن مو نهی شده‌اند، و در مذهب مالک، این نهی به معنای حرمت آن است، به استناد حدیثی که می‌گوید: «لَعَنَ اللَّهُ الْوَاصِلَةَ وَ الْمُسْتَوْصِلَةَ» (خداوند زنانی را که مو به هم متصل می‌کنند و زنانی را که چنین درخواستی دارند، لعنت کند).

البته حرمت وصل کردن مو به زنان محدود نمی‌شود، زیرا این کار موجب تغییر در خلق خدا می‌شود. اما چون این عمل بیشتر در بین زنان رایج است، در حدیث به آن‌ها اختصاص داده شده است؛ به ویژه زمانی که موی آن‌ها کوتاه باشد یا مویی نداشته باشند، موی دیگران را به موی خود متصل می‌کنند، یا وقتی که موهایشان سفید شده، موی سیاه را به آن وصل می‌کنند تا ظاهر آن سیاه شود و همسرشان را فریب دهند.

با این حال، از مفهوم وصل کردن می‌توان نتیجه گرفت که اگر مو را بدون اتصال بر سر خود قرار دهد، اشکالی ندارد؛ چنانکه قاضی عیاض تصریح کرده است. در این حالت، این عمل مشابه بستن نخ‌های تابیده شده مانند نوارهای پشمی و ابریشمی است که زنان برای زینت به کار می‌برند، و چنین کاری مورد نهی قرار نگرفته و در زمرهٔ انواع زینت محسوب می‌شود (نفراوی، ۱۴۱۸، ص۵۰۸).

در کتاب «معانی الأخبار» از احمد بن محمد بن هیثم نیز نقل شـده اسـت که: رسـول خدا(ص) لعنت کرده اسـت: زنی که موی خود را به موی زن دیگری متصـل می‌کند (واصـله) و زنی که این کار بر روی او انجام شـود (مسـتوصـلة) و... (ابن‌بابویه، ۱۳۶۱، ص۲۵۰).

با این حال، راوی می‌گوید: گفتم که به ما رسیده است که رسول خدا(ص) واصله را در معنی وصـل‌کننده مو لعنت کرده اسـت. پس امام فرمودند: موضـوع اینگونه نیسـت، بلکه رسـول خدا(ص) زنی را که در جوانی زنا کرده اسـت و هنگامی که پیر شد، زنان را به سوی مردان هدایت می‌کند، لعنت کرده است. پس او همان واصله و موصوله است. و این سخن درخصوص پیوند مو به اشتباه تفسیر شده است؛ ضمن اینکه هرگونه قطع عضو و تغییری نیز مشمول این آیه نمی‌گردد.

### ۴ـ۱ـ۶. لزوم دفن اجزای جداشده از بدن

از دیگر دلایل مخالفان فروش اعضـای بدن این اسـت که اجزای بدن پس از جدا شـدن از جسـم نجس هسـتند و باید دفن شـوند، بنابراین امکان خرید و فروش آن‌ها وجود ندارد. در توجیه این دیدگاه به آیهٔ ۲۱ سـورهٔ عبس اسـتناد نموده و قائل بر این هسـتند که جدا نمودن اجزای بدن به منظور معامله‌ی آن، چون منجر به دفن نکردن جزئی از جسد می‌شود، مطلقاً ممنوع است. در کتب برخی از فقهای اهل‌سنت این موضـوع تصـریح شـده که هر جزئی از بدن انسـان مانند مو و ناخن، چنانچه از جسـم جدا گردد، باید دفن شود (ابن‌عابدین، ۱۴۲۳، ص۵۵۲).

### ۴ـ۱ـ۷. تجاوز به نفس و قطع عضو از موجبات قصاص و پرداخت دیه است

این دلیل نیز توسـط مخالفان فروش اجزای بدن مورد اسـتناد قرار گرفته اسـت، با این اسـتدلال که چون برای جدا نمودن جزئی از جسـم انسـان از جمله مو، در قانون مجازات اسـلامی دیه در نظر گرفته شـده، نمی‌توان انفصـال آن‌ها را به منظور خرید و فروش جایز دانست.

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت در صورت رضایت خود شخص مادامی که زنده اسـت، یا اولیای او پس از مرگش، این اسـتدلال مردود خواهد بود، زیرا قصـاص و دیه نیز با چنین رضایتی ساقط می‌گردد.

### ۴ـ۲. دلایل موافقان بیع اجزای بدن

#### ۴ـ۲ـ۱. سلطنت انسان بر جسم خود

انسان به‌عنوان موجودی که واجد عقل و اختیار است، به گونه‌ای آفریده شده که به‌طور طبیعی بر اجزای بدن خودش مسلط باشد و در زندگی روزمره از جسم خود بهره ببرد. به عقیدهٔ امام خمینی(ره)، سلطهٔ انسان بر جسم خودش امری عقلایی است و به همین جهت می‌تواند هرگونه که بخواهد در نفس خود تصرف نماید، مگر اینکه منع شرعی یا قانونی در آن خصوص وجود داشته باشد (خمینی، ۱۴۳۴، ص۳۳). مطابق این دیدگاه، خرید و فروش اجزای بدن در عصر کنونی، نشان از عقلایی بودن تسلط انسان بر جسم خویش دارد و اصل تسلیط و قاعدهٔ «الناس مسلطون علی أموالهم و أنفسهم» نیز به درستی این دیدگاه را تأیید می‌نماید. امروزه دخل و تصرف در جسم و نمونه‌گیری برای انجام آزمایشات طبی نیز امری رایج و متعارف شده است و این کار جز با پذیرش سلطهٔ انسان بر جسم خویش ممکن نیست.

#### ۴ـ۲ـ۲. قاعدهٔ اضطرار و ارادهٔ خداوند بر رفع عسر و حرج از زندگی انسان

امروزه غالباً معاملات فروش اجزای بدن از قبیل کلیه، خون و موی انسان از جانب افراد بی‌بضاعت و با انگیزهٔ کسب منفعت اقتصادی و خروج از شرایط اضطرار انجام می‌شود. خداوند در آیات متعددی از جمله آیهٔ ۱۸۵ سورهٔ بقره فرموده است: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾. از این آیه به‌وضوح مشخص است که خواست خدا راحت بودن کار بندگان و نفی عسر و حرج بوده و رضایت خداوند در تخفیف حال انسان بوده است، نه تشدید وضعیت آن. چنانچه قائل بر عدم جواز معامله اجزای بدن باشیم، این نظر هم به لحاظ مالی و هم در امور پزشکی و درمانی باعث سختی و دشواری در زندگی انسان‌ها خواهد شد.

#### ۴ـ۲ـ۳. اصل برائت

موافقان خرید و فروش اجزای بدن انسان همچنین در توجیه دیدگاه خود به این اصل نیز استناد کرده‌اند، زیرا در فقه چنانچه در خصوص قضیه‌ای تردید ایجاد شود، برای خروج از تردید به اصول مراجعه می‌شود (زراعت و مسجدسرایی، ۱۳۹۷، ص۲۸۲). در

خصوص معاملهٔ خرید و فروش موی انسان نیز به جهت اینکه از جانب شارع مقدس دلیلی بر عدم جواز این قبیل معاملات به دست نرسیده و در خصوص حکم واقعی این موضوع تردید داریم، به موجب اصل برائت باید گفت که چنین معاملاتی مباح و جایز است و در مورد آن‌ها حکم حرمت ثابت نیست.

### ۴ـ۲ـ۴. سابقهٔ پیوند اجزای بدن در عصر معصومین(ع)

در روایات متعددی به موضوع پیوند اعضای بدن انسان اشاره شده است و این نشانگر سابقهٔ طولانی این مسئله حتی در عصر امامان(ع) و پیامبران(ص) می‌باشد. در سالیان گذشته، حتی پیش از اینکه دانش و علم پزشکی به درجهٔ تجویز پیوند عضو ترقی کرده باشد، چنین کاری در خصوص برخی از اعضای بدن انجام می‌شد. مثلاً در روایتی قید شده است که زراره از امام صادق(ع) نقل کرد: من حاضر بودم وقتی که پدرم از امام علی(ع) در مورد مردی که دندانش افتاده بود و دندان انسان میتی را به جای آن قرار داد، سؤال کرد؛ و امام فرمود: اشکالی ندارد!

همچنین در برخی روایات، پیوند اجزای بدن حیوانات مثل دندان گوسفند به جای دندان انسان که افتاده است نیز مورد تصریح قرار گرفته است (حر عاملی، ۱۴۱۶، ص۴۱۷).

### ۴ـ۲ـ۵. مالیت داشتن اجزای بدن انسان

برخی از فقها بر این عقیده هستند که جسم انسان مالیت دارد و انسان می‌تواند در جسم خود مانند سایر اموالش تصرف نماید. لذا همان‌طور که انسان اجازه دارد اموال خود را به دیگران بدهد، به همان صورت نیز می‌تواند اجزای بدن خود را به دیگری منتقل نماید. عقلا بر این اصل بنا نهاده‌اند که انسان بر خود و اموالش در حد کلی سلطه دارد. بر همین اساس، شخص مالک اعضای جداشده از بدن خود محسوب می‌شود و می‌تواند آن‌ها را بفروشد یا ببخشد. بنابراین، تا زمانی که از طرف شرع دلیلی بر منع آن وجود نداشته باشد، می‌توان این اصل عقلایی را تأییدشده از سوی شارع دانست. این مهم‌ترین دلیلی است که برای مالکیت اعتباری اعضای بدن می‌توان به آن استناد کرد، اما در عین حال، رعایت احتیاط و ترک خرید و فروش این اعضا توصیه می‌شود (محسنی، ۱۴۲۶، ص۱۸۵).

### ۴ـ۲ـ۶. اصل حاکمیت اراده و اصل اباحه

با توجه به اصل حاکمیت اراده و مادهٔ ۱۰ قانون مدنی، قراردادهایی که افراد منعقد می‌نمایند، چنانچه مخالف صریح قانون نباشد، معتبر خواهد بود. منتها این آزادی در انعقاد قرارداد با دو مانع نظم عمومی و اخلاق حسنه محدود می‌گردد. با این وجود، چنانچه تردید داشته باشیم که آیا معاملهٔ فروش موی طبیعی با وجود شرایط قانونی لازم از قبیل جهت مشروع و منفعت عقلایی، با نظم عمومی و اخلاق حسنه در تعارض است، باید اصل عدم مغایرت را جاری نماییم. در یک ضابطهٔ کلی، اگر در معاملات راجع به جسم انسان، عضوی مورد معامله قرار گیرد که فقدان یا از دست دادن آن منجر به آسیب قطعی و غیرقابل جبران یا ایجاد اختلال در عملکرد بدن شود، نمی‌توان فروش آن عضو یا سایر اقسام نقل و انتقالات را صحیح دانست. اما چنانچه موضوع معامله اجزایی از بدن باشد که از دست دادن یا جدا کردن آن ضرری غیردائمی و قابل جبران به همراه داشته باشد، مثل فروش مو، شیر مادر، خون و سایر تولیدات بدن، چنین معاملاتی معتبر خواهد بود، چراکه نص صریحی در قانون یا آرای وحدت رویه مبنی بر منع این گونه معاملات وجود ندارد و در صورت سکوت، باید اصل اباحه را جاری نموده و قائل بر جواز معامله شویم.

## ۵. شرایط قانونی خرید و فروش موی طبیعی

### ۵ـ۱. مالیت داشتن

یکی از شروط لازم برای خرید و فروش اشیاء به صورت قانونی، این است که موضوع معامله مالیت داشته باشد. مال در تعریف لغوی به چیزی اطلاق می‌گردد که در تملک کسی باشد و ارزش مبادله داشته باشد (دهخدا، ۱۳۷۷، ص۱۹۹۸۴). در اصطلاح حقوقی نیز مال عبارت است از: چیزی که ارزش اقتصادی داشته و قابل تقویم به پول باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص۵۹۵). نزد برخی از حقوقدانان نیز مال به چیزی اطلاق می‌گردد که مفید باشد و نیازی را اعم از مادی یا معنوی در انسان برآورده نماید؛ همچنین قابلیت اختصاص یافتن به شخص یا ملتی معین را نیز داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص۹).

در کلام فقها، همان‌طور که اشاره شد، چیزی مال محسوب می‌گردد که در معاملهٔ

آن صلاح و منفعتی عقلایی وجود داشته باشد و انسان نیز شرعاً بتواند مالک آن گردد. به همین جهت، خرید و فروش کالایی که مصرف آن حرام است، مانند مواد مخدر و روان‌گردان، باطل خواهد بود. امروزه در بسیاری از کشورها، خرید و فروش تولیدات بدن انسان مثل فروش مو، خون انسان و شیر مادر برای تغذیهٔ کودکان دیگر پذیرفته شده و معاملات این‌چنینی ذیل قواعد بیع کالا انجام می‌گردد. گاهی اوقات نیز شنیده می‌شود که این موارد به‌عنوان مال مورد سرقت واقع می‌گردد، بنابراین نمی‌توان انکار کرد که اجزای بدن انسان ارزشمند است و مالیت دارد (امیر معزی، ۱۳۸۰، ص۵۴).

### ۵ـ۲. معلوم و معین بودن

از دیگر شروط لازم برای صحت معامله‌ای که منعقد شده، معلوم و معین بودن مورد قرارداد است، به گونه‌ای که رافع جهالت و غرر باشد. در معاملاتی که انجام می‌شود، ایجاد علم گاه از طریق مشاهده و گاهی نیز با تعیین میزان و جنس و وصف مورد معامله خواهد بود. خرید و فروش موی طبیعی نیز از این قاعده مستثنی نیست. در این معامله، غالباً جهل به موضوع با مشاهده‌ی حضوری مویی که کوتاه و فروخته می‌شود، در سالن‌های زیبایی انجام می‌گردد. همچنین گاهی اوقات معامله به صورت غیرحضوری منعقد می‌شود و موی کوتاه‌شده بدون مشاهده‌ی حضوری خریداری می‌گردد. در این صورت، فروشنده پیش از انعقاد قرارداد با ارائه‌ی اطلاعاتی در خصوص میزان و قد مویی که فروخته می‌شود بر حسب سانتی‌متر، وزن مو بر حسب گرم، کیفیت سلامت مو و سایر اوصاف مؤثر بر قیمت، جهالت خریدار را برطرف می‌نماید و فرض غرر منتفی خواهد شد.

### ۵ـ۳. منفعت مشروع و عقلایی

این شرط علاوه بر قانون ایران در کلام فقها نیز بارها مورد تأکید قرار گرفته و مراد از آن منفعتی است که عقلای جامعه استفاده از آن را تجویز کنند. البته عقلایی بودن منفعت همواره متأثر از معیارها و ضوابط زمان و مکان‌های متفاوت بوده و در طول تاریخ تغییراتی در آن ایجاد گردیده است. در معاملهٔ موی طبیعی، به جهت کاربردهای متعددی که برای کالای موضوع معامله متصور است (که سابقاً به آن

اشاره شد)، درخصوص شرط وجود منفعت عقلایی جایی برای تردید باقی نمی‌ماند.

### ۵ـ۴. مقدور التسلیم بودن

آنچه که موضوع معامله قرار می‌گیرد باید قابلیت تسلیم به طرف مقابل را داشته باشد؛ والا قرارداد باطل است. البته قدرت بر تسلیم موضوعیت ندارد، بلکه طریقیت دارد؛ یعنی لازم است که مورد معامله در اختیار منتقل‌إلیه قرار گیرد (شهیدی، ۱۳۹۹، ص۸۵). نکته‌ی قابل توجه در این شرط، قابلیت یا امکان تسلیم موضوع عقد است و تفاوتی نمی‌کند که توسط شخص متعهد یا دیگری صورت بگیرد. منتها در قرارداد فروش موی طبیعی، امکان اجبار به تسلیم از طریق حکم دادگاه و مقامات قضایی ممکن نیست، زیرا نمی‌توان جزئی از بدن دیگری را با قهر و غلبه جدا نمود و این کار بی‌شک مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه است. بنابراین، تسلیم مو همواره با ارادهٔ فروشنده خواهد بود و بعد از اینکه ارادهٔ خود را برای این کار اعلام کرد، عمل کوتاهی مو می‌تواند توسط دیگران نیز انجام گردد.

### ۵ـ۵. سایر شرایط

افزون بر شرایط عام موجود در قانون برای صحت معامله، برخی از شرایط ویژه و اختصاصی نیز در خرید و فروش مو باید رعایت گردد و از جمله این موارد می‌توان به رعایت ضوابط بهداشتی و بهداشت محیط اشاره نمود و سازوکارهای حرفه‌ای باید مورد توجه قرار گیرد. لذا بدیهی است که ورود هرگونه آسیب و خسارت به جهت عدم مهارت یا عدم رعایت بهداشت که منجر به ایجاد آسیب نامتعارف و غیرقابل اغماض نسبت به فروشندهٔ موی طبیعی یا شخصی که بعداً از آن استفاده می‌نماید، مسئولیت قراردادی و یا مسئولیت مدنی به جبران ضرر را برای مسئول ورود ضرر (که غالباً کوتاه‌کنندهٔ مو یا آرایشگر است) به همراه خواهد داشت.

## ۶. چالش‌ها و سؤالات پیش رو

### ۶ـ۱. فروش موی زوجه

آیا در صورت مخالفت مرد، زوجه می‌تواند اقدام به فروش موهای خود کند؟

در پاسخ به این سؤال باید به این نکته اشاره کرد که زیبایی ظاهری از گذشته

تاکنون یکی از مهم‌ترین معیارهایی بوده که افراد در زمان ازدواج و تشکیل خانواده به آن توجه داشته‌اند و تأثیر ظاهر در ایجاد تمایل و رغبت به ازدواج چنان اهمیتی داشته که در برخی موارد تدلیس و فریب در ویژگی‌های ظاهری منجر به انحلال زندگی مشترک و فسخ نکاح شده است. امروزه نیز اهمیت ندادن به نظر همسر در انجام برخی از جراحی‌های زیبایی، تتو یا خالکوبی و موارد مشابه که ارتباط مستقیم با تغییرات ظاهری افراد دارند، از شایع‌ترین علل طلاق محسوب می‌گردد. به همین جهت، اگرچه در نص قانون اذن شوهر برای چنین کارهایی لازم دانسته نشده است، با این حال باید در نظر داشت که قانون به تنهایی نمی‌تواند آرامش و سعادت خانواده را تأمین کند. بنابراین بهتر است زن زمانی به ایجاد تغییرات مؤثر در ظاهر خود اقدام کند که رضایت همسرش را اخذ کرده باشد یا دست‌کم بداند که همسرش با انجام آن عمل مخالفتی ندارد. زیرا واقف بر این موضوع هستیم که با قبول ازدواج و شروع زندگی مشترک، تکالیفی بر زوجین بار می‌شود و چنانچه بخواهند شاهد تداوم بنای خانواده باشند، باید آن‌ها را رعایت نمایند؛ بخصوص در چنین مواردی که اقدام به انجام عمل مورد بحث ضرورتی ندارد و در ظاهر زن تأثیرگذار خواهد بود، نباید به گونه‌ای عمل شود که مرد مخالف با آن اقدام باشد. رعایت حسن معاشرت، پذیرش ریاست مرد بر خانواده و تمکین در مفهوم اعم، ایجاب می‌نماید که زوجه اقدام به انجام کارهایی کند که موجب رضایت مرد و تحکیم بنای خانواده گردد.

به زوجه‌ای که حقوق ناشی از نکاح را برای زوج ایفا نکند، در اصطلاح حقوقی «ناشزه» می‌گویند و به چنین زنی نفقه تعلق نمی‌گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص۷۰۶). در تعریف این لفظ بیان شده است: نشوز زن یا رعایت نکردن حقوق شوهر عبارت است از بیرون رفتن زن از اطاعت شوهر در اموری که بر زن واجب است و آن‌ها عبارت‌اند از:

- تمکین نکردن زوجه در مفهوم اخص
- از بین نبردن آنچه مایهٔ تنفر و ضد کامیابی و لذت بردن در امور جنسی است
- ترک پاکیزگی و آرایش خود در صورتی که شوهر خواستار آن باشد
- بیرون رفتن از خانه بدون اجازهٔ شوهر و غیر اینها (موگهی، ۱۳۸۴، ص۷۵-۷۶)

در نوشته‌های سایر نویسندگان نیز بر اهمیت اطاعت از زوج و آراستگی زوجه مطابق میل همسر اشاره شده و این موضوع مورد تأکید قرار گرفته که اطاعت از همسر در نوع آراستگی به گونه‌ای که موجب رضایت و مورد تأیید او باشد، از مصادیق تمکین محسوب می‌گردد. به همین جهت، یکی از وظایف زوجه این است که خود را مطابق میل همسر بیاراید و از آنچه موجب ایجاد نفرت و کاهش تمایل مرد می‌شود، بپرهیزد (مشکینی، ۱۳۵۹، ص۱۱۸).

آراستگی زن مطابق میل همسر همواره نزد معصومین(ع) مورد تأکید بوده است؛ چنانچه پیامبر اکرم(ص) فرمودند: لعنت و نفرین بر زنانی که خود را برای ایجاد رغبت در شوهرانشان نمی‌آرایند و از حنا و سرمه استفاده نمی‌کنند (طبرسی، ۱۴۰۸، ج۷، ص۲۱۷). همچنین امام باقر(ع) در این خصوص فرمودند: زن باید با تمام وجود به شوهرش فکر کند و به هر طریقی که ممکن است و با هر نوع آرایش و زینتی، دل شوهرش را به دست آورد (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج۴، ص۴۶۰). در برخی منابع فقهی نیز قید شده که زن شوهردار می‌بایست همیشه با زینت و آرایش باشد و هرگز نباید زینت را ترک نماید؛ همچنین زن باید خود را با بهترین عطرها خوشبو سازد و با بهترین زینت‌ها خود را برای شوهر بیاراید (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج۱۷، ص۱۳۲).

در نهایت، آنچه در نتیجهٔ بررسی دیدگاه‌های فقهی و حقوقی حاصل شد، این است که یکی از حقوق مهم زوج نسبت به همسرش این است که زوجه خود را آن گونه که باب میل شوهر باشد، بیاراید و از انجام کارهایی که موجب ناراحتی و بی‌رغبتی مرد می‌شود، خودداری نماید. پرواضح است که موی زنان یکی از عوامل مؤثر بر زیبایی ظاهری در تمام ادوار بوده و کوتاه نمودن آن در صورت مخالفت زوج، چنانچه ایجاد نفرت و نارضایتی نماید، از مصادیق نشوز زوجه محسوب می‌گردد. لذا باید پذیرفت زن تنها در صورتی می‌تواند اقدام به فروش موهای خود نماید که همسرش نسبت به این موضوع رضایت داشته باشد. در غیر این صورت، چنانچه در این موضوع خلاف رضایت مرد عمل نماید، این اقدام او از علائم نشوز محسوب گردیده و منجر به آثار و تبعات حقوقی خواهد شد.

### ۶ـ۲. فروش موی محجورین

آیا محجورین می‌توانند موهای خود را به فروش برسانند و یا والدین و سرپرستان این اشخاص می‌توانند اقدام به فروش موی آن‌ها نمایند؟

یکی از شروط لازم برای صحت هر معامله، اهلیت قانونی طرفین جهت ایجاد ارادهٔ انشایی می‌باشد. برخی از افراد به دلیل صغر سن و یا اختلال در قوای عقلی فاقد اهلیت استیفا یا تصرف می‌باشند و قانونگذار آن‌ها را از انجام تصرفات آزادانه در امورشان منع کرده است. به علاوه در فقه نیز برای معاملهٔ اجزای بدن، عقل و رضایت شخص شرط لازم است و طبیعتاً محجورین به جهت فقدان اهلیت قادر نخواهند بود که طرف معاملهٔ فروش اموال و اجزای بدن خود قرار بگیرند (فقیهی، ۱۳۷۴، ج۱۱، ص۳۷۱).

به موجب قانون، ادارهٔ امور محجورین به سرپرست او که حسب مورد ولی، قیم، نمایندهٔ قانونی و... است، سپرده می‌شود و به‌طور معمول وظیفهٔ نمایندگان محجورین این است که در معاملاتی که به نمایندگی از افراد مذکور انجام می‌دهند، مصلحت و غبطهٔ محجور را رعایت نمایند (مغنیه، ۱۴۲۱، ص۶۴۲). چنانچه سرپرست محجور از وظایف خود تخلف نموده و مرتکب تعدی و تفریط شود، مثلاً اموال او را حیف و میل کند یا از اختیارات خود سوءاستفاده نماید، تصرفات او نافذ نیست. و اگر از این رهگذر خسارتی بر مال، جسم، آبرو و... محجور وارد گردد، ضمانت اجرای تخلف سرپرست قانونی علاوه بر مسئولیت مدنی، می‌تواند مجازات کیفری، عزل یا انعزال و بطلان و عدم نفوذ اعمال حقوقی او باشد (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۵، ص۳۲۴).

پیش‌تر بیان شد که در قاعدهٔ کلی، ولی یا قیم باید در معاملاتی که به نمایندگی از محجور منعقد می‌نماید، مصلحت او را رعایت نماید (علامه حلی، بی‌تا، ج۲، ص۸۰) و در غیر این صورت معاملهٔ آن ها غیرنافذ خواهد بود و حتی برخی از فقها قائل بر بطلان چنین معاملاتی هستند (طوسی، ۱۳۸۷، ج۲، ص۲۰۰). منتها درخصوص موضوع محل بحث ما که فروش موی محجور است و از مصادیق تصرف در جسم محسوب می‌گردد، مقررات آمره‌ی دیگری مطرح شده است. مثلاً به موجب قانون حمایت از اطفال و نوجوانان، فروش موی افراد زیر ۱۸ سال ممنوع می‌باشد و تفاوتی ندارد که این

معامله از جانب خود طفل باشد یا سرپرست وی، به دلیل اینکه سرپرستان محجورین نمی‌توانند اقدام به انجام معامله‌ای نمایند که به موجب آن طفل جزئی از جسم خود را از دست بدهد. بالاخص اینکه در موارد متعددی مشاهده شده چنین اقدامی از جانب والدین بدون رضایت محجور صورت می‌گیرد. از این رو به دیدگاه برخی فقها، ولی در این قبیل تصرفات نسبت به محجور ولایت ندارد (علیان‌نژادی، ۱۳۷۵، ص۴۴۵) و (فیاض، ۱۴۲۶، ص۱۸۳). همچنین در منبع فقهی دیگری قید شده که اذن ولی یا سرپرست درخصوص جدا نمودن اجزای بدن به جهت ایراد آسیب جسمی و روحی بر محجور، نافذ و صحیح نیست (جواهری، ۱۴۱۹، ج۲، ص۳۵۰).

همان‌طور که بیان شد، فتوای اکثر فقها منع برداشت و معاملهٔ اجزای بدن محجورین است و حتی به جهت اهمیت موضوع تصمیم‌گیری درخصوص جسم انسان، برخی معتقدند که اجازهٔ اولیا در جدا نمودن اجزای بدن میت هم در صورت عدم وصیت او در زمان حیات مؤثر نیست (مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص۱۷۲)، زیرا اذن در صورتی مؤثر خواهد بود که شخص اذن‌دهنده مالک یا در حکم مالک باشد و مأذون‌فیه متعلق حق غیر نباشد. با این اوصاف، تصرف در اجزای بدن دیگری بدون رضایت و قصد او از مصادیق تصرف در حق غیر خواهد بود و چنین اذنی فاقد اثر و باطل است (انصاری، ۱۴۱۸، ص۳۹۷). البته دیدگاه مخالف نیز وجود دارد به این شرح که جدا نمودن اجزای بدن محجور مشروط به اینکه به مصلحت اقتصادی او بوده و مضر به حال او نباشد، با اجازهٔ ولی نافذ است (منتظری، ۱۳۸۵، ص۱۲۸).

به نظر می‌رسد در جهت حمایت از سلامت جسمانی محجور و پیشگیری از سوءرفتار اولیا و سرپرستان نسبت به آن‌ها، باید هرگونه معامله نسبت به اجزای بدن صغار و مجانین را غیرمجاز دانست. زیرا افرادی که از صحت عقل و اهلیت کامل برخوردار نیستند، نمی‌توانند جوانب قرارداد و مصلحت خویش را رعایت کنند و لذا قادر بر انشای معامله نخواهند بود، بخصوص در چنین معاملاتی که موضوع آن مرتبط با تمامیت جسمانی فرد می‌باشد، این موضوع اهمیت دوچندان پیدا می‌کند. همچنین جایز دانستن انعقاد معاملات این‌چنینی از جانب سرپرستان محجورین نیز زمینه را برای سوءاستفاده از مقام و موقعیت آن‌ها و تعرض به جسم افرادی که

قادر بر دفاع از خود نبوده و نیازمند حمایت هستند، ایجاد می‌نماید. بنابراین، جدای از بحث بطلان و بی‌اعتبار بودن معامله، بی‌تردید کسب منفعت مادی از طریق فروش اجزای بدن محجورین همواره سودایی به دور از انسانیت و مغایر با اخلاق حسنه محسوب می‌گردد. به صراحت نص مادهٔ ۱۱ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، هرگونه معامله راجع به طفل و نوجوان ممنوع است و چنانچه با اهدافی مثل بهره‌کشی اقتصادی یا برداشت اعضا و جوارح او باشد، مرتکب به مجازات حبس درجهٔ ۴ در قانون مجازات اسلامی محکوم می‌گردد. به علاوه در مادهٔ ۱۳ این قانون بیان گردیده که هرکس مرتکب انتقال، خرید و فروش و یا قاچاق اعضا و جوارح طفل یا نوجوان شود، به مجازات حبس درجهٔ ۳ در قانون مجازات اسلامی محکوم می‌گردد. بدیهی است که حکم مذکور در این قانون مبنی بر منع این قبیل معاملات، در جهت حمایت از کودکان و امنیت جسمی آن‌ها در مقابل خطرات و آسیب‌های جسمی و روحی و پیشگیری از تعرض به تمامیت جسمانی این افراد بی‌دفاع وضع شده است.

### ۶ـ۳. فروش مو به غیر همجنس

پس از طرح نظریات گوناگون و شرح اقوال فقها، این پرسش مطرح می‌گردد که آیا خریدار و فروشنده در بیع موی طبیعی لزوماً باید از یک جنسیت (زن یا مرد) باشند؟ یا اینکه محدودیتی در این خصوص وجود ندارد و چنین معامله‌ای میان دو شخص غیرهمجنس نیز صحیح و معتبر است؟ اگرچه از منظر حقوقی حکم قانونی که خرید و فروش مالی را به جنس مخالف ممنوع یا محدود نموده باشد، به چشم نمی‌خورد؛ از منظر فقهی این موضوع به لحاظ لزوم حفظ حجاب و پوشیده بودن موهای زنان در مقابل مردان، محل تأمل است. به منظور پاسخ به این پرسش، در ادامه این مسئله ابتدا درخصوص خرید موی مردان توسط زن و سپس خرید موی زنان توسط مرد بررسی خواهد شد.

امام خمینی(ره) در این خصوص فرموده‌اند: برای زن جایز است که موی اشخاص دیگر را چه مرد باشد و چه زن، به موی خویش وصل کند (یزدی، ۱۴۲۲، ص۹۶۹). می‌توان از این دیدگاه به‌عنوان مقدمه‌ای بر جواز خرید موی زنان و مردان

برای زنی که می‌خواهد آن را به موهایش متصل نماید، استفاده کرد. زیرا مطابق قاعده فقهی، اذن در شـیء اذن در لوازم آن نیز می‌باشـد؛ و اگر وصـل نمودن موی زنان و مردان را برای یک زن جایز بدانیم، این امر اقتضا می‌نماید که تهیهٔ آن به طرق صحیح شرعی از جمله خرید و فروش، جایز باشد.

در پاسـخ به اینکه آیا مرد می‌تواند موهای زنان را خریداری نموده و از آن اسـتفاده کند، ابتدا باید حکم لمس و نگاه کردن به موی منفصل و بریده شدهٔ زن نامحرم را که لازمهٔ این معامله است، بررسی کرد.

در این خصـوص نظریات گوناگونی مطرح شـده و برخی فقها قائل بر این هسـتند که حکم اجزای جدا شـده از بدن مانند عضـو متصـل اسـت و چنانچه نگاه کردن به عضوی از بدن نامحرم در حال اتصال حرام باشد، این حرمت در زمان انفصال عضو نیز اسـتصـحاب می‌شـود (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ص۴۵). در مقابل، اکثریت فقها نگاه و لمس موهای جدا شـدهٔ زن نامحرم را جایز دانسـته و در ادامه به شـرح دیدگاه این دسته پرداخته خواهد شد:

محقق خوئی نگاه به موی جدا شـده را مطلقاً جایز دانسـته، زیرا دلیلی بر حرمت آن وجود ندارد (خوئی، ۱۴۱۸، ص۹۱). علامه در کتاب تذکره بیان نموده: اقرب آن اسـت که نگاه به اجزای جدا شده حرام نیست، زیرا بیم فتنه‌ای از نگاه به آن نمی‌رود و میل شـهوانی به آن تعلق نمی‌گیرد و از این جهت مانند سـنگ اسـت (علامه حلی، بی‌تا، ص۵۷۴). آیت‌الله شـبیری زنجانی نگاه کردن به موی جدا شـده را جایز دانسته‌اند و در رابطه با نگاه به سـایر اعضـای جدا شـده از بدن، اصـل برائت جاری نموده‌اند ( شبیری زنجانی، ۱۳۸۲، ص۹۶۱). برخی دیگر از فقها ضمن توصیه به احتیاط و ترک نظر به اجزای جدا شـده از بدن نامحرم، در مجموع نظر صـحیح را جواز نگاه به اجزای جدا شـده می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص۹۰). در کتاب جواهر الکلام قید شده که بعید است نگاه به مواردی مانند ناخن، دندان و مو پس از انفصـال از بدن حرام باشـد (صـاحب جواهر، بی‌تا، ص۱۰۰).

در کتاب العروة الوثقی سید محمدکاظم یزدی مقرر شده: نگاه به عضو جدا شده از زن نامحرم مانند دسـت و بینی و زبان جایز نیسـت، ولی نگاه به مواردی چون

دندان و ناخن و مو جایز است و چنانچه زنی موهای زن دیگر را به موی خود وصل نماید، این عمل جایز بوده و شوهر او می‌تواند به آن نگاه کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ص۴۹۱). به علاوه در خصوص این موضوع در منبع دیگری قید شده: حرمت لمس و نگاه به اجزای بدن نامحرم مخصوص زمانی است که اتصال یا حیات موجود باشد، بنابراین در خصوص عضو منفصل، ادلهٔ اجتهادی برای اثبات حرمت قاصر خواهد بود و اصل برائت جاری می‌گردد (خمینی، ۱۴۱۸، ص۴۱۰).

از جمع موارد فوق و با وحدت ملاک از پیوند سایر اعضای بدن که نسبت به غیرهمجنس جایز است، می‌توان این حکم را به اجزای بدن، مانند مو نیز تسری داد. ضمن اینکه اطلاق کلام فقهای متأخر درخصوص جواز بیع موی طبیعی نیز همین دیدگاه را تقویت می‌نماید. همچنین مقتضای اصل حلیت و برائت نیز دلالت بر جواز فروش موی مرد به زن و بلعکس دارد. برخلاف فقه شیعه، همان‌طور که سابقاً اشاره کردیم، مطابق دیدگاه اکثریت فقهای اهل‌سنت اساساً بیع موی طبیعی به دلایل مختلفی از جمله نقض کرامت انسانی و عدم امکان انتفاع از آن جایز نیست. همچنین برخی این قیاس را به کار گرفته‌اند که هر آنچه خرید و فروش آن متصلاً جایز نباشد، به صورت منفصل نیز نمی‌توان معامله کرد. در خصوص حکم نگاه کردن به موی بریده‌شدهٔ نامحرم و سایر اجزای بدن که منفصل شده، در کتاب «الفقه الإسلامی» مقرر شده: هر آنچه که در حال اتصال نگاه کردن به آن حرام باشد، در حال انفصال نیز نگاه به آن حرام است، مثل موی سر زنان. همچنین متصل نمودن موی دیگری به موی خود، چه آن مو برای زن باشد یا مرد، حرام است، زیرا در آن فریب و تزویر وجود دارد (زحیلی، ۱۴۰۹، ص۵۶۸). امام نووی در این خصوص بیان داشته که: وصل مو با موی انسان مطلقاً حرام است، چه این مو از مرد باشد یا زن و چه متعلق به محارم باشد یا غیر آن و در این خصوص هیچ اختلافی نیست (عبدالناصر بن خضر، بی‌تا، ص۴۵۰). در منبع دیگری مقرر شده که: وصل مو با موی انسان حرام است، چه آن مو از زن باشد یا مرد و چه از شوهر یا غیر این افراد (وزارت اوقاف کویت، ۱۴۱۴، ص۳۴۶).

## نتیجه‌گیری و ارائهٔ پیشنهادها

پس از بررسی مجموع نظریات ارائه‌شده درخصوص فروش موی طبیعی، احکام معامله و شرایط و ضوابط آن، نتیجهٔ حاصله این است که در فقه و حقوق ایران، خرید و فروش کالایی که واجد منافع عقلایی باشد، معتبر و پذیرفته شده است و تولیدات بدن انسان از جمله موی اشخاص از این قاعده مستثنی نیست. البته نسبت به تصرفاتی که در جسم انسان صورت می‌گیرد، همواره تأکید بر حفظ سلامت و عدم آسیب جدی به شخص فروشنده، مورد توجه فقها بوده و در کلام اکثریت آن‌ها دیده می‌شود و چنانچه فقدان عضوی منجر به ورود آسیب جدی و جبران‌ناپذیر بر جسم شود، فروش آن عقلاً، شرعاً و عرفاً جایز نیست. البته این شرط منافاتی با جواز معاملهٔ موی انسان نخواهد داشت، چراکه کوتاه کردن و فروش مو اقدامی مخاطره‌آمیز نسبت به سلامت جسمانی محسوب نمی‌گردد و از تصرفاتی به شمار می‌رود که تأثیر موقتی و قابل جبران به همراه دارد. لذا امروزه خرید و فروش موی طبیعی مطابق دیدگاه اکثریت مراجع متأخر، با جمع سایر شرایط قانونی بلا مانع است. البته پذیرش این نظر به اتفاق آرای فقها نیست، چراکه مطابق دیدگاه اکثریت فقهای اهل‌سنت، اساساً بیع موی طبیعی به دلایل مختلفی از جمله نقض کرامت انسانی و عدم امکان انتفاع از آن جایز نیست. اما این موضوع را باید در نظر گرفت که اراده انسان تا زمانی که منشأ ضرر به انسان نباشد و یا به عبارتی ناقض کرامت انسانی نباشد، حاکم خواهد بود. همچنین برخی از فقها این قیاس را به کار گرفته‌اند که هر آنچه خرید و فروش آن متصلاً جایز نباشد، به صورت منفصل نیز نمی‌توان معامله کرد. البته تردیدی در ناشزه بودن زوجه در صورت فروش موی خود بدون رضایت شوهر (علی‌رغم صحت این بیع) و بطلان بیع موی محجور در صورت عدم رضایت ظاهری او وجود ندارد.

درخصوص موضوعاتی نظیر فروش موی انسان یا سایر اعضای غیررئیسه بدن، همچنان ابهامات و خلأهایی به جهت فقدان منابع قانونی وجود دارد که این مشکل با وضع یک مجموعه قوانین مرتبط با امور پزشکی و انتقال اجزای بدن برطرف خواهد شد. لذا پیشنهاد می‌گردد که قانونگذار محترم در رابطه با این موضوع اقدامات لازم را

به عمل آورد. همچنین علی‌رغم اینکه خرید و فروش موی کودکان در مقابل کسب منفعت مادی غیرقانونی به شمار می‌رود، اما امروزه در موارد عدیده مشاهده شده که والدین و سرپرستان در ازای دریافت مبلغی، کودک را برای فروش موهایش در اختیار آرایشگر قرار می‌دهند، ولو اینکه خود او رضایتی در این خصوص نداشته باشد. لذا پیشنهاد می‌گردد قوانین جدیدی درخصوص این موضوع تصویب گردد تا این‌گونه معاملات به جهت حفظ شخصیت و مصلحت کودک، باطل اعلام شود.

سپاسگزاری: نویسنده از تمامی مؤلفین و نویسندگان گرامی که نتیجهٔ پژوهش علمی آنان چراغ راهی در نگارش این تحقیق بود، قدردانی می‌نماید.

## فهرست منابع

قرآن کریم.
۱. ابن‌المنذر، محمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الاوسط فی السنن و الاجماع و الاختلاف. ریاض: دار طیبه.
۲. ابن‌بابویه، محمد بن علی (شیخ صدوق). (۱۳۶۱ش). معانی الأخبار. قم: جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابن‌حجاج، مسلم. (۱۳۴۷ق). صحیح مسلم بشرح النووی. قاهره: مطبعة المصریة بالأزهر.
۴. ابن‌حجاج، مسلم. (۱۴۱۲ق). صحیح مسلم. بیروت: دار الحدیث.
۵. ابن‌حجر عسقلانی، احمد بن علی. (بی‌تا). فتح الباری بشرح صحیح البخاری (ج۱۰). بیروت: دار المعرفة.
۶. ابن‌عابدین، محمد امین الشهید. (۱۴۲۳ق). رد المحتار علی الدر المختار شرح تنویر الأبصار (ج۹). ریاض: دار عالم الکتب.
۷. ابن‌قدامه، عبدالله بن احمد. (۱۴۱۷ق). المغنی. ریاض: دار عالم الکتب.
۸. ابن‌نجیم، زین الدین بن ابراهیم. (بی‌تا). البحر الرائق شرح کنز الدقائق. المطبعة العلمیة.
۹. امیر معزی، احمد. (۱۳۸۰ش). مطالعهٔ تطبیقی مادهٔ ۳۳۸ قانون مدنی. فصلنامهٔ کانون وکلا، (۱۷۳).
۱۰. انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۳۰ق). المکاسب. قم: سیمای کوثر.
۱۱. انصاری، محمد. (۱۴۱۸ق). الموسوعة الفقهیة المیسرة. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۱۲. اهل حدیث، ملتقی. (۱۴۳۲ق). أرشیف ملتقی اهل حدیث (ج۹۸ و ج۷۳). بی‌جا: بی‌نا.
۱۳. بابرتی، محمد بن محمد بن محمود الشیخ جمال الدین الرومی. (بی‌تا). العِنایة شرح الهدایة.

بیروت: دار الفکر.
۱۴. بهوتی، منصور بن یونس بن إدریس الحنبلی. (۲۰۰۳م). کشاف القناع عن متن الإقناع. بیروت: دار الکتب العلمیة.
۱۵. پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله خامنه‌ای. (بی‌تا). استفتائات. www.leader.ir
۱۶. پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله سیستانی. (بی‌تا). استفتائات. www.sistani.org
۱۷. پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله شبیری زنجانی. (بی‌تا). استفتائات. www.zanjani.ir
۱۸. پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله فاضل لنکرانی. (بی‌تا). استفتائات. www.lankarani.com
۱۹. پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله مکارم شیرازی. (بی‌تا). استفتائات. www.makarem.ir
۲۰. پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله وحید خراسانی. (بی‌تا). استفتائات. www.wahidkhorasani.com
۲۱. جعفری لنگرودی، محمد. (۱۳۸۱ش). ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانهٔ گنج دانش.
۲۲. جواهری، حسن. (۱۴۱۹ق). بحوث فی فقه المعاصر. بیروت: دار الذخائر.
۲۳. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة. قم: مؤسسهٔ آل البیت(ع).
۲۴. حرانی، حسین بن شعبه. (۱۳۸۷ش). تحف العقول. قم: انتشارات آل علی(ع).
۲۵. خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۹۵ش). احکام پزشکی. قم: نشر فقه روز.
۲۶. خرشی، محمد بن عبدالله. (۱۴۲۷ق). شرح الخرشی علی مختصر سیدی خلیل. بیروت: المکتبة العصریة.
۲۷. خمینی، روح‌الله. (۱۳۹۲ش). المکاسب المحرمة. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۲۸. خمینی، مصطفی. (۱۴۱۸ق). مستند تحریر الوسیلة. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۲۹. خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسة إحیاء آثار الإمام الخوئی(ره).
۳۰. دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۷۷ش). لغت‌نامه. تهران: روزنه.
۳۱. زحیلی، وهبه. (۱۴۰۹ق). الفقه الإسلامی و أدلته. دمشق: دار الفکر.
۳۲. زراعت، عباس؛ مسجدسرایی، حمید. (۱۳۹۷ش). اصول الاستنباط. قم: انتشارات حقوق اسلامی.
۳۳. سنبهلی، محمد برهان الدین. (۱۴۰۸ق). قضایا فقهیة معاصرة. دمشق: دار العلوم.
۳۴. شبیری زنجانی، موسی. (۱۳۸۲ش). کتاب نکاح. قم: مؤسسهٔ پژوهش رای‌پرداز.
۳۵. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶ش). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.
۳۶. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۹ش). حقوق مدنی ۳: تعهدات. تهران: مجد.

۳۷. صاحب جواهر (نجفی)، محمدحسن بن باقر. (بی‌تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
۳۸. صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله. (۱۳۸۸ش). مختصر حقوق خانواده (چ۱۴). تهران: میزان.
۳۹. صفایی، سید حسین؛ قاسم‌زاده، سید مرتضی. (۱۳۹۵ش). حقوق مدنی: اشخاص و محجورین. تهران: سمت.
۴۰. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۰ق). العروة الوثقی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۴۱. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۰۸ق). مجمع البیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار المعرفة.
۴۲. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط. تهران: مکتبة المرتضویة.
۴۳. عاملی جزینی، محمد بن مکی (شهید اول). (بی‌تا). الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسین.
۴۴. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۳۷۱ش). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: مکتب الإعلام الإسلامی.
۴۵. عبدالناصر بن خضر، میلاد. (بی‌تا). البیوع المحرمة و المنهی عنها. مصر: دار الهدی النبوی.
۴۶. علاء الدین کاسانی، ابوبکر بن مسعود. (۱۳۹۴ق). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. بیروت: دار الکتاب العربی.
۴۷. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ق). نهایة الأحکام فی معرفة الأحکام. قم: اسماعیلیان.
۴۸. علامه حلی، حسن بن یوسف. (بی‌تا). تذکرة الفقهاء. تهران: مکتبة المرتضویة.
۴۹. علیان‌نژادی، ابوالقاسم. (۱۳۷۵ش). مجموعهٔ استفتائات جدید آیت‌الله مکارم شیرازی. قم: مدرسهٔ امام علی بن ابی‌طالب(ع).
۵۰. فقیهی، عبدالرحمن. (۱۳۷۴ش). بیع اعضاء الانسان. در مجموعه آثار کنگرهٔ بررسی مبانی فقهی. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۵۱. فیاض، محمد اسحاق. (۱۴۲۶ق). المسائل المستحدثة. کویت: مؤسسة المرحوم محمد رفیع.
۵۲. فیضی طالب، عزیز. (۱۳۸۸ش). پیوند اعضا (اطلاع‌رسانی دیدگاه‌های فقهی). مرکز تحقیقات فقهی قوه قضاییه. قم: انتشارات قضا.
۵۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸ش). دورهٔ حقوق مدنی: خانواده. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸ش). قانون مدنی در نظم حقوق کنونی. تهران: میزان.
۵۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹ش). اموال و مالکیت. تهران: میزان.
۵۶. کنوی، محمد عبد الحی الشیبانی. (۱۴۱۱ق). الجامع الصغیر مع شرحه المنافع الکبیر. پاکستان: إدارة العلوم الإسلامیة.
۵۷. مالک بن انس. (۱۹۸۵م). الموطأ. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

۵۸. محسنی، محمد آصف. (۱۳۸۲ش). الفقه و مسائل طبیة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ قم.
۵۹. محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۶۰. مرداوی، علاء الدین ابو الحسن علی بن سلیمان. (بی‌تا). الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف. عمان: دار إحیاء التراث العربی.
۶۱. مسجدسرایی، حمید. (۱۳۸۸ش). فقه ۱ (شرح لمعه دمشقیة). اصفهان: اندیشه‌های حقوقی.
۶۲. مشکینی، علی. (۱۳۵۹ش). ازدواج در اسلام. تهران: یاسر.
۶۳. مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱ق). الفقه علی مذاهب الخمسة. قم: دار التیار الجدید.
۶۴. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵ق). أنوار الفقاهة: کتاب نکاح. قم: مدرسة الإمام علی بن ابی‌طالب(ع).
۶۵. منتظری، حسینعلی. (۱۳۸۵ش). احکام پزشکی. تهران: سایه.
۶۶. منلا خسرو، محمد بن فرامرز بن علی. (بی‌تا). درر الأحکام شرح غرر الأحکام. دار إحیاء الکتب العربیة.
۶۷. موحدی لنکرانی، محمد. (۱۳۸۳ش). جامع المسائل. قم: امیر.
۶۸. موسوی خمینی، روح‌الله. (۱۴۳۴ق). کتاب البیع (ج۱). تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۶۹. موگهی، عبدالرحیم. (۱۳۸۴ش). احکام خانواده. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ قم.
۷۰. مؤمن قمی، محمد. (۱۴۱۵ق). کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۷۱. ناصری مقدم، حسین؛ سلطانی، عباسعلی. (۱۳۹۹ش). کرامت انسانی و فقه: پیش نیازها، ظرفیت‌ها و چالش‌ها. مشهد: پژوهشکدهٔ مطالعات اسلامی در علوم انسانی دانشگاه فردوسی مشهد.
۷۲. نفراوی، احمد بن غنیم. (۱۴۱۸ق). الفواکه الدوانی. بیروت: دار الکتب العلمیة.
۷۳. نکونام، محمدرضا. (۱۳۸۶ش). احکام پزشکی. تهران: ظهور شفق.
۷۴. نوری همدانی، حسین. (۱۳۸۸ش). هزار و یک مسئلهٔ فقهی. قم: مهدی موعود(عج).
۷۵. نووی، ابوذکریا یحیی بن شرف. (۲۰۰۹م). المجموع شرح المذهب. بیروت: دار الفکر.
۷۶. وزارت اوقاف کویت. (۱۴۱۴ق). الموسوعة الفقهیة. کویت: دولت کویت.
۷۷. یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم. (۱۴۲۲ق). العروة الوثقی مع تعالیق الإمام الخمینی. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۷۸. یوسف عبدالله، احمد. (۱۴۲۷ق). أحکام نقل أعضاء الإنسان فی فقه الإسلامی. ریاض: دار کنوز أشبیلیا.

## قوانین

۷۹. قانون حمایت از اطفال و نوجوانان
۸۰. قانون مجازات اسلامی
۸۱. قانون مدنی

## References

1. Abd al-Nasir ibn Khidr, Milad. (n.d.). *Al-Buyūʿ al-Muḥarramah wa al-Manhi ʿanhā*. Egypt: Dar al-Huda al-Nabawi. [In Arabic]
2. Abu Dawud, Sulayman ibn al-Ash'ath al-Sijistani. (n.d.). *Sunan Abī Dāwūd*. Beirut: Al-Maktabah al-'Asriyyah. [In Arabic]
3. Ala' al-Din Kasani, Abu Bakr ibn Mas'ud. (1973). *Badāʾiʿ al-Ṣanāʾiʿ fī Tartīb al-Sharāʾiʿ*. Beirut: Dar al-Kitab al-'Arabi. [In Arabic]
4. Aliyan Nejadi, Abolghasem. (1996). *Majmūʿah-ye Esteftāʾāt-e Jadīd-e Āyatollāh Makārem Shīrāzī* [Collection of New Inquiries of Ayatollah Makarem Shirazi]. Qom: Madrasat al-Imam Ali ibn Abi Talib ('alayhi al-salām). [In Persian]
5. Allamah Hilli, Hasan ibn Yusuf. (n.d.). *Tadhkirat al-Fuqahāʾ*. Tehran: Al-Maktabah al-Murtaḍawiyyah. [In Arabic]
6. Allamah Hilli, Hasan ibn Yusuf. (1989). *Nihāyat al-Aḥkām fī Maʿrifat al-Aḥkām*. Qom: Isma'iliyan. [In Arabic]
7. Allamah Hilli, Hasan ibn Yusuf. (1992). *Qawāʿid al-Aḥkām*. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
8. Amili Jizzini, Mohammad ibn Makki (Shahid al-Awwal). (n.d.). *Al-Durūs al-Sharʿīyah fī Fiqh al-Imāmīyah*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī al-Tābi'ah li-Jamā'at al-Mudarrisin. [In Arabic]
9. Amir Mo'ezzi, Ahmad. (2001). A comparative study of Article 338 of the Civil Code. *Faṣlnāmah-ye Kānūn-e Vokālā*, No. 173. [In Persian]
10. Ansari, Shaykh Morteza. (2009). *Al-Makāsib*. Qom: Simay-e Kawsar. [In Arabic]
11. Babarti, Mohammad ibn Mohammad ibn Mahmud al-Shaykh Jamal al-Din al-Rumi. (n.d.). *Al-ʿInāyah Sharḥ al-Hidāyah*. Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
12. Bahuti, Mansur ibn Yunus ibn Idris al-Hanbali. (2003). *Kashshāf al-Qināʿ ʿan Matn al-Iqnāʿ*. Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
13. Dehkhoda, Ali Akbar. (1998). *Loghatnāmeh* [Dehkhoda Dictionary]. Tehran: Rozaneh. [In Persian]
14. Faqihi, Abdolrahman. (1995). Bayʿ-e Aʿḍā-ye Insān [Sale of Human Organs]. In *Majmūʿah-ye Āthār-e Kongereh-ye Barrasī-ye Mabānī-ye Feqhī*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Persian]
15. Fayyad, Mohammad Ishaq. (1999). *Al-Masāʾil al-Mustaḥdathah*. Qom: Dar al-Hadi. [In Arabic]
16. Fayyad, Mohammad Ishaq. (2005). *Al-Masāʾil al-Mustaḥdathah*. Kuwait: Mu'assasat al-Marhum Mohammad Rafi'. [In Arabic]
17. Feizi Taleb, Aziz. (2009). *Payvand-e Aʿḍā (Iṭṭilāʿrasānī-ye Dīdgāh-hā-ye Feqhī)* [Organ Transplantation: Informing Jurisprudential Perspectives]. Qom: Judicial Research Center of the Judiciary, Qaza Publications. [In Persian]
18. Harrani, Hossein ibn Sho'bah. (2008). *Tuḥaf al-ʿUqūl*. Qom: Enteshārāt-e Āl-e Ali ('alayhim al-salām). [In Arabic]
19. Hurr Ameli, Mohammad ibn Hasan. (1995). *Tafṣīl Wasāʾil al-Shīʿah ilā Taḥṣīl Masāʾil al-Sharīʿah*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām). [In Arabic]

20. Ibn Abidin, Mohammad Amin al-Shahid. (2002). *Radd al-Muḥtār ʿalā al-Durr al-Mukhtār Sharḥ Tanwīr al-Abṣār* (Vol. 9). Riyadh: Dar 'Alam al-Kutub. [In Arabic]
21. Ibn Babawayh, Mohammad ibn Ali (Shaykh Saduq). (1982). *Maʿānī al-Akhbār*. Qom: Jami'ah al-Mudarrisin Ḥawzah 'Ilmiyyah Qom, Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
22. Ibn Hajar al-Asqalani, Ahmad ibn Ali. (n.d.). *Fatḥ al-Bārī bi-Sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī* (Vol. 10). Beirut: Dar al-Ma'rifah. [In Arabic]
23. Ibn Manzur, Mohammad ibn Mukarram. (1993). *Lisān al-ʿArab*. Beirut: Dar Sader. [In Arabic]
24. Ibn Najim, Zayn al-Din ibn Ibrahim. (n.d.). *Al-Baḥr al-Rā'iq Sharḥ Kanz al-Daqā'iq*. Al-Matba'ah al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
25. Ibn Qudamah, Abdullah ibn Ahmad. (1996). *Al-Mughnī*. Riyadh: Dar 'Alam al-Kutub. [In Arabic]
26. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2002). *Termīnolozhī-ye Ḥuqūq* [Legal Terminology]. Tehran: Ganj-e Danesh Library. [In Persian]
27. Jawahiri, Hassan. (1998). *Buḥūth fī Fiqh al-Muʿāṣir*. Beirut: Dar al-Dhakha'ir. [In Arabic]
28. Katouzian, Nasser. (2009). *Dūrah-ye Ḥuqūq-e Madanī: Khānevādeh* [Course of Civil Law: Family]. Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar. [In Persian]
29. Katouzian, Nasser. (2009). *Qānūn-e Madanī dar Naẓm-e Ḥuqūq-e Konūnī* [Civil Code in the Current Legal Order]. Tehran: Mizan. [In Persian]
30. Katouzian, Nasser. (2010). *Amvāl va Mālekīyat* [Property and Ownership]. Tehran: Mizan. [In Persian]
31. Khamenei, Seyed Ali. (2016). *Aḥkām-e Pezeshkī* [Medical Rulings]. Qom: Feqh-e Rooz Publications. [In Persian]
32. Khoei, Abolqasem. (1997). *Mawsūʿat al-Imām al-Khūʾī*. Qom: Mu'assasat Iḥyāʾ Āthār al-Imām al-Khūʾī. [In Arabic]
33. Khoei, Sayyid Abu al-Qasim. (1990). *Miṣbāḥ al-Fiqāhah*. Qom: Ansarian Publications. [In Arabic]
34. Khomeini, Mostafa. (1997). *Mustanad Taḥrīr al-Wasīlah*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
35. Khomeini, Ruhollah. (1989). *Tahrīr al-Wasīlah*. Qom: Dar al-'Ilm. [In Arabic]
36. Khomeini, Ruhollah. (2013). *Al-Makāsib al-Muḥarramah*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
37. Makarem Shirazi, Nasser. (2004). *Anwār al-Fiqāhah: Kitāb al-Nikāḥ*. Qom: Madrasat al-Imam Ali ibn Abi Talib ('alayhi al-salām). [In Arabic]
38. Makarem Shirazi, Nasser. (2005). *Al-Qawāʿid al-Fiqhīyah*. Qom: Madrasat al-Imam Ali ibn Abi Talib ('alayhi al-salām). [In Arabic]
39. Malik ibn Anas. (1985). *Al-Muwaṭṭaʾ*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
40. Mardawi, Ala' al-Din Abu al-Hasan Ali ibn Sulayman. (n.d.). *Al-Inṣāf fī Maʿrifat al-Rājiḥ min al-Khilāf*. 'Amman: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
41. Masjed Sarayi, Hamid. (2009). *Fiqh 1 (Sharḥ-e Lomʿah-ye Demashqīyah)* [Jurisprudence 1: Commentary on Al-Lum'ah al-Dimashqiyyah]. Isfahan: Andisheh-haye Hoquqi Publications. [In Persian]
42. Meshkini, Ali. (1980). *Ezdevāj dar Eslām* [Marriage in Islam]. Tehran: Yasser. [In Persian]
43. Ministry of Awqaf, Kuwait. (1993). *Al-Mawsūʿah al-Fiqhīyah al-Kuwaytīyah*. Kuwait: Government of Kuwait. [In Arabic]
44. Mogheii, Abdolrahim. (2005). *Aḥkām-e Khānevādeh* [Family Rulings]. Qom:

Islamic Propagation Office of the Hawza Seminary of Qom. [In Persian]
45. Mohseni, Mohammad Asif. (2003). *Al-Fiqh wa Masā'il Ṭayyibah*. Qom: Daftar-e Tablighāt-e Eslāmī Ḥawzah-ye 'Elmiyyah-e Qom. [In Arabic]
46. Mo'men Qomi, Mohammad. (1994). *Kalimāt Sadīdah fī Masā'il Jadīdah*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī. [In Arabic]
47. Montazeri, Hossein Ali. (2006). *Aḥkām-e Pezeshkī* [Medical Rulings]. Tehran: Sayeh. [In Persian]
48. Movahedi Lankarani, Mohammad. (2004). *Jāmiʿ al-Masā'il*. Qom: Amir. [In Arabic]
49. Mughniyeh, Mohammad Javad. (1998). *Fiqh al-Imām al-Ṣādiq ('alayhi al-salām)*. Beirut: Dar al-Jawad. [In Arabic]
50. Mughniyeh, Mohammad Javad. (2000). *Al-Fiqh ʿalā al-Madhāhib al-Khamsah*. Qom: Dar al-Tayyar al-Jadid. [In Arabic]
51. Muhaqqiq Karaki, Ali ibn Hossein. (1993). *Jāmiʿ al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawā'id*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām). [In Arabic]
52. Mulla Khusraw, Mohammad ibn Faramurz ibn Ali. (n.d.). *Durar al-Aḥkām Sharḥ Ghurar al-Aḥkām*. Dar Ihya' al-Kutub al-'Arabiyyah. [In Arabic]
53. Musawi, Sayyid Muhammad. (2002). *Fiqh al-Muʿāmalāt*. Beirut: Dar al-Hadi. [In Arabic]
54. Nafrawi, Ahmad ibn Ghunaym. (1997). *Al-Fawākih al-Dawānī*. Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
55. Naseri Moghadam, Hossein, & Soltani, Abbasali. (2020). *Karāmat-e Ensānī va Fiqh: Pish-Niyāzhā, Ẓarfīyathā va Chālishhā* [Human Dignity and Jurisprudence: Prerequisites, Capacities, and Challenges]. Mashhad: Research Institute for Islamic Studies in Humanities, Ferdowsi University of Mashhad. [In Persian]
56. Nawawi, Abu Zakariyya Yahya ibn Sharaf. (2009). *Al-Majmūʿ Sharḥ al-Muhadhdhab*. Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
57. Nekounam, Mohammad Reza. (2007). *Aḥkām-e Pezeshkī* [Medical Rulings]. Tehran: Zohoor-e Shafaq. [In Persian]
58. Nouri Hamedani, Hossein. (2009). *Hezār va Yek Masʾaleh-ye Feqhī* [One Thousand and One Jurisprudential Issues]. Qom: Mahdi-ye Mow'ood (AJ). [In Persian]
59. Qurtubi, Mohammad ibn Ahmad. (1964). *Al-Jāmiʿ li-Aḥkām al-Qurʾān*. Cairo: Dar al-Kutub al-Misriyyah. [In Arabic]
60. Safaei, Seyed Hossein, & Emami, Asadollah. (2009). *Mukhtaṣar-e Ḥuqūq-e Khānevādeh* [Compendium of Family Law] (14th ed.). Tehran: Mizan. [In Persian]
61. Safaei, Seyed Hossein, & Qasemzadeh, Seyed Morteza. (2016). *Ḥuqūq-e Madanī: Ashkhāṣ va Maḥjūrīn* [Civil Law: Persons and Incapacitated Individuals]. Tehran: Samt. [In Persian]
62. Sahib al-Jawahir (Najafi), Mohammad Hassan ibn Baqer. (n.d.). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharāʾiʿ al-Islām*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
63. Sambhalpuri, Mohammad Burhan al-Din. (1987). *Qaḍāyā Fiqhīyah Muʿāṣirah*. Damascus: Dar al-'Ulum. [In Arabic]
64. Shahid al-Thani, Zayn al-Din ibn Ali. (1992). *Al-Rawḍah al-Bahīyah fī Sharḥ al-Lumʿah al-Dimashqīyah*. Qom: Maktab al-I'lam al-Islami. [In Arabic]
65. Shahidi, Mehdi. (2007). *Tashkīl-e Qarārdād-hā va Taʿahhudāt* [Formation of Contracts and Obligations]. Tehran: Majd. [In Persian]
66. Shahidi, Mehdi. (2020). *Ḥuqūq-e Madanī 3: Taʿahhudāt* [Civil Law 3: Obligations]. Tehran: Majd. [In Persian]
67. Shobeiri Zanjani, Mousa. (2003). *Ketāb-e Nikāḥ* [Book of Marriage]. Qom: Ray

Pardaz Research Institute. [In Persian]
68. Sistani, Sayyid Ali. (2003). *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Office of Ayatollah Sistani. [In Arabic]
69. Tabarsi, Fadl ibn Hasan. (1987). *Majmaʿ al-Bayān fī Tafsīr al-Qurʾān*. Beirut: Dar al-Ma'rifah. [In Arabic]
70. Tabatabai, Mohammad Hossein. (1991). *Al-Mīzān fī Tafsīr al-Qurʾān*. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
71. Tabatabai Yazdi, Seyed Mohammad Kazem. (1999). *Al-ʿUrwah al-Wuthqá*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī. [In Arabic]
72. Tusi, Abu Ja'far Mohammad ibn Hasan. (1966). *Al-Mabsūṭ*. Tehran: Al-Maktabah al-Murtaḍawiyyah. [In Arabic]
73. Tusi, Abu Ja'far Mohammad ibn Hasan. (1987). *Al-Istibṣār fī mā Ukhtulifa fīhi min al-Akhbār*. Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [In Arabic]
74. Yazdi, Mohammad Kazim ibn Abd al-Azim. (2001). *Al-ʿUrwah al-Wuthqá maʿ Taʿlīqāt al-Imām al-Khomeinī*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
75. Yusuf Abdullah, Ahmad. (2006). *Aḥkām Naql Aʿḍāʾ al-Insān fī al-Fiqh al-Islāmī*. Riyadh: Dar Kunuz Ishbiliya. [In Arabic]
76. Zera'at, Abbas, & Masjed Sarayi, Hamid. (2018). *Uṣūl al-Istinbāṭ*. Qom: Islamic Law Publications. [In Arabic]
77. Zuhayli, Wahbah. (1989). *Al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuh*. Damascus: Dar al-Fikr. [In Arabic]
78. c) Legal Sources:
79. Civil Code of Iran.
80. Islamic Penal Code of Iran.
81. Law on the Protection of Children and Adolescents.
82. d) Online Fatwas (Websites):
83. Office of Ayatollah Khamenei. (n.d.). *Esteftā'āt*. Retrieved from www.leader.ir
84. Office of Ayatollah Makarem Shirazi. (n.d.). *Esteftā'āt*. Retrieved from www.makarem.ir
85. Office of Ayatollah Sistani. (n.d.). *Esteftā'āt*. Retrieved from www.sistani.org
86. Office of Ayatollah Shobeiri Zanjani. (n.d.). *Esteftā'āt*. Retrieved from www.zanjani.ir
87. Office of Ayatollah Vahid Khorasani. (n.d.). *Esteftā'āt*. Retrieved from www.wahidkhorasani.com
88. Office of Ayatollah Fazel Lankarani. (n.d.). *Esteftā'āt*. Retrieved from www.lankarani.com

Civil Jurisprudence Doctrines
Print: 2251- 936x
Online: 2783- 3690

# Jurisprudential and Legal Explanation of the Possibility of Agreeing on the Retroactive Effect of Contract Termination

**Amir-Abbas Askari**[1]

1. Corresponding Author, Assistant Professor of Private Law, Research Institute for Culture and Communication, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran. Email: am.ab.askari@gmail.com

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received: 1 December 2022
Revised: 24 November 2023
Accepted: 21 November 2025
Available online 22 November 2025

**Keywords:**
Retroactive Effect, Dissolution of Contract, Juridical/Constructive, Effect of Termination.

## ABSTRACT

Termination of a contract has effect for the future, and the contract remains valid until a cause for its termination occurs. Therefore, upon the exercise of termination, the contract is dissolved from that time onward, and the effect of termination does not extend retroactively to the past. Nevertheless, the parties to a contract may consider their interest to lie in the dissolution of the contract from the very first day and agree that, in the event of termination, the contract shall be dissolved *ab initio* (from the beginning). There is disagreement regarding the possibility of accepting such an agreement in jurisprudence and law, and its rulings, effects, and exceptions have not been properly clarified. It is necessary to determine whether it is possible for the termination of a contract to have retroactive effect by agreement of the parties, and subsequently to specify its rulings and effects. In this article, library sources have been used with an analytical-descriptive method and through a comparative study of the subject, it was concluded that it is possible to extend the effects of contract termination retroactively. The rulings, effects, and exceptions of this matter have also been examined and explained.

**Cite this article:** Askari, A., A. (2026). Jurisprudential and Legal Explanation of the Possibility of Agreeing on the Retroactive Effect of Contract Termination. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 18(33), 167-200. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.4889.1828

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

## Extended Abstract

**Introduction**

The termination of a contract has a prospective effect, and the contract continues to exist until a ground for termination occurs. After the event that causes termination occurs, the contract will be dissolved from the time of termination. However, the parties to the contract may agree that the contract will be dissolved from the beginning of its conclusion. There is a difference of opinion on the possibility of accepting such an agreement. Some have linked the discussion on this issue to philosophical discussions and, as it is said in philosophy, every effect has a cause, and until the cause occurs, the effect will not occur. In law, it is also said that until a legal act (cause) has been created, the effects resulting from that act (effect) cannot be expected. However, another group believes that in the world of law and jurisprudence, based on interests, the parties to a contract may choose conditions to achieve their interests that are not necessarily interpretable and acceptable with the logic of philosophical cause and effect of events.

No separate study has been conducted regarding the background of this issue in Imami jurisprudence and Iranian statutory law. Some, with the same philosophical interpretations, oppose the possibility of such an agreement, while others have taken the possibility of an agreement for granted and have not fully explained its basis. In terms of research background, no independent research has been conducted on this subject before. Some articles and theses have been written on the retroactive effect of termination, but they have fundamental differences from the present article. In those works, the initial ruling on the effect of termination has been discussed, and the evidence related to the initial effect of termination has been criticized and examined, and its effects have been discussed. However, the issue of what ruling and effects the agreement will have if the initial ruling is a prospective effect but the parties agree on its retroactive effect has not been examined. In other words, in those works, there has been no detailed discussion on whether the parties can agree on the retroactive effect of termination, and if they can, what are the rulings and effects of this agreement. Therefore,

the unique aspect of the present work is that it discusses in detail the effect of the will of individuals on the retroactive effect of termination and its rulings and effects.
Given that the extension of the effects of termination to before its exercise and even to the time of contract formation is common in the legal relations of individuals, an independent study in this regard seems necessary in the legal literature of the country, and it is appropriate to explain the foundations of this matter well. Moreover, both supporters and opponents have not examined the rulings, effects, and exceptions of the retroactive effect of termination. Therefore, the purpose of this research is to clarify the status of the parties' agreement on the retroactive effect of contract termination and to explain the rulings and effects of this type of agreement. This also demonstrates the practical aspect of the work.
Accordingly, the main question of this article is whether it is possible for the parties to agree on the retroactive effect of termination. If this is accepted, the sub-question is: What are the rulings, effects, and exceptions of the retroactive effect of contract termination? The hypothesis of this article in response to the main question is that issues in the world of jurisprudence and law are not necessarily subject to the rules governing natural affairs; rather, they must be interpreted in a customary-rational manner, and with this method of interpretation, the retroactive effect of contract termination is possible.

**Method**
In this article, library resources (books, articles, software, etc.) have been used with an analytical-descriptive method. In addition to examining sources related to Iranian law and an extensive review of sources related to Imami jurisprudence, a comparative study has been conducted with the laws of England, France, Germany, and Egypt.

**Findings**
In natural matters, the precedence of the effect over the cause is impossible, but in conventional (*iʿtibārī*) matters, this is possible and depends on the will of the validating party. A person can make

the effect precede the cause in terms of time, and this is not unacceptable in the eyes of custom, provided that rational goals can be achieved through the will of the validating party for the precedence of the effect over the cause.

In the legal systems of some countries, the primary effect of termination by law or by judicial practice is retroactive, dissolving the contract from the beginning. This itself implies the customary and rational acceptance of the possibility of a legal act having effect in the past. In some other legal systems, the possibility of individuals agreeing to create a legal effect in the past (such as concluding a contract with retroactive effect) is also accepted.

In Imami jurisprudence, in addition to some considering the effect of termination to be retroactive, there are also opinions that the terminating party can decide of their own will to terminate the contract from the beginning or to announce termination from that very moment, which implies the acceptance of creating a retroactive effect through the will of individuals.

**Conclusion**

The retroactive effect of contract termination is possible by agreement of the parties. This is accepted by custom (customary-rational interpretation). Hence, the main hypothesis of this article is proven.

In case of agreement on the retroactive effect of contract termination, it is necessary for the parties to specify the exact time of that effect in the past; failure to specify it in the contract will invalidate the agreement.

In case of the parties' agreement on the retroactive effect, after termination occurs, from the time specified in the contract, ownership of the benefits of the exchanged assets will vest in the party who becomes the owner of the asset after dissolution. In this case, if those benefits exist, they must be delivered to the owner; if they have perished, their equivalent (*mithl*) or value (*qīma*) must be delivered.

Despite accepting the possibility of the retroactive effect of contract termination by agreement, this also has exceptions, including

agreement on the retroactive effect of a marriage contract and cases where the retroactive effect conflicts with the rights of third parties.

***Data Availability Statement***
No data is available.

***Ethical Considerations***
The author has avoided any distortion, plagiarism, and research misconduct.

***Funding***
The author has not received any financial support in writing this article.

***Conflict of Interest***
The author declares that he has no conflicts of interest.

***Declaration on the Use of AI Tools in the Writing Process***
No AI tools were used in writing this article.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# تبیین فقهی و حقوقی امکان توافق بر تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته

امیرعباس عسکری[1]

۱. نویسنده مسئول، استادیار، حقوق خصوصی، پژوهشکده فرهنگ و ارتباطات، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. رایانامه: am.ab.askari@gmail.com

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:** پژوهشی

**تاریخ دریافت:** ۱۴۰۱/۰۹/۱۰
**تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۲/۰۹/۰۳
**تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۸/۳۰
**تاریخ انتشار برخط:** ۱۴۰۴/۰۹/۰۱

**کلیدواژه‌ها:**
اثر قهقرایی، انحلال قرارداد، اعتباری، اثر فسخ.

**چکیده**

فسخ قرارداد نسبت به آینده اثر دارد و تا هنگامی که موجبی برای فسخ قرارداد رخ نداده باشد قرارداد پابرجا است. بنابراین، با اعمال فسخ، قرارداد از همان زمان منحل خواهد شد و اثر فسخ به گذشته تسری نخواهد یافت. با وجود این، ممکن است طرفین قرارداد، مصلحت خود را در انحلال قرارداد از روز نخست بدانند و چنین توافق نمایند که در صورت فسخ قرارداد، قرارداد از ابتدا منحل گردد. در امکان پذیرش چنین توافقی در فقه و حقوق اختلاف وجود دارد و احکام، آثار و استثنائات آن به‌نحو مطلوب مشخص نگردیده است. لازم است مشخص شود که آیا امکان تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته با توافق اشخاص وجود دارد یا خیر و سپس احکام و آثار آن مشخص گردد. در این مقاله با روش تحلیلی - توصیفی از منابع کتابخانه‌ای استفاده شده است و ضمن بررسی تطبیقی موضوع، این نتیجه به دست آمد که امکان تعمیم آثار فسخ قرارداد نسبت به گذشته وجود دارد. احکام، آثار و استثنائات این امر نیز بررسی و تشریح شده است.

**استناد:** عسکری، امیرعباس. (۱۴۰۵). تبیین فقهی و حقوقی امکان توافق بر تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۸(۳۳)، ۱۶۷-۲۰۰. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.4889.1828
ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

## مقدمه

فسخ قرارداد دارای اثر نسبت به آینده است (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج۵، ص۱۲؛ امامی، بی‌تا، ج۱، ص۵۴۶؛ شهیدی، ۱۴۰۰، ص۲۰۵؛ صفایی، ۱۳۹۲، ص۳۰۹؛ نهرینی، ۱۴۰۰، ص۲۷۴؛ باقری اصل، ۱۴۰۰، ص۳۸۸) و تا سببی برای فسخ قرارداد رخ نداده باشد، قرارداد به حیات خود ادامه می‌دهد. پس از وقوع امری که موجب فسخ قرارداد است، قرارداد از همان زمان فسخ منحل خواهد شد و این فسخ دارای اثر نسبت به آینده است. با وجود این، ممکن است طرفین قرارداد چنین توافقی نمایند که در صورت فسخ قرارداد، قرارداد از ابتدا منحل گردد. در امکان پذیرش چنین توافقی در فقه و حقوق اختلاف وجود دارد. برخی بحث بر سر این موضوع را به مباحث فلسفی گره زده‌اند و همان‌گونه که در فلسفه گفته‌اند هر معلولی علتی دارد و تا علت واقع نشود، معلول نیز واقع نخواهد شد؛ در حقوق نیز گفته شده تا عمل حقوقی (علت) انشا نشده باشد، نمی‌توان منتظر آثار ناشی از آن عمل (معلول) بود. با وجود این، گروهی در مقابل بر آن‌اند که در عالم حقوق و فقه، بنا بر مصالحی ممکن است طرفین قرارداد برای رسیدن به منافع خود، شرایطی را برگزینند که لزوماً قابل تفسیر و پذیرش با منطق علت و معلولی فلسفی از وقایع نیست. به‌عنوان مثال، طرفین قرارداد بیع توافق نمایند که در صورت فسخ قرارداد، قرارداد از زمان انعقاد منحل شود و مالکیت عوضین از روز نخست به مالکیت طرفین بازگردد. از این‌رو، نگاه فلسفی صرف برخی از علما به امور فقهی و حقوقی مورد نهی و انتقاد صریح برخی دیگر از ایشان قرار گرفته است (امام خمینی(ره)، ۱۴۱۸، ص۱۹ـ۲۰؛ جناتی شاهرودی، بی‌تا، ص۵۰۰).

در خصوص پیشینهٔ موضوع قابل ذکر است که در فقه امامیه و متعاقب آن حقوق موضوعهٔ ایران در خصوص تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته، بررسی مجزایی صورت نگرفته است. برخی با همان تفاسیر فلسفی مخالف امکان چنین توافقی هستند و برخی امکان توافق را بدیهی انگاشته و مبنای آن را به‌صورت کامل تبیین نکرده‌اند.

از حیث پیشینهٔ تحقیق، در خصوص موضوع این مقاله پژوهش مستقلی پیش از

این صورت نگرفته است. در خصوص اثر قهقرایی فسخ، برخی مقالات و پایان‌نامه‌ها نگاشته شده است، از جمله: مقالهٔ «بررسی تطبیقی اثر قهقرایی فسخ» اثر محمدهادی ساعی و امین کزازی، مقالهٔ «بررسی فقهی حقوقی تأثیر فسخ معامله مبنا بر معاملات تملیکی متعاقب» اثر رضا زارعی و لیلا رحیمی، مقالهٔ «اثر قهقرایی فسخ با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه» اثر عباس کریمی و رسول بهرامپوری، پایان‌نامهٔ «امکان اثر قهقرایی فسخ قرارداد و استثنائات وارد بر آن» اثر مریم نصر و... با وجود این، آثار مذکور تفاوت اساسی با مقالهٔ حاضر دارند. در آثار مذکور، حکم اولیهٔ اثر فسخ (از حیث قهقرایی بودن یا نبودن) مورد بحث قرار گرفته است و ادلهٔ مربوط به اثر اولیهٔ فسخ مورد نقد و بررسی قرار گرفته است و آثار آن بحث شده است، اما این موضوع که اگر حکم اولیه، تأثیر فسخ نسبت به آینده باشد، ولی طرفین قرارداد توافق بر تأثیر آن نسبت به گذشته (اثر قهقرایی) نمایند، توافق مذکور چه حکم و آثاری خواهد داشت، در آثار مذکور مورد بررسی قرار نگرفته است. به بیان دیگر، در آثار قبلی منتشرشده در خصوص اثر فسخ، بحث مفصلی صورت نگرفته است که آیا طرفین قرارداد می‌توانند توافق بر تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته نمایند؟ و اگر بتوانند، احکام و آثار این توافق چیست؟ در آثار مذکور صرفاً از حکم اولیهٔ اثر فسخ بدون توافق طرفین و به حکم قانون سخن گفته شده است، در حالی که در اثر حاضر از امکان ایجاد اثر قهقرایی به ارادهٔ اشخاص و احکام و آثار آن سخن خواهیم گفت. بنابراین، جنبهٔ منحصر به فرد اثر حاضر این است که به صورت مفصل در خصوص تأثیر ارادهٔ اشخاص در اثر قهقرایی فسخ و احکام و آثار آن بحث خواهد کرد.

بنابراین، با توجه به اینکه تسری آثار فسخ به قبل از اعمال و حتی زمان انعقاد عقد به‌طور فزاینده‌ای در روابط حقوقی اشخاص شایع شده است، جای یک تحقیق مستقل در این خصوص در ادبیات حقوقی کشور خالی به نظر می‌رسد و شایسته است مبانی این امر به‌خوبی تبیین شود. مضاف بر این، چه موافقان و چه مخالفان، احکام، آثار و استثنائات تأثیر فسخ نسبت به گذشته را مورد بررسی قرار نداده‌اند. بنابراین، هدف این تحقیق این است که وضعیت توافق طرفین قرارداد بر تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته را روشن نموده و احکام و آثار این نوع توافق را تبیین نماید.

این مهم جنبهٔ کاربردی اثر را نیز نشـان می‌دهد؛ چه اینکه در این اثر روشـن خواهد شـد که اگر با وجود حکم اولیهٔ تأثیر فسـخ نسـبت به آینده در حقوق ایران، طرفین قرارداد توافق نمایند که فسخ قراردادشان اثر نسبت به گذشته داشته باشد، آیا این توافق صحیح است یا خیر و آثار آن چه در روابط طرفین و چه در روابط با دیگران چه خواهد بود.

با این توضـیح، سـؤال اصـلی این پژوهش از این قرار اسـت که آیا امکان توافق طرفین قرارداد بر تأثیر فسخ نسبت به گذشته وجود دارد؟ در صورت پذیرش این امر، سؤال فرعی از این قرار است که احکام، آثار و استثنائات تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته چیست؟

فرضیهٔ این مقاله در پاسخ به سؤال اصلی این است که موضوعات در عالم فقه و حقوق لزوماً تابع قواعد حاکم بر امور طبیعی نیستند، بلکه موضوعات مذکور را باید با روش عرفی-عقلایی تفسیر کرد و با این شیوهٔ تفسیر، امکان تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته وجود دارد.

جهت سـنجش فرضـیهٔ مذکور، در مبحث نخسـت از امکان تأثیر فسـخ قرارداد نسبت به گذشته با توافق طرفین صحبت خواهیم کرد. سپس در مبحث دوم، احکام و آثار تأثیر فسـخ قرارداد نسـبت به گذشـته را مشـخص کرده و در مبحث سـوم به استثنائات پرداخته خواهد شد.

## ۱. امکان تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته با توافق طرفین

در خصـوص تأثیر فسـخ قرارداد در قانون مدنی به‌صـراحت تعیین تکلیف نشـده است، اما با استفاده از برخی مواد قانون مدنی در خصوص برخی خیارات و همچنین مقررات مربوط به اقاله، مشـهور حقوقدانان[۱] نظر به عدم اثر قهقرایی برای فسـخ و تأثیر آن از زمان انشای فسخ و صرفاً نسبت به آینده داده‌اند (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج۵، ص۱۲؛ امامی، بی‌تا، ج۱، ص۵۴۶؛ شـهیدی، ۱۴۰۰، ص۲۰۵؛ صـفایی، ۱۳۹۲، ص۳۰۹؛ نهرینی، ۱۴۰۰، ص۲۷۴؛ باقری

۱. برخی حقوقدانان بین انواع خیار در تأثیر نسـبت به آینده و گذشـته تفاوت قائل شـده‌اند. در ادامه به دیدگاه ایشان اشاره خواهد شد.

اصل، ۱۴۰۰، ص۳۸۸).[۱] در فقه امامیه، هرچند نظر مخالف نیز وجود دارد (به نقل از نجفی، ۱۴۰۴، ج۲۳، ص۸۲)، اما قول مشهور بر تأثیر فسخ نسبت به آینده دلالت دارد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج۲، ص۱۷؛ حلی، ۱۴۱۴، ج۱۱، ص۱۳۸؛ عاملی، ۱۴۱۷، ج۳، ص۲۷۷؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۲۱۵؛ عاملی، بی‌تا، ج۴، ص۵۹۵-۵۹۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج۹، ص۴۰). با وجود این، ممکن است طرفین قرارداد مصلحت کار خود را در این ببینند که در صورت فسخ قرارداد، انحلال قرارداد در گذشته اثر کرده و آثاری که در گذشته از قرارداد ناشی شده است را منتفی نماید. در این صورت، امکان توافق طرفین قرارداد در تأثیر فسخ نسبت به گذشته محل بحث و نظر است.

برخی امکان توافق طرفین قرارداد در تأثیر فسخ نسبت به گذشته را نپذیرفته‌اند. دیدگاه مخالفان بر دلایل ذیل استوار است:

**الف) عدم امکان تصرف در عنصر زمان:** برخی از تأثیر فسخ قرارداد در گذشته به تبدیل قرارداد صحیح به باطل تعبیر کرده و بر این نظرند که همان‌طور که در امور طبیعی نمی‌توان در زمان گذشته تصرف کرد، در امور اعتباری حقوقی نیز نمی‌توان با تصرف در عنصر زمان، قراردادی را که صحیح بوده است باطل تلقی کرد (شهیدی، ۱۳۹۹، ص۷۶ و ۸۰)؛ زیرا نظام امور واقعی در امور حقوقی نیز جاری است و نمی‌توان با تصرف در گذشته، ماهیت‌های حقوقی موجود در گذشته را معدوم کرد و یا تغییر داد (شهیدی، ۱۳۹۹، ص۵۱-۵۵).

**ب) متناقض شدن وضعیت عقد در صورت تأثیر فسخ نسبت به گذشته:** به عقیده برخی، تأثیر انحلال قرارداد در گذشته غیرممکن است؛ زیرا معنای آن پذیرش این امر است که تا زمان حصول موجب انحلال، قرارداد صحیح باشد و با حدوث سبب، از زمان انعقاد قرارداد تا حصول موجب انحلال، همزمان قرارداد باطل هم باشد و این مستلزم تناقض است (رضوی، ۱۴۰۰، ص۱۵۵). به بیان دیگر، یک قرارداد نمی‌تواند در یک زمان صحیح تلقی شود و سپس به‌واسطهٔ عارضهٔ بعدی مانند تحقق شرط فاسخ، در همان زمان بطلان آن کشف شود (نهرینی، ۱۴۰۰، ص۳۲۰).

---

۱. البته برخی از آنان در برخی مصادیق استثنائاتی بر اصل تأثیر فسخ نسبت به آینده قائل شده‌اند که در ادامه به آن اشاره خواهد شد.

نتیجهٔ صحیح دانستن قرارداد در یک زمان و سپس باطل دانستن همان قرارداد در همان زمان این است که ابتدا در فاصلهٔ بین انعقاد قرارداد تا اعمال فسخ، خریدار را مالک بدانیم و پس از اعمال فسخ، در همان فاصلهٔ زمانی فروشنده را مالک بدانیم. در این صورت مالکیت انحصاری متعدد در مال واحد و در زمان واحد رخ می‌دهد که امری محال است.

**ج) عدم تطابق فسخ قهقرایی با مکانیسم‌های قراردادی در نظام حقوقی ایران:** به عقیده برخی، اینکه قراردادی در عالم اعتبار تحقق یابد و آثار قانونی جریان پیدا کند و سپس قرارداد مذکور با همه آثار آن از ابتدا و از زمان گذشته تا زمان انحلال معدوم شود، وضعیتی است که در مکانیسم قراردادها در حقوق ایران و فقه اسلامی جایی برای آن نمی‌توان پیدا کرد و از این رو قابل پذیرش نیست (شهیدی، ۱۳۹۹، ص۷۶ و ۸۰).

مطابق با این استدلال، از آنجا که انحلال قهقرایی قرارداد در حقوق ایران و فقه اسلامی مصداقی ندارد و در نظام حقوقی ایران مبتنی بر فقه امامیه، نهادی که موجب انحلال قرارداد از ابتدا شود، به رسمیت شناخته نشده است، لذا نمی‌توان این اجازه را به طرفین قرارداد داد تا خود دست به ایجاد چنین نهادی بزنند.

