



فصلنامه علمی پژوهشی

سال بیست و دوم، شماره ۸۶ / پاییز ۱۴۰۴ / بهای تک شماره: ۲۵۰۰۰۰ تومان

# حقوق اسلامی

صاحب امتیاز: علی اکبر رشاد

مدیر مسئول: علی اکبر رشاد

سر دبیر: محمود حکمت نیا

اعضای هیأت تحریریه:

**نجاد علی الماسی:** استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. / **علیرضا باریکلو:** استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. / **احمد حاجی ده آبادی:** استاد گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. / **علی اکبر رشاد:** استاد فقه و اصول پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ایران. / **عبدالحسین شیروی:** استاد حقوق خصوصی، پردیس قم - دانشگاه تهران، ایران. / **ابوالقاسم علیدوست:** استاد گروه فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی و استاد فقه و اصول حوزه علمیه قم، ایران. / **ابراهیم عبدی پور فرد:** استاد دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. / **جلیل قنواتی:** دانشیار حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. / **علی محمدی جورکویه:** دانشیار گروه فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران. / **فرج الله هدایت نیانجی:** استاد گروه فقه و حقوق، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران.

اعضای هیأت تحریریه بین المللی:

**نبیل مهدی الشهاوی:** استاد دانشگاه پسنیراه / **محمد جاسم محمد الاتابی:** استاد دانشگاه ذیقار عراق

دبیر تحریریه و مدیر اجرایی: مجید اسلامی

صفحه آرایی: علیرضا پاکیزه

چاپ و صحافی: هنگام

نشانی مجله:

تهران: خیابان شهید بهشتی، خیابان احمد قصیر، خیابان پژوهشگاه، شماره ۲، تلفن: ۴ - ۸۸۷۳۴۸۶۳

قم: بلوار پانزده خرداد، خیابان شهید میثی، تلفن: ۳۷۶۰۳۵۶۹ - ۳۷۶۰۲۹۹۷، کد پستی: ۱۵۱۴۶ - ۱۵۹۱۱

Email: [hoquq@iict.ac.ir](mailto:hoquq@iict.ac.ir), <https://hoquq.iict.ac.ir>.

فصلنامه «فقه و حقوق» بر اساس مجوز ۹۲/۲۳۸ وزارت ارشاد اسلامی، از شماره ۱۹ با نام «حقوق اسلامی» منتشر می‌شود.

فصلنامه «حقوق اسلامی» بر اساس مجوز ۸۹/۳/۱۱/۱۰۴۳۷۷ مورخ ۸۹/۱۲/۱۴ وزارت علوم تحقیقات و فناوری، دارای اعتبار علمی - پژوهشی است.

همه شماره‌ها و مقالات فصلنامه در پایگاه اینترنتی آن در دسترس است. فصلنامه مذکور، در دو نسخه چاپی و الکترونیکی منتشر می‌شود.

فصلنامه «فقه و حقوق» به منظور: (۱) تبیین اصول و پی‌ساخت‌ها و مسائل فقهی و حقوقی اسلام و دفاع عالمانه و مستدل از آن؛ (۲) تبیین دانش‌های وابسته به فقه (فلسفه فقه، اصول فقه، مقاصد شریعت و...)؛ (۳) مطالعه تطبیقی مکاتب و نظام‌های حقوقی، به‌منظور توسعه و تعمیق نظام فقهی و حقوقی اسلام و پاسخ‌گویی به شبهات مطرح؛ (۴) بررسی

مسائل نوپدید و ارائه راه حل‌های مبتنی بر مبانی نظام فقهی و حقوقی اسلام؛ (۵) نقد و بررسی قوانین موضوعه و تلاش برای حل مشکلات حقوقی نظام جمهوری اسلامی ایران.

به طور مستمر و در قالب فصلنامه در حال انتشار است.

## راهنمای تنظیم و ارسال مقالات

لطفاً به هنگام تنظیم مقالات، موارد ذیل رعایت شود:

- نام، نام خانوادگی، میزان تحصیلات، جایگاه علمی نویسنده، نشانی، شماره تماس و نشانی الکترونیکی خود را بنویسید.
  - مقاله باید در محیط Word، حداقل ۱۲ صفحه و حداکثر ۲۴ صفحه (۳۵۰ کلمه‌ای) از طریق سامانه اینترنتی مقاله ارسال شود؛ بنابراین از ارسال مقاله به صورت فایل PDF خودداری کنید.
  - چکیده فارسی مقاله، حداکثر در ۱۸۰ کلمه و در صورت امکان به همراه چکیده انگلیسی آن به همین مقدار، ضمیمه شود.
  - مقاله باید نتیجه تحقیق نویسنده یا نویسندگان باشد و متن کامل آن پیش‌تر در هیچ مجله یا نشریه‌ای منتشر نشده باشد و یا برای چاپ به مجلات دیگر ارائه نشده باشد.
  - درج معادل لاتین اسامی و اصطلاحات مهجور، مقابل عبارت و در داخل پرانتز ضروری است.
  - ارجاعات درون‌متنی بدین شکل نوشته شود: نام خانوادگی نویسنده، تاریخ انتشار، شماره صفحه (مظفر، ۱۳۵۷، ص ۱۹۴).
  - فهرست منابع در آخر مقاله بر اساس حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده، به شکل زیر تنظیم شود:
- الف) برای کتاب: نام خانوادگی، نام مؤلف؛ عنوان کتاب (به شکل بُلد)؛ نام مترجم/ مصحح؛ ج ۱ (شماره جلد)، ۲ (نوبت چاپ)، محل نشر؛ ناشر، سال انتشار.
- ب) برای مقاله: نام خانوادگی، نام مؤلف؛ «عنوان مقاله»؛ نام مجله (به شکل بُلد)، ش ۱۲ (شماره جلد)، سال انتشار، ص ۲۵-۷ (صفحه آغاز و پایان مقاله).

تذکر:

- در صورت تعدد آثار منتشر شده از یک مؤلف در یک سال، برای نمایاندن ترتیب انتشار با حروف الف، ب، ج و... متمایز شوند.
- دیگر نکات ضروری در این باره را در بخش راهنمای نویسندگان پایگاه اینترنتی مجله ببینید.

مقالات و مطالب منتشر شده در فصلنامه حقوق اسلامی، لزوماً بیان دیدگاه‌های فصلنامه نیست. فصلنامه حقوق اسلامی در تلخیص و ویرایش مقالات آزاد است. مقالات تنها از طریق سامانه اینترنتی مجله ارسال شود. نقل مطالب و تصاویر با ذکر مأخذ بلامانع است.

# حقوق اسلامی

## فهرست مطالب

ماهیت و مبنای ضمان آمر در برابر مالک متلف از دیدگاه فقه امامیه محمد صالحی مازندرانی، اسماعیل نعمت‌اللهی و محمد کرد فیروزجائی	۵.....
امکان بازبینی و تجدید نظرپذیری آراء داوری حسین هوشمند فیروزآبادی، حسین سلیم‌زاده، احمد احسانی‌فر و حجت مبین	۳۵.....
تحلیل عدالت اجتماعی به‌منابۀ اصل حقوقی بنیادین در حکومت اسلامی بر مبنای اندیشه شهید صدر و آیت‌الله خامنه‌ای محمدجواد جاوید و جمال رحیمیان	۷۵.....
الزامات انتقال مطلوب دولت در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران فاطمه زابولی زواره، علیرضا دبیرنیا و سوده شاملو	۱۰۵.....
نقدی بر تبصره یک ماده ۸۰۵ قانون مجازات اسلامی در پرتو اصل شفافیت قانون محمدجعفر صادق‌پور و زینب شریفی مرام	۱۴۷.....
پیش‌نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبانی تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های ارائه‌شده سیدعباس دیانت و علی نعمتی	۱۸۱.....





## The Nature and Basis of the Orderer's Responsibility against the Destroyer Owner from the Viewpoint of Imami Jurisprudence

Mohammad Salehimazandarani\* (Corresponding Author)

Professor, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

Email: m.salehimazandarani@qom.ac.ir

Eslmaeel Nematollahi

Associate Professor, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.


Email: e.nematollahi@qom.ac.ir

Mohammad Kord Firozjaei

M.A. Student in Private Law, University of Qom, Qom, Iran.

Email: m.kord@stu.qom.ac.ir



**Citation** Salehimazandarani, M. , Nematollahi, E. ,Kord Firozjaei, M. (2025). The Nature and Basis of the Orderer's Responsibility against the Destroyer Owner from the Viewpoint of Imami Jurisprudence. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22(86): 5-32  [10.22034/ilaw.2025.713260](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.713260)

Received: 9 September 2023 , Accepted: 8 May 2024

### Abstract

In some cases, a person may destroy his own property according to another order, regardless of whether the orderer specifies his responsibility or not. This issue arises whether the principal is responsible against owner. Although the traditional example is where a ship is about to sink and one of the ship's passengers, in order to save the lives and property of the passengers, orders another to throw his property into the sea and the owner obeys, but the issue is not unique to that. And there are many examples of it, including verbal or written order to release about the payment of third party debt or even in the form of assignment or commercial documents. The status of the issue is not specified in the law, and according to Article 167 of the Constitution, the judge in such cases must issue an appropriate ruling by referring to reliable jurisprudential sources. Now, in this article, using the descriptive-analytical method and by examining the bases and the nature of the issue, we will prove, it in terms of solving the legal gap, that even though the owner acts as principal to waste his money, the orderer is responsible as the cause.

### Keywords

order to destroy, involuntary responsibility, contractual responsibility, causation in the loss



## Extended Abstract

### 1. Introduction

The legal issue addressed by this research pertains to the liability of an individual who orders the owner of a property to destroy that property (the orderer, *āmīr*, versus the owner, *mālik*), regardless of whether the orderer explicitly guarantees compensation. This scenario, which presents a challenge to conventional liability rules, frequently arises in various contemporary and traditional contexts, such as an instruction to pay a third party's debt from one's own funds, or, classically, instructing a passenger to jettison their cargo (*alqī matā'ak fi al-baḥr*) from a vessel facing imminent sinking. Although the owner is the direct agent (*mubāshir*) of the destruction, the question arises whether the orderer is liable to the owner for the value of the lost property. Given that Iranian law does not specifically regulate this situation, judges must refer to authoritative jurisprudential sources in accordance with Article 167 of the Constitution. This article seeks to resolve this legal ambiguity by analytically examining the foundations and nature of this liability within Imami jurisprudence, asserting that the orderer is liable as the stronger cause (*sabab*) despite the owner being the direct destroyer.

### 2. Research Methodology

This study adopts a descriptive-analytical methodology to investigate the jurisprudential foundations and legal nature of the orderer's liability. The analysis focuses primarily on Imami jurisprudence, given the absence of extensive independent research on this topic in Persian legal literature. The core scope of the research concerns the mandatory requirement for the orderer to be liable: the destruction must occur during a situation of necessity (e.g., imminent sinking) and the benefit of the destruction must not be exclusive to the owner of the property. The study's structure hinges on two main variables: the orderer's explicit declaration of guaranty (*damān*) versus the absence of such declaration.

### 3. Research Findings

The research findings delineate distinct bases for liability depending on whether the guarantee was explicit or implicit.

#### 3.1. Explicit Guarantee of Liability

When the orderer explicitly declares their guarantee, there is a near con-

## ■ The Nature and Basis of the Orderer's Responsibility against the Destroyer Owner

sensus among jurists on the orderer's liability, although the specific nature of this liability is debated. Contractual theories dominate this discussion, aiming to categorize the relationship between the orderer and the owner. Theories examined include:

**1. Contract of Guarantee (Aqd Damān):** This is generally rejected because the debt (dīn) does not exist prior to the contract, rendering it a guarantee of mā lam yajib (that which is not yet due) and involving suspension of the guarantee on the act of destruction.

**2. Ju'alah (Stipulated Fee/Reward):** This views the orderer's guarantee as compensation (ju'l) for the owner's act of jettisoning, arguing that the act possesses financial value due to its subject matter (the cargo).

**3. Agency in Borrowing (Tawkīl fi Istiqrād) and Independent Compensatory Contract:** These theories suggest a constructive transfer of ownership, where the property momentarily enters the ownership of the orderer before destruction; thus, the loss is technically borne by the orderer's property, making them liable for the equivalent compensation (the badal).

**4. Customary/Non-technical Guarantee (Damān Ghayr Mustalah):** This interpretation, deemed the most suitable, posits the relationship as an independent contract constituting a "commitment to pay" (ta'ahhud bi-pardākt), which falls under general contract validity principles but avoids the technical requirements of damān.

### 3.2. Implicit Guarantee (Absence of Declaration)

When the orderer does not explicitly guarantee compensation, liability is more contested, with some jurists invoking the presumption of non-liability (aṣl 'adam al-damān). However, the research supports the view that the orderer is liable based on tortious grounds (damān qahrī), rooted in the principle that the orderer's action constitutes a breach of the rule respecting the property of others. Two primary theories of tortious liability are considered:

**1. Usufruct/Unjust Enrichment (Istifā'):** Liability arises because the orderer benefited from the owner's action. A limitation of this theory is that liability is conditional upon the successful outcome (e.g., the ship being saved).

**2. Compensation for Damage (Jabrān Khisārah):** This theory, favored by the analysis, asserts liability based on inflicting damage (īrād ziyān). The orderer is liable because they caused the loss, regardless of whether they ultimately derived a benefit.

Pertaining to the practical consequences (athār), if the property is recovered, its ownership is determined by the adopted theory: contractual theories

generally lead to the orderer retaining ownership, while tortious theories often apply the rules of Badal Ḥaylūlah (compensation paid while property is inaccessible), allowing the owner to reclaim the property upon recovery and return the compensation paid to the orderer. The amount of liability, when not specified, defaults to the equivalent (like or value) of the property, valued at its intrinsic price before the perilous situation began.

#### 4. Conclusion

The research confirms that in cases of ordered self-destruction, the orderer is generally liable, functioning as the stronger cause (*sabab al-aqwā*) over the owner (the *mubāshir*). Where the orderer explicitly guarantees compensation, the basis of liability is contractual, with the most compelling justification found in the theory of Customary/Non-technical Guarantee (commitment to pay). Conversely, when the guarantee is implicit, liability must be grounded in tortious principles, with the theory of Compensation for Damage (due to the act of *itlaf* or causing injury) being conceptually more consistent with the nature of the relationship than the Usufruct theory. The choice of legal basis significantly impacts key outcomes, including the exact moment liability arises, the method of determining the amount of compensation, and the final ownership status of the property if it is later recovered.

#### Funding

There is no funding support.

#### Authors' Contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work

#### Conflict of Interest

Authors declared no conflict of interest.

#### Acknowledgments

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.



# ماهیت و مبنای ضمان امر در برابر مالک متلف

## از دیدگاه فقه امامیه

محمد صالحی مازندرانی\* (نویسنده مسئول)

Email: m.salehimazandarani@qom.ac.ir

استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

اسماعیل نعمت‌اللهی

Email: e.nematollahi@qom.ac.ir

دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

محمد کرد فیروزجانی 

Email: m.kord@stu.qom.ac.ir

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه قم، قم، ایران



استناد صالحی مازندرانی، محمد؛ نعمت‌اللهی، اسماعیل و کرد فیروزجانی، محمد. (۱۴۰۴). ماهیت و مبنای ضمان امر در برابر مالک متلف از دیدگاه فقه امامیه. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۲ (۸۶): ۵-۳۲.

 [10.22034/ilaw.2025.713260](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.713260)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۱۸، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۹

### چکیده

در برخی موارد ممکن است شخصی به موجب دستور دیگری اقدام به تلف مالش نماید، اعم از اینکه دستوردهنده تصریح به ضمان خود کند یا نکند. این مسئله مطرح می‌شود که آیا دستوردهنده در مقابل مالک ضامن است یا نه. اگرچه نمونه سنتی آن جایی است که، کشتی در شرف غرق شدن باشد و یکی از سرنشینان کشتی، برای نجات جان و مال سرنشینان، به دیگری دستور دهد که مال خود را به دریا بیندازد و مالک نیز متابعت نماید و لیکن موضوع منحصر در آن نبوده و مصادیق متعدد مبتلابه دارد از جمله؛ دستور شفاهی و یا کتبی شخصی به بری‌الذمه در مورد پرداخت دین ثالث و یا حتی در قالب حواله و یا اسناد تجاری. حکم مساله در قانون مشخص نشده است و بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی در چنین مواردی باید با مراجعه به منابع معتبر فقهی حکم مقتضی صادر نماید. حال در مقاله حاضر با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی و با بررسی مبانی و ماهیت موضوع در مقام حل خلأ قانونی ثابت خواهیم کرد؛ هر چند مالک، مباشرتاً اقدام به اتلاف مالش می‌کند با این حال امر به‌عنوان مسبب، ضامن است.

### واژگان کلیدی

دستور به اتلاف، ضمان قهری، ضمان قراردادی، سببیت در اتلاف.



## مقاله

در مواردی که شخصی به مالک دستور اتلاف مالش را می‌دهد، این مسئله مطرح می‌شود که آیا دستوردهنده در مقابل مالک ضامن است یا نه؟ «دستور به اتلاف مال» عنوان جامعی است و مصادیق گوناگونی دارد. در مورد ضمان امر و دستوردهنده در برخی موارد تردیدی نیست. از جمله این موارد دستور به پرداخت دین است: در صورتی که مدیون به شخص دیگری مانند بانک دستور دهد که بدهی او را با مال خود بپردازد، پرداخت‌کننده با انجام دادن دستور، مال خود را تلف کرده است به محض پرداخت، ذمه مدیون در برابر پرداخت‌کننده مشغول می‌شود مال مستقیماً از پرداخت‌کننده به طلبکار تملیک می‌شود نه این که ابتدا به ملک مدیون و سپس به ملک طلبکار وی داخل شود. از این رو، ضمان مدیون در برابر پرداخت‌کننده از باب «دستور به اتلاف» است نه از باب قرض (صدر، ۱۴۰۱، ص ۱۶۸-۱۶۹).

موارد دیگری نیز برای این بحث مطرح شده است مانند دستور به پاره کردن لباس، دستور به طلاق زوجه (به اعتبار ضمان امر نسبت به مهر)، دستور به آزادکردن برده، و دستور به صدقه‌دادن (حلی، ۱۴۰۵، ص ۲۸۸/ علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۹۷).

یکی دیگر از مصادیق این بحث که از قدیم‌الایام مورد توجه فقها قرار گرفته جایی است که کشتی در شرف غرق شدن باشد و یکی از سرنشینان به دیگری می‌گوید: «کالای خود را به دریا بیانداز: أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ»،<sup>۱</sup> و مالک کالا خود را به دریا می‌اندازد. این مسئله در ابواب مختلفی از جمله کفالت (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۴۰۳-۴۰۴)، ضمان (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۱۳۷) و دیات (همان، ج ۴۳، ص ۱۴۹) مطرح گردیده است. فرض مزبور دارای حالات و

۱. به دلیل شهرت بسیار زیاد این مسئله در بین فقها، در بسیاری موارد از این مسئله به «أَلْقِ مَتَاعَكَ» [کالایت را بیانداز] تعبیر می‌شود و متعلقات آن ذکر نمی‌شود (برای نمونه، ر.ک: شهید اول، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۳۶۹).

صورت‌های مختلفی<sup>۱</sup> است که دو مورد از آنها عبارتند از: ۱. تصریح دستوردهنده به ضمان خود، ۲. عدم تصریح دستوردهنده به ضمان. در مورد اول اختلاف چندانی در مورد ضمان وی وجود ندارد؛ هرچند که در مورد مبنای ضمان (درباره ماهیت ضمان به‌طور کلی، ر.ک: جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۹۸) اختلافاتی دیده می‌شود. بحث مهم در جایی است که وی به ضمان خود تصریح نمی‌کند. این صورت، در مورد ضمان یا عدم ضمان دستوردهنده در مقابل مالک و مبنای ضمان (در صورت پذیرش ضمان) اختلاف است.

درباره این موضوع بحث مستقلی در ادبیات حقوقی فارسی یافت نمی‌شود. در کتب فقهی ضمان ناشی از دستور به اتلاف به‌عنوان یکی از مصادیق استیفاء از راه «امر معاملی» بررسی شده است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۱، ص ۱۵۰). یکی از حقوقدانان نیز انداختن مال به دریا به درخواست یکی از مسافران را از مصادیق استیفاء شمرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۱۴۳). اما در ادبیات حقوقی فارسی اثر مفصل و مستقلی در این باره دیده نمی‌شود. باین حال، به منظور سهولت طرح و دسته‌بندی مطالب و نیز مباحث فقهی این مسئله، بحث از دستور به اتلاف بر مشهورترین مصداق آن یعنی دستور به انداختن کالا به دریا تطبیق می‌شود. اما از این مباحث و ملاک احکامی که در آن گفته می‌شود می‌توان با الغاء خصوصیت در مسائل و مصادیق دیگر این مسئله نیز بهره گرفت.

قبل از شروع بحث، ابتدا باید صورت‌هایی که در مورد آنها تردیدی وجود ندارد یا اختلاف کمتری دیده می‌شود مطرح گردد:

۱. در صورتی که کشتی در اثر سنگینی در آب فرو رود و بیم غرق آن و هلاک سرنشیان رود، اگر یکی از سرنشیان کشتی مال خود را به دریا بیاندازد، هیچ کس ضامن نیست، چون مال خود را از روی اختیار تلف کرده است.

۱. یکی از صورت‌های بحث که در اینجا مجال برای مطرح کردن آن نیست، وحدت یا تعدد دستوردهنده است (در مورد این بحث، ر.ک: مؤمنی، ۱۳۹۵).

در همین فرض، اگر یکی از سرنشینان، مال دیگری را بدون اذن وی به دریا بیاندازد، ضامن آن است؛ زیرا مال دیگری را بدون اذن وی تلف کرده است (ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۷۰).

۲. در صورتی که خطر غرق شدن وجود نداشته باشد و با این حال، یکی از سرنشینان به دستور دیگری مال خود را تلف کند، دستوردهنده ضامن نیست چون در این مورد هدف عقلایی برای اتلاف وجود ندارد. این مورد مانند جایی است که شخصی به دیگری دستور دهد که لباسش را پاره کند. در اینجا نیز اگر پاره کردن لباس هدف عقلایی نداشته باشد، دستوردهنده ضامن نیست (ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۷۰-۱۷۱). اتلاف مال بدون وجود هدف عقلایی اسراف و هدر دادن مال محسوب می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۸۳) و از لحاظ تکلیفی حرام و از لحاظ وضعی موجب ضمان آمر نیست.

۳. در صورتی که بیم غرق شدن فقط برای مالک باشد نه آمر، دستور به اتلاف، حتی اگر با تصریح به ضمان باشد، موجب ضمان آمر نیست (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۶۶۴)؛ چون مقتضی صحت ضمان در این گونه موارد بیم از غرق شدن است و طبق فرض، بیم از غرق شدن فقط برای مالک وجود دارد. حال که مالک برای دفع ضرر از خود، مالش را تلف می‌کند، معقول نیست که ضمان آن بر کسی بار شود که ضرورتی برای اتلاف مال ندارد (فخرالمحققین، ۱۳۸۸، ج ۴، ص ۶۷۶). در واقع، این فرض مانند آن است که شخصی به کسی که مضطر به خوردن غذای خود است دستور دهد که غذای خود را بخورد و ضمان آن را برعهده بگیرد. در این صورت، شخص مضطر نمی‌تواند پس از خوردن غذا به دستوردهنده رجوع کند (عاملی، ۲ [بی تا]، ج ۱۰، ص ۳۴۳).

۱. مانند آنکه دستوردهنده سرنشین کشتی نباشد بلکه به عنوان مثال، در قایق یا کشتی دیگری باشد یا امروزه، با توجه به وجود وسائل ارتباطی، دستور خود را با وسیله‌ای مانند بی‌سیم به مالک اطلاع دهد.

۲. باید تذکر داد که صحت این فرض مبتنی بر نظر مشهور است که احسان بر خود را از عوامل رافع ضمان و مسئولیت مدنی تلقی نمی‌کند (ر.ک: هوشمند فیروزآبادی و دیگران، ۱۴۰۰).

بنابراین، مورد بحث جایی است که شخصی به منظور نجات خود (به‌تنهایی یا همراه با دیگران) از خطر قریب‌الوقوع غرق‌گشتی، از مالک درخواست می‌کند که کالای خود را به دریا بیاندازد و مالک در مقام اجرای این دستور مال خود را به دریا بیاندازد. در مورد این مسئله متغیرهای متعددی وجود دارد که برخی از آنها در خلال مباحث آینده خواهد آمد، اما دو متغیر اصلی وجود دارد که مباحث مقاله بر مبنای آن دو پی‌گیری می‌شود: تصریح یا عدم‌تصریح دستوردهنده به ضامن‌بودن خود. همچنین، بر فرض ضامن‌بودن دستوردهنده، مسئله زمان تحقق ضمان و مقدار آن مطرح می‌گردد. از این گذشته، بر فرض نادری که مال از دریا به خشکی بیاید یا بتوان مال را از دریا بیرون آورد، مسئله مالکیت مال نیز مطرح می‌شود. در ادامه، این مطالب در قالب چهار بحث جداگانه بررسی می‌شود.

### ۱. تصریح آمر به ضمان

در صورتی که آمر در دستور خود به ضامن‌بودن تصریح کند، در مورد ضامن‌بودن وی ادعای اجماع امامیه، بلکه ادعای امت یعنی فقهای امامیه و اهل سنت شده است. تنها ابو‌ثور از فقهای اهل سنت در این مسئله مخالفت کرده که نظر وی، به دلیل شاذبودن، زیانی به اجماع نمی‌زند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۷۵ / یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۴۴۱). البته به علامه حلی نیز نسبت داده شده که در کتاب تحریر در صحت ضمان تردید کرده است (عاملی، [بی‌تا، ج ۱۰، ص ۳۴۳]. با این حال، با مراجعه به کتاب تحریر معلوم می‌شود که علامه فقط در یک‌جا در صحت آن تردید کرده (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۵۵۲) و در دو جای دیگر این کتاب، ضمان را ثابت دانسته است (همان، ۲، ص ۵۷۲ و ج ۵، ص ۵۳۴).

ضمان آمر در این فرض منوط به وجود دو شرط است: اول این که بیم از غرق‌شدن کشتی وجود داشته باشد و دوم این که نفع انداختن کالا به دریا

اختصاص به مالک آن نداشته باشد. در غیر این صورت، ضمان باطل است چراکه مالک کاری را که برای نفع و مصلحت خود (یعنی نجات جان) واجب بوده انجام داده است و استحقاق گرفتن بدل آن را ندارد (عاملی، [بی‌تا]، ج ۱۰، ص ۳۴۳).

با توجه به پذیرش اصل ضمان آمر در آنظار فقیهان، این مساله مطرح است که ضمان مذکور از چه ماهیتی برخوردار است؟ در ذیل ماهیت و چگونگی ارتباط ضمان به آمر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱-۱. عقد ضمان

ممکن است گفته شود که در این مورد اولاً بین آمر و مالک قرارداد منعقد می‌شود و ثانیاً این قرارداد ضمان است. ضمان مذکور هرچند به دلیل عدم تحقق دین قبل از قرارداد، ضمان ما لم یجب است اما به دلیل ضرورت تجویز شده است. ضرورت در این مورد به این دلیل است که ضمان موجب نجات جان انسان‌ها می‌شود و چه بسا زمانی برای انعقاد معامله نباشد یا تلاش برای انعقاد معامله موجب اختلاف بین طرفین گردد و هدف از تشکیل آن حاصل نشود (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۴۰۴). به نظر می‌رسد که پذیرش عقد ضمان مصطلح در این مورد با اشکال مواجه است. اشکال ضمان در اینجا تنها این نیست که ضمان از عین و ضمان ما لم یجب است. بلکه، همان‌طور که یکی از فقها تصریح کرده، به این دلیل است که ضمان معلق بر انداختن کالا به دریا است؛ درحالی که یکی از شروط عقد ضمان تنجیز است. به نظر وی، ضمان در اینجا ضمان اعیان است و ضمان اعیان، ضمان «ما وَجِبَ» است نه ضمان ما لم یجب؛ چون معنای ضمان داخل شدن شیء در عهده ضامن است، با این تفاوت که اگر موضوع تعهد، دین باشد، ضمان به معنای نقل دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر است و اگر موضوع آن عین باشد، معنای ضمان این است که ضامن باید خود آن را رد کند و اگر تلف شود مثل یا قیمت آن را بدهد.

پرداخت بدل هم یکی از مراتب تدارک عین است. حال، با توجه به این که در موضوع بحث، عین مال هنگام ضمان موجود است ضمان از مصادیق ضمان «ما وجب» است. بنابراین، در نهایت، نظریه ضمان مصطلح به دلیل تعلیق ضمان بر عمل انداختن کالا در دریا قابل پذیرش نیست (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۸۱-۱۸۲).

## ۱-۲. جعاله

این احتمال مطرح شده است که قرارداد را بتوان بر جعاله حمل کرد (علامه حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۴، ص ۴۲۱ / محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۴۰۴)؛ چراکه ضمان به پرداخت در مقابل یک عمل متعارف و حلال است (همان). نظریه جعاله بودن در سخن صاحب بلغه الفقیه با تفصیل بیشتری بیان شده است. وی در بحثی درباره جریان معاطات در عقد اجاره می‌گوید: در مواردی که شخصی به دیگری دستور می‌دهد که کاری را در مقابل دریافت عوض انجام دهد، انجام‌دهنده کار مستحق دریافت آن عوض است و استحقاق وی بر فرض که از باب اجاره نباشد از باب جعاله است. وی در توضیح این سخن می‌گوید: کار همان‌طور که می‌تواند برای انجام‌دهنده آن واقع شود، می‌تواند با دو شرط برای شخصی دیگر واقع شود: درخواست انجام کار توسط شخص دیگر و قصد وقوع کار برای آن شخص توسط انجام‌دهنده. در صورت تحقق این دو شرط، اولاً عمل برای درخواست‌کننده واقع می‌شود و ثانیاً انجام‌دهنده کار مستحق عوض تعیین‌شده یا اجرت کار است. وی «الْق متاعک فی البحر و علیّ ضمانه» را مصداق این فرض می‌داند و علاوه بر آن، مصادیق دیگری را هم برای این مورد ذکر می‌کند؛ از جمله: رجوع ضامن به مضمون‌عنه برای دریافت مالی که به مضمون‌له پرداخته است (منوط به اینکه ضمان به درخواست مضمون‌عنه و بدون قصد تبرع بوده است) و نیز رجوع آزادکننده برده به کسی که از وی درخواست کرده که برده‌اش را از طرف وی آزاد کند. در مورد اخیر، آزادکردن برده به قصد وقوع آن برای

درخواست‌کننده کاری است که دارای ارزش مالی است و ارزش مالی عمل به اندازه ارزش موضوع آن یعنی برده است. در مورد «ألق متاعک فی البحر و علی ضمانه» نیز انداختن کالا در دریا به اعتبار موضوع آن (یعنی کالا) دارای ارزش مالی است و درخواست‌کننده ضامن ارزش کالا در برابر مالک است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۷۵-۱۸۲).

نظریه جعاله با دو اشکال مواجهه است: اول این که در جعاله (همانند اجاره) خود عمل باید ارزش مالی داشته باشد؛ در حالی که در مورد بحث، خود عمل یعنی انداختن مال در دریا ارزش مالی ندارد. از این رو، و با توجه به این اشکال، برخی از طرفداران نظریه جعاله ناچار شده‌اند که در محل بحث، عمل «انداختن» را با توجه به موضوع آن یعنی کالایی که به دریا انداخته می‌شود دارای ارزش مالی بدانند. دوم این که عوض در جعاله باید دست کم اجمالاً معلوم باشد؛ در حالی که در اینجا عوض مجهول است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۷۹-۱۸۰). در پاسخ به اشکال اخیر ممکن است گفته شود که در جعاله قابلیت تعیین ارزش کافی است. از این رو، اگر مقدار جُعل یک سوم مال گم‌شده باشد، جعاله صحیح است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۴۳۹) چراکه پس از پیدا شدن مال، می‌توان ارزش یک‌سوم را تعیین کرد.

باید متذکر شد که برخی از فقها عمل حقوقی در این مورد را ایقاع دانسته‌اند، اما از آنجا که این مورد را به موردی تشبیه کرده‌اند که شخصی به دیگری می‌گوید: «لباس مرا بدوز و برای تو یک درهم است» یا دستور می‌دهد که برده گمشده او را در مقابل نصف قیمت آن پیدا کند (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، ص ۳۵۹)، معلوم می‌شود که نظر ایشان جعاله بودن رابطه مالک و آمر است؛ چراکه این دو مثال، نمونه عقد جعاله است. در واقع، نظر ایشان این است که جعاله ایقاع است و از این رو، بازگشت این نظر به نظر سابق است.

### ۱-۳. توکیل در استقراض

به نظر صاحب جواهر، در این مورد «توکیل در استقراض» واقع می‌شود (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۴۳، ص ۱۵)؛ به این معنا که آمر مالک را وکیل می‌کند که مال را به مالک قرض دهد و از جانب وی قرض را قبول کند. بنابراین، هنگامی که مال تلف می‌شود از ملک آمر تلف می‌شود نه از ملک مالک. از سوی دیگر، آمر به دلیل قرض، مدیون مالک است.

این نظر در صورتی قابل پذیرش است که در دستور به اتلاف قید شود که اتلاف «از طرف دستوردهنده» (عنی) واقع شود به این صورت که دستوردهنده تصریح کند: «کالایت را از طرف من به دریا بیانداز». در این صورت، چون طبق اصول کلی، تصرفات مالکانه در مال باید لزوماً توسط مالک صورت گیرد، فرض می‌شود که مال ابتدا از طریق یک عمل حقوقی مانند قرض به دستوردهنده تملیک می‌شود و سپس تلف از ملک وی صورت می‌گیرد. شبیه این نکته در مورد دستور مدیون به ثالث به پرداخت دین نیز صادق است: اگر مدیون به ثالث بگوید: «دین را از طرف من دین با مال خودت پرداخت کن»، فرض می‌شود که مال ابتدا به ملک مدیون وارد می‌شود و سپس از ملک وی به دائن پرداخت می‌شود. سخن شهید اول (شهید اول، [بی تا]، ج ۱، ص ۶۸-۶۹) در مورد تحقق ملکیت تقدیری در موارد دستور به پرداخت دین را نیز باید بر همین صورت حمل کرد. در واقع، همان‌طور که شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۳۸۴) از یکی از فقها نقل می‌کند، «مقتضای فروش مال غیر از سوی خود و خریدن چیزی برای خود با مال دیگری این است که آن مال به صورت ضمنی برای وی [فروشنده و خریدار] قرار داده شود».

اما اگر در دستور به اتلاف قید نشود که اتلاف از طرف دستوردهنده واقع شود، ملکیت تقدیری، امری تصنعی است و تنها برای توجیه اقدامی

۱. قضیه بیع مال الغیر عن نفسه و الشراء بمال الغیر لنفسه، جعل ذلک المال له ضمناً.

است که صورت گرفته است. تشکیل عقد قرض همانند تشکیل هر قرارداد دیگری نیازمند قصد انشاء است و در این مورد قصد انشائی را نمی‌توان به آمر و مالک نسبت داد (ر.ک: بحر العلوم،<sup>۱</sup> ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۸۰).

#### ۱-۴. شبه قرض

به نظر برخی از فقها، در مواردی که شخص با دستور خود از مال یا عمل غیر استفاده می‌کند، مال یا عمل به ملکیت آمر داخل می‌شود. در همه این موارد، معامله‌ای «شبه قرض» بین آمر و مأمور منعقد می‌شود که مشمول عموم صحت معامله («تجاره عن تراض») است. از این رو، در مسئله انداختن مال به دریا، مال یک لحظه قبل از افتادن به دریا به ملک آمر وارد می‌شود و در ملک وی تلف می‌شود. در این صورت، اگر عوضی تعیین شده باشد، مأمور مستحق همان است و اگر تعیین نشده باشد مستحق مثل یا قیمت است. از جمله احکام این معامله این است که ضمان آمر و استحقاق مأمور نسبت به بدل هنگامی تحقق می‌یابد که مأمور به دستور عمل کند (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۷۲-۷۳).

صاحب این نظریه دلیل نامیدن این معامله به شبه قرض را توضیح نداده است، اما ممکن است دلیل آن را این‌گونه توضیح داد: ماهیت قرض تملیک در برابر بدل واقعی (بجنوردی،<sup>۲</sup> ۱۴۱۹، ج ۷، ص ۲۳۵) یا تملیک مال در برابر تعهد به پرداخت است (خمینی،<sup>۳</sup> ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۶۵۲). بنابراین، در عقد قرض به محض انعقاد عقد و پس از حصول قبض، مال به ملکیت مقترض وارد می‌شود و مقترض ضامن پرداخت بدل است. اما طبق نظریه شبه قرض، در محل بحث، اولاً ملکیت آمر نسبت به کالا تقدیری است نه به صورت منجز؛ ثانیاً بدل به ملک مالک کالا وارد می‌شود نه این که صرفاً

۱. فلا یحتاج فی صحته عنه الی تکلف دعوی تضمن ذلک الرخصه فی إدخاله فی ملکه و الوکاله عنه فی عتقه لعدم القصد الی شیء من ذلک بالوجدان.

۲. تملیک مال بعوضه الواقعی.

۳. هو تملیک مال لآخر بان یکون علی عهده ادائه بنفسه او بمثله او قیمته.

تعهد به پرداخت آن به سود وی به وجود آید.

در مورد نظریه شبه قرض می‌توان گفت: اشکال مذکور در مورد نظریه سابق بر این نظریه نیز وارد است. ملکیت تقدیری نیازمند دلیل معتبری است و در این مورد دلیل معتبری بر آن دیده نمی‌شود و با توجه به نظرات دیگری که مطرح خواهد شد، نیازی به این دیدگاه نیست.

### ۱.۵. عقد معاوضی مستقل

شهادت اول احتمال معاوضه بین مالی که به دریا انداخته می‌شود و بدل آن را مطرح کرده و آن را مردود دانسته است (شهادت اول، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۳۶۹). همچنین، این نظر نیز مطرح شده که درخواست آمر، ایجاب و انداختن مال به دریا، قبول آن است، اما این که با این ایجاب و قبول چه عقدی تشکیل می‌شود تعیین نگردیده است (حلی، ۱۴۱۵، ص ۱۱۳). برخی از فقها معتقدند که در موارد دستور معاملی، یک معامله معاوضی مستقل تشکیل می‌شود: تصویر دستور معاوضی در محل بحث و شکل‌گیری قرارداد معوض بین آمر این گونه است که: مال یا عمل مأمور در برابر بدلی است که ضامن به عهده می‌گیرد. این معامله مشمول عموم صحت معاملات از جمله آیه شریفه «تجاره عن تراض» است. در نتیجه این قرارداد، آمر مال یا عمل مأمور را در برابر خسارتی که به عهده می‌گیرد به دست می‌آورد و مأمور نیز غرامتی را که آمر به عهده گرفته به دست می‌آورد. به نظر وی، در ضمان‌های قهری مانند اتلاف مال غیر، مال مضمون‌له در قبال خسارتی که ضامن متحمل می‌شود به ملکیت ضامن منتقل نمی‌شود، اما در ضمان قراردادی، ضامن در برابر خسارتی که به عهده می‌گیرد، مال مضمون‌عنه را تملک می‌کند. حصول ملکیت برای ضامن منوط به این نیست که مضمون‌له قصد کند که مال را به ملک ضامن وارد کند، بلکه دخول در ملک ضامن مقتضای طبیعت این معامله است. بنابراین، در مواردی مانند دستور مدیون به شخص ثالث در مورد پرداخت دین، مالی که ثالث به دائن می‌پردازد ابتدا به ملک مدیون داخل می‌شود و هنگامی که مال به دائن

پرداخت می‌شود از ملک مدیون خارج می‌شود نه از ملک ثالث. همچنین، در دستور به انداختن مال در دریا، مال ابتدا به ملک آمر وارد می‌شود و هنگامی که به دریا می‌افتد از ملک آمر به دریا می‌افتد نه از ملک مأمور. تنها اشکالی که بر این نظر ممکن است وارد شود این است که چنین معامله‌ای با توجه به عدم تعیین عوض هنگام معامله، غرری و مورد نهی شارع است. در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت که اولاً بطلان معامله غرری مختص به بیع است نه همه معاملات. ثانیاً با توجه به اجماع فقها بر صحت این معامله، دلیل نهی از غرر تخصیص می‌خورد و شامل این مورد نمی‌شود (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۸۰-۱۸۳).

در نهایت، نتیجه این نظر این است که در محل بحث نوعی ضمان قراردادی منعقد می‌شود که در اثر آن، مالی که تلف می‌شود در مقابل بدل آن به ملکیت آمر داخل می‌شود و سپس در ملک وی تلف می‌شود. به نظر می‌رسد نظریه مذکور تقریر دیگری از نظریه شبه‌قرض است و اشکالاتی که بر آن نظریه وارد بود بر این نظریه نیز وارد است. علاوه بر این، استدلال به آیه شریفه «تجاره عن تراض» برای این نوع معامله صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا بر این توافق عرفاً عنوان تجارت صدق نمی‌کند و از قبیل تمسک به عام در شبهات مصداقیه است.

## ۱-۶. استیفاء از مال یا عمل غیر

ممکن است گفته شود که آمر در اینجا از باب استیفاء از مال یا عمل ضامن است. مقصود از استیفاء و شرایط آن در بحث از موردی که آمر تصریح به ضمان نمی‌کند خواهد آمد. تردیدی نیست که در محل بحث، آمر از عمل یا مال مالک منتفع می‌شود و بنابراین، استیفاء و استفاده از مال یا عمل غیر صادق است. اما به نظر می‌رسد در مواردی که آمر به ضمان خود در برابر مالک تصریح می‌کند، می‌توان تحقق قرارداد و معامله‌ای عرفی را مفروض گرفت. این مطلب در شماره بعد بررسی می‌شود.

## ۱.۷. ضمان غیر مصطلح

به نظر می‌رسد که بهتر است رابطه آمر و مالک در این مورد را بر ضمان عرفی یا تعهد به پرداخت حمل کرد. تفسیر ضمان به «تعهد به پرداخت» در کلام بسیاری از فقهای معاصر دیده می‌شود (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۳۹۲/سیستانی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۲۹۵/صدر، ۱۴۰۱، ص ۲۳۲). ضامن در این نوع ضمان، بدون این که ذمه‌اش به مال مشغول شود، باید عین یا بدل مال را (در صورت تلف عین) رد کند (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۴۰۳). ضمان به معنای تعهد به پرداخت عقدی مستقل و مشمول عمومات صحت عقود است، اما ضمان مصطلح نیست و احکام آن را ندارد (حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۳، صص ۲۶۵، ۳۴۶ و ۳۴۹/زین‌الدین، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۷۴). یکی از فقها پس از آن که فصل مستقلی را به «ضمان عرفی» اختصاص داده است، مسئله «الق متاعک فی البحر و علیٰ ضمانه» را صراحتاً از مصادیق ضمان عرفی دانسته است (زین‌الدین، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۷۷).

چنان که ملاحظه شد، در فرض تصریح آمر به ضمان، اولاً طبق همه نظرات فقهی، آمر ضامن است و ثانیاً طبق اکثر نظرات، ضمان وی ناشی از یک عمل حقوقی است، هر چند که در تعیین نوع این عمل حقوقی اختلاف نظر است.

## ۲. عدم تصریح آمر به ضمان

در صورتی که آمر تصریح به ضمان نکند، طبق برخی نظرات وی ضامن نیست و طبق نظر دیگران ضامن است.

### ۲.۱. عدم ضمان آمر

بسیاری از فقهای امامیه نظر عدم ضمان را پذیرفته‌اند (ر.ک: عاملی، [بی‌تا]، ج ۱۰، ص ۳۴۴). طرفداران این نظر علاوه بر اجماع، به ادله مختلفی استناد کرده‌اند: ۱. ضمان مصطلح یعنی ضمان ناقل دین از ذمه

مضمون‌عنه به ذمه ضامن در این مورد قابل تحقیق نیست چون در فرض مزبور هنوز دینی وجود ندارد تا دستوردهنده بتواند آن را به ذمه خود منتقل کند. در نتیجه، چنین ضمانی «ضمان ما لم یجب» است.

۲. اصل عدم‌ضمان. با این توضیح در فرضی که دستوردهنده بدون تصریح به ضمان خود، به مالک مال دستور به اتلاف می‌دهد و مالک در راستای اجرای این دستور، مال خود را تلف می‌کند، شک می‌شود که آیا او در برابر ارزش کالای تلف‌شده ضامن است یا خیر؟ که در این حالت، استصحاب عدم‌ضمان جاری و حکم به عدم‌ضمان می‌شود؛ همانند جایی که فردی به دیگری دستور می‌دهد همسرت را طلاق بده یا از طلب خود بگذرد. در این موارد نیز اصل عدم‌ضمان جاری می‌شود.

طرفداران عدم‌ضمان متذکر شده‌اند که دستور به اتلاف با موردی که مدیون به شخصی دستور می‌دهد که دین او را پرداخت کند و وی دین را پرداخت می‌کند تفاوت دارد چرا که در دستور به پرداخت دین، مدیون همواره از پرداخت دین منتفع می‌شود؛ درحالی که اتلاف مال توسط مالک آن همیشه با منفعت برای دستوردهنده همراه نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۸۴-۳۸۵/ عاملی، [بی‌تا]، ج ۱۰، ص ۳۴۴). این ادله در بحث بعد بررسی می‌شوند.

## ۲-۲. ضمان آمر

برخی از فقها نظر ضمان آمر را تقویت کرده‌اند. پیش از شمارش مبانی این نظر، ذکر پاسخی که به ادله طرفداران عدم‌ضمان داده شده مناسب است: اولاً تحقیق اجماع در این مسئله دشوار است چرا که عده‌ای از فقها بر خلاف آن نظر داده‌اند. علاوه بر آن، اجماع مذکور، بر فرض اعتبار، بر صورتی حمل می‌شود که دستوردهنده اهلیت آن را نداشته باشد که به دستورش توجه شود و اتلاف مال توسط مالک عرفاً ناشی از تسامح وی محسوب شود. بنابراین، تلف مال به خود مالک نسبت داده می‌شود نه به آمر. ثانیاً اصل عدم‌در تعارض با اصل احترام مال دیگران است، زیرا دستوردهنده سبب تلف مال

دیگری شده است و عمل او موجب نقض قاعده احترام به مال دیگری است. ثالثاً نمی‌توان برای عدم مسئولیت دستوردهنده به فقدان ضمان مصطلح استناد کرده و ضمان فرد دستوردهنده را از باب ضمان ما لم یجب دانست. زیرا انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن که از ارکان ضمان مصطلح می‌باشد، قید غالبی برای ضمان است. به این معنا که در عمل، اغلب موارد ضمان به صورت نقل دین واقع می‌شوند و ادله شرعی که مشتمل بر بیان ضمان از نوع نقل دین می‌باشند در مقام بیان مورد غالب آن هستند نه در مقام بیان ذات ضمان. در نتیجه، انتقال حق از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن مقوم و جزء لا ینفک ماهیت ضمان نیست تا در صورت فقدان آن، نهاد فقهی ضمان منتفی شود بلکه، صحت و عدم صحت ضمان دائر مدار وجود یا عدم وجود غرض صحیحی است که مورد نهی شارع قرار نگرفته باشد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۰، ص ۲۹۲).

در مورد این که مبنای ضمان در این مورد چیست نظرات و احتمالاتی وجود دارد. از آنجا که در این فرض آمر به ضمان خود تصریح نمی‌کند، تحقق ضمان ناشی از قرارداد دشوار است و به نظر می‌رسد که باید در این فرض به اسباب ضمان قهری متوسل شد. در این خصوص دو نظر و احتمال می‌توان مطرح کرد.

#### ۲-۲-۱. استیفاء از عمل غیر

چنان که می‌دانیم یکی از اسباب ضمان قهری استیفاء از عمل غیر (ماده ۳۳۶ ق.م.) یا استیفاء از مال غیر (ماده ۳۳۷ ق.م.) است. در مورد بحث ممکن است گفته شود که مسئولیت آمر از باب استیفاء از عمل غیر است. با این توضیح که هر کس از مال یا عمل غیر استفاده کند با چند شرط ضامن بدل است: درخواست استفاده‌کننده، عدم قصد تبرع از سوی مالک یا عامل، عدم تعیین اجرت و وجود اجرت عرفی برای عمل. در مورد ضمان درخواست‌کننده تفاوتی نیست که وی به ضمان خود تصریح کند یا نکند

و در صورت تصریح به ضمان نیز تفاوتی ندارد که مقدار ضمان را تعیین کند یا نکند. در صورتی که به مقدار ضمان خود تصریح کند، ضامن همان مقدار است و در صورتی که به ضمان خود تصریح نکند یا با تصریح به ضمان، مقدار ضمان را تعیین نکند، ضامن بدل مال یا اجرت‌المثل عمل است. البته ذمه آمر هنگامی در برابر مالک یا عامل مشغول می‌شود که استفاده از مال یا عمل صورت گیرد. دلیل این نکته این است که مقتضای دستور معاملی این است که دستوردهنده به دلیل خسارتی که مالک یا عامل متحمل می‌شود ضامن خسارت باشد (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۷۲/خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۴۷۶)، و در تکمیل این نظر باید افزود که خسارت هنگامی وارد می‌شود که از مال یا عمل استفاده شود.

به نظر یکی از طرفداران این نظر، مطلب مذکور در همه مواردی که شخصی به دیگری دستور می‌دهد که مالش را برای یک هدف عقلایی تلف کند جاری می‌شود و اختصاص به مسئله کشتی ندارد. وی متذکر می‌شود که دلیل ضمان آمر بنای عقلا و سیره قطعی است و نیازی نیست که برای ضمان وی به این توجیه توسل شود که امر آمر و عمل مأمور عقدی را تشکیل می‌دهد (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۴۷۶-۴۷۷).

## ۲-۲-۲. جبران خسارت ناشی از اتلاف

به نظر می‌رسد که در مورد دستور به اتلاف، دستوردهنده از باب لزوم جبران خسارت ضامن است. با این که در نظر سابق نیز نهایتاً استیفاء از مال یا عمل غیر به جبران خسارت ارجاع داده شد، به نظر می‌رسد که بین استیفاء و جبران خسارت تفاوت وجود دارد. نظریه استیفاء، همان‌طور که نام آن حکایت می‌کند، مبتنی بر استفاده و نفعی است که ضامن از مال یا عمل غیر تحصیل می‌کند؛ در حالی که نظریه جبران خسارت مبتنی بر زیانی است که ضامن به غیر وارد می‌کند. به تعبیر دیگر، نظریه اول نفع‌محور و نظریه دوم زیان‌محور است. در نظریه استیفاء ضامن باید از مال یا عمل غیر

نفعی کسب کند و البته این نفع با زیان غیر همراه است اما در نظریه جبران خسارت، ضامن به دیگری زیان وارد می‌کند و زیان غیر، مستلزم نفع ضامن نیست. نمونه بارز ضمان ناشی ایراد زیان، اتلاف است که در آن اتلاف‌کننده از ورود زیان به مال یا عمل نفعی نمی‌برد، بلکه مال بدون این که انتفاعی از آن صورت گیرد در ملک مالک، تلف می‌شود.

هرچند این دو نظر ممکن است از لحاظ مقدار ضمان یکسان تلقی شوند اما از لحاظ تحلیلی بین این دو مبنا تفاوت وجود دارد: تحقق استیفاء منوط به این است که ضامن از مال غیر منفعتی کسب کند. بنابراین، در محل بحث اگر علی‌رغم انداختن مال به دریا، کشتی از غرق شدن نجات نیابد، استیفاء صورت نگرفته هرچند که اتلاف واقع شده است. بنابراین، اگر مبنای ضمان استیفاء باشد، ذمه آمر (بر فرض نجات) یا ترکه او (در صورت عدم نجات آمر) مشغول به بدل نمی‌شود، اما اگر مبنای ضمان، ایراد زیان باشد، آمر (یا ترکه وی) در برابر مالک مشغول‌الذمه می‌شود.

به نظر می‌رسد در محل بحث، مبنای ضمان، اتلاف و ایراد زیان است و این که برخی از فقها وجود نفعی برای اتلاف مال را برای تحقق ضمان شرط دانسته‌اند به معنای پذیرش نظر استیفاء نیست. در واقع، شرط وجود نفع به این دلیل است که اتلاف مال از لحاظ شرعی اسراف و تبذیر یا اقدامی سفیهانه محسوب نشود.

نتیجه این که در دستور به اتلاف، هرچند که مالک اقدام به تلف مال خود می‌کند و مباشر تلف محسوب می‌شود، اما از آنجا که به دستور شخص دیگری اقدام به اتلاف کرده است، دستوردهنده را می‌توان سبب اقوای از مباشر و ضامن تلف دانست.

### ۳. آثار نظریه ضمان

در صورتی که در فروض مختلف این مسئله نظر ضمان پذیرفته شود، آثار

متعددی بر آن مترتب می‌شود که از جمله آنها، زمان تحقق ضمان و مقدار آن و نیز مالکیت کالا است.

### ۳-۱. زمان تحقق ضمان

زمان تحقق ضمان بر حسب نظرات مختلف متفاوت است:

(۱) بر اساس نظریه معاوضه بودن، در صورتی که مأمور قبول خود را با لفظ اعلام کند، عقد معاوضه تشکیل می‌گردد و مال حتی قبل از آن که به دریا اندخته شود، به ملک آمر داخل می‌شود. همین نتیجه بر اساس نظر توکیل در قرض نیز قابل پذیرش است با این تفاوت که چون عقد قرض از عقود عینی و تحقق آن منوط به قبض است، باید فرض کرد که مالک به نیابت از آمر مال را قبل از انداختن به دریا به آمر قرض می‌دهد و از آنجا که مال در دست وکیل (مالک کالا) است نیازمند به قبض جدید نیست. بنابراین، قبل از انداختن مال در دریا قبض تحقق یافته است. انداختن در دریا مصرف قرض در جهتی است که آمر تعیین کرده است. طبق دیدگاه فقهای امامیه (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۱۵)، برای تحقق ملکیت مصرف کردن مال توسط مقترض لازم نیست و مالکیت مقترض تا آن زمان به تأخیر نمی‌افتد.

(۲) بر اساس نظریه اتلاف، آمر هنگامی ضامن می‌شود که مالک کالا را به دریا بیاندازد.

(۳) در صورتی که ضمان بر اساس نظریه استیفاء توجیه شود، تحقق ضمان باید منوط به این باشد که آمر از اقدام مالک منتفع شود. بنابراین، لازمه این نظر این است که ضمان آمر هنگامی تحقق یابد که کشتی از غرق نجات یابد.

### ۳-۲. مقدار ضمان

در صورتی که آمر در دستور خود مقدار ضمان خود را تعیین کرده باشد، ضمان او به همان مقدار خواهد بود. در کتب فقهی، صورت‌های مختلفی برای بیان مقدار ضمان مطرح شده است، مانند: تعیین مقدار ضمان به

صورت مبلغی معین (شهید ثانی،<sup>۱</sup> ۱۴۱۳، ج ۹، ص ۳۹۳)، ضمان نسبت به بدل کالا (شیرازی،<sup>۲</sup> [بی تا]، ج ۸، ص ۱۱) یا ضمان نسبت به قیمت کالا (شهید ثانی،<sup>۳</sup> ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۸۴/ ابن براج،<sup>۴</sup> ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۴۶). در این موارد، ضمان وی بر حسب مورد به مقدار تعیین شده یا بدل (مثل یا قیمت) کالا است.

تردید در مورد صورتی است که مقدار ضمان وی تعیین نشده باشد. در مورد این صورت، دو احتمال وجود دارد:

۱) ضمان بدل کالا. ممکن است گفته شود که همانند موارد ضمان قهری، دستوردهنده مسئول پرداخت بدل کالا است و بدل برحسب مورد مثل یا قیمت است. برخی از فقها معتقدند که اگر کالا قیمی باشد، آمر ضامن قیمت کالا هنگام انداختن کالا در دریا است چون ذمه وی از این لحظه به بعد مشغول به دین می شود (عاملی، [بی تا]، ج ۱۰، ص ۳۴۳). با این حال، این احتمال وجود دارد که در مسئله بیم غرق شدن کشتی، قیمت کالا قبل از به حرکت درآمدن امواج به عنوان زمان سنجش قیمت محسوب شود چراکه در زمان طوفانی شدن دریا کالا ارزشی ندارد. صاحب جواهر از این احتمال جواب می دهد که مقصود قیمت مال فی نفسه (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۴۳، ص ۱۵۰) یعنی قیمت کالا صرف نظر از طوفانی بودن دریا و احتمال غرق شدن کالا است.

۲) ضمان ارزش عمل. قبل از توضیح این مطلب لازم است به مقدمه ای اشاره شود: عمل مادی فی نفسه دارای ارزش است و می تواند موضوع عقود معوضی مانند اجاره و جعاله قرار گیرد و نیز در صورتی که بدون وجود قرارداد

۱. أُلِّقَ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ وَ عَلِيٌّ كَذَا.

۲. أَلْقَهُ فِي الْبَحْرِ وَ عَلِيٌّ بَدَلُهُ.

۳. أُلِّقَ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ ... عَلِيٌّ أُنِّي أَضْمَنُ قِيَمَتَهُ.

۴. لَوْ قَالَ لَهُ وَ هُوَ فِي سَفِينَةِ الْبَحْرِ: «الْق مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ وَ عَلِيٌّ ضَمَانُ قِيَمَتِهِ»، صَح ... فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ كَانَ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْمَتَاعِ لِصَاحِبِهِ.

از آن استفاده شود، استفاده‌کننده باید اجرت‌المثل آن را به عامل بدهد (ماده ۳۳۶ ق.م.). اما عمل اعتباری مانند خرید و فروش، فی‌نفسه دارای ارزش مالی نیست. این تفصیل را می‌توان از سخن شیخ انصاری در باب تعذر شرط استفاده کرد. وی عمل را به دو قسم تقسیم می‌کند: عملی که «فی‌نفسه» دارای ارزش است، عرفاً مال محسوب می‌شود و در مقابل آن مالی داده می‌شود. وی برای این نوع عمل به خیاطی مثال می‌زند. در مقابل، اعمالی مانند آزاد کردن برده فی‌نفسه دارای ارزش مالی نیست (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۷۳-۷۶).

حال می‌توان پرسید که آیا ممکن است عمل اعتباری با توجه به موضوع آن دارای ارزش مالی محسوب شود؟ به تعبیر دیگر، آیا می‌توان گفت ارزش موضوع عمل به خود عمل سرایت می‌کند؟ ممکن است به این سوال پاسخ منفی داده شود. از این رو، اگر شخصی در قالب عقد جعاله ایجابی با این مضمون صادر کند که «هر کس به من یک دینار قرض دهد، یک درهم به او می‌دهم»، چنین جعاله‌ای موجب نمی‌شود که ربا تحقق نیابد چراکه عمل قرض دادن ارزشی جز موضوع آن یعنی یک دینار ندارد (صدر، ۱۴۰۱، ص ۱۶۶-۱۶۷)؛ با این توضیح که در این صورت، قرض‌گیرنده (جاعل) باید یک دینار به‌عنوان قرض و یک درهم به‌عنوان جعاله پرداخت کند، و این یک درهم ربا است.

در مقابل، ممکن است گفته شود که در محل بحث یعنی انداختن مال در دریا اولاً استیفاء از عمل غیر صورت می‌گیرد نه از مال غیر (درمورد نظر مخالف، ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۱۴۳). به تعبیر دیگر، آمر از عمل انداختن مال در دریا منتفع می‌شود نه از مالی که به دریا می‌افتد. ثانیاً هرچند که عمل اتلاف فی‌نفسه دارای ارزش مالی نیست اما به لحاظ متعلق آن یعنی مالی که تلف می‌شود دارای ارزش مالی است، و ارزش عمل به مقدار ارزش موضوع آن یعنی کالا است. بنابراین، هرچند آمر ضامن ارزش عمل یعنی انداختن کالا به دریا است اما در نهایت ضامن ارزش کالا است. در مورد ارزش کالا طبق قاعده

ماهیت و مبنای ضمان آمر در برابر مالک متلف از دیدگاه فقه امامیه ■

باید به مثلی یا قیمی بودن مال توجه کرد اما یکی از طرفداران نظریه جعاله تصریح می‌کند که آمر در همه موارد اعم از این که مال مثلی یا قیمی باشد، ضامن قیمت کالا است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۸۱).

### ۳-۳. مالکیت کالا

مسئله‌ای که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر پس از دستور به اتلاف، مال از بین نرود، مالک آن چه شخصی است. به عنوان نمونه، اگر کالا از اموالی نباشد که با افتادن در آب فاسد شود و دریا آن را به ساحل بیاورد یا با غواصی از آب بیرون آورده شود، مالکیت کالا متعلق به چه کسی است. بدیهی است در برخی از مصادیق این بحث مانند دستور مدیون به پرداخت دین، این مسئله مطرح نمی‌شود و مال به ملک دائن وارد می‌شود. از سخن برخی از فقها استفاده می‌شود که در این مورد احکام بدل حیلوله در بحث غصب جاری می‌شود (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۶۵). طبق قاعده‌ای در بحث غصب، اگر تسلیم مال مغضوب ممکن نباشد، غاصب باید بدل آن را به مالک بدهد. بدل به ملکیت مالک وارد می‌شود اما مال مغضوب به ملک غاصب وارد نمی‌شود. حال اگر پس از مدتی تسلیم مال امکان‌پذیر شود، بدل به غاصب و مال مغضوب به مالک بازمی‌گردد (محقق حلّی، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۱۹۰). از این رو در محل بحث، کالا از ملکیت مالک خارج نمی‌شود. بنابراین، اگر کالا به ساحل بیاید و به صورت اتفاقی در دسترس واقع شود، به مالک آن تعلق دارد. در این صورت، ضامن می‌تواند بدلی را که به مالک پرداخته مسترد کند و اگر قیمت کالا در اثر افتادن در آب کاهش یافته باشد، مقدار کاهش ارزش از بدل مذکور کسر می‌شود. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۸۸/ عاملی، [بی‌تا]، ج ۱۰، ص ۳۴۶).

با این حال به نظر می‌رسد که حکم این مسئله را باید با توجه به مبنایی که در مورد ضمان آمر پذیرفته شد تعیین کرد:

(۱) براساس مبنای توکیل در اقتراض، آمر به مالک دستور می‌دهد که

مال را در برابر قیمت آن به آمر تملیک کند. بنابراین، مال هنگامی که به دریا می‌افتد در ملک آمر است و نجات مال و پیداشدن آن موجب بازگشت ملکیت آن به مالک سابق نمی‌شود (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۴۳، ص ۱۵۵). نتیجه این که مالی که به دریا افتاده، متعلق به آمر است.

۲) در صورتی که مبنای ضمان آمر عقد جعاله باشد، و جعاله به این صورت تفسیر شود که آمر بدل مال را در برابر عمل مالک (یعنی انداختن کالا در دریا) به عهده می‌گیرد، در این صورت، مالک با انداختن کالا به دریا مستحق جُعَل (یعنی بدل کالا) می‌شود، ولی با عقد جعاله مال از ملکیت وی خارج نمی‌شود چون عوضین عقد جعاله در اینجا و طبق فرض، عبارت‌اند از: عمل انداختن و بدل آن. کالا هرچند موضوع عمل است اما یکی از عوضین نیست. با توجه به این نکته، در مورد ملکیت کالا در این صورت دو احتمال است: اول این که مال پس از افتادن به دریا همچنان (طبق اصل استصحاب) در ملکیت مالک باقی باشد. بنابراین، اگر مال پیدا شود باید به مالک مسترد شود. دوم این که مال از ملکیت مالک خارج شده و به کسی تعلق نداشته باشد. در نتیجه، مال پیداشده حکم مالی را دارد که مالک از آن اعراض کرده است و هر کس آن را پیدا کند مالک آن می‌شود (ر.ک: کاشانی، ۱۴۰۸، ص ۱۵۲).

به طور خلاصه، در صورتی که مبنای ضمان به یکی از عقود معاوضی باز گردد، مالی که به دریا افتاده در ملک ضامن بوده و پس از پیداشدن هم به وی تعلق دارد اما اگر مبنای آن ورود خسارت به مالک باشد، احکام بدل حیلوله بر آن مترتب می‌شود (برای دیدن مباحث مشابه، ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۵۹-۲۶۰).

### نتیجه

در مواردی که شخصی به دیگری دستور می‌دهد که مال خود را تلف

کند و به ضمان خود تصریح می‌کند، تردیدی در ضمان آمر نیست و مسئله مهم، تعیین مبنای ضمان و به تعبیر دیگر، ماهیت رابطه آمر و مأمور است. نظرات متعددی در مورد رابطه آمر و مالک مطرح شده است: عقد ضمان، جعاله، ایقاع، توکیل در استقراض، شبه قرض، عقد معاوضی مستقل و سرانجام ضمان عرفی یا غیر مصطلح. با بررسی این نظرات روشن می‌شود که اولاً مبنای ضمان در این فرض، قرارداد است نه ضمان قهری و ثانیاً مناسب‌ترین نظری که می‌تواند این رابطه را توجیه کند، نظریه ضمان عرفی است. و در مواردی که آمر به ضمان خود تصریح نمی‌کند، تردید در تحقق ضمان جدی‌تر است؛ با این حال، در این فرض نیز نظریه ضمان آمر قابل تقویت است اما تحقق قرارداد در این فرض دشوار است و به نظر می‌رسد برای توجیه این رابطه باید به مبانی ضمان قهری متوسل شد. از بین این مبانی، دو نظریه استیفاء و جبران خسارت قابل طرح است و به نظر می‌رسد که نظریه اخیر با ماهیت رابطه آمر و مالک سازگارتر است. پذیرش هر یک از نظریات آثار متعددی در مورد زمان تحقق ضمان، مقدار مسئولیت ضامن و وضعیت کالا در فرض پیداشدن آن در پی دارد.

### حامی مالی

بنا به اظهار نویسندهٔ مسئول، این مقاله حامی مالی نداشته است.

### سهم نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در نگارش مقاله مشارکت یکسان داشته‌اند و محتوای آن را تأیید میکنند.

### تضاد منافع

نویسندگان اعلام می‌دارند که هیچ تضاد منافی در رابطه با نویسندگی و یا انتشار این مقاله ندارند.

## منابع

- ابن‌براج، قاضی عبدالعزیز؛ المهدب؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب؛ ج ۳ و ۶، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری (ره)، ۱۴۱۵ ق.
- بجنوردی، سیدحسن؛ القواعد الفقهیه؛ ج ۷، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
- بحرالعلوم، سیدمحمد؛ بلغه الفقیه؛ ج ۱ و ۲، چ ۴، تهران: انتشارات مکتبه الصادق (ع)، ۱۳۶۲.
- جبار گل‌باغی ماسوله، سیدعلی؛ «چیستی‌شناسی ضمان از منظر فقه شیعه»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۲۰، خرداد ۱۳۹۸، ص ۳۰۱-۳۲۴.
- حکیم، سیدمحسن؛ مستمسک العروه الوثقی؛ ج ۱۳، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۰۴ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ تذکره الفقهاء؛ ج ۱۴، قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۲۵ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ تحریر الأحكام الشرعیه؛ ج ۲ و ۵، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ قواعد الأحكام؛ ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن؛ ایضاح الفوائد؛ ج ۳، قم: مطبعه العلمیه، ۱۳۸۸ ق.
- حلی (محقق حلی)، جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام؛ ج ۳، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- حلی، حسین؛ بحوث الفقهیه؛ ج ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۵ ق.
- حلی، یحیی بن سعید؛ الجامع للشرائع؛ قم: مؤسسه سیدالشهداء (ع) العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
- خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریر الوسیله؛ ج ۱، چ ۲، نجف: مطبعه الآداب، ۱۳۹۰.
- خویی، سیدابوالقاسم؛ موسوعه الإمام الخوئی (ره)؛ ج ۳۱، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (ره)، ۱۴۱۸ ق.
- زین‌الدین، محمد امین؛ کلمه التقوی؛ ج ۶، چ ۲، قم: سیدجواد وداعی، ۱۴۱۳ ق.
- سبزواری، سید عبدالاعلی؛ مهذب الأحكام؛ ج ۲۰، چ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.
- سیستانی، سیدعلی؛ منهاج الصالحین؛ ج ۲، [بی‌جا]: [بی‌نا]، [بی‌تا].
- شیرازی، سید محمد؛ ایصال الطالب؛ تهران: منشورات اعلمی، [بی‌تا].
- صدر، سید محمد باقر؛ البنك اللاربوی؛ ج ۷، بیروت: دارالتعارف، ۱۴۰۱ ق.

طوسی، محمدبن حسن؛ الخلاف؛ ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.  
طوسی، محمدبن حسن؛ المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۷، چ ۳، تهران: المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.

عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی؛ القواعد والفوائد؛ ج ۱، قم: کتابفروشی مفید، [بی تا].  
عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الروضه البهیة؛ ج ۴، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.  
عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ مسالک الأفهام؛ ج ۹ و ۱۵، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق.

عاملی، سیدجواد؛ مفتاح الکرامه؛ ج ۱۰، بیروت: دار إحياء التراث العربی، [بی تا].  
کاتوزیان، ناصر؛ مسئولیت مدنی؛ ج ۲، چ ۶، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.  
کاشانی، آقارضا؛ کتاب الدیات؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۸ ق.  
کرکی (محقق کرکی)، علی بن حسین؛ جامع المقاصد؛ ج ۵، چ ۲، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.

مؤمنی، خسرو؛ «کیفیت مسئولیت عوامل متعدد زیان (نقد مواد ۵۲۶، ۵۳۳، و ۵۳۵ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲)»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۱۴، بهار و تابستان ۱۳۹۵، ص ۲۴۷-۲۷۴.

نائینی، میرزاحمدحسین؛ منیه الطالب فی حاشیه المکاسب؛ ج ۱، تهران: المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳ ق.

نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام؛ ج ۲۶ و ۴۳، چ ۶، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۹۴ ق.  
هوشمند فیروزآبادی، حسین، احمد احسانی فر، سیدمحمدحسن سیادت و رضا پورموسوی؛ «احسان بر خود»، پژوهشنامه حقوق اسلامی؛ ش ۵۳، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۱۸۳-۲۱۰.  
یزدی، سیدمحمدکاظم؛ العروه الوثقی؛ ج ۵، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۹ ق.



## The possibility of reviewing and revising arbitration decisions

**Hosein Houshmand\*** (Corresponding Author)

Faculty Member, Research Institute for Seminary and University, Qom, Iran.

Email: [hooshmand@rihu.ac.ir](mailto:hooshmand@rihu.ac.ir)

**Hosein Salimzadeh**

Senior Lecturer, Qom Seminary, Qom, Iran.

Email: [hoseinsalimzadeh@gmail.com](mailto:hoseinsalimzadeh@gmail.com)

**Ahmad Ehsanifar**

Faculty Member, Judiciary Research Institute, Iran.

[ahmadehsanifar1401@chmail.ir](mailto:ahmadehsanifar1401@chmail.ir)


**Hojjat Mobayen**

Faculty Member, Shiraz University, Shiraz, Iran.

Email: [hojjat.mobayen@gmail.com](mailto:hojjat.mobayen@gmail.com)



Use your device to scan and read the article online

**Citation** Houshmand, H., Salimzadeh, H., Ehsanifar, A., & Mobayen, H. (2025). The possibility of reviewing and revising arbitration decisions. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22(86): 35-74  
 [10.22034/ilaw.2025.711381](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.711381)

Received: 28 September 2023 , Accepted: 16 January 2024

### Abstract

In addition to the courts dealing with the disputes of the parties to the dispute, the institution of arbitration is considered a specialized, fast and increasingly popular method due to the respect for the sovereignty of the will of the parties to the dispute in determining the arbitrator and choosing the procedure.

In the discussion of the effects of arbitration, although the judgment issued in arbitration is generally effective for the parties present in the arbitration, the question is whether it is possible to review the judgment issued by other arbitrators and judges or not? If this is possible, on what basis and in what cases is it possible to review the issued decision?

In this article, while examining and criticizing the supporting evidence of the rule "the sanctity of violating the ruling of a mujtahid judge", while proving the lack of ijthihad in the position of issuing a decision and the lack of difference between the decision of the appointed judge and the decision of the arbitrator (judge of consolidation) due to the revision of Manat, the theory of revision and the possibility of revision The decision issued by the arbitrator (just like the judge's decision) is accepted due to the evidence of the influence of the judge's ruling and the inclusion of this evidence in the second judgment, but the possibility of review and appeal is limited to the absence of chaos and is limited to cases that lead to invalidity or The lack of credibility of judicial opinions and arbitration and the weakening of the ruling body should not prevail.

Many times, the possibility of revision of executive methods lacks Sharia ruling, which at different times according to the different circumstances that exist, the sovereignty of the Islamic country determines its limits and territory.

### Keywords

Arbitration, Consolidation Judge, Validity of Judgment, Review, Appeal.



## Extended Abstract

### 1. Introduction

Arbitration is recognized globally and domestically as a crucial method for resolving legal disputes, particularly in commercial cases. It is favored for being specialized, fast, less formal, and respecting the parties' sovereignty in selecting the arbitrator and the method of proceedings. Key advantages also include reduced litigation costs, the independence of arbitrators, and the protection of private and trade secrets.

However, the legal framework for arbitration in the Civil Procedure Law of Iran faces certain ambiguities. While an arbitration award is principally effective for the parties involved (the relative effect of the award), a central question arises regarding its impact on other arbitrators and judges: Is it possible for other arbitrators or judges to review, appeal, or annul an arbitration award, and if so, on what basis and in what specific circumstances?.

The article aims to address this question by examining the jurisprudential (Fiqhi) acceptability and legal dimensions of arbitration awards. It specifically investigates the applicability of the rule of *res judicata* (credibility of the adjudicated matter) to arbitration rulings and scrutinizes whether the jurisprudential rule prohibiting the revocation of a judge's ruling extends to the arbitrator.

### 2. Research Methodology

This study utilizes an analytical and critical approach, reviewing the arguments supporting the doctrine of the prohibition of revoking a judge's ruling (*Hormat Naqz Hukm Al-Qādhī*).

The analysis proceeds in three stages:

**1. Applicability of Res Judicata:** The study first examines the application of the rule of *res judicata* (credibility of the adjudicated matter) to arbitration awards. This rule generally forbids re-litigating a case after a definitive ruling has been issued. The research concludes that this rule should apply to arbitration awards because the philosophy behind *res judicata*—maintaining social order and the credibility of the justice system—applies equally to arbitration, which is understood to have a combined judicial-contractual nature.

**2. Legal Review:** The legal possibility of reviewing an arbitration award is assessed, noting the difference between general appeal (which is legally precluded) and the action for annulment (which is permitted under specific statutory grounds).

■ The possibility of reviewing and revising arbitration decisions

**3. Fiqhi Analysis and Tanqih Manāt (Extraction of Ratio Legis):** The main jurisprudential theory prohibiting the revocation of a judge's ruling is analyzed. The study critically evaluates the supporting evidence, including the Maqbūla of Umar ibn Hanzala and rational arguments such as the necessity of preventing chaos (Harj wa Marj) and avoiding the futility of dispute resolution (Laghwiyyah). The core methodology involves refining the ratio legis (Tanqih Manāt) to determine if the prohibition extends to an arbitrator (who may not possess the required quality of Ijtihad or official appointment).

### 3. Research Findings

The research yields several key findings across the legal and jurisprudential spheres:

- **Legal Standing of Review:** Legally, arbitration awards are final (Qat'i), and generally, an appeal to another arbitrator is not possible, adhering to the principle of *res judicata* (as implied by Article 486 of the Civil Procedure Law). However, courts can hear an action for the annulment (I'lām Botlān) of an award based on grounds stipulated in Article 489, which is distinct from an appeal (Istīnaf or review of the merits).

- **Arbitration and Judicial Rulings Equivalence:** The study concludes that there is no fundamental difference between the ruling of an appointed judge and the ruling of an arbitrator (Qadhi Tahkīm). The nature of the work performed by both contemporary judges and arbitrators often involves expert assessment (Kārshināsi) and application of law rather than pure Ijtihad, allowing for the principle of prohibition of revocation to be extended to arbitration awards.

- **Critique of Absolute Prohibition:** While acknowledging the widespread later jurisprudential view prohibiting the revocation of a judge's ruling, the study argues that the evidence supporting this rule—such as preventing chaos (Harj wa Marj)—only warrants preventing review when it leads to disruption.

- **Acceptance of Review:** The article accepts the possibility of reviewing and revising arbitration awards (similar to judicial rulings). This possibility is supported by the comprehensive nature of the evidence validating a judge's ruling, which should also encompass a second, subsequent judgment. Review is not merely permissible but necessary (Wājib) in cases where the initial arbitration or judgment was based on negligence in Ijtihad or failed to adhere to judicial standards.

- **Basis for Revocation:** The effectiveness of a judgment in the Maqbūla

is conditional on the ruling being based on legitimate standards (Hukm-nā), implying that if the ruling is found to be based on error or negligence, it loses its validity and is not immune from revocation.

#### 4. Conclusion

The possibility of reviewing arbitration awards (similar to judicial rulings) is accepted, but this must be applied exceptionally and only in cases explicitly outlined by the legislator to ensure that awards are not contrary to justice and reality. The evidence supporting the prohibition of revoking a judge's ruling is applicable to the rulings of an arbitrator, even if the arbitrator is non-Mujtahid, based on the unity of purpose (dispute resolution).

Crucially, however, the possibility of continuous and unlimited review (sequential appeal) is rejected. This limitation is necessary because it contradicts the consensus of the wise (Sīra Uqalā) and would lead to chaos (Harj wa Marj), diminishing the credibility of both judicial and arbitration awards.

Finally, the determination of the frequency and scope of revisability is not a fixed religious injunction but rather a matter of procedural execution (Shīvah-hā-ye Ijrā'i). In the context of an established Islamic government, the authority to define the limits of review rests with the governing body (Hākimīyyat) or the ratified legislation, allowing for adaptation based on current social needs and judicial exigencies (e.g., volume of cases) to ensure the execution of just dispute resolution.

#### Funding

There is no funding support.

#### Authors' Contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work

#### Conflict of Interest

Authors declared no conflict of interest.

#### Acknowledgments

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.



## امکان بازبینی و تجدیدنظرپذیری آرای داوری

حسین هوشمند فیروزآبادی\* (نویسنده مسئول)

Email: hooshmand@rihu.ac.ir

عضو هیئت علمی، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ایران.

حسین سلیمزاده

Email: hoseinsalimzadeh@gmail.com

مدرس سطح عالی، حوزه علمیه قم، قم، ایران.

احمد احسانی فر

Email: ahmadhsanifar1401@chmail.ir

عضو هیئت علمی، پژوهشگاه قوه قضائیه، ایران.

حجت مبین

Email: hojjat.mobayen@gmail.com

عضو هیئت علمی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.



استناد هوشمند فیروزآبادی، حسین؛ سلیمزاده، حسین؛ احسانی فر، احمد؛ و مبین، حجت. (۱۴۰۴). امکان بازبینی و تجدیدنظرپذیری آرای داوری. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۲ (۸۶): ۷۴-۳۵

doi 10.22034/ilaw.2025.711381

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۰۶، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۶

### چکیده

در کنار رسیدگی دادگاه‌ها به اختلافات طرفین دعوا، نهاد داوری روشی تخصصی، سریع و مورد اقبال به دلیل احترام به حاکمیت اراده طرفین اختلاف در تعیین داور و انتخاب شیوه رسیدگی، محسوب می‌شود و در کنار برخی روش‌های دیگر مرسوم و مورد اقبال فصل خصومت (مانند روش مذاکره و روش کارشناسی) شیوه داوری نیز یکی از شیوه‌های حل اختلاف در میان تجار است. در بحث از آثار داوری هر چند که رأی صادره در داوری اصولاً نسبت به طرفین حاضر در داوری مؤثر است اما این پرسش مطرح است که آیا امکان بازبینی حکم صادره توسط سایر داوران و قضات وجود دارد یا خیر؟ اگر این امکان وجود دارد، بازبینی در رأی صادره بر چه مبنایی و در چه مواردی امکان‌پذیر است؟

در این نوشتار ضمن بررسی و نقادانه پش‌تیبان قاعده «حرمت نقض حکم قاضی مجتهد»، ضمن اثبات خصوصیت نداشتن اجتهاد در مقام اصدار رأی و عدم تفاوت میان رأی قاضی منصوب و رأی داور (قاضی تحکیم) به دلیل تنقیح مناظ، نظریه تجدیدنظرپذیری و امکان بازنگری رأی صادره توسط داور (همانند رأی قاضی) به دلیل اطلاعات ادله نفوذ حکم قاضی و شمول این ادله بر قضاوت دوم، مورد پذیرش واقع شده اما امکان بازنگری و استیناف مقید به عدم بروز هر ج و مرج و محدود به مواردی است که منجر به بی‌اعتباری یا کم‌اعتباری آرای قضایی و داوری و تضعیف دستگاه حاکمه نشود.

دفعات امکان تجدیدنظرپذیری از شیوه‌های اجرایی فاقد حکم شرعی است که در زمان‌های مختلف با توجه به اقتضائات متفاوتی که وجود دارد، حاکمیت کشور اسلامی حد و قلمرو آن را تعیین می‌کند.