در مقابل، به دلایل ذیل می‌توان به ایرادهای وارده پاسخ داده و حکم به صحت توافق اشخاص در تأثیر فسخ نسبت به گذشته داد:

**نخست) اعتباری بودن ماهیت قرارداد و لزوم تفسیر عرفی-عقلایی آن:** حقوق دارای ماهیت اعتباری است نه حقیقی. لزوماً قواعد حاکم بر عالم اعتبار با قواعد حاکم بر عالم خارج یکسان نیست و آنچه در عالم تکوین غیرممکن جلوه می‌نماید، در عالم اعتبار می‌تواند ممکن باشد و بستگی به خواست معتبِر دارد (خمینی، ۱۳۸۲ش، ج۱، ص۱۶۳-۱۷۲؛ خمینی، ۱۴۱۵، ج۱، ص۲۷۶-۲۷۷؛ خویی، ۱۴۱۷، ج۲، ص۳۰۶، ۳۰۹ و ۳۱۳). در صورتی که اعتبارکننده جهت نیل به منفعتی بخواهد اثر یک ماهیت حقوقی را به گذشته تعمیم دهد، این امر غیرممکن نخواهد بود؛ چون تقدم زمانی معلول بر علت در عالم حقوق که عالم اعتبار است، هیچ‌گونه اشکالی در بر ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ج۱، ص۳۵۱؛ نراقی، ۱۴۲۲، ص۶۵؛ امام خمینی(ره)، ۱۴۱۸ب، ج۲، ص۲۰؛ کوه‌کمری، ۱۴۰۹، ص۳۶۰-۳۶۶؛ قمی، ۱۴۲۶، ج۷، ص۴۳۶؛ محقق داماد، ۱۳۹۸، ص۱۵۵).

روش تفسیر مسائل حقوقی (به‌ویژه حقوق قراردادها که اصولاً احکام آن امضایی است) روش‌های مرسوم در فلسفهٔ وجودشناسی (لزوم تقدم زمان علت بر معلوم و زمان شرط بر مشروط و...) نیست، بلکه روش عرفی-عقلایی است. در هر مورد برای تجویز یا عدم تجویز یک امر حقوقی باید به عرف و بنای عقلا تمسک جست (طباطبایی، بی‌تا، ج۱، ص۱۴-۱۵). در این روش تسامح جاری است (همدانی، ۱۳۹۳، ص۱۱۳)؛ البته منظور از تسامح عدم دقت نیست، بلکه منظور دوری جستن از دقت عقلی و برهانی است (امام خمینی(ره)، ۱۳۸۱، ص۲۱۸-۲۱۹).

با این روش تفسیر باید امکان توافق بر تأثیر فسخ قرارداد در گذشته را پذیرفت، زیرا در عرف عامه مردم، انحلال قرارداد از روز نخست امری محال نیست و انحلال قهقرایی قرارداد در قراردادهای جاری بین مردم (از جمله با درج عباراتی چون «قرارداد کأن لم یکن خواهد شد» در قرارداد) دیده می‌شود. همچنین، تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته دور از قبول عقلا نیست و عقلا در صورت وجود نفع عقلایی، تقدم زمان معلول بر علت در امور حقوقی که وظیفهٔ تنظیم روابط اشخاص را دارد، فاقد اشکال می‌دانند.

علاوه بر این، تعمیم اثر فسخ قرارداد به گذشته با تناقض مواجه نیست. هرچند انقلاب حقیقی در امور حقیقی و اعتباری ممتنع است، اما انقلاب اعتباری در امور اعتباری ممکن و صحیح است (خمینی(ره)، ۱۴۱۸ب، ج۲، ص۱۲۴). به بیان دیگر، در امور اعتباری با تعدد زمان اعتبار می‌توان معتبَر را تغییر داد؛ یعنی می‌توان در یک زمان (مثلاً دوشنبه) «الف» را مالک مالی بدانیم و با اعتباری جدید پس از آن (مثلاً در روز چهارشنبه)، در همان زمان اولیه (دوشنبه) «ب» را مالک همان مال فرض کنیم. بر همین مبنا، به عقیده برخی مانعی ندارد که در عالم اعتبار مالک یک مال، مالش را متقدم بر زمان قرارداد و نسبت به زمان گذشته به دیگری منتقل کند، همان‌طور که می‌تواند آن را متأخر از زمان قرارداد (تأخیر در انتقال مالکیت) بفروشد (کوه‌کمری، ۱۴۰۹، ص۳۷۲). وانگهی، به عقیده برخی، اجتماع چند مالک به نحو استقلال در مال واحد لزوماً امر نامعقولی نیست و در برخی فروع فقهی پذیرفته شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج۲، ص۱۲۳).

**دوم) آزادی اراده در تعیین زمان تأثیر فسخ:** مطابق با اصل آزادی قراردادها، طرفین قرارداد در تشکیل قرارداد و درج هرگونه شرط ضمن آن و همچنین در انحلال قرارداد به هر نحو آزاد می‌باشند، مگر اراده آنان مغایر با قوانین امری یا نظم عمومی باشد. در خصوص فسخ قرارداد، آنچه باید مورد توجه قرار گیرد این است که فسخ به معنای «انحلال قرارداد» است و نه «انحلال قرارداد نسبت به آینده». در واقع مقتضای فسخ انحلال است و نه انحلال نسبت به آینده، و طرفین قرارداد باید در تعیین زمان انحلال قرارداد آزاد باشند. از طرف دیگر، تأثیر فسخ قرارداد نسبت به آینده مربوط به نظم عمومی نبوده و قاعده‌ی امری و بدون تخلف نیست، بلکه اثر نوعی فسخ است که در صورت سکوت طرفین قرارداد بر فسخ بار خواهد شد، اما طرفین قرارداد می‌توانند برخلاف آن توافق نمایند (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج۱، ص۱۵) و توافق آنان به حکم مادهٔ ۱۰ قانون مدنی و آیهٔ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لازم‌الاتباع خواهد بود. برخی حقوقدانان به صراحت نقش ارادهٔ طرفین قرارداد در تعیین زمان تأثیر فسخ قرارداد را پذیرفته‌اند. ایشان که در خیار شرط قائل به تأثیر آن نسبت به گذشته هستند، انحلال قرارداد از زمان تشکیل را نتیجه‌ی قصد مشترک طرفین می‌دانند؛ زیرا در خیار شرط طبق قصد متعاقدین، قرارداد متزلزل است و آن‌ها می‌خواهند در صورت فسخ قرارداد، وضعیت به پیش از زمان انعقاد قرارداد بازگردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ص۴۹-۵۰). در فقه امامیه نیز برخی بر نقش ارادهٔ صاحب حق فسخ در تأثیر آن نسبت به گذشته نظر داده‌اند (خمینی(ره)، ۱۴۱۸الف، ج۲، ص۱۲۹). به عقیدهٔ ایشان، صاحب حق فسخ این اختیار را دارد که قرارداد را از اول (زمان انعقاد قرارداد) یا از حین انشای فسخ و یا حتی فاصله‌ای بین این دو فسخ نماید (خمینی(ره)، ۱۴۱۸ب، ج۲، ص۱۹۰ و ۳۴۳). بدیهی است در صورتی که اختیار ذوالخیار در تعیین زمان تأثیر فسخ پذیرفته شود، به طریق اولی می‌توان به صحت توافق طرفین در این خصوص رأی داد.

**سوم) وجود مصادیق فسخ قهقرایی یا نهاد مشابه آن در نظام حقوقی ایران:** چنان‌که گذشت، یکی از ایراداتی که به تأثیر فسخ قرارداد در گذشته وارد شده است، عدم تطابق فسخ قهقرایی با مکانیسم‌های موجود در نظام حقوقی ایران مبتنی بر فقه امامیه است. این ادعا از دو جهت مخدوش است:

**اولاً**، عدم تطابق یک نهاد حقوقی با نهادهای موجود در نظام حقوقی ایران لزوماً به معنای عدم صحت آن نهاد نیست. آنچه از اصول و قواعد فقهی و حقوقی حاکم بر حوزه معاملات فهمیده می‌شود، این است که تطابق هر نهاد حقوقی با احکام فقهی و حقوقی ضرورت ندارد، بلکه عدم مغایرت آن نهاد با قواعد آمره کفایت می‌کند. آیهٔ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و تفاسیر فقهای متأخر از آن و همچنین اصل اباحه مؤیدی بر این امر است. در نظام حقوقی کنونی ایران نیز با وجود مادهٔ ۱۰ قانون مدنی، تردیدی نیست که هر توافقی معتبر است مگر برخلاف قوانین امری باشد. بنابراین، فسخ قهقرایی قرارداد مغایر هیچ‌یک از موارد مذکور نیست و هرچند شاید قابل انطباق با مکانیسم‌های موجود در نظام حقوقی ایران نباشد، اما مغایرتی با اصول حاکم بر حقوق قراردادها در نظام حقوقی ایران ندارد و همین امر جهت پذیرش صحت آن کفایت می‌کند.

**ثانیاً**، این ادعا که فسخ قهقرایی قرارداد در نظام حقوقی ایران مبتنی بر فقه امامیه سابقه‌ای ندارد، صحیح به نظر نمی‌رسد. پیش از این گذشت که برخی تأثیر اعمال خیار شرط را قهقرایی می‌دانند و برخی دیگر در فسخ قرارداد بر این عقیده‌اند که تعیین زمان تأثیر فسخ با دارنده‌ی حق فسخ است. مضاف بر این، فسخ قهقرایی قرارداد دارای آثاری شبیه به ابطال قرارداد است که آثار قرارداد را از زمان انعقاد منتفی می‌کند. امکان ابطال قرارداد در حقوق ایران هرچند استثنائی است، اما به‌طور کلی امری ناشناخته نیست و در برخی قوانین ایران قانون‌گذار ابطال قرارداد را پیش‌بینی کرده است و این‌گونه نیست که چنین وضعیتی سابقه‌ای در نظام حقوقی ایران نداشته باشد. مصداق بارز ابطال قرارداد را می‌توان مادهٔ ۱۷۹ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳/۰۶/۲۹ دانست که مطابق با آن: «هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به‌وسیله دادگاه باطل و یا تغییر داده شود...». به موجب این ماده، قرارداد کمک و نجات که در زمان خطر و تحت تأثیر آن در دریا منعقد می‌شود، در صورتی که شرایط آن ناعادلانه باشد، به درخواست هر یک از طرفین قابل ابطال خواهد بود و به حکم دادگاه قرارداد از ابتدا بی‌اثر خواهد شد.

جالب اینکه عنوان ماده مذکور «امکان تغییر یا فسخ قرارداد کمک و نجات» است. مادۀ ۱۳۱ لایحۀ قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۴، مادۀ ۷ کنوانسیون بین‌المللی نجات دریایی مصوب ۱۹۸۹ لندن (که ایران به موجب قانون اجازۀ الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی نجات دریایی مصوب ۱۳۷۳/۰۱/۳۰ به آن پیوسته است)، بند «ج» مادۀ ۵۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۰۸ و بند ۷ مادۀ ۶۱ همان قانون را از دیگر مصادیق ابطال قرارداد در نظام حقوقی ایران می‌توان دانست.

**چهارم) پذیرش امکان تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته در سایر نظام‌های حقوقی:** از حیث حقوق تطبیقی، در بسیاری از نظام های حقوقی دنیا امکان تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته پذیرفته شده است. این پذیرش به دو صورت است: در مواردی به‌عنوان حکم اولیه، فسخ قرارداد موجب انحلال قرارداد نسبت به گذشته می‌شود و در مواردی هرچند حکم اولیه تأثیر فسخ نسبت به آینده است، اما طرفین قرارداد می‌توانند توافق بر تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته نمایند. پذیرش فسخ قهقرایی به‌عنوان حکم اولیه در قوانین سایر کشورها و همچنین از سوی حقوقدانان خارجی خود می‌تواند مؤیدی بر عقلایی بودن این نوع فسخ باشد و از طرف دیگر، پذیرش امکان توافق اشخاص در این خصوص، حاکی از امری نبودن قوانین مربوط به زمان تأثیر فسخ در نظام حقوقی سایر کشورها و آزادی اراده در این خصوص است. در ادامه نتیجه بررسی تطبیقی موضوع خواهد آمد.

در حقوق فرانسه، تا پیش از اصلاحات سال ۲۰۱۶، دیدگاه غالب بر این بود که فسخ قرارداد اثر قهقرایی نسبت به گذ شته دارد (Mazeaud & Henri, 1997, pp. 656-658). هرچند قانون مدنی فرانسه حکم صریحی در خصوص تأثیر فسخ قرارداد نداشت، اما دکترین حقوقی و رویه قضایی با استنباط از مقررات قانون مدنی در مورد زمان تأثیر تحقق شرط فا سخ (مواد ۱۱۸۳ و ۱۱۸۴ سابق قانون مدنی)، بر این نظر بودند که در قراردادهای آنی، اثر فسخ به گذ شته سرایت می‌کند و فسخ دارای اثر قهقرایی ا ست، برخلاف قراردادهای مستمر که فسخ نسبت به آینده مؤثر ا ست (شهیدی، ۱۳۹۹، ص۵۲؛

پاکباز، ۱۴۰۱، ص۳۲۷-۳۲۹). در اصلاحات سال ۲۰۱۶ قانون مدنی فرانسه، در مادهٔ ۱۲۲۹ مقرر شد که فسخ موجب خاتمهٔ قرارداد است. از این رو در نگاه نخست ممکن است برداشت شود که اثر نسبت به آینده برای فسخ در نظر گرفته شده است، اما برداشت حقوقدانان فرانسوی از آن ماده در کنار سایر مواد و رویه قضایی این است که مادهٔ مذکور به این معنا نیست که فسخ صرفاً آینده‌نگر است، بلکه دارای آثار مهمی نسبت به گذشته است (Terré, Simler, Lequette & Chénedé, 2019, p. 881).

در حقوق آلمان، فسخ قرارداد با توجه به دلیل آن دارای آثار متفاوت است. در خصوص فسخ به موجب نقض تعهد قراردادی، هرچند حکم صریحی در قانون مدنی نیامده است، اما برخی مقررات موجود در قانون مدنی حکایت از تأثیر گسترده فسخ نسبت به گذشته دارد. به موجب بند ۱ مادهٔ ۳۴۶ قانون مدنی آلمان، قاعدهٔ کلی این است که طرفین موظف‌اند هر چیزی را که قبلاً از طرف دیگر دریافت کرده‌اند، به‌گونه‌ای بازگردانند. به‌عنوان مثال، اگر فروشنده خودرو، مالی را همراه خودرو منتقل کرده و در اختیار خریدار قرار داده باشد، خریدار باید مال را مجدداً به فروشنده واگذار کرده و خودرو را به وی تحویل دهد. همچنین، طرفین باید هرگونه منافعی را که ممکن است از اجرای قرارداد در این مدت به دست آورده باشند، تحویل دهند. اگر استرداد ممکن نباشد، بند ۲ مادهٔ ۳۴۶ قانون مدنی آلمان[1] تصریح می‌کند که طرفی که نمی‌تواند به تعهدات مندرج در بند ۱ همان ماده عمل کند، باید با پرداخت پول جبران کند (Markesinis, Unberath & Johnston, 2006, pp. 433-434). در فسخی که به موجب برخی اشتباهات رخ داده در قرارداد انجام می‌شود، انحلال قرارداد دارای اثر قهقرایی است و از ابتدا قرارداد را منحل می‌کند (Ibid, p. 289).

در حقوق انگلیس، عوامل مختلفی حق انحلال قرارداد را به طرفین قرارداد می‌دهد که برخی دارای اثر قهقرایی است و برخی صرفاً نسبت به آینده قرارداد را منحل می‌کند. برخی از این عوامل مانند نقض تعهدات قراردادی، در شرایط خاص این حق را به طرف مقابل می‌دهد تا قرارداد را نسبت به آینده فسخ کند بدون اینکه

1. German civil code: burgerliches Gesetzbuch (BGB).

به حقوق و تعهدات سابق خللی وارد آید. به این اقدام اصطلاحاً «Termination» یا «خاتمهٔ قرارداد» گویند که آثاری مشابه فسخ قرارداد در حقوق ایران دارد. اما برخی عوامل دیگر ازجمله ارائهٔ اطلاعات نادرست (اظهار خلاف واقع)[1]، اجبار[2]، نفوذ ناروا (اکراه)[3]، تقلب[4] و... این حق را برای طرف مقابل ایجاد می‌کند که قرارداد را از روز انعقاد منحل نماید. به این اقدام «Rescission» گویند که آثار آن شبیه فسخ با اثر قهقرایی یا ابطال قرارداد است (Goode, 2004, pp. 79-80; Burrows, 2016, p. 171) و طرفین را به موقعیتی که پیش از انعقاد قرارداد داشتند، بازمی‌گرداند (Seddon & Bigwood, 2017, p. 568; Suff, 1997, p. 59; Charman, 2007, p. 179; Robertson & Paterson, 2020, p. 446). در این موارد، تأثیر فسخ بر قرارداد، حذف کامل آن است (Furmston, 2017, ch. 4, p. 75) و گویی قرارداد هرگز به وجود نیامده است (O'Sullivan & Hilliard, 2012, p. 233). نکته قابل توجه اینکه حتی در مواردی که فسخ اثر قهقرایی ندارد (Termination)، پذیرفته شده است که در صورت توافق طرفین قرارداد بر اثر قهقرایی فسخ، قرارداد مطابق با توافق طرفین از ابتدا منحل خواهد شد (Seddon & Bigwood, 2017, p. 1096).

در حقوق آمریکا نیز برخی اشتباهات، اظهار خلاف واقع، اجبار و... قرارداد را قابل ابطال می‌کند و حقی مشابه جهت فسخ قهقرایی قرارداد به طرف دیگر قرارداد می‌دهد (Snyder & Burge, 2017, pp. 283-284; Verkerke, 2012, pp. 17-18, 35, 99; Ricks, 2017, p. 241).

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا[5] مصوب سال ۱۹۸۰ نیز هرچند تصریحی بر تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته نشده است، اما از برخی مقررات آن از جمله بند ۲ مادهٔ ۸۱ و مادهٔ ۸۴، اثر قهقرایی فسخ به ذهن متبادر می‌شود. به موجب بند ۲ مادهٔ ۸۱ کنوانسیون مذکور، طرفی که قرارداد را به‌طور کامل یا جزئی اجرا کرده است،

---

1. Misrepresentation.
2. Duress.
3. Undue Influence.
4. Fraud.
5. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).

می‌تواند هر آنچه را که طبق قرارداد عرضه کرده یا پرداخت کرده است، از طرف دیگر استرداد کند. در مادهٔ ۸۴ کنوانسیون، تکلیف هر طرف قرارداد به پرداخت بهرهٔ ثمن یا استرداد منافع یا پرداخت ارزش منافع به طرف دیگر پیش‌بینی شده است. پیش از کنوانسیون مذکور، در بند ۲ مادهٔ ۷۸ و مادهٔ ۸۱ کنوانسیون مربوط به قانون یکنواخت در مورد بیع بین‌المللی کالا[1] مصوب ۱۹۶۴ نیز مقررات مشابه آمده است و کنوانسیون اخیر را منشأ احکام مذکور در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، مصوب ۱۹۸۰ در خصوص تأثیر فسخ نسبت به گذشته دانسته‌اند (Schwenzer & Fountoulakis. 2007. P583 & 585).

در حقوق مصر، برای فسخ اثر قهقرایی قائل هستند و با وقوع فسخ، قرارداد از زمان انعقاد منحل می‌شود. در این خصوص در مادهٔ ۱۶۰ قانون مدنی مصر چنین آمده است: «در صورت فسخ قرارداد، متعاقدین به وضعیت پیش از قرارداد بازمی‌گردند و اگر این امر ممکن نباشد، حکم به جبران خسارت ممکن است.» به عقیدهٔ حقوقدانان مصری، با توجه به اطلاق این ماده، با وقوع هر یک از اقسام سه‌گانهٔ فسخ که در نظام حقوقی مصر وجود دارد، قرارداد از زمان وقوع منحل می‌شود، نه از زمان فسخ یا حکم دادگاه به فسخ؛ بنابراین، فسخ اثر رجعی دارد (سنهوری، بی‌تا، ج۱، ص۵۸۳).

در نتیجهٔ ادلّه و توضیحات فوق، باید پذیرفت که طرفین قرارداد، بدون آنکه با محدودیت‌های عالم واقع مواجه باشند، مبتنی بر آیهٔ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و مادهٔ ۱۰ قانون مدنی می‌توانند با توافق یکدیگر آثار فسخ قرارداد را به گذشته تعمیم دهند و در روابط خود این‌گونه اعتبار نمایند که قرارداد از همان ابتدا منحل شده است. این اعتبار دارای نفع عقلایی است و مورد پذیرش عقلا است و از سوی شارع یا قانون‌گذار نیز رد نشده است و مغایر با هیچ‌یک از قوانین آمره نیست.

## ۲. احکام و آثار تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته

با پذیرش امکان تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته و از روز انعقاد قرارداد، همانند نظریهٔ کشف در انعقاد قراردادهایی مثل قرارداد فضولی و اکراهی، کلیهٔ آثاری

1. Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS).

که بر مالکیت از گذشته تا به حال امکان تحقق دارد، محقق خواهد شد (اراکی، ۱۴۱۴، ص۳۱-۳۲).

از این رو، در این مبحث، احکام و آثار تأثیر انحلال قرارداد نسبت به گذشته با توافق طرفین مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

## ۲ـ۱. لزوم تعیین دقیق زمان تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته

آزادی ارادهٔ طرفین قرارداد در تعیین تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته منحصر به توافق بر تأثیر فسخ از زمان انعقاد قرارداد نیست و توافق طرفین می‌تواند ناظر به شروع تأثیر فسخ از هر زمان باشد (خمینی(ره)، ۱۴۱۸ب، ج۲، ص۱۹۰). به‌عنوان مثال، اگر قرارداد در تاریخ ۱۴۰۱/۰۱/۰۱ منعقد شده باشد و در تاریخ ۱۴۰۱/۰۲/۰۱ فسخ شود، ممکن است طرفین توافق کرده باشند که در صورت فسخ قرارداد، فسخ از تاریخ ۱۵ روز پس از انعقاد قرارداد (۱۴۰۱/۰۱/۱۵) مؤثر واقع شود. در این فرض، انحلال قرارداد از زمان تعیین‌شده توسط طرفین قرارداد مؤثر خواهد بود و آثار خود را به همراه خواهد داشت. بنابراین، از آنجا که زمان تأثیر فسخ قرارداد می‌تواند آثار زیادی به همراه داشته باشد و میزان تعهدات طرفین پس از فسخ قرارداد را مشخص نماید، لازم است زمان تأثیر فسخ قرارداد به نحو دقیق از سوی طرفین مشخص شود. حال اگر تاریخ دقیق تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته در قرارداد مشخص نشده باشد و طرفین صرفاً تصریح به اثر کشفی یا قهقرایی نمایند (مثلاً در یک قرارداد بیع آمده باشد که در صورت اعمال حق فسخ از سوی فروشنده، قرارداد از گذشته منحل گردد)، این امر چه تأثیری در وضعیت قرارداد خواهد گذاشت؟ ممکن است گفته شود موضوع توافق طرفین مجهول و در نتیجه باطل است، اما با توجه به اینکه در غالب موارد منظور از اثر کشفی یا قهقرایی تأثیر فسخ، انحلال از روز انعقاد قرارداد است، صحیح‌تر این است که مواردی که طرفین قرارداد به نحو مطلق بر اثر کشفی یا قهقرایی تصریح کرده و تاریخ دقیق آن را مشخص نکرده‌اند، حمل به مورد غالب شود و فرض شود که مقصود طرفین تأثیر از زمان انعقاد قرارداد بوده است.

فرض دیگری نیز قابل تصور است: ممکن است طرفین توافق بر تأثیر فسخ نسبت به گذشته نمایند اما بین دو تاریخ در خصوص تأثیر انحلال قرارداد اختلاف شود:

یک تاریخ نزدیک‌تر به زمان انعقاد قرارداد و دیگری نزدیک‌تر به زمان وقوع فسخ قرارداد. در این فرض، از آنجا که اصل بر تأثیر فسخ قرارداد نسبت به آینده است و اثر قهقرایی استثنا محسوب می‌شود، در موارد تردید باید به اصل اولیه رجوع کرد و زمان تأثیر فسخ قرارداد را زمان نزدیک‌تر به وقوع فسخ دانست.

## ۲ـ۲. وضعیت مالکیت منافع عوضین در صورت تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته

شاید بتوان گفت مهم‌ترین اثر تأثیر فسخ قرارداد در گذشته، وضعیت مالکیت منافع عوضین است، به‌نحوی که فقها و حقوقدانان ذیل موضوع زمان تأثیر فسخ قرارداد عمدتاً به بررسی همین اثر پرداخته‌اند. در صورت توافق طرفین بر تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته، پس از وقوع فسخ، از زمان تعیین‌شده در قرارداد، مالکیت منافع عوضین به طرفی که پس از انحلال مالک عین خواهد شد، تعلق خواهد گرفت. به‌عنوان نمونه، اگر قرارداد بیعی منعقد شده باشد و فسخ شود، منافع مبیع در زمان بین روزی که اثر فسخ به آن تعمیم داده شده است تا روز اعمال حق فسخ، متعلق به فروشنده و منافع ثمن در همان زمان متعلق به مشتری خواهد بود. در این صورت، اگر منافع مذکور موجود باشد باید به مالک تسلیم شود و در صورتی که از بین رفته باشد، باید مثل یا قیمت آن به مالک تسلیم شود. بنابراین، با تراضی بر تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته، طرفین نسبت به منافع گذشته عوضین قرارداد حق پیدا می‌کنند. به‌عنوان مثال، اگر شخصی باغ متعلق به خود را به دیگری بفروشد و تراضی نمایند که در صورت فسخ قرارداد، قرارداد از روز نخست منحل شود و سپس قرارداد پس از ۳ ماه توسط یکی از طرفین فسخ شود، فروشنده می‌تواند منافع باغ در فاصله بین زمان انعقاد قرارداد تا زمان فسخ قرارداد را از خریدار مطالبه کند. در این صورت، اگر درختان باغ ثمره داده باشد و هنوز خریدار از آن بهره‌برداری نکرده باشد، ثمره‌های مذکور متعلق به فروشنده خواهد بود و اگر خریدار سابقاً از آن استفاده کرده باشد، موظف است مثل یا قیمت آن را به فروشنده مسترد نماید.

از حیث حقوق تطبیقی نیز در نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی‌ای که تأثیر فسخ نسبت به گذشته پذیرفته شده است، بر لزوم استرداد منافع عوضین به طرف

دیگر تصریح شده است:

در حقوق آلمان، مستنبط از مادهٔ ۳۴۶ قانون مدنی، در فرض فسخ قرارداد، علاوه بر استرداد عوضین، طرفین باید هرگونه منافعی را که ممکن است از اجرای قرارداد در این مدت به دست آورده باشند، تحویل دهند (Markesinis, Unberath & Johnston, 2006, p. 433). در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰، بر پرداخت بهرهٔ ثمن توسط فروشنده و استرداد منافع مبیع توسط خریدار تأکید شده است. مطابق با بند ۱ مادهٔ ۸۴ کنوانسیون مذکور، اگر فروشنده ملزم به استرداد ثمن باشد، باید منافع (بهره) آن را نیز از تاریخ پرداخت ثمن بپردازد. در طرف مقابل، مطابق با بند ۲ مادهٔ ۸۴ کنوانسیون، خریدار باید در دو فرض تمام منافعی را که از کالا یا بخشی از آن به دست آورده است با فروشنده حساب کند: الف) اگر باید کالا یا بخشی از آن را استرداد کند؛ ب) اگر استرداد تمام یا قسمتی از کالا اساساً با همان شرایطی که آن را دریافت کرده است برای او غیرممکن باشد، اما با وجود این قرارداد فسخ یا فروشنده را ملزم به تحویل کالای جایگزین کرده باشد. مشابه همین دو مقرره در بند ۱ و ۲ مادهٔ ۸۱ کنوانسیون مربوط به قانون یکنواخت در مورد بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۶۴ نیز آمده است. در حقوق مصر، با فسخ قرارداد باید عوضین به وضعیت پیش از قرارداد بازگردد؛ بنابراین اگر قرارداد فسخ‌شده بیع باشد، مبیع باید با منافعش مسترد شود و ثمن نیز باید همراه با بهرهٔ قانونی به طرف دیگر بازگردد (سنهوری، بی‌تا، ج۱، ص۵۸۳).

تکلیف هر طرف قرارداد به استرداد منافع یا جبران به مثل یا قیمت مختص منافع مستوفات نیست، بلکه هر طرف علاوه بر جبران منافع مستوفات، منافع غیرمستوفات را نیز باید جبران نماید. به‌عنوان مثال، اگر قرارداد بیعی نسبت به یک خانه منعقد شده باشد و پس از ۳ ماه قرارداد فسخ شود و طبق توافق قبلی طرفین، فسخ از ابتدای قرارداد مؤثر باشد، در این صورت خریدار حتی اگر از خانه خریداری‌شده استفاده نکرده باشد (مثلاً خانه خالی مانده باشد)، باز هم موظف است مابه‌ازای منافع غیرمستوفات را به فروشنده پرداخت نماید. در این خصوص، در حقوق آلمان علاوه بر منافع واقعاً استفاده‌شده، منافعی که امکان استفاده از آن فراهم بوده است ولو استفاده نشده باشد (منافع غیرمستوفات) نیز باید جبران شود

(Markesinis, Unberath & Johnston, 2006, p. 433). با وجود این، برخی نویسندگان خارجی در بیع مشمول کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، در خصوص تکلیف خریدار به جبران منافعی که می‌توانسته از آن استفاده کند اما در واقع استفاده نکرده است (منافع غیرمستوفات) اعلام نظر قطعی نکرده و آن را محل اختلاف دانسته‌اند (Schwenzer & Fountoulakis, 2007, p. 596).

## ۳. استثنائات تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته

هرچند اصل آزادی ارادهٔ اشخاص در تعیین زمان تأثیر فسخ قرارداد و تعمیم آثار آن در گذشته پذیرفته شد، اما این آزادی بی‌قیدوشرط نیست و توافق اشخاص در این خصوص در برخی موارد استثنائاً قابل پذیرش نخواهد بود که به بررسی آن خواهیم پرداخت.

### ۳ـ۱. عدم امکان تأثیر فسخ قرارداد نکاح نسبت به گذشته

با توجه به اهمیت و جایگاه خانواده در جامعه، قوانین مرتبط با حوزهٔ ازدواج و از جمله انحلال آن (طلاق، فسخ و بذل مدت) از نوع قوانین آمره و قوانین مربوط به نظم عمومی جامعه محسوب می‌شوند و ارادهٔ اشخاص در تغییر احکام آن جز در مواردی که در قانون تصریح شده باشد، کارگزار نخواهد بود. علاوه بر این، با توجه به اینکه تأثیر انحلال نکاح در گذشته آثار غیرقابل قبولی به همراه دارد و از جمله روابط مشروع اشخاص را تبدیل به روابط نامشروع و نسب فرزندان احتمالی ناشی از آن ازدواج را نامشروع جلوه می‌دهد، نمی‌توان به اشخاص اجازه داد تا در خصوص زمان تأثیر انحلال نکاح توافق نمایند. بنابراین، طرفین قرارداد نکاح نمی‌توانند در خصوص زمان تأثیر فسخ نکاح از سوی یکی از آنان با یکدیگر توافق نمایند و در نتیجه هرگونه توافق در این زمینه به علت مغایرت با قوانین آمره و نظم عمومی قابل پذیرش نخواهد بود.

### ۳ـ۲. مغایرت تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته با حقوق اشخاص ثالث

توافق اشخاص با یکدیگر فقط نسبت به خود آنان مؤثر است و نمی‌تواند به حقوق اشخاص ثالث خللی وارد کند. اثر توافق اشخاص نسبی و محدود به روابط

خود آنان اســت و نســبت به اشــخاص ثالث نمی‌تواند حق یا دینی ایجاد نماید یا حقوق او را منتقل ســازد و یا از بین ببرد. مطابق با این قاعده، در فرض توافق بر تأثیر فســخ قرارداد نســبت به گذشــته، اثر قهقرایی انحلال قرارداد نمی‌تواند به حقوق اشـخاص ثالث لطمه‌ای وارد کند و نسبت به شـخص ثالث غیرقابل اسـتناد خواهد بود. در ادامه به برخی از مصادیق مغایرت اثر قهقرایی فسخ قرارداد با حقوق اشخاص ثالث اشاره خواهد شد.

### ۳ـ۲ـ۱. عدم امکان تأثیر فسخ قرارداد نسبت به قراردادهای سابق

اعمال حقوقی صــرفاً نســبت به طرفین آن نافذ اســت و نمی‌تواند نافی حقوق اشخاص ثالث باشد. یکی از مصادیق بارز این گزاره، عدم تأثیر فسخ قرارداد نسبت به قراردادهای سـابق اسـت. در خصـوص تأثیر فسـخ قرارداد بر قراردادهای سـابق در فقه امامیه اختلاف‌نظر وجود دارد، اما مشــهور اصــولاً اثر فســخ را نســبت به آینده می‌داند و اعمال خیار را در قراردادهایی که ســابق بر فســخ منعقد شــده‌اند مؤثر نمی‌داند. در حقوق موضـوعه نیز هرچند قانون مدنی به صـراحت تکلیف موضـوع را مشــخص نکرده اســت، اما با توجه به برخی مواد قانون مذکور از جمله مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ و مطابق با دیدگاه مشــهور در فقه امامیه، حقوقدانان اصــولاً اثر قهقرایی برای فسـخ قرارداد نسـبت به قراردادهای سـابق قائل نیسـتند. با وجود پذیرش عدم تأثیر فسخ قرارداد بر قراردادهای سـابق در حقوق ایران، اما جای این سؤال باقی است که در صورت توافق طرفین قرارداد بر تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته و از زمان انعقاد قرارداد، آیا همچنان باید قائل به عدم تأثیر فسـخ قرارداد نسـبت به قراردادهای سـابق شـد یا خیر؟ توضـیح اینکه دیدگاه مشـهور فقهای امامیه و حقوقدانان مبنی بر عدم تأثیر فسخ قرارداد در قراردادهای سابق ناشی از دیدگاه آنان مبنی بر تأثیر فسخ قرارداد نســبت به آینده اســت و آنان به فرض توافق طرفین مبنی بر تأثیر فســخ قرارداد در گذشته نظر نداشته‌اند.

پاســخ به ســؤال مطرح‌شــده نیازمند تحلیل و بررســی اســت و دو احتمال در خصوص آن قابل طرح به نظر می‌رسد:

احتمال نخست اینکه با در نظر گرفتن خواست طرفین قرارداد مبنی بر تأثیر فسخ

قرارداد در گذشته، حکم به تأثیر فسخ قرارداد نسبت به قراردادهای سابق داد (کریمی و بهرامپوری، ۱۳۹۶، ص۸۰۸). این دیدگاه در برخی نظام‌های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است. در حقوق مصر که اثر فسخ ـ بدون نیاز به توافق طرفین و به حکم قانون ـ قهقرایی است، فسخ قرارداد نسبت به حقوق اشخاص ثالث نیز دارای اثر رجعی است؛ در نتیجه اگر قرارداد بیع باشد و مشتری مبیع را به مشتری دوم فروخته باشد یا حقوقی چون حق ارتفاق یا حق انتفاع برای شخص ثالث نسبت به آن مبیع شکل گرفته باشد، سپس فروشنده فسخ قرارداد را بخواهد و درخواستش پذیرفته شود، در این صورت عین مجرد از حقوق مذکور باید به وی مسترد شود (سنهوری، بی‌تا، ج۱، ص۵۸۶).

احتمال دوم این است که با احترام به حقوق اشخاص ثالث، توافق طرفین در تأثیر فسخ قرارداد در گذشته را صرفاً در روابط خود آنان مؤثر دانست و توافق آنان را نسبت به اشخاص ثالث با حسن نیت غیرنافذ یا غیرقابل استناد در نظر گرفت.

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته در حقوق ایران برخلاف اصل و مورد غالب است، باید جانب شخص ثالث با حسن نیت را گرفت و در مواردی که اثبات نشود شخص ثالث از این شرط مطلع بوده یا به نحو متعارفی باید از آن مطلع می‌شده، باید حکم به صحت قرارداد سابق نمود. بنابراین، حتی در مواردی که طرفین قرارداد توافق بر تأثیر فسخ قرارداد خود نسبت به گذشته کرده‌اند، این توافق صرفاً در روابط خود آنان مؤثر است و نافی حقوق اشخاص ثالث ناشی از قراردادهای سابق بر فسخ نیست، مگر اینکه اثبات شود شخص ثالث از توافق اشخاص مذکور مبنی بر تأثیر فسخ قرارداد در گذشته با خبر بوده یا به نحو متعارف باید از آن با خبر می‌شده است. از حیث حقوق تطبیقی، با وجود اینکه در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب سال ۱۹۸۰ تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته پذیرفته شده است، اما این تأثیر نسبت به گذشته تا جایی نیست که قراردادهای سابق بر فسخ را نیز بی‌اعتبار نماید. توضیح اینکه مطابق با بند ۱ مادهٔ ۸۲ کنوانسیون، در صورتی که خریدار امکان استرداد کالا در شرایطی که آن را دریافت کرده است نداشته باشد، حق فسخ وی زایل می‌شود. در بند ۲ همان ماده، استثنائات حکم

مقرر در بند نخست بیان شده است که یکی از آن‌ها مطابق با جزء «c» آن بند، مواردی است که کالا یا قسمتی از کالا در روال عادی تجارت از سوی خریدار فروخته شده باشد. در این موارد حق فسخ برای خریدار وجود دارد، اما استرداد ارزش کالا جایگزین استرداد خود کالا می‌شود (Schwenzer & Fountoulakis, 2007, p. 596) و از این طریق لطمه‌ای به حقوق شخص ثالث ناشی از قرارداد سابق بر فسخ وارد نمی‌شود. بنابراین، مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز دلالت بر عدم تأثیر فسخ قرارداد نسبت به قراردادهای سابق دارد.

با وجود این، باید توجه داشت در مواردی که توافق طرفین بر تأثیر فسخ در گذشته، متضمن ممنوعیت طرف مقابل از انتقال موضوع قرارداد در مدت خیار باشد، در این صورت مستند به قسمت اخیر مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی باید حکم به بطلان قرارداد سابق در صورت اعمال حق فسخ داد. مطابق با مواد مذکور، در صورتی که عدم تصرفات ناقله به صورت صریح یا ضمنی بر طرف مقابل شرط شده باشد، وی حق تصرفات ناقله ندارد و در صورت اقدام و سپس وقوع فسخ، تصرفات انجام‌شده باطل خواهد شد. به‌عنوان مثال، در صورتی که در یک قرارداد بیع طرفین توافق نمایند که در صورت فسخ قرارداد، قرارداد از ابتدا «کأن لم یکن» می‌شود (تأثیر فسخ نسبت به گذشته) و خریدار باید مبیع را عیناً مسترد نماید، تصریح بر تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته و «استرداد مبیع» می‌تواند ضمناً متضمن ممنوعیت خریدار از انتقال مبیع باشد. در این صورت اگر خریدار مبیع را به شخص ثالث فروخته باشد و سپس قرارداد فسخ شود، قرارداد سابق باطل خواهد شد. مؤید این برداشت، رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۸۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۴۰۰/۰۳/۰۴ است که به موجب آن، در صورتی که فروشنده در قرارداد خود با خریدار شرط کرده باشد که در صورت عدم پرداخت هر یک از اقساط ثمن قرارداد، وی حق فسخ قرارداد و استرداد مبیع را دارد و متعاقب آن فروشنده اقدام به فروش مبیع به غیر کرده باشد و پس از عدم پرداخت یکی از اقساط ثمن قرارداد، فروشنده اقدام به فسخ قرارداد نخست و درخواست استرداد مبیع نماید، مبیع باید به فروشندهٔ نخست مسترد شود.

### ۳ـ۲ـ۲. عدم تضییع حقوق دولتی مترتب بر قراردادها در صورت تأثیر فسخ قرارداد نسبت گذشته

در قوانین عمومی کشور، اخذ برخی حقوق دولتی در خصوص قراردادها مانند حق‌الثبت، مالیات و... از اشخاص پیش‌بینی شده است. با توجه به اینکه قوانین عمومی کشور در این خصوص از نوع قوانین آمره محسوب می‌شوند، ارادهٔ اشخاص در تغییر آن به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم محدود شده است و نمی‌توان به اشخاص اجازه داد با توافق یکدیگر از پرداخت حقوق دولتی فرار نمایند. از طرف دیگر، توافق اشخاص برخلاف حقوق دولتی مغایر با حقوق شخص ثالث (دولت) محسوب می‌شود و از این جهت نیز کارگزار نخواهد بود. به‌عنوان نمونه، مطابق با مادهٔ ۶۷ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶/۱۲/۰۳ با اصلاحات و الحاقات بعدی، از آنجا که فسخ قرارداد منجر به استرداد عوضین و انتقال مجدد آن‌ها می‌شود، از حیث محاسبهٔ حقوق مالیاتی یک معاملهٔ جدید محسوب می‌شود و باید مالیات مربوط به آن پرداخت شود. با وجود این، در مادهٔ مذکور پیش‌بینی شده است که اگر فسخ قرارداد تا ۶ ماه پس از انعقاد قرارداد صورت گیرد، هرچند معاملهٔ جدید محسوب می‌شود اما مشمول پرداخت مالیات نخواهد بود. در مادهٔ مذکور چنین مقرر شده است: «فسخ معاملات قطعی املاک بر اساس حکم مراجع قضایی به‌طور کلی و اقاله یا فسخ معاملات قطعی املاک در سایر موارد تا شش ماه بعد از انجام معامله به‌عنوان معاملهٔ جدید مشمول مالیات موضوع این فصل نخواهد بود.» حال اگر طرفین یک قرارداد توافق بر تأثیر فسخ قرارداد خود نسبت به گذشته نمایند و فسخ قرارداد پس از ۶ ماه از زمان انعقاد قرارداد رخ دهد، این امر موجب معافیت آنان از پرداخت مالیات نخواهد بود.

### ۳ـ۲ـ۳. عدم تضییع حق شفیع در صورت تأثیر فسخ قرارداد نسبت گذشته

در صورتی که قراردادی در خصوص مال مشترک منعقد شود و حق شفعه برای یکی از شرکا حاصل گردد و وی اقدام به اخذ به شفعه نماید، فسخ بعدی قرارداد به موجب تأثیری در حق شفیع نخواهد داشت (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص۲۸). حال اگر طرفین قرارداد توافق کرده باشند تا فسخ قرارداد اثر قهقرایی داشته باشد و قرارداد را از روز

نخست «کأن لم یکن» نماید، آیا توافق آنان تأثیری در حق شفیع خواهد داشت؟ در این مورد نیز توافق آنان نسبت به حق شخص ثالث (شفیع) مؤثر نبوده و نمی‌تواند به مالکیت او نسبت به سهم شریک که ناشی از اخذ به شفعه است، لطمه‌ای وارد نماید. بنابراین، در این فرض نیز ارادهٔ اشخاص در فسخ قرارداد نسبت به گذشته نسبت به حقوق اشخاص ثالث مؤثر نخواهد بود و صرفاً در روابط خود آنان حاکم است.

### ۳ـ۲ـ۴. عدم تضییع حق دلال، وزن‌کننده، حمل‌کننده و... در صورت تأثیر فسخ قرارداد نسبت گذشته

در برخی قرارداد ها، اشخاصی تحت عناوینی چون دلال، وزان (وزن‌کننده)، حمل‌کننده و... حضور دارند که به طرفین قرارداد در انعقاد قرارداد کمک می‌کنند. به‌طور متعارف، اشخاص مذکور با انعقاد قرارداد مستحق دریافت حق‌الزحمهٔ خود هستند و فسخ بعدی قرارداد تأثیری در حقوق آنان نخواهد داشت. در خصوص یکی از مصادیق مذکور، در مادهٔ ۳۵۲ قانون تجارت چنین مقرر شده است: «در صورتی که معامله به رضایت طرفین یا به واسطهٔ یکی از خیارات قانونی فسخ بشود، حق مطالبه دلالی از دلال سلب نمی‌شود.» حال اگر طرفین قرارداد توافق کرده باشند تا فسخ قرارداد اثر قهقرایی داشته باشد و قرارداد را از روز نخست «کأن لم یکن» نماید، آیا توافق آنان تأثیری در حق دلال خواهد داشت؟ در این مورد نیز توافق طرفین قرارداد نسبت به حق شخص ثالث (دلال و...) مؤثر نبوده و نمی‌تواند به حقوق قانونی وی لطمه‌ای وارد نماید. بنابراین، در این فرض نیز ارادهٔ اشخاص در فسخ قرارداد نسبت به گذشته نسبت به حقوق اشخاص ثالث مؤثر نخواهد بود و صرفاً در روابط خود آنان منشأ اثر است.

## نتیجه‌گیری

در امور طبیعی، تقدم معلول بر علت محال است، اما در امور اعتباری این امر ممکن است و بستگی به ارادهٔ اعتبارکننده دارد. بنابراین، امکان تأثیر فسخ قرارداد در گذشته با توافق طرفین قرارداد ممکن است. تأثیر فسخ قرارداد در گذشته مورد

پذیرش عرف است و عقلا نیز آن را می‌پذیرند (تفسیر عرفی-عقلایی). پذیرش امکان تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته در نظام حقوقی برخی کشورها نیز مؤید این امر است.

در صورت توافق بر تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته، لازم است طرفین قرارداد زمان دقیق تأثیر فسخ قرارداد در گذشته را مشخص نمایند؛ در غیر این صورت، از آنجا که زمان تأثیر فسخ قرارداد می‌تواند آثار زیادی به همراه داشته باشد و میزان تعهدات طرفین پس از فسخ قرارداد را مشخص نماید، عدم تعیین آن در قرارداد موجب جهل و بی‌اعتباری قرارداد خواهد شد. با وجود این، اگر تاریخ دقیق تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته در قرارداد مشخص نشده باشد و طرفین صرفاً تصریح به اثر کشفی یا قهقرایی نمایند، با توجه به اینکه در غالب موارد منظور از اثر کشفی یا قهقرایی تأثیر فسخ، انحلال از روز انعقاد قرارداد است، این موارد حمل به مورد غالب شده و فرض می‌شود که مقصود طرفین تأثیر فسخ از زمان انعقاد قرارداد بوده است.

در صورت توافق طرفین بر تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته، پس از وقوع فسخ، از زمان تعیین‌شده در قرارداد، مالکیت منافع عوضین به طرفی که پس از انحلال مالک عین خواهد شد، تعلق خواهد گرفت. در این صورت، اگر منافع مذکور موجود باشد باید به مالک تسلیم شود و در صورتی که از بین رفته باشد، باید مثل یا قیمت آن به مالک تسلیم شود.

با وجود پذیرش اصل امکان تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته با توافق طرفین، اما این امر استثنائاتی نیز دارد و در برخی موارد توافق طرفین مؤثر نخواهد بود؛ از جمله توافق بر تأثیر عقد نکاح نسبت به گذشته و مواردی که تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته با حقوق اشخاص ثالث مغایرت دارد. در فقرهٔ اخیر، توافق بر تأثیر فسخ قرارداد نسبت به گذشته نافی حق شخص ثالث که ناشی از قرارداد سابق بر فسخ است، نمی‌شود. همچنین، توافق مذکور نمی‌تواند موجب تضییع حقوق دولتی مترتب بر قراردادها شود و نافی حق شفیع و دلال، وزن‌کننده، حمل‌کننده و... نخواهد بود.

با توجه به شایع بودن توافق طرفین بر تأثیر فسخ نسبت به گذشته در عرف (به‌ویژه

به‌صورت توافق بر انحلال قرارداد نسبت به گذشته)، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با اصلاح مواد مرتبط در قانون مدنی بر اختیار اشخاص در این خصوص تصریح نموده و احکام، آثار و استثنائات این‌گونه توافقات را به شرح مذکور در این مقاله مورد تصریح قرار دهد. بر این مبنا، متن پیشنهادی جهت الحاق به انتهای مادۀ ۴۴۹ قانون مدنی از این قرار است: «فسخ موجب انحلال قرارداد نسبت به آینده خواهد شد، مگر طرفین توافق کنند که انحلال اثر قهقرایی داشته باشد.»

## فهرست منابع


۱. اراکی، محمدعلی. (۱۴۱۴ق). کتاب الخیارات. قم: مؤسسۀ در راه حق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعۀ مدرسین حوزۀ علمیۀ قم.
۳. امامی، سید حسن. (بی‌تا). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامیه.
۴. باقری اصل، حیدر. (۱۴۰۰ش). قواعد آزادی قراردادی در حقوق امامیه. تهران: مجد.
۵. پاکباز، سیامک. (۱۴۰۱ش). شرح قانون مدنی فرانسه. تهران: میزان.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۳ش). فلسفۀ عمومی حقوق بر پایۀ اصالت عمل: تئوری موازنه. تهران: گنج دانش.
۷. جناتی شاهرودی، محمدابراهیم. (بی‌تا). ادوار فقه و کیفیت بیان آن. بی‌جا: بی‌نا.
۸. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۹. حلی (محقق حلی)، ابوالقاسم نجم‌الدین. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان.
۱۰. خمینی، سید روح‌الله (امام خمینی). (۱۳۸۱ش). الاستصحاب. تهران: مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۱۱. خمینی، سید روح‌الله (امام خمینی). (۱۳۸۲ش). تهذیب الأصول. قم: دار الفکر.
۱۲. خمینی، سید روح‌الله (امام خمینی). (۱۴۱۵ق). مناهج الوصول إلی علم الأصول. قم: مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۱۳. خمینی، سید روح‌الله (امام خمینی). (۱۴۱۸ق). الاجتهاد و التقلید. تهران: مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۱۴. خمینی، سید روح‌الله (امام خمینی). (۱۴۱۸ق). تنقیح الأصول. تهران: مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).

۱۵. خمینی، سید مصطفی. (۱۴۱۸ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۱۶. خمینی، سید مصطفی. (۱۴۱۸ق). الخیارات. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۱۷. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۷ق). محاضرات فی أصول الفقه. قم: دار الهادی للمطبوعات.
۱۸. رضوی، سید محمد. (۱۴۰۰ش). نظریهٔ عمومی انفساخ در قراردادها (مطالعهٔ تطبیقی در فقه و حقوق ایران). تهران: مجد.
۱۹. سنهوری، عبدالرزاق احمد. (بی‌تا). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
۲۰. شهید ثانی، زین‌الدین عاملی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.
۲۱. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۹ش). حقوق مدنی: اصول قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.
۲۲. شهیدی، مهدی. (۱۴۰۰ش). حقوق مدنی: سقوط تعهدات. تهران: مجد.
۲۳. صفایی، سید حسین. (۱۳۹۲ش). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان.
۲۴. طباطبایی، سید محمدحسین. (بی‌تا). حاشیة الکفایة. قم: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی.
۲۵. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۱۴ق). تکملة العروة الوثقی. قم: کتابفروشی داوری.
۲۶. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۲۷. عاملی، سید جواد. (بی‌تا). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلاّمة. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
۲۸. قمی، سید تقی. (۱۴۲۶ق). مبانی منهاج الصالحین. قم: منشورات قلم الشرق.
۲۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲ش). حقوق مدنی: شفعه، وصیت، ارث. تهران: میزان.
۳۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۱ش). قواعد عمومی قراردادها. تهران: گنج دانش.
۳۱. کریمی، عباس؛ بهرامپوری، رسول. (۱۳۹۶ش). اثر قهقرایی فسخ با مطالعهٔ تطبیقی در حقوق فرانسه. مجموعهٔ مقالات حج اندیشه. قم: انتشارات دانشگاه مفید.
۳۲. کوه‌کمری، سید محمد. (۱۴۰۹ق). کتاب البیع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۳۳. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۸ش). نظریهٔ عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۴. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۸ق). أنوار الأصول. قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب(ع).
۳۵. نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت:

دار إحیاء التراث العربی.
۳۶. نراقی، مولی محمد. (۱۴۲۲ق). مشارق الأحکام. قم: کنگرهٔ نراقیین (ملا مهدی و ملا احمد).
۳۷. نهرینی، فریدون. (۱۴۰۰ش). فسخ قرارداد با نگاهی به رویهٔ قضایی. تهران: گنج دانش.
۳۸. همدانی، مصطفی. (۱۳۹۳ش). تبیین دیدگاه‌های انتقادی امام خمینی(ره) در استفاده از روش فلسفی در علم اصول. فصلنامهٔ کاوشی نو در فقه، س ۲۱، ش ۴.
39. Burrows, Andrew. (2016). A Restatement of the English Law of Contract (1st ed.). Oxford University Press.
40. Charman, Mary. (2007). Contract Law (4th ed.). Willan.
41. Furmston, Michael. (2017). The Law of Contract (6th ed.). LexisNexis Butterworths.
42. Goode, Roy. (2004). Commercial Law (3rd ed.). Penguin Books.
43. Markesinis, Basil, Unberath, Hannes & Johnston, Angus. (2006). The German Law of Contract (2nd ed.). Hart Publishing.
44. Mazeaud, Leon & Henri, Jean. (1997). Leçons de droit civil (Tome 2, 8e éd.). Paris.
45. O'Sullivan, Janet & Hilliard, Jonathan. (2012). The Law of Contract (5th ed.). Oxford University Press.
46. Ricks, Val. (2017). The Story of Contract Law: Implementing the Bargain. CALI eLangdell Press.
47. Robertson, Andrew & Paterson, Jeannie. (2020). Principles of Contract Law (6th ed.). Thomson Reuters (Professional) Australia Limited.
48. Schwenzer, Ingeborg & Fountoulakis, Christiana. (2007). International Sales Law. Routledge-Cavendish.
49. Seddon, Nicholas & Bigwood, R. A. (2017). Cheshire and Fifoot Law of Contract (11th Australian ed.). LexisNexis Butterworths.
50. Snyder, Franklin & Burge, Edwin Mark. (2017). American Contract Law for a Global Age. CALI eLangdell Press.
51. Suff, Marnah. (1997). Essential Contract Law (2nd ed.). Cavendish.
52. Terré, François, Simler, Philippe, Lequette, Yves & Chénedé, François. (2019). Droit civil: Les obligations (12e éd.). Dalloz.
53. Verkerke, J. H. (2012). Contract Doctrine, Theory & Practice (Vol. 2). CALI eLangdell Press.

## References


1. Allamah Helli, Hasan bin Yusuf. (1993). *Tadhkirat al-Fuqahā'* (Vol. 11, 1st ed.). Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām). [In Arabic]
2. Ameli (Shahid al-Awwal), Mohammad bin Makki. (1996). *Al-Durūs al-Sharʿīyah fī Fiqh al-Imāmīyah* (Vol. 3, 2nd ed.). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī affiliated with Jami'ah al-Mudarrisin Ḥawzah 'Ilmiyyah Qom. [In Arabic]
3. Ameli (Shahid al-Thani), Zayn al-Din bin Ali. (1992). *Masālik al-Afhām ilá Tanqīḥ Sharāʾiʿ al-Islām* (Vol. 3, 1st ed.). Qom: Mu'assasat al-Ma'arif al-Islamiyyah. [In Arabic]
4. Ameli, Seyyed Javad. (n.d.). *Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawāʿid al-ʿAllāmah* (Vol. 4, 1st ed.). Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
5. Araki, Mohammad Ali. (1993). *Kitāb al-Khiyārāt* (1st ed.). Qom: Mu'assasah Dar Rahe Hagh. [In Arabic]
6. Ardebili, Ahmad bin Mohammad. (1982). *Majmaʿ al-Fāʾidah wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhhān* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī affiliated with Jami'ah al-Mudarrisin Ḥawzah 'Ilmiyyah Qom. [In Arabic]
7. Bagheri Asl, Heydar. (2021). *Qawāʿid-e Āzādī-ye Qarārdādī dar Ḥuqūq-e Imāmīyah* [Rules of Contractual Freedom in Imami Law] (1st ed.). Tehran: Majd Publications. [In Persian]
8. Burrows, Andrew. (2016). *A Restatement of the English Law of Contract* (1st ed.). Oxford: Oxford University Press.
9. Charman, Mary. (2007). *Contract Law* (4th ed.). USA and Canada: Willan.
10. Emami, Seyyed Hassan. (n.d.). *Civil Law* (Vol. 1). Tehran: Eslamiyeh Publications. [In Persian]
11. Furmston, Michael. (2017). *The Law of Contract* (6th ed.). London: LexisNexis Butterworths.
12. Goode, Roy. (2004). *Commercial Law* (3rd ed.). London: Penguin Book.
13. Hamedani, Mostafa. (2014). Explanation of Imam Khomeini's critical views on the use of philosophical method in the science of principles of jurisprudence (*Uṣūl*). *Faṣlnāmah-ye Kāvoshī-ye Now dar Fiqh*, 21st year, No. 4. [In Persian]
14. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2014). *Falsafeh-ye ʿUmūmī-ye Ḥuqūq bar Pāyeh-ye Aṣālat-e ʿAmal: Teʾorī-ye Mowāzaneh* [General Philosophy of Law Based on the Originality of Action: Balancing Theory] (2nd ed.). Tehran: Ganj-e Danesh Publications. [In Persian]
15. Janati Shahroudi, Mohammad Ebrahim. (n.d.). *Adwār-e Fiqh va Kayfīyat-e Bayān-e Ān* [Periods of Jurisprudence and the Quality of Its Expression]. n.p. [In Persian]
16. Karimi, Abbas, & Bahrampouri, Rasul. (2017). The retroactive effect of termination with a comparative study in French law. In *Majmūʿah-ye Maqālāt-e Ḥajj-e Andīsheh* (1st ed.). Qom: Mofid University Publications. [In Persian]
17. Katouzian, Nasser. (2013). *Civil Law: Shufʿah, Waṣīyah, Irth* [Pre-emption, Will, Inheritance] (18th ed.). Tehran: Mizan. [In Persian]
18. Katouzian, Nasser. (2022). *General Rules of Contracts* (Vol. 5, 6th ed.). Tehran: Ganj-e Danesh Publications. [In Persian]
19. Khomeini (Imam Khomeini), Seyyed Ruhollah. (1994). *Manāhij al-Wuṣūl ilá ʿIlm al-Uṣūl* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
20. Khomeini (Imam Khomeini), Seyyed Ruhollah. (1997). *Al-Ijtihād wa al-Taqlīd* (1st ed.). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]

21. Khomeini (Imam Khomeini), Seyyed Ruhollah. (1997). *Tanqīḥ al-Uṣūl* (Vol. 2, 1st ed.). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
22. Khomeini (Imam Khomeini), Seyyed Ruhollah. (2002). *Al-Istiṣḥāb* (1st ed.). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
23. Khomeini (Imam Khomeini), Seyyed Ruhollah. (2003). *Tahdhīb al-Uṣūl* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Dar al-Fikr. [In Arabic]
24. Khomeini, Seyyed Mostafa. (1997). *Al-Khiyārāt* (Vol. 2, 1st ed.). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
25. Khomeini, Seyyed Mostafa. (1997). *Kitāb al-Bayʿ* (Vol. 2, 1st ed.). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
26. Khoei, Seyyed Abolqasem. (1996). *Muḥāḍarāt fī Uṣūl al-Fiqh* (Vol. 2, 4th ed.). Qom: Dar al-Hadi lil-Matbu'at. [In Arabic]
27. Koh Kamari, Seyyed Mohammad. (1988). *Kitāb al-Bayʿ* (2nd ed.). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
28. Makarem Shirazi, Nasser. (2007). *Anwār al-Uṣūl* (Vol. 1, 2nd ed.). Qom: Madrasat al-Imam Ali ibn Abi Talib ('alayhi al-salām). [In Arabic]
29. Markesinis, Basil, Unberath, Hannes, & Johnston, Angus. (2006). *The German Law of Contract* (2nd ed.). Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
30. Mazeaud, Léon, & Mazeaud, Jean Henri. (1997). *Leçons de droit civil* (Tome 2, 8th ed.). Paris: Montchrestien. [In French]
31. Mohaghegh Damad Yazdi, Seyyed Mostafa. (2019). *General Theory of Conditions and Obligations in Islamic Law* (Vol. 1, 5th ed.). Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. [In Persian]
32. Muhaqqiq Helli, Abolqasem Najm al-Din. (1987). *Sharā'iʿ al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām* (Vol. 2, 2nd ed.). Qom: Esma'ilian. [In Arabic]
33. Nahreini, Fereydoun. (2021). *Faskh-e Qarārdād bā Negāhī be Rawīyeh-ye Qaḍā'ī* [Termination of Contract with a View of Judicial Procedure] (3rd ed.). Tehran: Ganj-e Danesh Publications. [In Persian]
34. Najafi (Sahib al-Jawahir), Mohammad Hassan. (1983). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'iʿ al-Islām* (Vol. 23, 7th ed.). Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
35. Naraqi, Mulla Mohammad. (2001). *Mashāriq al-Aḥkām* (2nd ed.). Qom: Kongereh-ye Narāqiyin (Mulla Mahdi wa Mulla Ahmad). [In Arabic]
36. O'Sullivan, Janet, & Hilliard, Jonathan. (2012). *The Law of Contract* (5th ed.). Oxford: Oxford University Press.
37. Pakbaz, Siamak. (2022). *Sharḥ-e Qānūn-e Madanī-ye Farānsah* [Explanation of French Civil Code] (2nd ed.). Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
38. Qomi, Seyyed Taqi. (2005). *Mabānī Minhāj al-Ṣāliḥīn* (Vol. 7, 1st ed.). Qom: Manshurat Qalam al-Sharq. [In Arabic]
39. Razavi, Seyyed Mohammad. (2021). *General Theory of Rescission in Contracts: A Comparative Study in Jurisprudence and Iranian Law* (2nd ed.). Tehran: Majd Publications. [In Persian]
40. Ricks, Val. (2017). *The Story of Contract Law: Implementing the Bargain*. Cali eLangdell Press.
41. Robertson, Andrew, & Paterson, Jeannie. (2020). *Principles of Contract Law* (6th ed.). Sydney: Thomson Reuters (Professional) Australia Limited.
42. Safaei, Seyyed Hossein. (2013). *Civil Law: General Rules of Contracts* (16th ed.). Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
43. Al-Sanhouri, Abdul Razzaq Ahmed. (n.d.). *Al-Wasīṭ fī Sharḥ al-Qānūn al-*

*Madanī al-Jadīd* (Vol. 1). Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
44. Schwenzer, Ingeborg, & Fountoulakis, Christiana. (2007). *International Sales Law*. London: Routledge-Cavendish.
45. Seddon, Nicholas, & Bigwood, R. A. (2017). *Cheshire and Fifoot Law of Contract* (11th Australian ed.). Sydney: LexisNexis Butterworths.
46. Shahidi, Mahdi. (2020). *Civil Rights: Principles of Contracts and Obligations* (8th ed.). Tehran: Majd Publications. [In Persian]
47. Shahidi, Mahdi. (2021). *Civil Rights: The Fall of Obligations* (15th ed.). Tehran: Majd Publications. [In Persian]
48. Snyder, Franklin, & Burge, Mark Edwin. (2017). *American Contract Law for a Global Age*. Cali eLangdell Press.
49. Suff, Marnah. (1997). *Essential Contract Law* (2nd ed.). London: Cavendish.
50. Tabatabai, Seyyed Mohammad Hossein. (n.d.). *Ḥāshiyah al-Kifāyah* (Vol. 1, 1st ed.). Qom: Allameh Tabatabai Scientific and Intellectual Foundation. [In Arabic]
51. Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem. (1993). *Takmilah al-ʿUrwah al-Wuthqá*. Qom: Davari Bookstore. [In Arabic]
52. Terré, François, Simler, Philippe, Lequette, Yves, & Chénedé, François. (2019). *Droit civil: Les obligations* (12th ed.). Paris: Dalloz. [In French]
53. Verkerke, J. H. (2012). *Contract Doctrine, Theory & Practice* (Vol. 2). Cali eLangdell Press.

Civil Jurisprudence Doctrines
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# Evaluating the Extent of the Owner's Liability for Damages Caused by the Act of a Domestic Cat

**Mahdieh Ghanizadeh[1] | Abdolsamad Aliabadi[2]**

1. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Qom, Qom, Iran. Email: m.ghanizade@qom.ac.ir
3. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Imamiyyah Jurisprudence and Law, Faculty of Jurisprudence and Law, International University of Islamic Denominations, Tehran, Iran. Email: a.aliabadi@mazaheb.ac.ir

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received: 16 July 2025
Revised: 19 September 2025
Accepted: 22 September 2025
Available online 31 January 2026

**Keywords:**
Domestic Cat, Liability, Damage, Custom, Fault, Danger/Peril.

## ABSTRACT

Considering the requirements of modern life and the domestic keeping of cats, an issue that necessitates particular examination is the owner's liability for damages caused by the animal. Therefore, the present study, using a descriptive-analytical method and comparing the opinions of Imamiyyah and Sunni jurists, is an attempt to evaluate the extent of the owner's liability for damages caused by the act of a domestic cat. The research findings indicate a jurisprudential disagreement on this issue. Although the majority of jurists hold the opinion of non-liability of the owner for damages caused by the animal's behavior, this view faces serious criticism. Upon close examination of the evidences for the various viewpoints on this matter, what is concluded is the strict liability of the owner for damages arising from the animal's behavior, as the preferred view in this issue. On the other hand, the legislator's approach in this regard is also varied. In the Civil Code, the view of fault-based liability is confirmed, while in the Penal Code, the view of liability conditioned upon the animal's harmful nature is adopted. This situation, in turn, necessitates a revision of the law and the establishment of a uniform procedure on this issue.

**Cite this article:** Ghanizadeh, M.; Aliabadi, A. (2026). Evaluating the Extent of the Owner's Liability for Damages Caused by the Act of a Domestic Cat. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 18(33), 201-225. https://doi.org/10.30513/cjd.2026.7185.2078

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

## Extended Abstract

**Introduction**

Keeping cats as domestic pets has become a common phenomenon in modern urban societies. Consequently, examining the owner's liability for potential damages caused by such animals has become an important issue. In Islamic jurisprudence, this matter is discussed under the title *ḍamān al-hirrah al-mamlūkah* (liability for a domesticated/owned cat), and significant disagreements exist among jurists regarding it. Given the practical relevance of the issue of liability for domestic cats and the divergence of juristic opinions on the matter, this study seeks to examine the relevant juristic sources, analyze the foundations of these differing views, and ultimately propose a criterion for determining the scope of the owner's liability for damages resulting from the acts of a domestic cat. The importance of this issue lies in the fact that a cat is an animal whose behavior may be unpredictable and, under certain circumstances, capable of causing damage, while the apartment-based lifestyle of modern cities makes complete control over the animal difficult. Regarding previous research, most existing studies in this field have addressed the civil liability of animals in general, whereas the present study focuses specifically on the domestic cat.

**Method**

This research adopts a descriptive-analytical method with a comparative approach between the opinions of Imami (Shiʿa) jurists and Sunni jurists. The article first categorizes the different juristic viewpoints and then analyzes the foundations of each view based on legal principles such as causation (*tasbīb*), the presumption of non-liability (*barāʾah*), the principle of no harm (*lā ḍarar*), and the protection of property rights. Subsequently, taking into account contemporary social and customary developments, the authors critique these opinions and ultimately propose their preferred view. In addition to juristic analysis, the article also examines relevant provisions in the Iranian Civil Code and the Islamic Penal Code in order to clarify the relationship between Islamic jurisprudence and positive law.

**Findings**

The findings of the research indicate that there are two general views regarding the liability of a domestic cat's owner: non-liability and conditional liability. According to the first view, which is held by the

majority of Imami jurists and some Sunni jurists, the owner is not liable under any circumstances. They rely on customary practice that cats are not restrained, the principle of presumption of non-liability, and the hadith injury caused by an animal is not subject to compensation (*jarḥ ul-ʿajmāʾ jubbār*). According to the second view, the owner's liability is accepted only when certain conditions are met, such as negligence in keeping the animal, awareness of the animal's harmful disposition, or the existence of a customary duty to control it. The findings of the article show that each of these theories captures part of the reality, yet none of them alone sufficiently addresses contemporary conditions.

On the one hand, reliance on the principle of non-liability is inconsistent with modern social customs, since in today's urban society keeping a cat is a conscious choice that entails responsibility. Moreover, the argument that cats are generally not objects of commercial transactions is no longer consistent with present realities such as the buying and selling of cats, pet insurance, the issuance of identification documents, and the growing phenomenon of animal ownership. The study further indicates that even if the hadith "*jarḥ ul-ʿajmāʾ jubbār*" is accepted, it cannot be interpreted in a way that absolutely negates the owner's liability, because legal principles such as causation and the rule of no harm may imply liability in certain circumstances.

On the other hand, the views that limit liability to negligence in keeping the animal or to the animal's harmful disposition also appear insufficient. In apartment living, even a cat that does not appear aggressive may cause damage due to its playful nature and the limited living space. Furthermore, some harms are not related to the animal's temperament at all but arise from issues such as the manner of keeping the animal, hygiene concerns, unpleasant odors, or the animal entering shared spaces. Therefore, restricting liability only to cases involving a dangerous disposition of the animal does not correspond with contemporary realities. Ultimately, it can be concluded that keeping a cat in an apartment in itself creates a potentially hazardous situation, and this circumstance may serve as a basis for the owner's liability.

## Conclusion

According to the findings of the research, the strict liability of the owner for damages caused by the acts of a domestic cat appears to be the preferable view. This is because a cat, by its nature, is an animal with a high degree of independence, relatively disobedient behavior, and a playful temperament, often displaying unexpected and unpredictable actions. Keeping such an animal in an apartment environment, given the

limited space and the animal's easy access to various areas, makes it difficult to fully control the animal and monitor its behavior. Accordingly, there is no need to prove the owner's fault in keeping the cat; merely keeping such an animal in an environment such as an apartment is sufficient to establish liability. The article justifies this liability not on the basis of fault, but on the basis of creating a risk and the customary attribution of damage to the owner. In other words, according to contemporary social understanding, by bringing a cat into a residential environment, the owner is considered responsible for its consequences unless proven otherwise. Furthermore, since the existing statutory laws adopt two different approaches regarding the owner's liability for a possessed animal — such that the Civil Code affirms liability based on fault, while the Islamic Penal Code conditions liability upon the animal's harmful disposition — achieving legal uniformity in this matter is of particular importance.

***Authors' Contributions***
The authors contributed equally to the writing of this article.

***Data Availability Statement***
No data are available.

***Acknowledgements***
The authors would like to express their gratitude to all those who contributed to the completion of this article, particularly the respected reviewers of the journal whose valuable comments helped improve the quality of the paper.

***Ethical Considerations***
The authors fully adhered to research ethics and avoided any form of data fabrication, falsification, plagiarism, or other research misconduct.

***Funding***
This research did not receive any specific grant from funding agencies in the public, commercial, or non-profit sectors.

***Conflict of Interest***
The authors declare that they have no conflict of interest.

***Declaration on the Use of AI Tools***

ChatGPT was used for summarizing certain texts. After using this tool, the generated content was reviewed and edited. The authors assume full responsibility for the final published content.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x
Online: 2783- 3690

# ارزیابی میزان مسئولیت مالک در قبال خسارات ناشی از فعل گربهٔ خانگی

مهدیه غنی‌زاده[1] | عبدالصمد علی‌آبادی[2]

۱. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکدهٔ الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: m.ghanizadeh@qom.ac.ir

۲. نویسنده مسئول، استادیار، گروه فقه و حقوق امامیه، دانشکدهٔ فقه و حقوق، دانشگاه بین‌المللی مذاهب اسلامی، تهران، ایران. رایانامه: a.aliabadi@mazaheb.ac.ir

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:** پژوهشی

**تاریخ دریافت:** ۱۴۰۴/۰۴/۲۵

**تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۶/۲۸

**تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

**تاریخ انتشار برخط:** ۱۴۰۴/۱۱/۱۱

**کلیدواژه‌ها:**
گربه خانگی، ضمان، خسارت، عرف، تقصیر، خطر.

**چکیده**

با توجه به مقتضیات زندگی امروز و نگهداری خانگی گربه، مسئله‌ای که بررسی آن از ضرورت ویژه‌ای برخوردار است، در خصوص مسئولیت مالک در قبال خسارات وارده از سوی حیوان است. لذا پژوهش حاضر به شیوهٔ توصیفی - تحلیلی و با تطبیق آرای فقهای امامیه و اهل تسنن درصدد ارزیابی میزان مسئولیت مالک در قبال خسارات ناشی از فعل گربهٔ خانگی* است. یافته‌های پژوهش از اختلاف‌نظر فقهی در این مسئله حکایت دارد. اگرچه مشهور فقها قائل به عدم مسئولیت مالک در قبال خسارات ناشی از رفتار حیوان می‌باشند، اما این قول با نقد جدی روبه‌روست. از مداقه در ادلهٔ دیدگاه‌های مختلف در این زمینه، آنچه حاصل می‌آید مسئولیت محض مالک نسبت به خسارات ناشی از رفتار حیوان، به‌عنوان دیدگاه برگزیده در این مسئله می‌باشد. از سوی دیگر، رویکرد قانون‌گذار نیز در این مورد، متفاوت است، به‌نحوی که در قانون مدنی، دیدگاه مسئولیت مبتنی بر تقصیر تأیید گردیده و در قانون مجازات، دیدگاه مسئولیت مشروط به خوی آسیب‌رسان حیوان است. این امر به‌نوبهٔ خود، بازنگری در قانون و وحدت رویه در این مسئله را اقتضا می‌نماید.

* منظور از «گربهٔ خانگی» در این مقاله گربهٔ تحت تملکِ فرد است که از آن در خانه‌اش دائماً نگهداری می‌کند و هزینهٔ درمان و تغذیه‌اش را متقبل می‌گردد، و معمولاً نژادهای خاصی از گربه را در بر می‌گیرد که خرید‌وفروش می‌شوند و گاه سند مالکیت و شناسنامه دارند. لذا گربه‌ای که صرفاً در خانه رفت‌وآمد دارد و گهگاه تغذیه می‌شود، از محل بحث خارج است و عرف، فرد را در قبال خسارات چنین گربه‌ای ضامن نمی‌پندارد.

**استناد:** غنی‌زاده، مهدیه؛ علی‌آبادی، عبدالصمد. (۱۴۰۵). ارزیابی میزان مسئولیت مالک در قبال خسارات ناشی از فعل گربه خانگی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۸(۳۳)، ۲۰۱-۲۲۵. https://doi.org/10.30513/cjd.2026.7185.2078

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

## مقدمه

انسان‌ها سالیان دراز با حیوانات گوناگون زندگی کرده‌اند، برخی حیوانات را اهلی کرده و برای کار از آن‌ها استفاده نموده‌اند، اما به خانه آوردن حیوان به‌عنوان همدم یا برای سرگرمی، پدیده‌ای نسبتاً متأخر به شمار می‌رود. پدیده‌ای که در جوامع معاصر، شاهد رشد فزایندهٔ آن می‌باشیم. مطابق آمار منتشر شده در پایگاه داده‌های باز ایران، سگ و گربه، محبوب‌ترین حیوانات خانگی به شمار می‌روند و در ایران تقریباً شش تا هشت میلیون حیوان خانگی از نوع سگ و گربه وجود دارد. به تعبیر دیگر، از هر ده ایرانی یک نفر، حیوان خانگی دارد (https://iranopendata.org/fa/article/171-pets-in-iran). در کنار جنبه های عاطفی و زیستی این پدیده، یافتن قلمرو حقوقی و فقهیِ مسئولیت صاحب حیوان نسبت به خسارات محتمل از رفتار آن نیز ضرورتی انکارناپذیر دارد. در این میان، مسئلهٔ ضمان و مسئولیت خسارات ناشی از رفتار گربه خانگی، هرچند ظاهراً موضوعی ساده به نظر می‌رسد، اما فقها درباره آن نظرات مختلفی ابراز کرده‌اند. در فقه، این مسئله غالباً تحت عنوان «ضمان الهرة المملوکه» مطرح می‌شود و دیدگاه‌های مربوط به آن را می‌توان در دو دستهٔ کلی طبقه‌بندی کرد:

**۱. عدم ضمان:** صاحب گربه در هیچ حالتی ضامن خسارات آن نیست.

**۲. ضمان مشروط:** مسئولیت مالک منوط به احراز شرایط خاصی است. البته در خصوص این شرایط نیز میان فقها اختلاف نظر می‌باشد.

البته باید توجه داشت که اساساً در خصوص بیع و خرید و فروش گربه و به تبع آن مالک گردیدن انسان نسبت به این حیوان، در میان فقها اختلاف نظر می‌باشد. مشهور فقها قائل به جواز بیع گربه هستند (نجفی، ۱۴۰۴، ج۲۲، ص۳۹؛ حلی، ۱۴۱۴، ج۷، ص۱۷؛ اصفهانی، بی‌تا، ص۳۱۹-۳۲۰؛ ابن‌نجیم، بی‌تا، ج۳، ص۱۲۲). در مقابل، برخی دیگر از فقها به عدم جواز این بیع حکم داده‌اند (مفید، ۱۴۱۳، ص۵۸۹؛ ابن‌قدامه، ۱۹۶۸، ج۴، ص۱۹۳). اگرچه این بحث خارج از مجال این پژوهش است، اما پیش‌فرض پژوهش حاضر مطابق قول مشهور، مبتنی بر جواز معاملهٔ گربه و به تبع آن صحت مالکیت آن می‌باشد.

با توجه به مبتلابه بودن موضوع ضمان گربه خانگی و تعارض آرای فقهی در خصوص آن، این پژوهش می‌کوشد با تأمل در منابع فقهی، مبانی هر یک از این دیدگاه‌ها را تحلیل نموده و به تبع آن، ضابطه‌ای برای تعیین حدود ضمان و مسئولیت مالک نسبت به خسارات ناشی از فعل گربه خانگی ارائه دهد.

در خصوص پیشینهٔ تحقیق، در پژوهشی تحت عنوان «بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی ناشی از حیوان در حقوق اسلام و غرب» (یزدانیان و نیازی، ۱۳۹۶)، محقق با تطبیق حقوق کشورهای اسلامی و جوامع غربی در خصوص مسئولیت مدنی ناشی از حیوان، در نهایت به این نتیجه دست یافته است که مسئولیت مدنی ناشی از حیوان باید چندبنیانی تلقی شود: تقصیر مالک، مسئولیت محض و تعهد به ایمنی در کنار هم در نظر گرفته شوند. در خصوص تفاوت مقالهٔ مزبور با پژوهش حاضر، اولاً مقالهٔ مزبور مطالعه‌ای تطبیقی میان حقوق کشورهای اسلامی و جوامع غربی است، اما مقاله حاضر مطالعه‌ای تطبیقی میان فقه امامیه و اهل سنت است. وجه اشتراک دو مقاله در بحث حقوق اسلامی است. البته تمایز آشکار آن دو در این است که در مقالهٔ مذکور، مسئولیت مالک در قبال حفظ و کنترل حیوان امری مسلم تلقی گردیده و بر این اساس درصدد تعیین نحوهٔ مسئولیت او می‌باشد، در حالی که در خصوص گربه، در متون فقهی این اختلاف نظر وجود دارد که مشهور فقها اساساً مهار و کنترل آن را وظیفهٔ مالک قلمداد نکرده و به تبع آن مالک را ضامن خسارات ناشی از رفتار این حیوان نمی‌دانند. بنابراین بر عکس مقالهٔ مزبور که در خصوص مطلق حیوانات است، در پژوهش حاضر با توجه رواج نگهداری از گربه به‌عنوان حیوان خانگی در جوامع امروزی، به بررسی اقوال مختلف در خصوص ضمان گربه خانگی پرداخته و ادلهٔ هر یک از این دیدگاه‌ها را مورد نقد و بررسی قرار داده است. در خصوص نتایج حاصل از پژوهش، مقالهٔ مزبور مسئولیت مالک را ترکیبی از مسئولیت مبتنی بر تقصیر، مسئولیت محض و تعهد به ایمنی دانسته است، اما در پژوهش حاضر در خصوص گربه خانگی، در نهایت مسئولیت محض مبنا قرار داده شده است.

در پژوهش دیگر، تحت عنوان «مسئولیت مدنی دارنده حیوان متعارف و غیر متعارف در حقوق ایران و فقه اسلامی» (حافظی قهستانی و همکاران، ۱۴۰۳)، محققین به

این نتیجه دست یافته‌اند که در خصوص حیوان متعارف لازم است از مبنای تقصیر عبور کرده و تقصیر مفروض را مبنا قرار داد و در خصوص حیوان غیر متعارف، لازم است مسئولیت بدون تقصیر ملاک عمل واقع شود. وجه اشتراک پژوهش مذکور با مقاله حاضر، بخشی است که به بررسی مسئله در فقه می‌پردازد. اما وجه تمایز اصلی دو مقاله در این است که در مقاله مذکور همچون مقاله سابق، مسئولیت مالک در قبال مهار و کنترل حیوان امری مفروض تلقی شده و صرفاً در خصوص نحوهٔ مسئولیت و ضمان میان حیوان متعارف و غیر متعارف تفاوت قائل گردیده است، در حالی که در متون فقهی، اساساً در خصوص اصل مسئولیت مالک نسبت به کنترل گربه خانگی اختلاف نظر است و مشهور فقها چنین امری را نفی نموده و بر این عقیده‌اند که در عرف، گربه از آزادی عمل برخوردار است، لذا مالک ضامن خسارات ناشی از آزادی عمل گربه نیست. لذا پژوهش حاضر سعی در بررسی اقوال مختلف در خصوص ضمان گربه خانگی دارد، نه ضمان و مسئولیت مطلق حیوانات. به لحاظ نتیجه، مقاله مذکور چنانچه بیان شد در خصوص حیوان متعارف قائل به مسئولیت مفروض و در خصوص حیوان غیر متعارف قائل به مسئولیت بدون تقصیر گردید، در حالی که در این پژوهش در خصوص گربه خانگی، در نهایت به مسئولیت محض دست یافته‌ایم.

در پژوهشی دیگر، تحت عنوان «بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی مالک حیوان در نظام حقوقی ایران و افغانستان» (قادری، ۱۳۹۶)، نویسنده به این نتیجه دست یافته است که در نظام حقوقی ایران، مبنای مسئولیت بر اساس نظریهٔ تقصیر است و بار اثبات تقصیر بر عهدهٔ زیان‌دیده می‌باشد. با این وجود، نگهداری حیوان درنده و خطرناک، امارهٔ تقصیر به شمار می‌رود. در نظام حقوقی افغانستان، مسئولیت بر مبنای تقصیر و کوتاهی مالک در نگهداری از حیوان است. تفاوت پژوهش مزبور با پژوهش حاضر در آن است که اولاً بر خلاف پژوهش مذکور که به مسئولیت مطلق حیوانات اعم از وحشی و اهلی می‌پردازد، پژوهش حاضر با توجه به اختلافی بودن مسئلهٔ ضمان گربه، صرفاً بر این بحث تمرکز یافته است و اساس کار نیز بر مبنای متون فقهی است. در خصوص نتایج تحقیق نیز در پژوهش حاضر بر خلاف پژوهش

مذکور، در نهایت با توجه به عرف جامعهٔ امروز، در خصوص ضمان گربه خانگی قائل به ضمان محض مالک گردیده است.

## ۱. دیدگاه‌های مربوط به ضمان گربهٔ خانگی

چنانچه ذکر شد، در خصوص مسئولیت مالک گربه در قبال خسارات وارد شده از جانب آن، در میان فقها اختلاف نظر بسیار است و مطابق یک تقسیم‌بندی کلی، تمامی این دیدگاه‌ها را می‌توان ذیل دو دیدگاه آورد: عدم ضمان و ضمان مشروط. در این بخش برآنیم که هر یک از این دیدگاه‌ها و ادلهٔ مربوط به آن را مورد بررسی قرار دهیم.

### ۱ـ۱. عدم ضمان

مطابق این دیدگاه، در فرض ورود خسارت از سوی گربه، مالک آن مطلقاً ضامن نمی‌باشد. این قول از مشهور فقهای امامیه از جمله محقق حلّی (حلی، ۱۴۰۸، ج۴، ص۲۳۹)، شهید ثانی (عاملی، ۱۴۱۳، ج۱۵، ص۳۵۷)، محقق اردبیلی (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج۱۴، ص۲۶۶)، آیت‌الله خویی (خویی، ۱۴۱۰، ص۱۰۵) و شیخ جواد تبریزی (تبریزی، ۱۴۲۸، ص۱۰۰) نقل گردیده است. علاوه بر آن، یکی از اقوال اهل‌سنت در این مسئله می‌باشد (انصاری، ۲۰۰۹، ج۱۶، ص۴۱؛ غزالی، ۱۴۱۷، ج۶، ص۵۳۸؛ بیضاوی، ۱۴۲۹، ج۲، ص۳۸۰).

این گروه از فقها در اثبات مدعای خویش چنین استدلال آورده‌اند که:

**اولاً**، طبق عرف، حفظ و مهار گربه مرسوم نیست (غزالی، ۱۴۱۷، ج۶، ص۵۳۸؛ دمیری، ۱۴۲۴، ج۲، ص۴۱۶). به دیگر تعبیر، سیره (روش معمول مردم) بر این نبوده که گربه را محدود و مهار کنند، بلکه سیره بر این بوده که مردم اموال و خوراکی‌های خود را از گربه حفظ کنند، چون طبیعت گربه چه مملوک باشد و چه نباشد، طبیعتی متجاوز است. بنابراین، اگر گربه مال کسی را بخورد، صاحب آن ضامن نیست؛ چون تفریطی از او سر نزده، بلکه صاحب مال باید خودش مراقب مالش باشد، وگرنه کوتاهی از جانب اوست (تبریزی، ۱۴۲۸، ص۱۰۰؛ نووی، ۱۴۱۷، ص۲۲۰).

**ثانیاً**، بر خلاف برخی دیگر از حیوانات که موضوع معامله قرار می‌گیرند و به‌عنوان ملک و مال شناخته می‌شوند، گربه معمولاً خرید و فروش نمی‌شود (حسینی عاملی، بی‌تا، ج۱۰، ص۳۱۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج۱۴، ص۲۶۶).

**ثالثاً**، برخی به روایت «جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ» استناد نموده‌اند؛ با این بیان که در قبال خسارت حیوان، ضمان و مسئولیتی نیست (صمیری، ۱۴۲۰، ج۴، ص۴۳۵؛ فرطوسی حویزی، ۱۴۱۶، ص۴۶۰).

**رابعاً**، اصل بر برائت ذمّه و عدم ضمان است (صمیری، ۱۴۲۰، ج۴، ص۴۳۵).

### ۱ـ۲. ضمان مشروط

برخی از فقها در رابطه با مسئولیت مالک در قبال خسارات ناشی از فعل گربه خانگی، قائل به ضمان مشروط هستند؛ بدین نحو که با احراز شرایط خاص، مالک در قبال این خسارات مسئول می‌گردد. در این بین، برخی صرف تفریط مالک در نگهداری از حیوان را عامل ضمان و مسئولیت او در قبال خسارات وارده دانسته‌اند و به تعبیری، محور ضمان را تفریط مالک در نگهداری حیوان می‌دانند. در مقابل، برخی دیگر، علی‌رغم آنکه شرط تفریط را به‌عنوان شرط ارتکازی و قدر متیقن در مورد ضمان و مسئولیت برشمرده‌اند، افزون بر این شرط، احراز شرایط دیگری را نیز در ضمان مالک مطرح نموده‌اند؛ بدین نحو که برخی ضمان را منوط به خوی آسیب‌زننده حیوان کرده‌اند و برخی ضمان و مسئولیت را منوط به عرف نگهداری از حیوان. در ذیل، بررسی هر یک از این موارد را خواهیم پرداخت.

#### ۱ـ۲ـ۱. ضمان مشروط به تفریط مالک

چنانچه بیان گردید، در بحث مسئولیت مالک در قبال خسارات وارد شده از سوی گربه خانگی، برخی از فقها ضمان را به نحو مشروط پذیرفته‌اند. در این بین، گروهی از فقهای اهل سنت بر این عقیده‌اند که در فرض ایراد خسارت از سوی گربه، مالک آن ضامن می‌باشد؛ زیرا مسئولیت نگهداری از حیوان بر عهده‌ی مالک بوده و زمانی که این مسئولیت را ترک کند، ضامن خساراتی است که حیوان به غیر وارد می‌سازد (غزالی، ۱۴۱۷، ج۶، ص۵۳۸؛ بیضاوی، ۱۴۲۹، ج۲، ص۳۸۰). به دیگر تعبیر، ایشان نگهداری از حیوان خانگی را وظیفه‌ی مالک دانسته و ترک این وظیفه را که در حقیقت نوعی اهمال و تفریط از سوی مالک به شمار می‌رود، عاملی برای ضمان و مسئولیت او در قبال خسارات وارده از سوی حیوان می‌دانند. در این دیدگاه، در واقع صرف تفریط مالک، محور ضمان و مسئولیت او دانسته شده است.