### واژگان کلیدی

داوری، قاضی تحکیم، اعتبار امر قضاوت شده، بازبینی، تجدیدنظر.



## مقاله

امروزه داوری به‌عنوان یکی از شیوه‌های حل و فصل اختلافات در دعاوی حقوقی و به‌ویژه دعاوی تجاری، در سطح داخلی و بین‌المللی مورد استفاده قرار می‌گیرد. کاهش تشریفات دادرسی، سرعت در رسیدگی، تخصصی بودن، کاهش هزینه‌های دادرسی، عدم وابستگی داوران به دولت‌ها و رسیدگی توسط اشخاصی که طرفین دعوی در انتخاب آنها نقش داشته‌اند (شمس، ۱۳۸۴، ج ۳، ص ۵۲۲) و نیز حفظ اسرار تجاری و خصوصی طرفین اختلاف و محرمانگی (Blackaby&Partasides&Redfern&Hunter, 2015, pp.33 & 130)

از مهم‌ترین مزایای داوری محسوب می‌شود.

در عین حال مقررات داوری در قانون آیین دادرسی مدنی با برخی ابهامات و نارسایی‌ها رو به روست که استفاده از این شیوه مناسب در حل و فصل دعاوی را با ایراداتی مواجه ساخته است. علاوه بر این، از آنجا که موضوع داوری و حکمی که داور صادر می‌نماید، بایستی از لحاظ شرعی نیز قابل قبول و موجه باشد، بررسی ابعاد فقهی موضوع و یافتن مبنای فقهی برای پذیرش رأی داوری اهمیت بسیاری دارد. هر چند که امروزه با پیش‌بینی مقررات مربوط به داوری در قانون آیین دادرسی مدنی و پذیرش اجمالی موضوع داوری این نهاد حقوقی همسو با نهاد «قضاوت تحکیمی» در فقه دانسته شده (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۳۳ / جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۱) و علیرغم وجود تفاوت میان داوری داخلی و داوری بین‌المللی برای داوری داخلی ماهیت ترکیبی قضایی- قراردادی و برای داوری بین‌المللی ماهیت مستقل در نظر گرفته‌اند (ر.ک: هوشمند فیروزآبادی، ۱۴۰۱، ص ۳۳۱-۳۷۲) فلذا، اصل موضوع داوری و مشروعیت آن مورد قبول حقوقدانان و اغلب فقها می‌باشد (ر.ک: قدیر و کاظمی فروشانی، ۱۳۹۸، ص ۱۴-۱۶ / هوشمند فیروزآبادی، ۱۴۰۱، ص ۸۱-۱۱۰)، لیکن بسیاری از فروع و مسائل آن، محل بحث و اختلاف نظر است.

از جمله در بحث از آثار داوری هر چند رأی داور اصولاً نسبت به طرفین و اصحاب حاضر در داوری مؤثر است (اثر نسبی رأی داوری) (شمس، ۱۳۸۴، ج ۳، ص ۵۷۴)، لیکن اثر این رأی، نسبت به سایر داوران یا قضات محاکم نیز قابل بررسی است و به‌ویژه بررسی این اثر از جهت امکان بازبینی در رأی صادره، حائز اهمیت است.

این نوشتار با هدف بررسی اثر داوری بر دیگر داوران و قضات سعی دارد با عنایت به موازین فقهی به این سؤال پاسخ دهد که آیا امکان بازبینی حکم صادره (نقض رأی، واخواهی یا تجدیدنظرخواهی) توسط سایر داوران و قضات وجود دارد یا خیر؟ اگر این امکان وجود دارد، بازبینی در رأی صادره بر چه مبنایی و در چه مواردی امکان‌پذیر است؟

برای بررسی این مسئله در ابتدا جریان اعمال قاعده اعتبار امر قضاوت‌شده را نسبت به رأی داوری مورد بررسی قرار می‌دهیم، سپس به امکان‌سنجی بازبینی رأی داور از منظر حقوقی و فقهی می‌پردازیم و در ادامه شمول قاعده «حرمت نقض حکم قاضی» را اولاً بر شخص داور از حیث فقدان عنصر نصب از جانب حاکمیت در وی ثانیاً بر شخص داور از حیث فقدان وصف اجتهاد در وی مورد ارزیابی قرار خواهیم داد.

لازم است توجه شود گرچه تاکنون پژوهش‌های شایسته‌ای در خصوص آثار حقوقی داوری (سربازیان و رنجبری، ۱۳۹۵، ص ۵۹-۸۶ / جنابی قدس، ۱۴۰۰، ص ۱۰۹-۱۲۳) و نیز آثار فقهی داوری (مافی و روشنائی، ۱۳۹۴، ص ۳۱-۶۳ / احمدمنش و صالحی، ۱۳۹۸، ص ۷۸-۹۴) صورت پذیرفته است، اما مقاله پیش رو اولاً از جهت تمرکز بر بحث اثر داوری بر سایر داوران و قضات (و عدم ورود در بحث اثر رأی داوری بر طرفین اختلاف) و امکان تغییر، تصحیح یا ابطال رأی داوری توسط هریک از آنها و ثانیاً از جهت بررسی شمول ادله حرمت نقض حکم در مقام رفع خصومت بر حکم قاضی تحکیم یا داور (علاوه بر قاضی منصوب) و ثالثاً از جهت بررسی محضورات فقهی وارده

بر جاری ساختن قاعده اعتبار امر قضاوت شده و امر مختوم نسبت به آرای داوری؛ از پژوهشهای صورت گرفته قبل متمایز است.

## ۱. اعمال قاعده «اعتبار امر قضاوت شده» نسبت به رأی داوری

قاعده اعتبار امر قضاوت شده یکی از قواعد مهم در حوزه دادرسی است. مطابق این قاعده، اقامه مجدد یک دعوا پس از صدور حکم و قطعیت آن ممنوع است. بعد از قطعیت حکم، شخصی که از مفاد حکم ناراضی است، تنها می‌تواند از راه‌های پیش‌بینی شده در قوانین نقض آن را بخواهد، ولی حق ندارد از نو همان موضوع را با همان سبب در مقابل خوانده واحد مطرح کند و در صورت اقامه دعوا، دادرس مکلف است قطع نظر از ایراد اصحاب دعوا از رسیدگی به امر مختوم امتناع نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۳). این اعتبار در اصطلاح حقوق ما تحت عنوان «اعتبار قضیه محکوم بها» یا «اعتبار امر قضاوت شده» نامیده شده است.<sup>۱</sup>

در ماهیت این قاعده، بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد؛ غالب حقوقدانان فرانسه، این قاعده را به‌عنوان اماره قانونی انطباق حکم با واقع دانسته‌اند؛ اماره‌ای قاطع و مطلق که اصالتاً غیرقابل اثبات عکس می‌باشد و به‌طور استثنایی اثبات خلاف آن پذیرفتنی خواهد بود (ر.ک: همان، ص ۲۶) برخی حقوقدانان ایرانی نیز این قاعده را به‌عنوان قرینه قاطعه و مطلق در ردیف اماره فراش دانسته‌اند (امامی، ۱۳۷۴، ج ۶، ص ۲۱۴).

دیدگاه دوم، قاعده اعتبار امر قضاوت شده را قاعده‌ای ماهوی می‌داند که بنا به ملاحظات اجتماعی خاص وضع شده و احتراز از آن امکان ندارد؛ اجرای قاعده ارتباط نزدیکی با نظم عمومی دارد که هدف از آن حفظ حیثیت و اعتبار حکم و تجلی کارآمدی دادگستری است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، صص ۳۲-۳۳ و ۴۶/ سنه‌وری، ۱۹۹۸، ج ۲، ص ۲۴۴).

۱. که برگردان قاعده (Autorité de la chose jugée) در حقوق فرانسه است.

در سومین دیدگاه، قاعده اعتبار امر قضاوت شده قاعده‌ای شکلی دانسته شده که بر مبنای آن خواهان حق اقامه دعوی به معنی اخص را تنها و فقط برای یک بار دارد، که با رسیدگی این حق از بین می‌رود (شمس، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۴۳۵).

قانون آیین دادرسی مدنی درخصوص شمول قاعده اعتبار امر قضاوت شده نسبت به رأی داوری، ساکت است. برخی حقوقدانان علیرغم تأکید بر اینکه عدم اعمال این قاعده درخصوص آرای داوری سبب بی‌فایده و لغو شدن رجوع به داور و مقررات داوری می‌گردد، معتقدند که مستند قانونی قابل قبولی برای پذیرش این قاعده درخصوص آرای داوری وجود ندارد، لیکن چون با صدور رأی داور و قطعی شدن آن، اختلاف طرفین فصل می‌شود و تنها، حقی که در رأی داوری آمده، از گذشته باقی می‌ماند، هر گاه پس از قطعی شدن رأی داوری، دعوا دوباره اقامه شود و خواننده با ارائه رأی قطعی داوری، دادگاه را آگاه نماید، دادگاه باید حکم به بی‌حقی خواهان صادر نماید (همو، ۱۳۸۴، ج ۳، ص ۵۷۶).

مؤید این نتیجه توجه به هدف و فلسفه وضع قاعده اعتبار امر قضاوت شده است با این توضیح که اگر اعتبار امر قضاوت شده بنا به ملاحظات اجتماعی خاص وضع شده و احتراز از آن امکان نداشته باشد و اجرای قاعده ارتباط نزدیکی با نظم عمومی داشته باشد، دیگر نباید در جریان این قاعده نسبت به رأی داوری تردید نمود و امکان تسری این قاعده به رأی داوری وجود خواهد داشت.

بنابراین اگر داور درخصوص موضوعی رسیدگی و رأیی صادر نماید، اگر مجدداً درخصوص همان موضوع و همان سبب و با همان اصحاب دعوا، دعوایی نزد وی مطرح شود، باید به استناد قاعده اعتبار امر قضاوت شده، از رسیدگی امتناع نماید.

این قاعده نسبت به سایر داوران و قضات نیز مجری خواهد بود و در صورت طرح مجدد دعوی نسبت به موضوعی که به موجب رأی قطعی

داوری فیصله یافته، حسب مورد دادگاه یا داور به جای صدور حکم به بی‌حقی، باید به استناد بند ۶ ماده ۸۴، از رسیدگی امتناع نماید. ممکن است ایراد شود که میان آرای داور و آراء صادره از محاکم دادگستری تفاوت است و این تسری امکان‌پذیر نیست زیرا رأی داور، از مصدر دادگستری و حاکمیت نیست تا با نظم عمومی ارتباط داشته باشد تا نقض آن سبب خدشه بر اعتبار و حیثیت دادگستری شود، اما باید توجه داشت باتوجه به ماهیت ترکیبی و «قضایی - قراردادی» داورى گرچه منشأ داورى توافق طرفین است اما اعتبار توافقنامه‌های داورى و روش‌های داورى توسط قوانین ملی اعطاء می‌شود و اعتبار رأی داورى باید توسط قوانین کشوری که در آن به رسمیت شناخته شده یا اجرا می‌شود، تعیین گردد. داوران شبیه قضات دادگاه‌های ملی هستند زیرا داوران قدرتشان را از دولت‌ها می‌گیرند، فلذا رأی صادره ازسوی داوران دارای همان جایگاه و تأثیری است که رأی یک قاضی در یک دادگاه ملی دارد.

## ۲. امکان بازبینی رأی داور از منظر حقوقی

هر چند که در ماده ۳۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی، اصل بر قطعی بودن آراء محاکم است، لیکن توجه به مواد بعدی این قانون، حکایت از این دارد که امروزه دو مرحله‌ای بودن رسیدگی (نخستین و تجدیدنظر)، به‌عنوان یک اصل در اغلب دعاوی پذیرفته شده است. هر چند که در پاره‌ای موارد (واخواهی از رأی غیابی)، رسیدگی سه مرحله‌ای تجویز شده و طرق فوق‌العاده شکایت از آراء (فرجام‌خواهی، اعاده دادرسی، اعتراض ثالث، اعمال ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری) نیز به‌صورت محدود و استثنایی مورد پذیرش قرار گرفته است. بر خلاف آراء محاکم، آرای داورى قطعی است و لذا امکان تجدیدنظرخواهی از رأی داور نزد داور دیگر وجود ندارد و باتوجه به قاعده اعتبار امر قضاوت‌شده، اگر در موضوعی رأی داورى صادر و سپس موضوع نزد داور دیگر مطرح گردد،

داور دوم حق رسیدگی ندارد؛ مگر اینکه طرفین با توافق، تمام یا بخشی از رأی داوری را رد نمایند (ماده ۴۸۶ قانون آیین دادرسی مدنی) لذا از منظر حقوقی، امکان بازبینی رأی داوری توسط داور یا داوران دیگر وجود ندارد.

امکان اعتراض به آرای داوری در دادگاه، در ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی در قالب دعوی اعلام بطلان رأی داوری و با خواسته تنفیذ یا تأیید بطلان رأی داور پیش‌بینی شده است. ماده ۴۸۹، مواردی که رأی داور باطل است را بر شمرده که رأی قاضی در این موارد، جنبه اعلامی دارد و بطلان رأی داور را اعلان یا تنفیذ می‌نماید. دعوی تنفیذ بطلان رأی داور از نظر ماهیت قضایی از جهاتی با تجدیدنظرخواهی متفاوت است. بر اساس صدر ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی، رأی داور در موارد مذکور در این ماده، اساساً قابلیت اجرایی ندارد؛ حتی اگر در مهلت مقرر نسبت به آن شکایت نشده باشد (شمس، ۱۳۸۴، ج ۳، ص ۵۷۹) اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در یکی از نظریات خود، چنین اظهار نظر نموده که به موجب این ماده «... رأی داور در صورتی که مشتمل بر یکی از موارد مذکور در این ماده باشد، باطل است و قابلیت اجرایی ندارد؛ بنابراین هرگاه از سوی یکی از طرفین، درخواست اجرای رأی داور شود، دادگاه مکلف است رأی داور را از جهات مذکور در ماده یادشده، بررسی کند.»<sup>۱</sup> این نظریه، دلالت بر این دارد که وظیفه نظارتی دادگاه در بررسی آرای داوری، اختصاصی به موردی که نسبت به رأی داوری اعتراض شده، ندارد؛ که این استدلال، مطابق اصول حقوقی به نظر نمی‌رسد. مؤید این مطلب آن است که رأی داوری داخلی، صرف نظر از ماهیت آن، از آنجاکه از نظر شکلی بر اساس قوانین ایران صادر شده، نیاز به شناسایی قضایی ندارد.

افزون بر این، برخلاف برخی دیدگاه‌ها (همان)، رسیدگی دادگاه در دعوی تنفیذ بطلان رأی ابطال رأی داوری، جنبه رسیدگی پژوهشی (استینافی) ندارد و

۱. نظریه مشورتی شماره ۷۷۳/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۰۴/۰۳ اداره حقوقی قوه قضائیه.

دادگاه صرفاً در صورت وجود یکی از جهات مقرر در ماده ۴۸۹ می‌تواند حکم به بطلان رأی داور صادر نماید. در هر حال، اختیار دادگاه در این خصوص بسیار کمتر از اختیار دادگاه تجدیدنظر است.

همچنین دعوی اعلام بطلان رأی داوری به‌عنوان یک دعوی نخستین، رسیدگی می‌شود و رأی صادره نیز اصولاً قابل تجدیدنظرخواهی است، لکن بر خلاف تجدیدنظرخواهی، در صورت صدور حکم به تنفیذ بطلان رأی داور، دادگاه رسیدگی ماهوی نمی‌نماید و رسیدگی به اصل دعوی و صدور رأی، اصولاً مستلزم تقدیم دادخواست جداگانه به دادگاه صالح است.

### ۳. امکان بازبینی رأی داور از منظر فقهی

در فقه، قضاوت به قضاوت انتصابی و قضاوت تحکیمی تقسیم شده است (حائری، ۱۴۱۵، ص ۲۱). مبتنی بر نظرات برخی فقیهان معاصر (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۳۳) و برخی حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۱/ جنیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۹/ قدیر و کاظمی‌فروشانی، ۱۳۹۸، ص ۱۳) نهاد قضاوت تحکیمی در فقه منطبق با نهاد داوری در حقوق است و از ماهیت یکسان برخوردار هستند.

باتوجه به همپوشانی این دو نهاد فقهی و حقوقی و باتوجه به عدم تفکیک فقهی بحث نقض حکم قاضی منصوب از نقض حکم قاضی تحکیم و اطلاق کلمات فقها در این قسمت ابتدا به تبیین نظریه مشهور فقهی حاکی از حرمت نقض حکم قاضی می‌پردازیم و در ادامه امکان جاری‌ساختن این قاعده به حکم صادره توسط داور غیرمجتهد را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

#### ۳-۱. نظریه «حرمت نقض حکم قاضی» از منظر فقهای امامیه

مشهور متقدمین و برخی متأخرین فقه امامیه نقض حکم خطای قاضی را بر قاضی دیگر مطلقاً لازم دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۶، ج ۴، ص ۲۱۴/ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۵۷/ حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۴۱/ محقق حلی،

۱۴۰۸، ج ۴، ص ۶۷) و بر این حکم، ادعای اجماع شده است (طوسی، ۱۴۰۶، ج ۴، ص ۲۱۵) البته بررسی حکم قضات قبلی بر قاضی جدید همواره لازم نیست، اما اگر بر اساس شکایت محکوم علیه یا به هر دلیل دیگری، حکمی بررسی و خطای آن مشخص شد، حکم بر طبق تشخیص صحیح، لازم است.

در مقابل، مشهور متأخرین قائل به نظریه «حرمت نقض حکم صادره توسط قاضی» شده‌اند. مبتنی بر این دیدگاه، جز در موارد استثناء، پس از صدور حکم توسط قاضی دارای شرایط قضاوت و مطابق ضوابط شرعی و قانونی، حکم صادره قابلیت تجدیدنظر نخواهد داشت و نه تنها طرفین اختلاف بلکه سایر قضات نیز باید به آن ملتزم می‌باشند و اگر قاضی دیگری نظر اجتهادی یا تشخیص متفاوتی داشته و حکم قاضی قبل را باطل بداند، نمی‌تواند حکمی متناقض با حکم قبل صادر نماید.

درخصوص قلمرو قاعده عدم امکان نقض حکم قاضی اختلاف نظر وجود دارد؛

گروهی نقض حکم قاضی جامع‌الشرایط را جایز نمی‌دانند؛ حتی در صورت علم به عدم صحت این حکم (خمینی، ۱۴۱۸، ص ۳۵/ حکیم، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۱۱).

گروهی دیگر نقض حکم قاضی را تنها در فرض مخالفت با ادله قطعی یا قطع به مخالفت حکم قاضی با واقع، جایز می‌دانند و در غیر این صورت نقض و ابطال حکم قاضی را حرام می‌دانند (حلی، فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۲۰/ آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۱۷۳/ آفاضیاء، [بی‌تا]، ص ۴۲).

برخی دیگر معتقدند اگر حکم قاضی مخالف دلیل قطعی یا ناشی از کوتاهی در اجتهاد باشد، باید نقض شود، ولی در غیر این صورت نقض آن حرام است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۸۹/ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲،

ص ۸۵ / نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷، ص ۸۰ / انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۴۲ / یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۲۶ / خمینی، [بی تا]، ج ۲، ص ۴۰۶).

مرحوم سیدمحمدکاظم یزدی (صاحب عروه) علم قطعی به مخالفت حکم قاضی سابق با واقع را اگر از راه مخالفت حکم وی با اجماع محقق یا خبر متواتر باشد، قابل تحصیل می‌داند. وی تقصیر در اجتهاد قاضی سابق را نیز دومین مورد استثناء در نقض حکم قاضی قلمداد می‌نماید. ایشان در مورد علم قطعی به مخالفت حکم با واقع، نگاهی مضیق داشته و معتقد است، قاضی دوم در صورتی می‌تواند به موجب این استثناء حکم را نقض کند که هیچ توجیهی برای تصحیح حکم حاکم اول نمی‌یابد. یعنی اگر راهی برای توجیه آن وجود می‌داشت، حق نقض آن را ندارد؛ مانند جایی که حکم حاکم اول به نظر حاکم دوم مخالف ادله معتبر ظنی است یا حتی مخالف ادله قطعی استنباطی از قبیل اجماع استنباطی یا خبر محفوف به قرائن باشد یا مخالف اماراتی باشد که گاه مفید قطع می‌شود و فقیه دوم احتمال می‌دهد که فقیه اول با همین ادله به قطع رسیده باشد. ویژگی این موارد این است که حاکم دوم گرچه رأی حاکم اول را قبول ندارد، اما او را در اجتهاد و قضائش مقصر نمی‌داند، پس نمی‌تواند حکم او را نقض کند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۲۶-۲۷).

برخی فقیهان، در جواز نقض حکم قاضی بین حقوق الهی و حقوق الناس تفاوت گذاشته و نقض حکم خطا را در حقوق الهی مانند عتق لازم دانسته‌اند، اما در حق الناس به دلیل آنکه امکان دارد ذی حق از حق خودش گذشته باشد تا شکایت مجددی نشود نمی‌توان حکم قبلی را بررسی مجدد نمود؛ حتی اگر احراز شود که قاضی قبلی در حکم خویش اشتباه کرده است (ر.ک: نجفی، ۱۹۸۱، ج ۴۰، ص ۹۵).

دیدگاه تفصیلی دیگری که در این زمینه ارائه شده آن است که اگر یقین یا حجتی وجود داشته باشد که قاضی قبلی در موازین قضاوت اشتباه

کرده‌است، مثل اینکه مدعی و منکر را خلط کرده یا به شهادت یک زن اکتفا کرده، یا در تشخیص حکم مسئله اشتباه کرده باشد؛ حکم او نقض می‌شود، اما در غیر این صورت حتی اگر یقین به اشتباه او در نتیجه وجود داشته باشد؛ حکم او نباید نقض شود (حائری، ۱۴۲۶، ج ۱، ص ۱۵۴).

برخی دیگر از فقیهان (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۴۰، ص ۹۴/ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷، ص ۳۶/ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۲۶) معتقدند که محکوم‌علیه با رضایت طرف مقابل و توافق با وی جایز است و می‌تواند دعوی را که یک بار طرح نموده، مجدداً نزد یک قاضی دیگر طرح کند و بدون رضایت طرف دیگر دعوا، چنین اجازه و حقی ندارد.

با اخذ قدرمیتقن کلام فقها می‌توان چنین نتیجه گرفت که براساس قاعده اولی و باتوجه به ظاهر مقبوله عمر بن حنظله که در ادامه مقاله مورد تبیین قرار می‌گیرد و ادله‌ای مانند ایجاد هرج و مرج یا لغویت فصل خصومت، مستند حکم صادره از ناحیه قاضی یا داور اگر قطعی یا حتی ظنی باشد، به دلیل اینکه کاشفیت از واقع می‌کند، لازم‌الاتباع است و نمی‌توان آن را نقض کرد. به عبارت دیگر هر چیزی که نزد شارع حجت باشد، اعم از ادله قطعی یا ظنی، اگر مستند حکم قاضی یا داور قرار گیرد، منجر به قطعیت حکم صادره شده و دیگر امکان نقض آن حکم نیست؛ چراکه مشمول فقره دوم روایت عمر بن حنظله می‌شود که ردش مانند رد حکم خداست.

در ادامه ادله این قاعده را مورد بررسی و نقد قرار می‌دهیم:

### ۳-۲. بررسی و نقد ادله قاعده «حرمت نقض رأی قاضی»

در این قسمت ادله این قاعده پی گرفته می‌شود:

#### ۳-۲-۱. مقبوله عمر بن حنظله

مهم‌ترین دلیلی که فقها با تمسک بدان قائل به قاعده مزبور شده‌اند اخذ

وحدت ملاک از این فقره روایت عمر بن حنظله<sup>۱</sup> است که مطابق آن امام صادق (ع) بعد از اینکه می‌فرمایند بنگرید که چه کسی حدیث ما را روایت می‌کند و حلال و حرام ما را می‌داند، پس او را حکم و داور قرار دهید؛ ادامه می‌دهند: «اگر چنین شخصی به حکم ما حکمیت و داوری کرد و حکمش را نپذیرفتند، همانا حکم خدا را خفیف شمرده‌اند و ما را رد کرده‌اند و کسی که ما را رد کند گویند که خداوند را رد کرده است.»

از حدیث سندی، هر چند برخی عمر بن حنظله را تضعیف نموده‌اند (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۹۶)، لکن علاماتی مبنی بر وثاقت ایشان موجود است و روایت مورد بحث هم معتبر است و اشکال سندی بر آن وارد نیست.<sup>۲</sup> بنابراین با توجه به تلقی بر قبول روایت توسط بسیاری از فقها بعید نیست که انسان به صحت صدور این حدیث اطمینان پیدا کند. ضمن اینکه این روایت مقبوله است یعنی روایتی که فقها آن را پذیرفته و به مفادش عمل کرده‌اند؛ خواه صحیح باشد یا حسن یا موثق یا ضعیف (هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۲۷۵).

از حدیث دلالت، تعلیل ذکر شده در روایت «فَإِنَّمَا اسْتَخَفَّ بِحُكْمِ اللَّهِ»

۱. «وعن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين عن محمد بن عيسى عن صفوان بن يحيى عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله (ع) في حديث طويل في رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث؛ قال: ينظران إلى من كان منكم قد روى حديثنا، ونظر في حلالنا وحرامنا، وعرف أحكامنا، فليرضوا به حكما، فإني قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمتنا فلم يقبله منه - فإنما استخف بحكم الله - وعلينا ردُّ والرَّاد علينا الرَّاد على الله - وهو على حدِّ الشُّرك بالله» (حرّ عاملي، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۳۴).

۲. از حدیث سندی، مرحوم آیت الله خوئی در مورد راوی اصلی این حدیث، که عمر بن حنظله است، می‌گوید: روایت عمر بن حنظله ضعیف است «ان رواية عمر بن حنظله ضعيفة لعدم توثيقه في الرجال وان عبر عنها بالصحيحة في بعض الكلمات» (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۹۶) گرچه عده‌ای از فقها، مانند شهید ثانی، آن را توثیق کرده‌اند (همو، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۲۷)، لکن علاماتی مبنی بر وثاقت ایشان موجود است، از جمله اینکه روایتی است از یزید بن خلیفه که از امام صادق (ع) در مورد وقت نماز چنین سؤال می‌کند: عمر بن حنظله یک وقتی را برای نماز از قول شما نقل کرده است «ان عمر بن حنظله أتانا عنك بوقت» و حضرت فرمودند: او اگر نقل کرده باشد، بر ما دروغ نمی‌گوید: «إذا لا يكذب علينا». هر چند برخی بر این باور هستند که یزید بن خلیفه وثاقتش ثابت نیست، اما به نظر ما، یزید بن خلیفه ثقة است به جهت اینکه صفوان بن یحیی حدود هشت مورد از ایشان روایت نقل کرده است و همین برای وثاقت او کافی است، و همچنین مؤید وثاقت او این است که برخی از اصحاب اجماع هم مثل یونس بن عبد الرحمن و عبدالله بن مغیره در موارد متعدد از او روایت دارند. پس این روایت معتبر است و بر وثاقت عمر بن حنظله دلالت می‌کند؛ چرا که از این کلام، پیداست که حضرت به او اعتماد دارد؛ بنابراین عمر بن حنظله ثقة است و روایت مورد بحث هم معتبر است و اشکال سندی بر آن وارد نیست (درس خارج فقه آیت الله شبیری، ۱۳۸۹/۱۰/۱، مندرج در: <http://www.eshia.ir/feqh/archive/shobeiry/feqh/89>).

شامل قاضی منصوب و قاضی تحکیم (داور) می‌گردد و این عبارت انصرافی به قاضی منصوب ندارد و اگر اطلاق این فقره هم پذیرفته نشود، باید بگوییم این روایت انصراف بر قاضی تحکیم (داور) دارد. شاهد اول عبارت «فلیرضوا به حکما» در این روایت است یعنی طرفین به داوری وی رضایت داده‌اند که در قاضی منصوب نیازی به این رضایت طرفینی بر پذیرش قاضی نیست و شاهد دوم اینکه در ادامه روایت که حضرت (ع) می‌فرمایند اگر میان صادرکنندگان حکم اختلافی حاصل شد نظر «أَعْدَلُهُمَا وَ أَفْقَهُهُمَا» پذیرفته شود نیز با قضاوت تحکیمی (داوری) بیشتر تناسب دارد تا قضاوت نصبی چراکه در قاضی منصوب اصل بر وحدت است، اما در قاضی تحکیم هر یک از طرفین می‌توانند داور تعیین کنند و تعدد داوران امکان‌پذیر است. فلذا باتوجه به عدم انصراف روایت به قاضی منصوب و وجود مقدمات حکمت می‌توان به اطلاق روایت و شمول آن بر حکم قاضی منصوب و قاضی تحکیم (داور) تمسک جست یا اینکه روایت را مختص داور دانست.

فقه‌های زیادی این روایت را دلیل حرمت نقض دانسته‌اند. از جمله صاحب عروه (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۲۶-۲۷) دلیل عدم جواز نقض در این مورد را دلیلی روایی و صدق عنوان «رد حکم» بر نقض می‌داند که ائمه اطهار (ع) از رد حکم حاکم نهی کرده‌اند.

جناب کاشف‌الغطاء نجفی در نورالساطع، حکم مجتهد را نافذ می‌شمارد و نقض آن را غیرمجاز دانسته، اعم از اینکه این مجتهد مطلق یا متجزی باشد و بعد از بحث از اینکه آیا مقبوله عمر بن حنظله تنها شامل حکم شرعی می‌شود یا به موضوعات خارجی نیز باز می‌گردد؟ معتقدند ظاهر مقبوله شامل هر دو می‌شود و در نهایت می‌فرمایند: «نتیجه اینکه نقض حکم نه از سوی خود حاکم و نه از سوی اصحاب دعوی و نه حاکم دیگر و نه غیر آنها جایز نیست.» (نجفی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۵۹۶) ایشان چنین استدلال می‌کنند که روایت به معنای این نیست که اگر طرفین علم به مطابقت با

واقع داشتن حکم داشتند، بر آنها واجب است که آن را بپذیرند و در مواردی که شک دارند که حکم مطابق واقع باشد، چنین وجوبی وجود ندارد، بلکه این روایت به قرینه صدر آن، دلالت بر وظیفه طرفین اختلاف، در پذیرش نظر حاکمی دارد که مطابق نظر اهل بیت (ع) حکم می‌دهد و از نظر عامه یا عرف یا سایر ادیان پیروی نمی‌کند؛ و دلالت ندارد که باید طرفین علم به مطابقت حکم با واقع داشته باشند و آن را احراز کنند تا وجوب تبعیت از حکم بر آنها جاری شود (همان، ص ۵۹۷).

برخی دیگر مانند صاحب جواهر (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۴۰، ص ۹۴) محقق سبزواری (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷، ص ۳۶) و صاحب عروه (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۲۶) که قائل به تفصیل (میان جواز طرح دعوای مجدد با رضایت طرف دیگر دعوا و عدم جواز در صورت عدم رضایت وی) شده‌اند نیز چنین استدلال آورداند که در فرض رضایت طرفین، عنوان رد حکم که در روایت آمده صدق نمی‌کند، خصوصاً اگر تقاضای تجدیدنظر به دلیل احتمال خطای قاضی باشد و به‌ویژه اگر حاکم بخواهد در مقدمات حکم، تجدیدنظر کند.

در مقابل استناد به این روایت مورد اعتراض قرار گرفته است. از جمله اینکه اولاً در دلالت این روایت بر شبهات حکمیه، اختلافی نیست، اما دلالت آن نسبت به شبهات موضوعیه معلوم نیست؛ در پاسخ گفته شده که اگر تنها دلیل حرمت نقض حکم قاضی این روایت بود، این ایراد شاید می‌توانست موجه باشد، اما همان‌طور که در ادامه بیان خواهد شد، حرمت نقض حکم معلل به ادله دیگری مانند جلوگیری از اختلال نظام و هرج و مرج و سیره عقلاست؛ ضمن اینکه احتمال تقویتی و تأکیدی بودن بآن نیز در روایت دور از ذهن نیست (رشتی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۴۷) ایراد دیگری که ممکن است به این روایت شود این است که گفته شود واژه «حاکم» بر قاضی اطلاق می‌شود و در فقه به داور «حکَم» می‌گویند، اما این ایراد نیز وارد نمی‌باشد، چرا که این

دو واژه در روایات به جای هم استعمال شده‌اند و در مقبوله عمر بن حنظله نیز آمده «ینظران الی من کان منکم قد روی حدیثنا ... فالیرضوا به حکماً» و نه گفته حاکماً ضمن اینکه حکومت اعم از قضاوت و داوری است و حتی اگر ایراد هم وارد باشد باتوجه به ماهیت یکسان قضاوت و داوری امکان تسری ملاک و مناط از قضاوت به داوری وجود دارد.

ثالثاً هرچند که حکمی که قاضی صادر می‌کند، از مبادی مشروع و با اجتهاد صحیح است، اما این حکم در نظر حاکم دوم، مخالف واقع و حکم شرعی است؛ بنابراین فقره «اذا حکم بحکمنا» برای حاکم دوم، محقق نمی‌شود؛ زیرا مراد از این فقره این است که حکم مطابق با واقع، لازم‌الاجرا است؛ در حالی که بنا بر فرض، قاضی دوم حجت برخلاف آن دارد و می‌توان ادعا کرد که به نظر قاضی دوم، حکم خودش حکم اهل بیت (ع) است نه حکم اول و لذا همان‌گونه که جایز نیست مانند حکم قاضی قبل در مسئله‌ای حکم کند، لازم است که حکم قبل را نقض کرده و آن را نپذیرد (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۵۰).

رابعاً بر فرض اینکه حکم صادر از قاضی، اماره به واقع برای همه مردم باشد و به همین جهت عمل کردن طبق آن بر همگان لازم باشد، اما همان‌گونه که در فرض علم به مخالفت اماریت ساقط است، در فرض حجت به خطای در طریق اجتهاد نیز اماریت ساقط می‌باشد؛ بنابراین دیگر حکم او حکم اهل بیت (ع) محسوب نمی‌شود و الزامی بر اطاعت از آن وجود نخواهد داشت (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۹۱).

دو ایراد اخیر موجه است و باتوجه به آنها نمی‌توان از روایت عمر بن حنظله برای اثبات قاعده حرمت نقض حکم قاضی بهره گرفت.

### ۲-۲-۰. موضوعیت داشتن حکم قاضی

بعد از بررسی مبنای روایی که گذشت، دومین مبنایی که می‌تواند قاعده حرمت نقض را موجه سازد و امکان بازنگری نسبت به آرای قضایی و آرای داوری را با ایراد مواجه سازد، موضوعیت داشتن احکام قضایی است.

توضیح اینکه در خصوص طریقت‌داشتن یا موضوعیت‌داشتن احکام قضایی در بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. به اعتقاد برخی فقها، قضای اسلامی، از باب احقاق حق تا حد امکان است و حکم قاضی طریقی برای وصول به حق است که با آن فصل خصومت صورت می‌گیرد (صدر، ۱۴۲۰، ص ۳۸۹) در مقابل، برخی فقها مانند مرحوم خویی معتقدند که مستفاد از روایات این است که حکم صادرشده اگر بر اساس میزان صحیح باشد، به صورت مطلق معتبر است و حجیت آن به نحو طریقت نیست، بلکه برای فصل خصومات و منازعات موضوعیت دارد. بنابراین مطلقاً نقضش جائز نیست، چه به عدم مطابقتش با واقع، علم داشته یا نداشته باشیم و هیچ فرقی در این خصوص میان شبهات حکمی و موضوعیه نیست (خویی، ۱۴۱۰، ص ۳۸۹) ایشان معتقد است هیچ یک از طرفین اختلاف جائز نیست که مجدداً پیش همان صادرکننده حکم یا غیر او اعاده دعوا و تجدیدنظرخواهی کنند. مضافاً اینکه اگر نقض حکم صادره به دلیل مخالفت با واقع یا وجود خطا جائز باشد، در غالب موارد عدم نفوذ حکم لازم می‌آید و اختلاف الی الابد باقی می‌ماند و این بدین دلیل است که طرفین اختلاف غالباً قائل به عدم صحت حرف طرف مقابل و عدم مطابقت بینه طرف مقابل با واقع هستند (همان، ص ۳۸۹-۳۹۰).

مرحوم حکیم نیز معتقد است ادله نفوذ حکم قاضی در موضوعیت حکم قاضی برای عمل مکلفین ظهور دارد (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۹۳).

در تقویت این وجه استدلال می‌توان به برخی احکام ابواب قضا نیز اشاره داشت که مستند به روایات هم می‌باشند و به نوعی دلالت بر موضوعیت‌داشتن احکام قضایی دلالت دارد. به اعتقاد فقها اگر صاحب حق، منکر را قسم دهد و منکر سوگند یاد کند، با قسم منکر حق مدعی ساقط می‌شود و حتی اگر مدعی بعد از سقوط این دعوا بر مال مسلط شود، بر وی حرام است، حقیقتش را از آن بردارد و مقاصه کند و اگر مجدد

مطالبه کند، مرتکب گناه شده و دعوایش شنیده نمی‌شود و اگر بینه‌ای اقامه کند، درخصوص آنچه که منکر بر آن قسم یاد کرده، بینه‌اش مسموع نیست (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۷۵) صاحب جواهر نیز عقیده دارد که در این مورد، مدعی دیگر حقی ندارد و بینه او نیز پذیرفته نیست و این قول را قول مشهور فقها می‌داند که حتی در خلاف و غنیه، در این خصوص ادعای اجماع شده است (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۴۰، ص ۱۷۳).

این مطلب مستند به روایات متعددی است دلالت می‌کند اگر حکمی بر طبق موازین صادر شده باشد، پس از آن حقیقتاً حق محکوم‌علیه ساقط است و دیگر حقی برای او وجود ندارد؛ بنابراین قضاوت مجدد منتفی است؛ زیرا حقی برای او وجود ندارد تا اینکه بتوان تجدید دادرسی نمود.

این روایات در کتاب کافی «بَابُ مَنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ فَيَرُدُّ عَلَيْهِ الْيَمِينَ» ذکر شده است و می‌توان به آنها در حرمت نقض حکم قاضی تمسک نمود. أَبُو عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا؟ «فِي الرَّجُلِ يَدْعِي وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ قَالَ يَسْتَحْلِفُهُ فَإِنْ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَى صَاحِبِ الْحَقِّ فَلَمْ يَحْلِفْ فَلَا حَقَّ لَهُ».

اگر کسی ادعایی دارد، ولی بینه‌ای برای اثبات آن نداشته باشد، مدعی علیه را قسم می‌دهند و اگر او هم قسم نخورد (و رد قسم به مدعی نمود و مدعی قسم خورد) دیگر حقی برای منکر نمی‌ماند.

طبق این روایت پس از فرآیند قضاوت، محکوم‌علیه محق نیست و لذا دیگر نقض حکم ممکن نخواهد بود (ر.ک: خرازی، ۱۳۶۶، ص ۱۲۸).

در پاسخ باید گفت که هیچ فقیهی بیان نکرده که مقصود از روایات موجود این است که سوگند باطل و دروغ، حق را واقعاً و حقیقتاً سلب می‌کند و مال مدعی، واقعاً ملک منکر می‌شود. در روایتی از پیامبر (ص) نقل شده است که «من بین شما براساس ادله و سوگند قضاوت می‌کنم؛ برخی از شما در بیان قوی‌تر و مسلط‌تر هستند، پس هرکس از شما مالی از

مال برادرش مطابق قضاوت من در دستش باشد که به خاطر همین تسلطش در بیان، باعث قضاوت من شده، مطمئن باشد که قطعه‌ای از آتش جهنم را با حکم من برای خود بدست آورده است»<sup>۱</sup>. از این روایت چنین استنباط می‌شود که حکم قضائی، واقعیت را تغییر نمی‌دهد و موضوعیت ندارد، حتی اگر حکم صادره با قضاوت نبی اکرم (ص) باشد.