در خصوص استدلال این گروه از فقها باید به این نکته توجه نمود که مسئله‌ی حاضر در واقع از مصادیق اجتماع مباشر و سبب است. یعنی در فرض ایراد خسارت از سوی حیوان، مباشر، حیوان است و سبب، مالک است که به واسطه‌ی عدم نگهداری از حیوان، مقدمه و زمینه‌ی ایراد خسارت از سوی آن را فراهم آورده است. حال، در این موضع، استناد به قاعده‌ی تسبیب و انتساب خسارت به مالک در صورتی ممکن است که نگهداری از حیوان، وظیفه‌ی مالک بوده و او به واسطه‌ی ترک وظیفه و اهمال در آن، مقدمه‌ی خسارت را ایجاد کرده باشد. در این فرض می‌توان خسارت را به مالک استناد داد و او را ضامن خسارت به شمار آورد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج۱، ص۱۲۰). حال با توجه به آنکه عرف امروز، نگهداری از گربه‌ی خانگی را وظیفه‌ی مالک قلمداد می‌کند، در صورتی که مالک این وظیفه را ترک کند، ترک فعلی که تکلیف او به شمار می‌رود، نوعی تقصیر خواهد بود که موجب ضمان و مسئولیت او در قبال خسارات وارده از سوی گربه می‌باشد. به دیگر تعبیر، در این فرض، مباشر (گربه) موجودی فاقد شعور است و سبب (مالک) در حالی که وظیفه‌ی نگهداری از آن را داشته، با ترک این وظیفه موجبات خسارت را فراهم آورده است؛ در نتیجه، سبب اقوی از مباشر و مسئول جبران خسارت به شمار می‌رود.

### ۱ـ۲ـ۲. ضمان مشروط به خوی آسیب‌رسان حیوان

برخی از فقها بر این عقیده‌اند که در فرضی که حیوان عادت به آسیب رساندن داشته باشد، مثلاً خوی درندگی داشته باشد، لازم است مالک از آن نگهداری کند و در صورت کوتاهی در این امر، ضامن خسارتی است که به واسطهٔ فعل حیوان حاصل می‌گردد. از جمله این فقها، شیخ طوسی (طوسی، ۱۳۸۷، ج۸، ص۷۹)، ابن ادریس حلّی (حلی، ۱۴۱۰، ج۳، ص۴۲۵)، علامه حلّی (حلی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۶۵۷) و فخر المحققین حلّی (حلی، ۱۳۸۷، ج۴، ص۶۶۶) می‌باشند. همچنین این قول از برخی فقهای اهل‌سنت نیز نقل گردیده است (نووی، ۱۴۱۷، ص۲۲۰؛ انصاری، ۲۰۰۹، ج۱۶، ص۴۱).

این گروه از فقها در اثبات مدعای خویش چنین استدلال نموده‌اند که گربهٔ مملوکه‌ای که زیان‌رسان باشد، همانند حیوان مهاجم (مثل دابّهٔ صائلهٔ) است؛ پس اگر مالک آن نسبت به خطر آن آگاه باشد و در مهار آن کوتاهی کند، ضامن محسوب

می‌گردد؛ زیرا گربه‌ای مملوک و زیان‌رسان است و مالک آن توان دفع آن را دارد و از خطر آن آگاه است. پس اگر اقدام نکند، مقصر محسوب می‌شود و در واقع باعث تلف مال دیگران شده است؛ لذا باید از عهدهٔ خسارت برآید. اما اگر جاهل به خطر آن باشد یا کوتاهی نکرده باشد، ضامن نیست (حلی، بی‌تا، ج۲، ص۲۶۵؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج۱۰، ص۳۱۰؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج۱۱، ص۲۷۵).

### ۱ـ۲ـ۳. ضمان مشروط به عرف نگهداری از حیوان

برخی از فقها در فرضی که نگهداری از گربه عرفاً متداول باشد، در صورت عدم نگهداری، مالک را ضامن خسارت وارد شده از سوی آن می‌دانند و در فرضی که عرفاً نگهداری از آن متداول نباشد، مالک را در قبال عدم نگهداری و به تبع آن خسارات وارد شده از سوی گربه، ضامن نمی‌پندارند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج۲۹، ص۱۴۵؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷، ج۲، ص۶۰۰). به دیگر تعبیر، این گروه از فقها، داوری در خصوص ضمان یا عدم ضمان را به عرف جاری در میان مردم سپرده‌اند.

این گروه از فقها در اثبات مدعای خود چنین استدلال آورده‌اند که در فرض آنکه عرف، مالک را مکلف به نگهداری از حیوان بداند و در عین حال، مالک این وظیفه را ترک نماید و به تبع این امر، حیوان، آسیب یا خسارتی را به دنبال آورد، در واقع در اینجا مالک، سبب این خسارت است. بنابراین مطابق قاعده‌ی تسبیب، مسئول جبران خسارت خواهد بود. اما در فرضی که عرف، مالک را موظف به نگهداری از حیوان نداند، چنانچه حیوان عامل خسارت گردد، اصل بر برائت ذمهٔ مالک از ضمان و جبران خسارت می‌باشد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج۲۹، ص۱۴۵).

البته برخی از فقهای اهل‌سنت، تعبیر دیگری از این قول را بیان نموده‌اند؛ با این بیان که اگر گربه در روز چیزی را از بین ببرد، صاحبش ضامن است، ولی اگر در شب باشد، ضامن نیست؛ زیرا معمولاً در شب از چیزها در برابر گربه مراقبت می‌شود، ولی در روز چنین احتیاطی صورت نمی‌گیرد (انصاری، ۲۰۰۹، ج۱۶، ص۴۱؛ غزالی، ۱۴۱۷، ج۶، ص۵۳۸). به تعبیر دیگر، این گروه از فقها نیز عرف را ملاک داوری در ضمان و عدم ضمان دانسته‌اند و چون به زعم ایشان عرفاً در روز از مالک، انتظار نگهداری از حیوان می‌رود، چنانچه در این زمان، حیوان خسارتی وارد آورد، مالک در قبال آن

ضـامن می‌گردد. اما از آنجا که به زعم ایشـان عرفاً در شـب از صـاحب مال، انتظار نگهداری از مال می‌رود، لذا اگر این تکلیف را رها نموده و از مال خویش در مقابل حیوان مراقبت نکند و حیوان به آن آسـیب وارد کند، مسـئول این خسـارت خود صاحب مال است، نه مالک گربه.

اگرچه برخی دیگر از فقهای اهل‌سـنت، بر خلاف این دیدگاه قائل به این امر گردیده‌اند که مسئولیت نگهداری از گربه در شب بر عهده‌ی مالک است نه در روز؛ لذا اگر در شـب خسـارتی وارد کند، ضـمان بر عهده‌ی مالک اسـت، ولی در روز ضـمانی بر عهده‌ی او نمی‌باشـد (نووی، ۱۴۱۷، ج۶، ص۵۳۸؛ غزالی، ۱۴۱۷، ج۶، ص۵۳۸). دلیل این امر، برداشـت متفاوتی اسـت که این گروه از فقها از عرف نموده‌اند، اما قدر جامع هر دو دیدگاه آن اسـت که ملاک داوری ضـمان یا عدم ضـمان را عرف قرار داده‌اند. به دیگر تعبیر، تفاوت میان روز و شـب ناشـی از تفاوت در مسـئولیت‌های عرفی و توقعات اجتماعی در هر زمان اسـت، نه به‌خاطر زمان شـب یا روز به خودی خود.

## ۲. نقد و ارزیابی دیدگاه ها

### ۲ـ۱. قول عدم ضمان (قول مشهور)

چنانچه بیان گردید، مطابق این قول، فقها به عدم ضمان مالک در قبال خسارات گربه خانگی حکم نمودند. در این بخش بر آنیم که از دریچهٔ ارزیابی ادلهٔ مربوط به این قول، به ارزیابی میزان اعتبار این دیدگاه بپردازیم.

اولین دلیلی که این گروه از فقها ارائه نمودند، مبتنی بر قضـاوت عرف بود بدین نحو که عرفاً متداول نیسـت که گربه را مهار و کنترل کنند، بلکه صـاحب مال لازم اسـت از مال خویش در مقابل گربه محافظت نماید. این در حالی اسـت که عرف به معنای رسوم، عادات و رفتارهای رایج در یک جامعه که در طول زمان شکل می‌گیرد، مفهومی ثابت به شـمار نمی‌رود، بلکه با تغییرات اجتماعی دگرگون می‌شـود. در خصـوص مسـئلهٔ حاضـر باید گفت، در گذشـته، گربه اغلب به‌عنوان حیوانی مفید برای دفع جانوران موذی همچون موش تلقی می‌گردید و در راسـتای عملکرد بهتر، عرف برای آن تردد آزاد را به رسـمیت می‌شـناخت. حال آنکه در زمان حاضـر، به گربه

خانگی اغلب به‌عنوان همدم و بخشی از سرگرمی انسان نگریسته می‌شود. مطابق آمار ارائه‌شده، ۹۸ درصد از افرادی که در خانه به نگهداری حیواناتی چون گربه می‌پردازند را ساکنین مناطق شهری تشکیل می‌دهند (https://iranopendata.org/fa/article/171-pets-in-iran). حال آنکه نظر به رواج سبک زندگی آپارتمان‌نشینی در شهرها، عرف نه‌تنها تردد آزاد را برای گربه خانگی در محیطی غیر از خانه‌ای که تعلق به آن دارد محترم نمی‌شمرد، بلکه از مالک انتظار مسئولیت‌پذیری بیشتری را در قبال رفتار و خسارات احتمالی آن دارد.

دومین دلیلی که این گروه در اثبات مدعای خویش بدان استناد نموده‌اند آن است که گربه برخلاف برخی حیوانات دیگر، معمولاً خرید و فروش نمی‌شود و موضوع معامله قرار نمی‌گیرد. این در حالی است که در عرف جامعهٔ امروز، مطابق آمار، گربه یکی از حیوانات خانگی محبوب است که خرید و فروش آن رایج می‌باشد (https://iranopendata.org/fa/article/171-pets-in-iran). از سوی دیگر، رواج مواردی چون قراردادهای واگذاری نگهداری حیوان، بیمهٔ حیوانات خانگی، صدور شناسنامه برای حیوان و... به روشنی بیانگر به رسمیت بخشیدن عرف به ملکیت فرد نسبت به حیوانات خانگی از جمله گربه می‌باشد.

سومین دلیل این گروه از فقها برای اثبات عدم ضمان مالک، تمسک به روایت «جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ» می باشد. در حالی که حتی بر فرض اعتبار سندی و دلالی روایت، تمسک به آن به نحو مطلق و بدین گونه که در همه حالات خسارات ناشی از فعل حیوان را بدون ضمان تلقی نمود، ناممکن می‌باشد. آن‌گونه که فقها در مواردی مانند خسارات ناشی از حملهٔ سگ درنده یا سایر حیوانات مهاجم، در فرض تفریط مالک، عموم روایت را تخصیص زده‌اند (حلی، ۱۴۱۰، ج۳، ص۴۲۵) و برخی دیگر همچون کاشف الغطاء احتمال داده‌اند که مراد از روایت این باشد که اگر حیوان همراه با صاحبش باشد و در این حالت خسارت وارد آورد، جبران آن بر عهدهٔ صاحب آن است (نجفی، ۱۳۵۹، ج۲، ص۱۵۲). در هر حال، حتی بر فرض آنکه روایت بر عموم خود باقی باشد، از آنجا که ضمان و مسئولیت در زمرهٔ احکام عبادی و توقیفی شرع محسوب نمی‌گردد که غیرقابل تغییر باشد، بلکه از جمله احکام اجتماعی و متأثر از

شرایط محیطی و عرف جامعه است، بنابراین لازم است با تغییر عرف جامعهٔ امروز، این حکم نیز متغیر گردد.

دلیل چهارم بر مدعای عدم ضمان مالک، اصل برائت می‌باشد. حال آنکه برائت اصلی عملی است که کاربرد آن در جایی است که دلیل دیگری وجود نداشته باشد. در حالی که در این موضع، ادله‌ای چون قاعدهٔ لاضرر، قاعدهٔ تسبیب، قاعدهٔ احترام همه بر ضمان و مسئولیت مالک حکم می‌کنند. در نتیجه نمی‌توان این دیدگاه را قابل توجیه تلقی نمود.

### ۲ـ۲. ضمان مشروط به تفریط مالک

مطابق آنچه ذکر گردید، برخی از فقها نگهداری از گربه خانگی را در حکم وظیفهٔ مالک می‌دانند و در فرض تفریط مالک در این وظیفه، او را ضامن خسارات وارده از سوی حیوان به شمار می‌آورند. این در حالی است که همان‌طور که ذکر شد، امروزه نگهداری گربه به‌عنوان حیوان خانگی اغلب در شهرها رواج دارد و در عین حال، با توجه به رواج آپارتمان‌نشینی در شهرها، غالباً آپارتمان‌ها به‌عنوان محیط نگهداری از گربه خانگی به شمار می‌روند. حال، با دقت نظر در طبیعت گربه و اقتضائات زندگی آپارتمان‌نشینی، قول مزبور نیز قابل نقد است. از آن حیث که از سویی، گربه طبعاً حیوانی بازیگوش، فرمان‌ناپذیر با رفتارهای غیرمنتظره می‌باشد؛ لذا به نحو بالقوه خطرساز محسوب می‌گردد. از سوی دیگر، فضای فیزیکی محدود آپارتمان‌ها نیز می‌تواند این وضعیت را تشدید نماید. در نتیجه، اقدام شخص به وارد کردن یک حیوان با طبیعت خاص به یک محیط محدود (آپارتمان) ذاتاً وضعیت خطرسازی ایجاد می‌کند که خواه ناخواه او را در قبال آن مسئول می‌گرداند. به عبارت دیگر در این حالت، ضمان مالک به واسطهٔ ترک فعل و وظیفهٔ خویش در نگهداری از گربه نمی‌باشد، بلکه به واسطهٔ فعل آوردن حیوان به محیط انسانی خاص است.

### ۲ـ۳. ضمان مشروط به خوی آسیب‌رسان حیوان

چنانچه بیان گردید، برخی از فقها صرفاً در فرضی که گربه خوی آسیب‌زننده داشته باشد ـ بدین نحو که مثلاً عادت به حمله یا تخریب داشته باشد ـ و مالک نیز از این امر آگاه باشد، در فرض تفریط مالک در نگهداری از آن، او را ضامن

خسارات احتمالی می‌دانند. این در حالی است که:

**اولاً**، با توجه به رواج سبک آپارتمان‌نشینی در جوامع شهری به‌عنوان جوامعی که امروزه مطابق آمار، بیشترین جمعیت گربه خانگی را در خود جای داده‌اند، حتی بر فرض آنکه حیوان خوی آسیب‌رسان نداشته باشد، با توجه به طبیعت بازیگوش حیوان، خواه‌ناخواه عدم مراقبت از آن می‌تواند خساراتی را به دنبال آورد. از آن جهت که شرایطی همچون محدودیت فضای آپارتمان‌ها و نزدیکی همسایه‌ها به یکدیگر باعث می‌شود گربه به‌راحتی بتواند وارد فضاهای مشترک (مثل راهروها یا بالکن‌ها) یا حتی واحدهای دیگر شود؛ لذا احتمال خسارت حتی بر فرض آنکه گربه عادت به آسیب‌رسانی نداشته باشد، بسیار است. نظر به محدودیت فضای آپارتمان‌ها و نزدیکی واحدها به یکدیگر، دسترسی گربه به اموال همسایگان (مثل گل‌های گلدانی، سیم برق، اسباب‌بازی کودکان) آسان‌تر است؛ لذا می‌تواند خسارت مادی همچون تخریب اموال غیر را به دنبال آورد. یا حتی به واسطهٔ سهولت ورود به فضاهای مشترک یا سایر واحدها، خسارت معنوی همچون ایجاد رعب در سایر ساکنین را به همراه آورد.

**ثانیاً**، در بسیاری موارد، آسیب‌ها و خسارات گربه خانگی ارتباطی به خوی آسیب‌رسان او ندارد. به‌عنوان نمونه، نگهداری نامناسب از حیوانات خانگی می‌تواند منجر به تولید بوی ناخوشایند شود که ممکن است از طریق سیستم تهویه یا فضای مشترک به آپارتمان‌های دیگر منتقل شود و خواه‌ناخواه موجب آزار سایر ساکنین گردد. یا آنکه بهداشت نامناسب حیوان می‌تواند باعث انتشار بیماری‌های مشترک بین انسان و حیوان شود که این مسئله به‌طور مستقیم سلامت همسایگان را تهدید می‌کند. در حالی که این نوع از آسیب‌ها ارتباطی به خوی و عادت حیوان ندارد و از سوی دیگر نمی‌توان مالک را به نحو کلی نسبت به آنان معاف دانست. بنابراین این دیدگاه چندان قابل توجیه به شمار نمی‌رود.

### ۲ـ۴. ضمان مشروط به عرف نگهداری از حیوان

چنان‌که پیش‌تر بیان شد، برخی از فقها در صورتی مالک را ضامن خسارات وارده از سوی گربه خانگی می‌دانند که نگهداری از آن مطابق عرف بر مالک واجب باشد

و او در این تکلیف کوتاهی کند. آنچه می‌توان از این قول برداشت کرد، مبتنی بر دو مقدمه است: اولاً تعیین محدودهٔ لازم برای حفاظت از حیوان به عهدهٔ عرف است؛ ثانیاً اگر عرف چنین وظیفه‌ای را بر عهدهٔ مالک قرار دهد و او در انجام آن کوتاهی نماید، آن‌گاه تقصیر مالک موجب ضمان می‌شود.

در خصوص مقدمهٔ اول باید تأکید کرد که در فقه، اصولاً چارچوب و حدود تکلیف مالک یا هر متصرف دیگری نسبت به نحوهٔ نگهداری از حیوان و میزان آن به عرف واگذار شده است. به تعبیر دیگر، عرف ملاک تعیین میزان مراقبت‌های لازم است و اساساً این مسئله امری عرفی است نه شرعی (بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۱، ص۴۱۳؛ نجفی، ۱۴۲۲، ص۶). از این حیث، اشکالی متوجه استدلال فوق نمی‌باشد، اما با توجه به اینکه در عرف جامعهٔ امروز، مسئولیت مالک در قبال نگهداری از گربه خانگی امری مفروض است، به نظر نیازی به تصریح این امر در مسئلهٔ ضمان مالک نیست. در خصوص مقدمهٔ دوم نیز همان‌طور که ذکر شد، مسئله مصداقی از اجتماع سبب و مباشر است و مسلماً ضامن دانستن مالک به‌عنوان عامل غیرمستقیم خسارت (سبب) در فرضی موجه است که بتوان خسارت را به او منتسب نمود. مطابق دیدگاه فعلی، انتساب خسارت در فرض اثبات تفریط او در نگهداری از حیوان پذیرفته شده است. در حالی که مطابق آنچه ذکر خواهد گردید، در عرف جامعهٔ امروز، صرف نگهداری گربه در خانه عامل ضمان و مسئولیت است، بدون آنکه نیازی به اثبات تقصیر مالک در حفاظت از حیوان باشد.

## ۳. قول برگزیده

با توجه به آنچه در نقد اقوال مذکور فقهی گفته شد، به نظر بهتر است در مسئلهٔ حاضر، قول مسئولیت محض را برگزیده و بدون نیاز به اثبات تقصیر مالک، قائل به مسئولیت او در قبال خسارات ناشی از رفتار گربه باشیم. از آن حیث که گربه طبیعتاً حیوانی است با استقلال عمل بالا، فرمان ناپذیر، بازیگوش که غالباً رفتارهای غیرمنتظره و غیرقابل پیش‌بینی از خود بروز می‌دهد. حال، نگهداری چنین حیوانی در محیط آپارتمانی با توجه به محدودیت فضا و دسترسی آسان حیوان به تمامی نقاط، کنترل حیوان و نظارت کامل بر رفتار او را دشوار می‌سازد. بنابراین صرف

محصـور نمودن چنین حیوانی در محیط آپارتمان می‌تواند زمینه‌سـاز بروز آسـیب و خسارت باشد. در نتیجه مالک به سبب ایجاد زمینهٔ خطر، مسئول است و در فرض ورود خسارت از سوی گربه، باید از عهدهٔ زیان وارده برآید.

مطابق این قول، مبنای مسـئولیت مالک در واقع ایجاد زمینهٔ خطر با آوردن گربه به محیط آپارتمان اسـت، نه ارتکاب تقصیر. بر این مبنا، به صـرف نگهداری گربه در آپارتمان، اصل بر مسئولیت و ضمان مالک گربه می‌باشد، مگر آنکه خلاف آن ثابت گردد. مهم‌ترین مستندی که بر این قول می‌توان ارائه نمود، قضاوت عرف جامعهٔ امروز در این مسـئله می‌باشـد. امروزه اصـل همزیسـتی مسـالمت‌آمیز و رعایت حقوق همسایگان امری مسلم و غیرقابل انکار می‌باشد؛ لذا عرف همسایگی حکم می‌کند که هر شـخصـی پیش از دسـت زدن به اقدامی که ممکن اسـت آسـایش جمع را مخدوش کند، ضـمانت جبران تبعات آن را بپذیرد. بر این مبنا، نگهداری گربه در خانه در فرضـی پذیرفته اسـت که مالک مسـئولیت کامل خسـارات احتمالی آن را بپذیرد. به تعبیر بهتر، بر مبنای عرف جامعهٔ امروز، نگهداری گربه در محیط بسـتهٔ آپارتمان خودبه‌خود موجبی اسـت برای پذیرش مسـئولیت هر خسـارت، بدون اینکه لازم باشد ثابت شود مالک در نگهداری از آن مرتکب قصور گردیده است.

دلیل دیگری که بر اثبات این مدعا می‌توان ارائه نمود، قاعدهٔ تسـبیب می‌باشـد؛ چراکه بر فرض ورود خسـارت از جانب گربه، عرف خسـارت را مسـتند به مالک می‌داند؛ از آن حیث که مالک با آوردن حیوانی همچون گربه به محیط آپارتمان، موجبات ضمان خویش را فراهم نموده است و به تعبیری در این فرض، عرف سبب (مالک) را اقوا از مباشـر (گربه) می‌داند؛ لذا بدون آنکه اثبات تفریط و تقصـیر مالک در نگهداری از حیوان را لازم بداند، او را در قبال خسارت وارده ضامن می‌پندارد.

### ۴. دیدگاه قانون‌گذار

در مادهٔ ۳۳۴ قانون مدنی، قانونگذار در خصوص ضمان خسارات ناشی از فعل حیوان چنین آورده است: «مالک یا متصرف حیوان مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد می‌شود، مگر این که در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد؛ لیکن در هر حال، اگر حیوان به واسطه عمل کسی منشأ ضرر گردد، فاعل آن عمل مسئول

خسارات وارده خواهد بود.»

مطابق مادهٔ فوق، مسئولیت مالک حیوان از منظر تکلیفی است که در حفاظت و نگهداری از حیوان ملک خویش بر عهده دارد، وگرنه صرف مالکیت نمی‌تواند ایجاد مسئولیت کند. از این حیث، در ابتدای ماده، مسئولیت مالک نسبت به خسارات وارده از سوی حیوان را نفی می‌کند و از این امر، موردی را استثنا می‌کند که مالک حیوان در حفاظت و نگهداری از آن تقصیر نموده باشد؛ یعنی احتیاطات لازم را رعایت نکرده باشد، وظایف خود را ترک نموده باشد. در این فرض، مسئول و ضامن خسارات ناشی از فعل حیوان خواهد بود، زیرا مالک بر خلاف آنچه وظیفه داشته، رفتار نموده است.

در مادهٔ ۵۲۲ قانون مجازات اسلامی چنین آمده است: «متصرف هر حیوانی که از احتمال حمله آن آگاه است باید آن را حفظ نماید و اگر در اثر تقصیر او، حیوان مزبور به دیگری صدمه وارد سازد، ضامن است. ولی اگر از احتمال حمله حیوان آگاه نبوده و عدم آگاهی ناشی از تقصیر او نباشد، ضامن نیست.»

مطابق مادهٔ فوق، حفظ حیوان در صورتی وظیفهٔ مالک است که احتمال آسیب رساندن آن را بدهد. در این فرض، اگر از حیوان محافظت نکند و حیوان خسارت وارد آورد، مالک ضامن می‌باشد، اما در فرضی که احتمال آسیب رساندن حیوان را ندهد، ضمانی متوجه مالک نیست. با دقت نظر در مادهٔ فوق چنین به نظر می‌آید که قانونگذار علاوه بر تفریط مالک، پیش‌شرط آگاهی از حملهٔ حیوان را مطرح نموده و به عبارتی، ضمان را مشروط به خوی آسیب‌رسان حیوان کرده است.

در نتیجه می‌توان گفت قانونگذار در خصوص ضمان مالک نسبت به خسارات ناشی از فعل حیوان دو رویکرد اتخاذ نموده است: مطابق یک رویکرد، ضمان مشروط به تفریط مالک در حفظ حیوان است و مطابق رویکرد دیگر، احتمال آسیب رساندن حیوان که در واقع از خوی و عادت آن نشأت می‌گیرد نیز در ضمان مالک دخیل می‌باشد. اگرچه هر دو مادهٔ قانونی مطلق بوده و تمامی حیوانات از جمله گربه خانگی را دربرمی‌گیرد، اما مطابق آنچه در مقالهٔ حاضر بیان گردید، به نظر بهترین اقوال در این مسئله آن است که صرف نگهداری گربه در آپارتمان را عامل ضمان

محسوب نموده و مالک را بدون نیاز به اثبات تقصیر او در حفاظت از حیوان، ضامن خسارات وارده از سوی گربه تلقی نماییم.

## نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر، تحت عنوان «ارزیابی میزان مسئولیت مالک در قبال خسارات ناشی از فعل گربه خانگی»، به نتایج ذیل دست یافت:

بررسی‌ها حاکی از وجود دو دیدگاه کلی در مسئلهٔ مذکور است. مشهور فقها قائل به عدم ضمان مالک هستند. برخی از فقها قائل به ضمان مشروط هستند. در بین این دسته از فقها، برخی ضمان را به صرف تفریط مالک مشروط نموده‌اند، گروهی با پیش‌فرض قرار دادن تفریط در ضمان، پیش‌شرط عرف نگهداری از حیوان را لحاظ نموده‌اند و برخی خوی آسیب‌رسان حیوان را ملاک ضمان می‌دانند.

در خصوص مسئلهٔ حاضر، با توجه به آنکه از سویی بالاترین نرخ نگهداری از حیوان خانگی مربوط به جوامع شهری است و از سوی دیگر در جوامع شهری، رواج سبک آپارتمان‌نشینی اقتضائات خاص خود را دارد، در حال حاضر نگهداری از گربه در محیط بستهٔ آپارتمان‌ها، نظارت و کنترل کامل مالک بر رفتار حیوان را د شوار می‌سازد. در نتیجه عرف امروز، نگهداری حیوانی همچون گربه در فضای محدود آپارتمان را خودبه‌خود موجب و عاملی برای پذیرش مسئولیت هر خسارت احتمالی از جانب حیوان تلقی نموده، بدون اینکه نیازی به اثبات قصور مالک با شد. بنابراین در خصوص مسئلهٔ ضمان گربه خانگی، دیدگاه راجح، مسئولیت و ضمان محض نسبت به خسارات ناشی از رفتار حیوان می‌باشد.

همچنین با توجه به آنکه در قوانین موضوعه دو رویکرد مختلف در رابطه با مسئولیت مالک در قبال حیوان مملوکه اتخاذ گردیده است ـ به نحوی که در قانون مدنی مسئولیت مبتنی بر تقصیر تأیید گردیده و در قانون مجازات، مسئولیت مشروط به خوی آسیب‌رسان حیوان است ـ لذا وحدت رویهٔ قانونی در این مسئله از ضرورت خاصی برخوردار است.

## فهرست منابع


۱. ابن‌قدامه، موفق‌الدین عبدالله بن احمد. (۱۹۶۸م). المغنی. قاهره: مکتبة القاهرة.
۲. ابن‌نجیم مصری، زین‌الدین بن ابراهیم. (بی‌تا). البحر الرائق شرح کنز الدقائق. بی‌جا: دار الکتاب الإسلامی.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۴. اصفهانی، سید ابوالحسن. (بی‌تا). وسیلة النجاة. قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی(ره).
۵. انصاری، احمد بن محمد (ابن رفعة). (۲۰۰۹م). کفایة النبیه فی شرح التنبیه. بی‌جا: دار الکتب العلمیة.
۶. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۷. بیضاوی، عبدالله بن عمر. (۱۴۲۹ق). الغایة القصوی فی درایة الفتوی. بی‌جا: دار البشائر الإسلامیة.
۸. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۸ق). تنقیح مبانی الأحکام (کتاب الدیات). قم: دار الصدیقة الشهیدة(س).
۹. حافظی قهستانی، محمدصادق؛ نیکوند، شکرالله؛ محمدی، عبدالعلی. (۱۴۰۳ش). مسئولیت مدنی دارنده حیوان متعارف و غیر متعارف در حقوق ایران و فقه اسلامی. فصلنامهٔ پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شمارهٔ ۷۵، ص۱۰۵ـ۱۲۴.
۱۰. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد. (بی‌تا). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
۱۱. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۱۲. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۱۳. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف. (بی‌تا). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۱۴. حلی (فخر المحققین)، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: اسماعیلیان.
۱۵. حلی (محقق حلی)، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان.

۱۶. حلی (ابن ادریس)، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۱۷. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). تکملة المنهاج. قم: نشر مدینة العلم.
۱۸. دمیری، محمد بن موسی. (۱۴۲۴ق). حیاة الحیوان الکبری. بیروت: دار الکتب العلمیة.
۱۹. سبزواری، سید عبدالأعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام. قم: مؤسسة المنار.
۲۰. صمیری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰ق). غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار الهادی.
۲۱. طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی). (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.
۲۲. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.
۲۳. غزالی، ابوحامد محمد بن محمد. (۱۴۱۷ق). الوسیط فی المذهب. قاهره: دار السلام.
۲۴. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۲۵. فرطوسی حویزی، حسین. (۱۴۱۶ق). التوضیح النافع فی شرح ترددات صاحب الشرائع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۲۶. قادری، عبدالهادی. (۱۳۹۶ش). بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی مالک حیوان در نظام حقوقی ایران و افغانستان. حقوق پویا، ۵(۵)، ص۵۱-۸۰.
۲۷. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۸. مفید، محمد بن محمد بن نعمان (شیخ مفید). (۱۴۱۳ق). المقنعة. قم: المؤتمر العالمی لألفیة الشیخ المفید.
۲۹. نجفی، حسن بن جعفر. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهة (کتاب الودیعة). عراق: مؤسسهٔ کاشف الغطاء.
۳۰. نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر). (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
۳۱. نجفی (کاشف الغطاء)، محمدحسین بن علی. (۱۳۵۹ق). تحریر المجلة. عراق: المکتبة المرتضویة.
۳۲. نووی، یحیی بن شرف. (۱۴۱۷ق). فتاوی الإمام النووی المسمّاة. بیروت: دار البشائر الإسلامیة للطباعة و النشر و التوزیع.
۳۳. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۱۷ق). معجم فقه الجواهر. بیروت: الغدیر للطباعة و النشر و التوزیع.
۳۴. یزدانیان، علیرضا؛ نیازی، عباس. (۱۳۹۶ش). بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی ناشی از حیوان در

حقوق اسلام و غرب. نشریهٔ پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۴(۴)، ص۱۶۷ـ۱۹۲.
https://doi.org/10.22091/csiw.2018.2250.1232
۳۵. پایگاه داده‌های باز ایران. (بی‌تا). حیوانات خانگی در ایران.
https://iranopendata.org/fa/article/171-pets-in-iran

## References

1. Amili, Zayn al-Din bin Ali (Shahid al-Thani). (1992). *Masālik al-Afhām ilá Tanqīḥ Sharāʾiʿ al-Islām* (1st ed.). Qom: Mu'assasat al-Ma'arif al-Islamiyyah. [In Arabic]
2. Ansari, Ahmad bin Mohammad (Ibn Rif'ah). (2009). *Kifāyat al-Nabīh fī Sharḥ al-Tanbīh* (1st ed.). Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
3. Ardabili, Ahmad bin Mohammad. (1982). *Majmaʿ al-Fāʾidah wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhhān* (1st ed.). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī affiliated with Jami'ah al-Mudarrisin Ḥawzah 'Ilmiyyah Qom. [In Arabic]
4. Bahrani, Yusuf bin Ahmad. (1984). *Al-Ḥadāʾiq al-Nāḍirah fī Aḥkām al-ʿItrah al-Ṭāhirah* (1st ed.). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī affiliated with Jami'ah al-Mudarrisin Ḥawzah 'Ilmiyyah Qom. [In Arabic]
5. Baydawi, Abdullah bin Umar. (2008). *Al-Ghāyah al-Quṣwá fī Dirāyat al-Fatwá* (1st ed.). Beirut: Dar al-Basha'ir al-Islamiyyah. [In Arabic]
6. Damiri, Mohammad bin Musa. (2003). *Ḥayāt al-Ḥayawān al-Kubrá* (2nd ed.). Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
7. Fadel Hindi, Mohammad bin Hasan. (1995). *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām ʿan Qawāʿid al-Aḥkām* (1st ed.). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī affiliated with Jami'ah al-Mudarrisin Ḥawzah 'Ilmiyyah Qom. [In Arabic]
8. Fartusi Huwayzi, Hossein. (1995). *Al-Tawḍīḥ al-Nāfiʿ fī Sharḥ Taraddudāt Ṣāḥib al-Sharāʾiʿ* (2nd ed.). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī affiliated with Jami'ah al-Mudarrisin Ḥawzah 'Ilmiyyah Qom. [In Arabic]
9. Ghazali, Abu Hamid Mohammad bin Mohammad. (1996). *Al-Wasīṭ fī al-Madhhab* (1st ed.). Cairo: Dar al-Salam. [In Arabic]
10. Hafizi Qahistani, Mohammad Sadegh, Nikvand, Shokrollah, & Mohammadi, Abdolali. (2024). Civil liability of the possessor of conventional and unconventional animals in Iranian law and Islamic jurisprudence. *Faṣlnāmah-ye Pajūhishhā-ye Fiqh va Ḥuqūq-e Eslāmī*, No. 75, pp. 105–124. [In Persian]
11. Hashemi Shahroudi, Seyed Mahmoud. (1996). *Muʿjam Fiqh al-Jawāhir*. Beirut: Al-Ghadir lil-Tiba'ah wa al-Nashr wa al-Tawzi'. [In Arabic]
12. Hilli, Fakhr al-Muhaqqiqin, Mohammad bin Hasan. (1967). *Iḍāḥ al-Fawāʾid fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawāʿid* (1st ed.). Qom: Esma'ilian. [In Arabic]
13. Hilli, Ibn Idris, Mohammad bin Mansur. (1989). *Al-Sarāʾir al-Ḥāwī li-Taḥrīr al-Fatāwā* (2nd ed.). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī affiliated with Jami'ah al-Mudarrisin Ḥawzah 'Ilmiyyah Qom. [In Arabic]
14. Hilli, Muhaqqiq, Ja'far bin Hasan. (1987). *Sharāʾiʿ al-Islām fī Masāʾil al-Ḥalāl wa al-Ḥarām* (2nd ed.). Qom: Esma'ilian. [In Arabic]
15. Hilli, Allamah, Hasan bin Yusuf. (n.d.). *Taḥrīr al-Aḥkām al-Sharʿīyah ʿalá Madhhab al-Imāmīyah* (1st ed.). Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām). [In Arabic]
16. Hilli, Allamah, Hasan bin Yusuf. (1992). *Qawāʿid al-Aḥkām fī Maʿrifat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām* (1st ed.). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī affiliated with Jami'ah al-Mudarrisin Ḥawzah 'Ilmiyyah Qom. [In Arabic]

17. Hilli, Allamah, Hasan bin Yusuf. (1993). *Tadhkirat al-Fuqahā'*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li-Iḥyā' al-Turāth. [In Arabic]
18. Hosseini Ameli, Seyed Javad bin Mohammad. (n.d.). *Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawāʿid al-ʿAllāmah*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
19. Ibn Najim al-Misri, Zayn al-Din bin Ibrahim. (n.d.). *Al-Baḥr al-Rā'iq Sharḥ Kanz al-Daqā'iq*. Beirut: Dar al-Kitab al-Islami. [In Arabic]
20. Ibn Qudamah, Muwaffaq al-Din Abdullah bin Ahmad. (1968). *Al-Mughnī*. Cairo: Maktabat al-Qahirah. [In Arabic]
21. Isfahani, Seyyed Abolhassan. (n.d.). *Wasīlat al-Najāt*. Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
22. Khoei, Seyyed Abolqasem. (1989). *Takmilat al-Minhāj*. Qom: Nashr Madinat al-'Ilm. [In Arabic]
23. Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa. (1986). *Qawāʿid-e Feqh* [Rules of Jurisprudence] (12th ed.). Tehran: Markaz-e Nashr-e 'Ulum-e Eslami. [In Persian]
24. Mufid, Mohammad bin Mohammad bin Nu'man (Shaykh al-Mufid). (1992). *Al-Muqniʿah*. Qom: Al-Mu'tamar al-'Alami li-Alfiyyat al-Shaykh al-Mufid. [In Arabic]
25. Najafi (Kashif al-Ghita'), Mohammad Hossein bin Ali. (1940). *Taḥrīr al-Majallah* (1st ed.). Iraq: Al-Maktabah al-Murtaḍawiyyah. [In Arabic]
26. Najafi, Mohammad Hassan (Sahib al-Jawahir). (1984). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'iʿ al-Islām*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
27. Najafi, Mohammad Hassan bin Ja'far. (2001). *Anwār al-Fiqāhah – Kitāb al-Wadīʿah* (1st ed.). Iraq: Mu'assasat Kashif al-Ghita'. [In Arabic]
28. Nawawi, Yahya bin Sharaf. (1996). *Fatāwá al-Imām al-Nawawī al-Musammá*. Beirut: Dar al-Basha'ir al-Islamiyyah lil-Tiba'ah wa al-Nashr wa al-Tawzi'. [In Arabic]
29. Qaderi, Abdolhadi. (2017). A comparative study of animal owner's civil liability in the legal systems of Iran and Afghanistan. *Ḥuqūq-e Puyā*, 5(5), 51–80. [In Persian]
30. Sabzevari, Seyed Abd al-A'la. (1992). *Muhadhdhab al-Aḥkām* (4th ed.). Qom: Mu'assasat al-Manar – Daftar-e Ḥaḍrat-e Āyatollāh. [In Arabic]
31. Samiri, Mofleh bin Hasan. (1999). *Ghāyat al-Marām fī Sharḥ Sharā'iʿ al-Islām* (1st ed.). Beirut: Dar al-Hadi. [In Arabic]
32. Tabrizi, Javad bin Ali. (2007). *Tanqīḥ Mabānī al-Aḥkām – Kitāb al-Dīyāt* (1st ed.). Qom: Dar al-Siddiqah al-Shahidah ('alayhā al-salām). [In Arabic]
33. Tusi, Mohammad bin Hasan (Shaykh al-Tusi). (1967). *Al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyah* (3rd ed.). Tehran: Al-Maktabah al-Murtaḍawiyyah li-Iḥyā' al-Āthār al-Ja'fariyyah. [In Arabic]
34. Yazdanian, Alireza, & Niazi, Abbas. (2017). A comparative study of civil liability arising from animals in Islamic and Western law. *Pajūhish-e Taṭbīqī-ye Ḥuqūq-e Eslām va Gharb*, 4(4), 167–192. https://doi.org/10.22091/csiw.2018.2250.1232 [In Persian]
35. Iran Open Data. (n.d.). *Pets in Iran*. Retrieved from https://iranopendata.org/fa/article/171-pets-in-iran/ [In Persian]

Civil Jurisprudence Doctrines

ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# Jurisprudential and Legal Reasons for the Forfeiture of the Guarantor's Right of Recourse Against the Principal Debtor in the Case of a Debt Gift to the Authorized Guarantor, Before Payment of the Debt

**Mohammad-Jaber Ghanbari**[1] | **Seyed Mahdi Kazemi**[2]

1. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Social Sciences, Payam-e Noor University, Tehran, Iran. Email: ghanbari.law@pnu.ac.ir
2. PhD Student in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran & Level 3 Student of Jurisprudence and Law, Navvab Higher Seminary, Mashhad, Iran. Email: se.mahdi.kazemi@gmail.com

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received: 20 July 2025
Revised: 17 October 2025
Accepted: 23 December 2025
Available online 11 January 2026

**Keywords:**
Release (Ibrā'), Right of Recourse, Guarantor (Ḍāmin), Principal Debtor, Gift of the Debt (Hibeh-ye Ṭalab).

## ABSTRACT

Undoubtedly, as stipulated in Article 719 of the Civil Code, the release (*Ibrā'*) of the guarantor (*Ḍāmin*) results in the forfeiture of his right of recourse against the principal debtor. However, the ruling for the scenario where the creditor gifts the debt to an authorized guarantor is not provided for in the law. The purpose of this article is to state the jurisprudential and legal reasons for the lack of a right of recourse for the guarantor against the principal debtor before the payment of the debt and after the gift of the debt to the guarantor. The findings of the research, which is based on a descriptive-analytical method, show that according to the narrations (*Riwāyāt*) in jurisprudence and the famous opinion of the jurists, given the gratuitous/charitable nature of the guarantee contract, the origin of the guarantor's right of recourse against the principal is the damage caused by the guarantor's payment of the debt. Furthermore, before the debt is paid, the occurrence of harm to the guarantor is not certain, and therefore it is not subject to the rule of no-harm (*Qā'idat Lā Ḍarar*) as the basis for the guarantor's right of recourse. From a legal perspective, the arguments of those in favor of the right of recourse in this specific scenario are flawed. On one hand, the criterion of the ruling in Article 712 cannot be relied upon, because the guarantor's recourse after inheriting the debt was not without consideration, but after a gift of the debt, it is without consideration and without the guarantor incurring any loss. On the other hand, due to the lack of joint and several liability and the extinguishment of the creditor's (principal's) right of recourse against the principal debtor, the subrogation of the guarantor after the gift of the debt would also be meaningless. Therefore, the criterion of the second part of Article 321 on usurpation is also not applicable to this case. Moreover, granting the guarantor a right of recourse in this situation would mean an increase in his assets—a matter that is contrary to the purpose of legislating the contract of guarantee in jurisprudence and civil law. This is because Article 709 stipulates that the condition for recourse is the loss resulting from the payment of the debt.

**Cite this article:** Ghanbari, M., J.; Kazemi, S., M. (2026). Jurisprudential and Legal Reasons for the Forfeiture of the Guarantor's Right of Recourse Against the Principal Debtor in the Case of a Debt Gift to the Authorized Guarantor, Before Payment of the Debt. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 18(33), 227-255. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.7204.2083

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

## Extended Abstract

**Introduction**

According to Article 709 of the Iranian Civil Code, one of the conditions for the guarantor's right of recourse against the principal debtor (*maḍmūn ʿanhu*) is the payment of the debt to the creditor (*maḍmūn lahu*). Therefore, Article 719 of the Civil Code considers the discharge (*ibrāʾ*) of the guarantor's liability by the creditor as one of the cases where recourse to the principal debtor is impossible. In this regard, a situation that has not been examined in the Civil Code — and as a result, its legal ruling remains ambiguous — is where the creditor, based on Article 806 of the Civil Code, donates his claim against the guarantor to the guarantor himself. There is a difference of opinion in legal doctrine regarding the ruling on this issue. According to one opinion, because the donation of a debt to the debtor is equivalent to discharge, the guarantor will not have the right of recourse. On the other hand, most legal scholars believe that the guarantor is permitted to have recourse to the principal debtor. Two types of arguments have been presented to prove this claim.

The first argument is based on the criterion of Article 321 of the Civil Code concerning usurpation (*ghaṣb*), according to which the discharge of one of the usurpers by the owner is distinguished from the transfer of the owner's claim to one of the usurpers. In the first case (discharge), the owner does not have the right of recourse against the other usurpers, but in the second case (donation of the debt to the debtor), the transferee will have the right of recourse against the other usurpers. Consequently, unlike discharge, the donation of the debt by the creditor to the guarantor is considered to permit the guarantor to have recourse to the principal debtor. The second argument, relied upon by some other authors, uses the criterion of Article 712 of the Civil Code, which stipulates that if the creditor dies and the guarantor is his heir, the guarantor will have the right of recourse to the principal debtor. The reasoning is that because, in the said article, the merger of debts due to a non-contractual cause (death of the creditor) gives the right of recourse to the guarantor, the merger of debts due to a contractual cause (the creditor's donation of the debt) should also give the guarantor the right of recourse to the principal debtor.

There is silence in jurisprudence on this issue. In fact, what many jurists have addressed is the creditor's donation of the debt to the guarantor *after* the debt has been paid by the guarantor. They did not consider this as equivalent to discharge, and as a result, they affirmed the guarantor's right of recourse, without commenting on the ruling concerning the creditor's donation of the debt to the guarantor *before* the debt has been paid (the subject of this article). Therefore, the purpose of this article is to state the jurisprudential and legal reasons for the guarantor's lack of right of recourse against the principal debtor before the payment of the debt and after the donation of the debt to the guarantor.

**Method**

This article is written using a descriptive-analytical method, and library sources have been used.

**Findings**

The findings of the research show that the basis of the authorized guarantor's right of recourse against the principal debtor is the bearing of loss and the diminution of assets resulting from the payment of the debt by the guarantor. Therefore, on the one hand, the instances in which the Civil Code has granted the guarantor the right of recourse are due to the diminution of his assets, such as the acquisition of ownership of the debt by the guarantor through inheritance. On the other hand, the instances in which the law has deprived the guarantor of the right of recourse are due to his failure to bear any loss, such as the gratuitous payment of the debt by a third party.

In jurisprudence, although jurists have not discussed the subject of the present article — namely, the ruling on the donation of a debt to the guarantor before the payment of the debt — many of those who have examined the donation of a debt to the guarantor *after* the payment of the debt have not considered it equivalent to discharge, due to the guarantor having borne a loss, and as a result, they have affirmed the guarantor's right of recourse. Furthermore, before the payment of the debt, the infliction of loss upon the guarantor is not certain, and consequently, it is not subject to the No-Harm Rule (*qāʿidah lā ḍarar*) as a basis for the guarantor's right of recourse.

From a legal perspective, the arguments of those in favor of the right of recourse are flawed. The first argument, based on the criterion of the second part of Article 321 of the Civil Code concerning usurpation, is problematic and cannot be extended to the subject of this article. This is because as soon as the contract of guarantee is concluded — which, according to Article 698 of the Civil Code and the well-known opinion of Imami jurists, is based on the transfer of liability — when the creditor (the original claimant) loses the right of recourse against the principal debtor, the guarantor, a fortiori, will not be able to have such recourse as his successor. In fact, due to the absence of joint and several liability and the extinction of the creditor's right of recourse against the principal debtor, the guarantor's subrogation after the donation of the debt also becomes meaningless. Consequently, the donation of the debt to the guarantor will not make him the successor of the creditor in recourse against the principal debtor.
The second argument of those in favor of the guarantor's right of recourse — relying on the criterion of Article 712 of the Civil Code — is also unacceptable. This is because the guarantor's recourse after inheriting the claim is without consideration, whereas the guarantor's recourse after the donation of the debt is also gratuitous and without the guarantor having borne any loss. Therefore, as stated above, the basis for the guarantor's recourse against the principal debtor (diminution of assets as a result of paying the debt) is absent in the latter case.

**Conclusion**

According to the results of this research, despite the difference between "discharge" and "donation of a debt to the debtor", the ruling of the Civil Code that the guarantor has no right of recourse against the principal debtor in the event of the guarantor's discharge will also apply in the case of the creditor's donation of the debt to the guarantor before the payment of the debt. The conclusion is that the donation of the debt to the authorized guarantor, before the payment of the debt, eliminates the guarantor's right of recourse against the principal debtor.

### *Authors' Contributions*
All authors contributed equally to the conceptualization of the article and the writing of the initial draft and subsequent versions, including revised and edited versions.

### *Data Availability Statement*
No data are available.

### *Ethical Considerations*
The authors have avoided data fabrication, 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 that they have no conflict of interest.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# دلایل فقهی و حقوقی زوال حق رجوع ضامن به مضمونٌ‌عنه، در فرض هبهٔ طلب به ضامن مأذون، پیش از پرداخت دین

محمدجابر قنبری[۱] | سید مهدی کاظمی[۲]

۱. نویسنده مسئول، استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکدهٔ حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. رایانامه: ghanbari.law@pnu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران و طلبهٔ سطح ۳ فقه و حقوق، مدرسهٔ علمیهٔ عالی نواب، مشهد، ایران. رایانامه: se.mahdi.kazemi@gmail.com

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:** پژوهشی

**تاریخ دریافت:** ۱۴۰۴/۰۴/۲۹

**تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۷/۲۵

**تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۱۰/۰۲

**تاریخ انتشار برخط:** ۱۴۰۴/۱۰/۲۱

**کلیدواژه‌ها:** ابراء، حق رجوع، ضامن، مضمون عنه، هبهٔ طلب.

**چکیده**

بی‌تردید، به جهت تصریح مادهٔ ۷۱۹ قانون مدنی، ابراء ضامن، باعث سلب حق رجوع او به مضمونٌ‌عنه می‌شود. اما حکم هبه طلب مضمونٌ‌له به ضامن مأذون، در قانون نیامده است. هدف مقاله بیان دلایل فقهی و حقوقی عدم حق رجوع ضامن به مضمونٌ‌عنه، پیش از پرداخت دین و پس از هبه طلب به ضامن است. یافته‌های پژوهش که با روش توصیفی – تحلیلی است نشان می‌دهد که طبق روایات وارده در فقه و نظر مشهور فقها، با توجه به ماهیت احسانی ضمان، منشأ رجوع ضامن به مضمونٌ‌عنه، خسارت ناشی از پرداخت دین توسط اوست. به‌علاوه، پیش از پرداخت دین، ورود ضرر به ضامن، مسلّم نبوده، در نتیجه مشمول قاعده لاضرر به‌عنوان مبنای حق رجوع ضامن قرار نمی‌گیرد. از حیث حقوقی هم دلایل موافقان حق رجوع، مخدوش می‌باشد. از یک طرف، ملاک حکم ماده ۷۱۲ قابل استناد نیست، زیرا رجوع ضامن پس از ارث طلب، بدون عوض نبوده، اما پس از هبه طلب، بلاعوض و بدون تحمل زیان است. از طرف دیگر، به جهت عدم مسئولیت تضامنی و با سقوط حق رجوع مضمونٌ‌له (اصیل) به مضمونٌ‌عنه، قائم‌مقامی ضامن پس از هبه طلب نیز بی‌معنا خواهد بود، پس ملاک قسمت دوم ماده ۳۲۱ در غصب هم قابل تسری نیست. همچنین حق رجوع ضامن، یعنی افزایش دارایی او؛ امری که مغایر با هدف تشریع ضمان در فقه و قانون مدنی است، چراکه ماده ۷۰۹، شرط رجوع را ضرر ناشی از اداء دین می‌داند.

**استناد:** قنبری، محمدجابر؛ کاظمی، سید مهدی. (۱۴۰۵). دلایل فقهی و حقوقی زوال حق رجوع ضامن به مضمون عنه، در فرض هبهٔ طلب به ضامن مأذون، پیش از پرداخت دین. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۸(۳۳)، ۲۲۷-۲۵۵.
https://doi.org/10.30513/cjd.2025.7204.2083
ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

## مقدمه

عقد ضمان از عقود لازم به شمار می‌رود (محقق داماد و یزدانی، ۱۳۹۰). به موجب این قرارداد، هرگاه ضامن از دین مدیون ضمانت کند، دین از ذمهٔ مدیون اصلی ساقط شده و به ذمهٔ ضامن منتقل می‌گردد. منتهی با وجود شرایطی، ضامن پس از پرداخت دین به مضمون‌له، حق رجوع به مضمون‌عنه (مدیون اصلی) را خواهد داشت. یکی از شرایط رجوع ضامن به مضمون‌عنه، که در مادهٔ ۷۰۹ قانون مدنی آمده، این است که ضامن، دین مورد ضمان را به مضمون‌له پرداخت کرده باشد. قانونگذار در مواد ۷۱۰ تا ۷۱۶ و ۷۱۹ تا ۷۲۲ قانون مدنی، مباحث مرتبط با رجوع ضامن به مدیون اصلی، اعم از موارد امکان و عدم امکان رجوع، مقدار رجوع و شخص مورد رجوع را روشن ساخته است.

یکی از مواردی که به تصریح قانونگذار، برای ضامن امکان رجوع به مضمون‌عنه وجود نخواهد داشت، جایی است که مضمون‌له، ذمهٔ ضامن را ابراء کند. به موجب مادهٔ ۷۱۹ قانون مدنی، هرگاه مضمون‌له، ضامن را ابراء یا دیگری مجاناً دین را بدهد، حق رجوعی برای ضامن وجود نخواهد داشت. در همین رابطه، فرضی که مورد بررسی قانون مدنی قرار نگرفته و در نتیجه، حکم قانونی آن در هاله‌ای از ابهام می‌باشد، آنجاست که مضمون‌له، مستند به مادهٔ ۸۰۶ قانون مدنی، طلب خود را به ضامن هبه نماید.

با توجه به سکوت قانونگذار در خصوص حکم این موضوع، در دکترین حقوقی نسبت به حکم آن اختلاف نظر وجود دارد. بدین توضیح که برخی از حقوقدانان، هبهٔ طلب به مدیون را همان ابراء دانسته و در نتیجه، ضامن را فاقد حق رجوع می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص۳۱۳). در مقابل، جمع زیادی از حقوقدانان معتقد به جواز رجوع ضامن به مضمون‌عنه هستند. برای اثبات این مدعا، دو نوع استدلال، ارائه شده است: دلیل اول، مبتنی بر تمسک به ملاک مادهٔ ۳۲۱ ق.م[1] در باب غصب

---

۱. مادهٔ ۳۲۱ قانون مدنی: «هرگاه مالک، ذمهٔ یکی از غاصبین را نسبت به مثل یا قیمت مال مغصوب ابراء کند، حق رجوع به غاصبین دیگر نخواهد داشت، ولی اگر حق خود را به یکی از آنان به نحوی از انحاء انتقال دهد، آن کس، قائم‌مقام مالک می‌شود و دارای همان حقی خواهد بود که مالک دارا بوده است.»

می‌باشد، که به موجب آن، ابراء ذمهٔ یکی از غاصبین از سوی مالک، از انتقال طلب مالک به یکی از غاصبین، تفکیک شده است، به نحوی که در اولی (ابراء)، مالک، حق رجوع به سایر غاصبین را نداشته، اما در دومی (هبهٔ طلب به مدیون)، منتقل‌الیه، حق رجوع به سایر غاصبین را خواهد داشت. در نتیجه، برخلاف ابراء، هبهٔ طلب مضمون‌له به ضامن، مجوز رجوع ضامن به مضمون‌عنه دانسته شده است. (ره‌پیک، ۱۳۸۷، ص۱۲۷؛ سعیدی، ۱۳۹۷) استدلال دوم، که برخی دیگر از نویسندگان، بدان تمسک جسته‌اند، استفاده از ملاک مادهٔ ۷۱۲ ق.م[1] است. بدین توضیح که چون در مادهٔ مزبور، مالکیت ما فی الذمه به سبب قهری (فوت مضمون‌له)، حق رجوع به ضامن داده است، مالکیت فی الذمه به سبب قراردادی (هبهٔ طلب مضمون‌له) نیز حق رجوع به ضامن را برای مراجعه به مضمون‌عنه خواهد داد (صفایی و جواهرکلام، ۱۳۹۹، ج۱، ص۴۰۲؛ میرشکاری و مظفری، ۱۳۹۸).

در فقه نیز در خصوص موضوع، سکوت وجود دارد. توضیح اینکه آنچه بسیاری از فقها بدان پرداخته‌اند، هبهٔ طلب مضمون‌له به ضامن، پس از ادای دین توسط اوست که آن را در حکم ابراء ندانسته، در نتیجه قائل به حق رجوع ضامن شده‌اند (خویی، ۱۴۱۷، ج۳۱، ص۴۲۶؛ شهید ثانی، ۱۴۲۳، ج۴، ص۲۰۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ج۵، ص۴۱۳؛ فیاض، بی تا، ج۲، ص۳۷۶؛ نجفی، ۱۴۰۹، ج۲۶، ص۱۵۳)، بدون آنکه نسبت به حکم هبهٔ طلب مضمون‌له به ضامن، پیش از پرداخت دین (موضوع مقالهٔ حاضر) اظهارنظر نموده باشند.

این مقاله، در مقابل نظر مشهور در دکترین، به دنبال ارائه دلایل و استدلال‌های مبنی بر زوال حق رجوع ضامن بوده و آن‌ها را ذیل دو قسمت بررسی خواهد کرد. در قسمت اول، استدلال‌های مربوط به تفکیک «هبهٔ طلب به مدیون» از «ابراء» در فقه و قانون مدنی ارائه و بررسی می‌شود؛ زیرا اگر قائل به عدم تفکیک این دو از یکدیگر باشیم، با توجه به تصریح قانونگذار مدنی مبنی بر عدم امکان رجوع ضامن ابراء شده به مضمون‌عنه، نتیجه نهایی این نوشته نیز معلوم و حکم به عدم جواز مراجعه ضامن به مضمون‌عنه خواهد شد. از این رو، پس از پذیرش تفکیک بین «ابراء» و

---

۱.مادهٔ ۷۱۲ قانون مدنی: «هرگاه مضمون‌له، فوت شود و ضامن، وارث او باشد، حق رجوع به مضمون‌عنه دارد.»

«هبهٔ طلب به مدیون»، در قسمت دوم مقاله که بخش اصلی پژوهش می‌باشد، با فرض هبهٔ طلب از سوی مضمون‌له به ضامن مأذون، ادلهٔ فقهی و سپس ادلهٔ حقوقی عدم امکان رجوع ضامن به مضمون‌عنه را به صورت مجزا بیان کرده و در ضمن آن به نقد دلایل موافقان حق رجوع نیز خواهیم پرداخت.

## ۱. وحدت یا دوگانگی هبهٔ طلب و ابراء

با وجود آنکه از نظر ماهیت، «ابراء» ایقاع بوده و «هبهٔ طلب به مدیون» عقد می‌باشد، اما نتیجهٔ مشابهی دارند که عبارت است از «برائت ذمهٔ مدیون». از این رو باید مشخص ساخت که آیا بین دو عمل حقوقی فوق تفاوت وجود دارد یا خیر. در این قسمت، پس از بیان نظرات مخالف و موافق تفکیک در فقه، نظر مستنبط از قانون مدنی بیان خواهد شد.

### ۱ـ۱. نظریهٔ وحدت هبهٔ طلب و ابراء در فقه

سؤال این است که وقتی طلبکار قصد گذشت از مدیون و صرف‌نظر کردن از طلب خویش را دارد، آیا می‌تواند به جای قالب شناخته‌شده «ابراء»، طلب خود را به مدیون هبه نماید؟ به تعبیر دیگر، آیا طلب نیز می‌تواند موضوع عقد هبه قرار گرفته و طلبکار، طلب خویش از مدیون را به خود وی هبه کند؟ قبلاً باید دانست که هبه، عقدی است که ثمره‌اش، تملیک عین است (سلیمان کلوانق، ۱۴۰۳). حال در مقام پاسخ به این پرسش، فقها در تحلیل کیفیت قبض مال موهوبه اختلاف دارند. بدین توضیح که از یک طرف، در هبه، قبض موضوع عقد لازم می‌باشد و از طرف دیگر، طلب به واسطهٔ ماهیت اعتباری، امکان قبض مادی را ندارد. نتیجهٔ این وضعیت، ضرورت عین بودن موضوع هبه و عدم امکان هبهٔ طلب به مدیون است. از این رو در نظر بسیاری از فقها، هبهٔ طلب به مدیون خارج از هبهٔ اصطلاحی بوده و ابراء تلقی شده است، به‌ویژه آنکه نتیجهٔ هر دو، سقوط دین است. این اندیشه در فقه شافعی (شربینی، ۱۳۷۷، ج۲، ص۴۰۰؛ دمیاطی، ۱۴۱۸، ج۳، ص۱۷۴)، فقه حنفی (کاشانی، ۱۴۰۹، ج۶، ص۲۹؛ سرخسی، ۱۴۰۶، ج۱۸، ص۸۳)، فقه مالکی (طرابلسی، ۱۴۱۶، ج۸، ص۷)، فقه زیدی (مرتضی، بی‌تا، ج۲، ص۴۵۱) و نیز در میان فقهای شیعه (روحانی، ۱۴۱۴، ج۲۰، ص۲۷۳-۲۷۹؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۸، ج۲، ص۴۱۰-۴۱۱؛ عاملی، ۱۴۱۴، ج۲، ص۲۸۶؛ خویی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۲۰۴)

دیده می‌شود.

باور فوق تا آنجا پیش رفته که حتی اگر از سوی طلبکار لفظ هبه به کار برده شود، آنچه واقع می‌شود ابراء خواهد بود، نه هبه (حلی، ۱۴۱۰، ج۳، ص۱۷۶؛ ابن‌عابدین، ۱۴۱۲، ج۶، ص۲۵۵). نتیجهٔ این تحلیل ـ یعنی تلقی هبهٔ طلب به ابراء آن ـ این است که برای تحقق هبه به قبول مدیون نیازی نبوده و همچون ابراء، به ارادهٔ یک‌جانبهٔ طلبکار رخ خواهد داد (نجفی، ۱۴۰۹، ج۲۸، ص۱۶۱-۱۶۴).

## ۱ـ۲. نظریهٔ دوگانگی هبهٔ طلب و ابراء در فقه

در برابر نظر گروه اول مبنی بر عدم جدایی هبهٔ طلب از ابراء، گروهی دیگر از فقها، این دو را دو ماهیت مستقل از یکدیگر دانسته‌اند. بر این مدعا، چندین استدلال قابل ارائه است.

استدلال اول، ناظر به مفهوم قبض است. برخی بر این باورند که قبض را نباید تنها به معنای تصرف مادی و در دست گرفتن تعبیر کرد؛ زیرا هدف از قبض، تسلط بر مال موضوع قبض بوده و مهم آن است که قابض، بهره‌مند از انواع تصرفات شده و بر مال مقبوضه، استیلا یابد (خمینی، ۱۴۲۱، ج۵، ص۵۵۰؛ سابق، ۱۳۹۱، ج۳، ص۶۸). در واقع، بیش از آنکه تصرف مادی مهم باشد، امکان استیلا و تصرف اهمیت دارد (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج۳، ص۱۲۶). برخی از فقهای حنفی (ابن‌عابدین، ۱۴۱۲، ج۶، ص۱۷۷) و مالکی (دردیر، بی‌تا، ص۹۸)، همچنین برخی از فقهای شیعه (فخرالمحققین، ۱۳۸۸، ج۲، ص۴۱۰؛ خمینی، ۱۴۰۹، ج۲، ص۵۶) بر این عقیده‌اند. با پذیرش تغییر رویکرد در تفسیر قبض، به جهت اعتباری بودن طلب و عدم امکان قبض مادی آن، آنچه ملاک است، استیلای معنوی و عرفی قابض طلب خواهد بود (خمینی، ۱۴۲۱، ج۵، ص۵۵۱). از همین رو، همین اندازه که دین ساقط شده و طلبکار دیگر نمی‌تواند آن را مطالبه نماید، به معنای استیلای متهب است، به‌ویژه آنکه نیمی از حقیقت قبض، رها کردن موضوع قبض از سوی قبض‌دهنده است (سابق، ۱۳۹۱، ج۳، ص۶۸)، به نحوی که وی مال موضوع هبه را رها کرده و در اختیار متهب قرار دهد. به علاوه، می‌توان گفت که در هبهٔ طلب به مدیون، نیازی به قبض وجود ندارد؛ چراکه موضوع هبه یعنی طلب، در ذمهٔ مدیون می‌باشد (نجفی، ۱۴۰۹، ج۲۸، ص۱۶۱). به عبارت دیگر، آنچه در ذمهٔ مدیون قرار گرفته،

در حکم مقبوض است و اساساً از قبض و سلطه خارج نشده تا نیازی به قبض مجدد داشته باشد؛ همانند مالی که پیش از عقد در تصرف شخص بوده، در نتیجه پس از انعقاد قرارداد، قبض مجدد آن ضروری نمی‌باشد (خویی، ۱۴۱۷، ج۳۱، ص۴۲۶).

استدلال دوم، برگرفته از ماهیت حقوقی متفاوت هبهٔ طلب از ابراء می‌باشد. توضیح اینکه هبهٔ طلب از یک طرف، عقدی است که به موجب آن، مالکیت طلب از واهب به متهب منتقل می‌شود (مرتضی، بی‌تا، ج۲، ص۴۳۴)، و از طرف دیگر، چون متهب (منتقل‌إلیه طلب) در آن واحد به واهب (انتقال‌دهندهٔ طلب) بدهکار نیز هست، به دلیل جمع دو عنوان طلبکار و بدهکار در یک شخص و از آنجا که شخص منطقاً نمی‌تواند مالک دینی شود که بر ذمهٔ خودش دارد، از باب مالکیت ما فی الذمه، سقوط دین رخ خواهد داد. این در حالی است که ابراء ماهیتاً ایقاع بوده و به صرف ارادهٔ طلبکار، سقوط تعهد (برائت ذمهٔ مدیون) حاصل می‌گردد. به تعبیر دیگر، در ابراء، طلبکار به‌صورت یک‌جانبه، دین را از ذمهٔ مدیون اسقاط می‌کند، در حالی که در هبهٔ طلب، دائن طلب خود را به مدیون تملیک می‌کند که به دلیل ماهیت قراردادی، نیازمند قبول از جانب مدیون است. اسقاط، از بین بردن حق توسط صاحب آن است، بنابراین در اسقاط هدف نخستین، ازاله اثر حقوقی است، اما در تملیک هدف اولیه، انتقال حق است نه ازاله آن (صافی گلپایگانی، ۱۴۲۰، ج۴، ص۴۳۶). به همین جهت نمی‌توان هبهٔ طلب را مصداق اسقاط دانست، هرچند که نتیجهٔ نهایی آن، زوال حق واهب است.

علاوه بر دلایل فوق، استدلال مخالفان تفکیک مبنی بر حمل هبهٔ طلب بر ابراء، دارای ایراد در عنصر قصد انشاء به‌عنوان رکن سازندهٔ عمل حقوقی است. توضیح اینکه اگر طلبکار قصد هبه داشته باشد، نمی‌توان ارادهٔ وی را به ابراء تعبیر نمود؛ چون از یک طرف، طلبکار قصد ابراء نداشته است و از طرف دیگر، هبهٔ طلب نیز به جهت لزوم عین بودن موضوع هبه در نظر ایشان، قابلیت تحقق نخواهد داشت (بهوتی، ۱۴۱۸، ج۴، ص۳۶۷). زیرا اصل حاکمیت اراده اقتضا می‌کند که در تفسیر قرارداد، آنچه متعاقدین صریحاً یا ضمناً خواسته‌اند، ملاک باشد. بنابراین اگر معلوم شود که مقصود طرفین غیر از چیزی است که ظاهر الفاظ و عبارات اقتضا می‌کند،

قاضی باید ارادهٔ واقعی ایشان را در نظر گرفته و ملاک تفسیر قرار دهد ( صفایی، ۱۳۸۵، ص۴۸). نتیجهٔ اینکه تلقی هبهٔ طلب به ابراء، مخدوش و دارای ایراد می‌باشد.

### ۱ـ۳. نظر برگزیده در قانون مدنی

طلب، حق مالی طلبکار بوده و صاحب حق می‌تواند در حقوق خویش، هر نوع تصرفی که می‌خواهد را انجام دهد؛ بدین صورت که اجرای آن را بخواهد، به دیگری منتقل سازد و یا از آن بگذرد. هر چند، راه شایع صرف‌نظر کردن از طلب، ابراء است (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص۳۵۳) و قالب مرسوم انتقال طلب نیز بیع و حواله می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص۲۴۶). با این حال، به تصریح مادهٔ ۸۰۶ قانون مدنی، هبه نیز برای انتقال طلب به مدیون قابل استفاده است، که نتیجهٔ نهایی آن همچون ابراء، صرف‌نظر کردن از طلب خواهد بود.

در این خصوص، هر چند برخی معتقدند که هبهٔ طلب به مدیون همان ابراء است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص۴)، اما مشهور بر این باورند که بین این دو عمل حقوقی تفاوت در ساختار و ماهیت وجود دارد، ولو آنکه در نتیجه نهایی (سقوط دین) مشابه باشند (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص۳۵۳). توضیح اینکه طبق نظر مشهور بین حقوقدانان:

**اولاً،** ابراء عمل حقوقی یک‌جانبه یعنی ایقاع است (مادهٔ ۲۸۹ قانون مدنی)، حال آنکه هبهٔ طلب به مدیون به‌عنوان یک عقد در قانون مدنی آمده است (مواد ۷۹۵ و ۸۰۶ قانون مدنی).

**ثانیاً،** هر چند نتیجه نهایی هر دو، سقوط تعهد است، اما فرآیند تحقق آن دو متفاوت از یکدیگر می‌باشد. بدین توضیح که طبق بند ۳ مادهٔ ۲۶۴ قانون مدنی، ابراء مستقیماً یکی از اسباب سقوط تعهد محسوب شده است. در نتیجه اگر طلبکار، مدیون را ابراء نماید، دین بدهکار مستقیماً ساقط خواهد شد. اما در هبهٔ طلب به مدیون، آنچه مستقیماً رخ می‌دهد، انتقال طلب است، نه سقوط آن. سقوط دین، اثر ثانویه است. بدین صورت که ابتدائاً طلبکار، طلب خود را به صورت مجانی به مدیون انتقال می‌دهد. سپس طبق بند ۶ مادهٔ ۲۶۴ قانون مدنی، در اثر مالکیت ما فی الذمه (بدان علت که هیچ شخصی نمی‌تواند از خود طلبکار شود)، دین ساقط

خواهد شد. بنابراین، سقوط تعهد در ابراء مستقیم است، اما در هبهٔ طلب به مدیون غیرمستقیم و از باب مالکیت ما فی الذمه می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۸، ص۱۳۲-۱۳۳؛ صفایی، ۱۳۸۵، ص۲۵۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص۵۰۰-۵۰۱).

نتیجه اینکه، با عنایت به پیش‌بینی دو نهاد «ابراء» و «هبهٔ طلب به مدیون» در فصل‌های مجزا در قانون مدنی، همچنین تفاوت این دو نهاد در ساختار و ماهیت و فرآیند سقوط دین طبق نظر مشهور حقوقدانان، نظر مستنبط از قانون مدنی را باید تفکیک آن دو نهاد از یکدیگر دانست، هر چند در ویژگی عدم قابلیت رجوع، همچنین از بین رفتن دین به‌عنوان اثر نهایی، با یکدیگر مشابهت داشته باشند.

## ۲. زوال حق رجوع ضامن به مضمون‌عنه، در فرض هبهٔ طلب به ضامن

به تصریح مادهٔ ۷۱۹ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «هرگاه مضمون‌له، ضامن را ابراء، یا دیگری مجاناً دین را بدهد، ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد»، ضامنی که از سوی مضمون‌له ابراء شده است، حق رجوع به مضمون‌عنه را نخواهد داشت. اما از آنجایی که «هبهٔ طلب به مدیون» نهادی متفاوت از «ابراء» می‌باشد، امکان یا عدم امکان رجوع ضامن به مضمون‌عنه موضوعی قابل بحث بوده و نظر مشهور، بقای حق رجوع ضامن است. با این حال، به نظر می‌رسد با توجه به سکوت قانون‌گذار و برخلاف نظر غالب در دکترین، در هبهٔ طلب مضمون‌له به ضامن نیز وی حق رجوع به مضمون‌عنه را از دست خواهد داد. دلایل این ادعا، به صورت جداگانه، ابتدائاً در فقه و سپس در حقوق، مورد بحث و بررسی قرار گرفته و در ضمن آن، دلایل موافقان حق رجوع ضامن نیز مورد نقد قرار خواهد گرفت.

### ۲ـ۱. ادلهٔ فقهی

دلایل فقهی مثبت عدم حق رجوع ضامن به مضمون‌عنه، در فرض هبهٔ طلب به ضامن، در قالب چهار بند بررسی می‌شود. بدین صورت که ابتدائاً برخی از روایات مرتبط مورد اشاره قرار می‌گیرد، سپس قواعد فقهی مرتبط با موضوع بررسی شده، در ادامه به کشف نظر فقها و نهایتاً بنای عقلا خواهیم پرداخت.

### ۲ـ۱ـ۱. روایات

در روایات وارده، که در ادامه مورد اشـاره قرار می‌گیرد، مدار حق رجوع ضـامن، پرداخت دین است. در موثقه‌ی عمر بن یزید، شخصی ضامن دیگری شد، سپس در خصوص میزان دین، ضامن با مضمون‌له صلح نمود. امام(ع) فرمودند: ضامن صرفاً به اندازه‌ی آنچه که صلح کرده است، حق دریافت از مضمون‌عنه را خواهد داشت.[۱] (حر عاملی، بی‌تا، ج۱۸، ص۴۲۷). همین پاسـخ را امام(ع) در موثقه‌ی ابن بکیر فرمودند، با این تفاوت که از ایشـان چنین سـؤال شـد: اگر پس از ضـمان، ضـامن با مضـمون‌له صـلح کرده، سـپس نسـبت به برخی از آنچه صـلح کرده بود، صـلح نمود.[۲] (حر عاملی، بی‌تا، ج۱۸، ص۴۲۷). در روایت مسـند حسـین بن خالد، سؤال شـد: آنچه مردم می‌گویند این اسـت که ضـامن، بدهکار [مسـئول نهایی] اسـت. امام(ع) در پاسـخ فرمود: بر ضامن، دین [مسئولیت نهایی] نیست. دین بر کسی است که مال را خورده است.[۳] [مضمون‌عنه] (حر عاملی، بی‌تا، ج۱۸، ص۴۲۱)

از روایات فوق، چنین مسـتفاد می‌شـود که اولاً ضـامن پس از پرداخت دین، حق رجوع به مضـمون‌عنه را داراسـت. ثانیاً رجوع ضـامن به مضـمون‌عنه منوط به مقدار پرداخت و خسارتی است که ضامن از این طریق متحمل شده است. به تعبیر دیگر، ضـامن صـرفاً پس از پرداخت دین اسـت که حق رجوع به مضـمون‌عنه را پیدا خواهد کرد. مدلول التزامی این روایات، عدم حق رجوع پیش از پرداخت دین اسـت؛ زیرا تا قبل از پرداخت، خسارتی متوجه ضامن نشده است، در نتیجه رجوع ضامن قبل از پرداخت دین ممکن نخواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ج۵، ص۴۱۳).

تعلیق حق رجوع ضـامن به مضـمون‌عنه بر پرداخت دین و میزان پرداختی، کاشف از آن است که صرف ضمانت و انعقاد عقد ضمان، سبب حق رجوع ضامن به مضـمون‌عنه نبوده، بلکه منشـأ رجوع، خسـارت و غرامت ناشـی از پرداخت

---

۱. محمد بن الحسن بإسناده عن عمر بن یزید قال: سألت أبا عبدالله(ع) عن رجل ضمن عن رجل ضمانا ثم صالح علیه. قال: لیس له إلا الذی صالح علیه.

۲. الکلینی عن الحسین بن سعید، عن محمد بن خالد، عن ابن بکیر مثله، إلا أنه قال: ثم صالح علی بعض ما صالح علیه.

۳. محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن علی بن محبوب، عن محمد بن عیسی، عن الحسن بن علی بن یقطین، عن الحسین بن خالد قال: قلت لأبی الحسن(ع) جعلت فداک قول الناس: الضامن غارم، قال: فقال: لیس علی الضامن غرم الغرم علی من أکل المال.

می‌باشد، مشروط بر آنکه اذن مضمون‌عنه نیز موجود باشد. لازم به ذکر است که لزوم کسب اذن نباید موجب این تصور شود که رجوع ضامن به مضمون‌عنه ناشی از عقد ضمان بوده و نتیجهٔ عقد بین ضامن و مضمون‌عنه می‌باشد، بلکه این رجوع به جهت اذنی است که مضمون‌عنه به ضامن در انعقاد ضمان داده است (صفایی و جواهرکلام، ۱۳۹۹، ج۱، ص۳۸۵). نتیجه اینکه با هبهٔ طلب توسط مضمون‌له به ضامن، از آنجایی که وی مبلغی به مضمون‌له نپرداخته و از این حیث متحمل غرامت و خسارتی نشده است، تبعاً حق رجوع به مضمون‌عنه را نیز نخواهد داشت.

### ۲ـ۱ـ۲. قواعد فقهی

در بدو امر، به نظر می‌رسد که حق رجوع ضامن به مضمون‌عنه مبتنی بر این است که نه پرداخت دین از سوی ضامن، بلکه نفس انعقاد ضمان موجب متضرر شدن ضامن شده است و چون این امر با اذن و درخواست مضمون‌عنه بوده و وی سبب ضرر شده است، حق رجوع و وجوب تدارک نیز از حین انعقاد ضمان، به مقتضای قاعدهٔ لاضرر محفوظ خواهد بود. در واقع، از آنجا که اشتغال ذمهٔ ضامن به امر مضمون‌عنه بوده و صرف اشتغال ذمه نیز عرفاً ضرر محسوب می‌شود، مضمون‌عنه به‌عنوان مسبب این ضرر، وظیفهٔ جبران داشته و مقتضای قاعدهٔ لاضرر، تحقق حق رجوع ضامن به صرف انعقاد ضمان است.

در پاسخ باید گفت معلوم نیست که نفس اشتغال ذمه و مدیون شدن ضامن، ضرر و خسارت محسوب شود، بلکه آنچه ضرر مسلم محسوب می‌شود، متضرر شدن ضامن به واسطهٔ پرداخت دین است. به تعبیر دیگر، با وجود نظر مشهور فقها و روایات وارده که حق رجوع ضامن را پس از پرداخت دین می‌دانند، همچنین بنای عقلا و احتمال ابراء، مصالحه یا هبه، اشتغال ذمهٔ مضمون‌عنه پیش از پرداخت غیرمستقر خواهد بود (حکیم، ۱۳۹۱، ج۱۳، ص۲۹۵). همچنان که در بند پیشین اشاره شد، مسلم آن است که متضرر شدن ضامن، اثر پرداخت دین از سوی اوست، نه اینکه نتیجهٔ عقد ضمان باشد. پس حق رجوع ضامن مصداقی از واقعه حقوقی است و مضمون‌عنه که اذن داده، سبب ورود ضرر شده است، در نتیجه حق رجوع و وجوب تدارک از حین ادای دین و به مقتضای قاعدهٔ لاضرر محفوظ خواهد بود. به

عبارت دیگر، رجوع ضامن به مضمون‌عنه نتیجهٔ ادلهٔ لاضرر است. اینکه ضامن دین را پرداخت کند، اما حق رجوع نداشته باشد، امری ضرری بوده و طبق قاعدهٔ لاضرر رفع می‌گردد. اما اگر مضمون‌له دین خود را نسبت به ضامن هبه نماید، به دلیل عدم شمول قاعدهٔ لاضرر، ضامن حق رجوع نخواهد داشت؛ زیرا پرداختی نداشته است تا متضرر شده و حق مطالبه داشته باشد.

به علاوه، دادن حق رجوع به ضامنی که طلب مضمون‌له به او هبه شده است، به نظر می‌رسد مصداق اکل مال به باطل نیز خواهد بود. توضیح اینکه وقتی ضامن پرداختی نداشته باشد، رجوع او به مضمون‌عنه و دریافت مال از او، اکل به حق محسوب نمی‌شود؛ زیرا در مقابل آن چیزی قرار ندارد، مگر اینکه ضمان به خودی خود عملی تلقی شود که در قبال آن استحقاق دریافت مال وجود داشته باشد که البته به نادرستی آن در بالا اشاره شد. بنابراین بر اساس قاعدهٔ اکل مال به باطل، برای آنکه دریافت مال ضامن باطل محسوب نشود، باید ضامن به همان میزانی که پرداخته است، دریافت نماید. در نتیجه، این قاعده نیز مانع از آن می‌شود که ضامن بتواند بدون پرداخت به مضمون‌عنه رجوع کند، که یکی از مصادیق آن هبهٔ طلب به ضامن است.

### ۲ـ۱ـ۳. مفروغ‌عنه بودن هبهٔ طلب، پیش از پرداخت دین در ارتکاز فقها

در ضمان اذنی، مشهور فقها معتقدند که حق مراجعه ضامن به مضمون‌عنه منوط به ادای دین بوده و محدود به میزان پرداختی به مضمون‌له است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ج۵، ص۴۱۱). حتی گفته شده است که نسبت به این حکم، اختلافی بین فقهای امامیه وجود ندارد (حکیم، ۱۳۹۱، ج۱۳، ص۲۹۴). یکی از فروضی که بسیاری از فقها بدان پرداخته‌اند، فرض هبهٔ طلب مضمون‌له به ضامن، پس از پرداخت دین از جانب اوست. در این خصوص، محل نزاع آنجاست که اگر مضمون‌له پس از ادای دین از سوی ضامن، طلب خود را به وی منتقل سازد، آیا این امر در حکم ابراء بوده و ضامن فاقد حق رجوع به مضمون‌عنه است، یا اینکه در حکم ابراء نبوده و حق مراجعه او به مدیون اصلی همچنان برای ضامن پابرجا خواهد بود. به‌عنوان نمونه، صاحب عروه بیان می‌دارد که اگر مضمون‌له طلب خود را پس از پرداخت از سوی ضامن به وی

هبه کند، در حکم ابراء دین نبوده و در نتیجه ضامن حق رجوع و مطالبه آنچه پرداخته است را خواهد داشت (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ج۵، ص۴۱۳)؛ زیرا اداء و خسارت بر آن صادق می‌باشد.

آنچه از مراجعه و جست‌وجو در کتب مختلف فقهی به دست می‌آید، آن است که فقها فرض هبهٔ طلب قبل از پرداخت را مفروغ‌عنه قلمداد نموده، از این رو به بحث درباره آن نپرداخته‌اند. علت موضوع را این می‌توان دانست که حکم هبه قبل از پرداخت دین را همانند بحث برائت ذمهٔ ضامن پیش از پرداخت روشن می‌دانسته‌اند، از این رو محل نزاع و سؤال را هبه پس از ادای دین قرار داده و پیرامون آن بحث کرده‌اند. به بیان روشن‌تر، از آنجایی که فقها درصدد استدلال برای جواز رجوع ضامن در فرض هبه پس از پرداخت دین آمده‌اند، روشن می‌گردد که ارتکاز ذهنی فقها پیرامون هبهٔ طلب قبل از اداء (که مورد بحث این مقاله است)، مسقط حق رجوع می‌باشد. صحت این استنباط کاشف از آن است که حکم هبهٔ طلب قبل از ادای دین، مبنی بر سلب حق رجوع ضامن به مضمون‌عنه، دارای هیچ‌گونه اختلافی بین فقهای امامیه نمی‌باشد (خویی، ۱۴۱۷، ج۳۱، ص۴۲۶؛ شهید ثانی، ۱۴۲۳، ج۴، ص۲۰۶؛ فیاض، بی‌تا، ج۲، ص۳۷۶؛ نجفی، ۱۴۰۹، ج۲۶، ص۱۵۳).

### ۲ـ۱ـ۴. بنای عقلا

ضمان در فقه امامیه به معنای انتقال دین از ذمهٔ مضمون‌عنه به ذمهٔ ضامن است. بنابراین عهده‌دار شدن دین از سوی ضامن بدان معناست که وی در برابر مضمون‌له متعهد به پرداخت می‌گردد. حال اگر مضمون‌له طلب خود را به ضامن هبه نماید، به معنای آن خواهد بود که ضامن دیگر چیزی به مضمون‌له بدهکار نیست؛ زیرا دین از بین رفته و ذمهٔ ضامن بری شده است. در واقع، هر چند با انعقاد ضمان، ضامن مسئول پرداخت دین مضمون‌به شده است، اما چون در فرض مورد بحث و به سبب بخشیده شدن دین از جانب مضمون‌له، عملاً ضامن دینی را نمی‌پردازد، در نتیجه حق رجوع به مضمون‌عنه را نیز نخواهد داشت؛ زیرا منطقی است که رجوع ضامن به مضمون‌عنه را مشروط به پرداخت واقعی دین دانسته و ادای دین از سوی ضامن را شرط الزامی رجوع او به مضمون‌عنه بدانیم. امری که در

بحث حاضر منتفی بوده و اساساً خسارتی به دارایی ضامن وارد نیامده است تا او مدعی جبران آن از سوی مضمون‌عنه شود. به عبارت دیگر، از آنجایی که در هبهٔ طلب، مالکیت ما فی الذمه به‌عنوان یکی از اسباب سقوط تعهد رخ داده و منجر به سقوط دین شده است، بدون آنکه ضامن پرداختی انجام داده باشد، صدق عنوان پرداخت و ادای دین در این فرض خلاف متفاهم و ارتکاز عرفی خواهد بود. نتیجه اینکه بنای عقلا بر اشتغال ذمهٔ مضمون‌عنه از حین پرداخت از سوی ضامن قائم بوده و عقلا ملاک رجوع ضامن به مضمون‌عنه را خسارتی می‌دانند که با ادای دین مضمون‌به محقق می‌گردد (خویی، ۱۴۱۷، ج۳۱، ص۴۲۵).

### ۲ـ۲. ادلهٔ حقوقی

بعد از بیان ادلهٔ فقهی، دلایل حقوقی مبنی بر زوال رجوع ضامن به مضمون‌عنه در فرض هبهٔ طلب به ضامن را ذیل پنج بند، مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

#### ۲ـ۲ـ۱. در مقام بیان بودن قانون‌گذار و عدم امکان استفاده از ملاک حکم «ارث طلب به ضامن»

از عنوان مبحث سوم عقد ضمان در قانون مدنی که عبارت است از «در اثر ضمان بین ضامن و مضمون‌عنه»، پیداست که قانونگذار ذیل مواد مربوط به این مبحث (مواد ۷۰۹ تا ۷۲۰ قانون مدنی)، در مقام بیان اصل، شرایط و نحوهٔ رجوع ضامن به مدیون اصلی است. در همین راستا، مقنن در صدر اولین ماده از مبحث سوم (مادهٔ ۷۰۹ قانون مدنی)، با این بیان که «ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد، مگر پس از ادای دین...»، قاعده و اصل را در بحث رجوع ضامن مشخص ساخته است. از بیان اصل مذکور مشخص می‌شود که دادن هر گونه حق رجوع به ضامن بدون پرداخت مستقیم دین از سوی او، استثناء بوده و محتاج تصریح می‌باشد، مگر آنکه کسر دارایی ضامن مسلم باشد، همچون تهاتر بین ضامن و مضمون‌له که در حکم وفای به عهد بوده و به ضامن حق رجوع خواهد داد (صفایی و جواهرکلام، ۱۳۹۹، ج۱، ص۴۰۱). از همین روست که از یک طرف، مادهٔ ۷۱۰ قانون مدنی تصریح می‌کند که پرداخت غیرمستقیم از طریق تحقق حواله نیز در حکم پرداخت مستقیم دین از سوی ضامن بوده و به وی حق رجوع به مضمون‌عنه را خواهد داد، و از طرف دیگر نیز در مادهٔ ۷۱۹

قانون مدنی مقرر می‌دارد که «هرگاه مضمون‌له، ضامن را ابراء، یا دیگری مجاناً دین را بدهد، ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد.»

در این میان، یکی دیگر از استثنائاتی که به ضامن بدون آنکه دین را مستقیماً بپردازد، حق رجوع داده است، مادهٔ ۷۱۲ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «هرگاه مضمون‌له فوت شود و ضامن، وارث او باشد، حق رجوع به مضمون‌عنه دارد.» طبق این ماده، ضامن به سبب مالکیت ما فی الذمه به سبب قهری، حق رجوع به مضمون‌عنه را یافته است. اینکه برخی با وحدت ملاک از مادهٔ فوق، مالکیت فی الذمه به سبب ارادی (هبهٔ طلب مضمون‌له به ضامن) را نیز باعث حق رجوع ضامن دانسته‌اند (صفایی و جواهرکلام، ۱۳۹۹، ج۱، ص۴۰۲؛ میرشکاری و مظفری، ۱۳۹۸)، استنباطی است که صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اولاً همچنان که در بالا مشخص شد، مادهٔ ۷۱۲ قانون مدنی مصداق استثناء بوده و نه اصل، در نتیجه گرفتن قیاس از آن، چون منجر به گسترش دایرهٔ شمول آن می‌شود، خلاف اصول حقوقی و منطقی خواهد بود. ثانیاً با فرض ممکن بودن اصل قیاس، ایراد بعدی آن است که شرایط قیاس فراهم نیست. توضیح اینکه اگر به تصریح مادهٔ ۷۱۲ قانون مدنی در ارث طلب به ضامن (مالکیت ما فی الذمه به سبب قهری)، وی حق رجوع به مضمون‌عنه را خواهد داشت، بدان علت است که رجوع او بلاعوض نبوده و مابه‌ازای سهم‌الارث اوست. در نتیجه عدم حق رجوع وی به معنای کاستن از سهم‌الارث او بوده و بدان معناست که با وجود تحمل زیان، حق رجوع نداشته باشد. این در حالی است که سقوط تعهد در نتیجه هبهٔ طلب به ضامن (مالکیت ما فی الذمه به سبب ارادی) بدون عوض، یعنی بدون تحمل زیان از سوی اوست. بنابراین به دلیل فقدان مشابهت بین دو موضوع، نمی‌توان حکم مادهٔ ۷۱۲ قانون مدنی (حق رجوع ضامن به مضمون‌عنه در فرض ارث طلب به ضامن) را به هبهٔ طلب به ضامن تسری داد. در نتیجه باید رجوع به اصل کرد (حق رجوع پس از پرداخت دین توسط ضامن) که به دلیل خروج هبهٔ طلب به ضامن از شمول اصل، ضامن فاقد حق رجوع خواهد بود.

### ۲ـ۲ـ۲. وحدت ملاک از حکم «ابراء ضامن»

راجع به اینکه ابراء در حکم وفای به عهد است یا خیر، مشهور فقها ابراء را به

منزلهٔ ایفای دین می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۹، ج۳۱، ص۹۰-۹۱؛ شهید ثانی، ۱۴۲۳، ج۱، ص۵۲۳)؛ نظری که مورد تأیید برخی از حقوقدانان نیز قرار گرفته است. در نتیجه، مثلاً اگر موجر پس از عقد، ذمهٔ مستأجر را نسبت به اجاره‌بهای کلی ابراء نماید، متعاقباً در فرض اقاله یا فسخ اجاره، مکلف به رد معادل اجاره‌بها به مستأجر خواهد بود (امامی، ۱۳۹۸، ص۴۰۹؛ شهیدی، ۱۳۸۸، ص۱۴۲-۱۴۳). در مقابل، برخی دیگر از حقوقدانان ابراء را در حکم پرداخت دین ندانسته و برای تأیید ادعای خود به مادهٔ ۳۲۱ قانون مدنی در غصب و از جمله به مادهٔ ۷۱۹ قانون مدنی در عقد ضمان تمسک جسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص۵۱۳-۵۱۴).

فارغ از اینکه حقوقدانان ابراء را در حکم پرداخت بدانند یا خیر، این مقدار مسلم است که ابراء موجب سقوط طلب پرداخت‌نشده بوده و از آنجایی که ضامن مالی از دارایی خود نمی‌پردازد، حداقل در عقد ضمان نباید آن را در حکم پرداخت دین دانست. از همین روست که مادهٔ ۷۱۹ قانون مدنی، قانونگذار به صراحت حق رجوع را از ضامن ابراء شده سلب کرده است. در واقع، پس از ابراء ضامن توسط مضمون‌له، هر چند دین اصلی ساقط شده و ضامن برائت می‌یابد، اما به جهت آنکه ضامن در ازای برائت ذمهٔ خود عوضی نپرداخته است (عدم تحمل زیان)، فاقد حق رجوع به مضمون‌عنه خواهد بود (صفایی، ۱۳۸۵، ص۲۷۱). ملاکی که عیناً در هبهٔ طلب مضمون‌له به ضامن نیز وجود داشته و متهب (ضامن) هر چند به سبب مالکیت ما فی الذمه و سقوط دین بری می‌شود، اما چون در ازای این برائت زیانی متحمل نشده است، همچون ابراء ضامن، فاقد حق رجوع به مضمون‌عنه خواهد بود. لازم به ذکر است که این قیاس، برخلاف بند پیشین، صحیح بوده و فاقد دو اشکال مذکور در بند قبلی است؛ زیرا اولاً عدم امکان رجوع ضامن پیش از پرداخت مستقیم دین توسط او، حکمی مطابق قاعده بوده، پس استفاده از ملاک آن به جهت اصل بودن مفاد آن، فاقد ایراد حقوقی و منطقی است و ثانیاً مشابهت نیز بین دو موضوع قیاس وجود دارد. در واقع، هر چند ابراء ایقاع بوده و هبهٔ طلب به مدیون عقد است، اما به لحاظ «از بین رفتن دین بدون تحمل زیان از سوی ضامن» که شرط رجوع ضامن به مضمون‌عنه در موضوع مورد بحث ما می‌باشد، بین این دو عمل حقوقی شباهت

کامل وجود داشته، پس سایر تفاوت‌ها مانع توسل به قیاس نخواهد بود.

ممکن است ایراد شود که قبول هبهٔ طلب از سوی مدیون مستلزم منت است، در نتیجه نمی‌توان پذیرش آن را بدون عوض عرفی دانست. در پاسخ باید گفت در ما نحن فیه، منظور از عوض، تحمل زیان مادی و کسر دارایی ضامن است. از همین روست که قانونگذار در مادهٔ ۷۱۳ قانون مدنی به ضامنی که دین را با مضمون‌له صلح به میزان کمتر کرده باشد، حق رجوع به بیشتر از آنچه پرداخت کرده باشد را نداده است، ولو آنکه مضمون‌له به جهت شخصیت ضامن، حاضر به صلح کمتر شده و از این حیث صلح بدون عوض عرفی از سوی متصالح (ضامن) نباشد. اما همچنان که اشاره شد، چنین امری مؤثر در مقام نیست؛ زیرا ملاک رجوع ضامن، تحمل زیان مادی و کاهش دارایی اوست، نه چیز دیگر.

### ۲ـ۲ـ۳. عدم ملازمه بین سقوط دین با حق رجوع ضامن به مضمون‌عنه

در فقه، اعم از عامه و امامیه و فارغ از اینکه عقد ضمان از نوع نقل است یا ضم، مسئولیت ضامن وابسته به دین اصلی است (الضمان تابع للأصل). در نتیجه با از بین رفتن دین اصلی، ضمان نیز منتفی خواهد شد (فوزان، ۱۴۲۳، ج۲، ص۷۶). سقوط دین یعنی انحلال ضمان. از بین رفتن ضمانت نیز برائت ذمهٔ ضامن را در پی خواهد داشت. نکته قابل توجه در این خصوص آن است که نباید گمان کرد بین سقوط دین (برائت ضامن) با حق رجوع ضامن به مضمون‌عنه ملازمه وجود دارد. این مفهوم، هر چند مستقیماً در هیچ یک از مواد عقد ضمان تصریح نشده است، اما از ملاحظهٔ مواد قانونی که برخی از مصادیق رجوع و برخی از مصادیق عدم حق رجوع ضامن را تصریح نموده است، استنباط می‌شود. به‌طور نمونه، هم در مادهٔ ۷۱۲ قانون مدنی (ارث طلب به ضامن) و هم در مادهٔ ۷۱۹ قانون مدنی (ابراء ضامن یا پرداخت مجانی دین توسط ثالث)، دین از بین رفته و ضامن بری می‌شود، با این تفاوت که در اولی ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه را داراست، اما در دومی خیر. تفاوت این احکام به این نکته برمی‌گردد که رجوع ضامن به مضمون‌عنه دایر مدار ادای دین از جانب ضامن است، نه صرف اسقاط دین به هر سبب. ضامنی حق رجوع دارد که متحمل زیان ناشی از پرداخت شده باشد. در حقیقت، حق رجوع ضامن هم تابع پرداخت

دین از سوی اوست و هم تابع میزان پرداخت. بنابراین ضامنی که بدون پرداخت دین بری شده باشد، حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد (مادهٔ ۷۱۹ قانون مدنی)، همچنان که ضامنی که کمتر از دین پرداخته باشد، برای تمام دین حق رجوع نخواهد داشت (مادهٔ ۷۱۳ قانون مدنی). از این رو می‌توان گفت که «عدم تحمل زیان ناشی از پرداخت از سوی ضامن» ملاک قانونی رجوع وی به مضمون‌عنه است که به دلالت التزامی از برخی از مواد قانونی مثل مادهٔ ۷۱۹ قانون مدنی استنباط می‌شود، بدون اینکه منحصر به مصادیق ذکر شده در قانون باشد. مصادیق دیگری که با همین ملاک و معیار می‌توان ارائه نمود، بدون آنکه در قانون آمده باشد، عبارت است از: صلح مضمون‌له با ضامن مبنی بر سقوط دین، پرداخت تبرّعی دین توسط مضمون‌عنه و به‌طور خاص، هبهٔ طلب مضمون‌له به ضامن که موضوع مقالهٔ حاضر است. نتیجه اینکه در فرض هبهٔ طلب به ضامن، دین از بین رفته و ضامن برائت می‌یابد، بدون آنکه وی حق رجوع به مضمون‌عنه را داشته باشد؛ زیرا مشخص شد که ملاک رجوع صرف سقوط دین نبوده، بلکه ناشی از سقوط دینی است که در اثر پرداخت دین از سوی ضامن به عمل آمده باشد؛ امری که در هبهٔ طلب به ضامن وجود ندارد.

### ۲ـ۲ـ۴. عدم جریان حکم «هبهٔ طلب به یکی از غاصبان» در «هبهٔ طلب به ضامن»

در ما نحن فیه، یکی از استدلال‌هایی که موافقان رجوع ضامن به مضمون‌عنه در فرض هبهٔ طلب به آن تمسک کرده‌اند، ملاک قسمت اخیر مادهٔ ۳۲۱ قانون مدنی در غصب است (ره‌پیک، ۱۳۸۷، ص۱۲۷؛ سعیدی، ۱۳۹۷). بدین توضیح که در فرض وجود غاصبین متعدد، برخلاف ابراء یکی از غاصبان، هبهٔ طلب مالک به او برای غاصب، به قائم‌مقامی از مالک، حق رجوع به سایر غاصبین ایجاد می‌شود. با این حال، با توجه به استدلالی که در ادامه می‌آید، باید گفت که حکم مزبور را نمی‌توان به هبهٔ طلب به ضامن تسری داده و برای ضامن حق رجوع در برابر مضمون‌عنه قائل شد.

استدلال مزبور عبارت است از اینکه چون حکم قسمت اخیر مادهٔ ۳۲۱ قانون مدنی مبتنی بر مسئولیت تضامنی همه‌ی غاصبان می‌باشد، قابل تسری به ضمان نقل ذمه ـ که مضمون‌عنه بری شده و صرفاً ضامن مدیون شده است ـ نخواهد بود.

توضیح اینکه به محض انعقاد ضمان، ذمهٔ مضمون‌عنه به‌طور کلی از دینی که بر عهده داشته، برائت یافته و دیگر مسئولیتی در برابر مضمون‌له ندارد (مادهٔ ۶۹۸ قانون مدنی). در نتیجه وقتی شخص مضمون‌له (اصیل) امکان رجوع به مضمون‌عنه را پس از عقد ضمان ندارد، به طریق اولی، ضامنی که با هبه طلب را به انتقال گرفته است، به قائم‌مقامی از اصیل (مضمون‌له) حق رجوع به مضمون‌عنه را نخواهد داشت. نتیجه اینکه حکم قسمت اخیر مادهٔ ۳۲۱ قانون مدنی (هبهٔ طلب به یکی از غاصبان) و ایجاد حق رجوع برای غاصب انتقال‌گیرندهٔ طلب (منتقل‌إلیه) در رجوع به سایر غاصبین را نمی‌توان به هبهٔ طلب به ضامن در عقد ضمان نقل ذمه تسری داد.

### ۲ـ۲ـ۵. اقتضای ماهیت و هدف ضمان

دلیل پایانی که برای زوال حق رجوع ضامن می‌توان ارائه داد، توجه به هدف، ماهیت و ویژگی عقد ضمان است. توضیح اینکه در فقه امامیه، عقد ضمان از حالت ایجاد وثیقه و تضمین برای طلبکار فاصله گرفته و اثر عقد، انتقال دین و جایگزینی ضامن به جای مدیون اصلی شده است؛ امری که به صراحت در قانون مدنی نیز آمده است. در مقابل، نظر مشهور در فقه عامه، همچون نظام‌های حقوقی اروپایی، بر این عقیده‌اند که هدف از جعل ضمان، ایجاد نوعی تضمین و توثیق برای طلبکار در برابر مدیون معسر است؛ به نحوی که نه طلبکار قصد دارد پس از تحقق ضمان، مدیون اصلی را رها سازد و نه ضامن می‌خواهد به‌تنهایی مدیون گردد. از این رو، مفاد عرفی ضمان، همچنین تمایل ضامن بر این است که وثیقهٔ دین قرار گرفته و رابطهٔ حقوقی اصلی از بین نرود. در نتیجه، اقتضای ضمان را ضم ذمه به ذمه می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص۲۲۷).

فارغ از اینکه اثر ضمان را انتقال دین و جایگزینی ضامن به جای مدیون اصلی بدانیم (ضمان نقل) یا ایجاد وثیقه و تضمین برای طلبکار (ضمان ضم)، یک هدف مشترک در هر دو نوع ضمان وجود دارد و آن عبارت است از اینکه هدف ضامن، حمایت و کمک به مدیون اصلی است. در واقع، هدف از تشریع عقد ضمان در فقه شیعه، احسان، ترحم، امتنان و حمایت از مدیون است. بنابراین از جمله عقود

مسامحه‌ای بوده که سودجویی و افزایش دارایی در آن راه ندارد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱). به نحوی که حتی جنبهٔ وثیقه‌ای ضمان (ضمان ضم) نیز با احسانی بودن آن منافاتی نخواهد داشت. در واقع، همچنان که گفته شد، چون عقد ضمان مبتنی بر ارفاق و مسامحه و نه سودجویی است، لذا ضامنی که نه به جهت پرداخت دین، بلکه به جهت هبهٔ طلب به خود بری شده است، از حق مراجعه به مضمون‌عنه برخوردار نخواهد شد. اگر جز این نتیجه پذیرفته شود، حق رجوع ضامن به مدیون اصلی منجر به افزایش دارایی ضامن می‌شود؛ امری که به‌وضوح با هدف و روح حاکم بر ضمان در تغایر قرار دارد.

## نتیجه‌گیری و پیشنهاد

با وجود متفاوت بودن «ابراء» از «هبهٔ طلب به مدیون»، طبق نتایج این پژوهش، حکم قانون مدنی مبنی بر عدم حق رجوع ضامن به مضمون‌عنه در فرض ابراء ضامن، در فرض هبهٔ طلب مضمون‌له به ضامن پیش از پرداخت دین نیز جاری خواهد بود. اساس این نتیجه‌گیری بر کشف مبنای حق رجوع ضامن مأذون به مضمون‌عنه استوار می‌باشد که عبارت است از تحمل زیان و کسر دارایی در اثر پرداخت دین از سوی ضامن. از همین رو از یک طرف، مصادیقی که در قانون مدنی به ضامن حق رجوع داده است، به جهت کسر دارایی اوست، مثل وقوع مالکیت ما فی الذمه در شخص ضامن به سبب ارث. از طرف دیگر، مصادیقی که قانون از ضامن سلب حق رجوع کرده است، به دلیل عدم تحمل زیان از سوی اوست، مثل پرداخت مجانی دین از سوی شخص ثالث. در فقه نیز هر چند فقها موضوع مقالهٔ حاضر ـ یعنی حکم هبهٔ طلب به ضامن پیش از پرداخت دین ـ را مورد بحث قرار نداده‌اند، اما بسیاری از ایشان که هبهٔ طلب به ضامن پس از پرداخت دین را مورد بررسی قرار داده‌اند، به جهت تحمل زیان از سوی ضامن، آن را در حکم ابراء ندانسته، در نتیجه قائل به حق رجوع ضامن شده‌اند.

در حقوق نیز مبنای پیش‌گفته، دلیل اصلی رد استدلال موافقان حق رجوع ضامن است. بر این اساس، اینکه قانونگذار به ضامن در فرض ارث طلب به او

(مالکیت ما فی الذمه به سبب قهری) حق رجوع می‌دهد، به دلیل بلاعوض نبودن آن است، چراکه با فوت مورث (مضمون‌له) از سهم‌الارث وارث (ضامن) کاسته شده است؛ امری که قابل تسری به فرض هبهٔ طلب به ضامن (مالکیت ما فی الذمه به سبب ارادی) نیست، به جهت آنکه رجوع ضامن بدون عوض (عدم تحمل زیان ناشی از پرداخت) خواهد بود. هبهٔ طلب به ضامن، او را قائم‌مقام و جانشین مضمون‌له در رجوع به مضمون‌عنه نیز نمی‌سازد؛ زیرا به محض انعقاد ضمان که مبتنی بر انتقال ذمه است، وقتی مضمون‌له (اصیل) حق رجوع به مضمون‌عنه را از دست می‌دهد، به طریق اولی ضامن هم نخواهد توانست به جانشینی او حق رجوع داشته باشد. به علاوه، اعطای حق رجوع به ضامنی که متحمل زیان ناشی از پرداخت دین نشده است، مغایر با هدف تشریع ضمان (کمک و احسان به مضمون‌عنه) بوده و منجر به افزایش دارایی ضامن خواهد شد؛ امری که قانونگذار مدنی در مواد مختلف عقد ضمان آن را نفی کرده است.

با توجه به سکوت و خلأ قانونی در خصوص موضوع حاضر، عبارت زیر جهت درج و اصلاح قانون مدنی پیشنهاد می‌شود:

«اگر مضمون‌له پیش از پرداخت دین از سوی ضامن، طلب ناشی از عقد ضمان را به وی هبه نماید، به سبب تحقق مالکیت ما فی الذمه، ضامن برائت می‌یابد، بدون آنکه حق رجوع به مضمون‌عنه را داشته باشد.»

## فهرست منابع


۱. ابن‌عابدین، محمدامین. (۱۴۱۲ق). حاشیهٔ رد المحتار. دمشق: دار الفکر.
۲. امامی، حسن. (۱۳۹۸ش). حقوق مدنی. تهران: اسلامیه.
۳. بحرالعلوم طباطبایی، محمد. (۱۴۰۳ق). بلغة الفقیه. تهران: مکتبة الصادق(ع).
۴. بهوتی، منصور. (۱۴۱۸ق). کشاف القناع. بیروت: دار الکتب العلمیة.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۶ش). ضمان عقدی در قانون مدنی. تهران: گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸ش). دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت؛ حقوق تعهدات، عقود و ایقاعات. تهران: گنج دانش.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن. (بی‌تا). وسائل الشیعة. قم: آل البیت(ع) لإحیاء التراث.
۸. حکیم، محسن. (۱۳۹۱ق). مستمسک العروة الوثقی. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

۹. حلی (ابن ادریس)، محمد بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: النشر الإسلامی.
۱۰. خمینی، روح‌الله. (۱۴۰۹ق). تحریر الوسیلة. بیروت: دار الکتب العلمیة.
۱۱. خمینی، روح‌الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۱۲. خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. قم: مدینة العلم.
۱۳. خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۷ق). موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسة الخوئی الإسلامیة.
۱۴. دردیر، احمد بن محمد. (بی‌تا). الشرح الکبیر. قاهره: دار إحیاء الکتب العربیة.
۱۵. دمیاطی، ابوبکر. (۱۴۱۸ق). إعانة الطالبین علی حل ألفاظ فتح المعین. دمشق: دار الفکر.
۱۶. روحانی، محمدصادق. (۱۴۱۴ق). فقه الصادق(ع). قم: مؤسسة دار الکتاب.
۱۷. ره‌پیک، حسن. (۱۳۸۷ش). حقوق مدنی؛ عقود معین ۲. تهران: خرسندی.
۱۸. سابق، شیخ سید. (۱۳۹۱ش). فقه السنه. قاهره: دار إحیاء الکتب العربیة.
۱۹. سرخسی، محمد بن احمد. (۱۴۰۶ق). المبسوط. بیروت: دار المعرفة للطباعة و النشر و التوزیع.
۲۰. سعیدی، فاطمه. (۱۳۹۷ش). مقایسهٔ ابراء و هبهٔ طلب به مدیون. آراء، ۲(۱۰)، ص۸۵ـ۱۰۰.
۲۱. سلیمان کلوانق، امین. (۱۴۰۳ش). امکان‌سنجی رجوع در هبهٔ زوجین بر پایهٔ آموزه‌های فقهی (نقدی بر مادهٔ ۸۰۳ قانون مدنی با پیشنهاد اصلاح). آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶(۳۰)، ص۱۳۷ـ۱۵۹. https://doi.org/10.30513/cjd.2023.5212.1879
۲۲. شربینی، محمد بن احمد. (۱۳۷۷ش). مغنی المحتاج. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
۲۳. شهید ثانی، زین الدین علی. (۱۴۲۳ق). مسالک الأفهام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.
۲۴. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۸ش). سقوط تعهدات. تهران: مجد.
۲۵. صافی گلپایگانی، لطف الله. (۱۴۲۰ق). هدایة العباد. قم: مؤسسة السیدة المعصومة(س).
۲۶. صفایی، حسین. (۱۳۸۵ش). دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان.
۲۷. صفایی، حسین؛ جواهرکلام، محمدهادی. (۱۳۹۹ش). حقوق مدنی پیشرفته؛ تضمین‌های دین (رهن و ضمان). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۸. طباطبایی یزدی، محمدکاظم. (۱۴۲۰ق). العروة الوثقی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۲۹. طرابلسی، محمد. (۱۴۱۶ق). مواهب الجلیل. بیروت: دار الکتب العلمیة.
۳۰. عاملی (شهید اول)، شمس‌الدین محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق). الدروس. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۳۱. فخرالمحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۸ق). إیضاح الفوائد. قم: المطبعة العلمیة.
۳۲. فوزان، صالح. (۱۴۲۳ق). الملخص الفقهی. ریاض: دار العاصمة.
۳۳. فیاض، محمداسحاق. (بی‌تا). منهاج الصالحین. قم: دار الهدی.

۳۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۰ش). حقوق مدنی؛ ایقاع. تهران: یلدا.
۳۵. کاتوزیان، ناصـر. (۱۳۷۸ش). حقوق مدنی؛ دورهٔ عقود معین. تهران: شـرکت انتشـار با همکاری بهمن برنا.
۳۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۱ش). نظریهٔ عمومی تعهدات. تهران: میزان.
۳۷. کاتوزیان، ناصـر. (۱۳۸۷ش). دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی؛ اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع). تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۸. کاشانی، ابوبکر. (۱۴۰۹ق). بدائع الصنائع. پاکستان: مکتبة الحبیب.
۳۹. محقق داماد، مصطفی؛ یزدانی، غلامرضا. (۱۳۹۰ش). شرط خیار در ضمان. آموزه‌های فقه مدنی، ۳(۴)، ص۳ـ۲۴.
۴۰. مرتضی، احمد. (بی‌تا). شرح الأزهار. صنعاء: مکتبة غمدان.
۴۱. موسـوی بجنوردی، محمد. (۱۳۷۱ش). نگرش جدید بر ضـمان عقدی و احکام آن. حقوقی دادگستری، ۵۶(۴)، ص۴۲ـ۵.
۴۲. میرشکاری، عباس؛ مظفری، خدیجه. (۱۳۹۸ش). هبهٔ طلب. مطالعات حقوقی معاصر، ۱۰(۱۸)، ص۲۲۷ـ۲۴۸. https://doi.org/10.22034/law.2019.9676
۴۳. نجفی، محمدحسـن بن باقر. (۱۴۰۹ق). جواهر الکلام فی شـرح شـرائع الإسـلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

## References

1. Ameli (Shahid al-Awwal), Shams al-Din Mohammad bin Makki. (1993). *Al-Durūs al-Sharʿīyah*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī. [In Arabic]
2. Bahrani, Mohammad Amin. (1992). *Kalimat al-Taqwá* (Vol. 6). Qom: n.p. [In Arabic]
3. Bahuti, Mansur. (1997). *Kashshāf al-Qināʿ*. Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
4. Dardir, Ahmad bin Mohammad. (n.d.). *Al-Sharḥ al-Kabīr*. Cairo: Dar Ihya' al-Kutub al-'Arabiyyah. [In Arabic]
5. Dimyati, Abu Bakr. (1997). *Iʿānat al-Ṭālibīn ʿalá Ḥall Alfāẓ Fatḥ al-Muʿīn*. Damascus: Dar al-Fikr. [In Arabic]
6. Emami, Seyed Hasan. (2019). *Civil Law*. Tehran: Eslamiyeh. [In Persian]
7. Fakhr al-Muhaqqiqin, Mohammad bin Hasan. (1967). *Iḍāḥ al-Fawā'id*. Qom: Al-Matba'ah al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
8. Fayyaz, Mohammad Ishaq. (n.d.). *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Dar al-Huda. [In Arabic]
9. Fozan, Saleh. (2002). *Al-Mulakhkhaṣ al-Fiqhī*. Riyadh: Dar al-'Asimah. [In Arabic]
10. Hakim, Mohsen. (1971). *Mustamsak al-ʿUrwah al-Wuthqá*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]

11. Hilli, Ibn Idris, Mohammad bin Ahmad. (1989). *Al-Sarā'ir al-Ḥāwī li-Taḥrīr al-Fatāwī*. Qom: Al-Nashr al-Islāmī. [In Arabic]
12. Hurr Ameli, Mohammad bin Hasan. (n.d.). *Wasā'il al-Shī'ah*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) li-Iḥyā' al-Turāth. [In Arabic]
13. Ibn Abidin, Mohammad Amin. (1991). *Ḥāshiyah Radd al-Muḥtār*. Damascus: Dar al-Fikr. [In Arabic]
14. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2007). *Ḍamān-e ʿAqdī dar Qānūn-e Madanī* [Contractual Guarantee in Civil Law]. Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
15. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2009). *Dā'irat al-Maʿārif-e Ḥuqūq-e Madanī va Tejārat; Ḥuqūq-e Taʿahhudāt, ʿUqūd va Īqāʿāt* [Encyclopedia of Civil and Commercial Law: Law of Obligations, Contracts, and Unilateral Acts]. Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
16. Kashani, Abu Bakr. (1988). *Badā'iʿ al-Ṣanā'iʿ*. Pakistan: Maktabat al-Habib. [In Arabic]
17. Katouzian, Nasser. (1991). *Civil Law: Unilateral Acts*. Tehran: Yalda. [In Persian]
18. Katouzian, Nasser. (1999). *Civil Law: Course on Specific Contracts*. Tehran: Sherkat-e Enteshār dar Hamkārī bā Bahman Bornā. [In Persian]
19. Katouzian, Nasser. (2002). *General Theory of Obligations*. Tehran: Mizan. [In Persian]
20. Katouzian, Nasser. (2008). *Introductory Course on Civil Law: Legal Acts (Contract - Unilateral Act)*. Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshār dar Hamkārī bā Bahman Bornā. [In Persian]
21. Khoei, Abolqasem. (1989). *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Madinat al-'Ilm. [In Arabic]
22. Khoei, Abolqasem. (1996). *Mawsūʿat al-Imām al-Khū'ī*. Qom: Mu'assasat al-Khū'ī al-Islāmiyyah. [In Arabic]
23. Khomeini, Ruhollah. (1988). *Tahrīr al-Wasīlah*. Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
24. Khomeini, Ruhollah. (2000). *Kitāb al-Bayʿ*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
25. Mirshekari, Abbas, & Mozaffari, Khadijeh. (2019). Gift of debt (*Hibah al-Dayn*). *Muṭālaʿāt-e Ḥuqūqī-ye Muʿāṣir*, 10(18), 227–248. https://doi.org/10.22034/law.2019.9676 [In Persian]
26. Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa, & Yazdani, Gholamreza. (2011). The option condition in guarantee. *Āmūzah-hā-ye Fiqh-e Madanī*, 3(4), 3–24. [In Persian]
27. Morteza, Ahmad. (n.d.). *Sharḥ al-Azhār*. Sana'a: Maktabat Ghamdan. [In Arabic]
28. Mousavi Bojnourdi, Mohammad. (1992). A new perspective on contractual guarantee and its rulings. *Ḥuqūqī-ye Dādgostarī*, 56(4), 42–55. [In Persian]
29. Najafi, Mohammad Hasan (Sahib al-Jawahir). (1984). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'iʿ al-Islām*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
30. Rahpeik, Hassan. (2008). *Civil Law: Specific Contracts 2*. Tehran: Khorsandi. [In Persian]
31. Rohani, Mohammad Sadegh. (1993). *Fiqh al-Ṣādiq ('alayhi al-salām)*. Qom: Mu'assasat Dar al-Kitab. [In Arabic]
32. Sabiq, Shaykh Sayyid. (1971). *Fiqh al-Sunnah*. Cairo: Dar Ihya' al-Kutub al-'Arabiyyah. [In Arabic]
33. Safaei, Seyed Hossein. (2006). *Introductory Course on Civil Law: General Rules of Contracts*. Tehran: Mizan. [In Persian]
34. Safaei, Seyed Hossein, & Javaherkalam, Mohammad Hadi. (2020). *Advanced Civil Law: Debt Guarantees (Mortgage and Guarantee)*. Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar. [In Persian]

35. Safi Golpaygani, Lotfollah. (1999). *Hidāyat al-ʿIbād*. Qom: Mu'assasat al-Sayyidah al-Ma'sumah ('alayhā al-salām). [In Arabic]
36. Saidi, Fatemeh. (2018). Comparison of release (*Ibrāʾ*) and donation of a debt to the debtor (*Hibah al-Dayn ilá al-Madīn*). *Ārāʾ*, 2(10), 85–100. [In Persian]
37. Sarakhsi, Mohammad bin Ahmad. (1985). *Al-Mabsūṭ*. Beirut: Dar al-Ma'rifah lil-Tiba'ah wa al-Nashr wa al-Tawzi'. [In Arabic]
38. Shahid al-Thani, Zayn al-Din Ali. (2002). *Masālik al-Afhām*. Qom: Mu'assasat al-Ma'arif al-Islamiyyah. [In Arabic]
39. Shahidi, Mehdi. (2009). *Suqūṭ-e Taʿahhudāt* [Extinction of Obligations]. Tehran: Majd. [In Persian]
40. Sharbini, Mohammad bin Ahmad. (1957). *Mughnī al-Muḥtāj*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
41. Soleiman Kalvanagh, Amin. (2024). Feasibility of recourse in gifts between spouses based on jurisprudential teachings (A critique of Article 803 of the Civil Code with proposed amendments). *Āmūzah-hā-ye Fiqh-e Madanī*, 16(30), 137–159. https://doi.org/10.30513/cjd.2023.5212.1879 [In Persian]
42. Tabatabai Yazdi, Seyed Mohammad Kazem. (1999). *Al-ʿUrwah al-Wuthqá*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī. [In Arabic]
43. Tabatabai, Seyed Mohammad. (1982). *Bulghat al-Faqīh*. Tehran: Maktabat al-Sadiq ('alayhi al-salām). [In Arabic]
44. Terabulusi, Mohammad. (1995). *Mawāhib al-Jalīl*. Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah. [In Arabic]

Civil Jurisprudence Doctrines
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# The Pathology of the Intensification of Restrictions on Private Ownership in Iran from a Jurisprudential and Legal Perspective

**Begard Teimouri[1] | Shahram Mohammadi[2] |Ebad Rouhi[3]**

1. Department of Law, Sanandaj Branch, Islamic Azad University, Sanandaj, Iran.Email: beeegard@yahoo.com
2. Corresponding Author, Department of Law, Faculty of Humanities, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran. Email: sh.mohammadi@uok.ac.ir
3. Department of Law, Sanandaj Branch, Islamic Azad University, Sanandaj, Iran. Email: e.rouhi@yahoo.com

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received: 13 July 2025
Revised: 12 August 2025
Accepted: 24 September 2025
Available online 6 October 2025

**Keywords:**
Private Ownership, Restriction of Ownership, Governmental Decrees, Change of Agricultural and Orchard Land Use, Jurisprudential and Legal Pathology.

## ABSTRACT

Private ownership, as one of the fundamental rights of individuals, plays a pivotal role within the legal system. In the Islamic Republic of Iran, the continuing trend of intensifying restrictions and limitations on the right to private ownership—particularly in the realm of land ownership and, more specifically, in the context of agricultural and orchard land-use changes—has encountered complex jurisprudential and legal challenges. This study, adopting a descriptive–analytical approach with a critical perspective, conducts a systematic examination of these limitations. The findings indicate that disproportionate reliance on secondary rules, governmental decrees, and state interventions grounded in control-oriented viewpoints, without due consideration for specific geographical and social circumstances, has led to legislative inflation, conflicting regulations, and disruptions in the private ownership regime. This situation has, in turn, weakened the right of ownership and resulted in the erosion of the economic and social interests of landowners, particularly in rural and less-developed areas. Drawing on jurisprudential foundations and legal principles, the study emphasizes the necessity of re-examining the presuppositions of political jurisprudence and redefining the balance between public interests and private ownership rights, and it proposes measures to enhance the stability and effectiveness of the legal framework governing land ownership.

**Cite this article:** Teimouri, B.; Mohammadi, Sh; Rouhi, E. (2026). The Pathology of the Intensification of Restrictions on Private Ownership in Iran from a Jurisprudential and Legal Perspective. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 18(33), 257-294. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.7173.2077

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

## Extended Abstract

### Introduction

The beginning of the limitation of private ownership rights in the area of urban lands in the legal system before the Islamic Revolution and the continuation of the process of intensifying restrictions after the Islamic Revolution, especially in the issue of changing the use of agricultural lands and gardens, has faced challenges. One of the factors that has caused the inflation of laws during the developments in the land ownership system after the Islamic Revolution is the disagreement between private law scholars and public law scholars regarding the excessive use of "public interest and necessity in governmental decrees." This research examines the pathology of this issue with a critical approach and, citing jurisprudential foundations and legal principles, emphasizes the necessity of rereading the preconceptions of political jurisprudence and redefining the balance between public interests and private ownership rights, and presents solutions to enhance the stability and efficiency of the legal system of land ownership.

In the article "Iran's Criminal Policy Against the Change of Use of Agricultural Lands and Gardens," emphasizing that the legislator has not yet implemented a consistent procedure to deal with the crime of change of use, the author highlighted the crisis of criminal policy in dealing with it and evaluated the impact of the change in the Islamic Penal Code in 2013 on the coherence of criminal policy as undesirable and considered it to lack the necessary efficiency (Ahmadzadeh & Rezaei-Panah, 2021). In line with the aforementioned background and in comparison, with other studies, it was observed that researchers have often justified the actions of the legislator and approved the application of restrictive laws without pathologically analyzing the intensification of restrictions imposed on private ownership.

### Method

This research, using a descriptive-analytical method, has analyzed and diagnosed the pathology of ownership restrictions and the ineffectiveness of existing laws, especially in the field of

agricultural and garden lands. Since jurisprudential preconceptions, with a revolutionary orientation in the meaning of words, are influential, attention should be paid to the fallibility of the understanding of jurists and lawyers, as human beings, in order to provide the possibility that the theories of scholars, with changing contexts, can be revised and new solutions can be thought of to overcome the challenges. For this purpose, the premise of this research is the revolutionary justice-seeking conditions that have been effective in forming the mindset of the legislator and enacting laws and focusing on the audience, who are the owners of agricultural lands and gardens. The study of the meaning of ownership has always been carried out in the shadow of this intellectual system, although the contrary view seems to be contrary to the obvious and doomed to rejection in advance. However, in this research, an attempt has been made to review the jurisprudential and legal foundations of ownership while also examining the reasons for its limitation, using jurisprudential preconceptions, in order to provide the basis for moving from one stage to another and transforming the ownership system of this category of land.

**Findings**

In this article, first, by addressing the reasons for the weakness of primary rules and the intensification of ownership restrictions through the establishment of secondary rules, the jurisprudential and legal foundations and principles that underpin these restrictions are referred to, and then the causes of the ineffectiveness of the laws are discussed. In the next step, by examining the effective mindsets and assumptions in jurisprudence and its aspects, which are used in the philosophy of jurisprudence to control hidden errors resulting from major matters, and by taking an open look at the mindsets behind the scenes and the type of influence they have on the mind of the jurist who organizes the choice of a theory, the reasons for the establishment of secondary rules are criticized. Then, the emerging interests and new necessities in establishing social justice are addressed, and finally, the costs of restrictive laws and regulations are addressed, emphasizing the reasons for the failure of the Law on the Preservation of Agricultural Land Use and Gardens in its

implementation. The findings show that disproportionate reliance on secondary rules, governmental decrees, and government interventions based on control-oriented perspectives have led to the inflation of laws, the proliferation of contradictory regulations, and disruption of the private ownership system.

## Conclusion

This study emphasizes the necessity of re-reading the preconceptions of political jurisprudence and redefining the balance between public interests and private ownership. Although the limitation of private ownership has been justified by secondary rules and expediency, in practice it is accompanied by numerous problems and harms. The development of the concept of public interest and the weakness in determining its limits and boundaries have paved the way for more and sometimes arbitrary interventions in private ownership. The formation of working groups such as the Special Task Force for Combating Land Grabbing of the Presidential Coordination Headquarters for Combating Economic Corruption and the need to review the status of unimplemented rulings related to the Law on Preservation of Agricultural Lands and Gardens in the Land Protection and Conservation Headquarters or the Council for the Protection of the Rights of the Treasury and National Lands has revealed the fact that the laws lack social support and that owners, recognizing the existing gaps, resist the governing forces. As a result, the basic jurisprudential rules that are the basis of the principle of the owner's control over their ownership must be redefined and strengthened with a new approach based on dynamic ijtihad so that they can respond to new social, economic, and legal needs, and in this way, the need for widespread restrictions is reduced.

### *Authors' Contributions*

Given that this article is an excerpt from Mrs. Begard Teimouri's doctoral dissertation, it was written under the supervision of Dr. Shahram Mohammadi.

***Data Availability Statement***
Data such as court cases and statistics on unenforced sentences are confidential.

***Acknowledgements***
The authors are grateful to the anonymous reviewers for their constructive comments in evaluating the paper.

***Ethical Considerations***
The authors have avoided data falsification, distortion, plagiarism, and any 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 authors declare that they have no conflicts of interest.

***Declaration on the Use of AI Tools in the Writing Process***
In translating the English abstract, the tool (Google Translate) was used, which was reviewed and edited under the supervision of the authors, who take full responsibility for the published content.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# آسیب‌شناسی تشدید اعمال محدودیت بر مالکیت خصوصی در ایران از منظر فقهی و حقوقی

بیگرد تیموری[۱] | شهرام محمدی[۲] | عباد روحی[۳]

۱. گروه حقوق، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، سنندج، ایران. رایانامه: beeegard@yahoo.com
۲. نویسنده مسئول، گروه حقوق، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران. رایانامه: sh.mohammadi@uok.ac.ir
۳. گروه حقوق، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، سنندج، ایران. رایانامه: e.rouhi@yahoo.com

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:** پژوهشی

**تاریخ دریافت:** ۱۴۰۴/۰۴/۲۲
**تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۵/۲۱
**تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۷/۰۲
**تاریخ انتشار برخط:** ۱۴۰۴/۰۷/۱۴

**کلیدواژه‌ها:**
مالکیت خصوصی، تحدید مالکیت، احکام حکومتی، تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، آسیب‌شناسی حقوقی و فقهی.

**چکیده**

مالکیت خصوصی به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین اشخاص، نقش محوری در نظام حقوقی ایفا می‌نماید. در جمهوری اسلامی ایران، ادامهٔ روند تشدید محدودیت‌ها و تحدید حق مالکیت خصوصی در حوزهٔ اراضی، به‌ویژه در موضوع تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، با چالش‌های پیچیدهٔ فقهی و حقوقی مواجه شده است. این پژوهش با رویکرد توصیفی - تحلیلی و نگرشی انتقادی، به آسیب‌شناسی نظام‌مند محدودیت‌های مذکور می‌پردازد. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که اتکای نامتناسب به قواعد ثانویه، احکام حکومتی و مداخلات دولت مبتنی بر دیدگاه‌های کنترل‌گرا، بدون لحاظ شرایط ویژهٔ جغرافیایی و اجتماعی، موجبات تورم قوانین، تعدد مقررات متناقض و اختلال در نظام مالکیت خصوصی را فراهم ساخته است. این وضعیت ضمن تضعیف حق مالکیت، موجبات تضییع منافع اقتصادی و اجتماعی صاحبان اراضی، به‌ویژه در مناطق روستایی و کمتر توسعه یافته را فراهم آورده است. پژوهش حاضر با استناد به مبانی فقهی و اصول حقوقی، بر ضرورت بازخوانی پیش‌انگاره‌های فقه سیاسی و بازتعریف تعادل میان منافع عمومی و حقوق مالکیت خصوصی تأکید دارد و راهکارهایی برای ارتقای ثبات و کارآمدی نظام حقوقی مالکیت زمین ارائه می‌نماید.

**استناد:** تیموری، بیگرد؛ محمدی، شهرام؛ روحی، عباد. (۱۴۰۵). آسیب‌شناسی تشدید اعمال محدودیت بر مالکیت خصوصی در ایران از منظر فقهی و حقوقی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۸(۳۳)، ۲۵۷-۲۹۴.
https://doi.org/10.30513/cjd.2025.7173.2077
ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

## مقدمه

یکی از عواملی که در جریان تحولات نظام مالکیت زمین، موجب تورم قوانین گردیده است، اختلاف‌نظر اندیشمندان حقوق خصوصی با حقوق عمومی در استفادهٔ بی‌رویه از «مصلحت عمومی و ضرورت در احکام حکومتی»، به منظور تدوین قوانین است که هر یک از اندیشمندان در دو حوزهٔ مورد اشاره، بنا به پیش‌فرض‌هایی، آن را رد یا قبول کرده‌اند. مالکیت خصوصی همواره یکی از مهم‌ترین ارکان نظام حقوقی و اقتصادی در جوامع بشری تلقی شده است. در دهه‌های اخیر، با افزایش دغدغه‌های زیست‌محیطی، غذایی و ساماندهی بهره‌برداری از منابع طبیعی، شاهد تدوین قوانینی هستیم که به نوعی حقوق مالکان در اراضی زراعی و باغ‌ها را محدود کرده‌اند. این در حالی است که اجرای این قوانین در عمل با چالش‌هایی مواجه بوده و پرسش‌هایی را درباره مشروعیت و کارآمدی آن‌ها برانگیخته است. هدف این مقاله تحلیل نقادانهٔ این دسته از مقررات در پرتو مبانی فقهی و اصول حقوقی است. همچنین، شکل‌گیری پاره‌ای انتظارات در آغاز انقلاب اسلامی موجب گردید، توجه چندانی به تحقیق در مبانی فقهی صورت نگیرد و همین امر سبب دورافتادن بیش از پیش حقوق عمومی از حقوق خصوصی شده است، به گونه‌ای که آیات و روایات در بستر انقلاب، به گونه‌ای متفاوت تبیین و تفسیر می‌گردد. شکاف دیدگاه‌ها در چنین وضعیتی، مانع توجه کامل و مستقل به مسائل فقهی و مبانی حقوق اسلامی می‌شود؛ به نظر می‌رسد یکی از علل عدم موفقیت قانون‌گذار و تورم قوانین و مقررات، با فهم انقلابی در اظهارنظر فقهی، در موضوعات زمین، مالکیت، حق، عدالت و سایر مفاهیم، گره خورده است.

از آنجا که پیش‌انگاره‌های فقهی، با جهت‌گیری انقلابی در معنای واژه‌ها، تأثیرگذار می‌باشد، باید به خطاپذیری فهم فقها و حقوقدانان، به‌مثابهٔ یک انسان، توجه گردد؛ همچنین باید این امکان فراهم آید که نظریات اندیشمندان، با تغییر بسترها، قابلیت بازنگری داشته و راه‌کارهای نوین، برای برون‌رفت از چالش‌ها، اندیشیده شود. پیش‌فرض در این پژوهش، شرایط عدالت‌خواهانهٔ انقلابی است که

در شـکل‌گیری ذهنیت شـارع و وضـع قوانین و تمرکز بر مخاطبینی که مالکان زمین‌های زراعی و باغ‌ها هستند، مؤثر واقع شده است؛ بررسی معنای مالکیت نیز، همواره در سایهٔ این نظام فکری صورت گرفته است، هرچند تلقی خلاف آن، مغایر بدیهیات و پیشاپیش محکوم به رد به نظر می‌رسد، اما در این پژوهش، تلاش شده است ضمن بازخوانی فقهی و حقوقی مبانی مالکیت، به چرایی تحدید آن، به ویژه در موضوع تغییر کاربری زمین‌های زراعی و باغی، با بهره‌گیری از پیش‌دانسته‌های فقهی پرداخته شود، تا زمینهٔ سیر از یک مرحله به مرحلهٔ دیگر و تحول نظام مالکیت این دسته از زمین‌ها، فراهم آید. هرچند، گاه در دفاع از اقدامات دولت، عنوان گردیده که وجه غالبِ تحدید یا سلب مالکیت خصوصی، نمایش قدرت فرماندهی و حاکمیت، توأم با روحیهٔ خدمت‌گزاری می‌باشد؛ اما این مسئله باید با تحلیل تفکرات متعادل صورت گیرد و پاسخی شفاف برای این پرسش ارائه شود که چرا در عمل، نتیجهٔ وضع قوانین و مقررات پی‌درپی، موجب سامان‌دهی به نظام مالکیت اراضی زراعی و باغ‌ها و یا تدوین قانون جامع زمین، نشده است.

مبنای اولیه، دیدگاه‌های فقهی و حقوقی در مورد مالکیت، در تعاریفی که اندیشمندان از آن ارائه نموده‌اند، تبیین گردیده است؛ از جمله: «اختصاص مالی به مالک، به نحوی که بر هر نوع تصرف مشروع در آن استیلا داشته باشد (عمید زنجانی، ۱۴۲۱، ج۱، ص۲۲۰)»؛ همچنین، «مالکیت حقی است مطلق، انحصاری و دائمی که به شخص اجازه می‌دهد از منافع اقتصادی مال خود، بهره‌مند گردد (امامی، ۱۳۷۵، ج۱، ص۴۲)». بنابراین، مالکیت به‌عنوان کامل‌ترین و مقدس‌ترین حقی که یک فرد می‌تواند بر مالی داشته باشد، بیانگر رابطهٔ اعتباری، میان شخص و مال است که توسط قانون به رسمیت شناخته شده و برای مالک، اختیار مطلق و انحصاری در تصرف و بهره‌برداری از آن مال را، بدون محدودیت و ممانعت، فراهم می‌کند؛ اما به نظر می‌رسد که دخالت‌های مکرر دولت در تصویب آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های موازی و گاه مغایر، تأثیر منفی بر نظام مالکیت اراضی زراعی و باغ‌ها داشته و چهرهٔ متزلزلی از آن ترسیم نموده است؛ همچنین در اجرا نیز، موجب تحمیل هزینه‌های سنگین بر مردم و اقتصاد کشور و بازماندن دولت از اقدام به کارهای کلان و ضروری شده است

که این خود بر خلاف مصلحت عمومی می‌باشد. در اقتصاد، دیدگاهی وجود دارد که معتقد به جلوگیری و یا خودداری دولت در شرایط پیچیدهٔ حقوق مالکیت است و هرگونه دخالت دولت را، به‌عنوان یک عامل مخرب قلمداد می‌نماید، که در واقعیت، شرایط کنونی نظام مالکیت اراضی زراعی و باغ‌ها در ایران، می‌تواند مصداقی از نتیجهٔ دیدگاه صدرالاشاره باشد.

برخی از آشفتگی‌ها در نظام مالکیت این دسته از اراضی، در نتیجه شعارهای احزاب سیاسی در ایران، با الگوگیری از تجارب سایر کشورها، بدون در نظر گرفتن شرایط اقلیمی و جغرافیایی و سنتی مناطق مختلف ایران، صورت گرفته است که نمونهٔ آن تصویب قوانین مرتبط با حفظ کاربری زمین‌های مذکور، به صورت یک‌دست و بدون توجه به تفاوت اراضی کویر لوت با اراضی شیب‌دار کردستان و نواحی ساحلی دریای خزر و دیگر نقاط ایران است؛ زیرا در بسیاری نقاط ایران که دارای ویژگی‌های خاص جغرافیایی و اقلیمی هستند، تحدید مالکیت، نه‌تنها باعث سرخوردگی روستائیان شده است، بلکه در صورت تداوم این رویکرد، به نظر می‌رسد زمینهٔ تبعیض و بی‌عدالتی نیز فراهم گردد. از آنجا که مالکیت، یکی از ارکان اساسی پیشرفت اجتماعی و اقتصادی می‌باشد، تقویت حق مالکیت خصوصی، نه‌تنها بر افزایش رفاه اجتماعی تأثیرگذار خواهد بود، بلکه به‌عنوان یکی از عوامل پایدارکنندهٔ حیات اقتصادی و اجتماعی جامعه نیز، باید به رفع چالش‌های آن توجه شود؛ هرچند وجود یک دولت مقتدر برای پیشبرد اهداف عمومی و اجرای عدالت، ضروری است، اما دقت به پیامدهای نحوهٔ اِعمال حاکمیت در حوزهٔ زمین‌های زراعی و باغ‌ها، حائز اهمیت است. اینکه، حاکمیت از قدرت مطلق خود، برای فرماندهی در چارچوب دیدگاه انقلابی استفاده کرده است یا بر اساس نظام اسلامی، روحیهٔ خدمت‌گزاری را در اولویت قرار داده، یا بر اساس تفکرات متعادل، قدرت و مسئولیت را در راستای تأمین رفاه و عدالت اجتماعی به کار برده است، را باید با ارزیابی نتایج اقدامات بررسی کرد تا علت ناکارآمدی برخی قوانین، مشخص گردد.

**پیشینهٔ پژوهش:** در مقالهٔ «سیاست کیفری ایران در قبال تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها» با تأکید بر اینکه قانون‌گذار تاکنون رویهٔ ثابتی را برای مقابله با بزه

تغییر کاربری به کار نبسته است، دههٔ هفتاد را دورهٔ تدبیر و ترسیم، دههٔ هشتاد را دورهٔ تغییر و تنظیم و دههٔ نود را دورهٔ تضعیف و تخریب سیاست کیفری مربوط به حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها نام نهاده‌اند و بر بحران سیاست کیفری در مقابله تأکید کرده و تأثیر تغییر قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ را بر انسجام سیاست کیفری، نامطلوب ارزیابی و آن را فاقد کارآمدی لازم دانسته است. در جای دیگری از مقاله عنوان شده است که برای تحقق جرم تغییر کاربری، موضوع آن یعنی اراضی تغییر کاربری داده شده، باید زراعی یا باغی دارای صرفهٔ اقتصادی باشد که با هدف قانون‌گذار در مورد بهره‌برداری از آن، همخوانی داشته باشد؛ به نوعی به دیدگاه حمایت از مالکیت خصوصی نزدیک می‌شود، آنجا که تغییر کاربری اراضی خردی که فاقد قابلیت بهره‌برداری هستند را، به دلیل اینکه موجب سلب بخشی از حقوق مالکانه و تحدید قلمرو تصرفات مالک می‌گردد، سبب تحقق جرم تغییر کاربری نمی‌داند. علی‌رغم اشاره به جنبه‌های حقوقی موضوع، ضمانت اجراها و مجازات‌های تعیین‌شده را خفیف و ناکافی و فاقد بازدارندگی لازم اعلام نموده است. این مقاله به آسیب‌شناسی مالکیت خصوصی نپرداخته و لیکن آن را نیازمند چاره‌اندیشی دانسته است که اگر چنین تدبیری اندیشیده نشود، هدف مورد نظر قانون، به‌رغم هزینهٔ فراوان، محقق نخواهد شد (احمدزاده و رضایی‌پناه، ۱۴۰۰).

همچنین با بررسی سایر پژوهش‌هایی که در رابطه با مالکیت خصوصی صورت گرفت، ملاحظه شد پژوهشگران غالباً بدون آسیب شناسی تشدید محدودیت‌هایی که در مورد مالکیت خصوصی اعمال گردیده است، به توجیه اقدامات قانون‌گذار در تأیید محدودیت‌ها پرداخته‌اند، به نحوی که تفکیک مرزهای حقوق خصوصی از حقوق عمومی را دشوار ساخته است.

در مقالهٔ حاضر که مشتمل بر سه مبحث اصلی و پنج مبحث فرعی می‌باشد، ابتدا با پرداختن به چرایی ضعف قواعد اولیه و تشدید تحدید مالکیت از طریق وضع احکام ثانویه در مورد اراضی زراعی و باغ‌ها، به مبانی و اصول فقهی و حقوقی که مستمسک این محدودیت‌ها گردیده‌اند اشاره شده و سپس در ادامه به علل ناکارآمدی قوانین پرداخته شده است. در گام بعدی، با بررسی ذهنیت‌ها و

پیش‌فرض‌های مؤثر در فقه و شئون آن، که در فلسفهٔ فقه، به منظور کنترل خطاهای پنهانی و ناشی از امور عظیم کاربرد دارد و با نگاهی آزاد به ذهنیت‌های پشت صحنه و نوع تأثیرگذاری آن‌ها بر ذهن فقیه که به انتخاب یک نظریه، سامان می‌بخشد، به نقد علل وضع قواعد ثانویه پرداخته شده است؛ آنگاه به مصالح نوظهور و ضرورت های نوین در برقراری عدالت اجتماعی پرداخته و در آخر به هزینه های قوانین و مقررات تحدیدکننده با تأکید بر علل عدم موفقیت قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها و سایر قوانین مرتبط با این دسته از اراضی، در اجرا پرداخته شده است.

قانون‌گذار تا چه زمان مجاز به نادیده گرفتن قواعد اولیهٔ فقهی مالکیت خصوصی و وضع احکام ثانویه در این رابطه می‌باشد؟ تأثیر تصمیمات قانون‌گذار بر مالکیت و ساختار اقتصادی و اجتماعی جامعه، نظیر سیاست‌هایی که به منظور انتقال اراضی از مالکان به کشاورزان اتخاذ شد، به تأمین عدالت اجتماعی کمک کرده است یا خیر؟ در نهایت آیا قوانین و مقررات پس از انقلاب اسلامی، توانسته‌اند میان حقوق فردی و مصلحت عمومی تعادل برقرار کنند یا خیر؟

فرضیه‌های این پژوهش، با توجه به تعارضات مراجع تصمیم‌گیرنده، از جمله مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام، بر این اساس است که از آنجایی که وضع تعدادی از احکام ثانویه به دلیل عدم اقناع فقهای شورای نگهبان به دلیل مخالفت تعدادی از لوایح با شرع، در مجمع تشخیص مصلحت نظام مورد تصویب قرار گرفته و بنابراین جایگاه قواعد اولیهٔ فقهی نه به صورت موقت بلکه به صورت دائمی، با قواعد ثانویه تغییر کرده است؛ در غیر این صورت باید با گذشت مدت زمانی که در عرف قانون‌گذاری بتوان آن را «موقت» نامید، امکان رفع اثر از احکام حکومتی و بازنگری در آن فراهم گردد. همچنین سیاست‌های شتاب‌زده در تحدید مالکیت اراضی زراعی و باغ‌ها و دادن اختیارات به کمیسیون‌های دولتی، منجر به ایفای نقش جایگزین دولت برای تأمین انتظارات کشاورزان شده است و عدم توان دولت در تأمین بسیاری از مطالبات مالکان اراضی کشاورزی، از مصادیق عدم موفقیت در اجرای عدالت اجتماعی می‌باشد. بر همین

اساس و مواردی که به آن‌ها اشاره خواهد شد، به نظر می‌رسد قوانین و مقررات ثانویه، نتوانسته‌اند میان حقوق فردی و مصلحت عمومی تعادل برقرار کنند.

## ۱. چرایی ضعف قواعد اولیه و تشدید تحدید مالکیت

قبل از پرداختن به چرایی ضعف قواعد اولیه، ضروری است مروری بر مبانی و اصول فقهی-حقوقی در زمینهٔ احترام به حق مالکیت خصوصی داشته باشیم.

### ۱ـ۱. قرائت فقهی-حقوقی از مالکیت

مالکیت نقش برجسته‌ای در اقتصاد اسلامی دارد و در فقه سیاسی مورد توجه فقها قرار گرفته و برای آن مراتبی تعریف شده است که عبارت‌اند از: ۱. مالکیت حقیقی که به خداوند تعلق دارد؛ ۲. مالکیت انسان بر اعمال، اراده و جسم خود؛ ۳. مالکیت اعتباری که به‌عنوان یک امر قراردادی و وضعی، در فقه اسلامی به چهار دسته تقسیم شده است: الف) مالکیت شخصی به معنای سلطهٔ فرد بر اموالش (گرامی، ۱۳۸۶، ص۳۰)؛ ب) مالکیت خصوصی یا همان مالکیت فردی که اندیشه و نظریهٔ حقوق طبیعی، آن را از قواعد تغییرناپذیر، ثابت و ابدی و نشأت‌گرفته از طبیعت انسان می‌داند؛ ج) مالکیت عمومی یا مالکیت اجتماعی؛ د) مالکیت دولتی که در نظام اسلامی بر پایهٔ مناصب الهی مانند نبوت و امامت استوار است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۲، ج۱، ص۶۱۱). همچنین، در حقوق، مالکیت به سه عنصر اساسی تقسیم شده است: ۱. حق به کارگیری؛ ۲. حق بهره‌برداری؛ ۳. حق تصرف. در این رابطه، مادهٔ ۳۰ قانون مدنی مقرر نموده است: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.» اما امروزه این استثناها بیشتر از آن است که بتوان از اطلاق حق مالکیت سخن گفت و به نظر برخی حقوقدانان، می‌طلبد که به جای اطلاق حق یا جامع بودن حق، از قید استثنای قانون، در ماهیت مالکیت به این صورت یاد کرد: «حقی که به مالک اختیار انتفاع و تصرف را در حدود قوانین می‌دهد» (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص۱۰۱-۱۰۲).

با این حال، نظر به اهمیت قواعد فقهی از جمله قاعدهٔ تسلیط نزد فقها، بررسی‌ها نشان می‌دهد که در تعدادی از پرونده‌های محاکم، نظرات فقهای شورای نگهبان مانع تجاوز دولت به مالکیت خصوصی شده است. در این‌جا به نمونه‌هایی از

ممانعت از نقض مالکیت خصوصی اشاره می‌نماییم. در یک مورد، محکمه از شورای عالی قضایی استعلام و شورای عالی قضایی نیز از شورای نگهبان تقاضای ارائهٔ نظر می‌کند. با اینکه حفاظت از آثار ملی از مصادیق منافع عمومی است، شورای نگهبان در اظهارنظر شمارهٔ ۶۰۷۶ مورخ ۱۳۶۱/۸/۳ بیان می‌دارد: «... اموال شخصی از شمول قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹ و اصلاحیه‌ها و الحاقات خارج است...» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۱، ص۴۳). همچنین در اظهارنظر مورخ ۱۳۶۰/۵/۲۹ (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۰، ج۱۳، ص۹۲) در طرحی که صاحبان اراضی بایر می‌توانستند حداکثر تا ۱۰۰۰ متر زمین در اختیار داشته باشند و حق فروش آن را جز به دولت نداشتند، مالک را موظف به فروش زمین‌های مورد نیاز دولت و شهرداری‌ها با تقویم دولت، به دولت نموده است؛ اما فقهای شورای نگهبان به استناد قاعدهٔ تسلیط، مالکیت خصوصی را بر منافع عمومی مقدم دانسته و طرح قانونی را مغایر شرع اعلام نمودند. این نگرش فقهای شورای نگهبان تضمین‌کنندهٔ حقوق مالکیت خصوصی است. حمایت از سلطهٔ مالکانه، از سوی فقهای شورای نگهبان در پاسخ به نامهٔ رئیس مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۸۶/۷/۸ مورد بند ۹ مادهٔ ۱۰ قانون برنامهٔ کشور مصوب ۱۳۵۱ در مورد جواز استفاده دولت از اراضی خصوصی منعکس شده است: «... اطلاق جواز استفاده بدون رضایت مالک یا ذی‌حق در فرض نبود ضرورت مبیحه، خلاف موازین شرع است.» ذکر این مثال‌ها نشان‌دهندهٔ درجهٔ اهمیت مالکیت خصوصی و مبانی آن، نزد فقها است. اما در سایر مواردی که بدون کسب نظر فقهای شورای نگهبان ـ از جمله در وضع مقررات توسط هیأت دولت و یا بخشنامه‌های داخلی وزارت‌خانه‌ها و یا با عناوین دیگر ـ قواعد اولیهٔ فقهی جای خود را به سایر احکام می‌دهند، محدودیت‌های اعمال شده کارایی لازم را دارند یا خیر، موضوعی است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

این رویهٔ فقهای شورای نگهبان در لایحهٔ زمین شهری مصوب ۱۳۶۵/۱۰/۱۶ نیز دنبال شد. فقهای شورای نگهبان در اظهارنظر شمارهٔ ۸۲۵۲ مورخ ۱۳۶۶/۰۳/۰۳، ضمن تأیید ضمنی تشخیص «ضرورت» از جانب مجلس شورای اسلامی، کماکان معتقد بودند که محدودیت بر مالکیت خصوصی تنها در صورتی امکان‌پذیر است

که «فعلیت ضـرورت» احراز شـود. مرجع تشـخیص‌دهندهٔ تقنین به منظور احراز فعلیت ضرورت نیز از سوی فقهای شورای نگهبان، مجلس شورای اسلامی معرفی شـده و بیان می‌داشـت: «... اگر ضـرورتی هم عنوان شـود که مجوز عدول از احکام اولیهٔ شـرع گردد، باید فعلیت داشـته باشـد و مشـخص آن هم طبق اجازهٔ حضـرت امام(ره) صرفاً مجلس شورای اسلامی است.»

## ۱ـ۲. قواعد اولیهٔ فقهی در مواجهه با استثنائات قانونی

در نظام حقوقی ایران، قواعد اولیهٔ فقهی که مبتنی بر اصـولی چون قاعدهٔ سـلطه («النَّاسُ مُسَلَّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ») و اصل احترام به مالکیت اشخاص است، در مقام اثبات و حمایت از حق مالکیت خصـوصـی نقش دارند. این قواعد در فقه و نیز در قانون مدنی ایران، ناظر بر اصل تسلط مالک و منع تجاوز به حقوق مالکانه هستند و بر حاکمیت ارادهٔ مالک در تصرف، انتفاع و انتقال مال تأکید می‌ورزند. با این حال، در برخورد با مقتضـیات اجتماعی، اقتصـادی، امنیتی یا سـیاسـی، این قواعد در بسـیاری از موارد دچار ضـعف کارکردی یا کنار نهاده شـدن گردیده‌اند؛ به گونه‌ای که احکام ثانویه و ملاحظات مصلحت‌گرایانه، جایگزین اصول اولیه شده‌اند. سلطنت، به‌عنوان مفهومی اعتباری که در کنار دو مفهوم حق و مالکیت و در مراتب مختلفی همچون سـلطنت بر انفس، سـلطنت بر حقوق و سـلطنت بر مال، در جنبهٔ ایجابی خود، به سـلطهٔ مالک بر مایملک و تصـرفات مالکانه‌اش تأکید می‌کند و در جنبهٔ سلبی، هیچ‌کس نمی‌تواند به مایملک مالک تعرض کند (پیلوار، ۱۳۹۲، ص۹۸). بسیاری از فقها، از جمله ابن‌ادریس، به این قاعده اسـتناد کرده و هر نوع تصـرف مالک در ملک خود، اعم از ضـروری یا غیر آن را جایز دانسـته اسـت. همچنین، شـیخ طوسـی قاعده تسـلیط را در اولویت قرار داده و قائل به این است که اگر مالکی در ملک خود چاهی حفر کرده اسـت، همسـایهٔ او نیز می‌تواند در ملک خود، نزدیک چاه همسـایه، چاه دیگر حفر کند، هرچند چاه دوم باعث کاهش آب چاه اول شـود (طوسـی، ۱۳۵۱، ج۳، ص۲۷۲).

اطلاق قاعدهٔ تسلیط و نفوذ بدون قید و شرط آن، در فقه اهل‌سنت از نظر قائلین به آن از جمله ابوحنیفه، امام شـافعی و احمد بن حنبل و داود ظاهری، حسـب مورد

در دعاوی مربوط به همجواری، در رفع خصومت میان اصحاب دعوی، ملاک عمل قرار گرفته است. از نظر ابوحنیفه نمی‌توان معترض کسی شد که در ملک خود تصرفاتی می‌کند، ولو اینکه تصرفات وی سبب ضرر همسایه گردد و این اعمال حق را موجب ضمان ندانسته‌اند، مگر در تصرفات غیرمباح (محقق سبزواری، ۱۲۶۹، ص۲۴۱).

پس از انقلاب اسلامی، تصویب یک‌سری احکام حکومتی، به استناد قاعده «ترجیح اهم بر مهم» با اعتراضات مردم و نمایندگان مجلس شورای اسلامی مواجه گردید (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، جلسهٔ ۳۲۸، روزنامهٔ رسمی ۱۲۱۴۷)، به گونه‌ای که عدم کنترل بر هماهنگی قانون و سیاست در جریان انقلاب، صرف‌نظر از وابستگی مشروعیت انقلاب به تبعیت از قانون، در ادامه موجب اختلال در نظام مالکیت خصوصی گردیده است. اما به عقیدهٔ اندیشمندان، اعمال سیاست بدون در نظر گرفتن قاعدهٔ حقوقی، مشروعیت حکومت را نیز ممکن است زیر سؤال ببرد (گرجی از ندر یانی، ۱۳۹۵، ص۱۳). به نظر می‌رسد هر نوع استدلال در مورد احکام راجع به مالکیت، بر مبنای ریشه‌های انقلابی و با مفروض گرفتن صحت آن‌ها صورت گرفته است که این پیش‌داوری، می‌تواند از اثرات مجموعه‌ای از باورهای سایر انقلاب‌های مشابه باشد که در جریان انقلاب اسلامی، سنگ بنای فهم را تشکیل داد که حتی اگر همیشه هم خطا نباشند، اما همیشه نمی‌توانند صحیح باشند. به این ترتیب، تمامی پیش‌فرض‌های ناآگاهانه و داده‌ها و دانسته‌های مسلم انگاشته شده، که فرد آن‌ها را از بررسی نقادانه و ژرف‌اندیشی محققانه بی‌نیاز می‌بیند، مصداقی از پیش‌داوری محسوب می‌شوند (احمدی و دیگران، ۱۴۰۳، ص۵). این موضوع هرچند قبل از انقلاب اسلامی با عناوین دیگری در حوزهٔ زمین‌های شهری به چشم می‌خورد، اما پس از انقلاب اسلامی به ویژه در مورد دیدگاه‌های ناظر به تحدید حق تغییر کاربری در مالکیت خصوصی زمین‌های کشاورزی و باغی، با تصویب قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در سال ۱۳۷۴ بیش از پیش نمایان شده است. مصادیق اقدامات تحدیدکننده در آغاز انقلاب اسلامی به وفور وجود دارد که در مباحث بعدی به ذکر تعدادی از آن‌ها خواهیم پرداخت.

## ۲. نقدی بر علل وضع قواعد ثانویه (مصلحت عمومی ـ ضرورت)

علی‌رغم اینکه اصول ثابت اسلام، در تمام زمان‌ها و مکان‌ها تغییرناپذیر هستند، اما به دلیل اینکه حکم حکومتی یکی از مفاهیم محوری در فقه سیاسی در ایران به شمار می‌رود، وضع و به‌کارگیری این دسته از احکام، پس از انقلاب اسلامی ایران، بیش از هر چیز دیگر، به سه مفهوم اساسی «حق»، «سلطنت» و «مالکیت» آسیب رساند. این موضوع از آغاز انقلاب اسلامی، همواره مورد توجه حقوقدانان در حوزه حقوق خصوصی قرار داشت، به‌ویژه اینکه مصلحت، نباید به بهانه‌ای برای نقض و نابودی حقوق خصوصی تبدیل شود.

بر اساس آیهٔ شریفهٔ ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ (نساء/ ۲۹)؛ «اموال یکدیگر را به ناحق نخورید، مگر اینکه تجارتی با رضایت شما باشد»، جایگاه سلبی قاعدهٔ تسلیط تبیین شده است. این آیه دلالت دارد بر اینکه تصاحب و تصرف اموال دیگران، بدون رضایت صاحب مال، جایز نیست، مگر آنکه از طریق معامله‌ای مشروع و بر اساس توافق طرفین باشد. اما اگر تغییرات احکام، به عواملی همچون زمان و مکان بستگی داشته باشد، موضوعاتی مانند «مصالح مرسله» یا «مصالح مقتضیه» و یا به‌طور کلی مصلحت‌های متغیر مطرح می‌شود. اصولاً وضع احکام ثانویه به منظور حفظ مصلحت و دفع مفسده، باید محدود به مدت زمان معین و «موقت» باشد؛ اما نتیجه بررسی‌ها خلاف این موضوع را ثابت می‌کند.

در بررسی فرایند قانون‌گذاری، مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به تصویب شورای نگهبان برسد و این رابطهٔ طولی، مجلس را ملزم به تبعیت از نظرات شورای نگهبان کرده است. در تحلیل علل نقض مالکیت خصوصی بر اساس مصالح، این نکته همواره وجود داشته است که هرچند شورای نگهبان به دلیل مخالفت با موازین شرع، تعدادی از تصمیمات مجلس را رد کرده است، اما مجلس بر ضرورت تصویب تأکید داشته و اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان، همان‌گونه که در شرح مذاکرات مجلس بر سر تصویب قوانین محدودکننده ملاحظه می‌گردد، همیشه به سود مالکیت خصوصی ختم نشده است. خلأ نظری موجب شده است تا احکام

ثانویه بر اساس قواعد ضرورت و مصلحت، بدون چارچوب دقیق و با تعاریف موسع، وارد فضای قانون‌گذاری و اجرای سیاست‌های عمومی شوند. این وضعیت، نه‌تنها ضریب امنیت حقوقی شهروندان را کاهش می‌دهد، بلکه موجبات گسترش اقتدار حاکمیتی و تحدید بی‌ضابطهٔ مالکیت خصوصی را فراهم می‌سازد.

از جمله مصادیق تحدیدکننده در آغاز انقلاب اسلامی می‌توان به این موارد اشاره کرد:

**اول)** دولت موقت انقلاب اسلامی، به‌ویژه در مقابل مصادره‌های خودسرانهٔ اراضی، لایحه‌ای تحت عنوان «لایحهٔ متجاوزین و غاصبین اراضی کشاورزی مصوب ۱۳۵۸/۵/۲» وضع نمود. با این حال، گروه‌های چپ‌گرا با الگوبرداری از انقلاب‌های مشابه، بر تشکیل شوراهای کارگری و دهقانی تمرکز نمود و لایحهٔ تشکیل شوراهای کشاورزی (مصوب ۱۳۵۸/۱/۱۴) تدوین شد، به نحوی که نظام مالکیت، شاهد تضاد و تقابل بین دو دیدگاه مختلف در مورد زمین‌های کشاورزی است: یکی در پی تثبیت مالکیت خصوصی با توجه به اصول فقهی و حقوقی اسلامی است و دیگری با گرایش به مدل‌های اجتماعی و اقتصادی در سایر انقلاب‌های مشابه، به دنبال آن است که اختیار اراضی از مالکان گرفته شده و در دست دولت یا شوراها قرار گیرد. با توجه به اینکه نظریهٔ نفی و عدم مالکیت شخصی، ریشه در پیشنهاد لنین دارد، حذف مالکیت شخصی زمین، به پیروی از اصول کمونیسم، به منظور بهبود بهره‌برداری از زمین و تسهیل دسترسی دهقانان به زمین و منابع کشاورزی، در اولویت دیدگاه‌های انقلاب‌های مشابه قرار دارد. لنین، اقدام به مصادره اراضی زمین‌داران و کلیساها، املاک متعلق به پادشاهان و کشاورزان بزرگ، ابزارآلات، حیوانات و سایر دارایی‌های مرتبط با کشاورزی نمود و آن‌ها را در اختیار کمیته‌های زمین قرار داد تا در نهایت این منابع به دست دهقانان و شوراهای محلی برسد. علی‌رغم اینکه در بررسی منابع فقهی و آیات و روایات اسلامی، مستندی برای تشکیل هیئت‌های هفت‌نفره یا کمیته‌های زمین، در ابتدای انقلاب اسلامی یافت نشد، به نظر می‌رسد شباهت‌های قابل توجهی میان فعالیت هیئت‌های هفت‌نفره در مناطق روستایی که مسئولیت توزیع اراضی را بر عهده داشتند، با عملکرد کمیته‌های زمین که در

فرمان لنین به آن اشاره شد، وجود دارد.

بر خلاف دیدگاه فوق‌الاشاره، در فقه، مالکیت خصوصی و مشروعیت آن در اسلام، امری محترم و معتبر است و از آنجایی که مالکیت تکوینی خداوند، موضوعی جدا از مالکیت اعتباری انسان‌ها است، بنابراین مخالفتی با شریعت ندارد. بررسی‌ها نشان می‌دهند، دلیل مخالفت با مالکیت خصوصی در تفکرات نوین، در انتقاد بر دیدگاه‌های نظام سرمایه‌داری و سوسیالیسم و رواج این تفکر است که اگر وسایل تولید و قدرت اقتصادی، در اختیار افراد خاص و اقلیت و یا دولت قرار گیرد، موجب استثمار دیگران توسط این دستهٔ خاص می‌گردد. به باور مخالفان مالکیت خصوصی، اگر انسان ها خود را مستقل و بی‌نیاز از دیگران بدانند و قدرت‌های فراوان در دست آن‌ها متمرکز شود، ممکن است طغیان کنند و به این آیه استناد می‌نمایند: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ لَيَطْغَىٰ أَنْ رَآهُ اسْتَغْنَىٰ﴾ (علق/ ۶-۷). در نقد چنین دیدگاهی، اگر اساساً ثروت مفسده‌زا باشد، افزایش آن در دست دولت‌مردان نیز همان نتیجه را در بر خواهد داشت؛ پس این آیه عام بوده و نه‌تنها اشخاص حقوق خصوصی بلکه اشخاص حقوق عمومی را نیز دربرمی‌گیرد و با این تلقی، امکان انحراف یا خروج دولت‌مردان از مسیر عدالت اجتماعی و طغیان وجود دارد.

از دیدگاه برقراری تعادل میان حقوق عمومی و خصوصی، به نظر می‌رسد بر اساس مقتضیات زمان و مکان، نباید هیچ‌کدام از مالکیت‌های عمومی و خصوصی را به‌عنوان اصل تلقی نمود و یکی را بر دیگری ترجیح داد؛ اما می‌توان با تعیین قلمرو هر یک، ورود یکی به قلمرو دیگری را ممنوع نمود. زیرا بر فرض اولویت‌بخشی به هر یک، پیش‌فرضی ایجاد می‌گردد که چنانچه هر کدام در اولویت قرار گیرد، پس تمامی اراضی در قلمرو آن دسته قرار گرفته و باقی به‌عنوان استثنا تلقی می‌گردد.

**دوم)** مصداق دیگر از عملکرد نظام قانون‌گذاری پس از انقلاب اسلامی با وضع حکم حکومتی در مجمع تشخیص مصلحت نظام، در جریان اختلاف بر سر ادامه‌ی اجرای اصلاحات ارضی و برخورد آرای فقهای شورای نگهبان و اجازهٔ ادامهٔ روند آن، توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، نشان‌دهندهٔ صحت پیش‌دانسته‌ها می‌باشد (تیموری و محمدی، ۱۴۰۱).

**سوم)** تملک قهری اراضی خصوصی به منظور اجرای برنامه های عمومی و عمرانی، در لایحهٔ قانونی خرید و تملک اراضی و املاک برای تحقق اهداف عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ یکی دیگر از این مصادیق است؛ که به موجب آن، دولت و شهرداری ها مجاز به تملک اراضی خصوصی افراد تحت شرایطی خاص و بدون رضایت آن‌ها هستند و با تمسک به قاعدهٔ «الضرورات تُقَدَّرُ بِقَدْرِهَا» و «مَا أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ يُقَدَّرُ بِقَدْرِهَا»، آنچه به واسطهٔ ضرورت مجاز می‌گردد، باید به اندازه، موقتی و محدود اجرا شود؛ اما وضعیت فعلی عملکرد نظام اجرایی و شیوهٔ اجرا، تطبیق آن با قواعد فقهی ذکر شده را با تردید مواجه نموده است.

**چهارم)** یکی دیگر از مصادیق وضع احکام حکومتی، در قانونی به نام «کشت موقت» (مصوب ۱۳۶۵) انعکاس یافته است که بر اساس آن، تمامی اراضی که در اختیار افرادی غیر از مالک قرار داشت، به دلیل ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی، به کشاورزان بی‌زمین یا کم‌زمین که در محل سکونت داشتند و درآمد کافی غیر از کشاورزی نداشتند، واگذار گردید. وضع این قانون به‌طور موقت و برای یک دورهٔ زمانی مشخص تعیین گردید، اما عملکرد نظام اجرایی موجب افزایش مدت آن گردید.

اصل بر این است که احکام ثانویه یا قاعدهٔ فراغ یا منطقهٔ الفراغ یا ضرورت‌های قطعی (ناچاری)، به‌طور محدود، تنها در مواقعی که فرمان ولی امر با احکام عمومی و فرمان‌های خداوند تعارض نداشته باشد، قابلیت اجرا دارد (صدر، ۱۳۸۹، ج۲). یعنی در شرایطی که مصلحت مربوط به موارد اضطرار، قوی‌تر از مصلحت‌های دیگر باشد، می‌توان ممنوعیت‌های قانونی را از بین برد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص۵۶-۵۷). این نظر بر این مبنا استوار است که حاکم اسلامی در راستای ادارهٔ جامعه و بر اساس مقتضیات آن، می‌تواند از ابزار خود، یعنی وضع احکام ثانویه و احکام حکومتی، بهره‌گیری کند؛ با این تفاوت که احکام اولیه دائمی، اما احکام ثانویه موقت هستند و تا زمانی که اطاعت از احکام اولیه امکان‌پذیر است، نوبت به احکام ثانویه نمی‌رسد.

در قانون واگذاری اراضی «کشت موقت»، به عبارت «به حکم ضرورت» به‌عنوان دلیل وضع اشاره شده است. انتقادهایی که به استفاده از قاعدهٔ ضرورت در نقض

مالکیت خصوصی وارد است، این است که دیدگاه و اهداف قانون‌گذار ایجاب می‌کند، در مواردی که تصرفات غیرقانونی در اراضی «انفال» که در ابتدای انقلاب اسلامی به تصرف مردم درآمده بود نیز، این قاعده اعمال می‌گردید؛ از این جهت که انفال حق شخص خاصی نیست تا از حقوق عموم مردم به نفع معدودی از افراد چشم‌پوشی شود؛ به این معنا که در صورتی که هدف اصلی از تصویب این قانون، مصلحت عمومی کشاورزان بی‌بضاعت است، با موضوع خرید زمین و پرداخت اقساط ثمن توسط آنان، در تناقض قرار دارد. در همین دوران، در پاسخ به استفتای وزیر کشاورزی در خصوص غصب اراضی، چنین آمده است: «تصرف در اراضی دیگران، چه به صورت کشت و چه به طرق دیگر، حرام است و توسعهٔ کشت به‌طور غصب جایز نیست و باید از آن احتراز شود.» این موضع‌گیری در واقع تأکیدی است بر حفظ حقوق مالکیت و عدم مشروعیت تصرفات غیرمجاز، حتی اگر به ظاهر برای رفع مشکلات معیشتی باشد (موسوی خمینی(ره)، ۱۳۵۸، ج۱۰، ص۲۵۶). همین طور وضع حکم ثانویه از سوی مجلس شورای اسلامی نباید با فرمان ولی امر در تضاد باشد؛ زیرا احکام حکومتی به احکامی اطلاق می‌شوند که ولی امر، بر مبنای ضوابط پیش‌بینی شده، طبق مصالح عمومی، برای حفظ سلامت جامعه، تنظیم امور آن و سایر مسائل، تصمیم به وضع آن، برای مدت زمان موقت، می‌نماید (گرجی، ۱۳۶۹، ج۲، ص۲۸۷).

در رویهٔ فقهای شورای نگهبان، ایجاد محدودیت بر اساس ضرورت، مشروط به موقت، فعلیت و عمومی بودن، یک وضعیت استثنایی را محقق می‌کند که در نظارت شرعی بر مصوبات مجلس شورای اسلامی ملاحظه می‌گردد. پذیرش تحدید بر مبنای «ضرورت» از سوی فقهای دوره‌های نخست شورای نگهبان، حسب اجازهٔ بنیان‌گذار انقلاب اسلامی(ره)، به مجلس شورای اسلامی بوده و در برخی مصوبات، واگذاری تشخیص «ضرورت» به مجمع تشخیص مصلحت نظام با موافقت فقهای شورای نگهبان همراه شده است.

از نظر فقهی، نباید نقش تمایلات و نگاه‌های خاص را در اندیشه و تلاش برای به دست آوردن حکم حکومتی در تحدید مالکیت خصوصی نادیده گرفت، اما امکان

خطای مجتهد در حالت‌های گوناگون وجود دارد که یکی از آن‌ها استفاده نادرست از معلومات است، که بر فکر سایه افکنده و ممکن است مجتهد به رغم داشتن معلومات کافی، به نتیجهٔ صحیح دست پیدا نکند (احمدی و دیگران، ۱۴۰۳). در تاریخ فقه سیاسی نیز اشتباهاتی از این دست رخ داده است؛ به‌عنوان نمونه، با انتقال مرکز خلافت از مدینه به کوفه و ورود علی بن ابی‌طالب(ع) به کوفه و درگیری‌های داخلی و پیدایش خوارج، این شهر به مرکز پیدایش و برخورد آراء و فرق کلامی و فقهی تبدیل شد که گاه برای اثبات آرای خویش و ابطال مخالفان سیاسی، به جعل احادیث اقدام می‌کردند (احمدی و دیگران، ۱۴۰۳). بنابراین لزوم بازنگری مستمر و پویا در فقه و مبانی و مفروضات اجتهادی اجتناب‌ناپذیر است.

**پنجم)** بررسی حقوقی و فقهی با نگاهی بر وضعیت اجتماعی و توجه به حوزهٔ شناخت و مفهوم سازی در نظام بهره‌برداری از زمین، لزوم بازنگری قانون‌گذار و وضع قوانین متناسب با شرایط اقلیمی و اجتماعی در مناطق مختلف ایران را نشان می‌دهد. مصداق آن، انتقاد بر وضع مقررات و بخشنامه‌های سازمان امور اراضی کشور در مسئلهٔ نحوهٔ صدور مجوز احداث اتاق کارگری و نگهبانی در داخل مالکیت خصوصی اشخاص و لزوم رعایت نصاب‌ها، در صورت تشخیص ضرورت، توسط کمیسیون تبصرهٔ یک مادهٔ یک، بسیاری از کشاورزان را از حق بهره‌برداری از املاک خود محروم نمود. برای تبیین مسئله، به اراضی شیب‌دار و بافت کوهستانی مناطقی نظیر شهرستان سروآباد در استان کردستان که اراضی کشاورزی و باغی در مساحت‌های بزرگ وجود ندارد، به‌عنوان نمونه اشاره می‌گردد. بر اساس بررسی‌های انجام شده، نصاب‌های تعیین شده، یعنی حداکثر میزان مساحتی که مشمول مقررات برای صدور مجوز تغییر کاربری می‌گردد، نه‌تنها در شهرستان مذکور و شهرستان‌های مشابه وجود ندارد، بلکه تناسبی نیز میان وضعیت اقتصادی مالکان و بهره‌برداران از اراضی با سلب حقوق، به علت عدم شناخت دقیق از ویژگی‌های اقلیمی و اجتماعی، وجود نداشته و هرگونه نافرمانی، صرف‌نظر از اینکه با توجه به توپوگرافی زمین (ارتفاع، شیب و فیزیک سطح زمین و سایر ویژگی‌ها)، احداث بنا صرفاً به منظور تأمین سرپناه باشد، کشاورزان فاقد پشتوانهٔ اقتصادی را به مجرمانی

تبدیل می‌نماید که محکوم به پرداخت جریمه و جزای نقدی و قلع و قمع بنا می‌گردند. مصلحت عمومی ایجاب می‌نماید، پس از اعمال محدودیت‌ها در چند دههٔ اخیر، زمینهٔ حق دارا شدن مجوز احداث اتاق کارگری برای کشاورزانی که در زمین‌های بسیار دورتر از آبادی و شهر (که منبع درآمد و معیشت آنان و عامل آبادانی زمین است) توسط قانون‌گذار فراهم گردد. تن دادن به فرمانبری از جبر محیطی و نیز جبر بخشنامه‌ها و تداوم آن، نتیجه‌ای جز مهاجرت روستاییان به شهرها و تبدیل اراضی دایر مرغوب به بایر به علت سختی استقرار در محل را به دنبال نخواهد داشت. با این حال لازم است قانون‌گذار، غیر از نگاه ابزاری به زمین، به وابستگی معیشت کشاورزان در استان‌هایی با شرایط سخت جغرافیایی نیز توجه نماید. نادیده گرفتن و نشنیده شدن کشاورزان و بهره‌برداران، موجب عدم موفقیت اهداف خواهد شد. در این قسمت، به نمونه‌ای از بخشنامه‌های سازمان امور اراضی که نتیجهٔ آن سلب حق مالکان باغ‌ها است اشاره می‌گردد که در آن محرومیت مطلق احداث اتاقک کارگری برای باغ‌هایی در سطح کمتر از سه دهم هکتار ایجاد شده است. در مورد باغ‌هایی با مساحت از سه دهم هکتار تا یک هکتار، تنها امکان صدور مجوز استفاده از کانکس قابل حمل، آن هم به نسبت مساحت زمینی که کانکس در آن مستقر می‌گردد، وجود دارد و این محدودیت‌ها همچنان برای مساحت‌های بالاتر با تعیین حد نصاب، استمرار دارد. همچنین محدودیت‌های اعمال شده در صدور مجوز برای باغاتی که دارای سند شش‌دانگ می‌باشند و باغاتی که دارای سند رسمی شش‌دانگ بوده لیکن به صورت مشاعی به اشخاص متعدد منتقل گردیده، با این شرط که در صورت تقاضای کلیهٔ مالکین، در قالب یک باب اتاق کارگری و نگهبانی برای کل شش‌دانگ پلاک امکان‌پذیر است. همچنین در خصوص باغات مشاعی دارای نسق اصلاحات ارضی یا کشت موقت، مشروط به اینکه از میزان نسق اولیه یا سهام اولیه واگذاری، خرد و کوچک‌تر نشده باشند، امکان صدور مجوز وجود دارد.