بنابراین باید توجه داشت، مراد این است که حکم قضائی مانند حکم ثانویه است و مدعی حق ندارد مالی را که منکر به دروغ قسم می‌خورد، بگیرد یا مقاصه کند یا تصرف دیگری نماید که همه اینها از جهت احترام به قسم و تکریم حکم صادره است؛ گرچه در واقع امر اشتباه یا کذب باشد. مراد از این روایت، نفوذ حکم قاضی و وجوب اجرای آن است، ولی اگر حکم به دلیل شرایط شرعی، نقض شود و از بین برود، به تبع بقاء موضوع دعوی، امکان صدور حکم جدید نیز باقی می‌ماند. به عبارت دیگر اگر هدف از اعتراض به رأی داور، تجدید دعوا و دعوت از مدعی برای اقامه دلیل و منکر برای اتیان سوگند باشد، چنین تجدیدنظرخواهی وجهی ندارد، اما اگر قصد تجدیدنظرخواهی رسیدگی به دلایلی باشد که حکم مبتنی بر آن بوده و بررسی موافقت حکم با حق باشد که اگر این مطابقت باشد، حکم لازم شود و اگر نباشد حکم باطل شود، این مطلب دقیقاً مطابق دیدگاه محقق حلی است که بیان داشته: «لازم نیست قاضی نسبت به حکمی که صادرشده، مجدداً تحقیق و تتبع کند، اما اگر محکوم علیه مدعی باشد که حکم اول نسبت به او ناعادلانه است، لازم است، مجدداً تتبع شود؛ همچنین اگر برای قاضی اول امری که باعث بطلان حکم اول می‌شود به اثبات برسد، باید آن حکم را باطل کند؛ چه مربوط به حق الناس باشد و چه مربوط به حق الله.» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۶۸).

۱. «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان، وبعضكم ألحن بحجته من البعض، فأبما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فأبما قطعت له به قطعه من النار» (کلینی، ۱۴۳۰، ج ۱۴، ص ۶۵۶).

### ۳-۲-۳. لزوم لغویت و نقض غرض

یکی دیگر از استدلالاتی که بر حرمت نقض حکم وارد شده است لزوم لغویت حکم صادره و نقض غرض در صورت نقض حکم است. بدین بیان که پذیرش و جواز نقض حکم صادره، باعث لغویت تشریح قضاوت و فصل خصومت خواهد بود (خویی، ۱۴۱۰، ص ۳۸۹) به تعبیر دیگر عدم نقض حکم قاضی، مبتنی بر ارتکاز عقلایی و متشرعی است و جعل قضا به خاطر مصلحت فصل خصومت و به هدف اجرای آن است و در صورت عدم نفوذ حکم قاضی، لغویت تشریح لازم می‌آید (حائری، ۱۳۸۱، ص ۷۹۱).

این دلیل نیز قابل پذیرش نمی‌باشد زیرا این لغویت تنها در صورتی قابل پذیرش و صحیح است که نقض حکم قاضی را نه تنها در جایی که خطاب‌بودنش محرز شده، بلکه در همه موارد و مطلقاً جائز بدانیم. بنابراین غرض شارع از تشریح قضاوت که همان فصل خصومت است، لغو نشده، بلکه در هر جایی که خطا و بطلان حکم ثابت نگردد، نقض حکم جائز نیست، اما در مواردی که دلیل قطعی بر خطاب‌بودن حکم نزد قاضی دوم وجود دارد، نقض حکم باعث اختلال نظام نمی‌شود. مضافاً اینکه سخن از احراز خطا نزد طرفین اختلاف نیست، بلکه احراز خطا نزد قاضی دوم ملاک و معیار است و نباید گفته شود که محکوم علیه غالباً معتقد است که قاضی در حکمش دچار خطا شده است. بنابراین این سخن که قضاوت برای فصل خصومت تشریح شده، صحیح است؛ البته نه به دلیل اینکه حکم قاضی، موضوعیت دارد، بلکه حکم قاضی به این دلیل معتبر و حجت است که کاشف از واقع باشد (فضل‌الله، ۲۰۰۷، ص ۲۲۹-۲۳۰).

### ۳-۲-۴. لزوم منع از ایجاد هرج و مرج

مرحوم آشتیانی (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۱۷۳)، خویی (خویی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۲۹)، قمی (قمی، ۱۴۲۶، ج ۱، ص ۷۸) و مرحوم موسوی اردبیلی (ر.ک: اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۳۳۱) اختلال نظام و لزوم هرج و مرج را

دلیل بر این دانسته‌اند که حکم قاضی، توسط قاضی دیگر قابل نقض و تجدیدنظر نخواهد بود. ایشان لزوم هرج و مرج و اختلال نظام را واضح دانسته و توضیحی برای آن نداده‌اند.

در تبیین این دلیل می‌توان گفت: اگر حکم قاضی قابل نقض توسط قضات دیگر باشد، هرگاه قاضی حکمی کند، محکوم‌علیه به قاضی دیگری مراجعه کرده و بالاخره حکمی برخلاف حکم قاضی قبلی می‌یابد و از عمل به حکم قاضی اول می‌گریزد.

این تعدد قضاوت‌ها به‌خصوص باتوجه به لزوم حضور شهود و غیره موجب ایجاد چندین قضاوت و شهادت برای هر مسئله می‌شود و در آخر نیز تعارض شده و حکم مسئله روشن نمی‌شود؛ بنابراین در استیناف قضاوت چند مشکل وجود دارد که موجب هرج و مرج می‌شود. اول اطلاع دادرسی و تأخیر در نتیجه است؛ دوم تمام نشدن درخواست تجدیدنظر و نامتناهی بودن آن است؛ سوم عملی نشدن حکم قاضی است؛ چراکه محکوم‌علیه همیشه به دنبال حکمی به نفع خویش می‌باشد و به رأی دادگاه عمل نمی‌کند و مشکل چهارم هزینه بر بودن قضاوت مجدد است؛ زیرا با مجاز شمردن این کار، پرونده‌های بسیاری روانه دادگاه‌ها خواهد شد که بررسی آنها مستلزم هزینه‌هایی بیش از توان حکومت‌ها خواهد بود (ر.ک: علیدوست، درس خارج فقه و اصول، ۱۳۹۷/۱۱/۲۳؛ مندرج در: <http://a-alidoost.ir>).

در مقابل شیخ انصاری در نقد لزوم هرج و مرج فرموده است: «بررسی مجدد حکم سابق و رسیدن به نتیجه برخلاف آن به قدری کم است که موجب هرج و مرج نخواهد شد» (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۵۰).

اما این اشکال صحیح نیست؛ زیرا غالباً محکوم‌علیه از قضاوتی که علیه او شده است، راضی نیست و به قاضی دیگری مراجعه می‌کند و از آنجاکه اختلاف مجتهدین در مسائل فقهی فراوان است و احتمال تشخیص متفاوت در موضوعات نیز وجود دارد؛ در بسیاری از موارد قاضی دوم حکم قاضی قبل را نمی‌پذیرد.

بنابراین این دلیل بر منع قضاوت مجدد قابل پذیرش است اما از آنجا که دلیل هرج و مرج لبی است، باید به قدر متیقن اکتفا نمود و چنین قائل شد که تجدید قضاوت تنها در مواردی که موجب اختلال نظام شود، ممنوع خواهد بود؛ و در مواردی که چنین استلزامی وجود ندارد یا شک وجود دارد این دلیل توانایی منع قضاوت مجدد را ندارد.

#### ۳-۲-۵. ضرورت عقل، سیره عقلا و متشرعه

دلیل دیگری که بدان تمسک شده است ضرورت عقل است. مرحوم موسوی اردبیلی قاعده حرمت نقض حکم قاضی را مبتنی بر عقل دانسته است (ر.ک: اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۳۳۱) مرحوم صدر، عدم جواز نقض حکم را از ضروریات دین و عقل دانسته و این حکم را علاوه بر دلیل عقل ناشی از ضرورت حاکمیت و اقتدار قاضی و نیز بنای عقلا و ادله نقلی (مقبوله عمر بن حنظله) می‌داند (صدر، ۱۴۲۰، ص ۳۸۷).

برخی دیگر علاوه بر سیره عقلا به سیره متشرعین متمسک شده و قائل شده‌اند که نفوذ حکم قاضی و غیر قابل نقض بودن آن، سیره تمامی عقلا در موارد مختلف است که شارع نیز ردعی از آن ندارد؛ بنابراین حجت است، بلکه اگر نفوذ حکم قاضی را بنای جمعی تمامی عقلا نیز ندانیم؛ قدر متیقن است که سیره همه مسلمین در تمامی ادوار بر این بود که حکم قاضی را نافذ و غیر قابل ابطال می‌دانستند؛ مگر اینکه دلیل قطعی بر لزوم نقض حکم او پیدا شود. سیره مذکور مورد تأیید اسلام بوده و از آن ردع نشده است؛ پس در صورتی که دلیلی بر جواز نقض در مورد خاصی نباشد، نقض حکم قاضی نافذ نخواهد بود (خرازی، ۱۳۶۶، ص ۱۲۱).

اما به نظر می‌رسد استدلال به سیره عقلا و سیره متشرعه نیز دارای اشکال می‌باشد:

اولاً در این مسئله که مورد اختلاف میان فقهاست و مشهور متقدمین نقض حکم را جایز می‌دانستند؛ چگونه می‌توان به سیره متشرعه متمسک

شد؟ ثانیاً سیره متشرعه و عقلائیة صرفاً درمورد مترافعین است که بین عقلا و متشرعه، تسلیم حکم قاضی بودن و عمل به آن بر مترافعین لازم می‌باشد، اما اگر حاکم شرع تشخیص داد که حکم قبلی برخلاف حق بود، تابع حکم اولیه بودن و نقض نکردن آن مورد تأیید سیره عقلا و متشرعه نیست. ثالثاً چه بسا بتوان گفت که هم اکنون سیره عقلائیة برخلاف این ادعا وجود دارد؛ زیرا در محاکم کنونی، حکم قاضی قابل تجدیدنظر و اعتراض است و اینکه حکم قاضی را قابل بررسی مجدد ندانیم، از نظر عقلا مفسدی دارد که اجتناب از آن را لازم می‌کند.

از طرفی باید توجه داشت که هرچند سیره عقلا در همه جوامع دائر بر پذیرش تجدیدنظر و جلوگیری از اجرای رأی صادره ناعادلانه و خلاف واقع است و در این پذیرش درخواست تجدیدنظر نیز تفاوتی میان درخواست تجدیدنظر از جانب محکوم‌علیهی که احساس می‌کند حقیقت در قضاوت اول ضایع شده است و درخواست قضاوت دوم از ناحیه سیستم قضایی که داعیه صدور حکم عادلانه و مطابق واقع دارد قائل نمی‌شوند، اما سیره عقلائیة دائر بر توقف رسیدگی و تجدیدنظر چندین و چند باره و دائر بر توقف تسلسل در تجدیدنظر نیز وجود دارد و نمی‌توان درخواست تجدیدنظر را بدون ضابطه و بدون تعیین حد و حدود پذیرفت.

### ۲-۲-۶. نبود مقتضی برای قضاوت دوم

دلیل دیگری که در اثبات قاعده حرمت نقض حکم قاضی بیان شده است نبود مقتضی برای قضاوت دوم است. به موجب این دلیل بعد از یک بار فصل خصومت توسط قاضی یا داور موضوع اختلاف از بین می‌رود و دیگر باقی نیست تا امکان طرح مجدد داشته باشد.

این دلیل را میرزا حبیب‌الله رشتی بدین شکل بیان نموده که حرمت نقض حکم قاضی از جمله اموری که هیچ‌گونه خلاف و اشکالی در آن وجود ندارد و وقتی حاکمی که شرایط قضاوت را دارد، رأیی صادر نمود، فصل

خصوصت به عمل می‌آید و امری باقی نمی‌ماند که شرعاً به قضاوت گزارده شود، چه اصحاب دعوی به تجدید دعوی رضایت داشته یا نداشته باشند (رشتی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۱۰۷-۱۰۸) به تعبیر برخی معاصرین بعد از اینکه یک بار قضاوت صورت گرفت، دیگر موضوعی باقی نمی‌ماند تا ادله عام قضاوت آن را در برگیرد و وجود اختلاف در اذهان، موضوعی در خارج برایش نمانده است (ر.ک: سبحانی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۲۵۰).

این دلیل نیز قابل خدشه است. فرض این دلیل این است که هر حکمی که صادر شود نهایی است و لذا موضوع به کل از بین می‌رود، در حالی که اگر طرح اختلاف و دعوا مشروط بر امکان تجدیدنظرخواهی باشد، یا قانون مصوب امکان تجدیدنظرخواهی را داده باشد و حکم بر اساس این قانون و اصل صادر شده باشد، بنابراین نزاع در مرحله اول به کلی برطرف نمی‌شود تا اینکه گفته شود قضاوت فاقد موضوع است و تنها با حکم نهایی هست که موضوع از بین می‌رود. ضمن اینکه طرح اولیه برخی اختلافات از جانب طرفین با شرط بنایی صحیح فقهی و حقوقی امکان تجدیدنظرپذیری بودن است و عدم امکان طرح مجدد موضوع و رسیدگی با این شرط بنایی مغایر است.

### ۳-۲-۷. نبود ترجیح برای قضاوت دوم

برخی فقها مانند شیخ انصاری هرچند پس از بررسی تمامی ادله ممنوعیت تجدیدنظر، هیچ‌یک را تام و کافی ندانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۵۱) اما در تقویت یکی از ادله قاعده حرمت نقض حکم معتقدشده دلیل حرمت نقض حکم اول، این است که اگر عملی بر اساس اجتهاد اول انجام شد، اعاده آن واجب نیست، حتی اگر فساد آن بر اساس اجتهاد دوم آشکار شود؛ زیرا وجوب اعاده اگر به امر واقعی باشد، فرض این است که علم به آن وجود ندارد و اگر به ادله ظاهری باشد، فرقی میان ادله ظاهری در اجتهاد اول و اجتهاد دوم در این زمینه وجود ندارد. هر دو اجتهاد بر اساس ادله ظاهری صورت گرفته است (همان، ص ۱۵۰).

به بیان دیگر شیخ معتقد است که قضاوت دوم اگر به جهت امر واقعی و لزوم حکم بر طبق واقع باشد، تجدیدنظر غیرممکن است؛ زیرا روشن نیست که حکم دوم نیز مطابق با واقع باشد و اگر حکم دوم به جهت امر ظاهری و حجتی که بر واقع اقامه شده، صادر شده باشد نیز وجهی برای صدور این حکم و صحت آن وجود ندارد؛ زیرا قبلاً حکم بر طبق حجت و امر ظاهری صادر و امثال شده است؛ لذا مطلوب حاصل می شود و هیچ مزیتی برای حکم دوم نسبت به حکم اول وجود ندارد؛ بنابراین وجهی برای ابطال حکم قبل و نفوذ حکم دوم نیست (همان، ص ۱۵۱).

اولاً واجب است که قاضی بر طبق واقع حکم کند و از آنجا که قاضی دوم، ظن اجتهادی و حجت بر حکم خود دارد؛ پس مجتهد همانند کسی که قطع به حکم و حجت بر حکم خود دارد لازم است طبق حجت خود عمل کرده و حکمی مطابق اجتهاد شخصی خودش صادر کند؛ زیرا در نظر قاضی دوم، حکم مطابق اجتهاد خودش حکم مطابق واقع بوده و هر حکمی غیر از آن، حکم خلاف واقع است.

ثانیاً گاهی اوقات قضاوت دوم ترجیح عقلائی یا شرعی بر قضاوت اول دارد؛ چراکه ممکن است قاضی دوم اعلم، اعدل یا ادق از قاضی اول بوده و حکم او در دیدگاه عقلائی یا شرعی مقدم بر قضاوت اول باشد؛ بنابراین دلیل ذکر شده اخص از مدعا است.

#### ۴. امکان سنجی شمول ادله «حرمت نقض حکم قاضی» نسبت به داور فاقد وصف اجتهاد

همانگونه که در عبارات فقهی گذشت فقها باتوجه به ادله ای که دلالت بر حرمت نقض حکم قاضی می کنند بدین دلیل که قاضی مجتهد است و مجتهد در طریق و روش قضاوتش که برخاسته از اجتهاد صحیح است، بر موازین و طرق مقرر شرعی عمل می کند، قائل به حرمت نقض حکم

وی شده‌اند، زیرا زمانی که این مجتهد قاضی و در مقام رفع خصومت باشد، موازین و طرق مقرر شرعی را همواره مدنظر قرار خواهد داد. برای امکان تسری حکم حرمت نقض رأی قاضی به داور باید چند مسئله حل شود: نخست اینکه آیا داور نیز لازم است مانند قاضی مجتهد باشد یا خیر؟ دوم اینکه آیا داور نیز مانند قاضی بر طبق موازین و طرق شرعی مشی می‌کند تا بتوانیم قائل به تعمیم جریان بحث شویم یا خیر؟ به عبارت دیگر اگر ملاک و مناط و علت اینکه فقها گفته‌اند نقض حکم قاضی حرام است و نباید بشود، بدین دلیل باشد که قاضی فصل خصومت می‌کند، امکان تسری برخی احکام قضاوت به داوری وجود دارد، اما اگر ملاک و مناط این حکم حرمت نقض رأی اجتهاد قاضی و پیروی از طرق شرعی اجتهاد باشد تسری این حکم به داوری به سادگی امکان‌پذیر نیست.

#### ۴-۱. امکان‌سنجی شمول ادله «حرمت نقض حکم مجتهد» نسبت به غیر مجتهد

تقریباً تمامی متون فقهی امامیه (که به برخی از آنها اشاره شد) فرضشان همان است که اولاً قاضی، مجتهد است ثانیاً مبتنی بر اجتهاد صحیح و بر پایه موازین قضاء شرعی حکم می‌کند و ملاک اصلی‌شان در عدم نقض حکم قاضی همین امر است که مجتهدی با سمت قضاوت منصوبی یا تحکیمی بر پایه موازین قضاوت حکم صادر نموده‌است؛ لذا این اشکال مطرح است که حرمت نقض حکم مخصوص قاضی یا داوری است که مجتهد باشد و چون در داور اجتهاد شرط نیست، پس مشمول ادله ذکر شده توسط فقها نمی‌گردد؛ به‌ویژه اینکه صدر روایت عمر بن حنظله<sup>۱</sup> نیز قرینه‌ای بر این امر است که تنها قاعده اعتبار امر قضاوت شده مخصوص مجتهد می‌باشد؛ چون غیر مجتهد تخصص کافی را جهت حکم به «حکمن» یعنی حکم مطابق نظر اهل بیت (ع) ندارد، اما این ایراد از چند جهت مردود

۱. «فاذا حکم بحکمن» فلم یقبل منه فبحکم الله استخف و علینا رد و الراد علینا راد علی الله تعالی و هو علی حد الشکر بالله تعالی».

است و قابلیت پاسخ دارد:

اولاً: مقبوله عمر بن حنظله دلالت بر پذیرش نظر قاضی یا داوری دارد که از مذهب و نظر اهل بیت (ع) تبعیت کند و از نظر عامه یا عرف یا سایر ادیان پیروی نمی‌کند که این امر نیز اختصاصی به مجتهد ندارد. تفسیر معرفت در حدیث «عرف احکامنا» به معرفت اجتهادی نیز بدون دلیل است؛ زیرا اجتهاد به معنایی که اکنون متداول است در زمان ائمه (ع) معروف و متداول نبوده است، بلکه در عصر غیبت به خاطر احتیاج شیعیان پدید آمده است (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۷۱).

به اعتقاد برخی فقها مقصود از نظر در حدیث یادشده نظر اجتهادی و استنباطی نیست، بلکه مقصود این است که قضات شیعه مانند قضات جور معاصر ائمه (ع) نباشند که از اوامر و نواهی ائمه (ع) تبعیت نمی‌کرده و از علوم آنها بهره نمی‌جستند (همان) غایت دلالتی که از این مقبوله قابل اخذ است این می‌باشد که بگوییم ضروری است که قاضی از اهل فضل و علم باشد به گونه‌ای که حلال و حرام را بشناسد و معانی روایات معصومین (ع) را درک کند حتی اگر به ملکه اجتهاد نرسیده باشد (فضل‌الله، [بی‌تا]، ص ۱۴۶) ضمن اینکه گرچه ظاهر این حدیث ظهور در موضوعیت اجتهاد دارد یعنی امام صادق (ع) این منصب را برای مجتهد قرار داده است (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۵۷) اما احتمال اینکه اجتهاد، طریقت داشته باشد نه موضوعیت نیز وجود دارد.

ثانیاً: حتی اگر نتوانیم به دلیل ظاهر مقبوله امکان جواز فصل خصومت از ناحیه غیر مجتهد را بپذیریم، به این امر باید متوجه باشیم که تنها دلیلی که فقها برای حکم حرمت نقض رأی ارائه داده‌اند مقبوله نیست و برخی ادله‌ای که برای حرمت نقض ذکر شده، مانند رواج هرج و مرج یا امکان تسلسل در رسیدگی به موضوع و باقی ماندن دائمی خصومت و امکان نقض مجدد (نجفی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۵۹۷) در بارهای سوم، چهارم و... اختصاصی به

حکم صادره از ناحیه مجتهد ندارد. به عبارت دیگر گرچه در دلالت برخی ادله مانند روایت مقبوله، تردید وجود دارد اما برخی ادله دیگر همانند لزوم هرج و مرج و غیره می‌تواند بر نفوذ و غیرقابل نقض بودن حکم قضات غیر مجتهد نیز دلالت داشته باشد.

ثالثاً: گرچه مشهور فقها قائل به اشتراط اجتهاد در قاضی تحکیم همانند قاضی منصوب هستند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۱۶۴/طبرسی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۲۷/علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۴۵۹/اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲، ص ۱۷)، اما این مسئله اتفاقی نیست، بلکه برخی فقها قائل به عدم اشتراط اجتهاد در مطلق قاضی چه قاضی تحکیم و قاضی منصوب هستند و از اطلاق کلامشان بر می‌آید که چه در زمان اختیار و چه در زمان اضطرار مقلد نیز در صورت داشتن اذن از مجتهد جامع‌الشرایط می‌تواند قضاوت نماید (شیرازی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۵۷) سردمدار قائلین به عدم لزوم اجتهاد به‌طور مطلق در قاضی تحکیم، مرحوم خویی است (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۱۲) و برخی شاگردان ایشان نیز از این نظر تبعیت نموده‌اند (ایروانی، ۱۴۲۷، ج ۳، ص ۱۶) بعضی دیگر مجرد تراضی در قاضی تحکیم را کافی دانسته (صدر، ۱۴۲۰، ج ۹، ص ۵۰) و برخی اشتراط اجتهاد در قاضی تحکیم را مناسب استحسان و قیاس می‌دانند (تبریزی، [بی‌تا]، ص ۲۰).

جالب است توجه شود که برخی فقهای که جهت اثبات مشروعیت قضاوت تحکیمی و داوری به مقبوله استناد کرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۱۶/سبحانی، درس خارج فقه و اصول، ۱۳۹۶/۱۲/۶؛ مندرج در: <https://www.eshia.ir/feqh/report/asatid/sobhani>)، اجتهاد را در قاضی تحکیم (داور) به صورت مطلق شرط ندانسته‌اند (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۲۷/سبحانی، درس خارج فقه و اصول، ۱۳۹۶/۱۲/۷؛ مندرج در: <https://www.eshia.ir/feqh/report/asatid/sobhani>) و حکم اولیه نقض رأی داور را تنها در فرض مخالفت با ادله قطعیه یا قطع به مخالفت حکم قاضی با واقع یا

اشتباه یقینی وی در موضوعات خارجی مؤثر در صدور حکم، جایز می‌دانند و در غیر این صورت نقض و ابطال حکم قاضی را حرام می‌دانند (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۳۲۹-۳۳۰).

رابعاً: تعلیل روایت «فاذا حکم بحکمنا فلم یقبل منه فبحکم الله استخف و علینا رد...» شامل داوری و قضاوت تحکیمی هم می‌شود و اختصاصی به قاضی مجتهد ندارد.

سادساً: فقها در بحث احکام غیرقابل نقض، با تفکیک احکام صادره در مقام رفع خصومت و اختلاف، از مطلق احکام قضایی و نیز از احکام حکومتی، بدون اختلاف نقض حکم ترافعی را حرام دانسته‌اند؛ چه از سوی مجتهد صادر شده باشد یا غیر آن. با همین استدلال، حرمت نقض احکامی که از سوی داور غیر مجتهد در مقام رفع خصومت صادر شده، نیز اثبات می‌گردد.

#### ۲-۴. امکان تسری حکم «حرمت نقض رأی قاضی» به رأی داور

ظاهر عبارات فقهی «حرمة نقض حکم الحاکم» حاکی از حرمت نقض حکم قاضی منصوب است و لذا این سؤال مطرح می‌شود که آیا این احکام شامل داور یا قاضی تحکیم نیز می‌شود یا خیر؟ پاسخ به این پرسش و امکان‌سنجی این تعمیم و تسری از چند راه ممکن است:

نخست اینکه گرچه متبادر از لفظ «حاکم» در کلام فقها قاضی منصوب می‌باشد و شامل قاضی تحکیم یا داور نمی‌شود اما اطلاق «حاکم» شامل قاضی تحکیم یا داور نیز می‌شود. گرچه در فقه غالباً متبادر از «حاکم» قاضی منصوب است و برای داور از لفظ «حکَم» استفاده می‌شود اما در برخی روایاتی که فقها برای مشروعیت داوری بدانها تمسک جست‌ه‌اند حاکم به معنای اعم از قاضی منصوب و تحکیم استعمال شده است و در برخی نیز مقصود از حاکم همان حکم است؛ لذا تفکیک میان قاضی منصوب و قاضی تحکیم در کلام فقها و عدم تبعیض میان احکام مرتبط با نقض حکم حاکم

استظهار در شمول این احکام بر قاضی تحکیم (داور) نیز دارد. دوم اینکه برای تعمیم احکام قاضی منصوب به داور یا قاضی تحکیم، می‌توان چنین استدلال نمود که برخی فقها با تفکیک حکم صادره در مقام رفع خصومت از حکم صادره در غیر موارد اختلاف (مانند حکم به ولایت یا قیمومت و...) معتقدند آنچه که در خصوص حرمت نقض حکم بیان شده، ناظر به حکمی است که در مقام رفع خصومت، صادر شده که با این استدلال حرمت نقض حکم، شامل حکم داور نیز می‌گردد.

شیخ انصاری درباره حکم در غیر مورد خصومت، معتقد است نقض حکم در این موارد، محدودیت‌های نقض حکم در فصل خصومت را ندارد؛ زیرا ادله حرمت نقض حکم، مخصوص مورد خصومت است. ایشان می‌گویند: «حکمی که قابل نقض نیست، حکمی است که در مقام خصومت صادر می‌شود، و اما در غیر از این موارد، دلیلی برای حرمت نقض حکم، در حکم و فتوا وجود ندارد.» (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۵۳) گرچه فقها در خصوص امکان نقض حکمی که در مقام رفع خصومت نباشد (مانند حکم به ولایت یا قیمومت) اختلاف نظر دارند و شمول حرمت نقض را بر مطلق موارد قضا و حکم حکومتی مورد بحث قرار داده‌اند، اما در حرمت نقض حکمی که در مقام رفع خصومت صادر شده، اختلاف نظری وجود ندارد؛ فلذا حکم صادره توسط قاضی تحکیم یا داور نیز بدین دلیل که رفع خصومت می‌کند مشمول اطلاقات حرمت نقض می‌گردد.

جالب است بدانیم برخی از فقها قائل به شمول حرمت نقض حکم نه تنها بر احکام در مقام رفع خصومت و اختلاف بلکه حتی بر احکام حکومتی شده‌اند و ادله‌ای مانند لزوم هرج و مرج در صورت عدم نفوذ حکم حاکم در مطلق موارد و اطلاق دلیل نفوذ و مشروعیت حکم حاکم را بیان کرده‌اند (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۸، ص ۳۶-۳۷) لذا با پذیرش حرمت نقض حکم در مقام رفع تنازع و فصل خصومت، این حکم هم در احکام صادره از

ناحیه قاضی منصوب و هم در احکام صادره از ناحیه داور، قابل اعمال است. سوم اینکه در فقه امامیه نظریه مشهور فقها تعیین ماهیت قضائی برای داوری است و داوری را قضاوت تحکیمی دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۴۱۶/ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۳۹۵/ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۳۶۷/ فاضل مقداد، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۲۱۴) به همین دلیل فقهای معاصر آشنا با حقوق (اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۳۳) و حقوقدانان آشنا با فقه اسلامی (کشاورز، ۱۳۷۴، ص ۲۰-۲۱/ جنیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۹) قائل به یکسانی و همانندی نهاد «قضاوت تحکیمی» در فقه با نهاد «داوری» در حقوق شده‌اند. با این توضیح می‌توان از راه تنقیح مناط و وحدت ملاک «حرمت نقض رأی قاضی» را به «حرمت نقض رأی داور» تسری داد.

نهایتاً اینکه مهم‌ترین دلیل تسری قاعده «حرمت نقض حکم قاضی» به «حرمت نقض حکم داور» را شاید این‌گونه بتوان ذکر نمود که قضاوت و داوری در وضعیت فعلی قوانین کشور، دارای ماهیت یکسانی می‌باشند و همانگونه که قاضی در کشور ما موظف است حکم هر قضیه را از قوانین و منابع معتبر حقوقی و در صورت فقدان منابع قانونی و حقوقی از منابع فقهی (مطابق اصل ۱۶۷ ق.ا.) استخراج نموده و با آنها تطبیق می‌دهد داوری نیز در وضعیت کنونی یک نوع تطبیق موضوع اختلاف با قوانین یا با عدل و انصاف است و در این تطبیق بیش از هر چیز به کارشناسی و تخصص در جنبه موضوعی اختلاف فی مابین نیاز است و این کارشناسی<sup>۱</sup> و تخصص ممکن است در اختیار یک غیرمجتهد باشد اما در اختیار مجتهد نباشد.

گرچه کارشناسی با قضاوت متفاوت است و کارشناس اخبار می‌کند ولی قاضی انشاء رأی می‌کند اما در وضعیت فعلی قضات کشور که مجتهد نیستند و استخراج حکم شرعی را انجام نمی‌دهند در واقع کارشناسی قوانین و مقررات انجام می‌دهند و جنس کارشان از نوع کارشناسی می‌باشد.

۱. کارشناسی به معنای عام آن مدنظر است و نه کارشناسی به معنای خاص.

به عبارت بهتر می‌توان گفت اصلاً ادله شرطیت اجتهاد شامل قاضی و داور در نظام قضایی فعلی ایران نمی‌گردد و این عدم‌شمول از این جهت است که قاضی و داور در جامعه امروزی و در نظام قضایی کنونی ایران بنا نیست اجتهاد کند بلکه بر او لازم است که حتی اگر مجتهد باشد اجتهاد خود را کنار بگذارد و حکم دعوا را از خلال قوانین، رویه قضایی و در داوری از اصول منصفانه استخراج کند. بنابراین استدلال به ادله پیش گفته توسط قائلین به لزوم اجتهاد از این جهت اخص از مدعاست.

بنابراین به نظر می‌رسد؛ قضاوت و داوری ماهیتاً نه قبل از صدور رأی (که کار کارشناسی را قاضی و داور انجام می‌دهند) و نه در مرحله صدور رأی (که هردو قضاوت و اعمال ولایت می‌کنند) تفاوتی ندارند بلکه تفاوت تنها در نحوه انتخاب این دو فرد است که قاضی را حاکمیت منصوب می‌کند اما داور (با اجازه شارع و قانونگذار و تنفیذ آنها) از اراده طرفین، اعتبار و اختیار می‌یابد. امروزه باتوجه به تخصصی‌شدن داوری در رشته‌ها و زمینه‌های مختلف ممکن است یک غیرمجتهد در موضوعی خاص تحصیلات و تخصصی داشته باشد که مجتهد فاقد آن میزان از تخصص باشد و اشکالی در داوری و قضاوت این غیرمجتهد (که طرفین خود آن را انتخاب نموده و از وی درخواست داوری و قضاوت نموده‌اند) به‌صورت تحکیمی دیده نمی‌شود، زیرا ولایت بر فصل خصومت را خودشان به او اعطاء نموده‌اند. در کارشناسی نیاز به تخصص و تحلیل و استفاده از عقل و درک و شعور و تدبیر وجود دارد و کارشناسی غیرمجتهد امری پذیرفته‌شده است و تفاوتی میان مجتهد و غیرمجتهد در کارشناسی وجود ندارد و قانونگذار نیز محدودیتی به لحاظ دارابودن اجتهاد در کارشناسی قائل نشده است.<sup>۱</sup>

۱. در ماده ۱۵ قانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱ که شرایط متقاضیان پروانه کارشناسی رسمی ذکر شده است هیچ منعی برای غیر مجتهد وجود ندارد و در مبحث ششم قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ (مواد ۲۵۷ تا ۲۶۹) نیز هیچ منعی از جهت داشتن اجتهاد برای رجوع به کارشناس پیش‌بینی نشده است.

## نتیجه

- امکان تجدیدنظرپذیری آرای داوری (همانند آرای قضایی) به صورت استثنائی و در موارد خاص و مصرح قانونگذار برای جلوگیری از صدور آراء برخلاف حق و واقع جائز است.

- ادله «حرمت نقض حکم قضایی منصوب» نسبت به قضایی تحکیم یا داور و ادله «حرمت نقض حکم مجتهد» نسبت به داور غیرمجتهد شمولیت دارد.

- امکان تجدیدنظرپذیری و بازنگری رأی قضایی و داور به دلیل اطلاقات ادله نفوذ حکم قضایی و شمول این ادله بر قضاوت دوم، وجود دارد و قضاوت مطابق حق به ویژه در جایی که تجدیدنظر توسط فرد یا افرادی متخصص تر از فرد اول صورت می گیرد، نه تنها جایز است، بلکه در جایی که قضاوت یا داوری اول مبتنی بر قصور در اجتهاد یا رعایت نشدن موازین قضاوت باشد، تجدیدنظر در حکم سابق لازم است و حکم سابق اعتباری ندارد تا نقض آن ممنوع شود؛ زیرا نفوذ حکم قضات در روایت مقبوله منوط به این است که به روش و مناط شرع حکم کنند و در این فرض، حکم مبتنی بر مناط شرع نیست

- امکان تجدیدنظرپذیری آرای داوری به صورت متسلسل و نامحدود به دلیل مخالفت با سیره عقلاء و بروز هرج و مرج و بی اعتباری یا کم اعتباری آرای قضایی و داوری قابل پذیرش نیست.

- گرچه تجدیدنظر و بازبینی رأی صادره در قضاوت و داوری جائز و در مواردی واجب است، اما به نظر می رسد برخی فقها با نگاه غیر حکومتی به مسئله اهتمام ورزیده اند و فروض و حالت هایی را برای این بحث مطرح نموده اند و در زمانی که حکومت اسلامی وجود دارد و مستقر است دفعات امکان تجدیدنظرپذیری یکی از شیوه های اجرایی محسوب می شود و حکم شرعی ندارد و چون در زمان های مختلف اقتضائات متفاوتی وجود دارد اسلام

این امر را در اختیار حاکمیت کشور اسلامی قرار داده است تا با توجه به نیاز مردم و اقتضائات موجود نسبت به دفعات تجدیدنظرپذیری تصمیم‌گیری نماید. استدلال برخی فقها بر اجتناب از هرج و مرج و لغویت آراء صادره در تأیید این نگرش به نظر می‌رسد.

- اینکه هر دادرسی و فصل خصومتی باید به صورت عادلانه و به حق صورت گیرد یک حکم شرعی دائمی محسوب می‌شود اما چگونگی اجرا و شیوه اجرا برای رسیدن به دادرسی یا داوری عادلانه در شرایط مختلف زمانی و مکانی در اختیار حاکم یا به تفویض وی قانون مصوب مجلس می‌باشد. به عبارت دیگر وقتی بپذیریم که شیوه‌های اجرایی جزء احکام شرعی محسوب نمی‌شوند و متغیر هستند، در این صورت اختیارشان کاملاً با حاکم اسلامی یا نهادهای حاکمیتی که از جانب حاکم اسلامی در خصوص ضوابط اجرایی وجود دارند خواهند بود. ممکن است زمانی به دلیل حجم بالای پرونده‌های قضایی چون سیستم قضاوت زیر نظر حکومت است اصل را بر یک‌بار تجدیدنظرپذیری قرار دهند یا دعاوی کم اهمیت را غیر قابل تجدیدنظر تلقی کنند و زمانی دیگر که حجم پرونده‌ها کمتر است، جهت دقت بیشتر اصل بر امکان تجدیدنظرپذیری در دفعات سوم و چهارم باشد.

### حامی مالی

بنا به اظهار نویسندهٔ مسئول، این مقاله حامی مالی نداشته است.

### سهام نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در نگارش مقاله مشارکت یکسان داشته‌اند و محتوای آن را تأیید میکنند.

### تضاد منافع

نویسندگان اعلام می‌دارند که هیچ تضاد منافی در رابطه با نویسندگی و یا انتشار این مقاله ندارند.

## منابع

\* قرآن کریم.

- آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر؛ کتاب القضاء؛ قم: انتشارات زهیر، ۱۴۲۵ ق.
- امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۶، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۴.
- انصاری، مرتضی؛ القضاء والشهادات؛ قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری (ره)، ۱۴۱۵ ق.
- ایروانی، باقر؛ دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری؛ ج ۲، قم، ۱۴۲۷ ق.
- تبریزی، جواد بن علی؛ أسس القضاء والشهادة؛ قم: دفتر مؤلف، [بی تا].
- جنیدی، لعیا؛ «قانون داوری تجاری بین المللی از دریچه حقوق اسلامی»، پژوهشنامه متین؛ ش ۱۰، بهار ۱۳۸۰، ص ۱۲۷-۱۳۸.
- حائری یزدی، مرتضی بن عبدالکریم؛ شرح العروة الوثقی؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۶ ق.
- حائری، سید کاظم؛ القضاء فی الفقه الإسلامی؛ ج ۲، قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۳۸۱.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعة؛ ج ۱، ج ۲، قم: مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۱۴ ق.
- حکیم، سید محسن طباطبایی؛ منهاج الصالحین؛ بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
- حلّی (محقق حلّی)، جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ ج ۴، ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
- حلّی، ابن ادریس محمد بن منصور بن احمد؛ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
- حلّی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف؛ ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد؛ قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
- خرازی، سید محسن؛ «کلمه حول حرمة نقض حکم الحاكم»، مجله نور علم؛ ش ۲۰، فروردین ۱۳۶۶، ص ۱۲۲-۱۴۰.
- خمینی، سید روح الله؛ تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۹۰ ق.
- خویی، سید ابوالقاسم؛ الاجتهاد والتقلید من التنقیح فی شرح العروة الوثقی؛ ج ۳، قم: دارالهادی للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
- خویی، سید ابوالقاسم؛ التنقیح فی شرح العروة الوثقی؛ تألیف علامه میرزا علی غروی تبریزی؛ ج ۳، قم: دارالهادی للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.

## امكان بازبینی و تجدیدنظرپذیری آرای داوری

خویی، سیدابوالقاسم؛ موسوعة الإمام الخوئي؛ قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي (ره)، ۱۴۱۸ق.

خویی، سیدابوالقاسم؛ معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواة؛ ج ۵، [بی جا]: [بی نا]، ۱۴۱۳ق.

رشتی، میرزا حبیب اله؛ کتاب القضاء؛ ج ۱، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۱ق.

سبحانی، جعفر؛ نظام القضاء والشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج ۱، قم: مؤسسة الإمام الصادق (ع)، ۱۳۷۶.

سزواری، عبدالأعلى؛ مذهب الأحكام فی بیان الحلال والحرام؛ ج ۲۷، قم: دارالتفسیر، ۱۴۱۳ق.

سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد؛ ج ۲، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ۱۹۹۸ م.

سیفی مازندرانی، علی اکبر؛ دلیل تحریر الوسيلة (ولاية الفقيه)؛ ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۸ق.

شب زنده دار، محمدمهدی؛ درس خارج فقه و اصول؛ تاریخ ۱۳۹۷/۴/۲۶، مندرج در:

[www.eshia.ir/feqh/archive/text/shabzندهdar/feqh3/96/970426](http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/shabzندهdar/feqh3/96/970426).

شبییری زنجانی، سیدموسی؛ درس خارج فقه و اصول؛ تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۱؛ مندرج در:

<http://www.eshia.ir/feqh/archive/shobeiry/feqh/89>.

شمس، عبدالله؛ آیین دادرسی مدنی؛ دوره پیشرفته؛ ج ۱، ۱۹، تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۷.

شمس، عبدالله؛ آیین دادرسی مدنی؛ دوره پیشرفته؛ ج ۲ و ۳، ۲، تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۴.

حسینی شیرازی، سیدمحمد؛ الفقه: موسوعة إبتدائية فی الفقه الإسلامي؛ قم: مؤسسة الفكر الإسلامي، ۱۴۰۷ق.

صدر، سیدرضا؛ الإجتهد والتقليد؛ قم: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم، ۱۴۲۰ق.

طباطبایی حکیم، سیدمحسن؛ مستمسک العروة الوثقی؛ قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق.

طباطبایی قمی، سیدتقی؛ مبانی منهاج الصالحین؛ قم: منشورات قلم الشرق، ۱۴۲۶ق.

طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ تکملة عروة الوثقی؛ ج ۲، قم: چاپخانه حیدری، ۱۳۷۸.

طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن؛ الخلاف؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ق.

طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن؛ المبسوط فی فقه الإمامية؛ ج ۳، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق.