هدف از ذکر مصادیق محدودیت‌ها در مقررات، تبیین این مسئله است که حیات یک نظام حقوقی وابسته به روند طبیعی حیات اجتماعی، اقتصادی و

سیاسی جامعه است و به این دلیل است که پاره‌ای قوانین در طول زمان و در اجرا، به علت ناهمخوانی با شرایط اقتصادی و سیاسی و اجتماعی روز، به مثابهٔ قوانین ناکارآمد، خود به معضلی برای نظام قانون‌گذاری و حاکمیت بدل می‌شوند و به مرور زمان، نتیجهٔ وضع احکام ثانویهٔ تحدیدکنندهٔ مالکیت خصوصی، نه‌تنها مصلحت عمومی را در معرض چالش‌های جدید قرار داده است، بلکه با ایجاد نارضایتی عموم مالکان خصوصی، بیم آن می‌رود در آینده، این دسته در تقابل با اهداف حاکمیت قرار گیرند. نمونه‌های بسیاری از این مقررات وجود دارد، از جمله ممنوعیت فنس‌کشی در اراضی کشاورزی (تصویب‌نامه شمارهٔ ۵۹۸۷۹/ت ۳۷۱۱۰ه مورخ ۱۳۸۶/۴/۱۹ هیئت وزیران) و ایجاد محدودیت در تصرفات ناقله که تفکیک، افراز، تقسیم و خرد شدن اراضی کشاورزی به قطعات کمتر از حد نصاب‌های فنی و اقتصادی را ممنوع کرده است (مادهٔ ۲ آیین‌نامهٔ اجرایی موضوع مادهٔ ۶ قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات مناسب فنی و اقتصادی). همچنین ایجاد محدودیت در تصرفات استیفایی و تصرفات اصلاحی در ملک، از آن جمله‌اند. تصرفات استیفایی شامل استفاده از زمین برای بهره‌برداری اقتصادی و کشاورزی است. تصرفات اصلاحی نیز به تغییرات فیزیکی در ملک برای بهبود وضعیت آن و افزایش ارزش اقتصادی اشاره دارد. به‌عنوان مثال، دیوارکشی در گذشته به‌عنوان یک تصرف اصلاحی و مجاز تلقی می‌شد، اما با رویکرد کنترل‌گرایانه، دیوارکشی در اراضی کشاورزی و باغ‌ها تحت شرایط خاص و بدون رعایت ضوابط قانونی، ممکن است به‌عنوان تغییر کاربری غیرمجاز شناخته شود. بر همین اساس نباید از نقاط ضعف قوهٔ مجریه در تصویب و اجرای آیین‌نامه‌ها چشم‌پوشی کرد.

### ۲ـ۱. مصالح عمومی و ضرورت‌های نوین در مالکیت اراضی

برخی استثنائات قانونی که در ایران برای تحدید مالکیت خصوصی مقرر شده‌اند، از جمله قوانین ناظر به تغییر کاربری اراضی کشاورزی و باغ‌ها، از جمله مصادیقی هستند که نشان می‌دهند دولت، با استناد به مصلحت عمومی و ضرورت، می‌تواند در مالکیت اشخاص دخل و تصرف کند. با این حال، آنچه موجب بحران می‌شود، نبود پیوست نظری فقهی کافی برای توجیه یا محدودسازی

این استثنائات است؛ زیرا قواعد اولیه، خود توانایی پاسخ‌گویی به این دخالت‌ها را ندارند و ابزارهای فقهی جایگزین نیز به درستی تبیین یا توسعه نیافته‌اند.

مثال‌هایی از مقررات تحدیدکنندهٔ مالکیت خصوصی که پیش‌تر به آن‌ها اشاره گردید، در حالی تحت عنوان مصلحت عمومی، بر روی اراضی کشاورزی و باغی اعمال می‌گردد که آنچه به‌عنوان مبنای نظام حقوقی مالکیت نسق زراعی در کشور وجود دارد، مشاعی یا غیرمفروز است. به این معنا که نظام بهره‌برداری از زمین، تنها در واحدهای بهره‌برداری، عموماً به صورت مستقل و مفروز می‌باشد، نه در اسناد نسق زراعی. این مشکلات به نحوهٔ اجرای اصلاحات ارضی در دههٔ ۱۳۴۰ برمی‌گردد. در اجرای اصلاحات ارضی، نسق زراعی که خود بر پایهٔ حق ریشه تعریف شده بود، مبنای تقسیم زمین قرار گرفت و اسناد مالکیت مبتنی بر نسق زراعی، به صورت مشاعی صادر گردید؛ زیرا قبل از آن و در دورهٔ ارباب-رعیتی، به دلایل سیاسی، اراضی از طرف ارباب، به صورت قطعات پراکنده، به رعایا واگذار گردید. تداوم این پراکندگی در جریان خلع ید از مالکان و واگذاری اراضی به رعایا نیز ادامه داشت. به همین دلیل، مالکیت اراضی به صورت مشاعی و قطعات پراکنده به کشاورزان انتقال پیدا کرده است. همین موضوع سبب گردیده تا در برخی نقاط ایران، کشاورزان ناگزیر برای ثبت عرفی مالکیت، به قرعه‌کشی متوسل شوند. این موضوع کلیت ندارد و به‌عنوان نمونه، بررسی‌ها نشان می‌دهد این مسئله در استان کردستان صورت نگرفته است. در بررسی تاریخی مسئلهٔ ثبت عرفی مالکیت بر اساس قرعه‌کشی، برخی نویسندگان، نظیر لمبتون در کتاب «مالک و زارع»، با چشم‌پوشی از ویژگی‌های قومی و محلّی منطقهٔ کردستان، به منظور یکسان‌سازی نظام زمین‌داری، از اصطلاحاتی با عنوان «پشک انداختن» یا «جوغ» استفاده نموده و جوغ خیالی را شامل چهار جفت و افراد وابسته به جوغی که وجود ندارد را ۲-۴ نفر در کردستان اعلام نموده است (ایمانی جاجرمی و فتاحی، ۱۳۹۰).

هدف از بیان مصادیق و جزئیات این است که مشخص گردد به چه علت تحدید مالکیت خصوصی، بر خلاف مصلحت عمومی می‌باشد و تا زمانی که چالش‌های نظام حقوقی مالکیت نسق زراعی مشاعی یا غیرمفروز رفع و منافع

بهره‌برداران زمین تأمین نگردیده، تشدید محدودیت بر مالکیت خصوصی، جنبه‌هایی از مصالح عمومی و عدالت اجتماعی را تأمین نخواهد کرد. ضرورت‌های نوین و عدم موفقیت قانون‌گذار در رویکردهای قبلی، ایجاب می‌نماید همان‌گونه که در واحدهای بهره‌برداری، به صورت مستقل و مفروز حقوق مالکیت خصوصی مشخص گردیده، قانون‌گذار برای رفع مشکل اسناد نسق زراعی به سود مصلحت عمومی گام بردارد؛ زیرا علاوه بر چالش‌های موجود در مورد نسق‌های مشاعی که خود به نوعی تحدید مالکیت به شمار می‌آید، بخشنامه‌های سازمان امور اراضی، که به دلیل ناکارآمدی، تبدیل به مانعی برای استمرار کشاورزی و استقرار کشاورزان (مالکان) در نسق‌های مشاع شده است، بیش از پیش مالکان را با محدودیت مواجه نموده است.

## ۲ـ۲. مصلحت‌های نوظهور در آینهٔ رویهٔ تقنینی ـ قضایی

از منظر نظری، گرچه در فقه امامیه، مصلحت در جایگاه مهمی قرار دارد، اما پذیرش آن مشروط به ضوابطی سخت‌گیرانه است. به‌عنوان مثال، شرط «احراز ضرورت»، «عدم امکان دفع مفسده از طریق دیگر»، و «اولویت مصلحت عمومی بر مصلحت شخصی» باید به‌طور مستدل احراز گردد. با این حال، در نظام تقنینی و قضایی ایران، روندی معکوس شکل گرفته و به جای آنکه استثنائات مصلحت‌محور با قیود و دلایل قوی اثبات شوند، اصل بر پذیرش و مشروعیت مداخله گذاشته شده و بار اثبات، عملاً بر عهدهٔ مالک قرار گرفته است.

به عنوان نمونه، آگاهی از تاریخچهٔ پیدایش مشکلات در نظام تحدید مالکیت خصوصی اراضی کشاورزی سبب گردید مالکان یا همان کشاورزان برای فروش و یا تعویض قطعات اراضی خود، به خلق راهکارهای نوین اقدام نمایند. رفع نواقص و ایرادات، با شناخت علل عدم امکان افراز مالکیت زمین در واحدهای بهره‌برداری کشاورزی دهقانی پس از اصلاحات ارضی میسر می‌گردد که منصرف از علت عدم یکپارچه‌سازی واحدهای کشاورزی است (بشیری، ۱۳۹۲، ص۸۳۷-۸۳۸).

همین علل، در بطن چالش‌های قوانین بازدارندهٔ تغییر کاربری اراضی نیز نهفته است و بنابر بررسی آمار، به‌طور متوسط در دورهٔ زمانی ۱۳۷۴ تا ۱۴۰۱ (یعنی از تاریخ

تصویب قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها)، روزانه حدود هفت و شش دهم هکتار زمین کشاورزی به صورت غیرمجاز مورد تغییر کاربری قرار گرفته است و این امر، ناکارآمدی قوانین بازدارنده را به اثبات می‌رساند.

ایراداتی به روند تشدید محدودیت‌ها وارد است، از جمله: وضع مادهٔ ۴ قانون مجازات استفاده‌کنندگان غیرمجاز از خدمات آب، برق، فاضلاب و گاز، که برقراری انشعاب خدمات عمومی به ساخت و سازهای غیرمجاز مستقر در اراضی کشاورزی را تجویز نمود، در حالی که قانون‌گذار در جای دیگر، رویهٔ متناقض با این موضوع را در پیش گرفته است. به این معنی که بر اساس این رویکرد قانون‌گذار، در جایی (ادارهٔ برق) با اخذ هزینه (ریالی)، به ساخت و سازهای غیرمجاز انشعابات واگذار می‌گردد و در جای دیگر (سازمان جهاد کشاورزی) انشعابات مستحدثات غیرمجاز که به نوعی بر شناسایی حق دارندگان آن اشاره دارد، فرآیند مقابله با تغییر کاربری‌های غیرمجاز را با مشکل مواجه ساخته است، که این دوگانگی سبب اتلاف وقت و انرژی دولت و مالکان نیز شده است. نمونهٔ دیگری از تصمیمات متناقض قانون‌گذار در مسئلهٔ تحدید اختیارات مالک، تصمیم بر تلقی جرم تغییر کاربری غیرمجاز در زمرهٔ جرائم آنی و درجهٔ هفت است که مشمول مرور زمان سه‌ساله می‌شود (آرای وحدت رویهٔ شماره‌های ۷۵۹ و ۸۲۲ -۱۴۰۱/۳/۳۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور). رأی ۸۲۲ با موضوع آنی تلقی نمودن جرم تغییر کاربری - که ساخت و سازهای با قدمت سه سال را مشمول مرور زمان اعلام نموده است - با مادهٔ ۳ قانون حفظ کاربری در تناقض می‌باشد. علاوه بر این‌ها، در اجرای آرای صادره نیز همکاری و هماهنگی میان قوای دولتی وجود ندارد. به‌عنوان نمونه، در نتیجه تغییرات در ساختار جهاد سازندگی و تبدیل به جهاد کشاورزی، تشکیلاتی که سابقاً دارای ماشین‌آلات بوده است و پس از انتزاع، ماشین‌آلاتی مانند لودر را در اختیار وزارت راه و شهرسازی قرار داده است، هم اکنون مسئول اجرای آرای قلع و قمع بناهای غیرمجاز شناخته می‌شود و بدون ادوات و ماشین‌آلات، در اجرای رأی ناموفق عمل نموده است، و این امر یکی از علل شمول مرور زمان در خصوص آراء صادره از محاکم تلقی می‌گردد. رفع این چالش نیازمند ایجاد ردیف بودجهٔ مستقل به منظور

خرید ادوات مورد نیاز می‌باشد که تاکنون مورد توجه قانون‌گذار قرار نگرفته است. بنابراین ملاحظه می‌گردد قانون‌گذار علاوه بر ایرادات تقنینی، پشتوانهٔ اجرایی نیز برای کنترل و تحدید مالکیت خصوصی در نظر نگرفته است و عدم موفقیت قوهٔ مجریه در مقابله با محدودیت‌های اعمال شده بر مالکیت‌های خصوصی، از میزان آمار آرای اجرا نشده و مشمول مرور زمان قابل استنباط است.

در مسئلهٔ آسیب‌شناسی تحدید مالکیت، علاوه بر مشکلات تقنینی و اجرایی و قضایی، باید به آسیب‌شناسی مشکلات اقتصادی و اجتماعی نیز پرداخت؛ زیرا نظام تولید سنتی، پاسخگوی نیازهای معیشتی دارندگان مالکیت‌های کوچک یا همان زارعین خرد نمی‌باشد و دولت نیز در کنترل قیمت نهاده‌ها و عوامل تولید محصولات کشاورزی عملکرد موفقیت‌آمیزی نداشته و به همین دلیل سرمایه‌گذاری‌های غیرمولد، منافع مالکان را بهتر تأمین می‌کند. بررسی تاریخچهٔ مشکلات اقتصادی زارعان، نشان می‌دهد که این موضوع به اصلاحات ارضی برمی‌گردد و ادامهٔ آن، به‌عنوان مقدمهٔ تغییر کاربری، به دلیل عدم سودآوری این دسته اراضی خرد، غیرقابل انکار است. مهاجرت روستاییان بر اثر برهم خوردن نظام‌های سنتی و رها کردن اراضی و تبدیل شدن آن‌ها به اراضی بایر که به اصطلاح از آن با عنوان بافت‌های فرسودهٔ کشاورزی نام برده می‌شود، را می‌توان یکی از عوامل زمینه‌ساز تغییر کاربری دانست. با وجود آسیب‌ها و چالش‌های نامبرده، اندیشه‌های جدید در توجه به مصالح نوین و ضرورت‌های اجتماعی برای چاره‌اندیشی غیر از تشدید تحدید مالکیت‌ها نیاز است.

## ۲ـ۳. ضرورت‌های نوین در برقراری عدالت اجتماعی به‌جای تحدید مالکیت

مفهوم عدالت نسبی است و بسته به دیدگاه‌های مختلف، معانی و مفاهیم گوناگونی پیدا می‌کند. به‌عنوان مثال، از منظر لیبرالیسم، عدالت مفهومی است که بر پایهٔ استحقاق استوار است، در حالی که سوسیالیست‌ها عدالت را به مفهوم بازتوزیع زمین تفسیر کرده‌اند. همچنین، برخی دیگر، هدف اصلی حکومت را شامل مفاهیم امنیت، آزادی، برابری و رفاه عادلانه دانسته‌اند (آشوری و دیگران، ۱۳۸۳). از آنجا که شرایط و اوضاع جوامع در حال تغییر است، بنابراین اگر اقدامی در گذشته انجام

شـده اسـت، نباید به این معنا باشـد که آن اقدام برای همیشـه درسـت و قابل تکرار است. همانند دیدگاه اشاعره در تاریخ اسلام که با تفسیر از عدل و اختیار، به نوعی ظلم را توجیه می‌کردند، زیرا در تفکرات اشاعره، ظلمی که ستمگر انجام دهد فعل و خواست خداوند است و چون خداوند از ظلم مبرا است، پس آن فعل، عین عدالت تلقی می‌گردید.

امکان اشتباه همیشه وجود دارد و این اشتباه می‌تواند به بی‌عدالتی منجر شود. از آنجا که نظریهٔ عدالت اقتصـادی یا عدالت توزیعی نخسـتین بار توسـط مارکس مطرح گردید، وی بر این باور بود که پس از پایان دوران سـرمایه‌داری، برای مدتی باید دیکتاتوری کمونیسـتی اعمال شـود و پس از آن انسـان‌ها قادر خواهند بود به کمون نهایی برسـند، یعنی جامعه‌ای که در آن دیگر هیچ‌گونه عناصـری مانند مالکیت خصوصی که موجب فساد می‌شوند، وجود نخواهد داشت. این نوع تفکر که مالکیت خصوصی را به‌طور صریح به‌عنوان یک عنصر فسادزا معرفی کرده و خواستار نابودی آن می‌شد، تردیدی برای به حق بودن نگرانی‌های اندیشمندان حوزهٔ حقوق خصوصی در دفاع از مالکیت‌های خصوصی باقی نگذاشته است (جالینوسی و نجف‌پور، ۱۳۸۶).

### ۳. نمادهای عدم موفقیت قوانین و مقررات تحدیدکننده در اجرا

پیش‌تر برخی از حقوقدانان یک‌سری اقدامات را اساساً نیازمند کنترل و یا تحدید اختیارات مالک نمی‌دانستند. به این معنا که در تحدید مالکیت خصوصی توسط قانون‌گذار، نظر به تعمیم مصادیق تغییر کاربری به کلیهٔ اقدامات مالک نداشتند. به این ترتیب، اقدامات مالک در اراضـی زراعی و باغ‌ها، بدون موافقت سـازمان جهاد کشـاورزی، حتی اگر توأم با احداث بنا باشـد را جرم تلقی نمی‌نمودند (احمدزاده و رضـایی‌پناه، ۱۴۰۰). اما رویکرد اجرایی و قضـایی بر خلاف این دیدگاه در طول سـه دههٔ اخیر، منجر به توسـعهٔ مصـادیق و تعمیم آن به غالب اقدامات مالک و اعلام جرم علیه مالکان و نیز سبب انباشت پرونده‌ها در مراجع قضـایی گردید. اما آسیب‌های حاصـل از حصـری نبودن مصـادیق جرم تغییر کاربری، قانون‌گذار را بر آن داشـت تا استثنائات تغییر کاربری فاقد وصف مجرمانه را احصاء نماید، که شامل بهینه کردن تولیدات بخش کشـاورزی موضـوع تبصـرهٔ ۴ مادهٔ یک قانون حفظ کاربری اراضـی

زراعی است؛ مانند احداث گلخانه ها، دامداری ها، مرغداری ها، پرورش ماهی و سایر تولیدات کشاورزی و کارگاه‌های صنایع تکمیلی و غذایی و استثنائاتی از این قبیل که تعیین آن به تشخیص عرف واگذار شده است. آسیب‌های ناکارآمد بودن قوانین نه‌تنها قانون‌گذار را ناگزیر به بیان استثنائات نمود، بلکه از جنبهٔ قضایی نیز برای برون‌رفت از انباشت پرونده‌ها و اتخاذ رویکرد واحد در صدور آرا، نظام قضایی نیز به وحدت رویه رسید (رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۷۶۰ مورخ ۱۳۹۶/۴/۲۰ صادره از هیئت عمومی دیوان عالی کشور).

یکی دیگر از ایرادات قانون‌گذاری در رابطه با تحدید مالکیت خصوصی از طریق تشدید کنترل، این است که به‌عنوان مثال، جرم‌انگاری عمل تغییر کاربری، صرفاً متوجه مالک یا متصرف مشروع است (مادهٔ ۳ همان قانون و بند «ذ» مادهٔ یک آیین‌نامهٔ اجرایی آن). رویکرد قانون‌گذار برای عدم برخورد با متصرف نامشروع، یعنی شخصی که فاقد سند مالکیت یا گواهی ادارهٔ ثبت و یا احکام قطعیت‌یافته از محاکم قضایی باشد، یا رسیدگی به دعوای تصرف این شخص دچار اطالهٔ دادرسی گردیده باشد، معقول و عادلانه نیست. به این معنی که ضعف نظام قانون‌گذاری، امکان فرصت‌طلبی برای غاصب و متصرف عدوانی و وازدگی مالکان و متصرفان قانونی از تمکین به قوانین ناعادلانه را فراهم نموده است.

پدرسالاری دولت نیز در وضع مقررات و آیین‌نامه‌های محدودکننده، منجر به کاهش میزان تغییر کاربری غیرمجاز نگردیده است. حتی اگر میان اقدامات دولت در مسئلهٔ تحدید مالکیت خصوصی و موضوع تأمین امنیت غذایی ارتباط وجود داشته باشد، هرچند در بعضی مناطق ایران، مشکلات خرد شدن اراضی خصوصی کشاورزی به انحاء گوناگون از جمله فوت مالک و تقسیم زمین میان ورثه رو به افزایش است و یا تعدادی از مالکان (و نه همگی آنان) با اهداف کسب درآمدهای کلان اقدام به خارج نمودن اراضی از چرخهٔ تولید کشاورزی می‌نمایند، اما نگاهی به واقعیت‌های اجتماعی، اقلیمی و جغرافیایی ایران نشان می‌دهد که به‌عنوان نمونه، استفاده از اصطلاح «ویلاسازی» (که با برجسته کردن آن، زمینهٔ تحدید بیش از پیش حق مالکیت کشاورزان فراهم آمده است) یک مسئلهٔ فراگیر نیست، بلکه مصداقی

از سبک زندگی افراد متمکن در نقاط خوش آب و هوای ایران علی‌الخصوص در نواحی ساحلی می‌باشد که رغبت و تقاضا برای ساخت ویلا در آن مناطق فراوان است و این موضوع نباید سبب شود مقررات حاکم بر آن، با روستاهای دوردست و دور از نقاط شهری با آب و هوای سرد و خشک و یا نواحی گرم کویری (برای ساختن اتاقکی که کشاورز را در سرما و گرما در فصول مختلف حفظ کند) با یک معیار سنجیده شود. بنابراین وضع مقررات یکسان برای بسیاری از نقاط ایران، که به دلیل کمبود آب از چرخهٔ کشاورزی آبی خارج شده و یا نیازمند حضور و سکونت دائم برای رسیدگی به زمین و محصولات باغی و زراعی می‌باشد، بدون در نظر داشتن برنامهٔ جایگزین، باعث مهاجرت روستاییان و رها شدن اراضی می‌گردد و این از آسیب‌های غیرقابل جبرانی است که مصلحت عمومی در آن دیده نمی‌شود.

از آنجا که تعبیر دقیقی از تنظیم روابط بین قدرت عمومی و شهروندان و همچنین تضمین حقوق و آزادی‌ها در اراضی خصوصی نمی‌توان ارائه داد و حاکمیت و قانون‌گذار پیوسته با به کارگیری مفاهیمی همچون مصلحت و ضرورت درصدد کاهش دایرهٔ مالکیت خصوصی هستند، نتایج مورد انتظار برای رفع مشکلات و آسیب‌ها تاکنون حاصل نگردیده است. همچنین، برای جلوگیری از اقدام خودسرانهٔ مالکان، مداخله برای صدور مجوزهای استفاده از حق مالکیت، به کمیسیون‌های دولتی داده شده است. هرچند مبنای سنتی کلیهٔ نظارت‌ها بر عملکرد قوهٔ مجریه، نظریهٔ «خروج از صلاحیت» است،[1] اما حدود آثار صلاحیت دولتی تا کجاست و از سوی دیگر، تا چه اندازه رعایت اصل قانونی بودن در روند اجرا صورت پذیرفته است. در نقدی بر نحوهٔ اعمال صلاحیت‌ها باید به این موضوع اشاره نمود که هرچند در «صلاحیت‌های تکلیفی»، چهارچوب‌ها مشخص گردیده است، اما در «صلاحیت‌های تخییری»، ممکن است اعمال آن منجر به اعمال سلیقهٔ شخصی نمایندگان دولت در محدود نمودن مالکیت خصوصی اشخاص شود.[2] تحدید

---

۱. به این معنا که نهاد عمومی از اقدام خارج از صلاحیت خود ممنوع شده است. این موضوع به‌طور سنتی می‌تواند در سه شکل بیان شود: «اقدام فراتر از اختیارات»، «سوءاستفاده از اختیار» و «نقض قواعد رویه‌ای».

۲. به‌عنوان نمونه در خصوص ضرورت تغییر کاربری یا موافقت با طرح‌های تبصرهٔ (۴) یا تعیین میزان عوارض

مالکیت خصوصی نباید به تشخیص نمایندگان دولت واگذار گردد. چنانچه عاملی بتواند تصمیم مقام اداری را تحت تأثیر قرار دهد، نه‌تنها با مبانی عدالت مغایرت دارد، بلکه همان‌گونه که سلیقهٔ اشخاص ممکن است متأثر از عوامل و تأثیرات بیرونی باشد، می‌تواند ناشی از نفوذ یا تبانی هم باشد و خود زمینهٔ سوءاستفاده را فراهم نماید و اینجاست که جنبهٔ منفی دخالت دولت در مالکیت‌های خصوصی نمایان می‌شود.

آثار سوء این صلاحیت‌ها و اختیار تهیه و تدوین بخشنامه یا دستورالعمل، که مستقیماً منجر به سلب اختیار مالکان خصوصی شده است را می‌توان با ذکر مثال روشن نمود. در برخی مناطق کشور، همان‌طور که پیش‌تر اشاره گردید، توپوگرافی اراضی شیب‌دار یا اراضی کویری مانعی برای شکل‌گیری مالکیت‌های بزرگ قلمداد می‌گردد و مساحت اراضی کشاورزی به دلیل موانع جغرافیایی کم است. با این حال، در زمان وضع مقررات به صورت متمرکز، به این مسئله توجه نمی‌شود، به گونه‌ای که به‌طور یکسان برای کل کشور، با عواملی همچون تعیین سقف در مساحت‌های بالای ده هزار مترمربع زمین، شرط برخورداری از حق تغییر کاربری مشخص گردیده است.

از دیگر آسیب‌های تشدید محدودیت برای مالکیت خصوصی، تأخیر در فرآیند پاسخگویی به درخواست مالکان است. قبلاً اشاره شد که مالکیت‌های مشاع در اثر نسق‌بندی به وجود آمده و عدم سند مالکیت یا تعیین زمین بر اساس نسق، موجب مشکلات نوظهور گردیده است. بر اساس بخشنامه‌های سازمان امور اراضی، در اراضی مشاعی، اولاً افراز و قطعه‌بندی زمین با ممنوعیت‌هایی مواجه است و علاوه بر آن، همهٔ مالکان مشاع حق طرح درخواست تغییر کاربری ندارند و اخذ رضایت از همهٔ مالکین مشاعی توسط یکی از آنان به منظور تغییر کاربری، به یکی از چالش‌ها تبدیل شده است. حتی اگر این افراد به صورت عرفی از قسمت مشخصی از اراضی موروثی بهره‌برداری کرده باشند و محدودهٔ تصرفاتشان نیز مشخص باشد، هدف از اخذ رضایت کلیه مالکین مشاعی در واقع ایجاد محدودیت است و با این روش،

---

تغییر کاربری، به مقامات اداری حق تصمیم‌گیری داده شده است.

مالکان مشـاعی (امضـاکنندگان) از حق درخواسـت تغییر کاربری در اراضـی خود محروم گشـته‌اند. این ممنوعیت‌ها با «حق بر اسـتماع» یا به عبارت دیگر، اصـل شـنیده شـدن که یکی از اصـول نظام‌های حقوقی دنیا اسـت، مغایرت دارد. ارتباط شـنیده شـدن با موضـوع عدالت‌محوری روشـن اسـت؛ اما در این روش قانون‌گذاری، مالکان مشاعی حقی برای شنیده شدن ندارند و فرصتی نیز برای دفاع از حقشان در نظر گرفته نشـده و حق حضـور در کمیسـیون‌ها و دفاع و دسـترسـی به پرونده در طول رسیدگی اداری، به تشخیص دولت بستگی دارد که عموماً بدون حضور مالک برگزار می‌گردد. همچنین عدم اطلاع از بخشنامه‌های داخلی را نیز باید به این موارد افزود.

از سوی دیگر، نظام مالکیت خصوصی اراضی با رویکرد دوگانه در اهداف وضع قوانین محدودکننده موا جه شـده اسـت و علی‌رغم اینکه در مادهٔ ۳ قانون حفظ کاربری اراضـی زراعی و باغ‌ها مقرر شـده اسـت: «صـدور مجوز تغییر کاربری برای سـاخت و سـازهایی که بدون اخذ مجوز از کمیسـیون تبصـرهٔ یک مادهٔ یک همان قانون احداث گردیده‌اند ولو دارای شرایط لازم برای صدور مجوز قانونی باشند، تا قبل از تعیین تکلیف تخلف مالک در مراجع قضـایی، امکان‌پذیر نمی‌باشـد.»، اما با وضع بخشنامه (۰۲۰/۲۵۱۶۶ مورخ ۱۴۰۱/۱۰/۱۱ وزارت جهاد کشاورزی)، کمیسیون تبصرهٔ یک مادهٔ یک، صـرفاً در رابطه با طرح‌های بخش کشـاورزی که قبل از تاریخ ۱۳۹۹/۵/۱۴ ایجاد و به بهره‌برداری رسـیده یا می‌رسـند، درخواسـت متقاضـی (مالک) را قابل پذیرش اعلام نموده اسـت. توجه به تاریخ تعیین شـده و علت چنین تفکیکی، یکی از ایرادات این نوع نظام قانون‌گذاری است. در بخشنامه بعدی به شماره ۰۲۰/۱۱۱۱۲۲ مورخ ۱۴۰۳/۵/۲۱، تقاضـای مالکان به صـورت مطلق و بدون تعیین تاریخ، برای طرح‌هایی که بدون اخذ مجوز به بهره‌برداری رسـیده‌اند، قابلیت پذیرش پیدا نموده اسـت. اما خارج از اسـتثنای صـدرالاشـاره، مالکانی که اقدام به اجرای طرح‌های نیمه‌کارهٔ بخش کشـاورزی نموده باشـند، در اجرای مادهٔ ۳ قانون اصـلاح قانون حفظ کاربری، با معرفی به مراجع قضـایی جهت اعمال مجازات، تعیین تکلیف می‌شـوند که این دوگانگی را بیشتر نمایان می‌سازد.

به این ترتیب، با دوگانگی که به آن اشـاره شـد، یک دسـته علی‌رغم اقدام به تغییر

کاربری خود سرانه، مشمول بخشنامهٔ فوق و برخورداری از حق تقاضای صدور مجوز تغییر کاربری و لغو اثر حکم محدودیت‌ها گردیده و دستهٔ دیگر، در اجرای محدودیت‌های قانونی، پس از اخذ جرائم و اجرای رأی محکومیت (قلع و قمع مستحدثات) و اعادهٔ زمین به حالت اولیه، حق طرح درخواست مجوز تغییر کاربری و پیمودن همان مسیر اول تا حصول نتیجهٔ مطلوب را پیدا می‌کنند. بنابراین پیشنهاد می‌گردد قانون‌گذار با بازنگری در اهداف وضع قوانین محدودکننده، امکان درخواست صدور مجوز «با اخذ حداکثر حقوقات دولتی با کاربری جدید» را فراهم آورد.

## نتیجه‌گیری

بررسی‌های حاضر نشان داد که تحدید مالکیت خصوصی در نظام حقوقی ایران، هرچند با توجیهات فقهی و حقوقی مبتنی بر قواعد ثانویه و مصلحت‌گرایی صورت گرفته است، اما در عمل با مشکلات و آسیب‌های متعددی همراه بوده است. قواعد اولیهٔ فقهی، که بر اصل تسلط مالک و احترام به حقوق مالکانه استوارند، به دلیل عدم انطباق با تحولات پیچیده و ضرورت‌های نوین اجتماعی، اقتصادی و سیاسی، کارکرد خود را در حفظ تعادل میان حقوق فردی و مصالح عمومی از دست داده‌اند. در نتیجه، برای مواجهه با این خلأ، قواعد ثانویه با رویکرد مصلحت‌محور وضع شده‌اند که به‌رغم اهداف اولیهٔ خود، به دلیل فقدان چارچوب‌های روشن، دقت و محدودیت‌های لازم، در عمل منجر به تحدیدهای گسترده و گاه نامتناسب حقوق مالکیت شده‌اند.

همچنین، آشکار گردید که توسعهٔ مفهوم مصلحت عمومی و ضعف در تعیین حدود و مرزهای آن، زمینه‌ساز مداخلات بیش از پیش و بعضاً سلیقه‌ای در مالکیت خصوصی شده است. نبود شفافیت در مقررات، ناهماهنگی رویه‌های قضایی و ناکارآمدی سازوکارهای جبران خسارت، امنیت حقوقی مالکان را تهدید نموده و سبب بروز اعتراضات و کشمکش‌های حقوقی گسترده شده است. در نهایت، برای رفع آسیب‌های ناشی از تحدیدهای نامتناسب مالکیت خصوصی، ضروری است

که قانون‌گذار و مراجع قضایی، ضمن بازنگری در قواعد ثانویه و تنظیم دقیق ضوابط مصلحت، به تقویت قواعد اولیه و توسعهٔ فقه حکومتی بپردازند. ایجاد معیارهای روشن، تعادل میان حقوق فردی و منافع عمومی، تضمین جبران خسارت و نظارت قضایی مؤثر، می‌توانند زمینه‌ساز حفظ امنیت حقوقی، ارتقای عدالت اجتماعی و ثبات اقتصادی در جامعه باشند. همچنین وضع قوانین محدودکننده به صورت متمرکز و بدون توجه به شرایط اقلیمی و جغرافیایی و بنیان‌های اجتماعی سنتی، از عوامل ناکارآمدی آن بوده و عدم موفقیت قانون‌گذار در کنترل تغییر کاربری اراضی و سیاست‌های دوگانه، نتیجه این موضوع است که بنیان‌های سنتی و اجتماعی بسیار قدرتمندتر از توسل به قوانین به ایفای نقش پرداخته است و برای همین نتوانسته است در مقابل خواسته‌های مالکان ثبات داشته باشد.

تشکیل کارگروه‌هایی نظیر کارگروه فراقوهای مبارزه با زمین‌خواری ستاد هماهنگی مبارزه با مفاسد اقتصادی ریاست‌جمهوری و مواجه شدن با معضلی به نام ضرورت بررسی وضعیت احکام اجرانشده مربوط به قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها و یا قرارگاه حفاظت و صیانت از اراضی و یا شورای حفظ حقوق بیت‌المال و اراضی ملی، نشان از این واقعیت دارد که قوانین فاقد پشتوانهٔ اجتماعی بوده و مالکان با تشخیص خلأهای موجود در نظام مالکیت اراضی، در مقابل قوای حاکمیتی ایستادگی کرده و نتیجهٔ ناکارآمدی قوانین منجر به اعلام شرایط بحرانی گردیده است. تن دادن به فرمانبری از جبر محیطی و نیز جبر بخشنامه‌ها و تداوم آن، نتیجه‌ای جز مهاجرت روستاییان به شهرها و تبدیل اراضی دایر مرغوب به بایر، به علت سختی استقرار در محل را به دنبال نخواهد داشت. در مقابل، شاهد ظهور زمین‌خواران سرمایه‌داری هستیم که از ناتوانی مالی کشاورزانی که ناچار به فروش یا اجارهٔ اراضی خود شده‌اند، سودجویی می‌نمایند و این آسیب‌ها جایگاه مالکیت خصوصی را با چالش روبه‌رو ساخته است.

## پیشنهادها

با عنایت به آسیب‌شناسی صورت‌گرفته درخصوص تحدید مالکیت خصوصی و

ضعف‌های موجود در قواعد ثانویه و رویه‌های اجرایی، به منظور ارتقای امنیت حقوقی و تحقق تعادل میان منافع عمومی و حقوق مالکانه، پیشنهادات ذیل ارائه می‌گردد:

**اول) تقویت و بازتعریف قواعد اولیهٔ مالکیت:** قواعد اولیهٔ فقهی که مبنای اصل تسلط مالک بر اموال خود هستند، باید با رویکردی نوین و مبتنی بر اجتهاد پویا، بازتعریف و تقویت شوند تا توانایی پاسخگویی به ضرورت‌های نوین اجتماعی، اقتصادی و حقوقی را پیدا کنند و از این طریق، نیاز به تحدیدهای گسترده و نامحدود کاهش یابد.

**دوم) تنظیم دقیق و محدود قواعد ثانویه:** قواعد ثانویه می‌بایست با تعیین معیارها و ضوابط روشن، محدود و مشروط شوند. مصلحت‌سنجی‌ها باید براساس دلایل مستدل، ضرورت قطعی و رعایت اصل تناسب صورت گیرد و از هرگونه گسترش نامتناسب و سلیقه‌ای جلوگیری شود.

**سوم) شفاف‌سازی مفهوم مصلحت عمومی:** تعریف دقیق، مستند و قابل سنجش از مصلحت عمومی ضروری است تا زمینهٔ سوءاستفاده‌ها و تفسیرهای موسع محدود گردد. این تعریف باید مبتنی بر معیارهای حقوقی، فقهی و کارشناسی باشد و در قوانین و مقررات به صورت صریح ذکر گردد.

**چهارم) توسعهٔ سازوکارهای جبران خسارت عادلانه و سریع:** جبران خسارت‌های ناشی از تحدید مالکیت، باید به صورت منظم، کامل و به موقع انجام شود تا حقوق مالی مالکان تأمین و انگیزهٔ همکاری آن‌ها با مراجع اجرایی حفظ گردد.

**پنجم) تقویت نظارت قضایی و ایجاد سازوکارهای حل اختلاف مستقل:** نهادهای قضایی و داوری باید امکان نظارت مؤثر بر تصمیمات تحدید مالکیت و اجرای قوانین را داشته باشند و بسترهای مستقل و عادلانه برای رسیدگی به دعاوی مرتبط فراهم گردد.

**ششم) آموزش و ترویج فرهنگ حقوقی:** افزایش آگاهی عمومی و نهادهای مرتبط درباره حقوق مالکیت، قواعد اولیه و ثانویه و اهمیت حفظ امنیت حقوقی، از طریق برنامه‌های آموزشی و ترویجی، موجب کاهش تعارضات و ارتقای همکاری‌های اجتماعی خواهد شد.

نیز برای برون‌رفت از چالش‌ها و آسیب‌های به وجود آمده، قانون‌گذار با بازنگری در پیش‌انگاره‌های فقهی و اهداف وضع قوانین و با توجه به مصالح و ضرورت‌های نوظهور، این بار با وضع قوانین غیرمتمرکز، شرایط اقلیمی و جغرافیایی مناطق مختلف ایران را به‌عنوان فاکتور مؤثر در کارآمدی قوانین در نظر گیرد.

## فهرست منابع


قرآن کریم

۱. آشوری، محمد؛ بشیریه، حسین؛ یزدی، عبدالمجید؛ هاشمی، سید محمد. (۱۳۸۳ش). حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت. تهران: بی‌نا.

۲. احمدزاده، رسول؛ رضایی‌پناه، احمد. (۱۴۰۰ش). سیاست کیفری ایران در قبال تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها. نشریهٔ حقوقی دادگستری، ۸۵(۱۱۳)، ص۱۹-۴۳. https://doi.org/10.22106/jlj.2020.135010.3618

۳. احمدی، آرش؛ ضیایی، محمد عادل؛ امیدی، جلیل؛ حفیدی، وریا. (۱۴۰۳ش). پیش‌فرض فقهی و بسترهای پیدایش آن. نشریهٔ مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب، ۷(۱)، ص۱-۲۶. https://doi.org/10.22034/mfu.2024.138867.1262

۴. امامی، سید حسن. (۱۳۷۵ش). حقوق مدنی. تهران: اسلامیه.

۵. ایمانی جاجرمی، حسین؛ فتاحی، سروه. (۱۳۹۰ش). بازخوانی ساختار نظام بهره‌برداری ارضی در کردستان قبل از اصلاحات ارضی. نشریهٔ جامعه‌شناسی ایران، ۱۲(۱)، ص۱۵۴-۱۷۹. https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.17351901.1390.12.1.6.2

۶. بشیری، عباس و دیگران. (۱۳۹۲ش). حقوق کاربردی اراضی و املاک. تهران: جنگل، جاودانه.

۷. پیلوار، رحیم. (۱۳۹۲ش). فلسفهٔ حق مالکیت. تهران: شرکت سهامی انتشار.

۸. تیموری، بی‌گرد؛ محمدی، شهرام. (۱۴۰۱ش). چالش‌های فرا روی مبانی تحولات مالکیت اراضی پس از انقلاب اسلامی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۴(۲۶)، ص۱۰۳-۱۲۸. https://doi.org/10.30513/cjd.2021.1900.1356

۹. جالینوسی، احمد؛ نجف‌پور، سارا. (۱۳۸۶ش). مفهوم عدالت در اسلام و غرب. دانش سیاسی، ۳(۱)، ص۹۹-۱۲۸. https://doi.org/10.30497/pk.2007.53

۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۶۸ش). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.

۱۱. صالحی مازندرانی، محمد؛ میرزایی، جمشید. (۱۳۹۴ش). مبانی مالکیت فضا و قرار در نظام حقوقی اسلام و غرب. پژوهش تطبیقی اسلام و غرب، ۲(۳)، ص۱۰۱-۱۲۲. https://doi.org/10.22091/csiw.2016.736

۱۲. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۵۱ش). المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: محمدباقر بهبودی.

۱۳. عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۴۲۱ق). دانشنامهٔ فقه سیاسی. تهران.
۱۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۱ش). دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت. تهران: میزان.
۱۵. گرامی، محمدعلی. (۱۳۸۵ش). درباره مالکیت خصوصی در اسلام. قم: بی‌نا.
۱۶. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر. (۱۳۹۵ش). حقوق‌سازی سیاست: تحلیل عملکرد دولت و وقایع سیاسی روز از دیدگاه حقوق عمومی. تهران: خرسندی.
۱۷. گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۶۹ش). مقالات حقوقی. تهران: دانشگاه تهران.
۱۸. مبلغی، احمد. (۱۳۹۰ش). فلسفهٔ فقه (۲): پیش‌فرض‌شناسی فقهی. نشریهٔ فقه، ۱۸(۶۷)، ص۲ـ۱۲.
۱۹. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد. (۱۲۶۹ق). کفایة الأحکام. تهران: چاپ سنگی.
۲۰. مرکز تحقیقات شورای نگهبان. (۱۳۸۱ش). مجموعهٔ نظرات شورای نگهبان: تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام استفساریه‌ها و تذکرات (۱۳۵۹-۱۳۸۰). تهران: دادگستر.
۲۱. مرکز تحقیقات شورای نگهبان. (۱۳۹۰ش). مجموعهٔ نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی (دورهٔ اول: خردادماه ۱۳۵۹-خردادماه ۱۳۶۳). تهران: دادگستر.
۲۲. مطلوب، احمد. (۲۰۰۰م). معجم المصطلحات البلاغیة و تطورها. کتابخانهٔ دیجیتالی نور.
۲۳. موسوی خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۹۰ش). تحریر الوسیله. قم: بی‌نا.
۲۴. هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۳۷۲ش). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت(ع). قم: مؤسسهٔ دایرةالمعارف فقه اسلامی.

## References

The Holy Quran.

1. Ahmadzadeh, Rasoul, & Rezaei-Panah, Ahmad. (2021). Iran's criminal policy against the change of use of agricultural lands and gardens. *Nashrīyah-ye Ḥuqūqī-ye Dādgostarī*, 85(113), 19–43. https://doi.org/10.22106/jlj.2020.135010.3618 [In Persian]
2. Ahmadi, Arash, Ziaei, Mohammad Adel, Omidi, Jalil, & Hafidi, Varya. (2024). The jurisprudential presupposition and the contexts of its emergence. *Nashrīyah-ye Muṭāla'āt-e Taṭbīqī-ye Fiqh va Uṣūl-e Madhāhib*, 7(1), 1–26. https://doi.org/10.22034/mfu.2024.138867.1262 [In Persian]
3. Amid Zanjani, Abbas Ali. (2000). *Dānishnāmah-ye Fiqh-e Sīyāsī* [Encyclopedia of Political Jurisprudence]. Tehran: n.p. [In Persian]
4. Ashouri, Mohammad, Bashirieh, Hossein, Yazdi, Abdul Majid, & Hashemi, Seyyed Mohammad. (2004). *Ḥuqūq-e Bashar va Mafāhīm-e Mosāvāt, Enṣāf va 'Adālat* [Human Rights and the Concepts of Equality, Fairness and Justice]. Tehran: n.p. [In Persian]
5. Bashiri, Abbas, et al. (2013). *Ḥuqūq-e Kārburdī-ye Arāżī va Amlāk* [Applied Law of Lands and Real Estate]. Tehran: Jangal, Javdaneh. [In Persian]
6. Emami, Seyyed Hassan. (1996). *Civil Law*. Tehran: Eslamiyeh. [In Persian]
7. Gerami, Mohammad Ali. (2006). *Darbāreh-ye Mālekīyat-e Khuṣūṣī dar Eslām* [On Private Ownership in Islam]. Qom: n.p. [In Persian]
8. Gorji, Abolghasem. (1990). *Legal Articles*. Tehran: University of Tehran. [In Persian]

9. Gorji Azandriani, Ali Akbar. (2016). *Ḥuqūq-sāzī-ye Sīyāsat: Taḥlīl-e ʿAmalkard-e Dowlat va Vaqāyeʿ-e Sīyāsī-ye Rūz az Dīdgāh-e Ḥuqūq-e ʿUmūmī* [Legalization of Politics: Analysis of Government Performance and Current Political Events from the Perspective of Public Law]. Tehran: Khorsandi. [In Persian]
10. Guardian Council Research Center. (2002). *Majmūʿah-ye Naẓarāt-e Shūrā-ye Negahbān: Tafsīrī va Mashvaratī dar Khuṣūṣ-e Uṣūl-e Qānūn-e Asāsī bih Inżimām-e Esteftāriyeh-hā va Tazakkorāt (1359–1380)* [Collection of the Guardian Council's Interpretative and Consultative Opinions on the Principles of the Constitution, Including Inquiries and Notes (1980–2001)]. Tehran: Dadgostar. [In Persian]
11. Guardian Council Research Center. (2011). *Majmūʿah-ye Naẓarāt-e Shūrā-ye Negahbān dar Mawrid-e Moṣavvabāt-e Majles-e Shūrā-ye Eslāmī (Dūrah-ye Avval: Khordād 1359 – Khordād 1363)* [Collection of the Guardian Council's Opinions on the Resolutions of the Islamic Consultative Assembly (First Term: June 1980 – June 1984)]. Tehran: Dadgostar. [In Persian]
12. Hashemi Shahroudi, Mahmoud. (1993). *Farhang-e Feqh Moṭābeq-e Madhhab-e Ahl-e Bayt ('alayhim al-salām)* [Dictionary of Jurisprudence According to the School of Ahl al-Bayt (peace be upon them)]. Qom: Mu'assasah-ye Da'irat al-Ma'arif-e Fiqh-e Eslami. [In Persian]
13. Imani Jajarmi, Hossein, & Fattahi, Sarveh. (2011). A review of the structure of the land exploitation system in Kurdistan before land reforms. *Nashrīyah-ye Jāmiʿah-shenāsī-ye Īrān*, 12(1), 154–179. [In Persian]
14. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (1989). *Termīnolozhī-ye Ḥuqūq* [Legal Terminology]. Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
15. Jalinosi, Ahmad, & Najafpour, Sara. (2007). The concept of justice in Islam and the West. *Dānish-e Sīyāsī*, 3(1), 99–128. https://doi.org/10.30497/pk.2007.53 [In Persian]
16. Katouzian, Nasser. (2002). *Introductory Course on Civil Law: Ownership and Ownership*. Tehran: Mizan. [In Persian]
17. Matloob, Ahmad. (2000). *Muʿjam al-Muṣṭalaḥāt al-Balāghīyah wa Taṭawwuruhā* [Dictionary of Rhetorical Terms and Their Development]. Noor Digital Library. [In Arabic]
18. Moballeghi, Ahmad. (2011). Philosophy of jurisprudence (2): Jurisprudential presupposition. *Nashrīyah-ye Fiqh*, 18(67), 2–12. [In Persian]
19. Mohaghegh Sabzevari, Mohammad Baqir bin Mohammad. (1852). *Kifāyat al-Aḥkām*. Tehran: Lithography. [In Arabic]
20. Mousavi Khomeini, Seyyed Ruhollah. (2011). *Tahrīr al-Wasīlah*. Qom: n.p. [In Arabic]
21. Pilvar, Rahim. (2013). *Falsafeh-ye Ḥaqq-e Mālekīyat* [Philosophy of Ownership Rights]. Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar. [In Persian]
22. Salehi Mazandarani, Mohammad, & Mirzaei, Jamshid. (2015). The foundations of ownership of space and place in the legal systems of Islam and the West. *Pajūhish-e Taṭbīqī-ye Eslām va Gharb*, 2(3), 101–122. https://doi.org/10.22091/csiw.2016.736 [In Persian]
23. Teimouri, Begard, & Mohammadi, Shahram. (2022). Challenges facing the foundations of land ownership developments after the Islamic Revolution. *Āmūzah-hā-ye Fiqh-e Madanī*, 14(26), 103–128. https://doi.org/10.30513/cjd.2021.1900.1356 [In Persian]
24. Tusi, Mohammad ibn Hassan. (1972). *Al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyah* (Vol. 3). Tehran: Mohammad Baqer Behbudi. [In Arabic]

Civil Jurisprudence Doctrines

ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# A Jurisprudential and Legal Analysis of the Validity of Ambiguous Dowry and Mechanisms for Resolving Its Uncertainty with Emphasis on Judicial Practice

**Ahmad Behi**[1] | **Mohammad Mehryar**[2]

1. PhD Student, Faculty of Law, University of Religions and Denominations, Qom, Iran.Email: behi92@chmail.ir
2. Corresponding Author, Assistant Professor, Faculty of Law, University of Religions and Denominations, Qom, Iran. Email: m.mehryar@urd.ac.ir

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received: 25 May 2025
Accepted: 26 July 2025
Available online 2 August 2025

**Keywords:**
Ambiguous Dowry (Mahriyeh-ye Mobham), Constructive Knowledge, Relative Ambiguity, Complete Ambiguity, Customary Implication.

## ABSTRACT

One of the major challenges in the Iranian legal and jurisprudential system is the issue of ambiguous dowry, particularly in cases where the dowry is stipulated in general or undivided terms without clear specification in the marriage contract. The central question of this article is: assuming the validity of such a dowry, what criteria may be deemed legitimate for resolving ambiguity and determining a definite subject matter? Given the divergence of opinions among Imāmi jurists and contemporary legal scholars, as well as the inconsistency in judicial decisions, this issue carries both theoretical and practical significance. Employing a descriptive-analytical method, the article examines the jurisprudential and legal foundations supporting the validity of relatively ambiguous dowries. Drawing on contemporary fatwas, court rulings, and general legal principles, the study identifies and analyzes five key criteria for resolving such ambiguity: 1) Customary Implication, 2) reference to an average standard, 3) option of determination left to the husband, 4) mutual settlement, and 5) alignment with the social status of the wife. The findings indicate that Iranian legislation, inspired by Imāmi jurisprudence, does not consider relative ambiguity an impediment to the validity of the dowry—provided that the uncertainty is remediable through one of the aforementioned mechanisms. Accordingly, the interpretation of Article 1100 of the Civil Code should be restricted to cases of complete and irremediable ambiguity.

**Cite this article:** Behi, A.; Mehryar, M. (2026). A Jurisprudential and Legal Analysis of the Validity of Ambiguous Dowry and Mechanisms for Resolving Its Uncertainty with Emphasis on Judicial Practice. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 18(33), 295-330. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.7049.2068

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

## Extended Abstract

**Introduction**

Dowry (*mahr*) constitutes one of the fundamental institutions of Islamic family law and occupies a significant place in the legal framework governing marriage in Iranian civil law. Within the structure of the marriage contract, *mahr* represents a financial right granted to the wife and symbolizes the husband's legal commitment toward her. In Imami jurisprudence and the Iranian Civil Code, the determination of *mahr* is generally considered an important contractual element that should be specified with sufficient clarity in order to avoid disputes between the spouses. Nevertheless, practical experience and judicial practice show that in many marriages contracts the dowry is expressed in terms that are not entirely precise or fully determined at the time of the contract. Such situations give rise to the issue commonly referred to as ambiguous dowry.

Ambiguity in dowry occurs when the subject matter of the *mahr* is not defined with complete clarity or when its determination is postponed or expressed in a vague form. The ambiguity may arise in various ways, such as when the dowry is described through general expressions, when its exact quantity or quality is not specified, or when its determination is delegated to one of the parties or a third person. This ambiguity may lead to legal uncertainty regarding the enforceability of the dowry clause and may ultimately result in disputes brought before courts.

From a legal perspective, the requirement of determinacy in contractual obligations is reflected in several provisions of the Iranian Civil Code, particularly Articles 1079 and 216, which emphasize that the subject matter of obligations must be known and determinable. At first glance, these provisions appear to suggest that ambiguity in the subject matter of dowry may invalidate the dowry clause. However, the jurisprudence of Imamiyya presents a more nuanced approach. Many jurists have recognized that in certain contracts, partial knowledge or general awareness of the subject

matter may be sufficient, provided that the uncertainty can later be removed and the subject matter can ultimately be determined.
This interaction between statutory rules and juristic principles has created a complex legal debate regarding the validity of ambiguous dowry. In particular, an important distinction has emerged between *absolute ambiguity*, in which the subject matter cannot be determined at all, and *relative ambiguity*, in which the subject matter is not fully specified but remains capable of determination through recognized legal mechanisms. The lack of a clear and consistent approach to this distinction has contributed to divergent interpretations among legal scholars and inconsistent rulings within judicial practice.
Accordingly, the central question addressed in this study is whether ambiguous dowry — especially in cases of relative ambiguity — can be regarded as legally valid. Furthermore, the study seeks to identify the legal and jurisprudential mechanisms through which such ambiguity may be resolved. By examining the interaction between juristic principles, statutory provisions, and judicial decisions, this research aims to clarify the legal status of ambiguous dowry and propose a coherent framework for addressing ambiguity in marriage contracts.

## Method

This research adopts a descriptive-analytical approach and is based primarily on library research. The study relies on a systematic examination of classical and contemporary sources of Imami jurisprudence, legal doctrine, statutory provisions of the Iranian Civil Code, and relevant judicial decisions. Through this method, the research attempts to analyze both the theoretical foundations and the practical application of rules concerning ambiguous dowry.
The first stage of the research involves clarifying the conceptual framework of the discussion. Key concepts such as absolute ambiguity, relative ambiguity, determinability of the subject matter, partial knowledge (*ʿilm ijmalī*), and *mahr ul-mithl* are defined and examined in light of both juristic literature and legal doctrine. Particular attention is given to the conditions under which ambiguity may affect the validity of contractual obligations.

In the second stage, the study analyzes the relevant legal provisions governing dowry in Iranian civil law, including Articles 1079, 1089, 1090, and 1100 of the Civil Code. These provisions are interpreted in relation to broader contractual principles such as certainty, determinability, and the requirement of knowledge of the subject matter.

The third stage of the research focuses on the examination of jurisprudential opinions within Imami fiqh. By analyzing the views of prominent jurists regarding the role of knowledge and determinacy in contracts, the study explores whether general knowledge of the subject matter may suffice for the validity of dowry.

Finally, the research investigates judicial practice by reviewing selected court decisions involving ambiguous dowry. This analysis helps reveal how courts have interpreted legal provisions and applied jurisprudential principles in practice, particularly when faced with disputes concerning the validity or determination of dowry.

Through this multi-layered analytical approach, the study aims to bridge the gap between theoretical jurisprudence, statutory interpretation, and practical judicial application.

**Findings**

The results of the research demonstrate that the legal status of ambiguous dowry depends primarily on the type and degree of ambiguity involved. A fundamental distinction must therefore be made between absolute ambiguity and relative ambiguity, as each produces different legal consequences.

*Absolute Ambiguity* occurs when the subject matter of the dowry is described in such vague terms that it cannot be identified or determined at all. In such circumstances, the dowry clause lacks the essential requirement of determinacy and therefore cannot be considered legally valid. The absence of any reliable mechanism for determining the subject matter makes it impossible to enforce the obligation. However, the invalidity of the dowry clause does not affect the validity of the marriage contract itself. According to both jurisprudential principles and the provisions of Iranian civil law, the

marriage remains valid and the wife may become entitled to *mahr ul-mithl*, which is determined according to her social status and customary standards.

*Relative Ambiguity*, on the other hand, refers to situations in which the dowry is not fully specified but remains capable of determination through recognized legal or customary mechanisms. In such cases, the ambiguity does not necessarily invalidate the dowry clause. Instead, the uncertainty may be resolved by reference to established criteria.

The research identifies several mechanisms through which relative ambiguity can be resolved. One of the most important mechanisms is custom, which plays a significant role in determining the typical form and value of dowry within a particular social context. Courts may rely on customary standards to clarify the intended meaning of the dowry clause.

Another mechanism involves the mutual agreement of the parties, either at the time of the contract or subsequently, to determine the exact subject matter of the dowry. In some cases, the determination may also be delegated to the husband, the wife, or a third party, provided that such delegation does not lead to arbitrary or unfair outcomes.

Furthermore, consideration of the social status and circumstances of the wife may serve as an additional criterion in determining the appropriate dowry where ambiguity exists. This approach is closely related to the concept of *mahr ul-mithl* and reflects the broader objective of protecting the financial rights of the wife.

The analysis of jurisprudential sources indicates that many Imami jurists accept general or partial knowledge of the subject matter as sufficient for the validity of dowry, provided that the subject matter remains determinable. This perspective supports the view that relative ambiguity should not automatically invalidate the dowry clause.

However, the review of judicial decisions reveals that courts have not always clearly distinguished between absolute and relative ambiguity. In some cases, courts have declared the dowry clause invalid without sufficiently examining whether the ambiguity could

be resolved through available mechanisms. This inconsistency suggests the need for a more precise interpretive framework.

## Conclusion

The findings of this study lead to the conclusion that the validity of ambiguous dowry should be assessed based on the possibility of determining the subject matter. Where ambiguity is absolute and the subject matter cannot be determined, the dowry clause must be considered void due to the lack of determinacy required by contract law. Nevertheless, the marriage contract itself remains valid and the wife's financial rights may be preserved through the application of *mahr ul-mithl*.

In contrast, when ambiguity is relative and the subject matter remains capable of determination, the dowry should be considered legally valid. In such cases, mechanisms such as custom, mutual agreement, delegated determination, and consideration of the wife's social status provide practical means for resolving uncertainty. This approach is consistent with the principles of Imami jurisprudence and aligns with the broader objectives of fairness and legal stability in family law.

Adopting a clear distinction between absolute and relative ambiguity can significantly improve judicial consistency and reduce disputes concerning dowry. Moreover, interpreting the relevant provisions of the Iranian Civil Code in harmony with jurisprudential principles allows the legal system to address ambiguity in a balanced and practical manner. Ultimately, recognizing the validity of relatively ambiguous dowry contributes to protecting the financial rights of spouses while preserving the stability of marriage contracts.

Keywords: Ambiguous Dowry, Absolute Ambiguity, Relative Ambiguity, Determinability, Partial Knowledge, Custom, Mahr ul-Mithl, Iranian Civil Code, Imami Jurisprudence, Judicial Practice.

### *Authors' Contributions*

Both authors contributed equally to the conceptualization, analysis, and writing of the manuscript. All authors reviewed and approved the final version.

***Data Availability Statement***
No new data were created or analyzed in this study. All sources are cited in the references.

***Acknowledgements***
The authors express their gratitude to all scholars and researchers whose works have contributed to the enrichment of this research.

***Ethical Considerations***
The authors have adhered to principles of academic integrity, accurate citation of sources, and avoidance of plagiarism, data fabrication, and any form of research misconduct.

***Funding***
This research received no specific financial support from funding agencies in the public, commercial, or non-profit sectors.

***Conflict of Interest***
The authors declare no conflict of interest regarding the publication of this article.
Declaration on the Use of AI Tools in the Writing Process
No artificial intelligence tools were used in the preparation of this article.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# تحلیل فقهی و حقوقی صحت‌سنجی مهریهٔ مبهم و راهکارهای رفع ابهام آن با تأکید بر رویهٔ قضایی

احمد بهی[1] | محمد مهریار[2]

۱. دانشجوی دکتری، دانشکدهٔ حقوق، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران. رایانامه: behi92@chmail.ir
۲. نویسنده مسئول، استادیار، دانشکدهٔ حقوق، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران. رایانامه: m.mehryar@urd.ac.ir

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:** پژوهشی

**تاریخ دریافت:** ۱۴۰۴/۰۳/۰۴
**تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۵/۰۴
**تاریخ انتشار برخط:** ۱۴۰۴/۰۵/۱۱

**کلیدواژه‌ها:**
مهریه مبهم، علم اجمالی، ابهام تام، ابهام نسبی، انصراف عرفی.

**چکیده**

یکی از چالش‌های مهم در نظام فقهی و حقوقی ایران، مسئلهٔ «مهریهٔ مبهم» است، به‌ویژه در مواردی که مهریه با اوصاف کلی یا مشاعی و بدون تعیین دقیق در عقد نکاح ذکر می‌شود. پرسش اصلی مقالهٔ حاضر آن است که در فرض صحت چنین مهریه‌ای، چه معیارهایی می‌توانند برای رفع ابهام و تعیین مصداق معتبر در نظر گرفته شوند. با توجه به اختلاف دیدگاه‌ها میان فقیهان امامیه و حقوق‌دانان معاصر، و همچنین تعدد آرا در رویهٔ قضایی، این موضوع از حیث نظری و کاربردی اهمیت مضاعف دارد. مقاله با روش توصیفی - تحلیلی، به بررسی مبانی فقهی و حقوقی صحت مهریهٔ مبهم نسبی پرداخته و با استناد به فتاوای فقهای معاصر، آرای محاکم، و اصول حقوقی، پنج معیار مهم برای رفع ابهام از مهریهٔ مبهم را معرفی و تحلیل می‌کند: ۱) انصراف عرفی، ۲) تعیین سطح متوسط، ۳) تخییر زوج، ۴) مصالحه و ۵) تناسب با شئون زوجه. یافته‌ها نشان می‌دهد که قانون‌گذار ایران، با اقتباس از فقه امامیه، ابهام نسبی را مانع صحت مهریه نمی‌داند، مشروط بر آن‌که ابهام از طریق یکی از این معیارها رفع‌پذیر باشد. بدین ترتیب، تفسیر ماده ۱۱۰۰ ق.م باید محدود به ابهام تام گردد.

**استناد:** بهی، احمد؛ مهریار، محمد. (۱۴۰۵). تحلیل فقهی و حقوقی صحت‌سنجی مهریهٔ مبهم و راهکارهای رفع ابهام آن با تأکید بر رویهٔ قضایی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۸(۳۳)، ۲۹۵-۳۳۰.
https://doi.org/10.30513/cjd.2025.7049.2068

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

## مقدمه

مهریهٔ مبهم به‌عنوان یکی از ارکان اساسی عقد نکاح در فقه اسلامی و حقوق ایران، تعهدی مالی است که زوج به‌منظور ایفای حقوق زوجه بر عهده می‌گیرد. مادهٔ ۱۰۷۹ قانون مدنی ایران تأکید دارد که مهریه باید به‌گونه‌ای معلوم باشد که جهالت طرفین رفع شود. این الزام، ریشه در قاعدهٔ کلی مادهٔ ۲۱۶ قانون مدنی دارد که بر لزوم رفع ابهام از مورد معامله، جز در مواردی که علم اجمالی کافی است، تصریح می‌کند. با این حال، تفاوت ماهیت عقود معاوضی و غیرمعاوضی، نظیر نکاح، و همچنین تساهل ذاتی در قراردادهای مسامحی، پرسش‌هایی را درباره میزان علم لازم به مهریه و تأثیر ابهام نسبی بر صحت آن مطرح ساخته است.

ابهام در مهریه ممکن است به‌صورت مطلق (جهل تام) یا نسبی (علم اجمالی همراه با ابهام در جزئیات) بروز کند. در مواردی که مهریه به‌عنوان درصدی مشاع از ملکی تعیین می‌شود که در زمان عقد موجود نیست و اوصاف کمی و کیفی آن مشخص نشده، این پرسش مطرح می‌شود که آیا چنین مهری صحیح و لازم‌الوفاء است؟ آیا علم اجمالی به جنس مهریه (مانند خانه یا زمین) برای رفع غرر و جهالت کافی است، یا تعیین دقیق اوصاف آن ضروری است؟ مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی، مهریهٔ مجهول را باطل و موجب استحقاق مهرالمثل می‌داند، اما تفسیر این ماده در خصوص ابهام نسبی محل اختلاف فقها و حقوقدانان است. برخی علم اجمالی را کافی دانسته و ابهام جزئی را مانع صحت نمی‌دانند، در حالی که دیگران حتی ابهام نسبی را مخل صحت می‌شمارند.

اهمیت این موضوع از آن‌روست که مهریه نه‌تنها ضامن حقوق مالی زوجه است، بلکه در رویهٔ قضایی ایران نیز چالش‌هایی را در تعیین مصداق آن ایجاد کرده است. برای مثال، در مواردی که مهریه به‌صورت «سه دانگ از خانه‌ای که زوج در آینده خریداری می‌کند» تعیین شده، دادگاه‌ها با دشواری‌هایی در شناسایی اوصاف دقیق مهریه مواجه شده‌اند. این پژوهش با هدف تبیین مبانی فقهی و حقوقی صحت مهریهٔ مبهم و ارائه سازوکارهای عملی برای رفع ابهام، به این پرسش اصلی پاسخ

می‌دهد: در فرض صحت مهریهٔ مبهم، بر اساس چه معیارهایی می‌توان ابهام را رفع و مصداق آن را تعیین کرد؟

موضوع مهریهٔ مبهم در فقه امامیه و حقوق ایران از دیرباز مورد توجه پژوهشگران بوده و آثار متعددی به بررسی ابعاد آن پرداخته‌اند. مقالهٔ «جریان قاعدهٔ نفی غرر در مهریهٔ عقد دائم از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعهٔ ایران» از جمله پژوهش‌های اخیر است که با تحلیل قاعدهٔ نفی غرر، به بررسی صحت مهریهٔ مبهم پرداخته است (لطفی، الهامی و پوراسکندری، ۱۴۰۳). این مقاله، با نقد پژوهش‌های پیشین نظیر «علم به مهریه؛ یک قید و چندین چالش» (ارژنگ و علی‌زاده، ۱۴۰۲) و «تأملی در مهریهٔ غرری با رویکردی به شرط عندالاستطاعه» (آقایی بجستانی و روحانی مقدم، ۱۳۹۶، ص۳۲۳)، تلاش کرده تا نواقص آن‌ها را برطرف کند. با این حال، این پژوهش برخلاف پژوهش حاضر اساساً به معیارهای رفع ابهام از مهریهٔ مبهم بر فرض صحت مهریه مطابق قول مشهور فقیهان و رویهٔ غالب محاکم نپرداخته است. مضافاً به اینکه در این پژوهش اخیر توجه لازم به دیدگاه‌های فقیهان معاصر نشده است و بیشتر استدلالات مبتنی بر نظرات قدما بنا نهاده شده است. همچنانکه در برخی از این آثار، مانند مقالهٔ «جریان قاعدهٔ نفی غرر در مهریهٔ عقد دائم از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعهٔ ایران» (لطفی، الهامی و پوراسکندری، ۱۴۰۳)، راهکارهایی نظیر تعیین فرد متوسط را به دلیل فقدان ضابطه مشخص، غیرعملی دانسته‌اند. این در حالی است که روایات فقهی و فتاوای مراجع معاصر، معیارهایی عملی مانند انصراف عرفی و تعیین سطح متوسط را به‌عنوان راهکار عملی در خصوص رفع ابهام به‌عنوان حکم شرعی قلمداد نموده‌اند. مضافاً به اینکه با توجه به اتفاق‌نظر فقها و حقوقدانان مبنی بر اینکه تنها مبنای معتبر در تعیین مصداق مهرالمثل، تمسک به انصراف عرفی و تعیین فرد متوسط است، پذیرفتن این معیار در مقام تعیین مهرالمثل و در عین حال بی‌ضابطه دانستن آن در مقام تعیین مهرالمسمی مبهم، مستلزم تناقضی آشکار و غیرقابل توجیه است. همان‌طور که در هیچ‌یک از این مقالات اشاره‌ای به رویهٔ قضایی و نقد آن در مقام عمل مطرح نشده است.

این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی و مبتنی بر منابع کتابخانه‌ای، با تحلیل

دیدگاه‌های فقهی و حقوقی، معیارهای پیشنهادی برای رفع ابهام (نظیر انصراف عرفی، تعیین سطح متوسط و مصالحه) را تبیین می‌کند. در نهایت، با ارائه پیشنهادهایی برای رویهٔ قضایی، به دنبال تقویت چارچوب‌های حقوقی در این حوزه است.

## ۱. مفهوم‌شناسی مهریهٔ مبهم

مهریه در فقه اسلامی و حقوق ایران، تعهدی مالی است که زوج در جریان عقد نکاح به زوجه اعطا می‌کند یا متعهد به پرداخت آن می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ج۵، ص۳۵۷۷). چنان‌که مادهٔ ۱۰۸۲ قانون مدنی به صراحت بیان می‌دارد که «به مجرد عقد، زن مالک مهر می‌شود». با وجود آنکه مادهٔ ۱۰۸۰ قانون مدنی تعیین میزان مهر را منوط به توافق طرفین دانسته، اما اصل الزام مرد به پرداخت مهر، حکمی قانونی و غیرقابل اسقاط است. بر این اساس، حتی اگر زوجین در عقد نسبت به مهریه سکوت کنند یا توافق نمایند که زن مستحق مهر نباشد، این تکلیف از زوج ساقط نمی‌شود؛ موضوعی که حقوقدانان نیز بر آن تأکید کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج۱، ص۱۳۱). افزون بر این، مطابق مادهٔ ۱۰۸۷ قانون مدنی، چنانچه پیش از تعیین مهر معین، رابطهٔ زناشویی بین طرفین برقرار شود، زن مستحق مهرالمثل خواهد بود.

### ۱ـ۱. مفهوم مهریهٔ مبهم

اصطلاح «مهر مبهم» ترکیبی است از دو واژهٔ «مهر» به‌عنوان عوض مالی عقد نکاح، و «مبهم» به معنای فاقد وضوح و شفافیت (دهخدا، ۱۳۷۳، ج۲، ص۷۷۷۶۰). بر این اساس، مهر مبهم به مهری اطلاق می‌شود که حدود، مقدار یا اوصاف آن به صورت دقیق مشخص نشده و دچار نوعی جهالت یا عدم قطعیت است. در این نوع مهر، مصداق دقیق مورد توافق روشن نیست و امکان شناسایی عینی و دقیق آن وجود ندارد. به‌عنوان نمونه، چنانچه مهریهٔ زوجه «سه دانگ از منزلی که زوج در آینده خریداری خواهد کرد» تعیین شود، این مهریه با ابهاماتی از قبیل مکان ملک، مساحت، تعداد اتاق‌ها یا ویژگی‌های عرفی و اقتصادی دیگر مواجه خواهد بود که موجب بروز اختلاف و بی‌اعتباری آن در برخی شرایط می‌شود.

از نظر زبان‌شناختی، واژهٔ «مبهم» مترادف با «مجهول» دانسته شده (عمید، ۱۳۶۹،

ج۲، ص۱۷۴۹) و در نتیجه، «مهر مبهم» را می‌توان معادل با «مهر مجهول» تلقی کرد. این مفهوم در حقوق ایران نیز بازتاب یافته است. مادهٔ ۱۰۷۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مهر باید تا حدی که رفع جهالت از آن بشود، معلوم باشد»، که ناظر به ضرورت تعیین‌پذیری مهریه برای اعتبار عقد نکاح است. همچنین، مادهٔ ۲۱۶ قانون مدنی تأکید می‌کند که «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاص که علم اجمالی کافی است». گرچه این ماده در حوزهٔ معاملات تنظیم شده، اما به دلیل وحدت ملاک، به سایر عقود از جمله نکاح نیز تسری می‌یابد (امامی، ۱۳۸۶، ج۴، ص۳۸۱). در مادهٔ ۲۱۶ قانون مدنی، گرچه واژهٔ «مبهم» در تقابل با «علم» به کار رفته، اما تقابل دقیق‌تر آن «جهل» است. به نظر می‌رسد قانون‌گذار با به کارگیری اصطلاح «ابهام» قصد داشته بر بُعد عملی نداشتن علم تأکید کند؛ یعنی مواردی که جهالت قابل رفع نیست، در حکم ابهام تلقی می‌شود.

در فقه امامیه، این اصل مورد اتفاق است که مهریه، هرچند رکن اصلی عقد نکاح محسوب نمی‌شود (مغنیه، ۱۴۲۱، ج۲، ص۳۴۲)، باید از شرایط عمومی صحت معاملات، به‌ویژه معلوم و معین بودن موضوع آن، برخوردار باشد (بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۴، ص۴۳۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج۳۱، ص۳۰).

### ۱ـ۲. انواع مهریهٔ مبهم

ذکر نکردن مهر یا حتی شرط بر عدم آن در عقد نکاح، موجب بطلان عقد نمی‌شود، بلکه حسب مورد، موجب استحقاق زن به مهر المثل (در صورت همبستر شدن) یا مهر المتعه (در صورت عدم هم بستر شدن و جدایی با طلاق) و یا سقوط مهر خواهد بود. چنان‌که مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی نیز بر آن تصریح دارد. بنابراین، تعیین مهر در حدی که موجب رفع ابهام و جهالت گردد، کفایت می‌کند و نیازی به دقت معاوضات مالی ندارد (طاهری، ۱۴۱۸، ج۳، ص۱۶۷). با این وجود می‌توان میان انواع مهریهٔ مبهم قائل به تفکیک شد و میان حکم دو گونهٔ مهریهٔ مبهم مطلق و نسبی تمایز قائل شد.

### ۱ـ۳. مهریهٔ مبهم مطلق (تام)

مهریهٔ مبهم مطلق به وضعیتی اطلاق می‌شود که در آن هیچ‌گونه اطلاعات

مشخصی از ماهیت، مقدار، جنس یا ویژگی‌های مهریه ارائه نشده باشد؛ به گونه‌ای که امکان تعیین مصداق آن به کلی منتفی است. برای نمونه، اگر مهر صرفاً «تعدادی سکه» یا «یک شیء» بدون ذکر کمیت و کیفیت آن تعیین شود، این مصداق ابهام مطلق است. بر اساس ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی، هرگاه مهرالمسمی مجهول باشد، مهر تعیین‌شده باطل است. هرچند قانون‌گذار در این ماده، به صراحت از استحقاق مهرالمثل سخنی به میان نیاورده است، اما با توجه به مبانی فقه امامیه و با جمع میان مواد قانون مدنی، از جمله مواد ۱۰۸۷، ۱۰۹۹ و ۱۱۰۰، می‌توان نتیجه گرفت که در فرض بطلان مهرالمسمی، چنانچه بین زوجین نزدیکی واقع شده باشد، زوجه مستحق مهرالمثل خواهد بود. این قاعده، مبتنی بر دیدگاه مشهور فقیهان امامیه است که معتقدند هرگاه مهریه به گونه‌ای مبهم تعیین شود که نتوان جهالت آن را شناسایی یا تقویم کرد، شرط مهر باطل است، اما اصل عقد نکاح صحیح باقی می‌ماند و زن با تحقق نزدیکی، مستحق دریافت مهرالمثل خواهد داشت (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج۲، ص۲۶۹). ایشان تأکید کرده‌اند که ابهام کامل در مهر، به دلیل غیرقابل تقویم بودن آن، موجب بطلان آن است و در نتیجه، به جای آن مهرالمثل ثابت می‌شود (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ص۴۱۹). تعبیر از جهل در مهریه به گونه‌ای که امکان شناسایی یا تعیین مصداق آن به خودی خود وجود نداشته باشد، در کلمات فقیهان امامیه ناظر بر جهل مطلق است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۸، ص۱۷۴).

### ۱ـ۴. مهریهٔ مبهم نسبی

مهریهٔ مبهم نسبی به نوعی از مهر اطلاق می‌شود که اگرچه اصل مال موضوع مهر و جنس آن مشخص شده است، اما بخشی از اوصاف، مقادیر یا ویژگی‌های آن به گونه‌ای معین نشده که در لحظهٔ عقد امکان ارزیابی کامل و دقیق آن فراهم باشد. با این حال، این ابهام در حدی نیست که موجب جهل تام یا غیرقابل تقویم بودن مهر گردد؛ بلکه قابلیت رفع از طریق عرف، قرائن یا تعیین مصداق با رجوع به حد وسط را دارد. این مفهوم در فقه امامیه ذیل عنوان «مهر مجهول از برخی جهات» شناخته می‌شود (سبحانی، ۱۴۱۶، ج۲، ص۱۸۸).

درک دقیق مفهوم مهریهٔ مبهم و تمایز بین ابهام مطلق و نسبی، مبنای تحلیل

صحت مهریه و تعیین تکلیف آن در فقه و حقوق است. ابهام مطلق به دلیل جهل تام، به بطلان مهریه منجر می‌شود، اما ابهام نسبی با توجه به امکان رفع آن از طریق عرف یا قرائن، می‌تواند به صحت مهریه منتهی شود. این تمایز، نه‌تنها در فقه امامیه بلکه در رویهٔ قضایی ایران نیز نقش تعیین‌کننده‌ای دارد و چارچوبی برای حل اختلافات حقوقی فراهم می‌آورد.

## ۲. دیدگاه‌های فقهی و حقوقی در مورد مهریهٔ مبهم نسبی

براساس دیدگاه اجماعی فقیهان امامیه، مهریهٔ مبهم و مجهول مطلق صحیح نبوده و در صورت ذکر آن در عقد ازدواج، مهر باطل و در صورت نزدیکی، مهرالمثل برای زوجه مستقر می‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴، ج۳۱، ص۱۹). ماده ۱۰۷۹ قانون مدنی بر لزوم تعیین مهر به میزانی که موجب رفع جهالت گردد، تأکید دارد. همچنین، ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی در فرض مجهول بودن مهر المسمی، حکم به استحقاق مهرالمثل داده است؛ هرچند قید «در صورت وقوع نزدیکی» در متن ماده نیامده است. این قید با توجه به مبانی فقه امامیه و در پرتو سایر مقررات قانون مدنی قابل استنباط است.

با این حال، در موضوع ابهام نسبی در مهریه که مشخصات کمی یا کیفی مال موضوع مهر دقیقاً روشن نیست، هم در میان فقیهان امامیه و هم در میان حقوقدانان اختلاف است. به‌طور مثال، در موردی که مهریه به صورت سهم مشاعی از مالی که هنوز موجود نشده یا اوصاف آن به روشنی معین نگردیده، تعیین می‌شود، این مسئله با توجه به اختلاف در رویهٔ قضایی منجر به صدور آرای قضایی متفاوت شده است. در این بخش، نظرات فقهی و تحلیل‌های حقوقی مرتبط با اعتبار مهریه‌های دارای ابهام نسبی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۲ـ۱. دیدگاه‌های فقهی در خصوص مهریهٔ مبهم نسبی

در فقه امامیه، دو دیدگاه اصلی درباره لزوم تعیین اوصاف مهریه وجود دارد: دیدگاه مشهور که علم اجمالی را برای صحت مهریه کافی می‌داند، و دیدگاه اقلیت که بر لزوم تعیین دقیق اوصاف تأکید دارد.

### ۲ـ۱ـ۱. دیدگاه قائلان به لزوم ذکر جمیع اوصاف مهر

مطابق نظر این دسته از فقیهان، تعیین دقیق اوصاف مهریه مورد تأکید قرار گرفته است و ابهام نسبی را نیز موجب بطلان مهرالمسمی و رجوع به مهرالمثل دانسته‌اند (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج۳، ص۱۹۵؛ فا ضل مقداد، ۱۴۰۴، ج۳، ص۲۱۰؛ کرکی، ۱۴۱۴، ج۱۳، ص۳۴۳؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶، ج۷، ص۴۰۵). برخی از فقیهان معاصر نیز بیان داشته‌اند در مواردی که مال مورد مهر، مانند خودرو یا سکه، به‌طور کلی ذکر شده و نوع، مدل یا ویژگی‌های آن معین نگردیده باشد، مهریه به دلیل ابهام در مصداق، فاقد اعتبار بوده و زن تنها مستحق مهرالمثل می‌باشد (صافی، گنجینهٔ استفتائات قضایی، سؤال ۸۰۶۸). مبنای این دیدگاه آن است که جهل به مهر، ملازم با عدم قابلیت اجرایی آن است؛ زیرا اگر نتوان مورد مهر را به گونه‌ای مشخص کرد که قابلیت تسلیم داشته باشد، مهر از نظر فقهی معتبر نخواهد بود (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵، ج۲، ص۳۸۴). همچنین برخی دیگر در جایی که مهریهٔ مبهم نسبی دارای مصادیق متعددی باشد که در جامعه تفاوت قیمتی فاحشی داشته باشد، مهر را باطل و مهرالمثل را متعین می‌دانند (سبحانی، استفتائات قضایی، سؤال ۸۱۶۹). مطابق این دیدگاه، تعیین صحت یا بطلان مهر مجهول، بستگی به میزان ابهام و امکان تعیین مصداق آن دارد.

با این حال، ذکر این نکته ضروری است که برخی دیگر از فقیهان امامیه، هرچند به صورت کلی با مهریهٔ مبهم مخالف‌اند، اما بر پایهٔ برخی روایات معتبر و مستندات تعبدی، در خصوص سه مورد مشخص یعنی خانه، باغ و خادم، از این قاعده کلی عدول کرده و قائل به صحت مهر شده‌اند. تعیین مهریهٔ مبهم نسبی با در نظر گرفتن حد وسط از آن نوع، به‌عنوان مصداق صورت می‌گیرد (طوسی، ۱۴۰۰، ص۴۷۳؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج۲، ص۲۰۶؛ کیدری، ۱۴۱۶، ص۴۲۴). این فتاوا بر اساس روایاتی مانند روایت علی بن أبی حمزه (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۲۱، ص۲۸۳) است که در فرض عدم تعیین دقیق، زن مستحق خانه، باغ یا خادمی با وصف متوسط خواهد بود. همان‌طور که خواهد آمد، بسیاری از فقیهان از این روایت تعبد محض را استنباط ننموده‌اند و این موارد را قابل تسری به سایر مصادیق نیز دانسته‌اند.

### ۲ـ۱ـ۲. دیدگاه موافقین: کفایت علم اجمالی

بر اساس دیدگاه مشهور فقهی معاصر، شرط صحت مهریه، ذکر تمامی ویژگی‌های کمی و کیفی آن نیست، بلکه علم اجمالی به ماهیت مهریه که موجب رفع جهالت شود، کفایت می‌کند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۷۴؛ کرکی، ۱۴۱۴، ج۱۳، ص۳۴۱؛ اراکی، ۱۴۱۵، ج۱، ص۵۲۱؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ج۳، ص۹۰). بر این اساس، فقها مشاهده عینی مهریه یا تعیین آن از طریق اشاره یا وصف کلی را - حتی در صورت عدم آگاهی از جزئیات دقیق - برای تحقق علم اجمالی و رفع ابهام کافی دانسته‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج۷، ص۴۰۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج۳۱، ص۱۹). این دیدگاه، با توجه به ماهیت غیرمعاوضی عقد نکاح و تساهل ذاتی در عقود مسامحی، ابهام نسبی را مانع صحت مهریه نمی‌داند. استفتائات متعددی از مراجع معاصر درباره مهریه‌ای که به درصد مشاع از ملکی غیرموجود و بدون اوصاف مشخص تعلق گرفته، صحت آن را تأیید کرده‌اند (امام خمینی(ره)، ۱۴۲۲، ج۳، ص۱۸۱؛ گلپایگانی، ۱۴۰۹، ج۲، ص۱۶۴). اگرچه همان‌طور که در ادامه خواهد آمد، معیارهای فقیهان امامیه برای رفع ابهام از مهریهٔ مبهم نسبی با یکدیگر متفاوت است و برخی به ادلهٔ تعبدی و برخی دیگر با سایر معیارهای موجود، فتاوی مختلفی در خصوص رفع ابهام از مهریهٔ مبهم نسبی داده‌اند.

### ۲ـ۲. دیدگاه‌های حقوقی در خصوص مهریهٔ مبهم نسبی

ابهام در تعیین مهریه ممکن است به دو صورت «ابهام مطلق» یا «ابهام نسبی» بروز یابد و در نتیجه، منجر به مجهول بودن مهرالمسمی گردد. بر اساس مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی، در صورتی که مهر به‌طور کامل مجهول باشد، زن مستحق دریافت مهرالمثل خواهد بود. قدر متیقن از این حکم، مربوط به مواردی است که مهریه با ابهام مطلق و جهل کامل مواجه است. برای نمونه، اگر مهریه به صورت «مقداری سکه» تعیین شود بدون آنکه تعداد، نوع یا عیار آن مشخص گردد، این مورد مصداق بارز ابهام مطلق است.

با این حال، پرسش اصلی آن است که آیا در مواردی که مهریه با ابهام نسبی یا علم اجمالی مواجه است، نیز مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی جاری می‌شود و به تبع آن، مهرالمثل مستقر می‌گردد؟ یا اینکه در چنین مواردی، وجود علم اجمالی برای

صحت و نفوذ مهر کافی تلقی می‌شود؟ برای مثال، در حالتی که مهریه، زمینی کشاورزی تعیین شده باشد اما متراژ دقیق آن برای زوجه مشخص نباشد، آیا چنین ابهامی مخل صحت عقد مهریه است یا خیر؟

اهمیت این بحث با توجه به مادهٔ ۲۱۶ قانون مدنی افزایش می‌یابد. این ماده تصریح می‌کند که: «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.» بنابراین، این سؤال مطرح می‌شود که آیا علم اجمالی به موضوع مهریه، از مصادیق استثنای مندرج در ذیل مادهٔ ۲۱۶ محسوب می‌شود و در نتیجه، ابهام نسبی مانع صحت مهر نیست؟ یا آنکه در زمرهٔ مقررات صدر ماده بوده و ابهام مذکور موجب خلل در اعتبار مهر خواهد بود؟

این ابهام در مواردی که زوج در زمان عقد، مالکیت فعلی بر مورد مهریه ندارد نیز تشدید می‌شود؛ نظیر حالتی که مهریه، سه دانگ از منزلی قرار داده شود که زوج وعده خرید آن در آینده را داده است. در چنین فرضی، پرسش‌هایی از حیث امکان تملیک، قابلیت تسلیم و نفوذ تعهد زوج نسبت به مالی که هنوز موجود یا متعلق به وی نیست، مطرح می‌گردد و نیازمند تحلیل دقیق‌تر حقوقی است.

### ۲ـ۲ـ۱. دیدگاه موافقین: کفایت علم اجمالی

شرط معلوم بودن مهر، اگرچه مطابق مادهٔ ۱۰۷۹ از شرایط صحت مهریه محسوب می‌شود، لیکن لزومی به معلوم بودن بالفعل آن در زمان انعقاد عقد نیست. کافی است مهر به‌صورت بالقوه قابل تعیین و مشخص باشد تا شرط صحت مهریه محقق گردد. این دیدگاه در میان حقوقدانان به‌صراحت مورد تأیید واقع شده است. این دسته از حقوقدانان بر عدم ضرورت معلوم بودن کامل مهر در زمان انعقاد نکاح تأکید کرده‌اند (لنگرودی، ۱۳۹۱، ج۵، ص۳۵۷۷). برخی دیگر معتقدند که قابلیت تعیین مقدار، جنس و اوصاف مهر برای رفع جهل و پیشگیری از غرر کافی است؛ حتی اگر مهر در زمان انعقاد به‌طور کامل معین نشده باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص۶۷۷). این دیدگاه از طریق استقرای قراردادهایی که قانون‌گذار علم اجمالی را در آن‌ها کافی دانسته، مانند ضمان و جعاله، مورد تحلیل قرار گرفته تا معیار و ملاک قراردادهایی که علم اجمالی در آن‌ها کفایت می‌کند، شناسایی شود. این دسته از طریق تحلیل و تعمیم

این موارد به این نتیجه رسیده‌اند که در قراردادهایی که بر پایهٔ مسامحه، ارفاق یا احسان شکل گرفته‌اند یا اقتضای موضوع آن‌ها پذیرش درجه‌ای از احتمال توسط طرفین را ایجاب می‌کند، علم اجمالی برای صحت عقد کافی است. این اصل در قراردادهایی نظیر ضمان، جعاله، بیمه، مشارکت‌ها، صلح و عقود رایگان نیز قابل اعمال است. بر این اساس، رویهٔ قضایی و دکترین حقوقی می‌توانند با استناد به این قاعده، موارد خاص را شناسایی و تبیین کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج۲، ص۱۸۵).

علاوه بر این، مواد ۱۰۸۹ و ۱۰۹۰ قانون مدنی نیز مؤید این دیدگاه هستند. بر اساس این مواد، تعیین مهرالمسمی می‌تواند به زوج، زوجه یا شخص ثالث واگذار شود. این واگذاری، آزادی عمل در تعیین میزان مهر را به شخص ثالث اعطا می‌کند، با این قید که در صورت واگذاری به زوجه، وی نمی‌تواند بیش از مهرالمثل تعیین کند. این امر دلالت بر آن دارد که عقد نکاح حتی در صورت وجود ابهام نسبی در مهریه، صحیح تلقی می‌شود، به‌ویژه در مواردی که عقد منعقد شده اما مهر هنوز توسط شخص ثالث تعیین نشده است.