- عاملی (شهیدثانی)، زین الدین بن علی؛ *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*؛ قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ ق.
- عراقی، آقاضیاءالدين؛ *كتاب القضاء*؛ قم: چاپخانه مهر، [بی تا].
- فاضل لنکرانی، محمد؛ *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة: القضاء والشهادات*؛ ج ۲، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۷ ق.
- فضل الله، سیدمحمدحسین؛ *فقه القضاء*؛ بیروت: دارالملاک للطباعة والنشر والتوزیع، ۲۰۰۷ م.
- قدیر، محسن و حسین کاظمی فروشانی؛ «مبانی داوری در فقه اسلامی و حقوق بین الملل»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری؛ ش ۴۱، پاییز ۱۳۹۸، ص ۱۱-۳۰.
- کاتوزیان، ناصر؛ *اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی*؛ ج ۵، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
- کشاورز، بهمن؛ *نگرشی به قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب*؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۷۴.
- کشی، محمدبن عمر؛ *رجال الکشی: اختیار معرفة الرجال*؛ مشهد: مؤسسه نشر دانشگاه مشهد، ۱۴۰۹ ق.
- کلینی، محمدبن یعقوب؛ *الکافی*؛ ج ۱۴، قم: دارالحديث، ۱۴۳۰ ق.
- منتظری، حسینعلی؛ *مبانی فقهی حکومت اسلامی*؛ قم: مؤسسه کیهان، ۱۴۰۹ ق.
- نجاشی، ابوالحسن احمدبن علی؛ *رجال النجاشی*؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- نجفی، محمدحسن؛ *جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام*؛ ج ۴۰، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
- نجفی (کاشف الغطاء)، علی بن محمد رضابن هادی؛ *النور الساطع فی الفقه النافع*؛ ج ۱، نجف اشرف: مطبعة الآداب، ۱۳۸۱ ق.
- نراقی، احمدبن محمد؛ *مستند الشیعة*؛ ج ۱۷، مشهد: مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۱۹ ق.
- هاشمی شاهرودی، محمود؛ *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)*؛ قم: مؤسسه دائرة المعارف اسلامی، ۱۳۸۷.
- هوشمند فیروزآبادی، حسین؛ «مشروعیت و ماهیت داوری در قرآن کریم»، *مجله قرآن، فقه و حقوق اسلامی*؛ ش ۱۶، بهار و تابستان ۱۴۰۱، ص ۸۱-۱۱۰.
- هوشمند فیروزآبادی، حسین؛ «مطالعه تطبیقی ماهیت داوری در حقوق غرب، فقه امامیه و حقوق ایران»، *مجله پژوهش های تطبیقی حقوق اسلام و غرب (دانشگاه قم)*؛ ش ۳۴، زمستان ۱۴۰۱، ص ۳۳۱-۳۷۲.
- یزدی، سیدمحمدکاظم؛ *العروة الوثقی مع تعلیقات السیدمصطفی الخمینی*؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۱۸ ق.

Nigel Blackaby Constantine Partasides Alan Redfern Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 6th ed, 2015.

## Social justice as a fundamental legal principle in Islamic government based on the thought of Martyr Sadr and Ayatollah Khamenei

**Mohammad Javad Javid**

Full Professor of Public Law, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: [jjavid@ut.ac.ir](mailto:jjavid@ut.ac.ir)

**Jamal Rahimian\*** (Corresponding Author)

PhD Graduate in Public Law, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: [rahimianjamal@yahoo.com](mailto:rahimianjamal@yahoo.com)



Use your device to scan  
and read the article online

**Citation** Javid, M. J., & Rahimian, J. (2025). Social justice as a fundamental legal principle in Islamic government based on the thought of Martyr Sadr and Ayatollah Khamenei. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22(86): 75-104

 [10.22034/ilaw.2025.2020346.3415](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.2020346.3415)

Received: 13 January 2024 , Accepted: 4 January 2025

### Abstract

This article takes a comprehensive approach to examining the concept of justice and its place in Islamic thought, particularly from the perspectives of Martyr Sadr and Ayatollah Khamenei. The research argues that justice goes beyond mere equality and means placing everything in its rightful position and giving everyone their due. Therefore, various types of justice, including distributive, corrective, formal, substantive, natural, positional, individual, and social justice, are examined to both approach the true meaning of justice and understand its different dimensions while distinguishing between them.

As a result of this examination, both Martyr Sadr and Ayatollah Khamenei emphasize the importance of justice as a fundamental principle in Islam, seeing it as the core of Islamic governance. Both thinkers consider social justice as a primary goal in an Islamic society. Martyr Sadr stresses public cooperation and social balance as two main pillars of social justice, while Ayatollah Khamenei emphasizes the importance of equality before the law and the elimination of discrimination. Despite these differences, it can be said that both thinkers recognize social justice as the foundation of Islamic governance and have made efforts to clarify the meaning and position of this concept in society and Islamic government.

### Keywords

Justice, Social Justice, Islamic Government.



## Extended Abstract

### 1. Introduction

Justice is universally recognized as a paramount human goal, inherent to human existence, and a persistent subject of discourse in socio-political thought. In the contemporary world, the execution of justice is primarily entrusted to governments. The Islamic society and government are not exempt from this responsibility; rather, Islam, as a comprehensive way of life, posits justice as its ultimate objective. This research specifically investigates the perspectives on justice held by two prominent Islamic jurists, Shahid Muhammad Baqir al-Sadr and Ayatollah Sayyid Ali Khamenei. The study aims to analyze and compare their ideological approaches and practical strategies for achieving Islamic justice within the Islamic governmental system, thereby delineating both the theoretical and operational dimensions of justice. Justice, in general, and social justice, in particular, hold foundational status as primary legal principles within the monotheistic worldview of an Islamic government, such that the failure of such a government to uphold justice constitutes a deviation from the Sharia and the spirit of the Islamic religion.

### 2. Research Methodology

This study employs a descriptive-analytical and comparative approach, focusing on the conceptual and implementation frameworks of justice and social justice within the intellectual systems of Shahid Sadr and Ayatollah Khamenei. The research draws foundational context from classical and modern definitions of justice, including views from Plato, Aristotle, Rawls, and key Islamic thinkers like Martyr Motahari. A central methodological step involves analyzing core definitional elements, identifying key concepts such as *I'tidal* (moderation), *Inṣāf* (fairness), and *Istihqāq* (entitlement), which are deemed central to the discourse on justice. The primary goal is to extract and articulate the jurists' specific models for 'Adālat-Varzī (Justice-Doing), particularly in the socio-political sphere, and assess their shared vision regarding the pivotal role of justice in establishing legitimacy and governance in an Islamic state.

### 3. Research Findings

The investigation reveals significant convergences and divergences in the approaches of the two thinkers:

**A. Conceptualization of Justice:** Both jurists fundamentally define

justice as "placing everything in its proper position" (Wad' al-Shay' fi mā Wuḍi'a la-h) and "giving everyone their due right" (I'tā' kulli dhī ḥaqqin ḥaqqah). Ayatollah Khamenei stresses that justice is not synonymous with absolute equality, as equality can sometimes constitute injustice.

**B. Shahid Sadr's Social Justice Model:** Shahid Sadr anchors social justice deeply within the Tawhidi worldview, viewing it as the social manifestation of Divine Justice, realized through the human collective's role as God's vicegerent (Khalīfa). He theorizes a detailed, implementable Islamic model of social justice built upon two essential elements within the Islamic economic system:

**1. General Cooperation (Ta'āwun 'Umūmī):** This necessitates universal mutual responsibility and obligates the Islamic state to enforce religious duties, including ensuring the financial well-being of the incapable.

**2. Social Balance (Tawāzun Ijtimā'ī):** This requires the state to provide a minimum adequate standard of living for all individuals, elevate the standard of living for the less affluent, restrict the consumption and expenditure of high-income individuals to reasonable levels, and actively prevent the concentration of wealth in the hands of a specific class.

**C. Ayatollah Khamenei's Social Justice Perspective:** Ayatollah Khamenei emphasizes that justice transcends personal virtue, defining it as an encompassing social system. He views social justice as the elimination of unjust discrimination and deep gaps between classes and entitlements. It mandates that the government and all citizens be treated equally before the law, without special, unwarranted privileges. He posits that justice is the core message and goal of all divine religions and the Islamic Revolution.

**D. Comparison:** While both agree on the paramount, foundational role of justice, Shahid Sadr's analysis exhibits greater scholarly depth and specific theorization concerning the rules of economic distribution and social balance, owing to his systematic work in Islamic economics.

#### 4. Conclusion

The analysis confirms that both Shahid Sadr and Ayatollah Khamenei view social justice as a central, pivotal, and destiny-making principle of the Islamic government, mandated by religious texts and divine law. Shahid Sadr explicitly frames justice as the second principle of the religion (Uṣūl al-Dīn) alongside Tawhid, crucial for human intellectual and social development. Ayatollah Khamenei affirms that the entire structure and legitimacy of the Islamic Republic rests upon the pursuit of justice and the fight against

discrimination. Ultimately, the concept of Justice-Doing (‘Adālat-Varzī) demonstrates a profound theoretical convergence between the two esteemed jurists regarding the essential role of justice in validating and steering an Islamic political system.

### **Funding**

There is no funding support.

### **Authors’ Contribution**

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work

### **Conflict of Interest**

Authors declared no conflict of interest.

### **Acknowledgments**

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.



# تحلیل عدالت اجتماعی به مثابه اصل حقوقی بنیادین در حکومت اسلامی بر مبنای اندیشه شهیدصدر و آیت الله خامنه‌ای

محمدجواد جاوید

Email: jjavid@ut.ac.ir

استاد تمام، حقوق عمومی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

جمال رحیمیان\* (نویسنده مسئول)

Email: rahimianjamal@yahoo.com

دانش آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.



استاد جاوید، محمدجواد و رحیمیان، جمال (۱۴۰۴). تحلیل عدالت اجتماعی به مثابه اصل حقوقی بنیادین در حکومت اسلامی بر مبنای اندیشه شهیدصدر و آیت الله خامنه‌ای. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۲ (۸۶): ۷۵-۱۰۴  
 doi 10.22034/ilaw.2025.2020346.3415

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۲۳، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۵

## چکیده

عدالت را می‌توان هدف یکایک ابنای بشر دانست؛ هدفی که با خود انسان زاده شده و تا زمان وجود انسان در گیتی، دنبال می‌شود. به دلیل همین اهمیت و ارزش بالای آن، متفکران بسیاری سعی در تعریف و مشخص نمودن معنا و محدوده این مفهوم نموده و راه کارهای زیادی جهت دستیابی انسان و جامعه انسانی به عدالت، ارائه کرده‌اند. در جهان امروز، متولی اجرای عدالت، اغلب دولت‌ها هستند که با برنامه‌های خود سعی می‌کنند به این آرمان جامعه عمل ببوشانند. جامعه اسلامی و حکومت اسلامی هم، نه تنها از این قاعده مستثنی نبوده، بلکه در جایگاه یک دین کامل و یک برنامه زندگی همه‌جانبه، عدالت را به‌عنوان قله خود معرفی کرده است و تمام مسلمانان را به رعایت آن فراخوانده است؛ از همین رو در پژوهش حاضر، تفکر دو فقیه نامدار اسلامی، شهیدصدر و آیت الله خامنه‌ای، در باب عدالت مورد بررسی قرار گرفته و به این نتیجه منجر گردید که در منظومه فکری هر دو فقیه، عدالت به معنای عام و عدالت اجتماعی به نحو خاص، در جهان بینی توحیدی دین اسلام، از اصول حقوقی اولیه یک نظام و حکومت اسلامی بوده و عدم رعایت عدالت از جانب این نوع حکومت، انحرافی از شریعت و روح دین اسلام خواهد بود. ایضاً رویکردها و راه کارهای این دو متفکر جهت اجرای عدالت مورد نظر اسلام در جامعه اسلامی مورد بررسی قرار گرفته است و با یکدیگر مقایسه شده‌اند تا هم جنبه نظری عدالت و همه بُعد عملی آن در یک نظام اسلامی، مشخص گردد.

## واژگان کلیدی

حکومت اسلامی، عدالت، عدالت اجتماعی، شهیدصدر، آیت الله خامنه‌ای.



## مقاله

برقراری عدالت، عدالت‌خواهی و عدالت‌ورزی، در طول تاریخ از آرمان‌های اصیل و مهم بشری بوده است و انسان‌ها با در نظرگرفتن تفاوت‌های قومی، نژادی، دینی، سیاسی و... همواره تشنه عدالت بوده‌اند و به جرئت می‌توان گفت که گفتمان «عدالت»، از محدود گفتمان‌های سیاسی- اجتماعی است که هیچ‌گاه جذابیت و اهمیت خود را از دست نخواهد داد. اعتدال‌آزین‌رو پیوند ناگسستنی با عدالت دارد (جاوید، ۱۳۹۲، ص ۷۷) در مقطع کنونی و به دلیل شرایط و اوضاع بد اجتماعی، سیاسی و اقتصادی در جهان، بشریت بیش از هر زمان دیگر نسبت به طرح گفتمان عدالت احساس نیاز می‌کند و شاید بتوان گفت در تاریخ تفکر سیاسی دوران مدرن هیچ زمانی به اندازه سه دهه اخیر قرن بیستم، مقوله عدالت و اصول آن این‌گونه در کانون توجه فیلسوفان سیاسی نبوده است. به‌ویژه نظریات رالز و رویکرد او به فلسفه سیاسی و محوربودن عدالت به‌مثابه پایه آفرینش ساختار اجتماعی مطلوب، موجب شد که کاوش در زمینه عدالت اجتماعی و شیوه جمع میان حقوق و آزادی‌های فردی (مبنای لیبرالیسم و نظام‌های دموکراتیک معاصر غربی) با عدالت توزیعی، کانون بحث فلسفه سیاسی شود (واعظی، ۱۳۹۳، ص ۳۶) ما در این بخش ابتدا مفهوم عدالت را مورد بررسی قرار می‌دهیم و سپس به اصل عدالت‌ورزی پرداخته و در بخش سوم هم دیدگاه شهیدصدر و آیت‌الله خامنه‌ای در باب عدالت‌ورزی را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

عدالت یعنی ترک جرایم (گناهان) بزرگ و اصرار نورزیدن بر جرایم کوچک و رعایت مروت. در علم حقوق هماهنگی انسان با نظام جهان را، عدالت گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص ۴۴۴) افلاطون در کتاب جمهوری از مباحثه‌های خود نتیجه می‌گیرد که عدالت زمانی تأمین می‌شود که هرکس به کاری مشغول باشد که شایستگی و استعداد آن را دارد و از مداخله در کاری که تخصص و توان آن را ندارد، بپرهیزد... به بیان دیگر

عدالت این است که هر چیزی در موضع مناسب خود قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۴۷۴) به نظر ارسطو عدالت به معنای عام، اعتدال در کارها و شامل تمام فضایل (میان‌ه‌روی) است و به معنی خاص به مفهوم «برابر دانستن» و فضیلتی است که به موجب آن «باید به هرکس آنچه را که حق اوست داد» (همو، ۱۳۸۱، ص ۶۴) ارسطو در جایی دیگر می‌گوید: «مردمان همداستان‌اند که اقتضای عدل مطلق، آن است که حق هرکس به اندازه ارزش (فضیلت) او باشد» (ارسطو، ۱۳۹۰، ص ۲۶۷) سیسرون، قیدی بر تعریف ارسطو از عدالت می‌افزاید و در تکمیل تعریف ارسطو می‌گوید: «باید به هرکس آنچه سزاوار است داد؛ مشروط بر اینکه به نفع مشترک یا عمومی زیان نرسد» (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۴۷۵).

برخی بر این باورند که عدالت در هر زمان و مکان، با توجه به مجموعه شرایط اقتصادی و سیاسی خاص آن بایست معین شود و نباید آن را ثابت پنداشت. به بیان دیگر عدالت مفهومی اخلاقی است و همراه با اخلاق دگرگون می‌شود (همو، ۱۳۸۱، ص ۶۷) برخی از اندیشمندان نیز معتقدند که اگر گفته می‌شود که عدل و ظلم در حقوق اسلام «قیاسی» است، در اینجا طبعاً معنای قیاسی بودن عدل و ظلم عبارت است از اینکه چیزی که در قیاس با طبیعت یا فطرت انسانی هماهنگ است، عدل است و چیزی که با آن منافر و ناهماهنگ است، ظلم است و چون طبیعت انسانی مشترک و ثابت و دائمی است، لذا حسن عدل و قبح ظلم مثلاً دائمی است، اگر چه قیاسی است؛ ولی مراد از نسبی بودن آن‌ها این است که مثلاً عدل نسبت به فرد یا گروهی دیگر حسن نباشد یا در جامعه‌ای نسبت به جامعه دیگر متفاوت باشد، این مطلب ناصواب است پس قیاسی بودن آن‌ها با جاودانی بودن و نسبی نبودن آن‌ها سازگار است (جاوید، ۱۳۹۲، ص ۸۰).

## ۱. مفهوم عدالت

متفکران اسلامی مفهوم عدالت را بر پایه توضیح ارسطو به عنوان فضیلت برتر پذیرفته‌اند. این فضیلت برتر به معنی اعتدال یا حد وسط میان افراط و تفریط است و مراعات آن در یک نظام کلی مستلزم آن است که هر چیزی سر جای خود قرار گیرد: «وَضِعُ الشَّيْءِ فِي مَا وُضِعَ لَهُ». عدالت در این مفهوم، ملاک همه فضایل اخلاقی دیگر است و در مقابل آن ظلم قرار دارد که به معنی تجاوز از عدالت و وضع شیء در غیر موضع طبیعی یا عقلانی خود است و آن نیز ملاک همه رذایل دیگر تلقی می‌شود (موحد، ۱۳۸۱، ص ۳۰۳) همان‌گونه که ملاحظه می‌شود از عدالت تعاریف متعدد و مختلفی از سوی دانشمندان علوم انسانی در رشته‌های مختلف ارائه شده است. اما آیا می‌توان در بین نظریه‌های مختلف به مفهوم مشترکی درباره عدالت دست یافت؟ این مسأله مستلزم آن است که گوهر معنایی واحدی در مواردی مانند «حاکم و قاضی عادل»، «مجازات عادلانه»، «رفتار عادلانه»، «نظام اقتصادی عادلانه»، «عدل خداوند»، «قانون عادلانه»، «عدالت آموزشی» و «فضیلت اخلاقی عدالت» وجود داشته باشد (واعظی، ۱۳۹۳، ص ۵۴) البته ناگفته نماند عدالت نیز چون مشروعیت و حتی بسیار بیشتر از آن، مفهومی شهودی است که همه از آن تعریفی برای خود دارند. شاید یکی از دلایل این پدیده، وسعت قلمرو و گستره کاربرد واژه عدالت باشد (حسینی‌زاده، ۱۳۹۵، ص ۱۰۳).

مشهورترین نظریه عدالت که در نیم قرن اخیر، که مبنای عمل بسیاری از نظام‌های سیاسی و اقتصادی رایج غرب قرار گرفته است، نظریه عدالت جان رالز است. اندیشه اساسی در نظریه عدالت رالز، مفهوم «انصاف» است و تأکید اصلی آن بر عدالت به منزله وصف نهادهای اجتماعی است. به نظر وی عدالت در معنای متفاوت آن عبارت است از: «حذف امتیازات بی‌وجه و پدید ساختن تعادل واقعی میان خواسته‌های متعارض انسان‌ها در ساختار نهادهای اجتماعی» (حسینی، ۱۳۸۷، ص ۸) با تأمل در تعریف رالز

از عدالت، مبنای انصاف به خوبی قابل درک است؛ آن هم انصافی که در بدنه ساختار نهادهای اجتماعی متبلور شده باشد.

نگاه اندیشمندان و فقهای معاصر به عدالت نیز واجد اهمیت است. شهید مطهری در ابتدا بر این باور است که آنچه دین گفته، عدل نیست بلکه آنچه عدل است، دین می گوید. سپس سه تعریف از عدالت ارائه می کند؛ نخستین تعریف، عدالت به معنای مساوات و برابری است، که او این برداشت را به دلیل وجود تفاوت در استعداد انسان ها و عدم امکان اجرای آن، مردود می داند. در تعریف دوم عدالت به معنای اعطای هر حقی به صاحب آن حق است که برگرفته از عبارت معروف «إِعْطَاءُ كُلِّ ذِي حَقِّ حَقَّهُ» می باشد (مطهری، ۱۳۷۴، ص ۲۰۸) تعریف سوم نیز مبتنی بر توازن در عرصه اجتماعی است (همان، ص ۲۲۳) شهید مطهری معتقد است که پایه عدالت، حقوقی (Rights) واقعی و طبیعی و فطری است (همان، ص ۸۲۳). فقیه دیگری در تعریف عدالت می گوید: «در ریشه لغوی عدالت و مشتقات آن نوعی تساوی و برابری ملاحظه شده است. اما در مفهوم اجتماعی، یعنی «دادن حق هر صاحب حقی». مقتضای عدالت این است که به هر کس آنچه را استحقاق دارد بدهند؛ خواه سهم فرد، برابر بشود یا برابر نشود» وی نتیجه می گیرد که «اجرای عدالت در بیشتر موارد به مساوات نمی انجامد و آنجا که مقتضای عدالت عدم تساوی است، تساوی عین بی عدالتی خواهد بود» (مصباح یزدی، ۱۳۸۹، ص ۴۵).

برخی گمان کرده اند که این تعریف - قراردادن هر چیز در جای مناسب خویش - سرشار از ابهام است؛ زیرا یک اصل کلی است که مصادیق آن به روشنی مشخص نیستند. اما باید توجه داشت که یک تعریف زمانی مبهم است که بر کلیت یا عمومیت آن ایراد و نقدی وارد باشد؛ اما اگر یک تعریف از این زاویه دارای کاستی نباشد، مبهم نیست؛ هر چند شاید مصادیق آن روشن نباشد. برای تعیین مصادیق باید به منبعی که عهده دار تطبیق

آن‌هاست رجوع کرد (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ص ۱۹۸) علامه طباطبایی ضمن تفسیر آیه ۸ سوره مبارکه مائده در معنای عدالت چنین می‌گوید: «معنای اصلی عدالت، اقامه مساوات میان امور است به این که به هر امری آنچه سزاوار است بدهی تا همه امور مساوی شود و هر یک در جای واقعی خود که مستحق آن است قرار گیرد (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۶۱۲).

همان طور که ملاحظه می‌شود اندیشمندان و متفکران نحل‌ها و مکاتب مختلف، در تعاریف و مطالب ارائه‌شده پیرامون عدالت، بر معیارها و موضوعاتی نظیر نظام جهان، اعتدال در امور، فضیلت‌های برتر انسانی، ارزش‌های اخلاقی، استحقاق و شایستگی، نفع عمومی، فطرت انسانی، انصاف، مساوات و برابری، اعطای حق به صاحب حق و قرارداد هر شی در موضع خودش اشاره داشته و بر آن تأکید ورزیده‌اند. شاید بتوان گفت سه واژه اعتدال، انصاف و استحقاق در اندیشه اغلب متفکران شرقی و غربی محوریت دارد. لذا اعتقاد بر این است که سه واژه اعتدال، انصاف و استحقاق درگفتمان عدالت و مباحث پیرامون آن موضوعیت دارند و از بین این سه واژه نیز واژه «استحقاق» راهبردی‌ترین واژه در بحث عدالت است. بنابراین تعریف عدالت به «اعطاء کُلِّ ذی حَقِّ حَقَّهُ» با اندکی تسامح قابل پذیرش است.

### ۱-۱. اقسام عدالت

همان‌طور که بیان شد، عدالت یک مفهوم پیچیده و شهودی است که به سختی می‌توان بر سر تعریف جامعی از آن، به توافق رسید. به عبارتی هرکس از عدالت تعریفی برای خود دارد و بر مبنای تعریف خود، به رفتار با دیگران می‌پردازد. اما عده‌ای برای روشن‌تر شدن مفهوم عدالت و به‌دست دادن ملاک‌های تعیین آن، سعی در تشخیص انواع عدالت و تقسیم آن نموده و دسته‌بندی‌هایی از عدالت ارائه کرده‌اند؛ از همین روی، برای درک بهتر مفهوم عدالت و همچنین جهت واضح نمودن قصد این تحقیق، اقسام عدالت به‌نحو مختصر بیان می‌گردد.

### ۱-۱-۱. عدالت توزیعی ۱ و عدالت اصلاحی- تأدیبی یا تصحیحی ۲

ارسطو در کتاب اخلاق نیکوماخوس، عدالت را به دو نوع عدالت توزیعی و عدالت اصلاحی- تأدیبی یا تصحیحی، تقسیم می‌کند. عدالت توزیعی به مسئله توزیع و تقسیم دارایی‌ها و ثروت، حقوق و مزایا و امتیازات اجتماعی میان افراد جامعه مربوط می‌شود (واعظی، ۱۳۹۳، ص ۵۵) به‌سختی دیگر، عدالت توزیعی، تقسیم ریاضیاتی مزایا و محرومیت‌هاست (موحد، ۱۳۸۱، ص ۳۱۴) در عدالت توزیعی، دولت به‌عنوان اصیل و ذینفع در تقسیم ثروت، به شکل آمرانه دخالت می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۴۳).

اما عدالت تأدیبی در واقع بیان نظریه مجازات عادلانه است. براین اساس، عدالت کیفری به‌عمل خطا و قانون‌شکنی مربوط است (واعظی، ۱۳۹۳، ص ۵۵) عدالت تأدیبی یا تصحیحی بر آن است که نواقص عدالت توزیعی را جبران کند و با توسل به انصاف، تعادل لازم را برقرار سازد. عدالت توزیعی، عدالت به‌معنای برابری و مساوات است و در عدالت تصحیحی عدالت به معنی انصاف می‌باشد (موحد، ۱۳۸۱، ص ۳۱۴).

### ۱-۱-۲. عدالت صوری ۳ و عدالت ماهوی ۴

یکی از مهم‌ترین تقسیمات عدالت، تقسیم آن به عدالت شکلی یا صوری و عدالت محتوایی یا ماهوی است (واعظی، ۱۳۹۳، ص ۵۶) عدالت صوری به معنی برابری است و تنها مفهومی از عدالت است که با همه معیارهای پیشنهادشده برای تشخیص «عدالت» سازگار است و همگان درباره آن به توافق رسیده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۶۱۷) هدف عدالت صوری، تأمین بی‌طرفی و مراعات ظواهر و تشریفات است که رعایت آن‌ها در سیستم حقوقی خاصی لازم تلقی گردیده است. به عبارتی این بخش از عدالت

1. Distributive Justice.
2. Retributive Justice.
3. Procedural Justice.
4. Substantive Justice.

است که اجرای یکسان قانون را درباره همه تضمین می‌کند (موحد، ۱۳۸۱، ص ۳۱۶) در عدالت ماهوی، به مضمون و محتوای قاعده نیز توجه می‌شود و «برابر داشتن» کفایت نمی‌کند. کیفیت نیز مطرح است و «سزاوار بودن» نیز شرط اجرای عدالت به شمار می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۶۱۷) عدالت ماهوی به مراعات ظواهر قانون اکتفا نمی‌کند، بلکه به محتوای آن نیز نظر دارد و می‌کوشد تا نظام حقوقی موجود را با آرمان‌ها و ضوابط اخلاق سیاسی وفق دهد (موحد، ۱۳۸۱، ص ۳۱۶).

در این تقسیم‌بندی گاه به سطح صوری عدالت و گاه به لایه ماهوی آن توجه می‌شود. برای نمونه این ضابطه کلی که «عدالت آن است که با افراد برابر، به‌طور برابر و با افراد نابرابر، به‌طور نابرابر رفتار شود»، به معیاری صوری و قالبی در عدالت اشاره دارد؛ زیرا به لایه ماهوی عدالت وارد نمی‌شود و هیچ معیاری برای سنجش اینکه کدام گونه تفاوت‌ها مایه نابرابری افراد و توجیه‌کننده رفتار نابرابر با آن‌هاست معرفی نمی‌کند. رعایت بی‌طرفی در اجرای قانون و نبود تبعیض در محاکم قضایی در تطبیق و اجرای قانون، به جنبه صوری عدالت معطوف است؛ زیرا به مرز ماهوی آن وارد نمی‌گردد (واعظی، ۱۳۹۳، ص ۵۷) این تقسیمی است که هارت آن را مطرح کرده است و به‌نظر وی هیچ پیوند ضروری میان عدالت ماهوی و عدالت قانونی وجود ندارد (موحد، ۱۳۸۱، ص ۳۱۷).

اندیشمند دیگری از این تقسیم‌بندی با عنوان عدالت ذاتی و عدالت قانونی (Legal Justice) یاد کرده؛ «نظام حقوقی، اغلب به یک نظام مبتنی بر عدالت اطلاق می‌شود. ما از نظام‌های «عدالت کیفری» (Criminal Justice) و «عدالت مدنی» (Civil Justice) سخن می‌گوییم؛ اما در این گفته، حقیقت مهمی نهفته است: همیشه آنچه قانون مقرر می‌کند، با آنچه عدالت می‌طلبد با هم مطابقت ندارد. عمل به آنچه قانون مقرر می‌کند، اعمال عدالت قانونی است. رعایت «عدالت ذاتی» درباره افراد این است که طوری با آن‌ها رفتار کنیم

که سزاوار آن هستند. یعنی امتیازاتی را به آنان واگذار کنیم که به لحاظ اخلاقی حق آن‌هاست. هیچ تضمینی نیست که اعمال عدالت قانونی همیشه به رعایت «عدالت ذاتی» بینجامد» (آلتمن، ۱۳۸۶، ص ۸۲).

برخی، از این نوع عدالت، یعنی عدالت قانونی، با عنوان عدالت رویه‌ای یاد کرده‌اند و معتقدند که ابعاد رویه‌ای عدالت اغلب با ابعاد ماهوی آن مقایسه می‌شود و این دو به آسانی در تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند.

### ۱-۱-۳. عدالت طبیعی<sup>۱</sup> و عدالت وضعی یا قانونی

ارسطو در کتاب اخلاق خود عدالت را به طبیعی و وضعی تقسیم کرده است. مقصود او از عدالت طبیعی، قواعد همگانی و نوعی است که از طبیعت اشیاء سرچشمه می‌گیرد و ارتباطی به عقاید اشخاص و قوانین حاکم بر جامعه ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۶۱۸) در واقع می‌توان گفت عدالت طبیعی نوعی عدالت است که بر پایه طبیعت استوار گردیده و چون طبیعت و خلقت عادلانه تلقی می‌گردد، پس قوانین ناشی از آن هم طبعاً عادلانه خواهند بود. بنابراین، حقوق مبتنی بر این قوانین نیز طبیعتاً عادلانه تلقی می‌گردند (جاوید، ۱۳۹۲، ص ۷۸) سنت آگوستین درباره قانون طبیعی می‌نویسد: «مگر نه این است که خداوند متعال نظمی طبیعی آفرید و آن را بر عالم تحمیل نمود و هر آنچه در خلقت است به طبع و میل او آراسته شده است. پس عدالت چیزی جز اطاعت از این نظم طبیعی هم نخواهد بود» (همو، ۱۳۸۸، ص ۱۱۷).

برخلاف عدالت طبیعی، عدالت وضعی وابسته به اوامر و نواهی قانون است و ضابطه نوعی ندارد. برای مثال نرخ باز خرید زندانی را قانون معین می‌کند و اجرای عدالت وضعی یا قانونی با پرداخت همان نرخ تحقق می‌پذیرد. بدین ترتیب برخلاف عدالت طبیعی که چهره آرمانی و الهی دارد، عدالت وضعی از داده‌های قانون استنباط می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸،

1. Natural Justice.

ص ۶۱۸) برخی درباره قانون و عدالت طبیعی براین باورند که تمام قوانین موضوعه که در جوامع مختلف تصویب و اجرا می‌گردد، در صورتی که در طول قوانین طبیعی قرار بگیرند و در تعارض با آن‌ها نباشند، مشروع خواهند بود؛ در غیر این صورت، هر چند از دیدگاه مردم و بر اساس نوعی قرارداد و توافق پذیرفته شده باشند، گرچه از وصف عادلانه برخوردار می‌گردند اما لزوماً مشروع به حساب نمی‌آیند. این نوع عدالت وصفی است و نه طبیعی و عدالت وصفی لزوماً مشروع نیست، هر چند می‌تواند قانونی باشد (جاوید، ۱۳۹۲، ص ۷۸).

#### ۱-۱۴. عدالت فردی و عدالت اجتماعی

یکی دیگر از تقسیم‌بندی‌های عدالت، تقسیم آن به عدالت فردی و عدالت اجتماعی است. عدالت فردی بیشتر در حوزه فقه و اخلاق مطرح بوده است (واعظی، ۱۳۹۳، ص ۵۷) برای مثال، از جمله شرایط مهمی که برای ولی فقیه دارای مرجعیت مطرح می‌شود، عدالت اوست. این عدالت به معنای حد وسط بودن و اعتدال و میانه روی در رفتار است (جاوید، ۱۳۸۹، ص ۲۴۰) همچنین به نظر می‌رسد عدالتی را که از آن به عدم ارتکاب کبایر و عدم اصرار بر ارتکاب صغایر یاد شده است، بیشتر به این نوع از عدالت برمی‌گردد که در جای خود بسیار با اهمیت و شایان توجه است.

مقوله عدالت اجتماعی یا عدالت توزیعی (Distributive Justice) در تاریخ مکتوب عدالت پژوهی، همواره سهم قابل توجهی از مباحث را به خود اختصاص داده است (واعظی، ۱۳۹۳، ص ۱۸۹) ضروری است هر نظریه پرداز عدالت اجتماعی به طور دقیق روشن کند که مراد او از عدالت اجتماعی چیست و چه تصویری از آن دارد و البته تلاش برای طرح ایده‌ای درباره عدالت اجتماعی و بیان اصول محتوایی آن موجه و معقول است. دلیل نیاز به این بحث آن است که نزد گروهی از اندیشه‌وران، اساساً طرح ایده عدالت

اجتماعی و تلاش برای معرفی الگویی از مناسبات اجتماعی که دربردارندهی معیارهایی برای تحقق عدالت اجتماعی باشد، کاری ناموجه، نامعقول و بیهوده است و باعث برهم زدن بی دلیل مناسبات طبیعی اجتماعی می شود (همان، ص ۷۰) فارابی، فیلسوف مسلمان، نیز در کتاب *السیاسة المدنیة*، عدالت را به عدالت اعم و عدالت اخص تقسیم می کند و عدالت به معنای اخص را به دو بخش تقسیم کرده و قسم اول آن را عدالت در نصیب و توزیع می داند و تأکید می کند که هر یک از افراد اهل مدینه، سهمی در خیرات مشترک (مال، ثروت، کرامت انسانی، منزلت ها و مراتب اجتماعی، سلامت، بهداشت و ...) دارند که باید به طور برابر و با رعایت استحقاق ها و شایستگی ها دریافت کنند (همان، ص ۱۹۰) برخی در تعریف عدالت اجتماعی گفته اند: «عدالت اجتماعی به معنای برابری در توزیع امکانات و منابع جامعه می باشد. منابع و امکانات جامعه را می توان به چهار گروه اصلی، قدرت، ثروت، منزلت و دانش و معرفت، تقسیم کرد. البته مراد از برابری، برابری صوری نیست، بلکه برابری برابرها و نابرابری نابرابرها در استحقاق می باشد؛ یعنی دولت یا نظام اجتماعی، خیرها و مزایا و منابع را میان شهروندان خوب بر حسب تناسب های هندسی، یعنی بر اساس استحقاق و شایستگی تقسیم می کند. درباره این معنا از عدالت، فلاسفه اسلامی نظیر فارابی، ابن مسکویه، خواجه نصیر، شهید مطهری و همین طور فلاسفه غربی مطالبی را ارائه کرده اند» (جهانیان، ۱۳۸۹، ص ۱۰۲).

در اینجا ضروری است که بار دیگر از یکی از نظریات مهم اندیشمندان در باب عدالت اجتماعی، یعنی نظریه عدالت جان رالز به اختصار سخنی به میان آید. این نظریه که شاخص ترین نظریه عدالت اجتماعی در دهه های اخیر است، بر توافق قراردادی (Contractual Agreement) به صورت پایه و اساس تشخیص اصول عدالت تکیه می کند. رالز هیچ تلقی و تصور پیشین از عدالت عرضه نمی دارد و محتوای اصول عدالت را به توافق حاصل شده

میان افراد در وضع نخستین (Original Position) موکول می‌کند و همان‌طور که خودش در مقدمه کتاب «نظریه عدالت» تصریح می‌کند، اندیشه او ارتباط محکمی با سنت قرارداد اجتماعی (Social Contract) دارد که به وسیله متفکرانی نظیر جان لاک، روسو و کانت پی گرفته شده است و او در صدد ارائه مدلی کامل‌تر و پیشرفته‌تر از این رویکرد است که از مشکلات تقریرهای قبلی مصون باشد (واعظی، ۱۳۹۳، ص ۱۹۵).

در پایان این مبحث باید به این موضوع اشاره کرد که سایر اندیشمندان، اقسام دیگری از عدالت را نیز مطرح کرده‌اند؛ مانند قسط و عدل که علاوه بر عرصه سیاسی، اقتصادی و فرهنگی، عرصه‌هایی همچون قسط و عدل اخلاقی، قضایی و داوری و تحکیم را نیز شامل می‌شود (کعبی، ۱۳۹۴، ص ۶۷/جهانیان، ۱۳۸۹، ص ۱۲۹) عدالت از زاویه‌ای دیگر به عدالت مقایسه‌ای (Comparative Justice) و غیر مقایسه‌ای (Non Comparative Justice) تقسیم می‌شود. عدالت توزیعی از مصادیق عدالت مقایسه‌ای است و عدالت قضایی از مصادیق عدالت غیر مقایسه‌ای به شمار می‌رود (واعظی، ۱۳۹۳، ص ۵۵) عدالت معاوضی هم قسمی دیگر از عدالت است و با عدالت توزیعی این تفاوت را دارد که در عدالت توزیعی همان‌طور که بیان شد، دولت به‌عنوان اصیل و ذینفع در تقسیم ثروت به‌طور آمرانه دخالت می‌کند، اما در عدالت معاوضی وظیفه دولت محدود به این است که مانند شخصی خارجی حقوق افراد را تضمین کند تا عدالت به خودی خود در روابط معاملاتی مردم و بر طبق قوانین داد و ستد محقق شود (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۴۳) در اینجا می‌توان نتیجه گرفت که عدالت توزیعی از حیث مفهومی نزدیک‌ترین واژه به عدالت اجتماعی است.

## ۲. اصل عدالت‌ورزی در اندیشه شهید صدر و آیت‌الله خامنه‌ای

در میان اقسام واژه‌هایی که با ترکیب عدالت وجود دارد، عدالت‌ورزی

(واعظی، ۱۳۹۳، ص ۶۱) واژه‌ای گویاتر برای وضوح بیان این پژوهش است. در واژه عدالت‌ورزی، نوعی پایبندی و احترام به عدالت وجود دارد که می‌تواند بیانگر ضرورت و اهمیت احترام و پایبندی حاکم اسلامی و حکومت اسلامی به اصل مهم و حیاتی عدالت باشد. در این قسمت ابتدا به بررسی عدالت‌ورزی در اندیشه شهیدصدر پرداخته، سپس به اندیشه‌های آیت‌الله خامنه‌ای در این باره می‌پردازیم.

### ۲-۱. مفهوم عدالت در اندیشه شهیدصدر

در بین اندیشمندان مسلمان، شهیدصدر از معدود افرادی است که به تفصیل و به‌طور بنیادین به مباحث اجتماعی، اقتصادی و سیاسی پرداخته است. از جمله کارهای برجسته این فقیه متفکر، تألیف کتابی در موضوع اقتصاد اسلامی است. وی در آثار دیگر خود و به‌ویژه در این کتاب، به تفصیل به بحث‌های مربوط به عدالت و به‌ویژه عدالت اجتماعی پرداخته است. با این وجود می‌توان اذعان نمود که شهیدصدر اگرچه در تبیین عدالت و قوانین توزیع درآمد و ثروت در اسلام و به‌طور خاص، تبیین معیارهای عدالت اجتماعی کوشش چشمگیری داشته، اما با این حال وی تعریف مشخصی از عدالت و عدالت اجتماعی و شاخه مورد نظر آن «عدالت اقتصادی» ارائه نکرده است و این همان چیزی است که شهیدمطهری درباره آن می‌گوید که تا مفهوم اصلی و دقیق عدل روشن نشود، هر کوششی بیهوده است و از اشتباه مصون نخواهد بود (حسینی، ۱۳۸۷، ص ۱۹) شهیدصدر در یکی از آثار خود به هنگام بحث از شرایط مرجع و شاهد، عدالت را چنین تعریف می‌کند: «عدالت عبارت است از رفتار مبتنی بر رعایت حد وسط و اعتدال» (صدر، ۱۳۹۳، ص ۱۶۳) به نظر می‌رسد از آنجا که دغدغه شهیدصدر بیشتر معطوف به عدالت اجتماعی و به‌ویژه عدالت اقتصادی و عدالت توزیعی بوده، تمام ظرفیت علمی خود را صرف تبیین و توصیف و تحلیل این بخش از مباحث عدالت نموده است.