با توجه به اینکه علم تفصیلی به مهریه در زمان عقد از شرایط صحت آن نیست و با عنایت به ماهیت احسانی عقد نکاح و قول مشهور فقیهان که ابهام نسبی در مهریه را مانع بطلان مهرالمسمی نمی‌دانند، می‌توان نتیجه گرفت که مهریهٔ مبهم موضوع مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی باید به مهریه‌ای با ابهام مطلق تفسیر شود. در موارد ابهام نسبی، تعیین مصداق مهریه باید با توجه به عرف، اوضاع و احوال صورت گیرد، مشابه آنچه در تعیین مهرالمثل اعمال می‌شود.

پذیرش این دیدگاه در میان حقوقدانان باعث شده که رویهٔ قضایی ایران عمدتاً بر اساس آن آرای خود را صادر کند. به‌عنوان مثال، در پرونده‌ای در شعبهٔ ۲۶۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران (رأی شمارهٔ ۶۱۵، ۱۳۹۴/۰۵/۲۱)، زوجه تقاضای تعیین مهرالمثل کرد، اما دادگاه با استدلال اینکه مهریه یک جلد قرآن کریم، دارای مالیت و قابل تملک است، دعوی را رد کرد. این رأی در شعبهٔ ۶۰ دادگاه تجدیدنظر تهران (دادنامهٔ ۹۴۰۹۹۸۰۲۱۶۴۰۰۰۹۲، ۱۳۹۴/۰۹/۱۵) تأیید شد، زیرا با قانون و موازین شرعی مغایرتی نداشت. در پرونده کلاسهٔ ۹۳۰۹۹۸۰۲۱۷۲۰۰۵۷۲ شعبهٔ ۲۷۲ دادگاه خانواده تهران،

زوجه با مهریه «یک جام آینه و شمعدان و یازده شاخه گل رز» که دارای ابهام نسبی در ارزش و جنس بود، تقاضای تعیین مهرالمثل کرد. دادگاه در دادنامهٔ ۹۳۰۹۹۷۰۲۱۷۲۰۱۲۵۳ با استدلال اینکه مهریهٔ مذکور دارای مالیت بوده و مورد توافق طرفین قرار گرفته، دعوی را رد کرد. این رأی در شعبهٔ ۲ دادگاه تجدیدنظر تهران (دادنامهٔ ۹۳۰۰۹۹۷۰۲۲۰۲۱۷۰۵، ۱۳۹۳/۱۰/۰۸) تأیید شد، زیرا با موازین شرعی و قانونی مطابقت داشت و ابهام نسبی مهریه، مانع اعتبار مهرالمسمی نشد. با وجود تنوع قیمت آینه و شمعدان و ابهام در جنس و ارزش گل رز، دادگاه‌ها به دلیل نسبی بودن این ابهامات، مهرالمسمی را معتبر دانسته و از تعیین مهرالمثل خودداری کردند.

در پرونده‌ای دیگر در شعبهٔ ۲۷۲ دادگاه تهران (دادنامهٔ ۹۲/۴۳۴، ۱۳۹۲/۰۴/۰۲)، زوج تقاضای طلاق کرد و دادگاه اجرای طلاق را منوط به پرداخت مهریه شامل «هزینهٔ سفر حج» دانست که به حج عمره تفسیر شد. زوجه با استناد به اینکه مقصود، حج تمتع بوده، تجدیدنظرخواهی کرد. شعبهٔ ۲۴ دادگاه تجدیدنظر تهران (دادنامهٔ ۹۲/۸۲۴) رأی بدوی را تأیید کرد، اما دیوان عالی کشور (دادنامهٔ ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۳۳۹، ۱۳۹۲/۰۹/۲۷) با استناد به نظر کارشناسی سازمان حج و زیارت، مهریه را به حج تمتع اصلاح و رأی را تأیید نمود. با وجود ابهام نسبی در تعیین مصداق «سفر حج»، قضات در مراحل مختلف دادرسی این ابهام را مشمول مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی ندانسته و مهرالمسمی را معتبر شناختند، هرچند در تعیین مصداق آن اختلاف نظر داشتند.

### ۲ـ۲ـ۲. دیدگاه مخالفین: لزوم تعیین دقیق اوصاف

در برابر دیدگاه نخست که علم اجمالی به مهریه را برای رفع جهالت و صحت مهر کافی می‌داند، برخی از حقوقدانان با استناد به مواد ۲۱۶، ۱۱۰۰ و ۱۰۷۹ قانون مدنی، بر این باورند که ابهام نسبی در مهریه، حتی در صورت همراهی با علم اجمالی، نمی‌تواند به صورت مطلق و در همه موارد مجاز دانسته شود. به‌ویژه در مواردی که ماهیت و اوصاف مورد مهر به گونه‌ای است که امکان تعیین دقیق آن در زمان عقد وجود ندارد، مهریه باطل بوده و زن مستحق مهرالمثل خواهد بود (طاهری، ۱۴۱۸، ج۳، ص۱۸۹). برای نمونه، اگر خانه‌ای بدون تعیین مساحت، محل و مشاهده طرفین به‌عنوان مهر تعیین شود، چنین مهریه‌ای فاقد شرایط صحت بوده و نمی‌تواند

معتبر تلقی گردد؛ چراکه پیشنهاد تعیین مصداق به صورت عرفی یا متوسط، فاقد ضابطه مشخص و قابلیت اجرای دقیق است (لطفی، الهامی و پوراسکندری، ۱۴۰۳).

در تأیید این نظر، در رویهٔ قضایی نیز نمونه‌هایی وجود دارد که بیانگر عدم پذیرش مهریه‌های مبهم و غیرقابل تعیین است. پرونده‌ای در شعبهٔ هشتم دادگاه خانواده همدان (رأی ۱۳۹۳/۱۲/۲۴)، زوج تقاضای طلاق کرد و مهریه «یک دست آینه و شمعدان» تعیین شد. وکیل زوجه به دلیل ابهام مهریه تجدیدنظرخواهی کرد. شعبهٔ هشتم تجدیدنظر همدان (دادنامهٔ ۹۴۰۹۹۷۸۱۱۶۸۰۰۴۶۲، ۱۳۹۴/۰۵/۰۴) با استناد به مواد ۱۰۷۸، ۱۰۷۹ و ۲۷۹ قانون مدنی، مهریه را معتبر دانست و آن را به آینه و شمعدان معمولی بازار تفسیر کرد. اما شعبهٔ ۴۱ دیوان عالی کشور (دادنامهٔ ۹۳۰۹۹۸۸۱۱۰۸۰۱۰۳۳، ۱۳۹۴/۰۸/۱۱) این استدلال را رد کرد. دیوان عالی کشور با وارد دانستن فرجام‌خواهی، رأی تجدیدنظر را نقض نموده و تصریح کرده است که مادهٔ ۲۷۹ در معاملات مثلی کاربرد دارد و در اموال قیمی مانند آینه و شمعدان، ابهام منجر به بطلان مهریه می‌شود. به بیان دیگر، مطابق این استدلال، ابهام تنها در مورد تعهدات مثلی مانند گندم و برنج جاری است و در مورد مهریه‌هایی با ماهیت قیمی، مانند آینه و شمعدان یا منزل، بدون تعیین اوصاف و قیمت، جهالت مانع صحت مهر خواهد بود. بر این اساس، مهریهٔ مذکور باطل اعلام شده و حکم به تعیین مهرالمثل صادر شده است.

این رأی مؤید آن است که از منظر این شعبه دیوان عالی، مادهٔ ۱۰۷۹ قانون مدنی، رفع جهالت در مهر را مستلزم علم تفصیلی یا تعیین اوصاف و ارزش عرفی دانسته و علم اجمالی صرف کفایت نمی‌کند. این رویکرد با تفسیر سخت‌گیرانهٔ مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی سازگار است، که مهریهٔ مجهول را باطل می‌شمارد.

به عنوان ارزیابی نظرات مطرح شده باید گفت، در موضوعاتی مانند مهر مبهم نسبی که با دو برداشت مختلف در رویهٔ قضایی مواجه هستیم ـ یعنی از یک سو دیدگاه غالب مبنی بر صحت مهر دارای ابهام نسبی و از سوی دیگر نظر اقلیتی از قضات مبنی بر بطلان مهر مبهم حتی در صورت امکان رفع ابهام عرفی ـ می‌توان نتیجه گرفت که مفهوم «مجهول بودن» مذکور در مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی دارای اجمال

اســت؛ زیرا مشــخص نیســت که آیا قانون‌گذار صــرفاً «ابهام تام» را موجب بطلان دانسته، یا هر نوع ابهام (اعم از تام و نسبی) را در بر می‌گیرد.

در چنین فرضی، به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مادهٔ ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مرجع تفســیر، فتاوای معتبر فقهی خواهد بود. نظر به اینکه قانون مدنی ایران، به ویژه در مباحث خانواده، عمدتاً مبتنی بر دیدگاه مشــهور فقهای امامیه تدوین شــده اســت، و رویهٔ تقنینی نیز نشــان‌دهندهٔ تمایل قانون‌گذار به تبعیت از فتاوای مشهور است، باید مفهوم «مجهول بودن مهر» را در راستای همین مبنا تفسیر نمود. در نتیجه، ابهام مؤثر در بطلان مهر، صرفاً ناظر به «ابهام مطلق یا تام» است؛ نه ابهام نسبی که با مراجعه به عرف، شأن طرفین و قرائن موجود قابل رفع باشد.

مطابق نظر مشــهور فقهای امامیه، منظور از «مهر مجهول»، مهری اســت که دچار ابهام تام باشــد، به گونه‌ای که امکان تعیین مصــداق آن حتی با مراجعه به عرف یا شرایط طرفین وجود نداشته باشد. در مقابل، ابهام نسبی که با استفاده از معیارهای عرفی قابل رفع باشد، موجب بطلان مهر نیست. این تفسیر فقهی، به دلیل هماهنگی با ســاختار قانون‌گذاری مدنی ایران، می‌تواند به‌عنوان مبنای معتبر تفسیر مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی قرار گیرد.

رویهٔ قضــایی نیز در موارد متعدد، همین دیدگاه را اتخاذ کرده اســت. در پرونده شمارهٔ ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۷۹۹۰۰۱۹۷ مورخ ۱۱/۰۸/۱۳۹۴، دیوان عالی کشور رأی دادگاه بدوی و تجدیدنظر را که مهر «۱۴ شــاخه گل» را معتبر می‌دانســتند نقض کرد، به این دلیل که نوع و ارزش گل مشــخص نشــده و دادگاه باید ابتدا وضــعیت مهر را روشــن می‌ساخت و در صورت لزوم، مهرالمثل تعیین می‌کرد. اما پس از تحقیق و مراجعه به عرف، شــعبهٔ ۱۶ دادگاه تجدیدنظر خراســان رضــوی در رأی شــمارهٔ ۹۴۰۹۹۷۵۱۳۳۶۰۱۶۸۰ مورخ ۲۱/۱۰/۱۳۹۴، با تعیین نوع گل (۱۴ شاخه گل رز معمولی) و تأیید مالیت ســایر اقلام مهریه (قرآن، حافظ، آینه و شــمعدان)، اصــل مهر را معتبر دانســت. این رأی در دیوان عالی کشــور به شــمارهٔ ۹۲۰۹۹۸۵۱۱۳۵۰۲۵۹۱ مورخ ۰۹/۰۴/۱۳۹۵ تأیید شــد و دیوان اعلام کرد که ابهام در نوع گل، خللی به صــحت مهر وارد نمی‌کند.

در پرونده دیگری با موضـوع مهریه «یک باب خانه» در نکاح موقت، دادگاه تجدیدنظر رأی دادگاه بدوی مبنی بر اثبات زوجیت را به علت ابهام در مهریه نقض کرد. امـا دیوان عـالی کشـور بـه موجـب رأی شـمـارهٔ ۴۰۰۰۶۳۹۰۰۰۰۲۵۳۱۷ مورخ ۱۲/۰۴/۱۴۰۰، این تصـمیم را مردود دانسـت و اعلام کرد کـه صـرف عـدم تعیین مشـخصـات دقیق خانه، موجب بطلان مهر نیسـت؛ زیرا مهر اعلام‌شـده مورد توافق طرفین بوده و با مراجعه به عرف، می‌توان خانه‌ای متناسـب با شـأن زوجه تعیین کرد. دادگاه تجدیدنظر نیز در رأی نهایی، با پذیرش این تحلیل، مهر را معتبر شناخت.

این رویه‌ها نشان می‌دهد که دادگاه‌ها در عمل، میان ابهام تام (که منجر به بطلان مهر می‌شـود) و ابهام نسـبی (که با مراجعه به عرف و شـأن طرفین قابل رفع اسـت) تمایز قائل شده‌اند. در نتیجه، مفاد مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی نباید به گونه‌ای تفسیر شود که شـامل هر نوع ابهام گردد، بلکه باید محدود به مواردی باشـد که جهل به اصـل مهر تعلق گرفته و غیرقابل رفع باشـد. بر این اسـاس، می‌توان نتیجه گرفت که هم مبانی فقهی، هم سـاختار قانون‌گذاری مدنی ایران و هم رویهٔ قضـایی مسـتقر، همگی از صحت مهر دارای ابهام نسبی پشتیبانی می‌کنند؛ مشروط بر اینکه این ابهام با عرف یا شرایط طرفین قابل رفع باشد و موجب جهالت تام نسبت به موضوع مهر نشود.در برابر دیدگاه نخست که علم اجمالی به مهریه را برای رفع جهالت و صحت مهر کافی می‌داند، برخی از حقوقدانان با اسـتناد به مواد ۲۱۶، ۱۱۰۰ و ۱۰۷۹ قانون مدنی، بر این باورند که ابهام نسبی در مهریه، حتی در صورت همراهی با علم اجمالی، نمی‌تواند به صـورت مطلق و در همه موارد مجاز دانسـته شـود. به‌ویژه در مواردی که ماهیت و اوصاف مورد مهر به گونه‌ای است که امکان تعیین دقیق آن در زمان عقد وجود ندارد، مهریه باطل بوده و زن مسـتحق مهرالمثل خواهد بود (طاهری، ۱۴۱۸، ج۳، ص۱۸۹). برای نمونه، اگر خانه‌ای بدون تعیین مساحت، محل و مشاهده طرفین به‌عنوان مهر تعیین شـود، چنین مهریه‌ای فاقد شـرایط صـحت بوده و نمی‌تواند معتبر تلقی گردد؛ چراکه پیشنهاد تعیین مصداق به صورت عرفی یا متوسط، فاقد ضابطه مشخص و قابلیت اجرای دقیق است (لطفی، الهامی و پوراسکندری، ۱۴۰۳).

در تـأییـد این نظر، در رویهٔ قضـایی نیز نمونه‌هـایی وجود دارد کـه بیـانگر عـدم

پذیرش مهریه‌های مبهم و غیرقابل تعیین است. پرونده‌ای در شعبهٔ هشتم دادگاه خانواده همدان (رأی ۱۳۹۳/۱۲/۲۴)، زوج تقاضای طلاق کرد و مهریه «یک دست آینه و شمعدان» تعیین شد. وکیل زوجه به دلیل ابهام مهریه تجدیدنظرخواهی کرد. شعبهٔ هشتم تجدیدنظر همدان (دادنامهٔ ۹۴۰۹۹۷۸۱۱۶۸۰۰۴۶۲، ۱۳۹۴/۰۵/۰۴) با استناد به مواد ۱۰۷۸، ۱۰۷۹ و ۲۷۹ قانون مدنی، مهریه را معتبر دانست و آن را به آینه و شمعدان معمولی بازار تفسیر کرد. اما شعبهٔ ۴۱ دیوان عالی کشور (دادنامهٔ ۹۳۰۹۹۸۸۱۱۰۸۰۱۰۳۳، ۱۳۹۴/۰۸/۱۱) این استدلال را رد کرد. دیوان عالی کشور با وارد دانستن فرجام‌خواهی، رأی تجدیدنظر را نقض نموده و تصریح کرده است که مادهٔ ۲۷۹ در معاملات مثلی کاربرد دارد و در اموال قیمی مانند آینه و شمعدان، ابهام منجر به بطلان مهریه می‌شود. به بیان دیگر، مطابق این استدلال، ابهام تنها در مورد تعهدات مثلی مانند گندم و برنج جاری است و در مورد مهریه‌هایی با ماهیت قیمی، مانند آینه و شمعدان یا منزل، بدون تعیین اوصاف و قیمت، جهالت مانع صحت مهر خواهد بود. بر این اساس، مهریهٔ مذکور باطل اعلام شده و حکم به تعیین مهرالمثل صادر شده است.

این رأی مؤید آن است که از منظر این شعبه دیوان عالی، مادهٔ ۱۰۷۹ قانون مدنی، رفع جهالت در مهر را مستلزم علم تفصیلی یا تعیین اوصاف و ارزش عرفی دانسته و علم اجمالی صرف کفایت نمی‌کند. این رویکرد با تفسیر سخت‌گیرانهٔ مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی سازگار است، که مهریهٔ مجهول را باطل می‌شمارد.

به عنوان ارزیابی نظرات مطرح شده باید گفت، در موضوعاتی مانند مهر مبهم نسبی که با دو برداشت مختلف در رویهٔ قضایی مواجه هستیم ـ یعنی از یک سو دیدگاه غالب مبنی بر صحت مهر دارای ابهام نسبی و از سوی دیگر نظر اقلیتی از قضات مبنی بر بطلان مهر مبهم حتی در صورت امکان رفع ابهام عرفی ـ می‌توان نتیجه گرفت که مفهوم «مجهول بودن» مذکور در مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی دارای اجمال است؛ زیرا مشخص نیست که آیا قانون‌گذار صرفاً «ابهام تام» را موجب بطلان دانسته، یا هر نوع ابهام (اعم از تام و نسبی) را در بر می‌گیرد.

در چنین فرضی، به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مادهٔ ۳ قانون آیین دادرسی

مدنی، مرجع تفسیر، فتاوای معتبر فقهی خواهد بود. نظر به اینکه قانون مدنی ایران، به ویژه در مباحث خانواده، عمدتاً مبتنی بر دیدگاه مشهور فقهای امامیه تدوین شده است، و رویهٔ تقنینی نیز نشان‌دهندهٔ تمایل قانون‌گذار به تبعیت از فتاوای مشهور است، باید مفهوم «مجهول بودن مهر» را در راستای همین مبنا تفسیر نمود. در نتیجه، ابهام مؤثر در بطلان مهر، صرفاً ناظر به «ابهام مطلق یا تام» است؛ نه ابهام نسبی که با مراجعه به عرف، شأن طرفین و قرائن موجود قابل رفع باشد.

مطابق نظر مشهور فقهای امامیه، منظور از «مهر مجهول»، مهری است که دچار ابهام تام باشد، به گونه‌ای که امکان تعیین مصداق آن حتی با مراجعه به عرف یا شرایط طرفین وجود نداشته باشد. در مقابل، ابهام نسبی که با استفاده از معیارهای عرفی قابل رفع باشد، موجب بطلان مهر نیست. این تفسیر فقهی، به دلیل هماهنگی با ساختار قانون‌گذاری مدنی ایران، می‌تواند به‌عنوان مبنای معتبر تفسیر مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی قرار گیرد.

رویهٔ قضایی نیز در موارد متعدد، همین دیدگاه را اتخاذ کرده است. در پرونده شمارهٔ ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۷۹۹۰۰۱۹۷ مورخ ۱۱/۰۸/۱۳۹۴، دیوان عالی کشور رأی دادگاه بدوی و تجدیدنظر را که مهر «۱۴ شاخه گل» را معتبر می‌دانستند نقض کرد، به این دلیل که نوع و ارزش گل مشخص نشده و دادگاه باید ابتدا وضعیت مهر را روشن می‌ساخت و در صورت لزوم، مهرالمثل تعیین می‌کرد. اما پس از تحقیق و مراجعه به عرف، شعبهٔ ۱۶ دادگاه تجدیدنظر خراسان رضوی در رأی شمارهٔ ۹۴۰۹۹۷۵۱۳۳۶۰۱۶۸۰ مورخ ۲۱/۱۰/۱۳۹۴، با تعیین نوع گل (۱۴ شاخه گل رز معمولی) و تأیید مالیت سایر اقلام مهریه (قرآن، حافظ، آینه و شمعدان)، اصل مهر را معتبر دانست. این رأی در دیوان عالی کشور به شمارهٔ ۹۲۰۹۹۸۵۱۱۳۵۰۲۵۹۱ مورخ ۰۹/۰۴/۱۳۹۵ تأیید شد و دیوان اعلام کرد که ابهام در نوع گل، خللی به صحت مهر وارد نمی‌کند.

در پرونده دیگری با موضوع مهریه «یک باب خانه» در نکاح موقت، دادگاه تجدیدنظر رأی دادگاه بدوی مبنی بر اثبات زوجیت را به علت ابهام در مهریه نقض کرد. اما دیوان عالی کشور به موجب رأی شمارهٔ ۴۰۰۰۶۳۹۰۰۰۰۲۵۳۱۷ مورخ

۱۲/۰۴/۱۴۰۰، این تصمیم را مردود دانست و اعلام کرد که صرف عدم تعیین مشخصات دقیق خانه، موجب بطلان مهر نیست؛ زیرا مهر اعلام‌شده مورد توافق طرفین بوده و با مراجعه به عرف، می‌توان خانه‌ای متناسب با شأن زوجه تعیین کرد. دادگاه تجدیدنظر نیز در رأی نهایی، با پذیرش این تحلیل، مهر را معتبر شناخت.

این رویه‌ها نشان می‌دهد که دادگاه‌ها در عمل، میان ابهام تام (که منجر به بطلان مهر می‌شود) و ابهام نسبی (که با مراجعه به عرف و شأن طرفین قابل رفع است) تمایز قائل شده‌اند. در نتیجه، مفاد مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی نباید به گونه‌ای تفسیر شود که شامل هر نوع ابهام گردد، بلکه باید محدود به مواردی باشد که جهل به اصل مهر تعلق گرفته و غیرقابل رفع باشد. بر این اساس، می‌توان نتیجه گرفت که هم مبانی فقهی، هم ساختار قانون‌گذاری مدنی ایران و هم رویهٔ قضایی مستقر، همگی از صحت مهر دارای ابهام نسبی پشتیبانی می‌کنند؛ مشروط بر اینکه این ابهام با عرف یا شرایط طرفین قابل رفع باشد و موجب جهالت تام نسبت به موضوع مهر نشود.

## ۳. معیارهای رفع ابهام از مهریهٔ مبهم

با توجه به تأیید صحت مهریهٔ مبهم نسبی بر اساس دیدگاه مشهور فقهای امامیه و اکثریت حقوقدانان ایرانی و رویهٔ غالب قضایی، پرسش اساسی این است که در صورت ابهام نسبی در اوصاف مهریه، مانند تعیین درصدی مشاع از ملکی غیرموجود بدون ذکر جزئیات کمی و کیفی، چگونه می‌توان مصداق آن را مشخص کرد؟ به عبارت دیگر، زوج بر اساس چه معیارهایی باید تعهدی را که در سند نکاح پذیرفته، ایفا کند تا ذمهٔ او بری شود؟ این مسئله در فقه و حقوق ایران، به‌ویژه در رویهٔ قضایی، چالش‌هایی ایجاد کرده است، زیرا فقدان اوصاف دقیق مهریه می‌تواند به اختلافات حقوقی منجر شود. در این بخش، پنج معیار تلفیقی برای رفع ابهام از مهریهٔ مبهم پیشنهاد می‌شود که از روایات فقهی، فتاوای مراجع و اصول حقوقی استخراج شده و با تحلیل رویهٔ قضایی تقویت شده‌اند.

### ۳ـ۱. معیار انصراف عرفی

در مواجهه با مهریه‌هایی که اوصاف کمی و کیفی آن‌ها به روشنی در عقد ذکر نشده، معیار تعیین‌کننده در اعتبار یا بطلان چنین مهرهایی، «انصراف عرفی» است.

مقصود از انصراف عرفی آن است که اگر عرف، با توجه به قرائنی چون وضعیت مالی زوج، شأن خانوادگی زوجه، زمان و مکان عقد و سایر شرایط، بتواند مصداقی متعارف برای مورد مهر تعیین کند، مهریه فاقد ابهام تلقی شده و صحیح خواهد بود (سیستانی، ۱۴۱۷، ج۳، ص۹۱). این معیار در فتاوای فقهای متأخر نیز به رسمیت شناخته شده است. به موجب این فتاوی، در مواردی که مثلاً «سکه طلا» یا «خانه» بدون توصیف تعیین می‌شود، اگر در زمان عقد، نوعی خاص از آن رایج بوده باشد، انصراف عرفی به آن تعلق می‌گیرد و مهر معتبر خواهد بود (موسوی اردبیلی، گنجینهٔ استفتائات قضایی، سؤال ۸۴۵۹ و ۸۰۶۷).

این رویکرد، همسو با مادهٔ ۲۱۶ قانون مدنی است که علم اجمالی را در «موارد خاصه» کافی دانسته است. بسیاری از حقوقدانان با توسعهٔ مفهومی این ماده، عرف را به مثابهٔ ضابطه‌ای برای تعیین این موارد خاص تلقی کرده‌اند (امامی، ۱۳۸۶، ج۱، ص۲۱۴؛ شهیدی، ۱۳۷۷، ص۳۱۶). بر این اساس، هرگاه عقد بر مبنای تسامح طرفین یا ضرورت‌های اجتماعی منعقد شده باشد، علم اجمالی عرفی به موضوع معامله کافی خواهد بود. نمونه‌ای از این وضعیت را می‌توان در قراردادهایی چون بیع با ثمن شناور یا به نرخ روز بازار یافت که در آن‌ها نیز علم تفصیلی وجود ندارد، ولی عرف تعیین ثمن را ممکن می‌سازد.

در رویهٔ قضایی نیز چنین رویکردی مورد حمایت قرار گرفته است. برای مثال، در نظریهٔ نشست کمیسیون قضایی دادگستری بجنورد (۱۳۸۲/۰۱/۱۰) تصریح شده که در فرض تعیین مهر به صورت تعداد مشخص سکه طلا، بدون تعیین نوع آن، سکه رایج تمام‌بهار آزادی در زمان عقد، معیار خواهد بود. این مصداق، به روشنی بیانگر اعتبار انصراف عرفی در تشخیص مصداق مهر است.

با این حال، چنانچه عرف در تشخیص مصداق، به سبب گستردگی گزینه‌ها یا فقدان قرائن کافی ناتوان باشد (مانند تعیین سه دانگ از ملکی که زوج در آینده خواهد خرید)، مهریه با ابهام مواجه شده و اعتبار آن محل تردید خواهد بود. در چنین مواردی، با توجه به اصولی چون اصل صحت و وفای به عهد به جای جایگزینی مهرالمثل (بنا بر مبنای بطلان مهریه در فرض ابهام)، می‌توان معیارهای

دیگری را به منظور پرهیز از بطلان مهریه ارائه داد. یکی از نکات قابل استناد در پاسخ به مخالفان این است که عمدهٔ استدلال ایشان علیه پذیرش انصراف عرفی، فقدان ضابطه‌مندی و دقت عرف در تعیین مصادیق است. با این حال، همین منتقدان ـ همسو با اجماع فقها و حقوقدانان ـ در تعیین مهرالمثل، مراجعه به عرف و قرائن خارجی را تنها راهکار معتبر و قابل اتکا می‌دانند. این موضع، به‌وضوح حاکی از نوعی ناهمخوانی در استدلال و برخورد دوگانه با کارکرد عرف در مقام اثبات و تعیین است.

### ۳ـ۲. معیار تعیین سطح متوسط مهرالمسمی

در مواردی که امکان تعیین مورد مهر از طریق انصراف عرفی وجود نداشته باشد، معیار دوم که در فقه امامیه و ادلهٔ روایی جایگاه روشنی دارد، رجوع به حد وسط متعارف در عرف است. این معیار، که مبتنی بر موازین عقلایی و عرفی در تحلیل مصادیق است، از دیرباز مورد تأکید فقهای امامیه بوده و در آثار فقهای متقدم و متأخر به صراحت یا التزام انعکاس یافته است (خویی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۲۸۰؛ سبزواری، بی‌تا، ص۵۶۴؛ تبریزی، ۱۴۲۶، ج۲، ص۳۵۳). قاعدهٔ مزبور، ناظر به فرضی است که مهر تعیین‌شده در عقد، فاقد توصیف کمی و کیفی باشد و عرف نیز در ارائه مصداق مشخص دچار ابهام باشد. در چنین حالتی، با استناد به روایات متعدد، عرف به سطح متوسط از مصادیق متعارف در جامعه مراجعه می‌کند و آن را به‌عنوان معیار تعین مهر محسوب می‌دارد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۲۱، ص۲۸۳). برخی از فقیهان با استناد به روایات، این معیار را تنها راه تعیین مصداق مهریهٔ مبهم دانسته‌اند (سبحانی، ۱۴۱۶، ج۲، ص۱۹۰). بسیاری از فقیهان این معیار را تنها در مواردی که روایات واصله از ائمهٔ معصومین(ع) در خصوص آن موارد ذکر شده است اختصاص داده‌اند و نسبت به سایر موارد قائل به تعدی از موارد منصوصه نگشته‌اند (طوسی، ۱۴۰۰، ص۴۷۳؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج۲، ص۲۰۶؛ کیدری، ۱۴۱۶، ص۴۲۴). این موارد مذکور در روایت عبارت است از خانه، باغ و خادم (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۲۱، ص۲۸۳). اما بسیاری دیگر از فقیهان متأخر قائل به تعدی از موارد منصوصه گشته‌اند و در سایر مواردی که با ابهام نسبی نیز مواجهیم، حد وسط از مورد ابهام را متعین دانسته‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۴، ص۴۴۲؛

خوانساری، ۱۴۰۵، ج۴، ص۳۸۸؛ بهجت، ۱۴۲۸، ج۴، ص۴۱). این دسته از فقیهان روایات وارد شده در این مجال را تعبد محض قلمداد ننموده‌اند و این دسته از روایات را مطابق قواعد در نظر گرفته‌اند (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج۲۲، ص۶۸۹۵).

در مقام تعیین دقیق‌تر «حد وسط عرفی» به‌عنوان معیار تشخیص مورد مهر در فرض اجمال و فقدان انصراف عرفی، برخی از فقیهان معاصر تلاش کرده‌اند تا ضوابطی عینی و قابل ارجاع را برای اعمال این معیار ارائه دهند. این ضوابط که مبتنی بر ترکیب ملاک‌های عرفی و شخصی است، می‌تواند در فرآیند تفسیر قضایی و ارزیابی‌های عملی راهگشا و کارآمد باشد. دو ضابطه مهم در این زمینه قابل تبیین و تحلیل است:

**۱. ضابطهٔ میانگین قیمت‌ها:**

بر اساس این معیار، حد وسط مورد نظر در عرف، نه به صورت ذهنی یا تفسیری، بلکه بر مبنای میانگین قیمت‌های واقعی رایج در بازار تعیین می‌شود. بدین معنا که اگر مهر مورد نظر، مالی باشد که در بازار دارای طیف مشخصی از قیمت‌هاست ـ مانند خودرو، سکه یا آپارتمان ـ حد وسط عرفی آن، برآیند قیمتی بین افراد متعارف آن نوع از مال محسوب می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۴، ص۴۱).

**۲. ضابطهٔ وضعیت مالی زوج:**

ضابطه دوم، که در آرای فقهی برخی دیگر از مراجع معاصر جایگاه برجسته‌ای دارد، بر ملاحظهٔ اوضاع مالی زوج تأکید می‌ورزد. مطابق این دیدگاه، تعیین حد وسط صرفاً بر پایهٔ میانگین قیمت بازار کافی نیست، بلکه لازم است توان مالی، شأن اجتماعی و وضعیت اقتصادی زوج نیز در ارزیابی عرفی مورد لحاظ قرار گیرد (سبحانی، ۱۴۱۶، ج۲، ص۱۸۹). به بیان دیگر، معیار حد وسط یک مفهوم ایستا و مطلق نیست، بلکه نسبی و وابسته به شرایط فردی زوج است. بدین ترتیب، اگرچه در بازار ممکن است طیفی از قیمت‌ها برای یک نوع خاص از مال متعارف باشد، اما عرف در ارزیابی مهرِ متناسب، نه فقط به قیمت میانگین، بلکه به سطح معیشتی و استطاعت مرد نیز توجه می‌کند.

### ۳ـ۳. معیار تخییر زوج در پرداخت مصادیق موجود

در نظام فقهی و حقوقی، در مواردی که موضوع مورد تعهد ـ از جمله مهریه ـ به‌طور مطلق و بدون تعیین مشخصات کمی و کیفی معین شده باشد و انصراف عرفی نیز نسبت به یکی از مصادیق خاص احراز نگردد، یکی از ملاک‌های معتبر برای تعیین مصداق، تخییر متعهد در ایفای تعهد است. بر این اساس، معیار سوم برای تشخیص مورد مهر در فرض اجمال و ابهام، «تخییر زوج در انتخاب یکی از مصادیق متعارف» است. مطابق این دیدگاه که از استظهار عرفی اطلاق تبعیت می‌کند و مستند به اصول مسلم فقه امامیه نیز هست، زوج مخیر است از میان مصادیق متعارف و رایج متعلق تعهد، یکی از مصادیق را که حتی در کف دامنهٔ قیمتی و اوصاف متعارف قرار دارد، انتخاب و ایفای تعهد کند.

این نظریه که از سوی برخی از مراجع معاصر تقویت شده است، بر مبنای اصل اطلاق و قاعدهٔ تسلیط تحلیل می‌گردد. مطابق مبنای یادشده، هرگاه متعلق مهر به صورت مطلق ذکر شود و عرف نیز بر اساس همان اطلاق، تعیین خاصی را مفروض نداشته باشد، طبیعت مال مورد توافق، بر تمامی مصادیق آن منطبق است و در نتیجه، زوج حق دارد هر یک از آن مصادیق را انتخاب نماید (تبریزی، گنجینهٔ ا ستفتائات، سؤال ۸۰۶۸). در این فرض، اگر مرد ارزان‌ترین مصداق عرفی (اقل افراد متعارف) را برای پرداخت برگزیند، به تکلیف خود عمل کرده و ذمهٔ او بری خواهد شد. در چنین مواردی حکم به طبیعت مطلق تعلق یافته و در نتیجه، هر مصداقی که بر آن طبیعت صدق کند ـ حتی در پایین‌ترین مرتبهٔ متعارف ـ کفایت می‌کند، مگر آنکه عرف انصراف به مصداق خاصی داشته باشد یا اطلاق با قرینه‌ای همراه باشد که موجب تخصیص شود (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج۲۲، ص۶۸۸۱). البته لازم به ذکر است برخی از فقیهان معیار تخییر زوج در تعیین مهرالمسمی مبهم را در فرض تعدد حد متوسط مهرالمسمی در نظر گرفته‌اند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ج۴، ص۱۴۰). به این معنا که معیار در طول معیار دوم و نه در عرض آن در نظر گرفته می‌شود.

این مبنا نه‌تنها در نظریه‌های فقهی مورد حمایت قرار گرفته، بلکه در رویهٔ قضایی نیز انعکاس یافته است. به‌عنوان نمونه، در نظریه‌های مشورتی ادارهٔ کل حقوقی قوهٔ

قضاییه از جمله نظریهٔ شمارهٔ ۷/۱۴۰۲/۱۶۹ مورخ ۱۴۰۲/۰۳/۰۹ و نظریهٔ شمارهٔ ۱۵۶۵/۷ مورخ ۱۳۸۲/۰۲/۳۰ تصریح شده است که در فرض عدم تعیین نوع سکه بهار آزادی (اعم از طرح قدیم یا جدید)، زوج مخیر است هر یک از انواع آن را که در بازار موجود و متعارف است، به‌عنوان مهر پرداخت نماید و الزام او به پرداخت نوع گران‌تر فاقد وجه قانونی و شرعی خواهد بود. همین مبنا در نشست‌های قضایی دادگستری نیز تأیید شده است، از جمله در نشست مورخ ۱۳۸۲/۰۱/۱۰ کمیسیون نشست‌های قضایی دادگستری بجنورد که صراحتاً اختیار انتخاب نوع سکه را در فرض اجمال به زوج داده است.

### ۳ـ۴. معیار مصالحه

در مواردی که انصراف عرفی برای تعیین مصداق مهریه ناکارآمد است، معیار «مصالحه» به‌عنوان راهکار چهارم مطرح می‌شود. بر اساس این معیار، که مورد تأیید برخی فقهای معاصر قرار گرفته، زوجین موظف‌اند از طریق توافق بر یکی از مصادیق متعارف مهریه در عرف، به تعیین آن بپردازند (خمینی(ره)، ۱۴۲۲، ج۳، ص۱۸۱؛ سبحانی، ۱۴۱۶، ج۲، ص۱۹۰). مقصود از مصالحه در این مقام، توافق دو طرف بر یکی از گزینه‌های ممکن و متعارف است، به گونه‌ای که هر دو رضایت دهند و اختلاف پایان یابد. این توافق نه از باب گذشت یک‌طرفه، بلکه به مثابهٔ راهی برای تثبیت حق در شرایط اجمال و نزاع است.

در چنین مواردی، مصالحه به‌عنوان نوعی ابزار حل اختلاف عمل می‌کند که گاه دادگاه نیز طرفین را به آن ملزم می‌سازد. این الزام نه به معنای اجبار بر صلح اختیاری، بلکه اقدامی برای رفع کشمکش و جلوگیری از ادامه نزاع است؛ چیزی که در فقه از آن به «صلح اجباری» تعبیر می‌شود (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج۱، ص۲۰۹). این نوع مصالحه، در واقع راهی برای تعیین حق در مقام اجمال است، نه صرف گذشت از آن.

### ۳ـ۵. معیار تناسب با شئون زوجه

در فقه امامیه، یکی از معیارهای معتبر برای تعیین مصداق ملک در فرض اجمال و فقدان انصراف عرفی، تناسب آن با شئون زوجه است. این معیار، که در

نظرات برخی مراجع معاصر مورد تأکید قرار گرفته است، ناظر به آن است که دامنهٔ قابل قبول قیمت یا کیفیت ملک باید در چارچوب وضعیت اجتماعی و شأن عرفی زن تعریف شود. بدین معنا، هرگاه دامنه‌ای از قیمت‌ها یا کیفیت‌ها در عرف برای یک مال وجود داشته باشد، زوج موظف است حداقل مصداقی را که با شأن عرفی زوجه سازگار است، جهت ایفای تعهد خویش انتخاب و تأدیه نماید (شبیری زنجانی، گنجینهٔ استفتائات، سؤال ۸۰۶۸).

این رویکرد، برخاسته از تحلیل دقیق رابطهٔ میان موضوع و حکم در فقه امامیه است؛ زیرا موضوع تعهد زوج نسبت به مهر، یک واقعیت اجتماعی مشخص و متناسب با موقعیت زوجه در عرف است و نمی‌توان آن را به صورت کلی و مجرد در نظر گرفت. لذا معیار «تناسب با شئون» نه به‌عنوان یک قاعدهٔ استثنایی، بلکه به‌عنوان مقتضای ذات تعهد مهریه و تحلیل موضوع آن تلقی می‌شود.

در تحلیل فقهی این معیار، این دسته از فقیهان بیان می‌دارند که در فرض اطلاق عنوان ملک باید آن را مقید به متعارف مناسب با وضع زوجه دانست؛ به گونه‌ای که افراط و تفریط در تعیین مصداق منتفی باشد. مراد از رعایت عدالت در تعیین مهر، پرهیز از تعیین مصداقی است که کمتر یا بیشتر از حد شأن اجتماعی زوجه باشد (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج۲۲، ص۶۸۹۵).

همچنین، این معیار با اصول کلی فقهی همچون منع حرج، اصل عدالت، قاعدهٔ «المعروف عرفاً کالمشروط شرطاً» و ضرورت رعایت تناسب تعهدات با شخصیت حقوقی متعهدٌ له، همسویی تام دارد. از این‌رو، تعیین مصداق ملک در مهریه بر اساس شئون زوجه نه صرفاً توصیه‌ای اخلاقی، بلکه یک معیار حقوقی قابل اعمال در فرآیند داوری و قضا تلقی می‌شود و قابلیت الزام‌آوری دارد.

## نتیجه‌گیری

تحلیل فقهی و حقوقی مسئلهٔ مهریهٔ مبهم در نظام حقوقی ایران، تمایز میان ابهام مطلق و نسبی را به‌عنوان محور اصلی تعیین صحت یا بطلان مهریه برجسته می‌سازد. مادهٔ ۱۱۰۰ قانون مدنی، که بطلان مهریهٔ مجهول را مقرر می‌دارد، بر اساس

دیدگاه مشهور فقهای امامیه و رویهٔ غالب قضایی، به ابهام تام محدود می‌شود، یعنی حالتی که هیچ‌گونه امکان تعیین مصداق مهریه، حتی با ارجاع به عرف یا قرائن، وجود ندارد. در مقابل، ابهام نسبی، که با ابزارهایی نظیر عرف، توافق طرفین یا شأن زوجه قابل رفع است، مانع صحت مهریه تلقی نمی‌گردد. این پژوهش، با بهره‌گیری از روش توصیفی-تحلیلی و استناد به منابع فقهی، حقوقی و رویهٔ قضایی، مجموعه‌ای از معیارهای منسجم را برای رفع ابهام نسبی مهریه تبیین می‌کند که ریشه در فتاوای فقهای معاصر، اصول حقوقی و رویه‌های قضایی دارد.

معیار انصراف عرفی، به‌عنوان راهکار اولیه، با تکیه بر قرائن اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی نظیر وضعیت مالی زوج و شأن زوجه، مصداق متعارف مهریه را تعیین می‌کند. این رویکرد، که با مادهٔ ۲۱۶ قانون مدنی همخوانی دارد، در فتاوای فقهای معاصر و آرای قضایی، مانند تعیین «سکه تمام بهار آزادی» برای مهریه «سکه طلا»، مورد تأیید قرار گرفته است. در مواردی که عرف ناتوان از تعیین مصداق مشخص باشد، معیار تعیین سطح متوسط، مبتنی بر روایات فقهی، مصداقی متعادل و عادلانه را پیشنهاد می‌دهد که از افراط و تفریط پرهیز کند. این معیار، با در نظر گرفتن میانگین قیمت‌های بازار یا وضعیت مالی زوج، در فقه امامیه و رویهٔ قضایی، مانند پرونده‌های تعیین «۱۴ شاخه گل رز»، انعکاس یافته است.

در فرض فقدان انصراف عرفی یا سطح متوسط مشخص، تخییر زوج، بر اساس اصل اطلاق و قاعدهٔ تسلیط، به زوج اجازه می‌دهد از میان مصادیق متعارف، حتی در پایین‌ترین حد عرفی، انتخاب کند. این دیدگاه، که در نظریه های مشورتی قوهٔ قضاییه نیز تأیید شده، با اصول فقهی سازگار است. مصالحه، به‌عنوان راهکاری برای حل اختلاف، زوجین را به توافق بر مصداقی متعارف ملزم می‌کند و در صورت عدم توافق، صلح قهری توسط دادگاه اعمال می‌شود. این معیار، که در فتاوای فقها ریشه دارد، به پیشگیری از نزاع و تحقق عدالت کمک می‌کند. نهایتاً، تناسب با شئون زوجه، با تأکید بر جایگاه اجتماعی و فرهنگی زوجه، مصداقی متناسب را الزام می‌آورد و با اصول فقهی مانند منع حرج و قاعدهٔ «المعروف عرفاً کالمشروط شرطاً» همخوانی دارد.

رویهٔ قضایی ایران، با تأیید صحت مهریه‌های مبهم نسبی در پرونده‌هایی مانند تعیین «یک باب خانه» یا «۱۴ شاخه گل»، این معیارها را به‌طور عملی پیاده‌سازی کرده و مادهٔ ۱۱۰۰ را به ابهام تام محدود می‌سازد. این پژوهش پیشنهاد می‌دهد که محاکم، با تکیه بر این معیارهای فقهی و حقوقی، از بطلان غیرضروری مهریه جلوگیری کرده و با بهره‌گیری از عرف، شأن زوجه و توافق طرفین، مصادیق مهریه را تعیین کنند. این رویکرد، ضمن حفظ حقوق زوجه، انعطاف‌پذیری نظام حقوقی را در پاسخ به نیازهای اجتماعی تقویت کرده و در حل اختلافات حقوقی راهگشا است.

## فهرست منابع


۱. آقایی بجستانی، مریم؛ روحانی مقدم، محمد. (۱۳۹۶ش). تأملی در مهریهٔ غرری با رویکردی به شرط عندالاستطاعه. ۱۳(۲)، ص۳۲۱ـ۳۳۹. https://doi.org/10.22059/jorr.2017.218374.1007485

۲. ابن‌براج، عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق). المهذب. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۳. ارژنگ، اردوان؛ علی‌زاده، فاطمه. (۱۳۹۸ش). علم به مهریه؛ یک قید و چندین چالش. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۲۶(۹۹)، ص۷۷ـ۱۰۰. https://doi.org/10.22081/jf.2019.68444

۴. اراکی، محمدعلی. (۱۴۱۹ق). کتاب النکاح. قم: نورنگار.

۵. امامی، سید حسن. (۱۳۸۶ش). حقوق مدنی. تهران: اسلامیه.

۶. بحرانی آل‌عصفور، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۷. بهجت، محمدتقی. (۱۴۲۶ق). جامع المسائل. قم: دفتر معظم‌له.

۸. تبریزی، جواد. (۱۴۲۶ق). منهاج الصالحین. قم: مجمع الإمام المهدی(عج).

۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۱ش). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.

۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة. قم: مؤسسهٔ نشر آل البیت(ع).

۱۱. حکیم، سید محسن. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.

۱۲. خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: اسماعیلیان.

۱۳. خمینی، سید روح‌الله (امام خمینی). (۱۴۲۲ق). استفتائات. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۱۴. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. قم: مدینة العلم.

۱۵. دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۷۳ش). لغت‌نامه. تهران: دانشگاه تهران.

۱۶. سبحانی، جعفر. (۱۴۱۶ق). نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: بی‌نا.

۱۷. سبزواری، سید عبدالأعلی. (بی‌تا). جامع الأحکام الشرعیة. قم: مؤسسة المنار.

۱۸. سیستانی، سید علی. (۱۴۱۷ق). منهاج الصالحین. قم: دفتر معظم‌له.
۱۹. شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح. قم: مؤسسهٔ پژوهشی رأی‌پرداز.
۲۰. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.
۲۱. شهیدی، مهدی. (۱۳۷۷ش). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: حقوقدان.
۲۲. طاهری، حبیب‌الله. (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۳. طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی). (۱۴۰۰ق). النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الکتاب العربی.
۲۴. صافی گلپایگانی، لطف‌الله. (۱۴۱۶ق). هدایة العباد. قم: دار القرآن الکریم.
۲۵. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۶. عمید، حسن. (۱۳۶۹ش). فرهنگ فارسی عمید. تهران: امیرکبیر.
۲۷. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: کتابخانهٔ آیت‌الله مرعشی نجفی.
۲۸. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۵ق). جامع المسائل. قم: امیر قلم.
۲۹. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۰. فخرالمحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: اسماعیلیان.
۳۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳ش). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۲. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳ش). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: میزان.
۳۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۴ش). حقوق خانواده. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۴. کاشف الغطاء، احمد بن علی. (۱۴۲۳ق). سفینة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات. نجف: مؤسسهٔ کاشف الغطاء.
۳۵. کرکی، علی بن حسین (محقق کرکی). (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسة آل‌البیت(ع).
۳۶. کیدری، محمد بن حسین. (۱۴۱۶ق). إصباح الشیعة بمصباح الشریعة. قم: مؤسسهٔ امام صادق(ع).
۳۷. گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۰۹ق). مجمع المسائل. قم: دار القرآن الکریم.
۳۸. لطفی، عبدالرضا؛ الهامی، ابوالقاسم؛ پوراسکندری، زینب. (۱۴۰۳ش). جریان قاعدهٔ نفی غرر در مهریهٔ عقد دائم از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعهٔ ایران. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۷(۲)، ص۲۶۳ـ۲۷۹. https://doi.org/10.22059/jjfil.2024.376495.669682
۳۹. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۷ش). بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۰. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان.
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح. قم: مدرسهٔ امام علی بن ابی‌طالب(ع).

۴۲. مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱ق). الفقه علی المذاهب الخمسة. بیروت: دار التیار الجدید - دار الجواد.
۴۳. نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر). (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
۴۴. مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی قوه قضاییه. (بی‌تا). گنجینهٔ استفتائات قضایی [نرم‌افزار]. قم.

## References

1. Aghaei Bejestani, Maryam, & Rouhani Moghadam, Mohammad. (2017). A reflection on *gharar*-based dowry with an approach to the conditional-on-ability clause. *Journal of Research in Religious Jurisprudence*, 13(2), 321–339. https://doi.org/10.22059/jorr.2017.218374.1007485 [In Persian]
2. Allamah Hilli, Hasan bin Yusuf. (1992). *Qawāʿid al-Aḥkām*. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
3. Amid, Hassan. (1990). *Farhang-e Fārsī-ye ʿAmīd* [Amid Persian Dictionary]. Tehran: Amirkabir. [In Persian]
4. Araki, Mohammad Ali. (1998). *Kitāb al-Nikāḥ*. Qom: Noor Negar. [In Arabic]
5. Arzhang, Ardeshir, & Alizadeh, Fatemeh. (2019). Knowledge of dowry: One concept and multiple challenges. *Fiqh va Mabānī-ye Ḥuqūq-e Eslāmī*, 26(99), 77–100. https://doi.org/10.22081/jf.2019.68444 [In Persian]
6. Bahrani Al Asfouri, Yusuf bin Ahmad. (1984). *Al-Ḥadāʾiq al-Nāḍirah fī Aḥkām al-ʿItrah al-Ṭāhirah*. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
7. Bahjat, Mohammad Taqi. (2005). *Jāmiʿ al-Masāʾil*. Qom: Daftar-e Moʿazzam-leh. [In Persian]
8. Dehkhoda, Ali Akbar. (1994). *Dehkhoda Dictionary*. Tehran: University of Tehran Press. [In Persian]
9. Emami, Seyed Hassan. (2007). *Civil Law*. Tehran: Eslamiyeh. [In Persian]
10. Fadel Hindi, Mohammad bin Hasan. (1995). *Kashf al-Lithām wa al-Ibhām ʿan Qawāʿid al-Aḥkām*. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
11. Fadel Muqaddad, Miqdad bin Abdullah. (1983). *Al-Tanqīḥ al-Rāʾiʿ li-Mukhtaṣar al-Sharāʾiʿ*. Qom: Ketabkhaneh-ye Ayatollah Mar'ashi Najafi. [In Arabic]
12. Fakhr al-Muhaqqiqin, Mohammad bin Hasan. (1967). *Iḍāḥ al-Fawāʾid fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawāʿid*. Qom: Esma'ilian. [In Arabic]
13. Fazel Lankarani, Mohammad. (2004). *Jāmiʿ al-Masāʾil*. Qom: Amir Qalam. [In Arabic]
14. Golpayegani, Seyed Mohammad Reza. (1988). *Majmaʿ al-Masāʾil*. Qom: Dar al-Qur'an al-Karim. [In Persian]
15. Hakim, Seyed Mohsen. (1989). *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Beirut: Dar al-Ta'aruf lil-Matbu'at. [In Arabic]
16. Hurr Ameli, Mohammad bin Hasan. (1988). *Wasāʾil al-Shīʿah*. Qom: Mu'assasat Nashr Al al-Bayt ('alayhim al-salam). [In Arabic]
17. Ibn Barraj, Abd al-Aziz. (1985). *Al-Muhadhdhab*. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
18. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2012). *Mabsūṭ dar Termīnolozhī-ye Ḥuqūq* [Comprehensive Legal Terminology]. Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
19. Judiciary Research Center for Jurisprudence and Law. (n.d.). *Ganjīneh-ye Esteftāʾāt-e Qaḍāʾī* [Treasury of Judicial Inquiries] [Software]. Qom. [In Persian]
20. Karaki, Ali bin Hossein (Muhaqqiq Karaki). (1993). *Jāmiʿ al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawāʿid*. Qom: Mu'assasat Al al-Bayt ('alayhim al-salam). [In Arabic]
21. Kashif al-Ghita, Ahmad bin Ali. (2002). *Safīnat al-Najāh wa Mishkāt al-Hudā wa Miṣbāḥ al-Saʿādāt*. Najaf: Mu'assasat Kashif al-Ghita. [In Arabic]
22. Katouzian, Nasser. (2004). *Civil Law: General Rules of Contracts*. Tehran:

Sherkat-e Sahami-ye Enteshar. [In Persian]
24. Katouzian, Nasser. (2004). *Qānūn-e Madanī dar Naẓm-e Ḥuqūq-e Konūnī* [The Civil Code in the Current Legal Order]. Tehran: Mizan Publishing. [In Persian]
25. Katouzian, Nasser. (2015). *Family Law*. Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar. [In Persian]
26. Keydari, Mohammad bin Hossein. (1995). *Iṣbāḥ al-Shīʿah bi-Miṣbāḥ al-Sharīʿah*. Qom: Mu'assasat al-Imam al-Sadiq ('alayhi al-salam). [In Arabic]
27. Khansari, Seyed Ahmad bin Yusuf. (1984). *Jāmiʿ al-Madārik fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfiʿ*. Qom: Esma'ilian. [In Arabic]
28. Khoei, Seyed Abolqasem. (1989). *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Madinat al-'Ilm. [In Arabic]
29. Khomeini, Seyed Ruhollah (Imam Khomeini). (2001). *Esteftā'āt*. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Persian]
30. Lotfi, Abdolreza, Elhami, Abolghasem, & Pour Askandari, Zeinab. (2024). The application of the principle of negating *gharar* in permanent marriage dowry from the perspective of Imami jurisprudence and Iranian positive law. *Fiqh va Mabānī-ye Ḥuqūq-e Eslāmī*, 57(2), 263–279. https://doi.org/10.22059/jjfil.2024.376495.669682 [In Persian]
31. Makarem Shirazi, Nasser. (2003). *Kitāb al-Nikāḥ*. Qom: Madrasat al-Imam Ali bin Abi Talib ('alayhi al-salam). [In Arabic]
32. Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa. (2008). *Barrasī-ye Feqhī-ye Ḥuqūq-e Khānevādeh (Nikāḥ wa Inḥilāl-e Ān)* [Jurisprudential Study of Family Law (Marriage and Its Dissolution)]. Tehran: Markaz-e Nashr-e 'Olum-e Eslami. [In Persian]
33. Mughniyeh, Mohammad Javad. (2000). *Al-Fiqh ʿalā al-Madhāhib al-Khamsah*. Beirut: Dar al-Tayyar al-Jadid - Dar al-Jawad. [In Arabic]
34. Muhaqqiq Helli, Ja'far bin Hasan. (1987). *Sharā'iʿ al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Esma'ilian. [In Arabic]
35. Najafi (Sahib al-Jawahir), Mohammad Hassan. (1984). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'iʿ al-Islām*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
36. Safi Golpayegani, Lotfollah. (1995). *Hidāyat al-ʿIbād*. Qom: Dar al-Qur'an al-Karim. [In Arabic]
37. Sabzevari, Seyed Abd al-A'la. (n.d.). *Jāmiʿ al-Aḥkām al-Sharʿīyah*. Qom: Mu'assasat al-Manar. [In Arabic]
38. Shahid al-Thani, Zayn al-Din bin Ali. (1992). *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'iʿ al-Islām*. Qom: Mu'assasat al-Ma'arif al-Islamiyyah. [In Arabic]
39. Shahidi, Mehdi. (1998). *Tashkīl-e Qarārdād-hā va Taʿahhudāt* [Formation of Contracts and Obligations]. Tehran: Hoquqdan. [In Persian]
40. Shobeiri Zanjani, Seyed Mousa. (1998). *Kitāb al-Nikāḥ*. Qom: Mu'assasah-ye Pajūhishī-ye Ray Pardaz. [In Persian]
41. Sistani, Seyed Ali. (1996). *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Daftar-e Moʿazzam-leh. [In Arabic]
42. Sobhani, Ja'far. (1995). *Niẓām al-Nikāḥ fī al-Sharīʿah al-Islāmīyah al-Gharrā'*. Qom: n.p. [In Arabic]
43. Taheri, Habibollah. (1997). *Civil Law*. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Persian]
44. Tabrizi, Javad. (2005). *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Majma' al-Imam al-Mahdi ('aj). [In Arabic]
45. Tusi, Mohammad bin Hasan (Shaykh Tusi). (1979). *Al-Nihāyah fī Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā*. Beirut: Dar al-Kitab al-'Arabi. [In Arabic]

Civil Jurisprudence Doctrines

ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# Rereading the Concept and Rulings of Customary Guarantee in Imami Jurisprudence and Iranian Law as a Framework for Solving Emerging Issues: A Look at the Opinions of Seyed Yazdi and Professor Ayatollah Mohaghegh Damad

**Sayyed Nima Norouzi**[1]

1. Corresponding Author, Official Researcher, Research Division of Seminaries and Higher Levels of Qom Seminary and Department of Jurisprudence and Private Law, Faculty of Sciences and Education, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. Email: n.nima1376@gmail.com

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received: 24 July 2025
Revised: 19 August 2025
Accepted: 23 September 2025
Available online 5 October 2025

**Keywords:**
Classical Contract of Guarantee, Customary Contract of Guarantee, Guarantee Based on Dhimma, Guarantee Based on ʻUhda, Normative Obligations.

## ABSTRACT

The contract of guarantee has long been regarded as a fundamental institution in Imami jurisprudence, traditionally defined on the basis of *Naql al-Dhimma* (transfer of liability). According to this view, the debt is moved from the original debtor to the guarantor. While this classical doctrine gained a firm place in juristic tradition, it has lost much of its practical relevance in light of modern social and economic realities. In contemporary contexts—such as bank guarantees, construction contracts, property insurance, and credit arrangements—the traditional model no longer provides an adequate explanation. To address this gap, contemporary scholars have advanced the idea of "customary guarantee" (*Damān ʻUrfī*). Unlike the classical model, it is not based on transferring debt but on the guarantor's undertaking to indemnify losses or ensure fulfillment of obligations. This type of guarantee operates as a contractual or even unilateral commitment, validated by custom and practical necessity, and thus differs fundamentally from the *dhimma*-based framework. In this regard, Seyed Muhammad Kazim al-Ṭabataba'i al-Yazdi played a pioneering role by recognizing the legitimacy of guarantees beyond strict debt transfer in works such as *al-ʻUrwa al-Wuthqā* and his glosses on *al-Makāsib*. In modern Iran, Ayatollah Seyed Mustafa Mohaghegh Damad reformulated these insights into legal language within his *General Theory of Conditions and Obligations*, thereby introducing them into legal doctrine. By examining the historical development of the guarantee contract and analyzing the views of Seyed Yazdi, and by comparing the classical and customary forms of guarantee, this study concludes that redefining guarantee in light of custom and current needs is compatible with Imami jurisprudence. This approach can enhance the dynamism of the jurisprudence of transactions and foster its convergence with contemporary legal systems.

**Cite this article:** Norouzi, S., N. (2026). Rereading the Concept and Rulings of Customary Guarantee in Imami Jurisprudence and Iranian Law as a Framework for Solving Emerging Issues: A Look at the Opinions of Seyed Yazdi and Professor Ayatollah Mohaghegh Damad. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 18(33), 331-366. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.7227.2085

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

## Extended Abstract

**Introduction**

The central issue of this study is the inadequacy of the traditional conception of the contract of guarantee (*ḍamān*) in Imami jurisprudence — based on the doctrine of "transfer of liability" — to respond to the contemporary needs of financial, banking, and contractual relations. According to the classical theory, guarantee is confined to the transfer of an existing debt from the debtor's liability to that of the guarantor. However, modern economic developments have generated a wide range of guarantee mechanisms that cannot be adequately explained within this traditional framework.

The objective of this research is therefore to reexamine the foundations of guarantee, to clarify the theoretical capacities of the notion of "customary guarantee" (*ḍamān al-ʿurfī*), and to evaluate its effectiveness in addressing emerging legal issues. To achieve this aim, the study first reviews the juristic background of the concept of guarantee in the works of earlier Imami jurists. It then analyzes the innovative approach of Sayyid Muhammad Kazim Tabataba'i Yazdi in reinterpreting guarantee and his role in moving beyond the restriction of guarantee to existing debts. Finally, the theoretical and legal approach of Ayatollah Dr. Seyed Mostafa Mohaghegh Damad is examined and comparatively assessed.

The research adopts a jurisprudential and documentary analytical method based on authoritative sources of Imami jurisprudence. Through this approach, three principal gaps are identified: first, the restriction of guarantee to an already existing debt; second, the inability of the traditional concept of liability (*dhimmah*) to explain modern forms of guarantees; and third, the absence of a coherent theory capable of incorporating customary, contractual, and financial guarantees within the framework of Imami jurisprudence. A review of the existing literature indicates that although the juristic tradition recognizes various forms of guarantee, it has not provided a systematic explanation of "customary guarantee." The main hypothesis of this study is that analyzing guarantee on the basis of responsibility rather than merely liability makes it possible to explain modern guarantee mechanisms without contradicting the doctrinal foundations of Imami jurisprudence. The intended audience of this study includes jurists, legal scholars, and researchers in the fields of contracts and guarantee systems. The chosen methodology corresponds to the theoretical objectives of the research from both jurisprudential and legal perspectives.

## Method

This research employs a jurisprudential documentary analysis with a comparative approach between the two foundational concepts of *dhimmah* (legal liability) and *ʿuhdah* (responsibility or obligation). The analytical focus lies in extracting criteria for the effectiveness of guarantee from classical Imami sources, examining the views of prominent jurists including Sayyid Yazdi, Sayyid Mohsen al-Hakim, Seyed Abu al-Qasim al-Khoei, and others, and comparing these views with contemporary legal structures in Iranian law.

The sources were categorized through thematic analysis, and the theoretical foundations were derived from juristic texts and legal maxims, including the well-known hadith "ʿalá al-yad." In the comparative stage, the foundations of traditional guarantee were examined alongside customary guarantee, and the scope of each was analyzed in relation to contemporary contractual and commercial relations.

## Findings

The findings of this research demonstrate several important points. First, although the traditional theory of guarantee based on the transfer of liability is firmly grounded in Imami jurisprudence, it lacks sufficient explanatory capacity for modern forms of guarantees. Second, the examination of exceptional cases in jurisprudence — such as guarantees relating to property, guarantees of responsibility, and liability arising from possession — indicates that Imami jurisprudence possesses the conceptual capacity to recognize forms of guarantee broader than the conventional guarantee of debt.

Third, the detailed analysis provided by Seyed Muhammad Kazim Yazdi regarding the hadith "ʿalá al-yad" suggests that guarantee may attach to the object itself rather than merely to its substitute or value. This interpretation opens the way for recognizing customary guarantee as a legitimate legal institution. Fourth, the comparative examination of the views of Ayatollah Mohaghegh Damad shows that a precise distinction between *dhimmah* as the locus of legal liability and *ʿuhdah* as the locus of obligation allows modern guarantees to be analyzed within the framework of contractual commitments. On this basis, customary guarantee can exist even in the absence of an existing debt, because its essence lies in a rational commitment recognized by customary practice rather than in the transfer of liability.

Another important finding is that customary guarantee has the capacity to encompass various modern legal institutions, such as insurance contracts, bank guarantees, performance guarantees in contractual obligations, guarantees in construction and procurement contracts, and commitments to compensate potential damages. These mechanisms cannot be adequately

explained within the framework of classical guarantee. The study demonstrates that the fundamental distinction between traditional guarantee and customary guarantee lies in the analytical framework through which they are understood, namely the concepts of *dhimmah* and *ʿuhdah*. Although traces of this distinction appear in the writings of Imami jurists, it has not previously been articulated in a comprehensive theoretical structure.

**Conclusion**

The results of this research indicate that the theory of customary guarantee, as an institution based on rational commitment and obligation, is compatible with the doctrinal foundations of Imami jurisprudence and can provide an effective framework for addressing emerging legal issues. Analyzing guarantee through the concept of *ʿuhdah* opens a new perspective on the nature of guarantee obligations and demonstrates that the guarantor's obligation is not necessarily dependent on the transfer of debt from the debtor's liability to the guarantor's liability. Rather, it may be based on an independent commitment formed within customary and contractual relations. Within this framework, guarantee can be understood not merely as a mechanism for transferring debt but as a broader legal instrument for securing and strengthening obligations in contractual relationships.

Based on this analysis, the hypothesis of the study — namely the possibility of reconciling the traditional foundations of Imami jurisprudence with the requirements of contemporary legal systems — is confirmed. A careful reconsideration of fundamental concepts such as *dhimmah*, *ʿuhdah*, and guarantee reveals latent capacities within Imami jurisprudence that have previously received limited attention. By recognizing customary guarantee, many newly emerging legal institutions can be analyzed within a coherent juristic framework without departing from established legal principles. This development contributes to the dynamism of the jurisprudence of transactions and enhances its effectiveness in regulating modern economic relations. Nevertheless, several issues still require further investigation, including the precise scope of the hadith "ʿalá al-yad" in supporting constructive guarantees, the delineation of the boundary between contractual guarantee and tort liability, and the validity of guarantee commitments concerning future debts. Addressing these questions in future research could lead to a more refined theory of customary guarantee and assist in the formulation of clearer legal rules within the contemporary legal system.

***Authors' Contributions***

This article has a single author. All stages of the research, including conceptualization, data collection, analysis, and writing, were carried out entirely by the author.

***Data Availability Statement***
No data are available for sharing.

***Acknowledgements***
The author expresses sincere gratitude to Ayatollah Dr. Seyyed Mostafa Mohaghegh Damad for his valuable guidance regarding the concept of customary guarantee, and also thanks the editor and reviewers of the journal for their careful comments and constructive suggestions.

***Ethical Considerations***
All recognized ethical principles governing legal and jurisprudential research have been observed in this study, and no conflict has existed between the research process and ethical standards.

***Funding***
This research received no external funding.

***Conflict of Interest***
The author declares no conflict of interest.

***Declaration on the Use of AI Tools***
Artificial intelligence tools were used only for organizing certain references, summarizing portions of texts, and correcting grammatical errors. No substantive research content or analytical arguments were generated by artificial intelligence.

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# بازخوانی مفهوم و احکام ضمان عرفی در فقه امامیه و حقوق ایران به‌عنوان چارچوبی برای حل مسائل مستحدث با نگاهی به آرای سید یزدی(ره) و استاد آیت‌الله محقق داماد

سید نیما نوروزی[1]

۱. نویسنده مسئول، پژوهشگر رسمی معاونت پژوهش حوزه‌های علمیه و سطوح عالی و خارج حوزهٔ علمیهٔ قم و گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشکدهٔ علوم و معارف، جامعة المصطفی العالمیه، قم، ایران. رایانامه: n.nima1376@gmail.com

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:** پژوهشی

**تاریخ دریافت:** ۱۴۰۴/۰۵/۰۳
**تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۴/۰۵/۲۸
**تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۴/۰۷/۰۱
**تاریخ انتشار برخط:** ۱۴۰۴/۰۷/۱۳

**کلیدواژه‌ها:**
عقد ضمان مصطلح، عقد ضمان التزام عرفی، ضمان ذمه، ضمان عهده، تعهدات تکلیفی.

**چکیده**

عقد ضمان در فقه امامیه نهادی بنیادین است که همواره بر مبنای «نقل ذمه» تبیین شده است، یعنی با انعقاد عقد، دین از ذمهٔ بدهکار به ذمهٔ ضامن منتقل می‌شود. هرچند این برداشتِ سنتی در طول تاریخ جایگاه استواری یافته است، اما در برابرِ تحولات اجتماعی و اقتصادی معاصر کارایی محدودی دارد. در حوزه‌هایی چون ضمانت‌نامه‌های بانکی، قراردادهای پیمانکاری و بیمه، تعریف سنتی ضمان پاسخ‌گو نیست و نیازمند بازنگری است. بر همین اساس، برخی فقهای معاصر نظریهٔ «ضمان عرفی» را مطرح کرده‌اند؛ نهادی که نه بر انتقال دین، بلکه بر «التزام عرفی» ضامن به جبران خسارت یا ایفای تعهد استوار است. ضمان عرفی از حیث ماهیت، نوعی تعهد قراردادی یا حتی ایقاعی است که مشروعیت خود را از عرف و نیازهای اجتماعی می‌گیرد و بدین سان از عقد ضمان مصطلحِ مبتنی بر ذمه متمایز می‌شود. در این زمینه، سید محمدکاظم طباطبایی یزدی (ره) با نوآوری‌های خود در عروةالوثقی و حاشیه‌های مکاسب راه را برای پذیرش ضمان عرفی گشود. همچنین در حقوق ایران، استاد آیت‌الله سید مصطفی محقق داماد این مبانی را در قالب نظریهٔ عمومی شروط و التزامات به زبان حقوقی درآورد و وارد دکترین حقوقی نمود. این پژوهش با بررسی تاریخی عقد ضمان و تحلیل دیدگاه‌های سید یزدی و مقایسهٔ عقد ضمان مصطلح و عرفی، نشان می‌دهد که بازخوانی ضمان بر پایهٔ عرف و نیازهای روز، با مبانی فقه امامیه سازگار است و می‌تواند به پویایی فقه معاملات و همگرایی آن با نظام‌های حقوقی معاصر یاری رساند.

**استناد:** نوروزی، سید نیما. (۱۴۰۵). بازخوانی مفهوم و احکام ضمان عرفی در فقه امامیه و حقوق ایران به‌عنوان چارچوبی برای حل مسائل مستحدث: با نگاهی بر آراء سید یزدی(ره) و استاد آیت‌الله محقق داماد. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۸(۳۳)، ۳۳۱-۳۶۶. https://doi.org/10.30513/cjd.2025.7227.2085

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

## مقدمه

عقد ضـمان به‌عنوان یکی از عقود معین در فقه امامیه، از دیرباز جایگاه ویژه‌ای در نظام معاملات داشـته اسـت. فقها این عقد را غالباً به «نقل ذمه» تعریف کرده‌اند؛ بدین معنا که با انعقاد آن، دین از ذمهٔ بدهکار اصلی به ذمهٔ ضامن منتقل می‌شود و مضـمون‌عنه بری‌الذمه می‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴، ج۲۶، ص۱۳۵). با وجود این مبنای سـنتی، تحولات اجتماعی و نیازهای نوین اقتصـادی سـبب شـده اسـت تا کارکرد این نهاد حقوقی در بسیاری موارد ناکافی یا حتی غیرقابل اعمال جلوه کند.

یکی از مهم‌ترین کاسـتی‌های برداشـت کلاسـیک از ضـمان، محدود کردن آن به «دین بالفعل» در ذمه اسـت. در حالی که در مناسـبات اجتماعی و اقتصـادی امروز، ضـمانت‌ها غالباً معطوف به تعهدات آینده، قراردادهای بانکی، بیمه‌ها و ضـمانت‌نامه‌های تجاری هسـتند که با مبنای «نقل ذمه» همخوانی کامل ندارند (عاملی، ۱۴۱۳، ج۴، ص۱۹۰؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج۱۶، ص۳۹۷). این تضاد میان واقعیت‌های اقتصادی و مبانی نظری سنتی، ضرورت بازنگری در مفهوم ضمان را آشکار می‌سازد.

در آثار فقهی، در کنار ضـمان به معنای رایج، مواردی دیده می‌شـود که موضـوع آن‌ها دین نیسـت؛ از جمله ضـمان اعیان و ضـمان عهده. این موارد، اگرچه در چارچوب «نقل ذمه» نمی‌گنجند، اما فقها به‌طور پراکنده آن‌ها را پذیرفته‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج۲۰، ص۲۸۵؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲، ج۲۰، ص۱۶۲). پذیرش این موارد نشـان می‌دهد که حتی سـنت فقهی نیز در مواردی از قالب سـخت‌گیرانهٔ ضـمان مصـطلح فراتر رفته است.

در این میان، مفهوم «ضـمان عرفی» به‌عنوان گونه‌ای نو از ضـمان در فقه معاصـر مطرح گردیده اسـت. در این مفهوم، ضـمان صـرفاً به معنای «التزام به پرداخت یا جبران» تلقی می‌شود، بی‌آنکه لزوماً انتقال دین رخ دهد. به بیان دیگر، ضـمان عرفی نوعی تعهد قراردادی و توثیقی اسـت که بر مبنای عرف و نیازهای اجتماعی تحقق می‌یابد (بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ج۶، ص۷۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج۱۳، ص۳۴۲).

یکی از فقهایی که در تحول این بحث نقشی محوری ایفا کرده، سید محمدکاظم

طباطبایی یزدی(ره) است. وی ضمن پایبندی به مبنای سنتی ضمان در موارد اصلی، با تحلیل‌های نوآورانهٔ خود در عروة الوثقی و حواشی مکاسب، افق جدیدی برای پذیرش ضمان عرفی گشود. دیدگاه ایشان در خصوص ضمان ید و پذیرش ضمان اعیان در برخی موارد، نشان‌دهندهٔ انعطاف ایشان در برابر واقعیت‌های عرفی و حقوقی زمانه است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج۱، ص۹۹).

نوآوری سید یزدی(ره) در طرح ضمان عرفی را می‌توان در فاصله گرفتن از انحصار ضمان به «ذمه» و توجه به نهاد «عهده» دانست. او با استناد به حدیث «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»، دامنهٔ ضمان را از صرف دیون به مسئولیت نسبت به اعیان نیز گسترش داد. این مبنا، امکان تبیین ضمان به‌عنوان نهادی عام و تعهدآور را فراهم می‌کند که نه‌تنها در حوزهٔ دین، بلکه در عرصه‌های متنوعی همچون قراردادهای تجاری و بیمه نیز کاربرد دارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج۱، ص۱۰۰).

اهمیت بازخوانی نظریهٔ سید یزدی(ره) در روزگار حاضر بیش از پیش آشکار می‌شود؛ زیرا نظام‌های حقوقی و اقتصادی معاصر، انواع گوناگونی از ضمانت‌نامه‌ها، بیمه‌ها و ترتیبات قراردادی را به کار می‌گیرند که با تفسیر کلاسیک فقهی سازگار نیستند. در چنین شرایطی، تکیه بر دیدگاه‌های نوآورانه‌ای چون دیدگاه سید یزدی(ره) می‌تواند زمینهٔ همگرایی فقه امامیه با نظام‌های حقوقی جدید را فراهم آورد (محقق داماد، ۱۳۹۵، ص۳۰۷).

بر این اساس، هدف اصلی این مقاله بررسی ماهیت و ویژگی‌های ضمان عرفی و تحلیل مشروعیت آن از منظر فقه امامیه است. برای این منظور، نخست به سیر تاریخی و مبانی کلاسیک عقد ضمان پرداخته می‌شود، سپس دیدگاه‌های سید یزدی(ره) در خصوص ضمان عرفی تبیین می‌گردد و در نهایت تفاوت‌ها و شباهت‌های ضمان عرفی با ضمان مصطلح مورد بررسی قرار خواهد گرفت. این پژوهش درصدد است نشان دهد که ضمان عرفی، به مثابهٔ یک نهاد تعهدی نوین، قابلیت پذیرش در فقه امامیه را دارد و می‌تواند پاسخگوی نیازهای حقوقی معاصر باشد.

بر اساس این تحلیل، پذیرش و توسعهٔ ضمان عرفی می‌تواند ضمن پر کردن

خلأهای نظری و عملی نظام حقوقی، سازگاری بیشتری میان فقه امامیه و نهادهای تضمینی مدرن ایجاد کند. این همگرایی نه‌تنها در عرصهٔ معاملات و قراردادها، بلکه در تضمین حقوق اشخاص و پشتیبانی از کارکرد اقتصادی نظام حقوقی نقش مهمی خواهد داشت.

## ۱. مبانی تصوریهٔ بحث

**الزام:** «الزام» مصدر باب افعال و در لغت به معانی‌ای چون اجبار، لازم گردانیدن، بر عهده گرفتن، واداشتن و متعهد ساختن آمده است (حمیری، ۱۴۲۰، ج۹، ص۶۰۴۳؛ دهخدا، معین، عمید، ذیل واژه). این واژه اصطلاح خاص فقهی یا حقوقی ندارد؛ اما در قانون مدنی به اشتباه به جای واژه‌های «التزام» و «تعهد» به کار رفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص۷۶). از منظر مفهومی، الزام ناظر بر هرگونه تکلیف یا تعهدی است که قانون یا توافق آن را بر عهده شخص قرار داده است.

در قانون مدنی، «الزامات» شامل تکالیف ناشی از عقود و نیز تکالیف قانونی بدون قرارداد است. نوع نخست در قالب مسئولیت قراردادی تعریف می‌شود و نوع دوم به الزامات قانونی یا غیرقراردادی بازمی‌گردد، که فصل دوم از قسمت دوم کتاب دوم قانون مدنی از مادهٔ ۳۰۱ به بعد به آن پرداخته است (طاهری، ۱۴۱۸، ج۲، ص۱۰).

**مسئولیت:** «مسئولیت» از ریشه «سأل» و در لغت به معنای پایبند بودن، متعهد بودن، در معرض بازخواست قرار داشتن، ضمانت و مواخذه آمده است (معین، عمید، دلفانی، ۱۳۸۲، ص۲۴؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۹، ص۳۸؛ لطفی، ۱۳۹۳، ص۳). این واژه، مفهوم پاسخ‌گویی را در خود دارد و ناظر بر وضعیتی است که شخص در برابر رفتارهای خویش باید جوابگو باشد.

در اصطلاح حقوقی، مسئولیت به معنای الزام شخص به پاسخ‌گویی در قبال افعالی است که به او منسوب شده است (باریکلو، ۱۳۹۳، ص۲۴). این مفهوم، پایه‌ای برای بحث ضمان، تعهد و تکلیف در روابط حقوقی، اعم از قراردادی و غیرقراردادی است و در فقه اسلامی نیز در پیوند با مفاهیمی چون التزام و ضمان معنا می‌یابد (یزدانی، ۱۳۹۹).

**التزام:** «التزام» مصدر باب افتعال از ریشه «لزم» است و در لغت به معنای

عهده‌دار شدن کاری، پذیرش مسئولیت و وادار کردن خود به انجام امری آمده است (عمید، ذیل واژه). این واژه از نظر فقهی به معنای تعهد به انجام یا ترک کاری دانسته شده (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶، ج۱، ص۶۳۳) و در اصطلاح حقوقی، مترادف با «تعهد» است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص۷۶).

سنهوری، «التزام» را حالت حقوقی‌ای می‌داند که به موجب آن، شخص معین متعهد به انتقال حقی عینی یا انجام یا ترک فعلی می‌شود و آن را مفهومی عام‌تر و دقیق‌تر از «تعهد» دانسته است؛ زیرا تعهد ممکن است صرفاً به التزام ناشی از عقد محدود شود، در حالی که التزام همه‌ی موجبات، اعم از قانونی، قهری و قراردادی را دربرمی‌گیرد (سنهوری، ۱۹۵۲، ج۱، ص۱۱۲-۱۱۴؛ جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶).

**تعهد:** واژهٔ «تعهد» مصدر باب تفعّل و برگرفته از ریشه «عهد» است که در لغت به معنای حفظ و نگهداری از چیزی، به عهده گرفتن امری و پیمان بستن آمده است (مشکینی، بی تا، ص۳۸۱-۳۸۲؛ خمینی(ره)، ۱۴۱۸، ص۱۲۱؛ حائری، ۱۴۲۳، ص۱۸۴-۱۸۶؛ قرشی، ۱۴۱۲، ج۵، ص۵۹؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج۳، ص۳۱۳؛ فیومی، بی‌تا، ج۲، ص۴۳۵؛ فراهیدی، ۱۴۱۰، ج۱، ص۱۰۳؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ج۱، ص۱۱۲). این واژه، در اصطلاح فقه و حقوق، به رابطه‌ای حقوقی اطلاق می‌شود که به موجب آن، شخص یا اشخاصی معین، به اقتضای عقد، شبه‌عقد، جرم، شبه‌جرم یا حکم قانون، ملزم به دادن چیزی یا انجام یا ترک عملی به نفع دیگری می‌شوند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص۱۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص۷۱). در معنای عام، تعهد مترادف با مفاهیمی چون عقد (گیلانی، ۱۴۰۷، ص۱۳، ۹۲؛ مامقانی، ۱۳۱۶، ج۳، ص۳۸۰؛ نائینی، ۱۴۱۳، ج۱، ص۱۱۲)، شرط (یزدی، بی تا، ص۳۱۹)، اشتراط، الزام، التزام (همدانی، ۱۴۲۰، ص۱۳۷، ۵۱۴)، عهد، عهده، ضمان (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج۱، قسم۲، ص۲۳۴؛ حکیم، ۱۴۱۶، ج۱۳، ص۲۴۵؛ حکیم، بی‌تا، ص۱۱۸) و تکلیف به کار می‌رود و تمامی حقوق و الزامات دینی را در برمی‌گیرد (احمدی، ۱۳۸۸). در متون فقهی نیز این واژه بیشتر در ابواب ضمان، حواله و کفالت دیده می‌شود (مراغی، ۱۴۱۷، ج۲، ص۴۶۸؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص۱؛ محقق حلی، ۱۴۱۸، ج۱، ص۱۴۳؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷، ج۱، ص۵۵۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، ج۱، ص۴۰۳؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج۲، ص۵۴۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج۱۳، ص۱۱۴؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴، ج۲، ص۱۸۳؛ جمال الدین حلی،

۱۴۰۷، ج۲، ص۵۲۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج۹، ص۲۸۲).

در نظام حقوقی ایران، به‌ویژه در قانون مدنی، واژهٔ «تعهد» در مواد متعددی با معانی گوناگون به کار رفته است که عدم دقت در مفهوم حقیقی آن، می‌تواند موجب اختلال در تفسیر نهادهای حقوقی گردد (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶). برای نمونه، تقسیم کتاب دوم از جلد اول قانون مدنی به دو باب «عقود و تعهدات» و «الزامات خارج از قرارداد» ممکن است این تصور را ایجاد کند که «تعهد» تنها مربوط به دیون ناشی از عقود است و آنچه از دیگر اسباب مانند ضمان قهری یا استفاده بلاجهت پدید می‌آید، صرفاً «الزام» تلقی می‌شود؛ حال آنکه حتی در بند ۲ مادهٔ ۱۴۰ قانون مدنی، واژهٔ تعهد شامل تمامی حقوق دینی صرف‌نظر از سبب پیدایش آن شده است (باقری و نیک‌عمل، ۱۳۹۱). همچنین، در فصل ششم از باب اول (مواد ۲۶۴ به بعد)، عناوینی چون «سقوط تعهدات»، «وفای به عهد» و «تبدیل تعهد» آمده که اختصاص به دیون ناشی از عقد ندارند و نشان‌دهندهٔ کاربرد عام این اصطلاح‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص۱۹). از این‌رو، باید پذیرفت که تعهد الزاماً منشأ قراردادی ندارد و ممکن است به حکم قانون، حتی در نبود رابطهٔ حقوقی پیشین میان طلبکار و مسئول، پدید آید (موسوی راد و موسوی راد، ۱۴۰۳). در چنین مواردی، برای حفظ حقوق اشخاص و منع اضرار و استیفای ناروا، قانون‌گذار تعهدات قانونی را نیز معتبر دانسته است؛ خواه استفاده از مال یا کار مشروع باشد (مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ قانون مدنی) یا نامشروع (مواد ۲۶۵، ۳۰۱ و ۳۶۶ قانون مدنی) (قاسم‌زاده، ۱۳۹۰، ص۱۱).

**ضمان:** در مورد ریشهٔ واژهٔ «ضمان» میان لغویان اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن را مشتق از «ضم» به معنای پیوستن دانسته‌اند، ولی اکثر لغویان و فقهای امامیه آن را از مادهٔ «ضمن» می‌دانند و معتقدند که حرف «نون» جزو اصلی آن است و معنی آن را مطلق تعهد و التزام به مال یا نفس می‌دانند (فیومی، بی‌تا، ج۲، ص۳۶۴؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج۱۳، ص۲۵۷-۲۵۸؛ فراهیدی، ۱۴۱۰، ج۷، ص۵۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج۱۴، ص۲۷۹؛ عاملی، ۱۴۱۹، ج۱۶، ص۳۴۳-۳۴۴). فقهای امامیه بر این باورند که ضمان، انتقال ذمه از مدیون اصلی به ذمهٔ ضامن است (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج۲، ص۲۱۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج۲، ص۸۹).

در مقابل، بسیاری از فقهای اهل‌سنت ضمان را مشتق از «ضم» دانسته و

معتقدند نون آن زائد است، مانند واژگان دوران و جریان (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۴، ص۱۷۱). بر این اساس، ضمان به معنای ضمیمه شدن ذمهٔ ضامن به ذمهٔ مدیون است و نه انتقال دین. البته برخی از اهل‌سنت اشتقاق از «ضمن» را پذیرفته‌اند (زحیلی، ۱۹۹۸، ص۲۲)، اما همچنان نظریهٔ عدم ناقلیت ضمان را حفظ کرده‌اند (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج۲، ص۸۰-۸۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج۲۶، ص۱۱۳؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ج۲، ص۱۸۶).

## ۲. ماهیت ضمان از منظر فقه و حقوق

در اصطلاح فقهی امامیه، مفهوم «ضمان» متضمن دو برداشت عمده است. گروهی از فقها مانند کاشف الغطاء و سید محسن حکیم، آن را ناظر به جبران خسارت می‌دانند؛ به گونه‌ای که ضمان به معنای تدارک مال تلف‌شده یا غرامت ناشی از فعل شخص ضامن تلقی می‌شود (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج۱، قسم ۲، ص۲۶۲؛ حکیم، ۱۴۱۶، ج۱۲، ص۲۷۸؛ حکیم، بی‌تا، ص۱۱۹؛ جزایری، ۱۴۱۶، ج۳، ص۷۲-۷۴).

بر اساس این دیدگاه، ضمان یعنی آنکه مال تلف‌شده بر عهده ضامن قرار می‌گیرد و او باید با مثل یا قیمت آن را جبران کند. اصل در ضمان، جبران ضرر است و تفاوتی ندارد که این جبران به استناد قرارداد، قانون یا عرف صورت گیرد (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۵).

در مقابل، گروهی دیگر از فقها «ضمان» را به معنای اشتغال ذمه و عهده‌داری مالی می‌دانند؛ یعنی صرف ورود مال دیگری در ذمه شخص، و نه صرفاً الزام به پرداخت خسارت. این تعریف، ضمان را یک حکم وضعی می‌داند و پرداخت خسارت را تنها از آثار آن می‌گیرد (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳، ص۵۷؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج۱، ص۱۱۸، ۳۰۱-۱۳۰؛ خویی، بی‌تا، ج۴، ص۳۴۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج۴، ص۱۲۱).

در این تعریف، مال موضوع ضمان بدون در نظر گرفتن شخصیت مالک اولیه، در ذمه ضامن قرار می‌گیرد و جبران آن به واسطه این عهده‌داری، بر ضامن واجب می‌شود. این معنا در کلمات بسیاری از فقها نیز به چشم می‌خورد (بجنوردی، ۱۴۱۳، ج۱، ص۱۷۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶، ص۹۶؛ خمینی(ره)، ۱۴۲۱، ج۱، ص۵۰۰).

تأکید نائینی و دیگران بر این معناست که ضمان به معنای پرداخت خسارت نیست، بلکه پرداخت خسارت لازمه و اثر ضمان است (رضائی راد و همکاران، ۱۳۹۷).

بنابراین، «ضمان» در فقه امامیه به معنای قرار گرفتن مال در ذمه ضامن است، که به موجب آن، مسئولیت پرداخت مثل یا قیمت بر عهده او می‌افتد، اما این پرداخت، عین ضمان تلقی نمی‌شود (هوشمند فیروزآبادی، ۱۳۹۸).

از آنجا که واژه «ضمان» در فقه امامیه در موارد بسیار متنوعی مانند غصب، عقد فاسد، ضمان قاضی، ضمان طبیب، ضمان در شهادت زور، ضمان در تعزیر و غیره به کار رفته است، باید تعریفی ارائه داد که جامع تمام مصادیق باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج۱، ص۳۰۷). صرف بررسی لفظی واژه ضمان کافی نیست؛ بلکه فهم عرفی و سیاق فقهی آن نقش تعیین‌کننده‌ای در تفسیر دارد (عمید زنجانی، ۱۳۸۹، ص۴۴).