این درحالی است که آیت‌الله خامنه‌ای می‌گوید: «عدل این است که هر چیزی را در جای خود قرار بدهیم» (جاویدی، ۱۳۸۵، ص ۲۹) معنای لغوی عدل هم یعنی میانه (همان، ص ۳۲) «عدالت چیست؟ عدالت به حسب ظاهر مفهوم ساده‌ای است و همه می‌گویند و آن را تکرار می‌کنند، لیکن در مصداق و در عمل، رسیدن به عدالت خیلی دشوار است. همان نکته‌ای که امیرالمومنین علی (ع) درباره حق فرموده است: «الْحَقُّ أَوْسَعُ الْأَشْيَاءِ فِي التَّوَاصُفِ وَأَضْيَقُهَا فِي التَّنَاصُفِ»، وصف عدالت آسان است، اما در عمل رسیدن به عدالت مشکل است» (همان، ص ۳۲) «عدالت همه‌جا به معنای برابری نیست. عدالت یعنی هر چیزی را در جای خود قرار دادن. عدالت آن معنایی نیست که در ذهن بعضی از ساده‌اندیشان و آدم‌های کم عمق وجود دارد. شاید حالا هم خیال کنند که همه جامعه باید برداشت یکسان داشته باشند. خیر! یکی کار بیشتری می‌کند، یکی استعداد بیشتری دارد، یکی ارزش بیشتری برای پیشرفت کشور دارد. عدالت یعنی بر طبق حق عمل کردن و حق هر چیز و هرکسی را به او دادن، این معنای عدالت است» (همان، ص ۳۰) «عدالت به معنای عدم تبعیض در حقوق، حدود و احکام است، عدالت یعنی این که حقوق انسانی و اجتماعی و عمومی و حدود الهی یکسان بر مردم اجرا شود. عدل معنایش این است که باید جامعه قائم به قسط باشد. «لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ»؛ قانون عادلانه، اجرای عادلانه، نظارت عادلانه، قضاوت عادلانه و تقسیم عادلانه» (همان، ص ۲۹) «عدالت غیر از مساوات است. گاهی مساوات ظلم است. عدالت یعنی هر چیزی را به جای خود گذاشتن و به هرکس حق او را دادن» (همان، ص ۳۱).

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود تعاریفی که آیت‌الله خامنه‌ای از عدالت دارد عموماً دایره‌مدار یک اصل است و آن همان اصلی است که در قسمت مفهوم عدالت بر آن تأکید شد؛ یعنی حق هر صاحب حقی را به او عطا کردن. نکته قابل توجه اینکه آیت‌الله خامنه‌ای در مقایسه با شهید صدر، بیشتر

و با دفعات متعدد از عدل و عدالت سخن گفته‌اند. این مسأله امری بدیهی و طبیعی است؛ چرا که وی بیش از سه دهه به‌عنوان حاکم اسلامی و ولی فقیه به‌طور مکرر با مسائل مربوط به عدالت و عدالت اجتماعی روبرو بوده‌اند و در هر مورد به‌ویژه در دیدار با دولتمردان و... ضرورت اقتضا داشته است که پیرامون عدالت بحث‌هایی را مطرح نمایند.

## ۲-۲. مفهوم عدالت اجتماعی در اندیشه شهیدصدر

پس از بررسی مفهوم «عدالت»، بررسی مفهوم عدالت اجتماعی از اهمیت بیشتری برخوردار است. در بینش شهیدصدر عدالت اجتماعی پیوند وثیقی با عدل الهی دارد. عدل الهی در بعد اجتماعی آن، بر اساس مسئولیت‌های امت (جماعت) در جانشینی و خلافت از جانب خداوند تحقق می‌یابد. این همان هدفی است که انبیای الهی برای تحقق آن مبعوث و برانگیخته شده‌اند (نمازی و لشکری، ۱۳۹۱، ص ۱۰۹) براین اساس شهیدصدر معتقد است عدلی که مسئولیت‌های جامعه بشری در چارچوب جانشینی عام خویش بر پایه آن استوار شده، بُعد اجتماعی عدل الهی است که پیامبران منادی آن بوده‌اند و رسالت آسمانی بر آن به‌عنوان اصل دوم از اصول دین در کنار توحید تأکید دارد (صدر، ۱۳۹۳، ص ۵۳) در واقع عدالت اجتماعی در این رویکرد با تبیینی که از خلافت و جانشینی انسان در زمین صورت می‌گیرد معنای خود را باز می‌یابد.

محور اساسی نظریه عدالت اجتماعی شهیدصدر، جهان‌بینی توحیدی است. توحید جوهره و عنصر اساسی عقیده اسلامی است. فرد با برخورداری از نگرش توحیدی در حیات اجتماعی می‌تواند از غیر خدا آزاد شود (نمازی و لشکری، ۱۳۹۱، ص ۱۰۹) چون جهان خالقی دارد که بر آن حکمرانی می‌کند و حاکم مطلق اوست. خدای حکیم این جهان را هدفمند و در جهت نیل به هدف خاص آفریده است و همه اجزای جهان در جهت تحقق این هدف شکل گرفته‌اند. انسان نیز براین اساس می‌تواند از غیر خدا آزاد شود.

آزادی از درون (با رهاشدن از خواسته‌های نفسانی) و از بیرون (با رهاشدن مال از مالکیت غیر خدا) توحید را محقق می‌سازد. بیان امیرالمومنین (ع) که می‌فرماید «العباد عبادالله و المال مال الله»، بیانگر توحید در این دو عرصه است (صدر، ۱۳۹۳، ص ۴۶) خداوند سبحان به منظور اینکه قیود و موانع تکامل انسان به وجود نیاید، جانشینی خود در زمین را به انسان عطا کرد. بر اساس بینش توحیدی، توحید اجتماعی بدین معناست که «مالک» تنها خداست و عدالت اجتماعی یعنی اینکه مالک یگانه به حکم این که عادل است هیچ فردی را بر فرد دیگر و هیچ گروهی را بر گروه دیگر ترجیح نمی‌دهد. بنابراین، جماعت، به مثابه کل را شایسته خلافت و جانشینی خود قرار می‌دهد و این همان تجلی عدالت الهی در عدالت اجتماعی است (نمازی و لشکری، ۱۳۹۱، ص ۱۰۹).

از جمله مواردی که شهید صدر مستقیماً به بحث عدالت اجتماعی پرداخته است، هنگامی است که وی بحث اصول اساسی در نظام اقتصاد اسلام را مطرح می‌نماید. «در نگاهی اجمالی به نظام اقتصادی اسلام در مقایسه با دیگر نظام‌های اقتصادی می‌توانیم خطوط کلی این نظام را در سه اصل اساسی زیر خلاصه کنیم: الف) اصل مالکیت چندگانه (مالکیت مختلط) ب) اصل آزادی اقتصادی در محدوده مشخص ج) اصل عدالت اجتماعی (صدر، ۱۳۹۲، ب، ص ۱۸۸).

وی سپس در تعیین و توضیح اصل سوم که اصل عدالت اجتماعی است چنین می‌گوید: «اسلام نظام توزیع ثروت در جامعه اسلامی را از عناصر و تضمین‌هایی بهره‌مند کرده که توزیع، قادر بر تحقق بخشیدن به عدالت اسلامی باشد و با ارزش‌هایی که بر پایه آن‌ها استوار است، انسجام داشته باشد و بدین سان اسلام در چنین نظامی، عدالت اجتماعی را مجسم ساخته است» (همو، [بی‌تا]، ص ۳۳۲) و همچنین در توضیح اصل عدالت اجتماعی معتقد است: «اسلام وقتی عدالت اجتماعی را به‌عنوان یک اصل پذیرفته، مفهوم

انتزاعی و کلی آن را اتخاذ نکرده است و به گونه‌ای که پذیرای هر تفسیر می‌باشد به آن فرانخوانده و تبیین آن را به جوامع انسانی که هر یک بسته به اندیشه‌های تمدنی و پیش‌هایشان نسبت به زندگی، نگاه خاصی به عدالت اجتماعی دارند، واگذار نکرده است، بلکه این مفهوم را به‌طور دقیق تبیین کرده و آن را در یک برنامه اجتماعی معین متبلور نموده است و سپس توانسته این طرح را در یک کیان اجتماعی زنده که مفهوم اسلامی عدالت در همه رگ‌ها و شریان‌هایش در جریان است، به ظهور برساند» (همو، ۱۳۹۲ ب، ص ۱۹۳).

### ۲-۳. تعاون و توازن؛ الگوی اسلامی عدالت اجتماعی

شهید صدر سپس به بیان ابعاد و جنبه‌های مختلف اصل عدالت اجتماعی ذیل نظام اقتصادی در اسلام پرداخته و می‌گوید: «الگوی اسلامی عدالت اجتماعی دو جنبه کلی دارد که هر یک از آن‌ها سرفصل و جزئیات خاص خود را دارند. ۱- تعاون عمومی ۲- توازن اجتماعی. الگوی اسلامی عدالت اجتماعی در مفهوم اسلامی تعاون و توازن اجتماعی یافت می‌شود» (همان، ص ۱۹۳) اما در اینجا پرسشی مطرح می‌شود و آن اینکه مراد شهید صدر از تعاون عمومی و توازن اجتماعی چیست؟ وی درباره اصل تعاون عمومی چنین می‌گوید: «موضوع مسئولیت متقابل همگانی است که به موجب آن مسلمانان جهان، کفالت یکدیگر را به عهده داشته و اسلام در حدود امکانات آن را فریضه‌ای مثل سایر فرایض، لازم‌الاجرا دانسته است. این امر در حقیقت حاکی از وظیفه دولت در ملزم کردن مردم به رعایت تکالیف قانونی‌شان است. دولت در سازمان جامعه اسلامی، ضامن اجرای احکام، آمر به معروف و ناهی از منکر و نیز مسئول صحت اجرای مقررات می‌باشد. کسانی را که از ادای واجبات شرعی و امتثال تکالیف الهی سر باز می‌زنند را باید وادار به تبعیت از قانون نماید. بنابراین همان‌طور که مکشف است مسلمین را برای جهاد بسیج کند، همچنان نیز باید آن‌ها را مجبور به انجام وظایف مربوط به تأمین زندگی ناتوانان سازد و از لحاظ مالی چنان به زندگی ایشان بهبود

بخشد که نظر الهی، دائر بر اداء فریضه مزبور تلقی شود» (همو، [بی‌تا]، ص ۲۹۱) پس در اینجا مراد شهیدصدر از اصل تعاون مشخص شد و آن اینکه عموم مردم جامعه اسلامی و از آن مهم‌تر دولت اسلامی موظف است با عمل به تکالیف دینی و شرعی خود زمینه کمک به نیازمندان را فراهم کنند. جنبه دومی که شهیدصدر آن را به‌عنوان جنبه اصل عدالت اجتماعی در اسلام مطرح می‌کند، «توازن اجتماعی» است. وی در این زمینه چنین می‌گوید: «وظیفه دولت در تأمین سطح زندگی مناسب برای افراد مستمند، محدود به اصل اول نمی‌باشد؛ زیرا همچنان که پیش‌تر اشاره کردیم اصل دیگری هم شناخته شد که آن سهم و حق جامعه در منابع ثروت است. به موجب این حق، دولت مستقیماً و رأساً وظیفه دارد تا سطح زندگی مناسبی را برای کسانی که عرفاً به این حد از رفاه مادی نرسیده‌اند فراهم کند» (همان، ص ۲۹۳) بر این اساس دولت اسلامی مسئولیت‌هایی مانند تأمین اجتماعی، توازن اجتماعی و حراست از قطاع عام و ثروت‌های عمومی را دارد. مسئولیت ضمان اجتماعی مبتنی بر این است که اسلام حق جماعت و همه افراد را در بهره‌مندی از ثروت‌های طبیعی به رسمیت شناخته و دولت را موظف ساخته است تا سطح زندگی کریمانه و شرافت‌مندانه را برای همه افراد جامعه تأمین کند. این مسئله از طریق توانمندسازی افراد برای اشتغال و کمک به کسانی است که یا توانایی کار کردن ندارند یا زمینه اشتغال آنان فراهم نشده است (نمازی و لشکری، ۱۳۹۱، ص ۱۱۲) شهیدصدر بر این باور است که تأمین توازن اجتماعی مسئولیت دولت اسلامی است. توازن اجتماعی بدین معناست که الف) حداقلی از رفاه و آسایش برای همه افراد جامعه فراهم شود؛ به گونه‌ای که سطح زندگی افرادی که سطح زندگی پایین‌تری دارند به این سطح حداقلی ارتقا یابد؛ ب) سطح مصرف و هزینه‌های افراد پردرآمد جامعه، به سطح معقول و رفاهی که تحققش برای جامعه ممکن باشد محدود شود؛ ج) از انباشت ثروت در دست عده یا

طبقه‌ای خاص در جامعه جلوگیری شده و تلاش شود فرصت‌های شغلی و تولیدی برای همه افراد جامعه فراهم آید.

همه نکات مزبور بیانگر این موضوع هستند که توازن، قاعده‌ای حاکم بر فعالیت‌های اقتصادی و تصمیم‌گیری‌ها و سیاست‌گذاری‌های دولت اسلامی است (همان، ص ۱۱۳) و البته همه قواعد در نهایت زمینه‌ساز تحقق عدالت اجتماعی در جامعه اسلامی است.

#### ۲-۴. عدالت اجتماعی در نگاه آیت‌الله خامنه‌ای

در طیف دیگر، در منظومه فکری آیت‌الله خامنه‌ای، عدالت اجتماعی به این معنی است که فاصله ژرف میان طبقات و برخورداری‌های نابحق و محرومیت‌ها از بین برود. عدالت اجتماعی یعنی استقرار عدل در جامعه و از بین رفتن هرگونه تبعیض، یک ارزش بالاتر و یک مسئله دیگر است (جاویدی، ۱۳۸۵، ص ۲۸) «عدالت اجتماعی یعنی اینکه نظر و نگاه دستگاه قدرت و حکومت، نسبت به آحاد مردم یکسان باشد. در مقابل قانون، امتیازات و برخوردها یکسان باشد» (همان، ص ۳۰) «اما معنای عدل اجتماعی این است که قانون و مقررات و رفتارها نسبت به همه افراد جامعه یکسان باشد. کسی امتیاز ویژه‌ای بدون دلیل نداشته باشد. این معنای عدل اجتماعی است» (همان، ص ۳۱) همان‌گونه بیان گردید، در نگاه آیت‌الله خامنه‌ای، عدالت اجتماعی به معنای برابری عموم شهروندان و دولتمردان در برابر قانون و فقدان تبعیض‌های ناروای اجتماعی است. وی در جایی دیگر با توجه به پیشرفت اقتصادی و اجتماعی برخی از مناطق و عقب ماندگی برخی دیگر از مناطق کشور می‌گوید: «البته معنای عدالت اجتماعی این نیست که ما از پیشرفت‌های بخش پیشرفته کم کنیم؛ نه! باید کمک‌های خود را به بخش عقب‌افتاده بیشتر کنیم تا بتواند پیشرفت کند» (همان، ص ۳۲) آیت‌الله خامنه‌ای در پاسخ به برداشت‌هایی که از منظر سرمایه‌داری از موضوع عدالت و عدالت اجتماعی می‌شود؛ می‌گوید: «بعضی‌ها می‌گویند عدالت یعنی توزیع فقر، نخیر! کسانی که بحث عدالت را می‌کنند

به هیچ وجه منظورشان توزیع فقر نیست، بلکه توزیع عادلانه امکانات موجود است. آن‌هایی که می‌گویند عدالت توزیع فقر است، مغز و روح حرفشان این است که دنبال عدالت نروید، دنبال تولید ثروت بروید تا آنچه تقسیم می‌شود ثروت باشد. دنبال تولید ثروت رفتن بدون نگاه به عدالت همان چیزی می‌شود که امروز در کشورهای سرمایه‌داری مشاهده می‌کنیم. عدالت یعنی امکاناتی که در کشور هست را عادلانه و عاقلانه تقسیم کنیم؛ نه عادلانه بی‌حساب و کتاب. و سعی کنیم همین امکانات را بیش‌تر کنیم تا به همه بیش‌تر برسد، نه اینکه به قشرهای خاص و به‌دسته خاصی بیش‌تر برسد. این وظیفه از وظایف دولت اسلامی بود که شما شعارش را دادید» (همان، ص ۳۳-۳۴).

با تأمل در دیدگاه‌های این دو اندیشمند اسلامی، به وضوح به عمق علمی مباحث شهیدصدر در بحث عدالت اجتماعی پی می‌بریم؛ درحالی‌که دیدگاه‌های آیت‌الله خامنه‌ای علی‌رغم اتقان و اعتدال، از عمق و ژرف‌نگری علمی کمتری برخوردار است. دلیل این مسأله هم روشن است؛ شهیدصدر اساساً در حوزه اقتصاد اسلامی، اقدام به نظریه‌پردازی کرده و اثر ارزشمند او از معدود کتب تألیف‌شده در بحث اقتصاد اسلامی است.

### ۳. اهمیت و جایگاه عدالت اجتماعی در حکومت اسلامی

عدالت اجتماعی آن‌گونه که در آیات و روایات مطرح‌شده و اکثراً اندیشمندان مسلمان به آن اذعان کرده‌اند، جزء مهم‌ترین برنامه‌های اجتماعی اسلام است (حسینی، ۱۳۸۷، ص ۲۲) در این قسمت با توجه به اهمیت موضوع عدالت اجتماعی در حکومت اسلامی، دیدگاه‌های شهیدصدر و آیت‌الله خامنه‌ای مورد بررسی قرار می‌گیرد. شهیدصدر در خصوص اهمیت اصل عدل و عدالت در نظام دینی و جامعه اسلامی معتقد است این که عدل، اصل دوم از اصول دین است و به این وسیله از دیگر صفات الهی متمایز شده، تأکیدی بر مدلول عملی یکی از مهم‌ترین صفات خداوند و نقش آن در جهت‌دهی به خط سیر انسان

تأکید می‌باشد؛ زیرا عدل در مسیر تکامل انسان و قیام این مسیر بر اساس قسط، شرط اساسی رشد هر ارزش والای دیگری است و جامعه بدون عدل و قسط، فضای ضروری برای تحرک آن ارزش‌ها و بروز استعدادها و الا را از دست خواهد داد (صدر، ۱۳۹۳، ص ۱۵۷).

### ۳-۱. عدالت اجتماعی؛ محور حکومت اسلامی

شهید صدر در جایی دیگر با استناد به سخنان امام علی (ع) بر محوریت عدالت در حکومت اسلامی تأکید می‌کند، پس حکومت بر اساس نگاه امام علی (ع)، حکومت حقیقت و عدالت و اجرای درست احکام خداوند بر بندگان است. «... آیا به من امر می‌کنید که با ستم کردن در حق کسانی که بر آنان حکومت دارم پیروزی بجویم؟! به خدا سوگند تا شب و روز در پی هم برقرار است و ستاره در پی ستاره در حرکت است چنین کاری نخواهم کرد؛ زیرا حکومت اسلام، حکومت عدالت و حقیقت و دادگری است. پس اگر حکومت بنیانی از ستم گیرد، معنای اسلامی‌اش را از دست می‌دهد. امام آن مساوات حقیقی که اسلام آورده بود را به اجرا گذاشت و با صراحت تمام علناً فرمود: من فقط یکی از شما هستم هر چه برای شماست برای من هم هست و هر چه شما بر عهده دارید بر عهده من هم هست. وقتی یکی از والیان ایشان خطایی مرتکب شده بود به وی فرمود: به خدا سوگند اگر حسن و حسین آنچه تو انجام داده‌ای را انجام می‌دادند از سوی من هیچ نرمشی نمی‌دیدند و توسط من به هیچ خواسته‌ای نمی‌رسیدند تا اینکه حق را از آنان باز ستانم و باطلی را که از ستمشان به وجود آمده نابود سازم» (صدر، ۱۳۹۴ الف، ص ۳۷۹-۳۸۱).

وی همچنین با استناد به آیات قرآن در خصوص جایگاه عدالت و مساوات در اسلام می‌گوید: «اسلام در میدان عمل، زندگی بر پایه برنامه‌ها و اصول خود را که حق و عدالت و خیر و مساوات است، بنا می‌کند: وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ وَبِغَوْ حَقَّ الْأَنْبِيَاءِ لَوْ كَانُوا مِنْكُمْ لَكُنْتُمْ أَزْوَاجًا لَمَّا جَاءَهُمْ الْبَيِّنَاتُ وَأُنذِرُوا أَنَّهُمْ كَانُوا فِي حَقَّ بَيِّنَاتٍ لَوْ كَانُوا يَحْقِرُونَ» (سوره بقره، آیه ۱۳۶). و اگر حق از پروردگارتان (رسیده) است. و اذاً قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا و لو كَان دَاقِرِبِي و

هنگامی که سخنی می‌گوید عدالت را رعایت نمایید. حتی اگر در مورد نزدیکان شما بوده باشد» (همان، ص ۱۲۱). شهید صدر با استدلال کلامی و همچنین استناد به روایات و سیره علی (ع) و آیات قرآن کریم، محور بودن و بنیانی بودن اصل عدالت اجتماعی را مورد تأکید و اثبات قرار می‌دهد.

### ۳-۲. تجربه عملی عدالت اجتماعی در حکومت اسلامی

اما آیت‌الله خامنه‌ای عدالت را در سه رویکرد مطرح می‌نماید: عدالت در رویکرد هستی‌شناسانه، عدالت در رویکرد اخلاقی و فردگرایانه، عدالت در رویکرد اجتماعی و سیاسی (مهاجرنیا، ۱۳۹۴، ص ۱۴۵) ایشان معتقدند که: «عدالت در بنیان عالم و آفرینش، نقشی اساسی دارد؛ یعنی سنت آفرینش عدل است» (جاویدی، ۱۳۸۵، ص ۴۳) «در جمهوری اسلامی عدل یک پیام شخصی نیست، بلکه عدل یک نظام اجتماعی است» (همان، ص ۲۹) «پیام اسلام اقامه عدل است. قیام اسلامی در ایران برای اقامه عدل بود» (همان، ص ۳۶) «شاید در اسلام در مورد مسائل اجتماعی، هیچ چیز به قدر عدالت، مورد توجه قرار نگرفته است» (همان، ص ۳۷) «عدالت و عدل مهم‌ترین چیز در جامعه است. نظام جمهوری اسلامی مبنایش عدالت است؛ یعنی اگر مقام رهبری از عدالت بیفتد به‌طور خودکار و بدون اینکه هیچ عامل دیگری لازم باشد از رهبری می‌افتد» (همان، ۳۸-۳۹) در اینجا عدالت مورد نظر آیت‌الله خامنه‌ای، عدالت فردی است که همان‌طور که قبلاً اشاره شد یکی از شرایط و صفات ولی فقیه و مرجع حاکم در نظام اسلامی است.

آیت‌الله خامنه‌ای در جای دیگری می‌گوید: «مشروعیت من و شما وابسته به مبارزه با فساد، تبعیض و نیز عدالت خواهی است. این پایه مشروعیت ماست» (همان، ص ۳۹) «نظام اسلامی نظام عدالت است. نظام اسلامی یعنی نظامی که به برکت احکام و شریعت الهی، نظام عدالت و تقوا باشد» (همان، ص ۲۹) «عدالت یکی از خصوصیات جامعه اسلامی است. عدل فقط هم شعار نیست. جامعه اسلامی باید به دنبال عدالت هم برود و اگر عدالت نیست، آن را تأمین

کند. اگر در دنیا دو نقطه وجود دارد که یکی نقطه عدل و یکی نقطه ظلم است و هر دو هم غیر اسلامی هستند، اسلام به آن نقطه عدل ولی غیر اسلامی، توجه موافق دارد» (همان، ص ۵۴) آیت‌الله خامنه‌ای با استفاده از آیات قرآن، عدالت را جزء ذات ادیان می‌داند به طوری که هدف ادیان، ایجاد نظام عادلانه است و بدون داشتن این هدف هیچ دینی وجود ندارد. وی نظام سیاسی علوی را مصداق نظام سیاسی عدالت‌محور معرفی می‌کنند (خسروپناه، ۱۳۹۶، ص ۷۸۱-۷۸۲) «عدالت هدف پیامبران است؛ هدف انقلاب اسلامی هم بوده است. در سایه عدالت، زندگی مردم می‌تواند با رفاه و توسعه مادی به سمت اهداف معنوی هم حرکت کند» (جاویدی، ۱۳۸۵، ص ۵۷).

آیت‌الله خامنه‌ای در جایی دیگر با تأکید بر ضرورت وجود چهار رکن در جامعه اسلامی می‌گوید: «در این مرحله از انقلاب، هدف عمده عبارت است از ساختن کشوری نمونه که در آن رفاه مادی همراه با عدالت اجتماعی و توأم با روحیه و آرمان انقلابی با برخورداری از ارزش‌های اخلاقی اسلام تأمین شود. هریک از این چهار رکن اصلی، ضعیف یا مورد غفلت باشد، بقای انقلاب و عبور آن از مراحل گوناگون ممکن نخواهد بود. ما برای استقرار قسط و عدل قیام و تلاش کردیم» (همان، ص ۵۹) وی درباره دیدگاه خود درباره نوع عدالت می‌گوید: «عدالت‌خواهی و دنبال عدالت رفتن به زبان آسان است، اما در عمل آن قدر با موانع گوناگون مواجه می‌شود که دشوارترین کار هر حکومت و نظامی این است که عدالت را در جامعه تأمین کند. عدالت فقط عدالت اقتصادی هم نیست؛ عدالت در همه امور و شؤون زندگی بسیار دشوار است» (همان، ص ۹۹) «تکیه بر عدالت، اساسی‌ترین و محوری‌ترین اصل یک حرکت الهی است» (همان، ص ۱۰۷) همان گونه که ملاحظه می‌شود جایگاه عدالت در نظام و جامعه اسلامی جایگاهی بس خطیر، محوری و سرنوشت‌ساز است و هر دو اندیشمند بر آن اتفاق نظر دارند. دلیل این اتفاق نظر هم این است که هر دو فقیه با عنایت به آیات و روایات، نقش و جایگاه عدالت اجتماعی را به خوبی شناخته‌اند.

## نتیجه

در تعریف عدل و عدالت و همچنین در میان جایگاه عدالت در نظام و جامعه اسلامی هر دو اندیشمند نظر واحدی اتخاذ کرده‌اند. تنها نکته‌ای که جای تأمل دارد و قبلاً هم ذکر شد عمق علمی و نگاه ژرف‌اندیش شهید صدر در حوزه مباحث نظام اقتصادی اسلام و به‌ویژه عدالت اجتماعی است و اشراف ایشان در بحث اقتصاد اسلام و به تبع آن بحث عدالت اجتماعی مشهود است. شهید صدر و آیت‌الله خامنه‌ای نیز به دلیل اهمیت مباحث عدالت و نقش آن در جامعه و حکومت اسلامی، یکی از رهیافت‌های مهم فکری- اندیشه‌ای خود را به عدالت و عدالت‌ورزی اختصاص داده‌اند.

شهید صدر معتقد است عدلی که مسئولیت‌های جامعه بشری در چهارچوب جانشینی عام خویشی بر پایه آن استوار شده، بُعد اجتماعی عدالت الهی است که پیامبران منادی آن بوده‌اند و بر رسالت آسمانی آن به‌عنوان اصل دوم از اصول دین در کنار توحید تأکید دارد. وی با طرح دو مفهوم تعاون عمومی و توازن اجتماعی و توضیح دقیق معنا و محدوده هر کدام، سعی در ارائه یک الگوی اسلامی قابل اجرا از عدالت اجتماعی داشته و حکومت اسلامی را ملزم به اجرای این الگو بر مبنای احکام شریعت می‌داند.

همچنین آیت‌الله خامنه‌ای درباره اهمیت عدالت بر این باور است که در جمهوری اسلامی عدل یک پیام شخصی نیست، بلکه عدل یک نظام اجتماعی است و هیچ مسئله اجتماعی به اندازه عدالت در اسلام مورد توجه قرار نگرفته است. ایشان عدل را در قله پیام‌های اسلام دانسته و با طرح سه رویکرد خود از عدالت، نظام اسلامی را به سمت تحقق عدالت اجتماعی مبتنی بر نگاهی اسلامی سوق می‌دهند. با تأمل در نکات مطروحه در اندیشه شهید صدر و آیت‌الله خامنه‌ای، می‌توان به شأن و جایگاه عدالت در تفکر این دو اندیشمند مسمان پی برده و در زمینه اصل عدالت‌ورزی، قرابت زیادی بین آرای این دو فقیه اندیشمند مشاهده نمود.

## حامی مالی

بنا به اظهار نویسندهٔ مسئول، این مقاله حامی مالی نداشته است.

## سهم نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در نگارش مقاله مشارکت یکسان داشته‌اند و محتوای آن را تأیید میکنند.

## تضاد منافع

نویسندگان اعلام می‌دارند که هیچ تضاد منافی در رابطه با نویسندگی و یا انتشار این مقاله ندارند.

## منابع

آلتن، اندرو؛ درآمدی بر فلسفه حقوق؛ ترجمه بهروز جندقی؛ قم: مرکز انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، ۱۳۸۶.

ارسطو؛ سیاست؛ ترجمه حمید عنایت؛ تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۹۰.

جاوید، محمدجواد؛ قانون و قانونگذاری در اندیشه اندیشمندان شیعه؛ تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹.

جاوید، محمدجواد؛ مشروعیت قدرت و مقبولیت دولت در قرآن؛ تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸.

جاوید، محمدجواد؛ نقد مبانی فلسفی حقوق بشر؛ تهران: نشر مخاطب، ۱۳۹۲.

جاویدی، مجتبی؛ قاموس عدالت؛ بررسی مبانی نظری و عملی عدالت در کلام مقام معظم رهبری؛ تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۵.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق؛ تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۸.

جوادی آملی، عبدالله؛ فلسفه حقوق بشر؛ قم: مرکز نشر اسراء، ۱۳۸۹.

جهانیان، ناصر؛ «نظریه جامع عدالت»، فصلنامه فلسفه دین؛ ش ۶، تابستان ۱۳۸۹، ص ۹۷-۱۳۴.

حسینی، سیدرضا؛ «معیارهای عدالت اقتصادی از منظر اسلام (بررسی انتقادی نظریه شهید صدر)»، فصلنامه اقتصاد اسلامی؛ ش ۳۲، زمستان ۱۳۸۷، ص ۳۶-۵.

حسینی زاده، سیدمحمدعلی؛ «مشروعیت و عدالت در اندیشه سیاسی شیعه، درآمدی بر مشروعیت عدالت بنیاد»، فصلنامه شیعه‌شناسی؛ ش ۵۳، بهار ۱۳۹۵، ص ۱۱۸-۸۷.

خسروپناه، عبدالحسین و دیگران؛ منظومه فکری آیت‌الله العظمی خامنه‌ای؛ تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶.

- صدر، سیدمحمدباقر؛ اسلام راهبر زندگی، مکتب اسلام، رسالت ما؛ ترجمه سیدمهدی زندیه؛ قم: انتشارات دارالصدر، ۱۳۹۳.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ اقتصاد ما؛ ترجمه محمدکاظم موسوی؛ ج ۱، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، [بی تا].
- صدر، سیدمحمدباقر؛ امامان اهل بیت (ع) مرزبانان حریم اسلام؛ ترجمه رضا ناظمیان و حسام حاج مؤمن؛ قم: انتشارات دارالصدر، ۱۳۹۴ (الف).
- صدر، سیدمحمدباقر؛ بارقه‌ها؛ ترجمه سیدامید مؤذنی؛ قم: انتشارات دارالصدر، ۱۳۹۴ (ب).
- طباطبایی، سیدمحمدحسین؛ تفسیرالمیزان؛ ج ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۷۴.
- کاتوزیان، ناصر؛ کلیات حقوق؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸.
- کاتوزیان، ناصر؛ مبانی حقوق عمومی؛ تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۲.
- کاتوزیان، ناصر؛ مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱.
- کعبی، عباس؛ مبانی حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ تهران: سازمان بسیج حقوقدانان، ۱۳۹۴.
- مصباح یزدی، محمدتقی؛ حقوق و سیاست در قرآن؛ ج ۱، قم: مرکز انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، ۱۳۸۹.
- مطهری، مرتضی؛ مجموعه آثار؛ ج ۱۳ و ۲۱، تهران: انتشارات صدرا، ۱۳۷۴.
- موحد، محمدعلی؛ در هوای حق و عدالت؛ تهران: نشر کارنامه، ۱۳۸۱.
- مهاجرنیا، محسن؛ فلسفه سیاسی آیت الله خامنه‌ای؛ تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۴.
- نمازی، حسین و علیرضا لشکری؛ «توازن و رویکردهای عدالت، کنکاشی در رویکرد شهید صدر و شهیدمطهری به توازن»، فصلنامه معرفت اقتصاد اسلامی؛ ش ۲، بهار و تابستان ۱۳۹۱، ص ۹۷-۱۲۲.
- واعظی، احمد؛ نقد و بررسی نظریه‌های عدالت؛ قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، ۱۳۹۳.

## Requirements for the favorable transfer of the government in the legal system of the Islamic Republic of Iran

**Fatemeh Zaboli Zavareh**

PhD Candidate, Department of Public and International Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.

Email: 96zaboli@chmail.ir

**Alireza Dabirneya\*** (Corresponding Author)

Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.

Email: dr.dabirnia.alireza@gmail.com

**Soudeh Shamloo**

Assistant Professor, Department of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Email: sou.shamlou@gmail.com



Use your device to scan and read the article online

**Citation** Zaboli Zavareh, F., Dabirneya, A., Shamloo, S. (2025). Requirements for the favorable transfer of the government in the legal system of the Islamic Republic of Iran. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22(86): 105-145

 [10.22034/ilaw.2025.709052](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.709052)

Received: 13 August 2023 , Accepted: 21 November 2023

### Abstract

The current process of transferring the government in the country does not fit the goals of the constitution in order to guarantee the rights and freedoms of the people. This process has led to the creation of an important void in the country's governance system and consequences such as: inefficiency and weakening of government policies in the last year; reducing the quality of public services; Instability of government plans and decisions; reducing the motivation and obedience of the body of the administrative bodies to the high administrative authorities; Increasing public dissatisfaction with the performance of governments at the end of the term of office; And... has left. This article aims to solve the problems caused by the transfer of the government with the current method, with descriptive analytical method and with library tools in an effort to define and create a coherent and comprehensive process for the desired transfer of the government in Iran and seeks to answer the main question that the requirements What is the legality of making changes in the current process of transferring the government and moving towards a favorable process? It seems that by creating a legal platform and activating legal capacities, we can provide a solution that avoids many of the current damages and shortcomings of the transfer of the government, the practical continuity of the government and public services; and provide dynamics and efficiency of the administrative and political system. For this purpose, after delineating the desired process of government transfer, the most important requirements for the realization of this process and the necessary proposals in this field have been presented, among which we can mention the partial amendment of some basic principles of the constitution and the existing basic procedures related to the transfer of government and the strengthening of supervisory levers.

### Keywords

Government, Executive Branch, Government Transfer, Constitution, Desirable Process.



## Extended Abstract

### 1. Introduction

The current process for the transfer of government in the Islamic Republic of Iran is inadequate, failing to align sufficiently with the constitutional objective of guaranteeing people's rights and freedoms. This deficiency has resulted in a significant governance vacuum, leading to negative consequences such as declining motivation among high-ranking officials in the final year of their term, reduced quality of public services, instability in governmental plans, increased public dissatisfaction, and general political and administrative turbulence. The continuity of public services is frequently disrupted, particularly during a transition period lasting at least four months, as new administrations grapple with inexperience and time-consuming efforts to master their responsibilities.

The transfer of government involves the movement of political and executive power—the largest part of a nation's political authority—from the outgoing executive branch to the newly elected one. Given that one primary goal of a democratic transfer is the rotation of power to secure public rights and liberties, fundamental reforms are necessary when existing structures impede this goal. This article aims to identify the legal requirements necessary to define and implement a cohesive and comprehensive desirable process for the transfer of government in Iran, thereby facilitating the practical continuity of the government and enhancing administrative efficiency.

### 2. Research Methodology

This research is classified as applied based on its objective. Methodologically, it employs a descriptive-analytical approach. The required data and information were gathered using library tools (bibliographic resources). The study addresses the primary research question: What are the legal requirements for changing the current process of government transfer and moving toward a desirable process?. A notable limitation faced by this study was the lack of previous scientific research on the subject and the absence of practical governmental or parliamentary legislation addressing the challenges of the transition period.

### 3. Research Findings

The research proposes a desirable government transfer process designed to minimize current deficiencies and ensure efficiency and continuity. Key components of this desirable process include:

- 1. Modified Timeline:** Changing the existing six-month transition period

■ Requirements for the favorable transfer of the government in the legal system of to provide sufficient time for planning and preparation. This includes earlier identification of candidates and allowing the selected individual and their cabinet enough time to familiarize themselves with national affairs, preventing disruption in public services.

**2. Early Cabinet Disclosure:** Requiring presidential candidates to present a list of proposed ministers, high-ranking officials, and executive policies upon registration. This assists monitoring bodies and the public in evaluating the candidates' managerial competence and speeds up cabinet formation post-election.

**3. Accelerated Transition Steps:** Holding the presidential election, issuing the mandate ratification (Tanfiz), and conducting the inauguration and vote of confidence for ministers earlier than the current schedule, ideally before the incumbent government's term officially ends. The start of the new President's term and ministerial authority should be simultaneous with the official end of the previous term.

**4. Mandatory Apprenticeship (Karvarzi):** Requiring the new President and ministers to undergo a period of practical internship alongside the corresponding members of the incumbent government for approximately one or two months before formally assuming office. This prepares the new officials, allowing them to commence administration immediately with full knowledge, mitigating the impact of the transition period on public services.

The realization of this desirable process necessitates several prerequisites tailored to Iran's political and legal structures:

- **Public Opinion Engagement:** Clarifying the necessity of changing the current process for public opinion. Public awareness and support create a powerful demand that pressures officials and counters resistance from those benefiting from the flawed status quo.

- **Attitudinal Change:** Promoting the need for a change in the attitude and behavior of political and administrative officials, supported by scientific research detailing the current process's negative impacts (e.g., public dissatisfaction and managerial demotivation).

- **Constitutional and Legal Reform:** Requiring minor amendments to specific constitutional principles and associated laws. Examples include amending Article 3 of the Presidential Election Law to extend the preparation period from five months to approximately eight months, and amending Article 119 and 133 to mandate that the ratification (Tanfiz) and the parliamentary vote of confidence occur sooner, ensuring the new President starts

their tenure with their approved cabinet. This also means resolving current legal ambiguities, such as whether former ministers can continue working until new ministers are approved, which conflicts with the principle of presidential responsibility (Article 134).

- **Strengthening Oversight:** Defining extraordinary oversight duties for supervisory bodies during the final months of the incumbent government. This includes intensifying judicial scrutiny and defining new legal guarantees and penalties for officials exhibiting negligence or dereliction of duty. Special attention should be paid to monitoring large treasury withdrawals and appointments during the last nine months of the term.

#### 4. Conclusion

The research concludes that the problems inherent in the current government transfer process—particularly the weakening of public service continuity—can be resolved through a structured, multi-stage reform. The adoption of the proposed desirable process, which involves revised timing, early preparation, mandatory apprenticeship, and faster ratification procedures, offers a robust solution. Successful implementation hinges on simultaneously meeting crucial prerequisites: building public demand, changing official behaviors, undertaking specific constitutional amendments (including principles related to presidential responsibility and ministerial approval), recognizing and reforming problematic basic legal practices, and drastically strengthening oversight mechanisms. Executing these measures will lead to a more efficient and dynamic administrative and political system, ensuring governance continuity and bolstering national authority.

#### Funding

There is no funding support.

#### Authors' Contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work

#### Conflict of Interest

Authors declared no conflict of interest.

#### Acknowledgments

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.



# الزامات انتقال مطلوب دولت در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

فاطمه زابولی زواره

دانشجوی دکتری تخصصی، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.  
 Email: 96zaboli@chmail.ir

علیرضا دبیرنیا\* (نویسنده مسئول)

دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.  
 Email: dr.dabirnia.alireza@gmail.com

سوده شاملو

استادیار گروه حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.  
 Email: sou.shamlou@gmail.com



استناد زابولی زواره، فاطمه؛ دبیرنیا، علیرضا و شاملو، سوده (۱۴۰۴). الزامات انتقال مطلوب دولت در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۲ (۸۶): ۱۴۵-۱۰۵

doi 10.22034/ilaw.2025.709052

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۲۲، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۳۰

## چکیده

فرایند فعلی انتقال دولت در کشور، تناسب لازم با اهداف قانون اساسی در جهت تضمین حقوق و آزادی‌های مردم را ندارد. این فرایند منجر به ایجاد یک خلأ مهم در نظام حکمرانی کشور شده و تبعاتی نظیر: ناکارآمدی و تزلزل سیاست دولت‌ها در سال پایانی؛ کاهش کیفیت خدمات عمومی؛ بی‌ثباتی برنامه‌ها و تصمیمات دولتی؛ کاهش انگیزه و تبعیت بدنه دستگاه‌های اداری از مقامات عالی اداری؛ افزایش نارضایتی عمومی از عملکرد دولت‌ها در اواخر دوره مسئولیت؛ و... بر جای گذاشته است. مقاله حاضر باهدف رفع معضلات ناشی از انتقال دولت با روش فعلی، به روش توصیفی تحلیلی و با ابزارهای کتابخانه‌ای در تلاش به‌منظور تعریف و ایجاد یک فرایند منسجم و همه‌جانبه‌جهت انتقال مطلوب دولت در ایران بوده و به‌دنبال پاسخ به این سؤال اصلی است که الزامات حقوقی ایجاد تغییر در روند فعلی انتقال دولت و حرکت به سمت یک فرایند مطلوب چیست؟ به‌نظر می‌رسد می‌توان با بسترسازی حقوقی و فعال‌نمودن ظرفیت‌های قانونی به ارائه راهکاری پرداخت که با پرهیز از بسیاری آسیب‌ها و نواقص فعلی انتقال دولت، زمینه استمرار عملی دولت و خدمات عمومی؛ و موجبات پویایی و کارآمدی نظام اداری و سیاسی را فراهم نماید. بدین منظور، پس از ترسیم فرایند مطلوب انتقال دولت، مهم‌ترین اقتضائات تحقق این فرایند و پیشنهادهای لازم در این زمینه ارائه گردیده است که ازجمله می‌توان به اصلاح جزئی برخی اصول قانون اساسی و رویه‌های اساسی موجود در رابطه با انتقال دولت و تقویت اهرم‌های نظارتی اشاره کرد.

## واژگان کلیدی

دولت، قوه مجریه، انتقال دولت، قانون اساسی، فرایند مطلوب.



## مقاله

انتقال دولت، مجموعه فرایندی است که در طی آن بخشی از قدرت سیاسی و قدرت اجرایی کشور که در اختیار قوه مجریه است - و بخش اعظم قدرت سیاسی یک کشور نیز محسوب می‌شود - از دولتی که مدت قانونی‌اش روبه‌اتمام است به دولت جدید منتخب منتقل شده و این انتقال در تمام زیرمجموعه‌های دولت جدید، ساری و جاری می‌گردد.<sup>۱</sup>

واضح است که یکی از مهم‌ترین اهداف انتقال دولت به روش مردم‌سالارانه، گردش قدرت، به‌منظور تضمین حقوق و آزادی‌های مردم است و اگر عملکردها، سیاست‌ها و ساختارهای موجود در جریان انتقال دولت با این هدف همخوانی نداشته و یا از آن فاصله گرفته باشد، حرکت در جهت اصلاح آن ضروری خواهد بود. هرچند تدوین‌کنندگان قانون اساسی به مسئله انتقال دولت به‌صورت یک فرایند به‌هم‌پیوسته توجه نداشته‌اند، اما مراحل مختلف آن را به‌صورت جزء‌جزء مدنظر داشته و در جهت تدوین اصول مربوطه با حداقل ایرادات تلاش نموده‌اند. با این حال در گذر زمان و طی بیش از ۴۰ سال اجرای این اصول و قوانین و آئین‌نامه‌های مرتبط با آن، معضلات و مشکلات زیادی که عمدتاً ناشی از عدم‌نگاه جامع و فرایندی به موضوع است خود را نشان داده و تضمین حقوق مردم را با مشکل مواجه کرده است. انتخاباتی شدن طولانی‌مدت فضای کشور، بی‌انگیزگی مقامات و مدیران ارشد به‌دلیل نزدیک‌شدن به پایان مدیریت، عدم‌ارائه صحیح و به‌موقع خدمات توسط کارمندان به‌دلیل بلا تکلیفی حاکم بر رأس اداره، ائتلاف وقت در تشکیل و شروع به کار دولت، عدم تسلط مدیران جدید بر امور محوله، ضعف نظارت و... مشکلات فرایند انتقال دولت در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران است که مکرر و به‌وفور در فضای اداری

۱. انتقال دولت مدنظر تحقیق حاضر، در پی یک اقدام مردم‌سالارانه و به‌دنبال به‌رسمیت‌شناختن حق مردم بر تعیین سرنوشت و مشارکت آحاد مردم به‌عنوان صاحبان حق در انتخاب رئیس دولت انجام خواهد شد؛ بنابراین تغییر دولت به روش‌های دیگر نظیر کودتا، انقلاب و... مدنظر نیست.

کشور قابل مشاهده است. این مشکلات پیامدهای عمیقی چون مواجهه دولت با خلأ مدیریتی و بلا تکلیفی دستگاه‌های اجرایی، ایجاد وقفه در خدمات عمومی، نارضایتی و بی‌اعتمادی عمومی، کاهش اقتدار و ثبات نظام سیاسی، کاهش اقتدار و اعتبار دولت در عرصه بین‌المللی و... را به دنبال داشته و یا ممکن است زمینه‌ساز آن باشد. به عنوان مثال تجربه نشان داده است که بی‌انگیزگی و دچار روزمرگی شدن در میان وزرای دولتی که مدت قانونی‌اش روبرو به اتمام است به یک امر عادی تبدیل شده و بدنه وزارتخانه‌ها نیز دستورات و تدابیر وزیری که در آستانه تودیع است را جدی نمی‌گیرند. از طرفی اداره امور توسط وزرای جدیدی که پس از طی روند انتقال دولت انتخاب می‌شوند نیز به دلیل بی‌تجربگی و زمان‌بر بودن تسلط بر شرایط کاری جدید، با کندی و رخوت مواجه است. در نتیجه در یک بازه حداقل چهارماهه امور اجرایی و اصل «استمرار خدمات عمومی» با اختلال مواجه شده و بعضاً خسارات جبران‌ناپذیری برای کشور و مردم در پی خواهد داشت. البته نباید از زمینه‌های شکل‌گیری شرایط فعلی غافل شد؛ از ضعف‌های قانونی تا کم‌کاری‌های نظارتی، از زمینه‌های سیاسی تا تأثیر فرهنگ و تاریخ ایران و زمینه‌ها و سازوکارهای اقتصادی که در طول سالیان متمادی روند فعلی انتقال دولت را شکل داده و به یک‌رویه عادی تبدیل نموده‌اند. بدین ترتیب ضرورت ایجاد تغییر در فرایند فعلی کاملاً واضح به نظر می‌رسد. این مقاله که به لحاظ طبقه‌بندی بر مبنای هدف، کاربردی و به لحاظ طبقه‌بندی بر مبنای روش، یک تحقیق توصیفی - تحلیلی با ابزارهای کتابخانه‌ای است، با هدف رفع معضلات ناشی از انتقال فعلی دولت، به دنبال پاسخ‌گویی به این سؤال اصلی است که الزامات حقوقی ایجاد تغییر در روند فعلی انتقال دولت و حرکت به سمت یک فرایند مطلوب چیست؟ به نظر می‌رسد می‌توان با تغییرات جزئی در برخی اصول قانون اساسی و رویه‌های اساسی موجود و همچنین تقویت اهرم‌های نظارتی و برخی تغییرات دیگر که شرح

داده خواهد شد به سمت ایجاد یک فرایند انتقال دولت با حداقل ایرادات و مشکلات حرکت نمود.

یکی از مطالب قابل توجه در این مقاله آن است که انجام این پژوهش به دلیل عدم توجه علمی و عملی به موضوع با محدودیت مواجه بود. اولاً تاکنون هیچ تحقیق علمی راجع به موضوع این پژوهش صورت نگرفته و موردتوجه محققین نبوده است. ثانیاً با وجود درک و قابل حس بودن مشکلات ناشی از فرایند فعلی انتقال دولت، گام عملی از سوی مجلس برای تصویب قانون مختص دوران انتقال دولت صورت نگرفته و دولت نیز با وجود درک و لمس این مسئله در هر دوره انتقال دولت، لایحه‌ای برای اصلاح آن به مجلس ارائه نداده است و حتی دستورالعمل قابل توجهی که بتواند راه‌حلی ولو موقت در این زمینه ارائه دهد نیز دیده نمی‌شود. هر چند در دیدارهای غیررسمی و صحبت‌های دسته‌وگریخته با برخی مدیران و حتی کارمندان، به وضوح و فراوانی قابل توجه، به اهمیت این مسئله و مشکلات ناشی از آن پرداخته می‌شود؛ اما اقدام عملی برای رفع ایرادات روند فعلی یا ارائه راه‌حل و الگوی جدید دیده نمی‌شود. علاوه بر اینها، تأکیدات مکرر مقام رهبری در دیدارهای ماه‌های پایانی دولت‌ها بر تلاش تا آخرین لحظات و گرفتارنشدن در معضلات و مفاسد سال پایانی دولت، بر اهمیت موضوع و لزوم ایجاد عزم جدی در جهت رفع این معضل می‌افزاید. به خصوص آنکه سیاست‌های کلی نظام اداری نیز در بندهای مختلف با اشاراتی چون چابک‌سازی تشکیلات اداری (بند ۱۰)، تسریع و تسهیل در ارائه خدمات کشوری (بند ۱۲)، خدمات‌رسانی برتر به منظور ارتقای سطح رضایتمندی و اعتماد مردم (بند ۱۷)، کارآمدسازی و هماهنگی ساختارها و یکپارچه‌سازی اطلاعات (بند ۲۵) و... تکلیف قانونی در جهت اصلاح وضعیت موجود ایجاد می‌نماید.

## ۱. ترسیم فرایند انتقال مطلوب دولت

انتقال مطلوب دولت، بخشی از فرایند حکمرانی مطلوب است. حکمرانی مطلوب، حرکت از «وضعیت نامطلوب» به «وضعیت مطلوب» بر اساس راهبرد ترسیم الگوی حکمرانی مطلوب می‌باشد؛ این تغییر و دگرگونی بایستی در ویژگی‌های بنیادین حکمرانی در ابعاد و سطوح مختلف اجرا و نهادینه شود (عابدی درچه، ۱۳۹۸، ص ۱۲۸). حکمرانی مطلوب به دنبال به حداقل رساندن فساد و لحاظ کردن مشکلات اقشار آسیب‌پذیر در تصمیم‌گیری‌هاست. همچنین حکمرانی مطلوب به نیازهای فعل و آینده جامعه اهمیت داده و آنها را مورد توجه قرار می‌دهد (زارعی و دیگران، ۱۴۰۰، ص ۱۱۹)؛ بنابراین انتقال مطلوب دولت نیز در جهت رسیدن به اهداف حکمرانی مطلوب حرکت خواهد کرد. با توجه به آسیب‌ها و معضلات فرایند فعلی انتقال دولت که حکمرانی شایسته و در خور نظام جمهوری اسلامی را با اختلال مواجه کرده است؛ ارائه راهکار عملی در جهت انتقال مطلوب دولت که تا حد ممکن فاقد ایرادات و آسیب‌های شرایط فعلی باشد ضروری به نظر می‌رسد. فرایندی که به مشارکت آگاهانه مردم در انتخابات و انتقال مطلوب قدرت کمک نماید؛ به افزایش رضایت‌مندی و اعتماد عمومی منجر شود؛ تضمین شایسته‌تر حقوق عامه را در پی داشته باشد؛ باعث استمرار عملی دولت و انسجام و کارآمدی نظام اداری شود و زمینه ارتقای نظام حکمرانی کشور و تحکیم و توسعه اقتدار ملی را فراهم نماید؛ بنابراین به ترسیم فرایند انتقال مطلوب دولت با ارائه راهکارهای عملی پیشنهادی در این رابطه خواهیم پرداخت.

انتقال مطلوب دولت با تغییراتی در زمان‌بندی همراه است تا زمان کافی برای انجام این فرایند فراهم شود. از ارائه زمان کافی برای انجام مقدمات انتخابات تا برنامه‌ریزی و تغییر در بازه زمانی حدود شش ماهه فعلی به گونه‌ای که رئیس‌جمهور جدید و کابینه‌اش فرصت کافی برای تسلط بر امور کشور را داشته و وقفه‌ای در ارائه خدمات عمومی ایجاد نشود. تغییر در

زمان‌بندی دارای چند مزیت است؛ از جمله اینکه: ۱. نامزدهای قطعی زودتر مشخص می‌شود. ۲. این نامزدها با فراغ‌بال و تمرکز بیشتری به تعیین همکاران و برنامه‌های خود می‌پردازند. ۳. به عاقلانه نمودن تصمیم نامزدها برای شرکت نهایی در انتخابات کمک خواهد کرد. ۴. از ایجاد هیجان‌ناکاذب توسط افراد و جناح‌هایی که شاید اصلاً نامزد قطعی در انتخابات نداشته باشند جلوگیری می‌شود. ۵. تمرکز دولت حاضر از رتق و فتق امور کشور به مسائل حاشیه‌ای - که متأثر از غلبه سیاست فردی در فرهنگ سیاسی کشور است - منحرف نخواهد شد. ۶. عمل انتقال دولت پس از انتخابات به دلیل آمادگی کامل فرد منتخب با سرعت بیشتری انجام خواهد شد.

مرحله بعدی ارائه فهرست اسامی وزرا، مقامات عالی و سیاست‌های اجرایی دولت آینده توسط نامزدهای ریاست‌جمهوری است. این امر علاوه بر اینکه شورای نگهبان را در تشخیص خصوصیت مدیر و مدبر بودن نامزد مقام ریاست‌جمهوری یاری می‌رساند، نقش مهمی در میزان اقبال یا اقبال جریان‌های سیاسی و افکار عمومی به فرد داوطلب ریاست‌جمهوری دارد؛ چراکه نشان‌دهنده نوع نگاه آن نامزد به اداره و حل معضلات اساسی کشور و توانایی وی در به‌کارگیری مدیران توانمند است. این مرحله تأثیر زیادی در آمادگی نامزدها برای شرکت در انتخابات داشته و تنها نامزدهایی که برنامه و تیم دقیق و کامل دارند را به سمت ثبت‌نام سوق می‌دهد. ایجاد الزام مذکور می‌تواند هم‌زمان جنبه سیاسی و حقوقی داشته باشد. انتشار عمومی این فهرست، علاوه بر کمک به مراجع نظارتی و مراجعی که استعلامات مربوطه از آنها صورت می‌گیرد، ضمن ایجاد یک نظارت عمومی، مردم را نیز در انتخاب صحیح و عاقلانه یاری می‌رساند و نکته مهم دیگر اینکه سرعت تشکیل کابینه و گذار از دوران انتقال دولت را افزایش خواهد داد.

انتخاب رئیس‌جمهور بعدی، زودتر از زمان‌بندی فعلی، تسریع در صدور اعتبارنامه و تنفیذ حکم ریاست‌جمهوری و برگزاری مراسم تحلیف و رأی

اعتماد به وزرا زودتر از زمان پایان دولت فعلی از مراحل دیگر این فرایند است. انتخاب زودتر رئیس جمهور، زمان بیشتری در اختیار فرد منتخب قرار می‌دهد تا با فراغ‌بال مناسب به امور تشکیل دولت کارآمد و منسجم خود پردازد. ازجمله مزایای این مرحله: ۱. آرام‌شدن فضای عمومی کشور ۲. آشنایی سریع‌تر با مسئولیت پیشرو و تسلط بر آن ۳. تشکیل سریع‌تر کابینه ۴. مشخص‌شدن قطعی همکاران رئیس جمهور (به‌غیر از وزرا) ۵. مشخص‌شدن سریع‌تر سیاست‌های دولت جدید برای اداره کشور ۶. رفع بلا تکلیفی کارمندان و مجریان سیاست‌های دولت خواهد بود. همچنین مقام رهبری با لحاظ همه ملاک‌های شرعی و قانونی و مصالح عمومی، حکم رئیس جمهور جدید را زودتر از تاریخ فعلی که رویه‌شده است صادر می‌کند؛ اما تصرفات رئیس جمهور جدید از همان تاریخ اتمام دوره ریاست جمهوری قبلی است. در صورت الزام نامزدهای ریاست جمهوری به ارائه لیست وزرا و معاونین در زمان ثبت‌نام، فرد منتخب در فاصله مشخص‌شدن نتیجه انتخابات و صدور اعتبارنامه توسط شورای نگهبان تا تنفیذ، تنها به تثبیت نهایی لیست همکاران خود پرداخته و نیاز به زمان طولانی‌تری ندارد؛ بنابراین کوتاه‌نمودن این زمان، نقش مهمی در انتقال سریع‌تر و بهینه دولت خواهد داشت.

از سویی دیگر مجلس در این مدت به انتخاب وزرا پرداخته و زمینه انتقال سریع‌تر دولت را فراهم می‌کند. در انتقال مطلوب دولت با توجه به اهمیت حفظ زمان برای کم‌نمودن اثرات منفی دوره انتقال دولت، مراسم تحلیل‌ف در حداقل زمان ممکن و درست بعد از روز تنفیذ صورت می‌گیرد و رئیس جمهور نیز موظف است لیست نهایی کابینه خود را در همان مراسم تقدیم رئیس مجلس کند. مزیت این روش آن است که با توجه به ارائه لیست کابینه و سیاست‌های اجرایی دولت، هم‌زمان با اعلام نامزدی فرد منتخب در انتخابات، نمایندگان مجلس با لحاظ جنبه‌های سیاسی و مدیریتی، آشنایی

کافی با همکاران رئیس‌جمهور جدید و طرز فکر، خط‌مشی سیاسی و روش کلی آنها برای اداره زیرمجموعه خود داشته و نیاز به صرف زمان زیاد برای شناخت آنها ندارند. در چنین حالتی کابینه جدید نیز حدود یک ماه قبل از پایان دولت قبلی مشخص می‌گردد.

حتی استعلام سوابق افراد موردنظر رئیس‌جمهور منتخب برای سمت‌های حساس، حداکثر تا قبل از برگزاری مراسم تحلیف انجام می‌گیرد. شروع به کار رسمی وزرای جدیدی که زودتر از موعد پایان مهلت قانونی دولت قبل، از مجلس رأی اعتماد گرفته‌اند نیز هم‌زمان با تاریخ شروع به کار رئیس‌جمهور جدید خواهد بود. همچنین در صورت رأی‌نیاب کردن برخی از وزرای پیشنهادی، فرصت لازم برای معرفی گزینه جدید تا قبل از شروع به کار دولت وجود دارد و مشکل بدون وزیر بودن برخی وزارتخانه‌ها در ابتدای کار دولت کمتر خواهد شد. بدین ترتیب شروع به کار رئیس‌جمهور جدید با کابینه موردنظر خود اوست و مجبور نیست تا مشخص شدن وزرای کابینه خود با وزرای کابینه دولت قبل کار کند.

کارورزی<sup>۱</sup> رئیس‌جمهور و وزرای جدید در کنار دولت فعلی تا پایان زمان رسمی دولت فعلی و تعیین معاونان و مدیران عالی وزارتخانه توسط وزیر جدید در زمان کارورزی دو بخش دیگر از فرایند انتقال مطلوب دولت است. در انتقال مطلوب دولت، رئیس‌جمهور جدید و وزرا، تقریباً یکی دو ماه زودتر از پایان دولت مستقر مشخص خواهند شد. علت در نظر گرفتن این فاصله زمانی، زمینه‌سازی و استفاده از امکانات برای آمادگی رئیس‌جمهور و وزرای جدید در کنار رئیس‌جمهور و وزرای دولت مستقر و آشنایی با امور است. چراکه یکی از معضلات دوران انتقال دولت که مردم با تبعات بسیار آن درگیر هستند و هم از کارایی دولت کاسته و هم پیامدهایی چون وقفه در

۱. اصطلاح کارورزی در این مقاله، مسامحتاً و برای تقریب به ذهن، برای دوره آمادگی رئیس‌جمهور جدید و وزرا به کار برده شده است.

خدمات عمومی، نارضایتی عمومی، کاهش اقتدار و اعتبار دولت و... دارد، دوره گذاری است که اعضای دولت جدید در حال آشنایی و تسلط بر امور هستند. در صورت ایجاد الزام قانونی برای دولت مستقر جهت همکاری و برای دولت منتخب برای طی کردن این دوره قبل از دست گرفتن رسمی سکان مدیریت، رئیس‌جمهور و وزرا با آمادگی و شناخت کامل از همان روز اول به اداره امور و حل معضلات و مشکلات کشور خواهند پرداخت. کارورزی یا همان دوره تبادل و تعامل اعضای دولت جدید در کنار دولت قبل در قوانین برخی کشورهای دیگر نیز دیده می‌شود. قانون گذار ریاست‌جمهوری امریکا در همین زمینه است و در مواد و بخش‌های مختلف به زمینه‌سازی و استفاده از امکانات برای آمادگی دولت جدید اشاره دارد (برای مطالعه بیشتر، ر.ک: زابولی زواره، دبیرنیا و شاملو، ۱۴۰۳).<sup>۱</sup>

فرایند مطلوب انتقال دولت، تعیین معاونان و مدیران عالی وزارت‌خانه‌ها در استان‌ها را نیز به دوره کارورزی وزرا موقوف کرده تا بلافاصله پس از شروع به کار رسمی دولت، با تمام توان به اداره امور اجرایی کشور بپردازند. البته این مرحله نیازمند سازوکارهای دقیق‌تری است؛ با این حال در فرایند انتقال مطلوب، قواعد به گونه‌ای تعیین می‌شوند که وزیر آماده‌به‌کار بدون داشتن اجازه دخالت در امور اجرایی و عزل و نصب‌ها، اجازه تعیین همکاران خود برای پست‌های مدیریتی را نداشته باشد و این مدیران نیز فرصت لازم برای طی کردن دوره کارورزی قبل از آغاز به کار رسمی دولت را داشته باشند. یکی از مزایای مهم این مرحله در کنار آمادگی و آشنایی مدیران با امور اجرایی، زیر نظر بودن مدیران و وزیران مستقر توسط مدیران و وزیران آماده‌به‌کار است. تجربه ثابت کرده که بیشترین تخلف در عزل و نصب‌ها و صدور

۱. ماده ۳، a: مدیر خدمات عمومی موظف است خدمات و امکانات لازم را برای آمادگی جهت تصدی رسمی پست‌های ریاست‌جمهوری و معاون وی در اختیار آنان قرار دهد... ماده ۸، a، ۱: پرداخت هزینه‌ها در دوران گذار و در طول دوره ریاست‌جمهوری برای جلسات توجیهی، کارگاه‌های آموزشی، یا سایر فعالیت‌ها برای آشنایی منصوبان کلیدی بالقوه ریاست‌جمهوری با انواع مشکلات و چالش‌ها که معمولاً هنگام گذار از مبارزات انتخاباتی و سایر فعالیت‌های قبلی به مسئولیت حکومت‌داری با منصوبان سیاسی جدید مواجه می‌شوند.

بخش نامه‌ها و دستورالعمل‌های جدید که هم در جهت منافع دولت مستقر است و هم بار مالی و تعهدات کمرشکنی به دولت جدید بار می‌کند در همین ایام اتفاق می‌افتد که این دوره کارورزی می‌تواند از بروز این تخلفات یا سوءاستفاده‌ها نیز جلوگیری کند.

پس از طی شدن مراحل ذکرشده، کابینه جدید با حداکثر اعضا و آمادگی کامل شروع به کار نموده و بدون وقفه زمانی و نیاز به صرف زمان برای تسلط بر امور کشور به اداره و سیاست‌گذاری می‌پردازد. اعضای کابینه دولت قبل نیز به مدت سه ماه به‌عنوان مشاور در کنار کابینه جدید خواهند ماند و در موارد ضروری یاریگر دولت جدید در خدمت‌رسانی شایسته به مردم خواهند بود.

## ۲. اقتضائات تحقق انتقال مطلوب دولت

انتقال مطلوب دولت نیازمند الزامات و پیش‌زمینه‌هایی است که برقراری آنها متناسب با نیازهای بومی، شرایط فرهنگی و مبانی و ساختارهای سیاسی - حقوقی نظام جمهوری اسلامی ایران، راه رسیدن به انتقال مطلوب را هموارتر خواهد نمود. معمولاً تغییر رویه‌های به وجود آمده در عرصه حکمرانی علاوه بر اینکه زمان بر است با موانعی هم روبه‌رو خواهد شد. از همین رو جهت رسیدن به مقصود و تحقق فرایند انتقال مطلوب دولت، لازم است اقدامات متنوعی به طور هم‌زمان در راستای زمینه‌سازی برای پذیرش موضوع در جامعه سیاسی صورت بگیرد که در ادامه به‌اختصار بیان خواهد شد.

### ۲-۱. تبیین ضرورت تغییر فرایند فعلی برای افکار عمومی

به‌گفته آلفرد سووی اندیشمند اجتماعی «افکار عمومی» ضمیر باطنی یک ملت است، افکار عمومی این قدرت‌گمنام، غالباً یک نیروی سیاسی است که در هیچ قانون اساسی پیش‌بینی نشده است (متولی، ۱۳۸۴، ص ۹۶). درعین حال تشکیل‌دهنده نیرویی جمعی است که قادر به اعمال فشار است

ژان ژاک روسو اصولاً حکومت‌ها به افکار عمومی بیش از قانون و یا اعمال زور متکی هستند و در تغییرات اجتماعی، حکومت‌ها از عقاید مردمی جلوتر نیستند (دادگران، ۱۳۸۴، ص ۲۲).

افکار عمومی به‌عنوان تجلی اراده مردم و خواست آن‌ها، نقش مهمی در شکل دادن به‌تمامی رویدادهای اجتماعی داشته و کمتر دولتی است که به آن اهمیت ندهد. امروزه هیچ برنامه و سیاستی، بدون حمایت و مشارکت مردم اجرا نمی‌شود. از این جهت، شناخت افکار عمومی و ارزیابی آن، یکی از نیازهای اساسی دولت‌ها و سازمان‌هایی است که با مردم و افکار عمومی سروکار دارند. دولت‌ها به شناخت افکار عمومی نیازمندند تا بتوانند میزان حمایت مردم را از برنامه‌ها و سیاست‌های خود ارزیابی و تا حد ممکن مشارکت آن‌ها را در کارها جلب کنند. شناخت افکار عمومی در تعیین سرنوشت دولت‌ها و سیاست‌ها مؤثر است (اسدی، ۱۳۷۱، ص ۹-۱۰). تبیین دستاوردها و اقصای افکار عمومی لازمه اجرای موفق تصمیمات و اقدامات اجرایی است و در این راستا ضرورت دارد ضمن استفاده از ظرفیت‌های رسانه‌ای و فضای مجازی، هم‌افزایی نیز وجود داشته باشد (کریمی و غفاری قدیر، ۱۳۹۸، ص ۱۳۷).

تبیین ضرورت تغییر فرایند فعلی انتقال دولت برای افکار عمومی نیز در همین راستا خواهد بود. هرچند بسترهای شکل‌گیری افکار عمومی که در حال حاضر در دنیا مرسوم است از جمله جامعه مدنی، احزاب غیردولتی، حوزه خصوصی و... در جامعه ایران چندان فراهم نیست؛ اما نمی‌توان به کلی وجود و تأثیر این نیروی عظیم در جامعه را نادیده گرفت. درست است که مردم به‌طور مداوم با مشکلات دوران انتقال دولت دست‌وپنجه نرم کرده و از آن به‌خوبی آگاهی دارند؛ اما شاید بسیاری از آنها متوجه تطابق این مشکلات با دوران انتقال دولت نباشند و ندانند که این معضلات به‌خاطر اشکال در ساختارها، روندها، قوانین و سیاست‌های این دوره است و تغییر آنها

می‌تواند تا حد قابل‌قبولی از مشکلات موجود بکاهد. اینجاست که ضرورت آگاهی مردم و تلاش برای واردشدن این آگاهی در حوزه عمومی و تبدیل آن به افکار عمومی ملی ضروری به‌نظر می‌رسد؛ چراکه قرارگرفتن افکار عمومی در این جهت، کم‌کاری و سنگ‌اندازی برخی مدیران و مسئولانی که منافعیشان در تداوم الگوی ناقص فعلی است را بامانع جدی مواجه می‌سازد. افکار عمومی قدرت ایجاد یک مطالبه جدی را دارد که به‌راحتی نمی‌توان از آن چشم‌پوشید. مطالبه درجهت کاهش منازعات سیاسی و توجه بیشتر به معضلات کشور و نیازهای عمومی؛ مطالبه درجهت ارائه برنامه قوی و قابل‌اجرا و نامزدهایی که توانایی حل مشکلات کشور را دارند؛ مطالبه درجهت حذف بروکراسی‌های غیرضرور که انتقال دولت را طولانی و کش‌دار نموده است و ده‌ها مورد دیگر که با واردشدن به‌صورت نظام‌مند و کلان‌نگر در قالب تغییر الگوی فعلی انتقال دولت در حوزه عمومی و شکل‌گیری بحث‌ها در این زمینه و کمک رسانه‌ها با ارائه اطلاعات و تحلیل‌های درست درجهت اقناع مردم، از یک‌طرف به پشتوانه مردمی قوی برای تغییر روند موجود تبدیل‌شده و از طرف دیگر سد محکمی در مقابل مخالفت‌های مغرضانه و منفعت‌طلبانه خواهد بود.

بدین ترتیب یکی از مهم‌ترین نتایج این روند، رشد سیاسی ملت است که مردم به بازیگران واقعی انتقال قدرت تبدیل‌شده و خود را در بطن تغییرات ایجادشده در سطح دولت می‌دانند. این دستاورد شایسته، زمینه استمرار اصلاحات لازم در فضای عمومی و به‌خصوص نظام سیاسی، اداری و... را فراهم آورده و از اعمال نفوذ خواصی که مناصب قدرت را وسیله‌ای برای رسیدن به مطامع شخصی خود می‌دانند جلوگیری می‌کند. جابه‌جایی قدرت بدین شکل قطعاً هم برای مردم و هم مسئولان بااراده، متعهد، متخصص و پرتلاش، امیدآفرین خواهد بود.

## ۲-۲. لزوم تغییر نگرش و رفتار مقامات اداری و سیاسی در رابطه با انتقال دولت

نگرش احساس درونی و رفتار، نماد بیرونی آن است. انسان‌ها بر اساس آنچه در درون و ذهن آنها می‌گذرد رفتار خواهند کرد (ماکسول، ۱۳۸۳، ص ۳۰)؛ نگرش از آن جهت دارای اهمیت است که می‌تواند بر رفتار تأثیرگذار باشد (رابینز، ۱۳۷۴، ص ۲۶۵). نگرش قدرتی دارد که می‌تواند گروه‌ها و به‌طریق‌اولی نظام اداری و سیاسی کشور را به اوج برساند یا به زمین بزند. در فعالیت‌های گروهی نگرش بیش از استعداد و تجربه به دیگران سرایت می‌کند. یعنی نگرش‌های انسانی در یک گروه و در یک سیستم، نگرش‌های دیگر را جذب و هضم می‌کند (ماکسول، ۱۳۸۳، ص ۲۵).

افراد معمولاً از نظر نوع نگرش، ثبات رویه دارند و سعی می‌کنند نگرش و رفتار خود را هماهنگ نمایند (رابینز، ۱۳۷۴، ص ۲۶۷). با وجود مقاومت نگرش‌ها در برابر تغییر، آموزش‌های کاربردی در این میان می‌تواند تأثیر مناسبی بگذارد (رضائیان، ۱۳۷۳، ص ۳۷). نتیجه اینکه نگرش‌ها قابل تغییرند و در مواردی به نفع سیستم اداری و سیاسی است که نگرش‌های مدیران و کارمندان زیرمجموعه تغییر یابد؛ چراکه تغییر نگرش، تغییر رفتار را به دنبال دارد. نکته حائز اهمیت آنکه درست است که تغییر نگرش مدیران در درجه اول اهمیت بوده و در تغییر نگرش کارمندان تأثیر زیادی خواهد گذاشت؛ اما تجربه نشان داده است که در بسیاری از موارد، به‌دلیل همراه نبودن مدیران میانی یا کارمندان با اصلاحات و تغییرات خواسته‌شده، این اصلاحات با کندی و ضعف همراه بوده و در نهایت نتیجه مطلوب حاصل نشده است. در واقع دستگاه‌های اداری در نظامات دولتی توانایی تغییر ماهیت همه برنامه‌های مترقی و طرح‌های جامع را دارند و به‌سهولت می‌توانند سیاست‌های کلان را از حیز انتفاع خارج سازند؛ بنابراین جلب مشارکت بدنه اداری - اجرایی در کنار نهادها و دستگاه‌های رسمی و تصمیم‌گیرندگان ارشد در تمام فرایندهای طراحی و اجرای الگوهای جدید، ضروری است (حاجیان، ۱۳۹۵، ص ۲۶).

یکی از مهم‌ترین تدابیر تغییر نگرش سیاست‌گزاران و سیاست‌گذاران، روش‌شناختی و ارائه اطلاعات درباره موضوع است. لازمه آن نیز انجام کارهای دقیق و گسترده پژوهشی توسط مراکز تحقیقاتی نهادهای حاکمیتی و غیرحاکمیتی است که با تهیه آمار و اطلاعات دقیق از عواقب اجرای فرایند فعلی انتقال دولت از جمله، میزان نارضایتی مردم، میزان بی‌انگیزگی مدیران و عدم ارائه خدمات مناسب از سوی کارمندان، درصد بی‌ثباتی کشور در زمان انتقال دولت و... و قرارداد آنها در دسترس مدیران و کارمندان، ضرورت تغییر فرایند فعلی انتقال دولت برای آنها تبیین شده و ذهنیت لازم برای اجرای انتقال مطلوب در افراد ایجاد شود؛ بنابراین انتقال واقعیات و تبیین مشکلات ایجادشده در حوزه‌های مختلف زندگی فردی و اجتماعی مردم در دوران انتقال دولت برای مقامات سیاسی و اداری و سیاست‌گذاران کشور، در تغییر نگرش آنان تأثیر قابل توجهی خواهد داشت.

از طرفی مدیران و کارمندان، جزئی از مردمی هستند که رسیدن به شرایط مطلوب برای انتقال دولت را مطالبه می‌کنند و مدیران و کارمندان دولتی را در هر فرصتی برای این مهم ترغیب و یا حتی مجبور می‌نمایند. همچنین مدیری که با دریافت اطلاعات و نتایج تحقیقات علمی، با لزوم تغییر فرایند فعلی آشناشده و در هر موقعیتی این مطالبه را از سوی مردم نیز دریافت می‌نماید و از سوی دیگر با عدم ارائه خدمات مطلوب به خود یا نزدیکانش در اداره دیگری مواجه می‌شود، این ضرورت را کاملاً درک کرده و با آن همراهی می‌کند؛ بنابراین اطلاع مقامات کشور در مورد قضاوت‌ها و نارضایتی‌های عمومی متأثر از دوران انتقال دولت نیز در تغییر نگرش آنان مؤثر است.

واضح است لایه‌های پنهان قدرت در میان مدیران و مقامات؛ مثل صنوف، قومیت‌ها، جبهه‌بندی‌های سیاسی و... که نقش اساسی در شکل‌گیری نگرش و به‌دنبال آن رفتار و عملکرد مدیران و مقامات اداری و سیاسی دارند، بیکار نخواهند نشست و در مقابل تغییر نگرش و رفتار مدیرانی که همراهی

آنان در تداوم منافعشان نقش اساسی دارد، خواهند ایستاد. از طرفی افراد، سازمان‌ها، دولت‌ها و سیاست‌مداران به‌سختی حاضر به تجدیدنظر در اهداف خود هستند (هرمان، ۱۳۹۳، ص ۵۳). هیچگاه به‌سرعت و سهولت، ناهمخوانی میان وضع موجود و الگوی مطلوبشان را درک نمی‌کنند؛ بنابراین مستمراً به خطاهای خود ادامه داده و منابع و منافع عمومی را هدر می‌دهند. در واقع، قبول شکست در انتخاب اهداف توسط مدیران ارشد بسیار دشوار است (حاجیانی، ۱۳۹۵، ص ۲۴). در نهایت اگر مدیر یا کارمند نخواست یا نتوانست با تغییر فرایند فعلی انتقال دولت کنار بیاید، با ابلاغ و برجسته‌کردن قوانین و سیاست‌های بالادستی مثل قوانین برنامه‌های توسعه، سیاست‌های کلی نظام در موضوعات برنامه‌های توسعه، سیاست‌های کلی نظام اداری، سیاست‌های کلی قانون‌گذاری، مطالبات رهبری و... مجبور به پذیرش تغییر خواهند شد.

### ۲.۳. اصلاح جزئی برخی قوانین مربوط به انتقال دولت

یکی از مهم‌ترین اقتضائات تحقق انتقال مطلوب دولت که سازوکار خاص خود را دارد، اصلاح جزئی برخی از اصول قانون اساسی است که زمینه تغییرات بعدی در قوانین عادی، مقررات و رویه‌ها را فراهم می‌نماید. واضح است که اصول قانون اساسی و ساختارهای منتج از آنها باید در جهت تحقق اهداف، وظایف و مأموریت‌های عالی‌ه نظام جمهوری اسلامی باشد. همان‌طور که در مقدمه قانون اساسی آمده است، هدف از تشکیل نظام جمهوری اسلامی ایران، عبارت است از «رشد انسان در حرکت به‌سوی نظام الهی، از طریق بروز و شکوفایی استعداد‌های انسان‌ها با مشارکت فعال و گسترده همه عناصر اجتماع در تمام مراحل تصمیم‌گیری سیاسی و سرنوشت‌ساز و همچنین رفع نیازهای انسان در جریان رشد و تکامل او». بدین منظور قانون اساسی با اذعان به این که مبین نهادهای فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی جامعه ایران است، به تأسیس این نهادها

پرداخته و برای آن‌ها تکالیف و کارکردهایی را مشخص ساخته است. یکی از مهم‌ترین نهادها قوه مجریه است «که به دلیل اهمیت ویژه‌ای که در رابطه با اجرای احکام و مقررات به منظور رسیدن به روابط و مناسبات عادلانه حاکم بر جامعه دارد و همچنین ضرورتی که این مسئله حیاتی در زمینه‌سازی و حصول به هدف نهایی حیات خواهد داشت، بایستی راهگشای ایجاد جامعه اسلامی باشد»؛ ضمن این که «برای پرهیز از محصورشدن در هر نوع نظام دست‌وپاگیر پیچیده که حصول به این هدف را کند و یا خدشه‌دار کند»، به تعبیر قانون اساسی نباید واجد «نظام بروکراسی که زاینده و حاصل حاکمیت‌های طاغوتی است» (بند ۱۰ اصل سوم قانون اساسی) باشد، «تا نظام اجرایی با کارایی بیشتر و سرعت افزون‌تر در اجرای تعهدات و مقررات اداری به وجود آمده» و فعالیت نماید (مقدمه قانون اساسی، بخش قوه مجریه).

انتقال دولت راهی برای تحول در دولت و محصور نشدن در تفکرات تکراری و تشکیلات و کاغذبازی‌های ناشی از آن است. در واقع می‌توان یکی از اهداف قانون اساسی از انتقال دولت را ایجاد دولت جدید با راهبردی جدید، پویایی در نظام اداری و کارایی بیشتر و سرعت افزون‌تر در اجرای تعهدات اداری دانست که از ایجاد تشکیلات و پست‌های غیرضروری که به‌منظور روی کار آوردن دوستان، آشنایان و افراد هم‌فکر و هم‌حزب و... ایجاد شده و ناشی از حضور طولانی‌مدت یک تفکر و راهبرد بر نظام اداری است جلوگیری می‌کند. حال باید دید که اصول قانون اساسی در زمینه انتقال دولت تا چه حد توانسته است به نیازها و خواست‌های مصرح خویش پاسخ دهد.