در نتیجه، ضمان در تمام اقسام آن (مانند ضمان معاوضی، تکفل و غرامت) دارای یک معنای پایه‌ای است: برعهده گرفتن تعهدی نسبت به مال یا زیان متعلق به غیر. محقق کرکی و شهید ثانی نیز این معنا را تأیید کرده و ضمان را معادل با تعهد دانسته‌اند (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج۵، ص۳۰۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۴، ص۱۷۱).

## ۳. ضمان نزد حقوق دانان

در قلمرو حقوق اسلامی، واژه «ضمان» غالباً به‌جای اصطلاح «مسئولیت» به‌کار می‌رود. بر این اساس، ضمان به‌معنای «ثبوت اعتباری چیزی در ذمه شخص به حکم شارع» تعریف می‌شود. هدف اصلی از این ضمان یا مسئولیت، جبران زیان‌های وارده و برقراری عدالت و نظم در جامعه است. در ساختار حقوق اسلامی، علاوه بر احکام تکلیفی که مکلف را به رعایت حقوق دیگران موظف می‌کند، در صورت ورود ضرر، فاعل زیان از منظر شارع دارای ضمان و مکلف به جبران آن می‌گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۴، ص۱۷۱).

با این حال، باید توجه داشت که «مسئولیت» ترجمه دقیق و کامل واژه عربی «ضمان» نیست. چراکه مسئولیت، بار معنایی مؤاخذه و پاسخگویی دارد، در حالی‌که «ضمان» در اصل ناظر به تعهد و التزام مالی است. به عبارت دیگر، ضمان ناظر به ماهیت اعتباری تعهد است و پرسش یا مؤاخذه، صرفاً یکی از آثار ثانوی آن به‌شمار می‌رود، نه خود مفهوم اصلی. از این رو، برخی از حقوق‌دانان معاصر عرب، واژه «التزام» را برای ترجمه ضمان مناسب‌تر از «مسئولیت» دانسته‌اند، چراکه این

تعبیر با معنای لغوی ضمان نیز هماهنگ‌تر است (عمید زنجانی، ۱۳۸۹ش، ص۳۸).

در متون قانونی نیز، به تبع فقه، از واژه «ضمان» برای بیان مفهوم مسئولیت استفاده شده است. اما در ادبیات حقوقی معاصر ایران، به‌ویژه پس از تأثیرپذیری از حقوق فرانسه، اصطلاح «مسئولیت مدنی» رایج‌تر و متداول‌تر شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۳ش، ج۱، ص۳۵). البته اگر مفهوم مسئولیت مدنی را محدود به تعهدات مالی در برابر ضررهای خصوصی و متمایز از مجازات کیفری در نظر بگیریم، می‌توان آن را معادل و منطبق با معنای فقهی ضمان در ابواب معاملات و تعهدات دانست، خواه از نوع قهری، عقدی یا ناشی از تقصیر در اجرای معامله باشد (عمید زنجانی، ۱۳۸۹ش، ص۴۷).

در یک جمع‌بندی، می‌توان گفت واژه «ضمان» در هر دو حوزه فقه و حقوق، به یک حقیقت اشاره دارد که همان «تعهد، التزام و مسئولیت» است. با این تفاوت که اسباب و موارد تحقق آن می‌تواند متفاوت باشد؛ از جمله در ضمان‌های معاوضی، قهری و عقدی. این مفهوم یکسان، در هر زمینه‌ای که مال، شخص یا شیئی موضوع تعهد باشد، جاری است و شامل موجبات ارادی، قهری یا اضطراری می‌گردد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۲ش، ص۱۲؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۹ش، ص۳۹۹؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۹۵). بنابراین، ضمان مفهومی بنیادین در نظام حقوق اسلامی است که کارکرد آن تضمین عدالت، جبران ضرر و سامان‌دهی روابط حقوقی میان اشخاص است.

## ۴. بررسی کاربست‌های ضمان عقدی در ادبیات فقهی

اعتماد صرف بر مبانی نظری سنتی همچون «نقل ذمه» در عقد ضمان، بدون توجه به واقعیت‌های اقتصادی و کارکردهای عملی قراردادها، موجب کاهش کارکرد نهاد ضمان و حتی کنار گذاشته شدن آن در بسیاری از موارد می‌گردد. در آثار فقهی، در عین تصریح به این مبنا، مواردی از ضمان مطرح شده است که موضوع آن‌ها دین نیست؛ مانند ضمان از اعیان که در آن مالی معین مورد ضمانت قرار می‌گیرد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج۲۰، ص۲۸۵؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲، ج۲۰، ص۱۶۲؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ج۶، ص۷۶). همچنین ضمان عهده، که به‌رغم نبود دین، در فقه و قانون مدنی مورد پذیرش قرار گرفته است (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج۱۴، ص۳۳۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج۲۶، ص۱۴۶).

با بررسی انواع ضمان‌هایی که میان اشخاص رواج دارد، روشن می‌شود که موضوع ضمانت‌ها بسیار متنوع است. برخی از فقهای معاصر اقسام جدیدی از ضمان اعیان را نیز مطرح کرده‌اند؛ مثلاً در موردی که ضامن، مالی را که نزد مالک است، ضمانت می‌کند و می‌پذیرد که در صورت تلف یا نقصان آن، بدل آن را بپردازد (روحانی قمی، ۱۴۱۲، ج۲۰، ص۶۱). این فرض در قالب‌های جدیدی مانند بیمهٔ اشیا مشاهده می‌شود، که در آن بیمه‌گر، در برابر دریافت عوض، متعهد می‌شود که اگر کالای بیمه‌شده تلف یا ناقص شد، جبران آن را بر عهده گیرد (شریف، ۱۳۹۶، ص۳۷). همچنین ممکن است کسی به مالک دستور دهد مالی را به دریا بیفکند و ضمانت جبران آن را بپذیرد یا ضامن تعهد کند هر خسارتی که به مضمون‌له وارد آید، او جبران نماید.

نمونه‌های دیگری نیز وجود دارد که در آن‌ها ضامن به مضمون‌عنه وعده می‌دهد که خساراتی را که او به دیگران وارد کند، خود جبران خواهد کرد؛ مانند ضمانت از نفقه اقارب یا نفقه آینده زوجه، ضمانت از مال‌الجعاله و موارد متعدد دیگری که در آن‌ها موضوع ضمان، دین موجود در ذمه نیست. همچنین ضمانت حسن انجام تعهد، ضمانت‌نامه‌های بانکی، ضمانت در بورس، اسناد تجاری[1]، قراردادهای پیمانکاری، اقساط وام‌ها و بسیاری از ترتیبات مالی دیگر نیز خارج از محدوده سنتی نقل ذمه قرار می‌گیرند.

برخی فقها برای توجیه مشروعیت این موارد، به ضرورت‌های اجتماعی و نیازهای عرفی استناد کرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج۹، ص۲۹۷؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج۵، ص۳۲۵)، اما این استدلال‌ها در تعارض با مبنای مشهور فقهی عقد ضمان، یعنی نقل ذمه، قرار دارند. بر همین اساس، برخی از فقیهان این ضمانت‌ها را استثنا تلقی کرده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج۱۶، ص۳۹۸)، اما اشکال این رویکرد در آن است که با توجه به فراوانی مصادیق ضمانت در مناسبات امروزین، نمی‌توان همگی را ذیل عنوان استثنا قرار داد.

با توجه به تنوع و گستره قراردادهای تضمینی نوین، ضروری است نظریه‌ای عام در باب ضمان ارائه شود که بتواند تمامی این موارد را در بر گیرد. این نظریه باید از

---

۱. در مواردی که سند به جهت ضمانت صادر می‌شود.

مبنای سنتی فاصله بگیرد و به گونه‌ای بازتعریف شود که ضمان را نه صرفاً به‌عنوان نقل ذمه، بلکه به‌عنوان یک نهاد تعهدآور در معنای عرفی آن تحلیل کند؛ نهادی که کارکرد حمایتی، مالی و قراردادی آن، همسو با فهم عقلایی و نظام‌های حقوقی معاصر باشد.

از این رو لازم است نخست، مفهومی موسع و جدید از ضمان مبتنی بر رویهٔ عرفی و تحلیل‌های اقتصادی ارائه شود و سپس در پرتو این مفهوم نو، شرایط موضوع ضمان در موارد مختلف، از جمله در ضمانت‌نامه‌های جدید، بررسی گردد. این رویکرد ضمن پاسخگویی به نیازهای عملی، امکان همگرایی فقه امامیه با نظام‌های حقوقی دیگر را نیز فراهم می‌سازد.

## ۵. بحث پیرامون مفهوم ضمان در عرف کنونی

در تحلیل مفهوم «ضمان عرفی» می‌توان دریافت که برخلاف دیدگاه سنتی در فقه امامیه که عقد ضمان را منحصر به نقل ذمه و انتقال دین از مضمون‌عنه به ذمهٔ ضامن می‌داند، برخی فقها با نگاهی عرفی‌تر، معنای دیگری از ضمان ارائه کرده‌اند. به موجب این دیدگاه، ضمان عرفی صرفاً به معنای تعهد به پرداخت دین یا ایفای مسئولیت در قبال طلب مضمون‌له است، بدون اینکه ذمهٔ ضامن مشغول شود یا انتقال واقعی دین رخ دهد. این تحلیل در آثار فقهایی چون بصری بحرانی، طباطبایی حکیم و موسوی خویی دیده می‌شود که ضمان را نوعی تعهد و توثیق طلب در برابر طلبکار می‌دانند، نه صرف انتقال دین به ضامن (بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ج۶، ص۷۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج۱۳، ص۳۴۲-۳۴۹؛ موسوی خویی، ۱۴۰۹، ج۲، ص۲۰۰).

در این مفهوم از ضمان، تعهد ضامن به پرداخت، بدون قصد انتقال دین و با هدف تضمین پرداخت در صورت تخلف مضمون‌عنه از ایفای تعهد است. مضمون‌له در صورت عدم پرداخت از سوی بدهکار اصلی (مضمون‌عنه)، حق مراجعه به ضامن را دارد. بنابراین، ضمان عرفی به معنای انتقال دیون نیست، بلکه به‌عنوان یک نوع وثیقهٔ اعتباری و تعهد اخلاقی-حقوقی مطرح می‌شود. در این رویکرد، ضمان موجب اشتغال ذمهٔ ضامن از ابتدا نمی‌شود؛ بلکه او تنها در صورت عدم وفای مضمون‌عنه، مسئول شناخته می‌شود (فیاض کابلی، بی‌تا، ج۲، ص۳۷۲؛ طباطبایی

حکیم، ۱۴۱۰، ج۲، ص۱۹۶).

بر این اساس، ضمان عرفی صرفاً تعهدی مستقل و غیرملکی است و با ویژگی‌هایی مانند عدم اشتغال ذمه، عدم لزوم وجود دین قطعی و ثبات تعهد، از ضمان مصطلح متمایز می‌شود. اثر این نوع ضمان نه ایجاد مالکیت مضمون‌له بر ذمهٔ ضامن است، نه برائت مضمون‌عنه، بلکه صرفاً ایجاد مسئولیتی عرفی است که با عدم ایفای تعهد مضمون‌عنه، قابلیت رجوع به ضامن را فراهم می‌سازد. در مقابل، ضمان مصطلح یا فقهی، مبتنی بر نظریهٔ تملیک است که در آن، به محض انعقاد عقد، مضمون‌عنه بری‌الذمه شده و ذمهٔ ضامن مشغول می‌گردد (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص۱۵).

سرانجام، باید توجه داشت که ضمان عرفی در مصادیق خود می‌تواند به صورت عقد یا حتی ایقاع تحقق یابد؛ چنان‌که ضمان امر به اتلاف یا ضمان ناشی از وعده نیز از مصادیق آن به شمار می‌آید. از این‌رو، این نوع ضمان برخلاف تصور سنتی از ضمان تنها در قالب عقود، می‌تواند بر پایهٔ عرف و در پاسخ به نیازهای متنوع اقتصادی و اجتماعی امروز شکل گیرد و اعتبار حقوقی بیابد. چنین تحولی در فهم فقهی، زمینه‌ای برای تطبیق فقه امامیه با نظام‌های نوین حقوقی در حوزهٔ قراردادهای تضمینی فراهم می‌آورد. در ادامه به ارکان و شرایط ضمان در عرف جدید پرداخته می‌شود:

### ۵ـ۱. عدم انحصار به مال کلی در ذمه (دین)

در تحلیل مفهوم «ضمان عرفی» می‌توان دریافت که برخلاف دیدگاه سنتی در فقه امامیه که عقد ضمان را منحصر به نقل ذمه و انتقال دین از مضمون‌عنه به ذمهٔ ضامن می‌داند، برخی فقها با نگاهی عرفی‌تر، معنای دیگری از ضمان ارائه کرده‌اند. به موجب این دیدگاه، ضمان عرفی صرفاً به معنای تعهد به پرداخت دین یا ایفای مسئولیت در قبال طلب مضمون‌له است، بدون اینکه ذمهٔ ضامن مشغول شود یا انتقال واقعی دین رخ دهد. این تحلیل در آثار فقهایی چون بصری بحرانی، طباطبایی حکیم و موسوی خویی دیده می‌شود که ضمان را نوعی تعهد و توثیق طلب در برابر طلبکار می‌دانند، نه صرف انتقال دین به ضامن (بصری بحرانی، ۱۴۱۳،

ج۶، ص۷۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج۱۳، ص۳۴۲-۳۴۹؛ موسوی خویی، ۱۴۰۹، ج۲، ص۲۰۰).

در این مفهوم از ضمان، تعهد ضامن به پرداخت، بدون قصد انتقال دین و با هدف تضمین پرداخت در صورت تخلف مضمون‌عنه از ایفای تعهد است. مضمون‌له در صورت عدم پرداخت از سوی بدهکار اصلی (مضمون‌عنه)، حق مراجعه به ضامن را دارد. بنابراین، ضمان عرفی به معنای انتقال دیون نیست، بلکه به‌عنوان یک نوع وثیقهٔ اعتباری و تعهد اخلاقی-حقوقی مطرح می‌شود. در این رویکرد، ضمان موجب اشتغال ذمهٔ ضامن از ابتدا نمی‌شود؛ بلکه او تنها در صورت عدم وفای مضمون‌عنه، مسئول شناخته می‌شود (فیاض کابلی، بی‌تا، ج۲، ص۳۷۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰، ج۲، ص۱۹۶).

بر این اساس، ضمان عرفی صرفاً تعهدی مستقل و غیرملکی است و با ویژگی‌هایی مانند عدم اشتغال ذمه، عدم لزوم وجود دین قطعی و ثبات تعهد، از ضمان مصطلح متمایز می‌شود. اثر این نوع ضمان نه ایجاد مالکیت مضمون‌له بر ذمهٔ ضامن است، نه برائت مضمون‌عنه، بلکه صرفاً ایجاد مسئولیتی عرفی است که با عدم ایفای تعهد مضمون‌عنه، قابلیت رجوع به ضامن را فراهم می‌سازد. در مقابل، ضمان مصطلح یا فقهی، مبتنی بر نظریهٔ تملیک است که در آن، به محض انعقاد عقد، مضمون‌عنه بری‌الذمه شده و ذمهٔ ضامن مشغول می‌گردد (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص۱۵).

سرانجام، باید توجه داشت که ضمان عرفی در مصادیق خود می‌تواند به صورت عقد یا حتی ایقاع تحقق یابد؛ چنان‌که ضمان امر به اتلاف یا ضمان ناشی از وعده نیز از مصادیق آن به شمار می‌آید. از این‌رو، این نوع ضمان برخلاف تصور سنتی از ضمان تنها در قالب عقود، می‌تواند بر پایهٔ عرف و در پاسخ به نیازهای متنوع اقتصادی و اجتماعی امروز شکل گیرد و اعتبار حقوقی بیابد. چنین تحولی در فهم فقهی، زمینه‌ای برای تطبیق فقه امامیه با نظام‌های نوین حقوقی در حوزهٔ قراردادهای تضمینی فراهم می‌آورد. در ادامه به ارکان و شرایط ضمان در عرف جدید پرداخته می‌شود.

در نظریهٔ سنتی فقه امامیه، عقد ضمان مبتنی بر انتقال دین از ذمهٔ مضمون‌عنه

به ذمهٔ ضامن است. به بیان دیگر، تنها زمانی ضمان محقق می‌شود که موضوع آن، دینی کلی و ثابت در ذمه باشد. از این رو، فقهای امامیه همچون حسینی عاملی و عاملی کرکی با استناد به نقل ذمه، موضوع ضمان را منحصر به مال کلی در ذمه دانسته‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج۱۶، ص۳۹۷؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج۴، ص۱۹۰). این دیدگاه به حدی مورد اجماع قرار گرفته که فقهایی مانند نجفی آن را بدیهی و مورد اتفاق دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج۲۶، ص۱۳۵).

این تحلیل فقهی ریشه در دو مؤلفهٔ اصلی دارد: «نقل» و «ذمه». بر این مبنا، چون موضوع عقد باید چیزی باشد که بتوان آن را از ذمهٔ یک شخص به ذمهٔ شخص دیگر منتقل کرد، تنها «دین» قابلیت چنین انتقالی را دارد. در نتیجه، هر نوع ضمان از اعیان یا منافع و هر آنچه که در ذمه قرار ندارد، خارج از این قلمرو قرار می‌گیرد. تحلیل مفهومی ذمه در این نظریه آن را ظرفی برای اموال کلی می‌داند و هرچه قابلیت استقرار در این ظرف را نداشته باشد، موضوع عقد ضمان نخواهد بود (مغنیه، ۱۴۲۱، ج۴، ص۵۲).

در مقابل این دیدگاه، نظریه‌ای نوین با عنوان «ضمان عرفی» مطرح شده است که به‌جای تکیه بر ذمه، نهاد اعتباری دیگری به نام «عهده» را مبنای تحلیل قرار می‌دهد. در این نظریه، عقد ضمان نوعی تعهد یا التزام عرفی است که ضامن نسبت به مضمون‌له ایجاد می‌کند. از این رو، موضوع عقد دیگر منحصر به دین نیست، بلکه می‌تواند شامل تعهد به تسلیم مال، پرداخت خسارت، یا هر نوع ضمانت مالی دیگر نیز باشد. این نگاه ناظر به نیازهای عرفی و تحولات نظام‌های حقوقی معاصر است (شریف، ۱۳۹۶، ص۳۷؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲، ج۲۰، ص۶۱).

تحلیل تفاوت میان ذمه و عهده به‌ویژه در فقه تطبیقی میان شیعه و اهل‌سنت مورد توجه قرار گرفته است. برخی فقها چون فاضل لنکرانی و حسینی حائری بر این باورند که تفاوت دیدگاه امامیه و اهل‌سنت در خصوص ضمان، ناظر بر تفاوت این دو ظرف اعتباری است (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶، ص۱۰۰؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳، ج۱، ص۶۰). از نظر شیعه، ضمان انتقال دین است (نقل ذمه)، اما در فقه اهل‌سنت، ضمان به معنای التزام به انجام تعهدی در قالب عهده مطرح است.

بر پایهٔ این تحلیل، همان‌گونه که ضمان از دین قابل تحقق است، ضمان از عین نیز می‌تواند در قالب عهده محقق شود. از جمله مصادیق این نوع ضمان می‌توان به بیمهٔ اشیاء، ضمانت از حسن انجام تعهد، ضمانت در معاملات اقساطی، ضمانت در قراردادهای دولتی و تجاری، و حتی تعهد به پرداخت خسارات احتمالی اشاره کرد. این نوع ضمان در برخی منابع فقهی مانند روحانی قمی و شریف مورد بررسی قرار گرفته و مستند آن، حدیث «عَلَی الْیَدِ» دانسته شده است که بر اساس آن، متصرف غیرمأذون نسبت به عین مأخوذه مسئول است (روحانی قمی، ۱۴۱۲، ج۲۰، ص۱۶۲؛ شریف، ۱۳۹۶، ص۳۷).

حدیث «عَلَی الْیَدِ» نقشی کلیدی در اثبات امکان ضمان عینی در فقه امامیه ایفا می‌کند. فقهایی چون طباطبایی یزدی با استناد به این حدیث، به این نتیجه رسیده‌اند که مسئولیت ضمان می‌تواند نسبت به عین خارجی نیز محقق گردد، نه فقط نسبت به دین (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج۱، ص۹۹). به این ترتیب، همان‌طور که ضمان قهری از عین خارجی پذیرفته شده است، می‌توان ضمان انشایی و ارادی از عین را نیز معتبر دانست.

در تحلیل تفاوت میان «ذمه» و «عهده»، بسیاری از فقها مانند آیت‌الله فاضل لنکرانی، ذمه را ظرف احکام وضعی و مختص به دیون دانسته‌اند و عهده را ظرف اعتباری برای اعیان خارجی معرفی کرده‌اند؛ بر این مبنا، تنها امور اعتباری چون دین که در خارج تحقق ندارند، نیازمند ظرفی مانند ذمه هستند، اما اعیان خارجی خود دارای وجود عینی بوده و به ظرفی اعتباری مانند عهده نیاز ندارند (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶، ص۹۷). این تفکیک، دیدگاه غالبی در فقه امامیه است که موجب شده ضمان، صرفاً در حوزهٔ انتقال دیون در ذمه معنا یابد و ضمان از اعیان و امور عینی به‌عنوان استثنا یا اشکال تلقی شود.

با وجود این دیدگاه، برخی از محققان معاصر همچون محقق داماد و دکتر نعمت‌اللهی با طرح تمایزی نو میان «ذمه» و «عهده»، مسیر متفاوتی را در تحلیل ضمانت‌ها ترسیم کرده‌اند. به زعم اینان، تفاوت بنیادین این دو نهاد در نوع حکم شریعتی است که در آن مستقر می‌شود: ذمه ظرف احکام وضعی (مانند اشتغال به

دین) و عهده ظرف احکام تکلیفی (مانند تعهد به انجام کار) است (محقق داماد، ۱۳۹۵، ص۳۰۱؛ نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱). از این منظر، دامنهٔ عهده از صرف اعیان خارجی فراتر رفته و شامل تعهدات قراردادی و الزامات عرفی و قانونی نیز می‌گردد.

تحلیل فوق با قرائتی متفاوت از حدیث مشهور «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ» تقویت می‌شود. در حالی که بیشتر فقها مانند انصاری و غروی اصفهانی، مفاد این روایت را دال بر حکم وضعی دانسته‌اند و ضمان را امری شأنی و مبتنی بر اشتغال ذمه در صورت تلف می‌پندارند (انصاری، ۱۴۱۵، ج۳، ص۱۸۱؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۹، ج۱، ص۳۰۲)، گروهی دیگر از فقها چون بحرالعلوم و ایروانی، دلالت حدیث را بر حکم تکلیفی دانسته و معتقدند مسئولیت متصرف از باب الزام به حفظ مال غیر و جبران خسارت در صورت تعدی است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج۲، ص۳۴۸؛ ایروانی، ۱۳۸۴، ج۱، ص۹۳).

در این نگاه، ضمان صرفاً به معنای اشتغال ذمه به بدل مالی نیست، بلکه به معنای الزام متصرف یا ضامن به ایفای یک تعهد خاص است، خواه این تعهد ناشی از قرارداد، قانون یا عرف باشد. به بیان روشن‌تر، ضامن به جای آنکه دین موجود در ذمهٔ شخص ثالث را به عهده بگیرد، تعهد او به ایفای آن دین را تضمین می‌کند (فیاض کابلی، بی تا، ج۲، ص۳۷۳). این تحلیل حتی نسبت به مواردی که هنوز دینی محقق نشده یا عینی در ذمه مستقر نگشته نیز صادق است و صرف انشای ضمانت، به خودی خود می‌تواند مولّد عهده و مسئولیت باشد.

در مسئلهٔ امکان ضمان از اعیان (یعنی ضمان از غیر دین)، سید محمدکاظم طباطبایی یزدی در عروة الوثقی و نیز در حاشیهٔ مکاسب نظری خاص دارد که به نحوی دیدگاه میانه‌ای است. او در عین آنکه نظریهٔ رایج فقه امامیه مبنی بر انحصار موضوع عقد ضمان در دین را می‌پذیرد، اما در موارد خاصی چون ضمان ید (ضمان قهری متصرف غیرمأذون) بر اساس حدیث «عَلَى الْيَدِ» قائل به مسئولیت متصرف نسبت به عین است و نه صرفاً قیمت آن. به تعبیر وی، موضوع ضمان، نفس عین مأخوذه است، نه عوض آن؛ و این نشان می‌دهد که در نظر ایشان، ضمان از عین خارجی در فرض ضمان قهری پذیرفته شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج۱، ص۹۹). اما در خصوص امکان تحقق ضمان از اعیان در قالب عقد ضمان (یعنی ضمان

انشـایی)، وی با احتیاط برخورد کرده و بیشـتر بر همان رویکرد سـنتی فقهی تأکید دارد.

مرحوم سید محمدکاظم یزدی نیز ضـمن پذیرش اصـل انحصـار ضـمان در ذمه، در مواردی مانند ضمانت از اعیان غصبی یا مال مقبوض به عقد فاسد، با استناد به حدیث «عَلَی الْیَدِ» معتقد اسـت که ضـمان تحقق می‌یابد، هرچند موضـوع آن دین سـابق نباشـد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج۱، ص۹۹). این تحلیل راه را برای پذیرش ضـمان از غیر دین هموار می‌سازد.

استاد آیت‌الله محقق داماد دیدگاه نوگرایانه‌تری دارد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص۸). وی با تحلیل عرفی عقد ضمان، معتقد است که انحصار موضوع ضمان به دین، مستند به مبانی فقهی خاص و مبتنی بر نهاد ذمه اسـت، در حالی که می‌توان ضـمان را بر پایهٔ عهده نیز تحلیل کرد. در این تحلیل، ضـامن نه دین موجود در ذمهٔ شـخص دیگر را منتقل می‌کند، بلکه تعهدی عرفی برای جبران خسـارت یا تحویل مال خاصـی در آینده بر عهده می‌گیرد. محقق داماد با پذیرش این مبنا، ضـمان از اعیان و منافع را در قالب ضمان مبتنی بر عهده مجاز می‌داند. او در آثار خود به‌ویژه در کتاب «نظریهٔ عمومی شـروط و التزامات در حقوق اسـلامی»، به این تفکیک توجه کرده و با تکیه بر کارکرد اجتماعی و عرفی ضـمان، از توسـعهٔ قلمرو ضـمان در فقه امامیه دفاع می‌کند (محقق داماد، ۱۳۹۴، ج۱، ص۱۱۲؛ محقق داماد، ۱۳۹۵، ج۱، ص۱۴۶).

همچنین اسـتاد محقق داماد با تبیین گسـتردهٔ عهده به‌عنوان ظرف تعهدات الزام‌آور و نه فقط دیون، بر این باور اسـت که ضـمانت تعهدات، حتی در فقد دین پیشـین، نه‌تنها ممکن، بلکه با تحول در کارکرد قراردادها ضـروری اسـت (محقق داماد، ۱۳۹۵، ص۳۰۷).

در نتیجه، با پذیرش تحلیل نوین از ذمه و عهده و عبور از رویکرد سنتی انحصار موضـوع ضـمان به دین در ذمه، می‌توان دامنهٔ عقد ضـمان را به تعهدات قراردادی، تکالیف قانونی، الزامات عرفی و مسـئولیت های آتی نیز توسـعه داد. بر این مبنا، ضـمان می‌تواند شـامل التزام به انجام یک فعل، جبران خسـارت، یا حتی تضـمین حسـن اجرای تعهدات باشـد، خواه تعهد مزبور متضـمن دین باشـد یا نباشـد. این

تبیین، همسو با نیازهای امروز نظام‌های معاملاتی و تضمینی، امکان تطبیق فقه امامیه با نهادهای مدرن حقوقی مانند بیمه، ضمانت‌نامه‌های بانکی و اسناد تجاری را فراهم می‌آورد.

### ۵ـ۲. عدم ضرورت وجود موضوع هنگام عقد

شرط دوم در عقد ضمان مصطلح، یعنی ضرورت عدم وجود موضوع هنگام عقد، یکی از مباحث مهم در فقه است. مشهور فقها بر آنند که موضوع عقد ضمان باید پیش از انعقاد عقد موجود باشد؛ زیرا ضمان مصطلح بر ذمه و دین استوار است و دین ماهیتی اعتباری و در عین حال وجود خارجی دارد که باید بالفعل وجود داشته باشد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج۱۶، ص۴۰۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج۱۴، ص۳۱۱). بنابراین، ضمانی که موضوع آن دین یا مال موجود نباشد، باطل شناخته می‌شود. این قاعده به ویژه در ضمان نقل که رابطهٔ مالکیت مطرح است، سخت‌گیرانه‌تر است و وجود موضوع عقد ضروری می‌باشد.

اما ضمان عرفی که موضوع آن صرفاً تعهد و التزام است، با ضمان نقل تفاوت بنیادی دارد. در ضمان عرفی، ضرورت وجود بالفعل موضوع عقد منتفی می‌شود و کافی است که عرفاً وجود موضوع برای انعقاد عقد فرض شود. در این نوع ضمان، عقد بر مبنای اعتبار عرفی منعقد می‌شود و نیازی به وجود خارجی و بالفعل موضوع نیست (سبزواری، ۱۴۱۳، ج۲۰، ص۲۸۰-۲۸۳؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶، ج۹، ص۲۵۷). به این ترتیب، ضمان عرفی به‌عنوان عقدی مبتنی بر تعهد، انعقاد آن حتی نسبت به موضوعات آینده و اعتباری نیز معتبر شناخته می‌شود.

از دیدگاه عرف نیز معاملات متعددی وجود دارد که تضمین‌ها و ضمانت‌ها پیش از ایجاد موضوع عقد اخذ می‌شود؛ مانند وام‌دهی که ابتدا تضمین اخذ شده و سپس دین ایجاد می‌گردد. این عرف و تجربهٔ عملی جامعه دلالت دارد بر اینکه ضمان عرفی بدون وجود موضوع بالفعل نیز قابل تحقق است (مغنیه، ۱۴۲۱، ج۴، ص۴۸). بر این اساس، عدم وجود موضوع عقد هنگام انعقاد ضمان عرفی، مانع اعتبار و صحت عقد نیست و عرف و عقل حکم به صحت آن می‌دهند.

برخی فقها معتقدند حتی بدون وجود سبب (موجب دین) نیز عقد ضمان عرفی

قابل تحقق و معتبر است و وجود سبب یا دین بالفعل شرط صحت عقد نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج۲، ص۷۶۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۳، ج۶، ص۱۱۶). این نظریه نشان‌دهندهٔ انعطاف‌پذیری ضمان عرفی در برابر شرایط و نیازهای روز جامعه است و تلاش دارد ضمان‌هایی را که در عمل پذیرفته شده‌اند، به رسمیت بشناسد.

سید یزدی(ره) نیز در تحلیل خود ضمن تأیید ضرورت وجود دین بالفعل برای ضمان مصطلح، معتقد است که ضمان عرفی مفهوم و ماهیت متفاوتی دارد و به همین دلیل می‌تواند بدون وجود دین بالفعل نیز معتبر باشد. ایشان بر انعطاف‌پذیری ضمان عرفی تأکید کرده و آن را در چارچوب تعهدات اعتباری و عرفی قابل پذیرش دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج۲، ص۷۶۲).

استاد آیت‌الله محقق داماد بر این باورند که در ضمان مصطلح انشایی با مبنای نقل، وجود دین بالفعل و اشتغال ذمهٔ ضامن به دین شرط لازم و غیرقابل حذف است و نمی‌توان صحت ضمان را صرفاً به وجود سبب محدود کرد (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص۲۰). ایشان بر این نکته تأکید دارند که ضمان اصطلاحی بدون وجود دین بالفعل قابل تحقق نیست و این دیدگاه مبنای فقهی محکم‌تری دارد. اما در مورد ضمان عرفی به‌عنوان یک التزام، ایشان نیز مانند سید یزدی(ره) قائل به ضرورت وجود موضوع هنگام عقد نیستند.

شارحان کلام سید یزدی(ره)، ضمن تکمیل دیدگاه ایشان، نظریهٔ ضمان عرفی را معتبر می‌دانند و معتقدند که تحقق عقد ضمان عرفی بدون وجود سبب و دین بالفعل امکان‌پذیر است، زیرا ضمان عرفی تابع عرف و اعتبار عقلا است و بنابراین می‌تواند ضمان تعهدات آینده را نیز شامل شود (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج۱۳، ص۲۵۶-۲۶۵).

نتیجه آنکه، بر اساس دیدگاه‌های معاصر فقهای امامیه، به ویژه نظر سید یزدی(ره) و استاد محقق داماد، باید تفاوت ماهوی میان ضمان مصطلح (ضمان نقل) و ضمان عرفی قائل شد. ضمان مصطلح نیازمند وجود دین بالفعل است، اما ضمان عرفی که ماهیتی اعتباری و مبتنی بر تعهدات است، می‌تواند بدون وجود موضوع بالفعل نیز صحیح و معتبر باشد. این امر با پذیرش اعتبار عرفی و تحقق

عقد بر مبنای شرایط واقعی و عرف جامعه قابل توجیه است.

**جدول ۱- مقایسهٔ انواع کاربست‌های اصطلاحی ضمان و ساخت فقهی-حقوقی متناظر با آن‌ها**

| نوع ضمان | ماهیت | ارکان | احکام و آثار |
|---|---|---|---|
| ضمان انشایی (عقد ضمان) | تعهد ارادی و قراردادی شخص بری‌الذمه به پرداخت دین شخص دیگر؛ مبتنی بر نقل ذمه در فقه سنتی | ۱. ایجاب و قبول بین ضامن و مضمون‌له ۲. وجود دین در ذمهٔ مضمون‌عنه هنگام عقد (در نظریهٔ سنتی) ۳. برخی معاصرین وجود دین بالفعل را لازم نمی‌دانند | با انعقاد عقد، دین از ذمه بدهکار اصلی به ذمه ضامن منتقل می‌شود (فقه سنتی)؛ مضمون‌عنه بری‌الذمه می‌شود، مگر با شرط خلاف |
| ضمان عرفی | تعهد عرفی برای تضمین اجرای تعهد یا جبران خسارت بدون لزوم انتقال دین؛ می‌تواند وثیقهٔ اعتباری یا تضمین پرداخت در صورت تخلف باشد | ۱. تراضی یا تعهد یک‌جانبه (عقد یا ایقاع) ۲. تعیین تعهد یا موضوع تضمین (ممکن است دین موجود نباشد) ۳. قصد الزام و پذیرش عرفی | ذمه ضامن از ابتدا مشغول نمی‌شود مگر در صورت تخلف مضمون‌عنه؛ می‌تواند شامل ضمانت از تعهدات آینده، اعیان یا منافع باشد؛ انعطاف‌پذیر و قابل انطباق با نیازهای جدید مانند ضمانت‌نامهٔ بانکی یا بیمه |

## نتیجه‌گیری

عقد ضمان در فقه امامیه همواره بر اساس نظریهٔ «نقل ذمه» تبیین شده است؛ بدین معنا که با انعقاد ضمان، دین از ذمهٔ بدهکار اصلی به ذمهٔ ضامن منتقل می‌شود و مضمون‌عنه بری‌الذمه می‌گردد. این برداشت در طول قرون متمادی چارچوب اصلی ضمان را تشکیل داده و در آثار متقدمان تثبیت شده است.

با این حال، بررسی تحولات اجتماعی و اقتصادی نشان می‌دهد که چنین تحلیلی به تنهایی پاسخگوی نیازهای امروزین نیست. ضمانت‌نامه‌های بانکی،

بیمه‌های بازرگانی، قراردادهای پیمانکاری و ترتیبات پیچیدهٔ مالی نمونه‌هایی هستند که در آن‌ها ضمانت به معنای مصطلح نمی‌گنجد و نیاز به چارچوب جدیدی دارد.

نظریهٔ «ضمان عرفی» در همین بستر مطرح شده است. در این نظریه، ضمان مبتنی بر «التزام و تعهد شخصی» ضامن است نه انتقال واقعی دین. ضامن تعهد می‌کند که در صورت عدم ایفای تعهد توسط بدهکار یا بروز خسارت، جبران آن را بر عهده گیرد.

یکی از تفاوت‌های بنیادی عقد ضمان مصطلح و ضمان عرفی در ظرف حقوقی آن‌هاست. در ضمان مصطلح، ذمه ظرف اعتباری دین محسوب می‌شود، در حالی که در ضمان عرفی، «عهده» ظرف اعتباری برای انواع تعهدات تکلیفی و قراردادی تلقی می‌گردد.

بر این مبنا، ضمان عرفی می‌تواند دامنه‌ای بسیار گسترده‌تر از ضمان مصطلح داشته باشد. تعهدات قراردادی، الزامات قانونی و حتی ضمانت از اعیان و منافع در چارچوب ضمان عرفی معتبر شناخته می‌شوند، در حالی که ضمان مصطلح صرفاً محدود به دیون موجود در ذمه است.

از نظر شرایط صحت، ضمان مصطلح نیازمند وجود بالفعل موضوع دین در زمان عقد است. در مقابل، ضمان عرفی لزوماً چنین شرطی ندارد و صرف وجود عرفی یا اعتبار عقلایی برای انعقاد عقد کافی است. به همین دلیل، قراردادهای تضمینی می‌توانند حتی پیش از تحقق دین یا تعهد اصلی شکل بگیرند.

علاوه بر این، قاعدهٔ بطلان عقد در صورت فقدان موضوع که در ضمان مصطلح لازم‌الرعایه است، در ضمان عرفی قابل انعطاف است. بسیاری از فقها و حقوقدانان با تکیه بر اعتبار عرف و بنای عقلا، صحت ضمان عرفی را حتی در فقدان دین موجود پذیرفته‌اند.

دیدگاه سید محمدکاظم طباطبایی یزدی(ره) و شارحان آثار او نشان می‌دهد که ضمان عرفی، ماهیتی مستقل از ضمان مصطلح دارد و می‌تواند بدون وجود دین بالفعل نیز معتبر باشد. تحلیل‌های ایشان بر اساس حدیث «عَلَی الْیَدِ» و مبانی

عرفی، زمینهٔ پذیرش ضمان موسع را فراهم ساخته است.

آیت‌الله محقق داماد نیز با تفکیک میان عقد ضمان مصطلح و عرفی، بر ضرورت وجود دین بالفعل برای تحقق ضمان به معنای کلاسیک تأکید دارد، اما در عین حال، ضمان عرفی را مبتنی بر تعهدات اعتباری دانسته و صحت آن را بدون وجود دین بالفعل نیز می‌پذیرد. این تحلیل گامی مهم در پیوند میان فقه و حقوق معاصر است.

در مجموع، بررسی تطبیقی نشان می‌دهد که ضمان عرفی نهادی کارآمد و متناسب با نیازهای روز است و پذیرش آن در چارچوب فقه امامیه نه‌تنها تعارضی با مبانی ندارد، بلکه موجب پویایی و روزآمدی نظام فقهی خواهد شد. اصلاح قانون مدنی و گنجاندن قواعد صریح درباره ضمان عرفی ضرورتی انکارناپذیر است؛ زیرا این امر می‌تواند پلی میان سنت فقهی و نهادهای حقوقی مدرن ایجاد کند و پاسخگوی نیازهای اقتصادی و اجتماعی جامعهٔ معاصر باشد.

## فهرست منابع


۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۱۳ق). حاشیة المکاسب (تقریرات درس شیخ انصاری). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۲. احمدی، محمدرضا. (۱۳۸۳ش). تأملی در مفهوم، مبانی و اقسام تعهد. پژوهش حقوق عمومی، ۱۱(۲۶)، ص۷-۴۲.

۳. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۴. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). المکاسب. قم: کنگرهٔ بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

۵. ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی. (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب. تهران: وزارت ارشاد.

۶. باقری، احمد؛ نیک‌عمل، زهره. (۱۳۹۱ش). ضمان از دین مجهول. آموزه‌های فقه مدنی، ۴(۶)، ص۱۱۵-۱۳۸.

۷. باریکلو، علیرضا. (۱۳۸۸ش). حقوق مدنی ۷. تهران: مجد.

۸. بحرالعلوم، محمد بن محمدتقی. (۱۴۰۳ق). بلغة الفقیه. تهران: مکتبة الصادق(ع).

۹. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۱۰. بصری بحرانی، محمد. (۱۴۱۳ق). معالم الدین و ملاذ المجتهدین. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۱. بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۳ق). القواعد الفقهیة. قم: نشر الهادی.
۱۲. پارساپور، محمدباقر؛ قاسم‌زاده، سید روح‌الله. (۱۳۹۰ش). بررسی فقهی حقوقی رضایت آگاهانهٔ بیمار و وظیفهٔ اطلاع‌رسانی پزشک. مجلهٔ اخلاق و تاریخ پزشکی، ۵(۱)، ص۳۹ـ۵۰.
۱۳. جعفری خسروآبادی، نصرالله. (۱۳۹۴ش). تأملی بر مفهوم تعهد و التزام در فقه امامیه و حقوق ایران. مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ۹(۳)، ص۱ـ۱۸.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۱ش). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
۱۵. جزایری، سید محمدجعفر. (۱۴۱۶ق). القواعد الفقهیة. قم: مؤسسهٔ دارالعلم.
۱۶. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. حسینی حائری، کاظم. (۱۴۲۳ق). فقه الضمان. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۱۸. حکیم، سید محسن. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۱۹. حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: دار إحیاء التراث العربی.
۲۰. حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق). شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم. بیروت: دار الفکر.
۲۱. خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۶۰ش). تحریر الوسیلة. قم: دارالعلم.
۲۲. خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۷۰ش). کتاب البیع (تقریرات خرم‌آبادی). قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۲۳. خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۱۸ق). الأمالی. قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۲۴. خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۲۵. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۰۹ق). مبانی العروة الوثقی. قم: مدرسهٔ دارالعلم.
۲۶. دلفانی، علی‌اشرف. (۱۳۸۲ش). مبانی مسئولیت کیفری در حقوق اسلام و فرانسه. قم: بوستان کتاب.
۲۷. رضائی راد، عبدالحسین؛ سیاحی، معصومه؛ نشان، خسرو. (۱۳۹۷ش). بررسی فقهی و حقوقی راهکارهای تعیین ضامن در تداخل عرضی اسباب. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۰(۱۷)، ص۸۹ـ۱۱۶.
۲۸. روحانی قمی، سید محمدصادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق(ع). قم: مؤسسهٔ دار الکتاب.
۲۹. زحیلی، وهبة. (۱۹۹۳م). نظریة الضمان. دمشق: دار الفکر.
۳۰. سبزواری، سید عبدالأعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام. قم: مؤسسة المنار.
۳۱. سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۱۹۹۱م). الوسیط فی شرح القانون المدنی. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

۳۲. سیوری حلی (فاضل مقداد)، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: کتابخانهٔ آیت‌الله مرعشی نجفی.
۳۳. شریف، محمدجواد. (۱۳۹۶ش). تحلیل فقهی بیمهٔ اشیاء. تهران: پژوهشگاه علوم انسانی.
۳۴. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۰۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۵. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: مکتبة الداوری.
۳۶. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۱ق). حاشیة الإرشاد. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۷. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.
۳۸. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۴ق). حاشیة شرائع الإسلام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۹. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۹ق). مسالک الأفهام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.
۴۰. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۲۲ق). حاشیة شرائع الإسلام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۱. صاحب بن عباد. (۱۴۰۰ق). کافی الکفاة. بیروت: عالم الکتاب.
۴۲. طاهری، حبیب‌الله. (۱۳۷۷ش). طبیب ضامن است. نامهٔ مفید، (۱۱).
۴۳. طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: دار إحیاء التراث العربی.
۴۴. طباطبایی قمی، سید تقی. (۱۴۲۶ق). مبانی منهاج الصالحین. قم: منشورات قلم الشرق.
۴۵. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۴۶. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۱ق). حاشیة المکاسب. قم: اسماعیلیان.
۴۷. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۹ق). الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۸. عاملی کرکی، علی بن حسین (محقق کرکی). (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۴۹. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان إلی أحکام الإیمان. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۵۰. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۵۱. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام الشرعیة. قم: مؤسسهٔ امام صادق(ع).
۵۲. عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۸۹ش). مبانی مسئولیت مدنی در فقه و حقوق. تهران: سمت.
۵۳. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب. (۱۴۱۷ق). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۵۴. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۱۶ق). القواعد الفقهیة. قم: چاپخانهٔ مهر.
۵۵. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۳ق). تفصیل الشریعة: الغصب، إحیاء الموات، المشترکات و اللقطة. قم: مرکز فقهی ائمهٔ اطهار(ع).
۵۶. فخرالمحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: اسماعیلیان.
۵۷. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). کتاب العین. قم: نشر هجرت.
۵۸. فیاض کابلی، محمد اسحاق. (بی‌تا). منهاج الصالحین. قم: دار الهدی.
۵۹. فیومی، احمد بن محمد. (بی‌تا). المصباح المنیر. قم: دار الرضی.
۶۰. قاسم‌زاده، سید مرتضی. (۱۳۸۹ش). الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد. تهران: میزان.
۶۱. قاسم‌زاده، سید مرتضی. (۱۳۹۰ش). مبانی مسئولیت مدنی. تهران: میزان.
۶۲. قرشی، سید علی‌اکبر. (۱۴۱۲ق). قاموس قرآن. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۶۳. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهة (کتاب الکفالة). نجف اشرف.
۶۴. کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی. (۱۳۵۹ق). تحریر المجلة. نجف اشرف: المکتبة المرتضویة.
۶۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹ش). نظریهٔ عمومی تعهدات. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۶۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۳ش). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: میزان.
۶۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۸ش). الزام‌های خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی). تهران: دانشگاه تهران.
۶۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۸ش). مسئولیت مدنی. تهران: دانشگاه تهران.
۶۹. گیلانی، میرزا حبیب‌الله رشتی. (۱۳۷۷ق). فقه الإمامیة (قسم الخیارات). قم: داوری.
۷۰. مامقانی، محمدحسن. (۱۳۱۶ق). غایة الآمال فی شرح المکاسب. قم: مجمع الذخائر الإسلامیة.
۷۱. محقق ثانی (کرکی)، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسة آل البیت(ع).
۷۲. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان.
۷۳. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۷۶ش). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۷۴. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۰ش). نظریهٔ عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۷۵. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۴ش). حقوق قراردادها در فقه امامیه. تهران: سمت.
۷۶. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۵ش). حقوق تعهدات و قراردادها. تهران: میزان.
۷۷. محقق داماد، سید مصطفی؛ یزدانی، غلامرضا. (۱۳۹۰ش). شرط خیار در عقد ضمان. آموزه‌های

فقه مدنی، ۳(۴)، ص۳ـ۲۴.
۷۸. مراغی، میر عبدالفتاح بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۹. مشکینی، میرزا علی. (بی‌تا). مصطلحات الفقه. قم: نشر الهادی.
۸۰. مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱ق). الفقه علی المذاهب الخمسة. بیروت: دار التیار الجدید - دار الجواد.
۸۱. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۱۱ق). فقه الشرکة و کتاب التأمین. قم: دار العلم مفید.
۸۲. موسوی بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۳ق). القواعد الفقهیة. قم: نشر الهادی.
۸۳. موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۹۲ش). عقد ضمان و نقش آن در حقوق مدنی. تهران: مجد.
۸۴. موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۹۵ش). عقد ضمان. وقف میراث جاویدان، ۸(۹۱)، ص۱-۲۰.
۸۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۰۹ق). مبانی العروة الوثقی. قم: مدرسهٔ دارالعلم.
۸۶. موسوی راد، سید حسین؛ موسوی راد، سید جابر. (۱۴۰۳ش). ضرورت جبران کاهش ارزش پول در صورت اشتراط در عقد قرض. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶(۲۹)، ص۲۵۳-۲۷۴. https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4464.1749
۸۷. نائینی، محمدحسین. (۱۳۵۹ق). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب. تهران: المکتبة المحمدیة.
۸۸. نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۳ش). فوائد الأصول. قم: جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۸۹. نائینی، محمدحسین. (۱۴۱۳ق). المکاسب و البیع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹۰. نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر). (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
۹۱. نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر). (۱۴۱۱ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
۹۲. نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۳۹۱ش). تحلیل فقهی ضمان از اعیان. فصلنامهٔ فقه و حقوق اسلامی، ۴(۷)، ص۷۹ـ۱۰۲.
۹۳. نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۳۹۵ش). اصالت ضمان قهری و تقدم آن بر مسئولیت قراردادی در فقه امامیه. مجلهٔ حقوق اسلامی، ۱۳(۵۲)، ص۱۰۳ـ۱۲۸.
۹۴. نورویگ، پیتر؛ راسل، استوارت. (۱۳۹۹ش). هوش مصنوعی: رهیافتی نوین (ترجمهٔ عین‌الله جعفرنژاد). تهران: علوم رایانه.
۹۵. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۶ق). بحوث فی الفقه الزراعی. قم: دایرهٔ المعارف فقه اسلامی.
۹۶. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۹ق). موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل

البیت(ع). قم: مؤسسة دایرة المعارف فقه اسلامی.
۹۷. همدانی، آقا رضا. (۱۴۲۰ق). حاشیة کتاب المکاسب. قم: بی‌نا.
۹۸. هوشمند فیروزآبادی، حسین. (۱۳۹۸ش). ارزیابی مبانی فقهی مسئولیت مدنی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۱(۱۹)، ص۲۹۷-۳۲۸. https://doi.org/10.30513/cjd.2019.20
۹۹. یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۱۳ق). العروة الوثقی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰۰. یزدانی، غلامرضا. (۱۳۹۹ش). صحت شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۲(۲۱)، ص۳۰۳-۳۲۰. https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.2251936.1399.12.21.12.9

## References

1. Akhund Khorasani, Mohammad Kazem bin Hossein. (1992). *Ḥāshiyah al-Makāsib* (Taqrirat-e Dars-e Shaykh Ansari). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
2. Ahmadi, Mohammad Reza. (2004). A reflection on the concept, foundations, and categories of obligation. *Pajūhish-e Ḥuqūq-e ʿUmūmī*, 11(26), 7–42. [In Persian]
3. Allamah Helli, Hasan bin Yusuf. (1989). *Irshād al-Adhhān ilá Aḥkām al-Īmān*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī. [In Arabic]
4. Allamah Helli, Hasan bin Yusuf. (1993). *Tadhkirat al-Fuqahā'*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām). [In Arabic]
5. Allamah Helli, Hasan bin Yusuf. (1999). *Taḥrīr al-Aḥkām al-Sharʿīyah*. Qom: Mu'assasat al-Imam al-Sadiq ('alayhi al-salām). [In Arabic]
6. Amid Zanjani, Abbas Ali. (2010). *Mabānī-ye Masʾūliyyat-e Madanī dar Fiqh va Ḥuqūq* [Foundations of Civil Liability in Jurisprudence and Law]. Tehran: Samt. [In Persian]
7. Ansari, Morteza. (1994). *Al-Makāsib*. Qom: Kongereh-ye Bozorgdasht-e Shaykh-e Aʿzam Ansari. [In Arabic]
8. Ardabili, Ahmad bin Mohammad. (1982). *Majmaʿ al-Fā'idah wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Adhhān*. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
9. Bagheri, Ahmad, & Nikamal, Zohreh. (2012). Guarantee of unknown debt. *Āmūzah-hā-ye Fiqh-e Madanī*, 4(6), 115–138. [In Persian]
10. Bahrani, Yusuf bin Ahmad. (1984). *Al-Ḥadā'iq al-Nāḍirah fī Aḥkām al-ʿItrah al-Ṭāhirah*. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
11. Bahr al-Ulum, Mohammad bin Mohammad Taqi. (1982). *Bulghat al-Faqīh*. Tehran: Maktabat al-Sadiq ('alayhi al-salām). [In Arabic]
12. Barikloo, Alireza. (2009). *Civil Law 7*. Tehran: Majd. [In Persian]
13. Bojnourdi, Seyyed Hassan. (1992). *Al-Qawāʿid al-Fiqhīyah*. Qom: Nashr al-Hadi. [In Arabic]
14. Delfani, Ali Ashraf. (2003). *Mabānī-ye Masʾūliyyat-e Keyfarī dar Ḥuqūq-e Eslām va Farānsah* [Foundations of Criminal Responsibility in Islamic and French Law]. Qom: Bustan-e Ketab. [In Persian]
15. Fadel Abi, Hassan bin Abi Talib. (1996). *Kashf al-Rumūz fī Sharḥ al-Mukhtaṣar al-Nāfiʿ*. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
16. Fadel Lankarani, Mohammad. (2002). *Tafṣīl al-Sharīʿah: al-Ghaṣb, Iḥyā' al-Mawāt, al-Mushtarakāt wa al-Luqaṭah*. Qom: Markaz-e Feqhi-ye A'emmeh Aṭhār ('alayhim al-salām). [In Arabic]
17. Fakhr al-Muhaqqiqin, Mohammad bin Hasan. (1967). *Iḍāḥ al-Fawā'id fī Sharḥ*

*Mushkilāt al-Qawāʿid*. Qom: Esma'ilian. [In Arabic]
18. Farahidi, Khalil bin Ahmad. (1989). *Kitāb al-ʿAyn*. Qom: Nashr-e Hejrat. [In Arabic]
19. Fayyad Kabuli, Mohammad Ishaq. (n.d.). *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Dar al-Huda. [In Arabic]
20. Fayyumi, Ahmad bin Mohammad. (n.d.). *Al-Miṣbāḥ al-Munīr*. Qom: Dar al-Rida. [In Arabic]
21. Gilani, Mirza Habibollah Rashti. (1957). *Fiqh al-Imāmīyah (Qism al-Khiyārāt)*. Qom: Davari. [In Arabic]
22. Hakim, Seyyed Mohsen. (1989). *Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Beirut: Dar al-Ta'aruf lil-Matbu'at. [In Arabic]
23. Hakim, Seyyed Mohsen. (1995). *Mustamsak al-ʿUrwah al-Wuthqá*. Qom: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
24. Hamadani, Aqa Reza. (1999). *Ḥāshiyah Kitāb al-Makāsib*. Qom: n.p. [In Arabic]
25. Hamiri, Nashwan bin Sa'id. (1999). *Shams al-ʿUlūm wa Dawāʾ Kalām al-ʿArab min al-Kulūm*. Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic]
26. Hashemi Shahroudi, Seyyed Mahmoud. (2005). *Buḥūth fī al-Fiqh al-Zirāʿī*. Qom: Da'irat al-Ma'arif al-Fiqh al-Islami. [In Arabic]
27. Hashemi Shahroudi, Seyyed Mahmoud. (2008). *Mawsūʿat al-Fiqh al-Islāmī Ṭibqan li-Madhhab Ahl al-Bayt ('alayhim al-salām)*. Qom: Mu'assasah Da'irat al-Ma'arif al-Fiqh al-Islami. [In Arabic]
28. Hosseini Ameli, Seyyed Javad bin Mohammad. (1998). *Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawāʿid al-ʿAllāmah*. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
29. Hosseini Haeri, Kazem. (2002). *Fiqh al-Ḍamān*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islami. [In Arabic]
30. Iravani, Ali bin Abd al-Hossein Najafi. (1985). *Ḥāshiyah al-Makāsib*. Tehran: Vezarat-e Ershad. [In Arabic]
31. Jafari Khosroabadi, Nasrollah. (2015). A reflection on the concept of obligation and commitment in Imami jurisprudence and Iranian law. *Muṭālaʿāt-e Ḥuqūqī-ye Dānishgāh-e Shīrāz*, 9(3), 1–18. [In Persian]
32. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2012). *Termīnolozhī-ye Ḥuqūq* [Legal Terminology]. Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
33. Jazayeri, Seyyed Mohammad Jafar. (1995). *Al-Qawāʿid al-Fiqhīyah*. Qom: Mu'assasah Dar al-'Ilm. [In Arabic]
34. Kashif al-Ghita', Hassan bin Jafar. (2001). *Anwār al-Fiqāhah (Kitāb al-Kafālah)*. Najaf: n.p. [In Arabic]
35. Kashif al-Ghita', Mohammad Hossein bin Ali. (1934). *Taḥrīr al-Majallah*. Najaf: Al-Maktabah al-Murtaḍawiyyah. [In Arabic]
36. Katouzian, Nasser. (2010). *General Theory of Obligations*. Tehran: Bonyad-e Hoquqi-ye Mizan. [In Persian]
37. Katouzian, Nasser. (2014). *Qānūn-e Madanī dar Naẓm-e Ḥuqūq-e Konūnī* [Civil Code in the Current Legal Order]. Tehran: Mizan. [In Persian]
38. Katouzian, Nasser. (2019). *Alzām-hā-ye Khārij az Qarārdād (Masʾūliyyat-e Madanī)* [Extra-contractual Obligations (Civil Liability)]. Tehran: University of Tehran. [In Persian]
39. Khoei, Seyyed Abolqasem. (1988). *Mabānī al-ʿUrwah al-Wuthqá*. Qom: Madrasat Dar al-'Ilm. [In Arabic]
40. Khomeini, Seyyed Ruhollah. (1981). *Tahrīr al-Wasīlah*. Qom: Dar al-'Ilm. [In Arabic]
41. Khomeini, Seyyed Ruhollah. (1991). *Kitāb al-Bayʿ* (Taqrirat-e Khorramabadi). Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In

Arabic]
42. Mamaghani, Mohammad Hassan. (1936). *Ghāyat al-Āmāl fī Sharḥ al-Makāsib*. Qom: Majma' al-Dhakha'ir al-Islamiyyah. [In Arabic]
43. Maraghi, Mir Abd al-Fattah bin Ali Hosseini. (1996). *Al-ʿUnwān al-Fiqhīyah*. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
44. Meshkini, Mirza Ali. (n.d.). *Muṣṭalaḥāt al-Fiqh*. Qom: Nashr al-Hadi. [In Arabic]
45. Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa. (1997). *Qawāʿid-e Feqh* [Rules of Jurisprudence]. Tehran: Markaz-e Nashr-e 'Ulum-e Eslami. [In Persian]
46. Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa. (2011). *General Theory of Conditions and Obligations in Islamic Law*. Tehran: Markaz-e Nashr-e 'Ulum-e Eslami. [In Persian]
47. Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa. (2015). *Ḥuqūq-e Qarārdād-hā dar Fiqh-e Imāmīyah* [Contract Law in Imami Jurisprudence]. Tehran: Samt. [In Persian]
48. Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa. (2016). *Ḥuqūq-e Taʿahhudāt va Qarārdād-hā* [Law of Obligations and Contracts]. Tehran: Mizan. [In Persian]
49. Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa, & Yazdani, Gholamreza. (2011). The option condition in the contract of guarantee. *Āmūzah-hā-ye Fiqh-e Madanī*, 3(4), 3–24. [In Persian]
50. Mousavi Ardabili, Seyyed Abd al-Karim. (1991). *Fiqh al-Sharikah wa Kitāb al-Taʾmīn*. Qom: Dar al-'Ilm Mofid. [In Arabic]
51. Mousavi Bojnourdi, Seyyed Hassan. (1992). *Al-Qawāʿid al-Fiqhīyah*. Qom: Nashr al-Hadi. [In Arabic]
52. Mousavi Bojnourdi, Seyyed Mohammad. (2013). *ʿAqd-e Ḍamān va Naqsh-e Ān dar Ḥuqūq-e Madanī* [Contract of Guarantee and Its Role in Civil Law]. Tehran: Majd. [In Persian]
53. Mousavi Bojnourdi, Seyyed Mohammad. (2016). The contract of guarantee. *Vaqf-e Mīrāth-e Jāvīdān*, 8(91), 1–20. [In Persian]
54. Mousavi Khoei, Seyyed Abolqasem. (1988). *Mabānī al-ʿUrwah al-Wuthqá*. Qom: Madrasat Dar al-'Ilm. [In Arabic]
55. Mousavi Rad, Seyyed Hossein, & Mousavi Rad, Seyyed Jaber. (2024). The necessity of compensating for the decrease in the value of money if stipulated in a loan contract. *Āmūzah-hā-ye Fiqh-e Madanī*, 16(29), 253–274. https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4464.1749 [In Persian]
56. Muhaqqiq Helli, Ja'far bin Hasan. (1987). *Sharā'iʿ al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Esma'ilian. [In Arabic]
57. Muhaqqiq Karaki, Ali bin Hossein. (1993). *Jāmiʿ al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawāʿid*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām). [In Arabic]
58. Naeini, Mohammad Hossein. (1940). *Muniyat al-Ṭālib fī Ḥāshiyat al-Makāsib*. Tehran: Al-Maktabah al-Muḥammadiyyah. [In Arabic]
59. Naeini, Mohammad Hossein. (1994). *Fawā'id al-Uṣūl*. Qom: Jami'ah al-Mudarrisin Ḥawzah 'Ilmiyyah Qom. [In Arabic]
60. Naeini, Mohammad Hossein. (1992). *Al-Makāsib wa al-Bayʿ*. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
61. Najafi, Mohammad Hassan (Sahib al-Jawahir). (1984). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'iʿ al-Islām*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
62. Ne'matollahi, Esma'il. (2012). Jurisprudential analysis of guarantee of property. *Faṣlnāmah-ye Fiqh va Ḥuqūq-e Eslāmī*, 4(7), 79–102. [In Persian]
63. Ne'matollahi, Esma'il. (2016). The primacy of strict liability and its precedence over contractual liability in Imami jurisprudence. *Majallah-ye Ḥuqūq-e Eslāmī*, 13(52), 103–128. [In Persian]

64. Parsapour, Mohammad Baqer, & Qasemzadeh, Seyyed Ruhollah. (2012). A jurisprudential and legal investigation of patient's informed consent and physician's duty of disclosure. *Majallah-ye Akhlāq va Tārīkh-e Pizishkī*, 5(1), 39–50. [In Persian]
65. Qasemzadeh, Seyyed Morteza. (2010). *Alzām-hā va Masʾūliyyat-e Madanī bīdūn-e Qarārdād* [Non-contractual Obligations and Civil Liability]. Tehran: Mizan. [In Persian]
66. Qasemzadeh, Seyyed Morteza. (2011). *Mabānī-ye Masʾūliyyat-e Madanī* [Foundations of Civil Liability]. Tehran: Mizan. [In Persian]
67. Qomi, Seyyed Taqi Tabatabai. (2005). *Mabānī Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Manshurat Qalam al-Sharq. [In Arabic]
68. Qureshi, Seyyed Ali Akbar. (1991). *Qāmūs Qurʾān*. Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. [In Arabic]
69. Razaei Rad, Abd al-Hossein, Siahi, Masoumeh, & Neshan, Khosrow. (2018). A jurisprudential and legal study of the mechanisms for determining liability in concurrent causal interference. *Āmūzah-hā-ye Fiqh-e Madanī*, 10(17), 89–116. [In Persian]
70. Rohani Qomi, Seyyed Mohammad Sadegh. (1991). *Fiqh al-Ṣādiq ('alayhi al-salām)*. Qom: Mu'assasat Dar al-Kitab. [In Arabic]
71. Sabzevari, Seyyed Abd al-A'la. (1992). *Muhadhdhab al-Aḥkām*. Qom: Mu'assasat al-Manar. [In Arabic]
72. Sahib bin Abbad. (1980). *Kāfī al-Kufāh*. Beirut: Alam al-Kitab. [In Arabic]
73. Sanhuri, Abd al-Razzaq Ahmad. (1991). *Al-Wasīṭ fī Sharḥ al-Qānūn al-Madanī*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
74. Sayuri Helli (Fadel Miqdad), Miqdad bin Abdullah. (1983). *Al-Tanqīḥ al-Rāʾiʿ li-Mukhtaṣar al-Sharāʾiʿ*. Qom: Ketabkhaneh-ye Ayatollah Mar'ashi Najafi. [In Arabic]
75. Shahid al-Awwal, Mohammad bin Makki. (1998). *Al-Durūs al-Sharʿīyah fī Fiqh al-Imāmīyah*. Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī. [In Arabic]
76. Shahid al-Thani, Zayn al-Din bin Ali. (1980). *Al-Rawḍah al-Bahīyah fī Sharḥ al-Lumʿah al-Dimashqīyah*. Qom: Daftar-e Tablighāt-e Eslami. [In Arabic]
77. Shahid al-Thani, Zayn al-Din bin Ali. (1990). *Ḥāshiyat al-Irshād*. Qom: Daftar-e Tablighāt-e Eslami. [In Arabic]
78. Shahid al-Thani, Zayn al-Din bin Ali. (1990). *Al-Rawḍah al-Bahīyah fī Sharḥ al-Lumʿah al-Dimashqīyah*. Qom: Maktab al-Davari. [In Arabic]
79. Shahid al-Thani, Zayn al-Din bin Ali. (1992). *Masālik al-Afhām ilá Tanqīḥ Sharāʾiʿ al-Islām*. Qom: Mu'assasat al-Ma'arif al-Islamiyyah. [In Arabic]
80. Shahid al-Thani, Zayn al-Din bin Ali. (1993). *Ḥāshiyat Sharāʾiʿ al-Islām*. Qom: Daftar-e Tablighāt-e Eslami. [In Arabic]
81. Sharif, Mohammad Javad. (2017). *Taḥlīl-e Feqhī-ye Bīmih-ye Ashīāʾ* [Jurisprudential Analysis of Property Insurance]. Tehran: Pazhuheshgah-e 'Ulum-e Ensani. [In Persian]
82. Tabatabai Hakim, Seyyed Mohsen. (1995). *Mustamsak al-ʿUrwah al-Wuthqá*. Qom: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
83. Tabatabai Qomi, Seyyed Taqi. (2005). *Mabānī Minhāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Manshurat Qalam al-Sharq. [In Arabic]
84. Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem. (1988). *Al-ʿUrwah al-Wuthqá*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī. [In Arabic]
85. Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem. (2000). *Ḥāshiyat al-Makāsib*. Qom: Esma'ilian. [In Arabic]
86. Taheri, Habibollah. (1998). The physician is liable. *Nāmeh-ye Mofīd*, No. 11. [In

Persian]
87. Tusi, Mohammad bin Hassan. (1972). *Al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmīyah*. Tehran: Mohammad Baqer Behbudi. [In Arabic]
88. Yazdani, Gholamreza. (2020). The validity of the condition of payment from a specified asset in the contract of guarantee. *Āmūzah-hā-ye Fiqh-e Madanī*, 12(21), 303–320. [In Persian]
89. Zuhayli, Wahbah. (1993). *Naẓarīyat al-Ḍamān*. Damascus: Dar al-Fikr. [In Arabic]

Civil Jurisprudence Doctrines
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# Conflicting Transactions with a Binding Offer in Imami Jurisprudence and Iranian Law

**Javad Niknejad**[1]

1. Corresponding Author, Associate Professor, Department of Privte Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, West Tehran Branch, Tehran, Iran. Email: j.n406@yahoo.com

## Article Info

**Article type:**
Research Article

**Article history:**
Received: 11 February 2026
Revised: 3 May 2026
Accepted: 13 June 2026
Available Online: 25 July 2026

**Keywords:**
Binding Offer, Proprietary Right, Suspended Ineffectiveness, Rescission, Suspended Status (Pending).

## ABSTRACT

Offers are divided into two categories: simple and binding. In a binding offer, the offeror cannot withdraw from the offer, because said offer, by implication entails the deprivation and waiver of the offeror's right of withdrawal. If the offeror withdraws from the offer during its validity period, the contract is concluded upon the offeree's declaration of acceptance. However, if the subject matter of the offer is a specific corporeal asset and the offeror transfers it to a third party before the offeree declares acceptance, the question that arises in this regard concerns the jurisprudential-legal status of the conflicting transaction thus carried out. Some, by analogizing this matter to a mortgagor's transactions concerning the mortgaged property without the mortgagee's permission, have declared conflicting transactions with the offer as non-binding. Others have merely referred to the offeree's right to seek the annulment (ebtāl) of the aforementioned conflicting transaction. Imami jurists have not expressed an opinion specifically regarding the binding offer. However, given the nature of the implied condition contained in the binding offer, which is an instance of a negative-result condition, Imami jurists consider transactions conflicting with such a negative-result condition as ineffective. The conclusion derived from this research is that since conflicting transactions with a binding offer implicitly entail the deprivation of the offeror's right of withdrawal, they create an initial proprietary right for the offeree. Therefore, said transaction is placed in a suspended/pending state due to the existence of an impediment. If the offeree exercises their right during the validity period of the offer, the conflicting transaction, due to the impediment existing in it that causes instability in its continuance, is rescinded from the very date of its conclusion.

**Cite this article:** Niknejad, J. (2026). Conflicting Transactions with a Binding Offer in Imami Jurisprudence and Iranian Law. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 18(33), 367- 404. https://doi.org/10.30513/cjd.2026.8181.2186

© The Author(s). Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.

## Extended Abstract

**Introduction**

An offer is a proposal to enter into a transaction and is divided into two categories: simple and binding. In a simple offer, the offeror may revoke the offer at any time before it is accepted by the offeree. In a binding offer, however, the offeror is precluded from revoking it, because such an offer, by way of necessary implication, entails the deprivation and relinquishment of the offeror's right of revocation. In other words, by making a binding offer, the offeror implicitly and in the form of a negative-result divests himself of the right to revoke. Consequently, any revocation by the offeror is of no legal effect, and even if revoked, the contract is concluded upon the offeree's declaration of acceptance during the validity period of the offer.

However, if the subject matter of the offer is a specific determinate asset and the offeror, prior to the offeree's declaration of acceptance, transfers it to a third party—whether by way of sale, compromise, gift (hibah), or otherwise—the question that arises concerns the jurisprudential and legal status of the conflicting transaction thus concluded. Some scholars, analogizing the situation to a mortgagor's disposition of the mortgaged property without the mortgagee's permission, have declared transactions conflicting with an offer to be non-binding. Others have merely referred to the offeree's right to seek the annulment (ebṭāl) of the conflicting transaction. Imami jurists have not expressly opined on binding offers; however, given that the implied condition contained in a binding offer is an instance of a negative-result stipulation, and since Imami jurists consider transactions conflicting with a negative-result stipulation as non-binding (suspended), it follows that transactions conflicting with a binding offer—being a subset thereof—are likewise deemed non-binding (suspended) in their view.

**Method**

This research is conducted using an analytical approach and relies on library-based resources to collect, examine, and critique jurisprudential and legal doctrines. It aims to answer the following question: if the offeror, after making a binding offer and before the offeree's acceptance within the offer's validity period, transfers the subject matter—being a specific determinate asset—to a third party, what is the jurisprudential and legal status of such conflicting transactions?

To this end, the article first defines the binding offer and clarifies its nature. It then analyzes the nature of the offeree's right with respect to the subject matter of the transaction (i.e., whether it is a personal/obligatory right or a real/proprietary right) and elaborates on the author's preferred view. Finally, it addresses the jurisprudential and legal status of transactions conflicting with the offeree's right under a binding offer. After presenting and criticizing various viewpoints, the author sets forth his selected opinion in light of the nature of the offeree's right over the subject matter.

**Findings**

A binding offer enjoys legal validity and produces legal effects. By virtue of such an offer, the offeror is obligated to preserve the offer and its subject matter throughout its validity period. He has implicitly, through a negative-result stipulation, deprived and divested himself of the right of revocation. As a result of this implied condition, a primary real right is created for the offeree, which causes the offeror's ownership to cease being absolute. Therefore, transactions conflicting with a binding offer are in fact instances of transactions conflicting with a negative-result stipulation.

In transactions conflicting with a negative-result stipulation, the contract is complete with respect to its essential requisites but encounters an impediment, namely, the right of a third party (the offeree) over the subject matter. Such a transaction is placed in a suspended/pending state. A suspended transaction is a validly concluded contract whose continued existence is exposed to instability and collapse.

If the offeree accepts the offer within the stipulated period, this declaration of acceptance is regarded as an exercise of his right and causes the conflicting transaction to be rescinded ex tunc (i.e., from the date of its conclusion). This is because, as long as the offeree has not taken steps to exercise his right, the conflicting transaction causes him no actual harm. Such harm would only arise if, after the offeree has exercised his right, the conflicting transaction were allowed to persist—which is negated by the rule of no harm.

If the third party's right lapses for any reason, the impediment attaching to the suspended transaction is removed; the contract then exits its state of instability and continues its legal existence.

A conflicting transaction with a binding offer is an instance of a conflicting transaction with a negative-result stipulation. The purport of the said negative-result stipulation is to preclude legal acts of disposition that are inconsistent with the offeree's right. This stipulation is an implicit instance of a stipulation against transferable dispositions and consequently

falls within the scope of the sanction set forth in the latter part of Article 454 of the Iranian Civil Code.
As to the sanction for a conflicting transaction with a negative-result stipulation—which is declared "void" (bāṭel) in the latter part of the said article—this "nullity" is not to be understood in its technical sense, but rather must be construed as rescission ex tunc (enfeṣākh). This interpretation is supported by Unifying Judgment No. 810 of the General Board of the Supreme Court, which serves as an interpretive authority on Article 454 of the Civil Code. The soundness of this reasoning is further corroborated by Unifying Judgment No. 832 of the same Board.

**Results**

The research concludes that since the offeror, by virtue of a binding offer, has implicitly and through a negative-result stipulation deprived and divested himself of the right of revocation, this negative-result stipulation causes the offeror's ownership to lose its absolute character and creates a primary proprietary right for the offeree. Consequently, transactions conflicting with a binding offer face an impediment by reason of the offeree's proprietary right—as a third party—over the subject matter. That is to say, although such transactions are unproblematic in terms of their essential requisites, they encounter an impediment due to the third party's (offeree's) right.
Transactions that face such an impediment are in a suspended legal state. The suspended legal state is the status of a contract that has been validly formed but whose continued existence is subject to instability and possible termination. This means that if the offeree exercises his right during the validity period of the offer, the conflicting transaction, owing to the impediment that undermines its continuance, is rescinded ex tunc (from the date of its conclusion). However, if the offeree's right lapses for any reason—including failure to declare acceptance within the offer's validity period—the said impediment is removed, and the contract, having been validly formed, will continue its legal existence without further issue.

***Authors' Contributions***

This article was written independently by the author.

***Acknowledgements***

The author thanks the anonymous reviewers for their constructive comments in evaluating this article.

***Ethical Considerations***

The author has refrained from data fabrication, distortion, and plagiarism.

***Funding***
The author received no specific financial support from public, commercial, or not-for-profit funding agencies for the writing of this article.

***Conflict of Interest***
The authors declare that they have no conflict of interest.

***Data Availability Statement***
No data are available

***Declaration of AI Tools Usage***
The author did not use any artificial intelligence tools in the writing of this article

آموزه‌های فقه مدنی
ISSN Print: 2251- 936x Online: 2783- 3690

# معاملات معارض با ایجاب ملزم در فقه امامیه و حقوق ایران

جواد نیک‌نژاد[1]

۱. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکدهٔ علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران غرب، تهران، ایران. رایانامه: j.n406@yahoo.com

**اطلاعات مقاله**

**نوع مقاله:** پژوهشی

**تاریخ دریافت:** ۱۴۰۴/۱۱/۲۲
**تاریخ بازنگری:** ۱۴۰۵/۰۲/۱۳
**تاریخ پذیرش:** ۱۴۰۵/۰۳/۲۳
**تاریخ انتشار برخط:** ۱۴۰۵/۰۵/۰۳

**کلیدواژه‌ها:**
ایجاب ملزم، حق عینی، عدم نفوذ مراعی، انفساخ، مراعی.

**چکیده**

ایجاب به دو دستهٔ ساده و ملزم تقسیم می‌شود. در ایجاب ملزم، موجب نمی‌تواند از ایجاب رجوع کند، زیرا ایجاب مذکور به دلالت التزامی مستلزم سلب و اسقاط حق رجوع از موجب است. در اثر رجوع از ایجاب، در مدت اعتبار با اعلام قبولی از سوی مخاطب، عقد منعقد می‌شود، ولی چنانچه موضوع ایجاب عین معین باشد و موجب قبل از اعلام قبولی توسط مخاطب، آن را به شخص ثالثی انتقال دهد، سؤال قابل طرح در این خصوص، وضعیت فقهی-حقوقی معاملهٔ معارض انجام‌شده است. برخی با تشبیه موضوع به معاملات راهن نسبت به عین مرهونه بدون اذن مرتهن، معاملات معارض با ایجاب را غیرنافذ اعلام نموده‌اند. برخی دیگر صرفاً به حق اعلام بطلان معاملهٔ معارض مذکور توسط مخاطب اشاره کرده‌اند. فقهای امامیه در خصوص ایجاب ملزم اظهار نظر نکرده‌اند، ولی با توجه به ماهیت شرط ضمنی مندرج در ایجاب ملزم که از مصادیق شرط نتیجهٔ منفی است، فقهای امامیه معاملات معارض با شرط نتیجهٔ منفی را عدم نفوذ می‌دانند. نتیجهٔ حاصل از تحقیق این است که معاملات معارض با ایجاب ملزم، چون به‌طور ضمنی متضمن سلب حق رجوع از موجب بوده، حق عینی ابتدایی برای مخاطب ایجاد می‌کند، لذا معاملهٔ مذکور به علت وجود مانع در وضعیت مَرعی قرار دارد. در صورت اعمال حق توسط مخاطب در مدت اعتبار ایجاب، معاملهٔ معارض به علت مانع موجود در آن‌که سبب تزلزل در بقای آن می‌شود، از همان تاریخ منفسخ می‌گردد..

**استناد:** نیک‌نژاد، جواد. (۱۴۰۵). معاملات معارض با ایجاب ملزم در فقه امامیه و حقوق ایران. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۸(۳۳)، ۳۶۷ – ۴۰۴. https://doi.org/10.30513/cjd.2026.8181.2186

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

© نویسندگان.

## مقدمه

ایجاب پیشنهاد انجام معامله است که در صورت قبول آن توسط مخاطب، منجر به تشکیل عقد شده و آثار قانونی آن عقد را به وجود می‌آورد. از ویژگی‌های اصلی ایجاب، قابلیت رجوع از آن قبل از اعلام قبولی توسط مخاطب است، زیرا ایجاب تا زمانی که به قبولی نرسد، اصولاً وابسته به همان اراده‌ای است که آن را به وجود آورده است. نیازهای بازرگانی و پیچیدگی مبادلات سبب شده در برخی از مواقع، قبول پیشنهاد ارائه‌شده مستلزم تفکر و سنجش سود و زیان و صرف وقت باشد. این مهم سبب شده بحثی تحت عنوان قابلیت الزام‌آور بودن ایجاب و عدم قابلیت رجوع از آن در دنیا مطرح شود. به‌طور کلی، در مورد الزام‌آور بودن ایجاب، دو رویکرد در دنیا و نظام حقوقی ایران وجود دارد: دیدگاه اول به هیچ وجه ایجاب را الزام‌آور نمی‌داند. دیدگاه دوم ایجاب الزام‌آور را می‌پذیرد. دیدگاه اخیر با دو توجیه «ارادهٔ یک‌طرفه» و «قرارداد مقدماتی» می‌پذیرد که می‌توان ایجاب را ملزم نمود. سؤال مهمی که در خصوص ایجاب ملزم مطرح می‌شود، این است که چنانچه موضوع ایجاب عین معینی بوده و موجب قبل از اعلام قبولی توسط مخاطب ایجاب، موضوع ایجاب را به شخص ثالثی در قالب بیع یا یکی از عقود تملیکی انتقال دهد، در این صورت معاملهٔ معارض انجام‌شده با ایجاب ملزم چه وضعیت فقهی-حقوقی دارد؟ در فقه امامیه در این خصوص مطلبی وجود ندارد و فقها به این موضوع نپرداخته‌اند، ولی چون در ایجاب ملزم به‌طور ضمنی موجب حق رجوع از ایجاب را از خود سلب و ساقط نموده است، در واقع معاملات معارض با ایجاب ملزم از مصادیق معاملات معارض با شرط نتیجهٔ منفی است که فقهای امامیه آن را غیرنافذ می‌دانند. در حقوق ایران بیشتر در خصوص قابلیت یا عدم قابلیت الزام‌آور نمودن ایجاب در قالب ارادهٔ یک‌طرفه یا قرارداد مقدماتی بحث شده است. در برخی از آثار حقوقی، عده‌ای از نویسندگان به‌طور مختصر به این مطلب پرداخته و با قیاس این معامله با معاملات راهن نسبت به عین مرهون بدون اذن مرتهن (موضوع مادهٔ ۷۹۳ قانون مدنی)، این معامله را غیرنافذ تلقی نموده‌اند (دارابی، ۱۳۹۳، ص۱۲۹). برخی دیگر

از نویسندگان علی‌رغم بررسی آثار ایجاب ملزم در عباراتی کوتاه اظهار داشتند مخاطب می‌تواند اعلام بطلان این معامله را از دادگاه درخواست کند (جعفری فشارکی و ریاحی، ۱۳۹۶، ص۱۰۹).

به نظر می‌رسد پاسخ به این سؤال بستگی به بررسی چند مطلب دارد: اول این‌که آیا در اثر ایجاب ملزم حقی برای مخاطب ایجاب ایجاد می‌شود؟ دوم این‌که بر فرض ایجاد حق، ماهیت حق مذکور از حیث دِینی یا عِینی بودن چیست؟ سوم این‌که منشأ این حق ایقاع است یا قرارداد مقدماتی، یا این‌که منشأ این حق شرط ضمنی است که در ایجاب ملزم نهفته است؟

در این مقاله، بدواً ماهیت حق مخاطب ایجاب از حیث عینی یا دینی بودن و بالتبع منشأ این حق بررسی می‌شود و سپس وضعیت‌های فقهی-حقوقی مطروحه در خصوص ضمانت اجرای تجاوز به هر یک از حقوق مذکور که با ماهیت ایجاب ملزم سازگاری دارد، بیان شده و در صورت لزوم نقدهای وارد به آن ذکر می‌شود و در پایان، نویسنده نظر مختار خویش را با ذکر مبانی فقهی و حقوقی تبیین می‌نماید.

در مورد پیشینهٔ تحقیق، لازم به ذکر است آقای دکتر محمد هادی دارایی در مقاله‌ای علمی-پژوهشی تحت عنوان «ایجاب منبع یک‌جانبهٔ التزام»، عمده بحث خود را در مقالهٔ مذکور به این اختصاص داده است که آیا بر اساس مبانی فقه امامیه و حقوق ایران، موجب می‌تواند به ارادهٔ خود و به تنهایی، ایجاب را ملزم نماید. در خلال مطالب مذکور، به‌صورت بسیار گذرا و فقط در سه سطر، معاملهٔ معارض با ایجاب را مانند معاملات راهن نسبت به عین مرهونه غیرنافذ اعلام نموده‌اند (دارایی، ۱۳۹۳، ص۱۲۹).

آقای دکتر محمد جعفری فشارکی به اتفاق آقای محمد ریاحی در مقاله‌ای تحت عنوان «آثار ایجاب ملزم»، پس از بحث و بررسی در مورد این‌که ارادهٔ یک‌جانبه نمی‌تواند ایجاب را ملزم نماید، طریقهٔ ملزم نمودن ایجاب را سلب و اسقاط صریح یا ضمنی رجوع از ایجاب، توسط موجب دانسته‌اند، سپس به استناد قواعد فقهی لاضرر، غرور و تسبیب در صدد اثبات مسئولیت مدنی برای موجب در صورت رجوع از ایجاب برآمده‌اند. نامبردگان فقط در یک سطر اظهار داشتند اگر موجب حق

رجوع از ایجاب را از خود سلب و ساقط نماید، عدول وی قبل از قبول هیچ اثری ندارد و اگر موضوع ایجاب را به فرد دیگری انتقال دهد، مخاطب ایجاب می‌تواند اعلام بطلان معامله را درخواست کند (جعفری فشارکی و ریاحی، ۱۳۹۶، ص۱۰۹).

سایر مقالاتی که در خصوص ایجاب نگارش یافته است، یا در مورد ماهیت ایجاب است، یا در مورد اسباب زوال ایجاب. نویسندگان حقوقی نیز در کتب خویش به ضمانت اجرای معاملات معارض با ایجاب ملزم نپرداخته‌اند. در نتیجه، موضوع مقالهٔ حاضر کاملاً جدید بوده و به مطالب بدیعی می‌پردازد. از طرف دیگر، نویسنده نظریهٔ عدم نفوذ و... را نقد نموده و نظریهٔ جدیدی با توجه به آخرین تحولات رویهٔ قضایی و همین‌طور آخرین ارادهٔ قانون‌گذار در مورد معاملهٔ معارض با شرط نتیجهٔ منفی (که معاملات معارض با ایجاب ملزم از مصادیق آن است) ارائه و تبیین نموده است.

## ۱. تعریف و ماهیت ایجاب ملزم

اگرچه در این مقاله صرفاً به بررسی و تجزیه و تحلیل فقهی و حقوقی معاملات معارض با ایجاب ملزم می‌پردازیم، ولی جهت درک ساده‌تر مباحث اصلی، بدواً به‌طور مختصر از ایجاب ملزم تعریف می‌شود، سپس به مصادیق آن پرداخته شده و نهایتاً ماهیت آن بررسی خواهد شد.

### ۱-۱. تعریف ایجاب ملزم

ایجاب ملزم، ایجابی است که به موجب آن، موجب متعهد و ملزم به حفظ آن در مهلتِ معین تعیین‌شده یا مهلتِ متعارف می‌باشد. به‌طور کلی، ایجابِ قابل رجوع از سوی موجب است تا زمانی که مخاطب آن را قبول نکرده باشد، ولی اگر ایجاب ملزم باشد، موجب نمی‌تواند از ایجاب رجوع کند.

### ۱-۲. ماهیت ایجاب ملزم

در خصوص مبنای ایجاب ملزم، پنج نظر وجود دارد که عبارت‌اند از: اول، نظریهٔ پیش‌قراردادی؛ دوم، نظریهٔ تعهد یک‌طرفه؛ سوم، نظریهٔ تقصیر؛ چهارم، نظریهٔ حسن‌نیت؛ و بالاخره پنجم، نظریهٔ مصلحت نوعی متعاقدان (محقق داماد و دارابی،

۱۳۹۱ش، ص۶۰-۶۱). چون موضوع مقالهٔ حاضر در خصوص مبنای ایجاب ملزم نیست و پرداختن به آن مقالهٔ مستقلی را می‌طلبد و جهت جلوگیری از اطالهٔ کلام و محدودیت حجم مقاله، فقط اشاره می‌شود که مطالب نویسنده بر فرض پذیرش مبنای پیش‌قراردادی نگارش یافته است.

## ۲. ماهیت حق مخاطب ایجاب نسبت به مورد معاملهٔ عین معین در اثر ایجاب ملزم

در یک تقسیم‌بندی، حق به دو دستهٔ دینی و عینی تقسیم می‌شود. حق دینی یا شخصی، حقی است بر شخص نسبت به شخص دیگر که به موجب آن می‌تواند انجام کار یا خودداری از انجام کار یا انتقال مالی را از او بخواهد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص۱۵-۱۶). حق عینی نیز حقی است که یک شخص نسبت به مالی پیدا می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص۱۴).

### ۲-۱. نظریهٔ دینی بودن حق مخاطب ایجاب ملزم

با توجه به تعریف مذکور در خصوص ماهیت حق مخاطب ایجاب نسبت به مورد معامله (عین معین)، در وهلهٔ اول ممکن است گفته شود این حق، حق دینی است، زیرا در اثر ایجاب ملزم، هنوز عقد نهایی تشکیل نشده است تا این‌که اثر نهایی (مالکیت) تحقق یابد. و در مورد مفاد ایقاع یا قرارداد مقدماتی که ایجاب را ملزم می‌کند، باید گفت در اثر این ایقاع یا قرارداد مقدماتی، موجب ملتزم به حفظ ایجاب در مدت معین یا عرفی می‌شود. پس چون در اثر آن به‌طور ضمنی و به موجب شرط ضمنی، تعهدی ایجاد می‌شود مبنی بر التزام به عدم رجوع از ایجاب (هرچند هیچ‌یک از نویسندگان حقوقی به صراحت از التزام موجب به عدم رجوع از ایجاب که از مصادیق شرط فعل منفی حقوقی است بحثی ننموده‌اند، ولی از برخی از مطالب آن‌ها استنباط می‌شود که به آن معتقدند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص۱۲۵؛ صفری، ۱۴۰۳، ص۱۷))، در این صورت، حقی که برای مخاطب به وجود می‌آید حق دینی است، زیرا التزام به عدم رجوع از ایجاب از مصادیق شرط فعل منفی حقوقی است و طبق قول مشهور حقوقدانان، در اثر شرط فعل منفی برای مشروط‌له حق دینی ایجاد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج۱، ص۳۷۷-۳۷۸؛ شهیدی، ۱۳۸۶، ص۱۳۴). اگرچه برخی نیز

در این خصوص نظر مخالف دارند و معتقدند در اثر شرط فعل منفی حقوقی، حق عینی تبعی برای مشروط‌له ایجاد می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص۳۱۰).

## ۲-۲. نظریهٔ عینی بودن حق مخاطب ایجاب ملزم

دیدگاه عینی بودن حق مخاطب ایجاب نیز خود به چند دسته تقسیم می‌شود که ذیلاً به هر یک از آن‌ها می‌پردازیم. اگرچه در ابتدا لازم به یادآوری است که هر یک از نظرات ذیل، ماهیت مشترکی داشته و فقط توصیف آن‌ها متفاوت است؛ به عبارت دیگر، هر یک از آن‌ها به مصداقی از حق عینی می‌پردازد.

**الف) حق مالکیت اقتضایی:** دیدگاه دیگر این است که ایجاب (اعم از ساده و ملزم) اعلام ارادهٔ انشایی است و انشاء بلافاصله منجر به ایجاد منشأ می‌شود. در نتیجه، اگر موضوع ایجاب فروش یک عین معین به مخاطب باشد، در اثر آن مالکیت به وجود اقتضایی به وجود می‌آید. این مالکیت اقتضایی برای رسیدن به مرحلهٔ مالکیت نهایی نیاز به قبول مخاطب دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص۴۸)، ولی چون مالکیت اقتضایی از اقسام مالکیت است، ماهیت آن حق عینی است، نه دینی. بدیهی است مالکیت از مصادیق حق عینی اصلی است.

**ب) حق عینی مبتنی بر اولویت در تملک:** دیدگاه بعدی این است که موجب در اثر ایجاب ملزم به‌طور ضمنی حق رجوع از ایجاب را ساقط می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج۱، ص۳۱۶). بدیهی است اسقاط حق رجوع یا سلب آن از اقسام شرط نتیجهٔ منفی است، چون در اثر شرط نتیجهٔ منفی، مالکیت مشروط‌علیه ناقص می‌شود، حقی که برای مشروط‌له ایجاد شده از اقسام حق عینی است. حق عینی مذکور نوعی حق عینی ابتدایی است که به موجب آن، موجب تا مدتی که ایجاب معتبر است و در آن ایام مخاطب فرصت دارد تصمیم خویش را اعلام کند، حق انتقال به غیر را از خود سلب و ساقط نموده و باید موضوع ایجاب را در همان وضعیت مادی و حقوقی زمان ایجاب حفظ نماید. به موجب حق عینی اصلی مذکور، مخاطب ایجاب ملزم حق اولویت و تقدم در تملک موضوع ایجاب را دارد.

**ج) حق عینی تبعی بودن حق مخاطب ایجاب:** از دیدگاه برخی از نویسندگان حقوقی که معاملات موجب را در ایجاب ملزم مانند معاملات راهن نسبت به عین

مرهونه (مشمول مادهٔ ۷۹۳ قانون مدنی) تلقی نموده‌اند، باید گفت قائل به حق عینی برای مخاطب ایجاب هستند، زیرا مرتهن نیز حق عینی تبعی نسبت به مورد رهن دارد. البته در تحلیل مبنای حق عینی تبعی مرتهن هم می‌توان آن را به شرط ضمنی موجود در عقد رهن که از مصادیق شرط نتیجهٔ منفی است اشاره نمود (کاویار، ۱۴۰۳، ص۱۳۱)، لذا شباهت رهن و ایجاب ملزم در مانحن‌فیه این است که در هر دو، در اثر شرط ضمنی موجود در آن، راهن یا موجب حق اقدام و تصرف منافی را در قالب شرط نتیجهٔ منفی از خود سلب و ساقط نموده و برای طرف مقابل (مشروط‌له) حق عینی ایجاد می‌شود.

در مبانی فقهی نیز اگرچه در خصوص حق عینی و دینی بحثی نشده است، ولی آنچه نزدیک‌ترین مفهوم را نسبت به حقوق مذکور دارد، «طلق بودن» یا نبودن مورد معامله است. بدین معنی که چنانچه حقی نسبت به مورد معامله برای اشخاص ثالث ایجاد شود، در این صورت مورد معامله طلق نبوده و مالک باید حقوق شخص ثالث را محترم داشته باشد. حقوق مذکور اصولاً از حقوق عینی است که شایع‌ترین آن حق مرتهن نسبت به عین مرهونه است. در این‌که آیا حقی که برای مشروط‌له نسبت به موضوع شرط ایجاد می‌شود از مواردی است که سبب می‌شود مبیع از طلق بودن خارج شود یا خیر، اصولاً در کتب فقهی بحث نشده است، بلکه فقها در کتبشان عمده بحث در ذیل طلق بودن را به مصادیق شایع آن‌که عبارت است از: الف) وقف، ب) رهن و ج) رقیت اختصاص داده‌اند. فقط یکی از فقهای امامیه به نام محقق تستری در کتاب شریف «مقابس الانوار» در ذیل اسباب نقص ملکیت به ۲۲ مصداق اشاره کرده‌اند که سبب می‌شود مبیع از طلق بودن خارج شده و سبب نقص ملکیت مالک شود. یکی از اسبابی که ایشان در کتابشان ذکر کرده‌اند این است که در ضمان شرط شود ضامن دین را از مال معینی ادا کند، یعنی تعلق حق مضمون‌له نسبت به مال مذکور از اسباب نقص ملکیت مالک (ضامن) است (تستری، بی‌تا، ص۲۰۵). شرط مذکور از اقسام شرط فعل بوده، ولی به نظر می‌رسد به دلالت التزامی مفاد شرط حاکی از آن است که مشروط‌علیه (ضامن) حق ندارد تا زمان ادای دین، مشروط‌به (مال معین) را به غیر انتقال دهد. بنابراین، به دلالت شرط

ضـمنی مذکور که به وضـوح از عقل و بداهت اسـتنباط می‌شـود، مشـروط علیه حق تصرف منافی در موضوع شرط را از خود سلب و ساقط نموده است و در نتیجه، این شـرط نتیجهٔ منفی، حق مالکیت وی ناقص شـده، یا به عبارت دیگر، مالکیت وی دیگر طلق نیست.

### ۲-۳. نظر منتخب

آنچه با تحلیل دقیق موضـوع به دسـت می‌آید، این اسـت که اولاً در اثر ایجاب ملزم، به‌طور ضـمنی موجب حق رجوع از ایجاب را از خود سـلب و سـاقط می‌نماید. در نتیجه، مبنای حق مخاطب (مشـروط‌له)، شـرط نتیجهٔ منفی ضـمنی مندرج در این ایجاب است، زیرا در صورتی که مفاد شرط، اسقاط و نبود آثار حقوقی باشد، آن را شرط نتیجهٔ منفی می‌گویند (علی‌زاده و حسینی، ۱۴۰۲، ص۱۲۰). ثالثاً در اثر شرط نتیجهٔ منفی مذکور، حق عینی برای مخاطب ایجاد می‌شـود. رابعاً حق عینی مذکور از مصـادیق حق اولویت در تملک اسـت که از مصـادیق حق عینی اصـلی محسـوب می‌شود. خامساً منشأ شرط ضـمنی مذکور (شرط نتیجهٔ منفی)، ارتکاز عقلاست؛ بدین مفهوم که عقل به‌گونه‌ای بدیهی و آشکار میان التزام به حفظ ایجاب و سلب و اسـقاط حق انتقال به غیر ملازمه می‌بیند. در نتیجه، به دلالت التزامی، اسـقاط حق رجوع و اسقاط حق انتقال به غیر از آن استنباط می‌شود که از مصادیق شرط ضمنی ارتکازی است، اگرچه به نظر می‌رسد عرف نیز چنین امری را می‌پذیرد که از این مبنا می‌تواند از مصادیق شرط ضمنی عرفی نیز باشد.

بدیهی اسـت در صـورتی که قائل به این باشـیم که التزام موجب به حفظ ایجاب به‌طور ضـمنی دلالت بر التزام به عدم رجوع از ایجاب و متعاقباً التزام (تعهد) به عدم انتقال به غیر دارد، حقوق مشـروط‌له (یعنی مخاطب ایجاب) تأمین نمی‌شـود، زیرا مشـهور حقوقدانان معاملهٔ معارض با شـرط فعل منفی حقوقی را صـحیح می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج۱، ص۳۷۷-۳۷۸؛ شـهیدی، ۱۳۸۶، ص۱۳۴) و برخی از فقها نیز چنین قولی دارند (خراسـانی، ۱۴۰۶، ص۲۴۷). اگرچه هم در فقه (انصـاری، بی‌تا، ج۶، ص۷۶) و هم در حقوق ایران، برخی معتقدند حتی در صورت ایجاد حق دینی برای مشروط‌له، معاملهٔ معارض با آن غیرنافذ اسـت (میرزانژاد، ۱۳۸۸، ص۴۹)، زیرا بر خلاف ادعای نویسـندگان

حقوقی، نه در حقوق ایران و نه در فقه امامیه حق عینی به صرف حق عینی بودن بر حق دینی تقدم ندارد، بلکه ملاک تاریخ وقوع حق است و هر حقی که زودتر ایجاد شده باشد بر حق دیگر مقدم است (میرزانژاد، ۱۳۸۸، ص۵۳).

در خاتمهٔ این بحث، لازم به ذکر است ضمانت اجرای معاملهٔ معارض با حق عینی اصلی و تبعی مشابه هم هستند. مثلاً معاملهٔ معارض با شرط نتیجهٔ منفی حقوقی با معاملات راهن نسبت به عین مرهونه بدون اذن مرتهن، ضمانت اجرای واحدی دارند. بنابراین، اگرچه تحلیل حق مخاطب ایجاب از حیث حق عینی اصلی یا تبعی بودن جهت فهم بهتر موضوع لازم و ضروری است، ولی از نظر ضمانت اجرا فرقی میان این دو ماهیت وجود ندارد.

## ۳. وضعیت فقهی و حقوقی معاملات معارض با حق مخاطب ایجاب ملزم

همان‌گونه که در مقدمه اشاره شد، در خصوص وضعیت فقهی-حقوقی معاملات معارض با ایجاب ملزم، فقط برخی از نویسندگان حقوقی به ایجاز اشاره نموده‌اند که معاملهٔ مذکور غیرنافذ است (دارایی، ۱۳۹۱، ص۱۲۹) و دیگران ادعا نموده‌اند که در صورت ملزم بودن ایجاب و فروش آن به دیگری، مخاطب می‌تواند اعلام بطلان معاملهٔ مذکور را بخواهد (جعفری فشارکی و ریاحی، ۱۳۹۶، ص۱۰۹). فقهای امامیه اصلاً به این بحث نپرداخته‌اند. سایر نویسندگان حقوقی نیز تا جایی که نویسنده بررسی نموده است، به این مطلب اشاره نکرده‌اند. لذا نویسنده با ملاحظهٔ اشباه و نظائر موضوع، علی‌الخصوص معاملات معارض با شرط نتیجهٔ منفی، به تحلیل وضعیت فقهی و حقوقی معاملات معارض با ایجاب ملزم می‌پردازد. در این راستا، بدواً نظریه‌های عدم نفوذ، بطلان، عدم نفوذ مراعی و مراعی را نقل و سپس نقد می‌کند و در خاتمه، نویسنده نظر مختار خویش را با ذکر مبانی تفصیلی فقهی و حقوقی ارائه خواهد نمود.

### ۳-۱. نظریهٔ عدم نفوذ

یکی از نویسندگان حقوقی، معاملات معارض با ایجاب ملزم را با قیاس به

معاملات راهن نسبت به عین مرهونه، غیرنافذ اعلام نموده است.[۱] (دارابی، ۱۳۹۳، ص۱۲۹) به نظر می‌رسد این تحلیل با تعریفی که برخی از اساتید حقوق از عقد غیرنافذ به عمل آورده‌اند منطبق است، زیرا در تعریف عقد غیرنافذ گفته شده است: وضعیت حقوقی عقدی است که فاقد رضای مالک و صاحب حق باشد ( شهیدی، ۱۳۷۷، ص۱۰۵). در مطالب قبلی اثبات شد در اثر ایجاب ملزمی که مورد معامله آن عین معین است، برای مخاطب ایجاب حق عینی به وجود می‌آید. پس وقتی موجب معامله‌ای معارض با این ایجاب به عمل می‌آورد، چون معاملهٔ معارض مذکور بدون رضای مخاطب به‌عنوان صاحب حق منعقد شده است، غیرنافذ است و در صورت رضای مخاطب تنفیذ می‌شود و در صورت رد آن توسط مخاطب، معاملهٔ معارض مذکور باطل می‌گردد. برخی از نویسندگان حقوقی اگرچه ایجاب ملزم را معتبر نمی‌دانند، ولی به‌طور کلی معاملات معارض با شرط نتیجهٔ منفی را غیرنافذ می‌دانند

---

۱. یکی از نویسندگان حقوقی، معاملات معارض با ایجاب ملزم را با قیاس به معاملات راهن نسبت به عین مرهونه، غیرنافذ اعلام نموده است. نویسندهٔ مذکور در جای دیگر در پاسخ به وضعیت حقوقی معاملهٔ معارض با ایجاب اظهار داشته: شاید بتوان از کلام محقق نائینی استفاده کرد و گفت در اینجا موجب با التزام به حفظ ایجاب، از هر گونه اقدام در آن ممنوع و محجور است و تصرفات وی در آن باطل و بی‌اثر است (محقق داماد و دارابی، ۱۳۹۱، ص۶۰-۶۱). در خصوص ادعای مذکور، لازم به ذکر است اولاً محقق نائینی ایجاب ملزم را نپذیرفته است، زیرا وقتی نامبرده شرط ابتدایی را باطل می‌داند (نائینی، بی‌تا، ج۲، ص۱۲۳)، به طریق اولی ایجاب ملزم را نمی پذیرد. ثانیاً در خصوص ادعای بطلان معاملهٔ معارض با ایجاب ملزم بر اساس دیدگاه محقق نائینی، لازم به ذکر است که محقق نائینی اگرچه نه در این موضوع، بلکه در بحث معاملهٔ معارض با شرط ضمن عقد ابتدائاً (نائینی، بی‌تا، ج۲، ص۲۶) معتقد به بطلان معاملهٔ معارض شده‌اند (این دیدگاه مبتنی بر نظر ایشان در کتاب اصولی دائر بر دلالت نهی بر بطلان اتخاذ شده است؛ (برای ملاحظهٔ تفصیلی این دیدگاه، ر.ک: به نائینی، ۱۳۷۶، ج۲، ص۴۷۲)، ولی در آخرین اظهارنظر خویش در کتاب منیة الطالب در بحث از تصرف منافی با شرط در شرح عبارات صاحب مکاسب در خصوص معاملهٔ معارض با شرط (شرط وقف مبیع بر مشتری و تخلف مشتری و فروش مبیع به جای وقف آن) ضمن بررسی سه دیدگاه مطرح در مکاسب (صحت مطلق، صحت در صورت اجازه یا اذن مشروط‌له و بطلان مطلق)، ضمن رد نظر بطلان مطلق با این استدلال که صرفاً اگر نهی مستلزم عصیان خداوند باشد، عمل منهی‌عنه باطل است (مانند نکاح در ایام عده)، اظهار داشته اگر نهی سبب عصیان الهی نباشد، بلکه سبب عصیان سید (مولی) گردد (مانند ازدواج عبد بدون اذن مولی)، این نکاح باطل نیست، بلکه موافق با نظر صاحب مکاسب اظهار داشته در صورت اذن و اجازهٔ مشروط‌له، معاملهٔ معارض با شرط صحیح است (نائینی، بی‌تا، ج۲، ص۱۴۱). بنابراین، صرف‌نظر از این‌که محقق نائینی ایجاب ملزم را نپذیرفته است، بر فرض پذیرش، چون مبنای معاملهٔ معارض با آن با معاملهٔ معارض با شرط یکی است، برخلاف ادعای نویسندگان مذکور، میرزای نائینی در آخرین نظر خود معاملهٔ معارض با شرط را باطل ندانسته است (برای مطالعهٔ تفصیلی دیدگاه محقق نائینی در این خصوص، ر.ک: به تولیت، ۱۳۸۷، ص۵۸-۶۲؛ صفری، ۱۴۰۳، ص۱۸-۲۲).

(شهیدی، ۱۳۸۶، ص۱۳۴).

دکتر کاتوزیان نیز معاملات معارض با شرط نتیجهٔ منفی را غیرنافذ اعلام نموده‌اند. ایشان در نقد رأی وحدت رویهٔ اصراری هیئت عمومی دیوان عالی کشور به شمارهٔ ۱۹۱ مورخ ۴۸/۱۱/۱ اظهار داشتند: «در موردی که خریدار یا نمایندهٔ او از حق تصرف کردن در مبیع می‌گذرد، در اثر تراضی اختیار او ساقط می‌شود. به بیان دیگر، ملکیت ناقص به او انتقال می‌یابد. در نتیجه اگر مبیع را انتقال دهد باطل است، زیرا بنا به فرض حق انتقال ندارد. آنچه اختیار مالک را سلب می‌کند از قبیل شرط نتیجه است، چراکه نتیجهٔ مورد نظر (اسقاط حق انتقال) با تراضی و همراه با اصل معامله تحقق می‌یابد و اجرای آن نیاز به انجام دادن فعل خارجی ندارد». اگرچه دکتر کاتوزیان از تعبیر بطلان استفاده نموده است، ولی با ملاحظهٔ مطالبی که در بحث مشابه (یعنی معاملات معارض با شرط نتیجهٔ منفی) در جاهای دیگر مطرح نموده است، به خوبی برمی‌آید که مقصود ایشان عدم نفوذ است، نه بطلان به معنای اصطلاحی (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص۹۳).

در فقه، تصرفات منافی با شرط فعل و شرط نتیجه تفکیکی صورت نگرفته است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱، ص۲۳۲). یکی از نظریه های موجود در فقه در خصوص معاملات معارض با شرط فعل، مثلاً چنانچه مشتری که تعهد داده مبیع را وقف نماید، ولی با معاملهٔ معارض با شرط آن را به غیر بفروشد، شیخ انصاری و برخی از محشیان مکاسب، معاملهٔ مذکور را غیرنافذ می‌دانند (انصاری، بی‌تا، ج۶، ص۷۶؛ نائینی، بی‌تا، ج۲، ص۱۴۱؛ شهیدی تبریزی، بی‌تا، ج۳، ص۵۷۸). برخی دیگر از فقهای امامیه معاملهٔ فضولی را معامله‌ای می‌دانند که از سوی شخصی انجام شود که سلطه‌ای بر انعقاد آن معامله ندارد، خواه عدم سلطه ناشی از فقدان مالکیت فضول باشد یا محجور بودن او یا منوط بودن به اجازهٔ شخص دیگر.[۱] (آملی، ۱۴۱۳، ج۲، ص۴۵۲).

در نقد نظریهٔ مذکور باید گفت بر فرض این‌که معاملهٔ معارض با ایجاب ملزم در وضعیت عدم نفوذ باشد، در این صورت چنانچه مخاطب در مهلت مقرر اعلام

---

۱. «وأن الملاک فی کونه فضولیاً هو صدوره عمن لا یکون سلطاناً علیه و عدم السلطنه علیه اما لاجل انه لا یکون مالکاً او لاجل کونه محجوراً او لکونه محتاجاً الی اجازه شخص آخر.»

قبولی خود را به عمل نیاورد، تکلیف عقد غیرنافذ مذکور چیست؟ به عبارت دیگر، چون عدم نفوذ در اینجا تابع حق عینی ابتدایی است که ثالث نسبت به مورد معامله دارد، با زوال این حق عینی در اثر عدم اعلام قبولی، موت موجب یا مخاطب و حجر یکی از این دو (اسباب زوال ایجاب)، تکلیف عقد غیرنافذ مذکور چیست؟ آیا موضوع از مصادیق قاعدهٔ فقهی «مَنْ بَاعَ شَیْئاً ثُمَّ مَلَكَ» است؟ یعنی موجب باید بعد از زوال ایجاب عقد مذکور را مجدداً تنفیذ کند؟ اگر پاسخ منفی است، در این صورت آیا می‌توان گفت این عقد تا ابد در وضعیت عدم نفوذ باقی می‌ماند؟ یا این‌که در اثر زوال مانع (حق شخص ثالث)، عقد خودبه‌خود تنفیذ می‌شود؟ معلوم است که موضوع از مصادیق «مَنْ بَاعَ شَیْئاً ثُمَّ مَلَكَ» نیست، زیرا این قاعده در جایی موضوعیت دارد که شخص مال دیگری را به‌نحو فضولی بفروشد و سپس مورد معامله، به‌نحو ی از انحاء، قبل از اعلام اجازه یا رد توسط مالک، به معامل فضولی منتقل شود که در این صورت، اجازهٔ بعدی معامل فضولی که پس از انتقال به‌عنوان مالک جدید شناخته می‌شود، لازم و ضروری است (مادهٔ ۲۵۴ قانون مدنی)، زیرا شخص زمان انجام معاملهٔ فضولی به‌عنوان مالک، معامله را انجام نداده است، بلکه به‌عنوان فضول و نسبت به مال غیر معامله نموده است. لذا پس از مالکیت، اجازهٔ بعدی وی به‌عنوان مالک جدید ضروری است.

ولی در مانحن‌فیه، موجب که معاملهٔ معارض با ایجاب ملزم انجام می‌دهد، به‌عنوان مالک این معامله را انجام داده است،[1] ولی اجازهٔ بعدی وی تحصیل حاصل می‌باشد، بلکه ممکن است موجبات سوءاستفادهٔ وی را علی‌الخصوص در صورت افزایش قیمت مورد معامله از تاریخ انعقاد عقد تا تاریخ اجازه (در صورتی که قائل به اجازهٔ مجدد وی باشیم) فراهم کند. به عبارت دیگر، در صورت افزایش قیمت مورد معامله در این فاصله، قطعاً معاملهٔ موصوف را رد خواهد کرد و موجب

---

۱. برای ملاحظهٔ نمونهٔ مشابه، از جمله معاملهٔ راهن نسبت به عین مرهونه، ر.ک: (میرزای قمی، بی‌تا، ج۲، ص۴۵۰). میرزای قمی ضمن مراعی دانستن بیع مال مرهونه، اظهار داشته در صورت فک رهن، عقد خودبه‌خود لازم می‌شود و نیاز به اجازهٔ بعدی راهن ندارد، زیرا این از قبیل آن نیست که بایع مال غیر را بفروشد و بعد به او منتقل شود به ارث، یا وکیل او آن را بخرد برای او که بعضی باطل می‌دانند و بعضی صحیح، و بعضی موقوف می‌دانند به اجازهٔ بایع، چون در آن حال مال غیر را فروخته و در اینجا مال خود را.

ورود ضرر به طرف قرارداد می‌شود.

نکتهٔ دیگر این است که عقد غیرنافذ موقوف، وضعیت حقوقی عقدی است که به علت فقدان مقتضی یا جزئی از آن عقد، در وضعیت عدم نفوذ قرار دارد، مانند عقد فضولی و اکراهی که به علت فقدان رضا (جزء مقتضی) غیرنافذ است، ولی در عقدی که معارض با ایجاب ملزم است، معامله مشکلی از حیث مقتضی ندارد، بلکه مشکل معاملهٔ معارض مذکور، وجود مانع است. مانع در این معامله، حق عینی است که شخص ثالث (مخاطب ایجاب) نسبت به مورد معامله دارد. در نتیجه، سؤال دیگری که مطرح می‌شود این است که آیا میان معامله‌ای که با مشکل فقدان مقتضی مواجه است با معامله‌ای که با مانع مواجه است، از حیث ضمانت اجرا فرق است؟ برخی هر دو را از مصادیق معاملات غیرنافذ تلقی کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج۲، ص۱۲۹). اگرچه به تفاوت‌های میان این دو دسته توجه داشته‌اند، ولی درکل هر دو دسته را ذیل وضعیت حقوقی عدم نفوذ آورده‌اند. برخی دیگر عدم نفوذ را به دو دستهٔ موقوف و مراعی تقسیم نموده و میان این دو فرق نهاده‌اند که در ذیل نظریهٔ عدم نفوذ مراعی به‌نحو تفصیلی به آن پرداخته می‌شود.

### ۳-۲. نظریهٔ عدم نفوذ مراعی

برخی از نویسندگان ضمن نقد مقالهٔ «ایجاب منبع یک جانبهٔ التزام»، با ذکر دیدگاه محقق نائینی در کتب مختلفشان، آخرین نظر محقق نائینی را در خصوص معاملات معارض با شرط، عدم نفوذ اعلام نموده‌اند، سپس در پایان اظهار داشته‌اند این عدم نفوذ از مصادیق عدم نفوذ مراعی است که در باب رهن مطرح می‌شود، نه عدم نفوذی که در باب معاملهٔ فضولی مطرح می‌شود (صفری، ۱۴۰۳، ص۲۱).

عده‌ای دیگر از نویسندگان حقوقی با بررسی مصادیق مختلف عدم نفوذ، آن را به دو دستهٔ موقوف و مراعی تقسیم نموده و در تعریف عدم نفوذ موقوف اظهار داشتند: وضعیت حقوقی عقدی است که به علت فقدان مقتضی یا جزئی از آن در حالت موقوف قرار دارد تا اجازه به آن ملحق شود یا رد گردد، مانند معاملات فضولی و اکراهی. در تعریف عدم نفوذ مراعی نیز اظهار داشته‌اند: وضعیت حقوقی عقدی است که آن عقد از حیث مقتضی کامل بوده، ولی به علت وجود مانع، در وضعیت

عدم نفوذ مراعی قرار دارد. مانع نیز حقی است که شخص ثالث نسبت به مورد معامله دارد. اعمال حق توسط ثالث، کاشف از بطلان عقد از روز تشکیل آن یا مانع از تداوم آثار آن خواهد شد (کریمی، ۱۳۹۱، ص۱۵۷-۱۸۸). یعنی در برخی از مصادیق عدم نفوذ مراعی، اعمال حق توسط ثالث کاشف از بطلان عقد مذکور از روز وقوع آن است و در برخی دیگر از مصادیق عدم نفوذ مراعی، اعمال حق توسط ثالث مانع از تداوم آثار آن می‌شود. به عبارت دیگر، در دستهٔ دوم، عقد غیرنافذ مراعی به‌طور صحیح واقع می شود، ولی با اعمال حق توسط ثالث از همان تاریخ منفسخ می شود، از قبیل معاملات معارض با قولنامه. اگرچه نویسندهٔ مذکور در مقالهٔ موصوف، معاملهٔ معارض با ایجاب ملزم را از مصادیق عدم نفوذ مراعی نیاورده است، ولی به نظر می‌رسد بر اساس مبانی نویسندهٔ مذکور در مقالهٔ یاد شده، باید گفت از نظر نویسنده قاعدتاً معاملات معارض با ایجاب ملزم از مصادیق وضعیت حقوقی عدم نفوذ مراعی است، نه موقوف، زیرا به علت تعلق حق مخاطب ایجاب ملزم نسبت به مورد معامله، مشکل این معامله وجود مانع است، نه فقدان مقتضی. در این‌که این معامله از نظر مبانی فکری نویسنده در اثر اعمال حق توسط ثالث، کاشف از بطلان آن از روز نخست است یا مانع از تداوم آثار آن از زمان اعمال حق توسط ثالث است؟ به نظر می‌رسد معاملهٔ معارض با ایجاب ملزم در صورت اعمال حق توسط ثالث – که در مانحن‌فیه با اعلام قبولی از سوی مخاطب ایجاب تبلور می‌یابد – مانع از تداوم آثار عقد غیرنافذ ادعایی خواهد شد، زیرا اعلام قبول در نظام حقوقی ما اثر قهقرایی ندارد، بلکه سبب تشکیل عقد از همان زمان می‌شود. بنابراین سبب انفساخ معاملهٔ معارض با ایجاب ملزم از همان تاریخ می‌شود، زیرا مخاطب قبل از آن مالکیتی نسبت به مورد معامله یا منافع آن ندارد تا این‌که به خاطر مراعات آن عقد از ابتدا باطل شود.

نویسندهٔ مذکور سپس در خصوص زوال مانع در عقد غیرنافذ مراعی اظهار داشته که زوال مانع کاشف از صحت آن معامله از تاریخ وقوع عقد غیرنافذ مراعی است (کریمی، ۱۳۹۱، ص۱۷۹) که به نظر این مصداق در مورد دستهٔ اول معاملات غیرنافذ مراعی موضوعیت دارد، زیرا در مورد دستهٔ مذکور مدعی است تا قبل از اعمال حق

توسـط ثالث یا زوال مانع، عقد غیرنافذ مراعی در وضـعیت معلق قرار دارد و آثاری بر آن مترتب نیسـت، بلکه زوال مانع یا اعمال حق توسـط ثالث، کاشـف از صـحت یا بطلان معاملهٔ مذکور است. چون دستهٔ دوم معاملات غیرنافذ مراعی از نظر نویسنده به‌طور صـحیح واقع می‌شـود، در نتیجه ادعای تعلیق آثار آن با طبیعت عقد مذکور تعارض دارد.

در نقد تعریف مذکور، اولین ایرادی که می‌توان به آن وارد کرد این اسـت که این تعریف دو مصـداقی را شـامل می‌شـود که با هم تعارض دارند. دسـتهٔ اول از حیث معلق بودن آثار، به عقد موقوف شبیه است، ولی دستهٔ دوم که صحیحاً تشکیل شده و واجد آثار قانونی اسـت، به هیچ وجه با عقد موقوف شـباهت ندارد. ضـمن این‌که تعریف منطقی از یک ماهیت، تعریفی اسـت که شـامل همهٔ مصـادیق آن ماهیت شود. به عبارت دیگر، لازم است عناصر مندرج در تعریف یک ماهیت بر عناصری که در تعریف انواع آن ماهیت ذکر می‌شـود، منطبق باشـد (شـهیدی، ۱۳۹۱، ص۱۵). در حالی که این تعریف به دو مصـداق متعارض از مصـادیقی اشـاره می‌کند که در آن معامله با مانع مواجه اسـت. در نتیجه یا قسـم اول تعریف واجد ایراد اسـت، یا قسـم دوم، یا این‌که اسـاسـاً تعریف مذکور با مبانی انطباق ندارد، بلکه عقودی که معارض حق ثالث بوده و با مانع مواجه هستند، واجد وضعیت حقوقی دیگری است که باید به‌نحو مجزا آن را بررسی نمود.

نقد دیگری که بر تعریف مذکور وارد اسـت، این اسـت که در مبانی فقهی فقهای امامیه، عدم نفوذ را به دو دسـتهٔ موقوف و مراعی تقسـیم ننموده‌اند، بلکه برخی از فقهای امامیه از عقد موقوف و مراعی تعبیر کرده‌اند،[1] (نجفی، ۱۳۶۲، ج۲۵، ص۱۹۹؛ حسینی عاملی۲، بی تا، ج۱۵، ص۳۶۰؛ ابن‌علامه، ۱۳۸۷، ج۲، ص۶۱۱) ولی به نظر می‌رسـد گروه اخیر مراعی را وضـعیت حقوقی مسـتقلی در برابر عدم نفوذ موقوف تلقی کرده‌اند.[3] برخی

---

۱. «الفرق بين المراعاة والموقوف، أن الأول يكون كاشفاً عما هو صحيح في نفس الأمر، والثاني ما يتوقف عليه الحكم بالصحة.»

۲. «و الفرق بين المراعي و الموقوف أنّ ما يتوقف عليه الحكم بالصحة في الموقوف يكون جزء سبب، و في المراعى يكون كاشفاً عمّا هو صحيح في نفس الأمر.»

۳. به‌عنوان مثال، فخرالمحققین میان دو وضعیت مذکور فرق گذاشته است (ابن‌علامه، ۱۳۸۷، ج۲، ص۶۱۱). «و قيل: يقع موقوفاً بمعنى أن إجازة المولى سبب أو شرط في لزوم العتق، و قيل: يقع مراعى بمعنى أن الإجازة

دیگر فرقی میان عدم نفوذ موقوف و مراعی قائل نشده‌اند، مثلاً میرزای نائینی در حاشیهٔ مکاسب عقد مکره را مانند عقد فضولی دانسته و نقل و انتقال را مراعی به رضای مکره منوط کرده است. (نائینی، بی‌تا، ج۱، ص۱۹۸) همین‌طور محقق ایروانی در حاشیهٔ مکاسب معاملهٔ معارض با شرط را مراعی به اجازهٔ مشروط‌له که همان عدم نفوذ موقوف بوده که شیخ در مکاسب آن را بهترین نظر دانسته است (ایروانی،۱۳۸۴، ج۲، ص۶۸). همو در جای دیگر عقد فضولی را مراعی دانسته است. (ایروانی، ۱۳۸۴، ج۱، ص۱۴۰ و ۱۳۲) برخی دیگر مراعی را نه به‌عنوان وضعیت حقوقی، بلکه به معنی لغوی که به معنی در حال انتظار است، استعمال نموده‌اند. (طباطبایی یزدی[۱]، ۱۳۷۰، ج۲، ص۶) از تعبیر برخی از فقهای امامیه نیز استنباط می‌شود که از نظر آن‌ها، مراعی عقدی است که صحیحاً تشکیل شده، ولی بقای آن در معرض زوال است.[۲] (میرزای قمی، بی‌تا، ج۲، ص۳۹۵؛ محقق کرکی[۳]، ۱۴۱۴، ج۵، ص۱۴۵).

به نظر می‌رسد در فقه امامیه، مراعی بیشتر در معنی لغوی به کار رفته تا این‌که وضعیت حقوقی صرف یک عقد باشد، که در قسمت نظر منتخب به‌نحو تفصیلی راجع به آن اشاره خواهد شد.

ایراد بعدی وارد بر عقد غیرنافذ مراعی این است که اساساً چه لزومی دارد عقدی که با مانع مواجه است، در صورت اعمال حق توسط ثالث از ابتدا باطل باشد؟ اگر

---

کاشفة عن لزومه عند وقوعه وعدمها کاشف عن بطلانه عند وقوعه.»

۱. سید یزدی(ره) در جای دیگر از کتاب حاشیهٔ مکاسب، مراعی را به معنی عقد صحیح تلقی کرده است. ایشان در ذیل بحث معاملهٔ منافی با خیار اظهار داشته: این معاملات مانند معاملات راهن باطل است و این‌که این بطلان به معنی خاص است یا مانند عقد فضولی است که پس از انقضای مدت خیار با اجازهٔ من له الخیار صحیح می شود یا از زمان انقضای خیار بدون اجازهٔ من له الخیار صحیح است. پس در این صورت، معنی بطلان این است که مراعی به انقضای خیار است، بدون اجازه (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج۲، ص۱۵۷-۱۵۸).

۲. دکتر کاتوزیان در جلد سوم کتاب قواعد عمومی قراردادها اظهار داشته از مادهٔ ۱۰۶۹ قانون مدنی که شرط خیار فسخ را در نکاح جایز نمی‌شمرد، چنین برمی‌آید که ازدواج را نمی‌توان مراعی و متزلزل کرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج۳، ص۲۰۰) از تعبیر مذکور استنباط می‌شود که از نظر دکتر کاتوزیان مراعی، نه یک وضعیت حقوقی، بلکه عقدی است صحیح که در معرض زوال در اثر فسخ و... می‌باشد.

۳. «هذا کلامه: و أراد به بیان الفرق بین ما یمکن وقوعه موقوفاً، و ما یمتنع فیه ذلك، فنبه علی أن ما کان عدمیا- أي: المراد منه العدم- لا یوصف بکونه موقوفاً، و العفو عدمي، لأن المقصود منه الإسقاط، و هو إعدام ما في الذمة، فیکون مراعی، بمعنی أن انکشاف حاله یظهر بعد بزوال المانع من بقائه، بخلاف الموقوف الذي بقي من علته التامة جزء لم یتحقق بعد.»

قرار است از حق عینی ثالث حمایت شود، باید تا حدی باشد که به حقوق دیگران تجاوز نشود و لزومی ندارد بیشتر از آنچه ثالث مستحق آن است از وی حمایت کرد. به‌عنوان نمونه، در معاملهٔ معارض با ایجاب ملزم، چون قبول اثر قهقرایی ندارد و از همان لحظهٔ اعلام قبولی عقد تشکیل شده و آثار عقد از همان لحظه واقع می‌شود، چرا باید معاملهٔ معارض از ابتدا باطل شود؟ تا قبل از اعلام قبول، مخاطب مالکیتی نسبت به اعیان و منافع مورد معامله پیدا نمی‌کند. بعد از اعلام قبول هم همین‌طور است، پس چرا عقد از روز تشکیل باطل باشد؟

### ۳-۳. وضعیت مراعی

برخی از نویسندگان حقوقی مدعی شدند که مراعی نه قسمی از عدم نفوذ، بلکه وضعیت حقوقی مستقلی است که در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ قرار دارد و در تعریف آن اظهار نموده‌اند: وضعیت حقوقی عقدی است که با مانع حق شخص ثالث مواجه است. در صورت زوال مانع، کشف می‌شود عقد از روز تشکیل آن صحیحاً واقع شده و در صورت اعمال حق توسط ثالث، کشف می شود عقد از روز تشکیل آن باطل بوده است، سپس به مصادیق وضعیت مراعی پرداخته‌اند (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶، ص۶۸۳-۷۰۲). برخی دیگر در برخی از مصادیق مانند معاملات مشتری قبل از اخذ به شفعه توسط شفیع به وضعیت حقوقی مذکور اشاره کردند (محقق داماد، قبولی درافشان و ساعت‌چی، ۱۳۹۴، ص۳-۲۲). اگرچه هیچ‌یک از نویسندگانی که به وضعیت حقوقی مراعی به‌عنوان وضعیت حقوقی مستقلی در برابر صحت، بطلان و عدم نفوذ پرداخته‌اند، به معاملات معارض حق مخاطب ایجاب ملزم اشاره نکرده‌اند، ولی به نظر می‌رسد با توجه به ماهیت حق مذکور و منشأ پیدایش آن (شرط نتیجهٔ منفی)، باید معاملات مذکور را از مصادیق وضعیت حقوقی مراعی دانست.

در نقد دیدگاه مذکور باید گفت در وضعیت حقوقی عدم نفوذ (موقوف) نیز اجازه یا رد مالک یا طرف عقد، کاشف از صحت و بطلان عقد موقوف می‌باشد، اگرچه در مورد اثر اجازه در عقد موقوف و این‌که کاشف یا ناقل است، یا این‌که کاشف به کشف حقیقی یا کشف حکمی است، میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد،[۱]

۱. صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۲، ج۲۲، ص۲۸۵) از اردبیلی در مجمع البرهان نقل کرده که کاشف بودن اجازه،

ولی نظر مشـهور فقهای امامیه، پذیرش نظر کشـف اسـت (نجفی، ۱۳۶۲، ج۲۲، ص۲۸۵). در وضـعیت مراعی نیز در خصـوص صـحت و بطلان نهایی آن عقد مدعی‌اند که اعمال حق توسط ثالث کاشف از بطلان عقد از روز نخست و زوال حق ثالث به هر سببی کاشف از صحت آن از روز نخست می‌باشد. در این صورت، پس چرا قائل به اسـتقلال وضـعیت مراعی از عدم نفوذ و... شـده‌اند؟ ضـمن این‌که ادعای دیگر آن‌ها این اسـت که در عقد مراعی، تا تعیین تکلیف حق شـخص ثالث، آثار عقد معلق اسـت و به عبارت دیگر اثری بر آن مترتب نیسـت، در حالی که اثر عقد غیرنافذ موقوف هم این‌گونه اسـت. ادعای دیگر آن‌ها این اسـت که در عقد مراعی، وضـعیت حقوقی دقیق عقد از حیث صحت و بطلان مجهول است، ولی در واقع قضیه معلوم اسـت، و اعمال حق یا زوال ثالث کاشـف از امری اسـت که فی‌الواقع معلوم بوده ولی برای طرفین مجهول بوده اسـت. در حالی که مشـخص نکرده‌اند این «فی‌الواقع» برای چه کس یا کسـانی اسـت؟ آیا منظور خداوند اسـت؟ در این صـورت چون خداوند از همه چیز آگاه اسـت، در عقد موقوف هم می‌توان چنین ادعایی را مطرح نمود. اگر منظور غیر خداوند است؛ در این صورت باید گفت چگونه ممکن است کسی عالم به غیب بوده و از ابتدای تشـکیل عقد بداند که آیا ثالث حق خود را اعمال خواهد کرد یا حق ثالث بنا به دلایلی زایل می‌شـود؟ به نظر این تعریف با واقعیت تطبیق ندارد و بیشتر خیالی است.

اگرچه در فقه امامیه از تعابیر برخی از فقها اسـتقلال وضـعیت مراعی حداقل از عقد موقوف و باطل اسـتنباط می‌شـود (انصاری، بی‌تا، ج۴، ص۱۷۳)، ولی به نظر می‌رسـد مراعی به معنی عام و گاهی به معنی لغوی در فقه به کار رفته و صـرفاً وضـعیت حقوقی نیست. (حسینی عاملی،[1] بی‌تا، ج۶، ص۱۶۷)

---

قول اکثر فقها است؛ از صاحب ریاض نیز نقل کرده که نظریهٔ کشف، قول اشهر در امامیه است (طباطبایی، ۱۴۱۹، ج۸، ص۱۲۵). صـاحب مفتاح الکرامه نیز اجازهٔ مالک را در عقد فضـولی کاشـف می‌داند و نظر نقل را قول شهید اول در لمعه، فاضل آبی در تنقیح الرائع، محقق کرکی در جامع المقاصد، شهید ثانی در مسالک و... می‌داند (حسـینی عاملی، بی‌تا، ج۸، ص۶۰۵). فخرالمحققین نظریهٔ نقل را أجود می‌داند (ابن‌علامه، بی‌تا، ج۱، ص۴۲۰).

۱. صاحب مفتاح الکرامه مراعی را در مانحن‌فیه معادل و مترادف با تزلزل دانسته و از تعبیر «مالکیت متزلزل و مراعی» استفاده کرده است؛ یعنی مالکیت ملتقط متزلزل و مراعی است.

برخی دیگر نیز اگرچه از تعبیر «عدم نفوذ مراعی» استفاده کرده‌اند، ولی با ملاحظهٔ مطالبی که در خصوص آثار این عقد اظهار نموده‌اند، معلوم می‌شود که مدعای آن‌ها این است که عقد غیرنافذ مراعی، عقدی است که صحیحاً تشکیل می‌شود، ولی اعمال حق توسط ثالث سبب انفساخ عقد مذکور می‌شود (محمدی میرعزیزی و صالحی مازندرانی، ۱۳۹۹، ص۲۰۵-۲۳۴). این تعریف با تعبیر «عدم نفوذ» هرچند با پسوند «مراعی» سازگاری ندارد، زیرا متبادر از «عدم نفوذ» (اعم از موقوف و مراعی) این است که آثار عقد تا قبل از تعیین تکلیف امر دیگری معلق است. لذا بهتر بود نویسندگان مذکور از تعبیر «عدم نفوذ مراعی» خودداری می‌نمودند و به جای آن از «عقد مراعی» به‌عنوان عقدی صحیح که بقای آن در معرض تزلزل است، استفاده می‌نمودند.

### ۳-۴. وضعیت مراعی (جمع بین وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد و صحت)

برخی از نویسندگان حقوقی مدعی هستند که معاملات راهن نسبت به عین مرهونه بدون اذن مرتهن در وضعیت مراعی قرار دارد. در صورت زوال مانع (فک رهن و...)، کشف می‌شود عقد از روز نخست صحیح بوده و در صورت اعمال حق توسط ثالث (مرتهن)، عقد بیع منعقدشده توسط راهن در برابر مرتهن غیرقابل استناد است (کریمی و ابراهیمی، ۱۴۰۱، ص۲۱۳-۲۳۱). نویسندگان مذکور ظاهراً در خصوص معاملات راهن نسبت به عین مرهونه بدون اذن مرتهن به تحقیق پرداخته‌اند، ولی معلوم نیست مادهٔ ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعهٔ کشور با معاملات راهن نسبت به عین مرهونه چه ارتباطی دارد، که نویسندگان مذکور به استناد این مادهٔ قانونی در صدد اثبات ادعای خویش برآمده‌اند. اگرچه مادهٔ مذکور به موجب قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول نسخ شده است، ولی علی‌رغم آن چون در زمان نگارش مقاله توسط نویسندگان موصوف معتبر بوده، نیاز به تجزیه و تحلیل دارد. با ملاحظهٔ مفاد مادهٔ مذکور معلوم می‌شود بحث راجع به اعتبار اسناد عادی در برابر اسناد رسمی موضوع حکم مقنن در قانون مذکور قرار گرفته و به هیچ وجه مقنن در مادهٔ مذکور در صدد تبیین وضعیت حقوقی معاملات راهن نسبت به عین مرهونه بدون اذن مرتهن نبوده است، بلکه مقنن نسبت به عقد رهنی که به موجب سند عادی تنظیم شده حکم وضع نموده و در خاتمه نیز آنچه در خصوص عدم قابلیت

اسـناد رسـمی که اعمال حقوقی موصـوف در متن مقرر در آن نگارش یافته اسـت، ارتباطی به وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد ندارد. در نتیجه، استناد و استنتاج نظریهٔ وضعیت مراعی به‌عنوان وضعیتی جهت جمع میان وضعیت صحت و عدم قابلیت اسـتناد به هیچ وجه با مبانی فقهی و قانونی ایران تطبیق نداشـته و حتی در نظام‌هایی مانند فرانسه نیز چنین تفسیری موجه نبوده و تاکنون از سوی کسی ارائه نگردیده است.

ضـمن این‌که ادعای این‌که مراعی جمع میان صـحت و عدم قابلیت اسـتناد اسـت، نه تنها با مبانی فقهی و حقوقی تطبیق ندارد، بلکه با آخرین تحول رویهٔ قضایی در خصوص معاملات راهن که موضوع رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۸۳۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشـور می‌باشـد، در تعارض اسـت. قبل از این‌که به تحلیل رأی وحدت رویهٔ ۸۳۲ بپردازیم، باید بگوییم که اگرچه برخی از نویسـندگان حقوقی عقد غیرقابل اسـتناد را مسـاوی با عقد غیرنافذ مراعی دانسـته‌اند و در هر دو وضـعیت مدعی شـدند که عقد میان طرفین صـحیح و در رابطه با ثالث بی‌اثر اسـت و در اثر اعمال حق توسط ثالث عقد از همان تاریخ منفسخ می‌شود (محمدی میرعزیزی و صالحی مازندرانی، ۱۳۹۹، ص۲۰۵-۲۳۴)، ولی همان‌گونه که برخی دیگر از نویسـندگان گفته‌اند، میان این دو وضـعیت فرق اسـت (رباطی، محسـنی و قبولی درافشـان، ۱۳۹۹، ص۷۱)، ولی در فرق اساسـی میان این دو نهاد باید گفت: عقد غیرقابل اسـتناد، عقدی اسـت که در رابطهٔ طرفین عقد صـحیح اسـت، ولی این عقد در برابر ثالث صـاحب حق قابل استناد نیست. اما مراعی را بنا بر تعریفی که نویسندگان سابق‌الذکر به عمل آورده‌اند، وضـعیت حقوقی دقیق عقد مجهول اسـت و پس از تعیین تکلیف امر دیگر، کشـف می‌شود از روز نخست صحیح بوده یا باطل، و تا قبل از تعیین تکلیف حق شـخص ثالث، حتی آثار عقد در رابطهٔ میان طرفین معلق است (رباطی، محسـنی و قبولی درافشـان، ۱۳۹۹، ص۷۱). اگرچه نگارنده به تعریف مذکور از مراعی انتقاد دارد و آن را وضـعیت حقوقی عقدی می‌داند که صـحیحاً تشـکیل شـده اسـت و در صـورت اعمال حق توسـط ثالث از همان تاریخ منفسـخ می‌شـود (نیک‌نژاد، ۱۴۰۴، ص۸۶۱-۸۹۶). از تعبیر برخی از فقهای امامیه همین تعریف از عقد مراعی تأیید می‌شـود. به‌عنوان نمونه،

میرزای قمی در پاسخ به این سؤال که وضعیت عقد اجاره در بیعی که در آن خیار شرط له بایع باشد، اظهار داشته است: «هرگاه خیار در ظرف تمام مدت باشد، به ردّ ثمن در هر وقت از اوقات آن مدت بایع مسلط بر فسخ بیع می شود و با فسخ بیع، اجاره هم منفسخ می‌شود به جهت آنکه به سبب فسخ معلوم میشود که مشتری مالك منافع تتمهٔ مدت نبوده است و اصل اجاره هم متزلزل می‌شود و مراعی بوده است نسبت به حصول فسخ از جانب بایع به سبب ردّ ثمن» (میرزای قمی، بی‌تا، ج۳، ص۴۳۲). میرزای قمی دقیقاً از اصطلاح تزلزل و مراعی بودن اجاره در مدت خیار شرط استفاده کرده است و در نتیجه مدعای نگارنده را تأیید می‌نماید.

در این صورت، مراعی وضعیت حقوقی عقدی است که صحیحاً تشکیل شده و این عقد اگرچه متزلزل است، تا زمانی که توسط ثالث اعمال حق نشده باشد، حتی در برابر ثالث قابل استناد است، اما این‌که مراعی وضعیت حقوقی عقدی باشد که با مانعی مواجه است که در صورت اعمال حق توسط ثالث کشف می‌شود عقد در برابر ثالث قابل استناد نیست و در صورت زوال مانع کشف می شود عقد از ابتدا صحیح بوده است، به هیچ وجه با مبانی انطباق ندارد، بلکه به تعبیر علما دلیل عین مدعاست، زیرا سؤالی که مطرح می‌شود این است که قبل از زوال حق ثالث یا اعمال حق ثالث، عقد در چه وضعیت حقوقی قرار دارد؟ از طرفی، وضعیت عدم قابلیت استناد در نظام حقوقی ایران به علت فقدان پیشینهٔ فقهی و از آنجایی که نهاد عاریتی می‌باشد، نیاز به تصریح قانونی دارد، اما در هیچ یک از نصوص قانونی که مربوط به معاملات راهن در عین مرهونه است، حتی رویهٔ قضایی به این وضعیت حقوقی اشاره نشده است. از طرف دیگر، حتی در بستر پیدایش این نهاد حقوقی یعنی نظام حقوقی فرانسه، بیشتر ضمانت اجرای تجاری بوده و البته به طور استثنا در نظام مذکور پذیرفته شده است. به طور کلی، نویسندگانی که چنین ادعایی را مطرح نموده‌اند، کلامشان کاملاً مضطرب است، زیرا به فرض قائل به این نظر باشیم، باید هم‌راستا با برخی دیگر از نویسندگان حقوقی از همان ابتدا این معاملات را غیرقابل استناد بدانیم (میرزانژاد، ۱۳۹۰، ص۲۸۱-۲۹۹) که بهتر است و با وضعیت این عقد سازگاری بیشتری دارد.

رأی وحدت رویهٔ ۸۳۲ خط بطلانی بر ادعای نویسندگان مذکور کشیده است. به موجب رأی وحدت رویهٔ مذکور، دعوای الزام به فک رهن از سوی خریدار عین مرهونه به طرفیت راهن، علی‌رغم مرهونه بودن مبیع، قابل استماع دانسته شده است. بدیهی است قابلیت استماع دعوی مذکور فرع بر این است که معاملات راهن نسبت به عین مرهونه بدون اذن مرتهن دارای آثار قانونی باشد، زیرا الزام به فک رهن از آثار عقد بیع است. داشتن آثار این معامله به معنی صحت آن قبل از اعمال حق توسط مرتهن می‌باشد. در نتیجه، اولاً ادعای این‌که معامله مذکور قبل از تعیین تکلیف حق شخص ثالث معلق است، با رأی مذکور تنافی دارد. ثانیاً، ادعای این‌که در صورت اعمال حق توسط ثالث (مرتهن)، عقد میان راهن و خریدار در برابر مرتهن غیرقابل استناد است، بی‌وجه بوده و نیاز به تصریح قانونی دارد، ضمن این‌که به فرض این عقد میان طرفین صحیح باشد و در برابر ثالث (مرتهن) غیرقابل استناد، چه آثاری بر این عدم قابلیت استناد در نظام حقوقی ایران مترتب است؟ یا به عبارت دیگر، چه فایده‌ای برای مشتری دارد؟ از طرف دیگر، در نظام حقوقی ایران بر فرض در برخی از موارد استثنایی وضعیت حقوقی عدم قابلیت استناد پذیرفته شود، از همان ابتدای تشکیل عقد، در وضعیت مذکور است، نه این‌که یک عقدی در اثنای مدت از صحت تبدیل به عدم قابلیت استناد شود. در ضمن، استماع دعوی الزام به فک رهن فرع بر ذی‌نفعی خواهان (خریدار مال مرهونه) است. یکی از شرایط نفع این است که به وجود آمده و باقی باشد، بنابراین اگر وجود نفع برای خواهان منوط به وجود شرط یا معلق به وقوع امری باشد، خواهان نمی‌تواند ذی‌نفعی خود را توجیه نماید (شمس، ۱۳۸۰، ج۱، ص۳۱۹-۳۲۰). ذی‌نفعی خواهان به شرح مذکور از نظر هیئت عمومی دیوان فرع بر داشتن آثار قانونی بر معاملات راهن می‌باشد و در نتیجه استدلال نویسنده را تأیید می‌کند.

### ۳-۵. نظریهٔ منتخب

به نظر می‌رسد هیچ یک از نظریه‌های فوق بیانگر وضعیت فقهی-حقوقی دقیق معاملات معارض با حق مخاطب ایجاب ملزم نیست، بلکه باید گفت با عنایت به این‌که در ایجاب ملزم به‌نحو ضمنی شرط نتیجهٔ منفی‌ای که متضمن سلب حق

رجوع از ایجاب یا اسقاط رجوع از ایجاب و در نتیجه سلب حق انتقال به غیر وجود دارد، علی‌الاصول معاملات مذکور از مصادیق معاملات معارض با شرط نتیجهٔ منفی می‌باشد. در خصوص معاملات معارض با شرط نتیجهٔ منفی، برخی ادعای عدم نفوذ را مطرح نموده‌اند. (شهیدی، ۱۳۸۶، ص۱۳۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج۱، ص۳۷۹؛ لنگرودی[۱]، ۱۳۸۷، ص۲۹۴) برخی دیگر بین این‌که شرط نتیجهٔ ناشی از عقد باشد یا ایقاع، فرق گذاشته و معاملهٔ معارض با شرط نتیجهٔ ایقاعی را باطل و معاملهٔ معارض با شرط نتیجهٔ عقدی را عدم قابلیت استناد یا غیرنافذ نسبی اعلام کرده‌اند (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۶، ص۲۲۴)، ولی به نظر می‌رسد بدواً باید به قانون مدنی مراجعه کرد. در قانون مدنی، در مادهٔ ۴۵۴ در خصوص ضمانت اجرای معاملات معارض با شرط نتیجهٔ منفی بحث شده است. بر اساس قسمت اخیر این ماده، اگر شرط عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت صریحاً یا ضمناً بر مشتری شرط شده باشد، اجاره‌ای که مشتری بر خلاف شرط مذکور منعقد نموده است، باطل است.

ولی این‌که این بطلان به معنی اصطلاحی است یا اعم از صحت[۲] (نیک‌نژاد، ۱۴۰۴، ص۸۷۸)، بطلان ( کاو یار، ۱۴۰۳، ص۱۲۲)، انفساخ (نیک‌نژاد، ۱۴۰۱، ص۲۵۸) و عدم نفوذ (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص۲۹۴) است، موضوعی اختلافی است، ولی تحلیل صحیح این ماده این است که باید گفت کلمهٔ بطلان را باید بر انفساخ حمل کرد. (نائینی،۳

---

۱. دکتر لنگرودی در کتاب «مجموعهٔ محشی قانون مدنی» در شرح مادهٔ ۴۵۴ قانون مدنی اظهار داشته: «چرا باطل؟ غیرنافذ است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص۲۹۴). با توجه به این‌که ایشان در کتاب «حقوق تعهدات» با ذکر دو مثال از شرط نتیجهٔ منفی و شرط فعل منفی حقوقی از دکتر امامی که در آن دکتر امامی معاملهٔ اول را باطل (غیرنافذ) و دومی را صحیح اعلام نموده بود، ضمن انتقاد به نظر دکتر امامی اظهار داشتند که ضمانت اجرای هر دو یکی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص۱۴۹)، معلوم می‌شود اولاً از نظر دکتر لنگرودی هیچ فرقی میان ضمانت اجرای معاملات معارض با شرط فعل منفی حقوقی و شرط نتیجهٔ منفی نیست؛ ثانیاً با توجه به این‌که معاملهٔ معارض با شرط در مادهٔ ۴۵۴ قانون مدنی را غیرنافذ اعلام نموده‌اند، معلوم می‌شود دیدگاه ایشان در خصوص معاملات معارض با هر یک از شروط مذکور عدم نفوذ است و در این صورت فرقی نمی‌کند شرط عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت به صورت شرط فعل منفی حقوقی باشد یا شرط نتیجه.

۲. کسانی که قائل بر انفساخ معاملهٔ معارض با شرط نتیجهٔ منفی در اثر اعمال حق توسط مشروط‌له هستند، در واقع معاملهٔ معارض مذکور را صحیح و مراعی می‌دانند، یعنی معاملهٔ معارض در معرض انفساخ است.

۳. «التوقّف على إجازة من له الشّرط فلو أجاز ينفذ التصرّف و يسقط خياره لأن إجازته مساوقة لإسقاطه كما قلنا في محلّه و لو لم يجز فينفسخ العقود المترتّبة.»

بی‌تا، ج۲، ص۱۴۰)، زیرا عقد مذکور به دلیل حق شخص ثالث در وضعیت مراعی قرار دارد[۱] (انصاری، بی‌تا، ج۴، ص۱۶۸).

رأی وحدت رویهٔ ۸۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که مفسر مادهٔ ۴۵۴ قانون مدنی بوده، همین معنی را از بطلان در مادهٔ مرقوم متبادر می‌کند، زیرا به موجب رأی وحدت رویهٔ مذکور که در خصوص ضمانت اجرای معاملهٔ معارضی که بر خلاف شرط ضمنی عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت، مشتری آن را به غیر فروخته است، انحلال معاملهٔ معارضی که با شرط ضمنی مذکور صورت گرفته را فرع بر اثبات دو امر دانسته است. لازم به ذکر است این رأی در خصوص این موضوع بوده که چنانچه ملکی فروخته شود و به علت وجود چند فقره چک که بابت باقیماندهٔ اقساط ثمن به بایع داده شد، بایع بر مشتری شرط می‌کند چنانچه یکی از چک‌هایی که بابت ثمن معامله به وی داده شد، منتهی به صدور گواهی عدم پرداخت شود، بایع اختیار فسخ معامله را خواهد داشت. مشتری در این موضوع قبل از سررسید چک‌ها بلافاصله مبیع را به ثالث منتقل می‌کند و سپس در سررسید چک‌های وی منتهی به صدور گواهی عدم پرداخت می‌شود. از نظر هیئت عمومی دیوان عالی کشور، موضوع شرط مذکور از مصادیق حکم مندرج در قسمت اخیر مادهٔ ۴۵۴ قانون مدنی بوده که شرط عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت به طور ضمنی بر مشتری شرط شده بود. به هر حال، دیوان انحلال معاملهٔ معارض را فرع بر دو شرط دانسته است: اول، تحقق شرط که در مانحن‌فیه یعنی پاس نشدن یکی از چک‌ها و از قوه به فعل رسیدن خیار مشروط در معامله بوده است (خیار مذکور معلق است و در صورت پاس نشدن یکی از چک‌ها منجز می‌شود)؛ دوم، اعمال خیار توسط بایع به‌عنوان مشروط‌له. پس مفهوم مخالف رأی هیئت عمومی دیوان این است که قبل از تحقق این دو شرط، اساساً معاملهٔ معارض با شرط موصوف صحیح است و نمی‌شود تعرضی به آن نمود. در نتیجه، اگر معاملهٔ معارض با شرط نتیجه صحیحاً تشکیل شده است، اعمال حق توسط مشروط‌له (اعمال خیار) سبب انفساخ معاملهٔ معارض از همان تاریخ می‌شود، زیرا عقدی که صحیحاً تشکیل شده است نمی‌تواند

---

۱. «أنّ مقتضی عدم استقلال البائع في ماله و مدخليّة الغير فيه: وقوع بيعه مراعىً، لا باطلًا.»

در اثنای مدت به عقد باطل تبدیل شود.

بدیهی است آنچه در رأی وحدت رویهٔ ۸۱۰ آمده است، مصداقی از قاعدهٔ کلی است، یعنی ضمانت اجرای معاملات معارض با شرط نتیجهٔ منفی. پس از ملاک آن می‌توان در موارد مشابه استفاده کرد و گفت در معاملات معارض با حق مخاطب ایجاب ملزم نیز که مصداقی از معاملات معارض با شرط نتیجهٔ منفی است، به همین کیفیت باید گفت این معامله صحیح است، ولی مراعی حق مخاطب ایجاب است، یعنی در صورت اعلام قبولی از سوی نامبرده، معاملهٔ معارض از همان تاریخ منفسخ می‌شود.

مراعی بودن معاملهٔ مذکور به معنی وضعیت حقوقی جدیدی نیست، زیرا اساساً مراعی وضعیت حقوقی نیست، چون همان‌گونه که در مطالب قبلی اشاره شد، در فقه به معنی اعم به کار رفته و بیشتر از این‌که وضعیت حقوقی باشد، به معنی لغوی به کار رفته است.

در آخرین تحول قانونی، مادهٔ ۱۳ قانون ساماندهی مسکن و اجاره‌بها مصوب ۱۴۰۳/۰۲/۲۹ در مورد شرط نتیجهٔ منفی مقرر می‌دارد: «... متقاضیان این طرح‌ها در قرارداد واگذاری، به‌صورت قید قرارداد و به‌نحو سلب حق، ملزم می‌شوند تا قبل از تحویل واحد مسکونی یا نصب شمارشگر (کنتور) برق یا اخذ گواهی پایان‌کار ساختمانی (هر کدام زودتر صورت پذیرفت) حق انعقاد معاملات و اعطای وکالت مربوط به انتقال حق انتفاع اراضی یا اعیان یا امتیاز ثبت‌نام را جز به اشخاص مورد تأیید وزارت راه و شهرسازی (ثبت‌نام‌کنندگان واجد شرایط در سامانهٔ طرح‌های حمایتی تأمین مسکن) نداشته باشند. ثبت رسمی معاملات و وکالت‌نامه‌های مذکور منوط به استعلام از وزارت راه و شهرسازی مبنی بر رعایت شروط و قیود فوق است و معاملاتی که بدون رعایت شروط و قیود مذکور در این ماده انجام می‌شود، در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نمی‌شود.»

با ملاحظهٔ مفاد مادهٔ مذکور معلوم می‌شود که این ماده در خصوص شرط نتیجهٔ منفی است و متقاضی طرح، حق انتقال امتیاز ذیربط را به غیر اشخاص واجد شرایط تا قبل از پایان کار و... از خود سلب و ساقط می‌نماید. سپس قانون‌گذار

ضـمانت اجرای عدم رعایت شـرط مذکور را عدم پذیرش معامله‌ای که بدون رعایت قیود و شروط مذکور در این ماده منعقد شده در ادارات و محاکم می‌داند. همان‌گونه که از متن ماده استنباط می‌شود، اولاً قانون‌گذار ضمانت اجرای معاملات معارض با شـرط نتیجهٔ منفی حقوقی را بطلان یا عدم نفوذ و... اعلام نکرده اسـت، بلکه اظهار داشـته فقط معاملات معارض در ادارات و محاکم پذیرفته نمی‌شـود. بدیهی اسـت عدم پذیرش این معاملات در ادارات و محاکم به معنی بطلان یا بی‌اعتباری این معاملات نیسـت، بلکه به علت مانع موجود در این معاملات، فقط در محاکم و ادارات پذیرفته نمی‌شـوند، ولی این معاملات به قوت خود باقی اسـت. ثانیاً، عدم پذیرش این معاملات در ادارات و محاکم نیز موقتی است و با رفع مانع (صدور پایان کار و...) این معاملات در ادارات و محاکم پذیرفته خواهند شـد. ثالثاً، به هیچ وجه این ماده در صـدد بیان ضـمانت اجرای عدم قابلیت اسـتناد به‌عنوان یک وضـعیت حقوقی نیسـت، زیرا عدم قابلیت اسـتناد در نظام حقوقی فرانسـه اعم از عدم قابلیت اسـتناد اعمال حقوقی، سـند و... اسـت. بدیهی اسـت عدم قابلیت اسـتناد سـند معادل عدم قابلیت استناد صحت یک معامله در نظام حقوقی فرانسه نیست. رابعاً، خریدار یا انتقال‌گیرندهٔ امتیـاز می‌توانـد الزام انتقال‌دهنـده را به رفع مـانع از دادگـاه بخواهد (ملاک رأی وحدت رویهٔ ۸۳۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور).

لازم به ذکر است اگرچه می‌توان از مادهٔ مرقوم وحدت ملاک گرفت و گفت تمامی معاملات معارض با شـرط نتیجهٔ منفی صـحیح و مراعی حق ثالث هسـتند و در صـورت اعمال حق توسـط ثالث از همان تاریخ منفسـخ می‌شـوند، ولی حکم به عدم پذیرش معاملات در ادارات و محاکم در مادهٔ مرقوم بنا بر مصـالح عمومی بوده که قانون‌گذار وجود آن را ضـروری تشـخیص داده اسـت. در نتیجه، جنبهٔ اسـتثنایی داشـته و نمی‌توان از ملاک آن در موارد مشـابه اسـتفاده کرد و گفت در همهٔ مصـادیق معـاملات معـارض بـا شـرط نتیجه، معـاملات مذکور در محـاکم و ادارات پذیرفته نمی‌شـوند، زیرا عدم قابلیت اسـتناد می‌تواند جزئی باشـد، نه کلی. به عبارت دیگر، اسـتنادناپذیری ممکن اسـت جزئی از آثار عنصـر حقوقی که زیان‌بار اسـت را در بر گیرد (رباطی، محسـنی و قبولی درافشـان، ۱۳۹۹، ص۶۲)؛ یعنی فقط آثار زیان‌بار قابل اسـتناد

نباشد. در مانحن‌فیه، فقط در خصوص عدم قابلیت استناد معامله تا قبل از صدور پایان کار و... در ادارات و محاکم قانون‌گذاری شده است، بدون این‌که به طور کامل و نسبت به تمام آثار قرارداد از وضعیت عدم قابلیت استناد استفاده شده باشد.

در سایر مصادیق معاملات معارض با شرط نتیجه که یکی از آن‌ها معاملات راهن نسبت به عین مرهونه است، این معاملات در محاکم پذیرفته می‌شوند، زیرا در رأی وحدت رویهٔ ۸۳۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، دعوای الزام به فک رهن (که در واقع همان الزام به رفع مانع است) در دادگاه قابل استماع می‌باشد. بنابراین، مادهٔ ۱۳ قانون فوق‌الذکر ناسخ یا مخصص رأی وحدت رویهٔ ۸۳۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نخواهد بود.

## نتیجه‌گیری

ایجاب ملزم واجد اعتبار و آثار قانونی است. به موجب ایجاب مذکور، موجب متعهد به حفظ ایجاب و موضوع آن در مدت اعتبار ایجاب می‌باشد. در صورت انجام معاملهٔ معارض با حق مخاطب ایجاب ملزم، باید گفت چنانچه موضوع ایجاب مذکور عین معین باشد، این معامله صحیح و مراعی حق مخاطب است. در صورتی که مخاطب ایجاب در مدت مقرر، ایجاب مذکور را قبول کند، این اعلام قبولی به منزلهٔ اعمال حق تلقی شده و سبب می‌شود معاملهٔ معارض با ایجاب مذکور از همان تاریخ منفسخ شود، زیرا تا زمانی که مخاطب در صدد اعمال حق خویش بر نیاید، معاملهٔ معارض با ایجاب ملزم ضرر بالفعلی به وی وارد نمی‌کند، بلکه این ضرر در صورتی است که بعد از اعمال حق کماکان حکم به بقای معاملهٔ معارض بدهیم که توسط قاعدهٔ لاضرر نفی می‌شود.

معاملهٔ معارض با ایجاب ملزم از مصادیق معاملات معارض با شرط نتیجهٔ منفی است. مفاد شرط نتیجهٔ منفی مذکور، سلب تصرفات حقوقی منافی با حق مخاطب ایجاب مذکور است. این شرط از مصادیق شرط عدم تصرفات ناقله به صورت ضمنی بوده و در نتیجه مشمول قسمت اخیر مادهٔ ۴۵۴ قانون مدنی می‌شود. در خصوص ضمانت اجرای معاملهٔ معارض با شرط نتیجهٔ منفی که در قسمت اخیر

مادهٔ مذکور بطلان اعلام شـده، باید گفت این بطلان به معنی اصـطلاحی نیسـت و باید حمل بر انفسـاخ شـود. مفاد رأی وحدت رویهٔ ۸۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که مفسر مادهٔ ۴۵۴ قانون مدنی است، دلالت بر همین امر دارد. از رأی وحدت رویهٔ ۸۳۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشـور نیز صـحت این اسـتدلال اسـتنباط می‌شود.

در آخرین تحول قانونی، مادهٔ ۱۳ قانون سـاماندهی مسـکن و اجاره‌بها مصـوب ۱۴۰۳/۰۲/۲۹ به معاملات معارض با شـرط نتیجهٔ منفی پرداخته اسـت. از این ماده معلوم می‌شود که معاملات معارض با شرط نتیجهٔ منفی معامله‌ای است صحیح، ولی مراعی حق ثالث (مشروط‌له) اسـت، زیرا با این‌که این ماده به صـراحت تمام از شرط سلب حق که همان شرط نتیجهٔ منفی است صحبت کرده، و علی‌رغم این‌که در مقام بیان بوده، ضـمانت اجرای آن را بطلان یا عدم نفوذ اعلام نکرده اسـت، بلکه فقط ضـمانت اجرای معاملهٔ معارض با شـرط مذکور را عدم پذیرش آن معاملات در ادارات و محاکم (البته به صـورت موقت و تا زمان رفع مانع) اعلام کرده اسـت که به معنی اعتبار عمل حقوقی انجام‌شـده اسـت، زیرا عدم پذیرش معامله در ادارات و محاکم به منزلهٔ عدم وقوع یا بی‌اعتباری آن معامله نیسـت. ضـمن این‌که ضـمانت اجرای عدم پذیرش معاملات در محاکم در مادهٔ مذکور مختص همین مورد مذکور در قانون موصـوف و مادهٔ مرقوم اسـت و چون اسـتثنایی اسـت، نمی‌توان از ملاک آن اسـتفاده کرد و در موارد مشـابه و در همهٔ مصـادیق معاملات معارض با شـرط نتیجهٔ منفی همین ضمانت اجرا را قائل شد.

## فهرست منابع


۱. آملی، محمدتقی. (۱۴۱۳ق). مکاسب و بیع. قم: مؤسسهٔ انتشارات اسلامی.
۲. اسـماعیلی، محسـن؛ توکلی‌کیا، امید. (۱۳۹۱ش). شـرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران. حقوق اسلامی، ۹(۳۲)، ص۷-۳۵.
۳. انصاری، مرتضی. (بی‌تا). مکاسب. قم: تراث الشیخ الأعظم.
۴. ایروانی نجفی، علی. (۱۳۸۴ش). حاشیة المکاسب. تهران: کیا.
۵. تستری، اسدالله. (بی‌تا). مقابس الأنوار و نفائس الأسرار. قم: مؤسسهٔ آل‌البیت(ع).

۶. تولیت، عباس. (۱۳۸۷ش). تصرف منافی شرط. دیدگاه‌های حقوق قضایی، (۴۴ و ۴۵)، ص۵۳-۶۶.
۷. جعفری فشارکی، محمد؛ ریاحی، محمد. (۱۳۹۶ش). آثار ایجاب ملزم. مجلهٔ حقوقی دادگستری، ۸۱(۹۸)، ص۱۰۳-۱۲۳. https://doi.org/10.22106/jlj.2017.26776
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸ش). حقوق تعهدات. تهران: گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۷ش). تأثیر اراده در حقوق مدنی. تهران: گنج دانش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۷ش). مجموعهٔ محشی قانون مدنی. تهران: گنج دانش.
۱۱. حسینی عاملی، محمدجواد. (بی‌تا). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی.
۱۲. حلی، فخرالمحققین. (۱۳۸۷ش). إیضاح الفوائد. قم: مطبعهٔ علمیة.
۱۳. خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۰۶ق). حاشیهٔ المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۴. دارایی، محمدهادی. (۱۳۹۳ش). ایجاب منبع یک‌جانبهٔ التزام. مجلهٔ دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۹(۶۸)، ص۱۰۹-۱۵۰.
۱۵. رباطی، مهسا؛ محسنی، سعید؛ قبولی درافشان، سید محمد مهدی. (۱۳۹۹ش). واکاوی مفهوم استنادناپذیری و تمایز آن از مفاهیم مشابه. مطالعات حقوق خصوصی، ۵۰(۱)، ص۵۷-۷۵. https://doi.org/10.22059/JLQ.2020.279343.1007198
۱۶. سکوتی نسیمی، رضا. (۱۳۹۶ش). شرط نتیجه و وضعیت فقهی-حقوقی معاملات معارض با آن. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۹(۱۶)، ص۲۱۹-۲۴۶. https://doi.org/10.22075/FEQH.2017.2415
۱۷. شمس، عبدالله. (۱۳۸۰ش). آیین دادرسی مدنی. تهران: میزان.
۱۸. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح. (بی‌تا). هدایة الطالب إلی أسرار المکاسب. قم: دارالکتاب.
۱۹. شهیدی، مهدی. (۱۳۷۷ش). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: حقوقدان.
۲۰. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶ش). شروط ضمن عقد. تهران: مجد.
۲۱. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۱ش). حقوق مدنی ۳: تعهدات. تهران: مجد.
۲۲. صفری، اسفندیار. (۱۴۰۳ش). بررسی انتقادی کیفیت استفاده از متون فقهی در حوزه «حقوق تعهدات» با تأکید بر ضمانت اجرای تخلف از: «تعهد به فروش عین معین» و «ایجاب ملزم» با انجام «معاملهٔ معارض». مجلهٔ آموزه‌های حقوق خصوصی کشورهای اسلامی، ۱(۳)، ص۱-۲۵. https://doi.org/10.22091/dplic.2025.11815.1037
۲۳. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۳۷۰ش). حاشیهٔ المکاسب. قم: اسماعیلیان.
۲۴. طباطبایی، سید علی. (۱۴۱۲ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی.
۲۵. علیزاده، عبدالرضا؛ حسینی وردنجانی، سید محمدتقی. (۱۴۰۲ش). اسقاط آثار اعمال حقوقی در قالب شرط نتیجهٔ منفی در فقه امامیه و حقوق ایران. پژوهش‌های فقهی، ۱۹(۲)، ص۱۱۷-۱۳۳. https://doi.org/10.22059/jorr.2023.350262.1009217

۲۶. قمی، میرزا ابوالقاسم. (بی‌تا). جامع الشتات. بی‌جا: بی‌نا.
۲۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶ش). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸ش). حقوق مدنی: معاملات معوض (عقود تملیکی). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴ش). حقوق مدنی: اموال و مالکیت. تهران: میزان.
۳۰. کاویار، حسین. (۱۴۰۳ش). شرط نتیجهٔ منفی. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۶(۳۷)، ص۱۰۵-۱۴۰. https://doi.org/10.22075/FEQH.2023.30504.3589
۳۱. کرکی، نورالدین علی بن حسین بن عبدالعالی. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسهٔ آل‌البیت(ع).
۳۲. کریمی، عباس. (۱۳۹۱ش). تلاشی برای ساماندهی نظریهٔ عدم نفوذ مراعی. دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۷(۵۸)، ص۱۵۷-۱۸۸.
۳۳. کریمی، عباس؛ ابراهیمی، داود. (۱۴۰۱ش). اعمال وضعیت حقوقی مراعی بر معاملهٔ نسبت به مال مرهون. دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۲۷(۹۷)، ص۲۱۳-۲۳۱.
۳۴. کریمی، عباس؛ شعبانی کندسری، هادی. (۱۳۹۶ش). وضعیت حقوقی مراعی به‌منزلهٔ وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ. مطالعات حقوق خصوصی، ۴۷(۴)، ص۶۸۳-۷۰۲. https://doi.org/10.22059/JLQ.2017.202021.1006717
۳۵. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۸ش). نظریهٔ عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر اسلامی.
۳۶. محقق داماد، سید مصطفی؛ دارابی، محمدهادی. (۱۳۹۱ش). مطالعهٔ تطبیقی اسباب زوال ایجاب. مجلهٔ تحقیقات حقوقی (ویژه‌نامهٔ ش ۱۰)، ص۵۰-۷۰.
۳۷. محقق داماد، سید مصطفی؛ قبولی درافشان، سید محمدمهدی؛ ساعت‌چی، علی. (۱۳۹۴ش). تحلیل وضعیت حقوقی معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه. آموزه‌های فقه مدنی، ۷(۱۱)، ص۳-۲۲.
۳۸. محمدی میرعزیزی، پیام؛ صالحی مازندرانی، محمد. (۱۳۹۹ش). نسبت میان عقد استنادناپذیر و عقد غیرنافذ مراعی. مطالعات حقوقی، ۱۲(۴)، ص۲۰۵-۲۳۴. https://doi.org/10.22099/JLS.2020.37588.3951
۳۹. میرزانژاد جویباری، اکبر. (۱۳۸۸ش). حقوق مدنی تطبیقی. تهران: سمت.
۴۰. میرزانژاد جویباری، اکبر. (۱۳۹۰ش). وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه: بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد. ۴۱(۲)، ص۲۸۱-۲۹۹.
۴۱. نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۶ش). فوائد الأصول. قم: جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
۴۲. نائینی، محمدحسین. (بی‌تا). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب. قم: المکتبة المحمدیة.
۴۳. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲ش). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

۴۴. نیک‌نژاد، جواد. (۱۴۰۱ش). وضعیت فقهی-حقوقی معاملهٔ معارض با شرط فاسخ. مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۱۳(۲۷)، ص۲۳۷-۲۶۴. https://doi.org/10.22034/LAW.2021.39210.2575

۴۵. نیک‌نژاد، جواد. (۱۴۰۴ش). صورت‌بندی آثار عقد مراعی در فقه امامیه و حقوق ایران. پژوهشنامهٔ حقوق اسلامی، ۲۶(۳)، ص۸۶۱-۸۹۶. https://doi.org/10.30497/LAW.2025.247521.3682

## References

1. Amoli, Mohammad Taqi. (1992). Makāsib wa Bayʿ. Qom: Mu'assasat al-Intishārāt al-Islāmīyah. [In Arabic]
2. Esmaeili, Mohsen, & Tavakoli Kia, Omid. (2012). Implicit condition in Imami jurisprudence and Iranian law. Ḥuqūq-e Eslāmī, 9(32), 7–35. [In Persian]
3. Ansari, Morteza. (n.d.). Makāsib. Qom: Turāth al-Shaykh al-Aʿẓam. [In Arabic]
4. Iravani Najafi, Ali. (2005). Ḥāshiyah al-Makāsib. Tehran: Kia. [In Arabic]
5. Tustari, Asadollah. (n.d.). Maqābis al-Anwār wa Nafā'is al-Asrār. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām). [In Arabic]
6. Tavalliyat, Abbas. (2008). Disposition contrary to a contractual condition. Dīdgāh-hā-ye Ḥuqūqī-ye Qaḍā'ī, (44 & 45), 53–66. [In Persian]
7. Jafari Fesharaki, Mohammad, & Riahi, Mohammad. (2017). Effects of a binding offer. Majallah-ye Ḥuqūqī-ye Dādgostarī, 81(98), 103–123. https://doi.org/10.22106/jlj.2017.26776 [In Persian]
8. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (1999). Ḥuqūq-e Taʿahhudāt [Law of Obligations]. Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
9. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2008). Taʾthīr-e Erādeh dar Ḥuqūq-e Madanī [The Effect of Will in Civil Law]. Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
10. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2008). Majmūʿah-ye Muḥashshī-ye Qānūn-e Madanī [Annotated Collection of the Civil Code]. Tehran: Ganj-e Danesh. [In Persian]
11. Hosseini Ameli, Mohammad Javad. (n.d.). Miftāḥ al-Karāmah fī Sharḥ Qawāʿid al-ʿAllāmah. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī. [In Arabic]
12. Fakhr al-Muhaqqiqin al-Hilli. (1967). Iḍāḥ al-Fawā'id. Qom: Al-Matba'ah al-'Ilmiyyah. [In Arabic]
13. Khorasani, Mohammad Kazem. (1985). Ḥāshiyah al-Makāsib. Tehran: Vezarat-e Farhang va Ershad-e Eslami. [In Arabic]
14. Daraei, Mohammad Hadi. (2014). Offer as a unilateral source of obligation. Majallah-ye Dīdgāh-hā-ye Ḥuqūqī-ye Qaḍā'ī, 19(68), 109–150. [In Persian]
15. Rabati, Mahsa, Mohseni, Saeed, & Ghabouli Darafshan, Seyed Mohammad Mehdi. (2020). An analysis of the concept of unenforceability against third parties and its distinction from similar concepts. Muṭālaʿāt-e Ḥuqūq-e Khuṣūṣī, 50(1), 57–75. https://doi.org/10.22059/JLQ.2020.279343.1007198 [In Persian]
16. Sokouti Nasimi, Reza. (2017). Result-oriented condition and the jurisprudential-legal status of transactions contrary to it. Muṭālaʿāt-e Fiqh va Ḥuqūq-e Eslāmī, 9(16), 219–246. https://doi.org/10.22075/FEQH.2017.2415 [In Persian]
17. Shams, Abdollah. (2001). Āyīn-e Dādrāsī-ye Madanī [Civil Procedure]. Tehran: Mizan. [In Persian]
18. Shahidi Tabrizi, Mirza Fattah. (n.d.). Hidāyat al-Ṭālib ilá Asrār al-Makāsib. Qom: Dar al-Kitab. [In Arabic]
19. Shahidi, Mehdi. (1998). Tashkīl-e Qarārdād-hā va Taʿahhudāt [Formation of Contracts and Obligations]. Tehran: Hoquqdan. [In Persian]
20. Shahidi, Mehdi. (2007). Shorūṭ-e Żemn-e ʿAqd [Contractual Conditions].

Tehran: Majd. [In Persian]
21. Shahidi, Mehdi. (2012). Civil Law 3: Obligations. Tehran: Majd. [In Persian]
22. Safari, Esfandiar. (2024). A critical examination of the use of jurisprudential texts in the law of obligations with emphasis on the legal consequences of breaching the obligation to sell a specific asset and a binding offer through a conflicting transaction. Majallah-ye Āmūzah-hā-ye Ḥuqūq-e Khuṣūṣī-ye Kishvarhā-ye Eslāmī, 1(3), 1–25. https://doi.org/10.22091/dplic.2025.11815.1037 [In Persian]
23. Tabatabai Yazdi, Seyed Mohammad Kazem. (1991). Ḥāshiyat al-Makāsib. Qom: Esma'ilian. [In Arabic]
24. Tabatabai, Seyed Ali. (1991). Riyāḍ al-Masā'il. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī. [In Arabic]
25. Alizadeh, Abdolreza, & Hosseini Vardanjani, Seyed Mohammad Taqi. (2023). Waiver of the effects of legal acts through a negative result condition in Imami jurisprudence and Iranian law. Pajūhishhā-ye Feqhī, 19(2), 117–133. https://doi.org/10.22059/jorr.2023.350262.1009217 [In Persian]
26. Qomi, Mirza Abolqasem. (n.d.). Jāmiʿ al-Shatāt. n.p. [In Persian]
27. Katouzian, Nasser. (1997). General Rules of Contracts. Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar. [In Persian]
28. Katouzian, Nasser. (1999). Civil Law: Reciprocal Transactions (Transfer Contracts). Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar. [In Persian]
29. Katouzian, Nasser. (2005). Civil Law: Property and Ownership. Tehran: Mizan. [In Persian]
30. Kaviyar, Hossein. (2024). Negative result condition. Muṭālaʿāt-e Fiqh va Ḥuqūq-e Eslāmī, 16(37), 105–140. https://doi.org/10.22075/FEQH.2023.30504.3589 [In Persian]
31. Karaki, Nur al-Din Ali bin Hussein bin Abd al-Ali. (1993). Jāmiʿ al-Maqāṣid fī Sharḥ al-Qawāʿid. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim al-salām). [In Arabic]
32. Karimi, Abbas. (2012). An attempt to systematize the theory of suspended ineffectiveness. Dīdgāh-hā-ye Ḥuqūqī-ye Qaḍā'ī, 17(58), 157–188. [In Persian]
33. Karimi, Abbas, & Ebrahimi, Davood. (2022). Application of suspended legal status to transactions involving mortgaged property. Dīdgāh-hā-ye Ḥuqūqī-ye Qaḍā'ī, 27(97), 213–231. [In Persian]
34. Karimi, Abbas, & Shabani Kandasari, Hadi. (2017). The legal status of suspended ineffectiveness as a category parallel to validity, nullity, and non-enforceability. Muṭālaʿāt-e Ḥuqūq-e Khuṣūṣī, 47(4), 683–702. https://doi.org/10.22059/JLQ.2017.202021.1006717 [In Persian]
35. Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa. (2009). General Theory of Conditions and Obligations in Islamic Law. Tehran: Markaz-e Nashr-e Islami. [In Persian]
36. Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa, & Daraei, Mohammad Hadi. (2012). A comparative study of the causes of offer extinction. Majallah-ye Taḥqīqāt-e Ḥuqūqī, Special Issue No. 10, 50–70. [In Persian]
37. Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa, Ghabouli Darafshan, Seyed Mohammad Mehdi, & Saatchi, Ali. (2015). Analysis of the legal status of the purchaser's transactions regarding property subject to pre-emption. Āmūzah-hā-ye Fiqh-e Madanī, 7(11), 3–22. [In Persian]
38. Mohammadi Mirazizi, Payam, & Salehi Mazandarani, Mohammad. (2020). The relationship between unenforceable contracts and suspended non-effective contracts. Muṭālaʿāt-e Ḥuqūqī, 12(4), 205–234. https://doi.org/10.22099/JLS.2020.37588.3951 [In Persian]
39. Mirzanejad Jouybari, Akbar. (2009). Comparative Civil Law. Tehran: Samt. [In Persian]

40. Mirzanejad Jouybari, Akbar. (2011). The legal status of the sale of mortgaged property: Nullity, non-enforceability, or unenforceability against third parties. Muṭālaʿāt-e Ḥuqūq-e Khuṣūṣī, 41(2), 281–299. [In Persian]
41. Naeini, Mohammad Hossein. (1997). Fawā'id al-Uṣūl. Qom: Jami'ah al-Mudarrisin Ḥawzah 'Ilmiyyah Qom. [In Arabic]
42. Naeini, Mohammad Hossein. (n.d.). Muniyat al-Ṭālib fī Ḥāshiyat al-Makāsib. Qom: Al-Maktabah al-Muḥammadiyyah. [In Arabic]
43. Najafi, Mohammad Hassan. (1983). Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'iʿ al-Islām. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi. [In Arabic]
44. Niknejad, Javad. (2022). The jurisprudential and legal status of transactions contrary to a resolutory condition. Muṭālaʿāt-e Ḥuqūq-e Taṭbīqī-ye Muʿāṣir, 13(27), 237–264. https://doi.org/10.22034/LAW.2021.39210.2575 [In Persian]
45. Niknejad, Javad. (2025). Conceptualizing the effects of suspended contracts in Imami jurisprudence and Iranian law. Pajūhishnāmah-ye Ḥuqūq-e Eslāmī, 26(3), 861–896. https://doi.org/10.30497/LAW.2025.247521.3682 [In Persian]