در بررسی اصل ۱۳۴ در شورای بازنگری قانون اساسی یکی از نمایندگان می‌گوید: «در ماورای این، اگر ما به مواردی بربخوریم که دادن آن اختیارات به دولت یا رئیس‌جمهور با یک شرایطی کار کشور را سریع‌تر پیش می‌برد مشکلات ما را راحت‌تر می‌تواند حل بکند ما باید این کار را بکنیم. من به

بعضی از دوستان می‌گفتم ما در یک مسابقه واقعاً عظیمی در دنیا درگیر هستیم اگر دستگاه اجرایی ما نتواند با جرئت و سرعت و قوت در این مسابقه شرکت بکند خوب عقب می‌مانیم» (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، ۱۳۶۸، ص ۱۱۲۳). این مطلب نشان‌دهنده آن است که اعضای شورای بازنگری قانون اساسی به ضرورت کارآمدی دولت اعتقاد داشته‌اند و برای رسیدن به آن حاضر بودند دامنه اختیارات دولت یا رئیس‌جمهور را افزایش دهند و به همین دلیل نیز دست به تغییر برخی اصول مرتبط با دولت زدند؛ بنابراین در زمینه انتقال دولت نیز می‌توان در صورت فراهم شدن شرایط بازنگری مجدد در قانون اساسی، با تغییر برخی اصول یا تدوین اصول و قوانین مرتبط جدید در این مسیر گام برداشت.

به‌عنوان نمونه اصل ۱۱۹ قانون اساسی اشعار دارد: «انتخاب رئیس‌جمهور جدید باید حداقل یک ماه پیش از پایان دوره ریاست‌جمهوری قبلی انجام شده باشد و در فاصله انتخاب رئیس‌جمهور جدید و پایان دوره ریاست‌جمهوری سابق، رئیس‌جمهور پیشین وظایف رئیس‌جمهوری را انجام می‌دهد». ماده ۳ قانون انتخابات ریاست‌جمهوری (اصلاحی ۲۶ / ۱۰ / ۱۳۹۱) نیز در اجرای اصل ۱۱۹ می‌گوید: «وزارت کشور... موظف است حداقل پنج ماه قبل از پایان دوره چهارساله ریاست‌جمهوری، مقدمات اجرای انتخابات را فراهم آورد و با رعایت اصل یک‌صد و نوزدهم (۱۱۹) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مراتب برگزاری انتخابات و تاریخ شروع ثبت‌نام داوطلبان ریاست‌جمهوری را با استفاده از وسایل ارتباط جمعی به اطلاع عموم برساند».

از آنجا که اصل ۱۱۹ حداکثر زمانی برای انتخاب رئیس‌جمهور جدید مشخص نکرده، دست قانون‌گذار برای شروع فرایند انتخابات، باز است. ماده ۳ قانون انتخابات نیز حداقل ۵ ماه قبل از پایان دوره ریاست‌جمهوری را برای شروع مقدمات انتخابات ذکر نموده و حداکثر مشخص نکرده است. با این حال تاکنون وزارت کشور عملاً از زمان پنج‌ماهه فراتر نرفته است.

به نظر می‌رسد می‌توان با تغییر ماده ۳ انتخابات، زمان حداقل ۵ ماه را - با توجه به فرایندی که به تفصیل بیان شد - به حدود ۸ ماه تغییر داد و یا در آیین‌نامه اجرایی این قانون، وزارت کشور را به گسترده‌تر کردن بازه زمانی تعیین‌شده موظف نمود تا یکی از مقدمات اجرای الگوی مطلوب انتقال دولت فراهم گردد.

قانون اساسی به‌غیراز آنچه در اصل ۱۱۹ آمده در مورد زمان شروع رسمی دوره ریاست‌جمهوری ساکت است اما ماده ۱ قانون انتخابات ریاست‌جمهوری اشاره می‌کند که «دوره ریاست‌جمهوری اسلامی ایران چهار سال است و از تاریخ تنفیذ اعتبارنامه به‌وسیله مقام رهبری آغاز می‌گردد». با توجه به آنچه در فرایند انتقال مطلوب دولت راجع به تغییر تاریخ تنفیذ برای آمادگی رئیس‌جمهور و تعیین وزرا ذکر شد، به نظر می‌رسد اضافه نمودن یک بند به اصل ۱۱۹ می‌تواند در اجرای فرایند انتقال مطلوب دولت راهگشا باشد و به قانون‌گذاری مناسب در این زمینه نیز کمک نماید. بدین صورت که: «تنفیذ حکم ریاست‌جمهوری توسط مقام رهبری حداکثر تا یک هفته پس از صدور اعتبارنامه فرد منتخب توسط شورای نگهبان انجام می‌پذیرد؛ اما شروع دوره ریاست‌جمهوری جدید، پس از پایان دوره ریاست‌جمهوری قبلی است. در این فاصله، رئیس‌جمهور جدید موظف است رأی اعتماد مجلس نسبت به وزرایش را درخواست نماید».

گفتنی است فرایند انتقال مطلوب دولت با اصل ۸۷ همخوانی دارد و بخش اول این اصل به‌نوعی تأیید فرایند انتقال مطلوب دولت ارائه‌شده در این پژوهش است؛ چراکه طبق اصل ۸۷ رئیس‌جمهور پیش از هر اقدام دیگر باید از مجلس برای هیئت وزیران رأی اعتماد بگیرد. جدای از این نکته که آیا این اصل برای هیئت وزیران ماهیت مستقلی از وزرا قائل شده است یا نه، ضمیر عبارت «پیش از هر اقدام دیگر»، رئیس‌جمهور است و این جمله به‌صورت مطلق ذکر شده است. به عبارتی اولین کار رئیس‌جمهور جدید

معرفی هیئت وزیران بوده و پس از آن قبل از هر اقدام دیگر باید برای هیئت وزیران خود رأی اعتماد بگیرد. پس شروع به کار رئیس‌جمهور با وزرای جدید مورد اعتماد مجلس، الزامی است که اصل ۸۷ در نظر گرفته است و این اصل اجازه هیچ اقدامی قبل از گرفتن رأی اعتماد را به رئیس‌جمهور نداده است؛ بنابراین در رویه فعلی، اداره کشور توسط رئیس‌جمهور جدید و هیئت وزیران سابق از زمان تنفیذ تا گرفتن رأی اعتماد برای وزرای جدید محل اشکال است.

شروع به کار رئیس‌جمهور منتخب پس از تنفیذ و با هیئت وزیران دولت سابق با بخش انتهایی اصل ۱۳۴ نیز منافات داشته و تأییدی بر بخش ابتدایی اصل ۸۷ و نظر این پژوهش مبنی بر لزوم شروع به کار رئیس‌جمهور جدید پس از رأی اعتماد مجلس به وزرای پیشنهادی اوست؛ چراکه طبق جمله پایانی اصل ۱۳۴ «رئیس‌جمهور در برابر مجلس مسئول اقدامات هیئت وزیران است»؛ چگونه می‌توان رئیس‌جمهور را مسئول اقدامات هیئت وزیرانی دانست که وزرایش مورد تأیید رئیس‌جمهور دیگری بوده و متعهد به اجرای سیاست‌ها و دیدگاه‌های دولت دیگری هستند؟ مسئولیت رئیس‌جمهور در برابر وزرای مورد تأیید خودش و متعهد به سیاست‌های دولت جدید معنا دارد و اداره کشور ولو به مدت کوتاه با وزرای دولت سابق و مسئولیت رئیس‌جمهور در برابر آنها بی‌معنا و غیرقابل پذیرش است. ضمن اینکه مطلع اصل ۱۳۷ مبنی بر مسئولیت وزیران در برابر رئیس‌جمهور نیز مؤید همین مطلب است و قاعدتاً وزرا باید در برابر رئیس‌جمهوری که آنها را انتخاب و تأیید نموده مسئول باشند.

هر چند طبق نظر تفسیری شماره ۱۱۴۴، ۲۱، ۷۶ مورخ ۱۳۷۶، ۵، ۱۳ شورای نگهبان، «وزرا از زمان اختتام دوره ریاست‌جمهوری تا رأی اعتماد به وزرای جدید، کماکان بر مسئولیت خود باقی می‌مانند و تشکیل و تصمیم‌گیری هیئت وزیران تحت نظر ریاست‌جمهوری جدید میسر است» لکن این نظر،

هم با تکلیف رئیس جمهور به معرفی وزرا مغایرت دارد؛ و هم بی توجه به این نکته است که اعتبار وزرا ناشی از انتخاب رئیس جمهوری است که در مقطع کنونی مسئولیتی ندارد؛ بنابراین دخل و تصرف وزرای پیشین در امور وزارتخانه از جمله امور مالی، انتصابات و نظایر آن، حداقل تا تفویض برخی اختیارات رئیس جمهور جدید به آنها با ابهامات و اشکالاتی مواجه است. در شرایط فعلی باتوجه به اینکه رئیس جمهور جدید برخی امور را به وزرای دولت قبل ارجاع می دهد ظاهر این است که به صورت توافقی و عرفی برخی اختیارات خود را به آنها تفویض کرده؛ لذا اساساً وزرای قبلی با تفویض اختیار رئیس جمهور جدید که عرفی و نانوشته است در قالب سرپرست وزارتخانه در جهت جلوگیری از تعطیلی ارائه خدمات عمومی مشغول کار هستند و پس از تنفیذ و تحلیف اساساً دیگر وزیر نیستند؛ بلکه در حکم سرپرست وزارتخانه اند. جدای از مشکلات اداره وزارتخانه به وسیله سرپرست، آن هم سرپرستی که با رئیس جمهور جدید هم نظر نیست، به نظر می رسد لازم است به جای اداره کشور مبتنی بر توافق نانوشته و عرف که صرفاً برای برون رفت از چالش های حقوقی پیش آمده ایجاد شده است با استناد به اصل ۸۷ و اصلاح اصول و قوانین مورد نیاز، در جهت رفع آن گام برداشت و به انتقال بهینه دولت کمک نمود. در نتیجه، اولین اقدام رئیس جمهور باید معرفی وزرا بوده و هر اقدام دیگر در جهت اداره کشور پس از رأی اعتماد به وزرا صورت گیرد.

از جمله برای اجرای صحیح و بدون وقفه این اصل، همان گونه که قبلاً نیز توضیح داده شد، نامزد پست ریاست جمهوری باید در هنگام ثبت نام، لیست وزرای پیشنهادی و سایر همکاران خود را ارائه دهد تا نمایندگان مجلس با آنها آشنایی داشته باشند و در فاصله اعلام نتایج انتخابات تا تحلیف که رئیس جمهور منتخب، رسماً اسامی وزرا را به مجلس تقدیم می کند، دستگاه های نظارتی در پاسخ به استعلام های صورت گرفته، صلاحیت

وزرای پیشنهادی را بررسی نموده و در اختیار مجلس قرار دهند. مجلس نیز بلافاصله پس از تحلیف، به برگزاری جلسات رأی اعتماد بپردازد تا تکلیف وزرا مشخص شده و رئیس‌جمهور بتواند با همکارانی که خودش معرفی کرده است اداره امور کشور را از دولت قبل تحویل بگیرد. در این راستا برخی از مواد قانونی باید بدین صورت تغییر یابد:

شرط الزام داوطلبان به ارائه لیست وزرا و معاونین در زمان ثبت‌نام، به ماده ۲ مصوبه شورای نگهبان در «تعریف و اعلام معیارها و شرایط لازم برای تشخیص رجل سیاسی، مذهبی و مدیر و مدبر بودن نامزدهای ریاست‌جمهوری» به‌عنوان معیاری جهت تشخیص مدیر و مدبر بودن و آشنایی با وزرای پیشنهادی اضافه گردد.

ماده ۲۰۲ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس که بیان می‌دارد: «رئیس‌جمهور موظف است حداکثر ظرف مدت دو هفته پس از انجام مراسم تحلیف اسامی وزرا را به مجلس تقدیم کند» بدین شکل تغییر یابد: «رئیس‌جمهور موظف است در روز تحلیف، ضمن تشریح برنامه‌های دولت، از وزرای پیشنهادی خود که اسامی، سوابق و برنامه‌های آنان پس از تأیید صلاحیت نامزد پست ریاست‌جمهوری در اختیار عموم قرار گرفته دفاع کند... کمیسیون یا کمیسیون‌های مربوطه موظف‌اند بلافاصله پس از اعلام فرد منتخب توسط وزارت کشور، به بررسی صلاحیت، انطباق مدارک، سوابق و برنامه‌های وزیر پیشنهادی و تطبیق آن با اسناد بالادستی پرداخته و گزارش آن را برای اطلاع نمایندگان در اختیار هیئت رئیسه قرار دهد.»

انجام مراسم تحلیف، حداقل یک ماه قبل از پایان دولت مستقر، منع قانون اساسی نیز ندارد؛ چراکه اصل ۱۲۱ تنها به سوگند رئیس‌جمهور در مجلس و در حضور رئیس قوه قضائیه و اعضای شورای نگهبان اشاره کرده و برای آن زمانی در نظر نگرفته است.

هر چند طبق تبصره ۵ ماده ۱ قانون نحوه انتصاب اشخاص در مشاغل

حساس، مصوب ۱۴۰۱/۸/۱۰ استعلام صلاحیت مقاماتی که در قانون اساسی تشریفات خاصی برای آنها پیش بینی شده است - من جمله وزرا - از مراجع مذکور در این قانون، به تصمیم مقام منصوب کننده منوط شده است، اما می توان با اصلاح این قانون در جهت اصولی که تغییر آنها پیشنهاد داده شد، رئیس جمهور را مکلف کرد تا پیش از معرفی وزرا به مجلس شورای اسلامی و انتخاب معاونان خود مطابق این قانون نسبت به استعلام از مراجع ذی صلاح در خصوص شرایط مقرر اقدام نماید. بدین ترتیب استعلام سوابق، قبل از تحلیف، الزام قانونی یافته و در نظر گرفتن زمان حداکثر دو هفته برای رئیس جمهور پس از مراسم تحلیف برای معرفی وزرا به مجلس، زمانی اضافی خواهد بود و باید لیست وزرا هم زمان با مراسم تحلیف، تحویل هیئت رئیسه مجلس شود.

اما نکته مغفول در اصل ۸۷ که مورد تأکید فرایند انتقال مطلوب است، دوره کارورزی وزراست. بدین معنا که وزرای دولت جدید پس از رأی اعتماد باید مدتی را در کنار وزرای دولت قبل که هنوز مدت قانونی اش به اتمام نرسیده است به کارورزی و آمادگی برای دریافت رسمی منصب وزارت بپردازند. در این حالت وزیر جدید را وزیر آماده به کار می نامیم. اما با توجه به اینکه اصل ۸۷ راجع به هیئت وزیران و رأی اعتماد به آن است و اصل ۱۳۳ به طور اختصاصی به رأی اعتماد به وزیر می پردازد می توان قید کارورزی وزرا را به اصل ۱۳۳ اضافه نمود. اصل ۱۳۳ بیان می دارد: «وزرا توسط رئیس جمهور تعیین و برای گرفتن رأی اعتماد به مجلس معرفی می شوند...» می توان این اصل را بدین صورت اصلاح نمود: «وزرا توسط رئیس جمهور تعیین و برای گرفتن رأی اعتماد به مجلس معرفی می شوند. شروع به کار رسمی وزرای جدید (وزرای آماده به کار) پس از طی کردن دوره کارورزی در کنار وزرای دولت مستقر و بعد از پایان یافتن زمان قانونی دولت مستقر است...». همان طور که قبلاً اشاره شد، طی کردن دوره کارورزی صرفاً مربوط به رئیس جمهور و وزرا نبوده و به مدیران پایین تر

دولت نیز قابل تسری است.

اضافه کردن برخی مواد به قوانین مربوطه ازجمله قانون انتخابات ریاست جمهوری، اجرای اصل ۱۳۳ پیشنهادی را تسهیل می کند. ماده ۲۱ قانون انتخابات ریاست جمهوری بیان می دارد: «کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها و ادارات دولتی و مؤسسات وابسته به دولت و نهادهای انقلابی موظف‌اند که حسب درخواست وزارت کشور، استانداران، فرمانداران و بخشداران، کارکنان و سایر امکانات خود را تا خاتمه انتخابات در اختیار آنان قرار دهند». می توان دو تبصره بدین صورت به این ماده قانونی اضافه نمود: تبصره ۱: کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها و ادارات دولتی و مؤسسات وابسته به دولت و نهادهای انقلابی موظف‌اند که حسب درخواست رئیس جمهور یا وزرای منتخب، کارکنان و امکانات خود را جهت انتقال تجربه و آشنایی افراد منتخب دولت جدید با امور، در اختیار آنان قرار دهند. تبصره ۲: افراد موظف به رعایت امانت هنگام دسترسی به اطلاعات و امکانات بوده و اجازه انتشار آنها را نخواهند داشت.

یکی دیگر از اصولی که به نظر می رسد نیازمند تغییر است اصل ۱۳۵ است. در ذیل این اصل آمده است: «وزرا تا زمانی که عزل نشده‌اند و یا بر اثر استیضاح یا درخواست رأی اعتماد، مجلس به آنها را عدم اعتماد نداده است در سمت خود باقی می مانند... رئیس جمهور می تواند برای وزارتخانه‌هایی که وزیر ندارند حداکثر برای مدت سه ماه سرپرست تعیین کند». در اجرای این اصل نیز ماده ۲۰۴ قانون آیین نامه داخلی مجلس می گوید: «چنانچه مجلس به یک یا چند وزیر رأی اعتماد نداد و یا وزارتخانه‌ای به هر دلیل وزیر نداشته باشد رئیس جمهور موظف است با رعایت اصل ۱۳۵ قانون اساسی حداکثر قبل از سه ماه فرد یا افراد دیگری را برای اخذ رأی به مجلس معرفی نماید».

نکته اول راجع به این اصل آن است که معطل گذاشتن وزارتخانه به مدت سه ماه و اداره آن با سرپرست، قطعاً با اصل استمرار خدمات عمومی

منافات دارد؛ چراکه نه سرپرست، خود را مسئول قطعی وزارتخانه می‌داند و نه زیرمجموعه او تکلیف خود برای ماندن یا رفتن را می‌دانند و در نتیجه کارمندان نیز دل به کار نداده و دوره انتقال دولت و معضلات ناشی از آن ۳ ماه دیگر ادامه می‌یابد و این به معنای اضافه‌شدن سه ماه دیگر به سوءمدیریت، عدم ارائه خدمات مناسب عمومی، ایجاد نارضایتی و بی‌ثباتی، عدم هماهنگی بین دستگاه‌ها و... است.

نکته دوم اینکه صدر این اصل دارای ابهاماتی است که انتقال دولت را با مشکل مواجه می‌سازد. از جمله اینکه چنانچه هر یک از وزرای پیشنهادی به هر علتی موفق به کسب رأی اعتماد از مجلس نشوند آیا وزرای قبلی مربوط به وزارتخانه‌های بدون وزیر - از هیئت وزیران سابق - اجازه فعالیت دارند و به کار خود ادامه می‌دهند و یا این که رئیس‌جمهور موظف به تعیین سرپرست است؟ آیا نظر تفسیری شورای نگهبان که بیان می‌دارد «وزرا از زمان اختتام دوره ریاست جمهوری تا رأی اعتماد به وزرای جدید کماکان بر مسئولیت خود باقی می‌مانند» در مورد وزارتخانه‌هایی که وزیر آنها رأی اعتماد از مجلس نگرفته است نیز صادق است؟ باتوجه به اینکه وزرای پیشین، قبلاً رأی اعتماد مجلس را کسب کرده‌اند، آیا می‌توان پذیرفت که در صورتی که دولت جدید یکی از وزرای دولت قبل را در سمت خود ابقا کند، دیگر نیازی به اخذ رأی اعتماد نیست؟ یا برای تمام وزرا اعم از وزرای قبل و جدید نیاز به اخذ رأی اعتماد است؟ اگر نیاز رأی اعتماد است، مبنای آن چیست؟ ابهام دیگر آنکه باتوجه به اینکه وزرا با رئیس‌جمهور علاوه بر رابطه اداری دارای رابطه سیاسی هستند، آیا در فاصله میان انتقال دولت و عدم تعیین هیئت وزیران جدید، رئیس‌جمهور می‌تواند با استعفای وزیر یا وزرا موافقت کند؟ در صورت موافقت، آیا به جهت استمرار خدمات عمومی و قبل از معرفی هیئت وزیران می‌تواند برای وزارتخانه‌ها سرپرست منصوب کند؟

این ابهامات و موارد دیگر، تفاسیر و عملکردهای متعدد و گهگاه متناقضی

را پیشروی دولت‌ها در دوره انتقال دولت قرار داده است که علاوه بر درگیرکردن کشور و ایجاد التهاب در فضای سیاسی و عمومی، انتقال دولت را طولانی‌تر و پرچالش‌تر نموده و باز هم اصل استمرار خدمات عمومی با مشکل مواجه می‌شود و آسیب‌دیدگان اصلی این معضلات، مردم؛ یعنی صاحبان اصلی قدرت خواهند بود.

در این راستا می‌توان اصل ۱۳۵ را بدین‌گونه اصلاح کرد: وزرا تا زمانی که عزل نشده‌اند و یا بر اثر استیضاح یا درخواست رأی اعتماد، مجلس به آنها رأی عدم‌اعتماد نداده است در سمت خود باقی می‌مانند. پس از برگزاری جلسه رأی اعتماد به وزرای دولت جدید و پایان مدت قانونی دولت قبل، وزرای قبلی از سمت خود کنار خواهند رفت... در صورت عدم رأی اعتماد به وزیر پیشنهادی، رئیس‌جمهور موظف است حداکثر پس از یک هفته برای وزارت‌خانه‌هایی که وزیر ندارند فردی را جهت اخذ رأی اعتماد به مجلس معرفی کند.

در کنار اصلاح اصول و مواد قانونی فوق، می‌توان تدبیری اندیشید که انتقال دولت به شکل معقول‌تر و در فضای آرام‌تری انجام پذیرد. از جمله تشکیل شورایی که مقدمات انتقال دولت و هر آنچه مربوط به آن است را انجام دهد. اصل ۱۳۱ قانون اساسی در رابطه با مواقعی که کشور فاقد رئیس‌جمهور است تصریح دارد: «... شورایی متشکل از رئیس مجلس و رئیس قوه قضائیه و معاون اول رئیس‌جمهور موظف است ترتیبی دهد که حداکثر ظرف مدت پنجاه روز رئیس‌جمهور جدید انتخاب شود...». در مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی درباره این اصل - که تا قبل از بازنگری شماره آن ۱۳۰ بود - یکی از نمایندگان پیشنهاد می‌دهد که «این شورا همیشه در کنار رئیس‌جمهور به صورت رسمی باشد و ترکیبش طوری باشد که از افراد رسمی نباشند؛ بلکه یک افرادی باشند که عدالت داشته باشند» (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۸، ص ۱۲۶۹). می‌توان از این پیشنهاد استفاده کرد و همان شورای

مذکور در اصل ۱۳۱ را به علاوه اعضای جدید مرتبط با موضوع، تحت عنوان «شورای تسهیل انتقال دولت» ایجاد نمود تا در طول دوران ریاست جمهوری در کنار رئیس جمهور بماند و به او مشاوره دهد و در سال پایانی دولت‌ها نیز، مسئولیت نظارت بر اجرای فرایندها و فراهم نمودن مقدمات انتقال مطلوب دولت را به عهده بگیرد.

#### ۲-۴. لحاظ رویه‌های اساسی موجود در انتقال دولت و اصلاح برخی از آنها

رویه‌های اساسی در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته، اعمالی خارج از متن قانون اساسی هستند که در عمل و رویه سیاسی پدیدآمده و رفتار سیاسی را تنظیم می‌کنند؛ یعنی بازیگران و کنشگران سیاسی در اجرای قانون اساسی اعمالی انجام می‌دهند که این اعمال با تکرار توسط آن‌ها و توافق توسط دیگر کنشگران سیاسی برای یک مدت طولانی و نیز پذیرش توسط افکار عمومی، به تدریج به رسمیت شناخته می‌شوند (مرادخانی، ۱۳۹۷، ص ۱۰۹). با وجود ماهیت غیرحقوقی رویه‌های اجرای قانون اساسی، این رویه‌ها یک قاعده حقوق اساسی به شمار آمده و وزن سیاسی و اثر عملی این رویه‌ها گاهی از اصول قانون اساسی هم بیشتر است (سلطانی، ۱۳۹۶، ص ۱۰۰). رویه‌های اساسی برای فهم چگونگی کارکرد دولت بسیار حیاتی بوده و ویژگی ایستا ندارند (مرادخانی، ۱۴۰۰، ص ۲۸۶).

یکی از مهم‌ترین کارکردهای رویه‌های اساسی در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته، تغییر قانون اساسی از طریق اصلاح و توسعه رویه‌های اساسی است (همو، ۱۳۹۷، ص ۱۱۲-۱۱۳) هرچند تغییر رویه‌هایی که در طول زمان و با تکرار و در بستری از توازن قوای سیاسی شکل گرفته‌اند کار آسانی نیست (سلطانی، ۱۳۹۶، ص ۹۶)، اما می‌توان از طریق اصلاح یا توسعه رویه‌های اساسی مرتبط با انتقال دولت که هماهنگی و سازگاری آنها با اصول و معیارهای سیاسی زمان کم‌رنگ شده است، راه را برای اصلاح اصول قانون اساسی مربوط به انتقال دولت که در قسمت قبل توضیح داده

شد باز کرد. همچنین رویه‌های اساسی بر شناسایی صحیح چشم‌انداز نظم حقوق اساسی هر دولت و شیوه حکمرانی هر نظام سیاسی تأثیر مستقیم دارد (نیکونهاد، ۱۳۹۸، ص ۴۰۲)؛ بنابراین شناسایی رویه‌های اساسی مرتبط با دولت و به‌خصوص رویه‌های ایجادشده در دوره انتقال دولت و در صورت نیاز، تلاش برای اصلاح رویه‌هایی که رسیدن به الگوی مطلوب انتقال دولت را با مشکل مواجه می‌کنند، بر قرارگرفتن دولت‌ها بر مسیر صحیح نظم حقوق اساسی تأثیر به‌سزایی خواهد داشت.

به‌منظور تبیین بهتر بحث، اشاره به برخی از مصادیق مربوطه راهگشا خواهد بود. تعیین معاون اول از سوی رئیس‌جمهور با وجود الزامی نبودن، یک رویه اساسی در شروع به کار دولت جدید به‌عنوان یکی از مراحل انتقال دولت است. درحالی‌که مستند به اصل ۱۲۴ و مفهوم ذیل اصل ۱۳۱ (اشاره به مواردی که رئیس‌جمهور، معاون اول ندارد)، رئیس‌جمهور الزامی به تعیین معاون اول ندارد، در همه ادوار ریاست‌جمهوری، رئیس‌جمهور مستقر، اقدام به تعیین معاون اول نموده است و این اقدام، اولین انتصاب رئیس‌جمهور مستقر بوده است. این رویه، رئیس‌جمهور را در انتقال بهتر دولت یاری می‌رساند؛ چراکه بخشی از وظایف و مسئولیت‌های رئیس‌جمهور به معاون اول تفویض شده و بار سنگین تشکیل دولت با همکاری وی به شکل مطلوب‌تری به منزل خواهد رسید و تبعاً مشکلات دوره انتقال دولت کمتر خواهد شد.

لزوم موافقت رهبر با تعیین و برکناری برخی از وزرای پیشنهادی رئیس‌جمهور ازجمله وزیر اطلاعات، وزیر کشور، وزیر خارجه و وزیر دفاع مورد دیگری از رویه اساسی شکل‌گرفته در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران است. بر طبق اصل ۱۳۳ وزرا توسط رئیس‌جمهور تعیین و برای گرفتن رأی اعتماد به مجلس معرفی می‌شوند. اما در مورد وزرای مزبور، رویه شکل‌گرفته، رئیس‌جمهور را ملزم به اعمال این صلاحیت اختیاری با کسب

موافقت مقام رهبری نموده است که در صورت عدم تمکین، با واکنش منفی مقامات سیاسی و سایر کارگزاران نظام مواجه خواهد شد. با توجه به حساسیت بالای این وزارتخانه‌ها، تأیید وزیر مربوطه توسط رهبری به عنوان عالی‌ترین مقام کشور، با حفظ استقلال نمایندگان در اعلام رأی، معمولاً به رأی اعتماد قطعی‌تر نمایندگان به وزرای مذکور کمک نموده و تکلیف این وزارتخانه‌ها زودتر از بقیه روشن می‌شود؛ بنابراین انتقال دولت در این وزارتخانه‌ها سریع‌تر اتفاق خواهد افتاد.

یکی از رویه‌های نیازمند تغییر، زمان تنفیذ حکم ریاست جمهوری توسط رهبری است. بند ۹ اصل ۱۱۰ صرفاً به امضای حکم ریاست جمهوری پس از انتخاب مردم اشاره کرده است. رویه شکل گرفته در اجرای این بند قانون اساسی، اجرای مراسم تنفیذ در ۱۲ مرداد یعنی معمولاً حدود دو ماه پس از زمان انتخابات است که همان‌گونه که در قسمت‌های قبل توضیح داده شد نیازمند تغییر است.

فرایند انتقال مطلوب دولت، رویه‌های اساسی را مدنظر قرار داده و رویه‌هایی که به انتقال مطلوب کمک خواهند نمود را تأیید می‌نماید؛ چراکه حرکت در جهت خلاف آن با واکنش تند سیاسی و حتی حقوقی مواجه شده و دولت را با چالش مواجه می‌کند. اما رویه‌هایی را که به مرور زمان، اشتباه بودن یا ایراد داشتن آنها مشخص شده است نمی‌پذیرد و در صدد آگاهی دادن برای حرکت در جهت اصلاح آنها برمی‌آید.

## ۲-۵. تقویت فرهنگ حزب در کشور

امروزه وجود احزاب از شاخص‌های مهم دموکراسی و از دلایل قابل توجه مردم‌سالاری حکومت‌ها به شمار می‌آید (عمید زنجانی، ۱۳۹۱، ص ۸۳). بررسی نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران بیانگر این مسئله است که آنچه تحت عنوان حزب در ایران شناخته می‌شود، در واقع تجمع موقت گروه‌های سیاسی در ایام انتخابات است که در جهت معرفی و به پیروزی

رساندن نامزدی با دیدگاه‌های نزدیک به آن گروه فعالیت می‌کنند و بعد از پیروزی فرد منتخب، عملاً هیچ رابطه رسمی منظم و تعریف‌شده‌ای که فرد منتخب را مجبور به پیروی از سیاست‌های گروه حامی خود و پاس‌خگویی نماید وجود ندارد.

بنابراین، تأثیر آنچه تحت عنوان حزب در ایران شناخته می‌شود بر انتخابات، فرد منتخب و دولتی که معرفی می‌کند و به طور خاص در فرایند انتقال دولت، با نظام‌های حزبی رایج دنیا متفاوت بوده و بهتر است از آن تحت عنوان جریان‌ات سیاسی یاد کنیم. هر چند در سال‌های اخیر گرایش مردم به جریان‌ات سیاسی مطرح در کشور کم‌تر شده است؛ اما باز هم نمی‌توان تأثیر این جریان‌ات در فضای سیاسی کشور را نادیده گرفت. شکل‌ها و تحرکات حزبی دوره‌های مختلف تاریخ معاصر ایران در مجموع به پیدایش، گسترش و تعمیق فضای مساعد سیاسی و تبلور دیگر مظاهر توسعه‌یافتگی سیاسی به‌ویژه ایجاد و توسعه فرهنگ سیاسی در جامعه کمک نموده‌اند (بخارایی‌زاده، ۱۳۹۷، ص ۲۸۰).

هنوز هم این جریان‌ات سیاسی هستند که با انتخاباتی نمودن فضای کشور از ماه‌ها قبل، تأثیر قابل توجهی در فعال و مسئول نمودن شهروندان بی تفاوت داشته و باعث مشارکت بیشتر افراد در انتخابات می‌شوند. این جریان‌ات با برگزاری نشست‌ها و سخنرانی‌ها و مناظره‌ها در مدیریت دیدگاه‌های مردم نقش مؤثری داشته و از تشتت آرا جلوگیری می‌کنند.

با اینکه در ایران به دلیل عدم وجود حزب به معنای متداول در دنیا، نظام حزبی هم دیده نمی‌شود، اما جریان‌ات سیاسی به‌خصوص آنهایی که مقبولیت بیشتری دارند نقش مهمی در تشکیل دولت‌ها داشته و هر دولتی که تاکنون روی کار آمده، نماینده جریان سیاسی غالب در انتخابات بوده است. در واقع کابینه، نمایانگر قدرت جریان سیاسی پیروز در انتخابات بوده است. در صورتی که قاطبه نمایندگان مجلسی که قرار است به این کابینه رأی

دهند نیز از جریان سیاسی پیروز در انتخابات ریاست جمهوری باشند، فرایند تشکیل کابینه و انتقال دولت با حواشی کمتری همراه بوده و معمولاً تمام یا اکثریت قابل قبولی از وزرا، رأی اعتماد مجلس را به دست خواهند آورد. در غیر این صورت، کار رئیس جمهور پیچیده تر خواهد شد.

به نظر می‌رسد تقویت فرهنگ حزب و پشتیبانی فکری، برنامه‌ای و نیرویی از نامزدهای حزبی راهکار مؤثری در جهت کاهش مشکلات فرایند فعلی و تحقق فرایند مطلوب انتقال دولت باشد. این مسئله از یک طرف به سامان‌دهی فرایند انتخابات کمک خواهد نمود و از سوی دیگر راه را برای تشکیل دولت‌های در سایه و تربیت وزرا توسط احزاب فراهم می‌کند. تقویت دو یا سه حزب در کشور و حرکت احزاب به سمت کادرسازی و تربیت نخبگان جامعه برای به عهده گرفتن پست‌های مدیریتی، دوره کارورزی و تبادل و تعامل را نیز کوتاه‌تر و قابل استفاده‌تر می‌نماید. البته لازم است که چارچوب کاری احزاب و اصول فکری و رفتاری آنها از همان ابتدا روشن و مشخص بوده و همگان با تعهدات و اولویت‌های احزاب آشنا باشند. این امر منجر به ایجاد یک نگاه راهبردی و بلندمدت شده و باعث جذب افراد قابل اعتماد و متخصص به حزب خواهد شد؛ بنابراین از یک طرف مردم با شناخت قابل قبولی به رأی دادن و انتخاب خواهند پرداخت و شورای نگهبان نیز با سرعت و اطمینان بیشتری به تأیید صلاحیت افراد خواهد پرداخت و از سوی دیگر افراد متخصص و آشنا به سیاست و به حوزه کاری مربوطه در جایگاه‌های مدیریتی کشور قرار خواهند گرفت و مجلس نیز با دقت، سرعت و اعتماد بیشتری به وزرا رأی اعتماد خواهد داد. تغییر قانون انتخابات به سمت حزب محوری و رأی دادن به احزاب به جای اشخاص در تقویت فرهنگ حزب مؤثر خواهد بود.

## ۲-۶. تقویت اهرم‌های نظارتی برای انتقال مطلوب دولت

یکی از اقتضائات مهم انتقال مطلوب دولت، تقویت ابزارها و اهرم‌های

نظارتی است؛ چراکه نظارت از یک سو مهم‌ترین ابزار در جهت مبارزه با فساد و جلوگیری از کم‌کاری‌ها و سوءاستفاده‌هاست و از سوی دیگر مهم‌ترین راه برای افزایش اعتماد و رضایت عمومی است. در همین راستا به‌عنوان نمونه چند راهکار جهت تقویت نظارت در ایام انتقال دولت قابل طرح است:

۱. یکی از مهم‌ترین اقدامات لازم در این راستا تعریف وظایف فوق‌العاده برای نهادهای نظارتی در ایام انتقال دولت است. هر چند نظارت یک وظیفه توقف‌ناپذیر و همیشگی دستگاه‌های ناظر است؛ اما قانونمندان نظارت و هدفمندکردن آن به‌خصوص در ماه‌های پایانی دولت‌ها به کاهش تخلفات، کمک شایانی خواهد نمود. چراکه عمده مشکلات برهه انتقال دولت ناشی از آن است که دستگاه‌های ناظر، دولت مستقر را رفتنی دانسته و مدیران آن را مهمان امروز و فردا می‌دانند؛ بنابراین نظارت جدی بر رفتار و عملکرد آن‌ها نخواهند داشت. تعریف وظایف فوق‌العاده قانونی برای ناظران، از یک سو مدیران و حتی کارمندان دولتی را به تلاش و اخواهد داشت که تا آخرین روز دولت دست از کار نکشند و از سوی دیگر از تخلفات و سوءاستفاده‌ها جلوگیری می‌کند. در واقع نظارت بر دولت و به‌خصوص وزرا و مدیران در ماه‌های اول با ماه‌های پایانی باید متفاوت بوده و شدیدتر از شروع دولت باشد تا امکان ترک فعل یا کم‌کاری به حداقل ممکن رسیده و مسئول مربوطه که از تجربه‌ای بسیار بیشتر از ابتدای کار بهره‌مند است تا ساعت پایانی با قدرت و انگیزه کافی به کار خود ادامه دهد. نهادهای نظارتی بایستی در این ایام به‌صورت ویژه بر نظارت گسترده و دقیق بر مقامات مذکور متمرکز شوند. علاوه بر جنبه پیشگیرانه این تشدید نظارت، در صورت بروز جرائم و تخلفات، لااقل زمینه‌های قانونی و استنادی رسیدگی‌های بعدی حقوقی به‌عملکرد متخلفین فراهم می‌شود. در یک نظام حقوقی و سیاسی مطلوب، پذیرفته نیست که مقامات و مسئولان در اواخر دوره مسئولیت خود احساس کنند نظارت جدی و مؤثری بر عملکردشان وجود نخواهد داشت

و هر تصمیمی بگیرند مورد مؤاخذه قرار نخواهند گرفت. به عبارت دیگر در ماه‌های پایانی هر دولت، مقامات و مسئولان بایستی بیش از هر زمان دیگری خود را تحت نظارت نهادهای نظارتی ببینند؛ بنابراین به اقتضای شرایط و رویه حاکم بر اداره و مدیران و مقامات، این ذهنیت بایستی به نفع منافع عمومی و کاهش آسیب‌های دوره انتقال دولت تغییر نماید.

۲. تشدید مجازات‌ها با تأکید بر ایام پایانی دولت‌ها و شروع به کار دولت جدید و مخصوص این دوران، حلقه مفقوده‌ای است که تصویب آن به تحقق انتقال مطلوب دولت کمک قابل توجهی خواهد نمود. مجلس می‌تواند با تشدید مجازات‌های قانونی در برخورد با استنکاف مدیران و دستگاه‌های اجرایی از اجرای قانون و ترک فعل و قصور در انجام وظایف محوله قانونی در دوره انتقال دولت که احتمال بروز تخلفات بیشتر است از سستی و رخوت دستگاه اجرایی جلوگیری نماید. همچنین می‌توان سایر ابزارهای نظارتی مجلس از جمله تذکر، سؤال و استیضاح را به گونه‌ای طرح‌ریزی نمود که تا آخرین روزهای مسئولیت مقامات عالی‌رتبه دولتی، معتبر و دارای ضمانت اجرا باشند. جهت پیشگیری از به حاشیه‌رفتن این ابزارها در ماه‌های پایانی دولت‌ها، بایسته است که ضمانت اجراهای جدیدی برای آنها تعریف شود از جمله اینکه رئیس‌جمهور و وزیری که در روزهای پایانی مسئولیت خود تذکر گرفته و یا مورد استیضاح قرار گرفته امکان انتخاب و یا انتصاب مجدد برای همان سمت و سمت‌های هم‌تراز را در آینده نخواهد داشت. در این صورت یکی از خلأهای مهمی که منجر به بی‌توجهی یک وزیر و رئیس‌جمهور به تذکرات مجلس می‌شود برطرف خواهد شد.

۳. جدیت و نظارت بیشتر مراجع قضایی از جمله قضات، دیوان عدالت اداری و سازمان بازرسی کل کشور در ایام انتقال دولت در کنار تصویب قانون دقیق‌تر همراه با ضمانت اجرا برای نظارت تخصصی و ویژه بر دستگاه‌های اداری و مصوبات دولتی در ایام انتقال دولت، از تخلفات احتمالی و به‌خصوص قصور

و ترک فعل‌ها جلوگیری می‌نماید. به همین منظور بایستی شعبه‌های ویژه و یا ترتیبات رسیدگی فوری به جرائم و ترک فعل‌های مسئولین و مقامات اداری در ماه‌های پایانی مسئولیتشان ایجاد شود. اگر این تضمین‌ها و وقت‌شناسی‌ها اجرایی شود دیگر شاهد سهل‌انگاری مسئولین در روزهای پایانی نخواهیم بود. ۴. تشدید نظارت از طرف مجلس یا سازمان بازرسی بر کلیه انتصاب‌ها و برداشت‌ها از خزانه در ۹ ماه آخر هر دولت یکی از اقدامات اساسی خواهد بود. بارها دیده‌شده که در ماه‌ها و حتی روزهای پایانی دولت‌ها، با تعریف عناوین غیرواقعی و گمراه‌کننده، برداشت‌های کلانی از خزانه انجام‌شده که علاوه بر خالی کردن خزانه و ایجاد مشکل برای دولت بعد، زمینه اختلاس و حیف و میل بیت‌المال را فراهم می‌کند. انتصاب‌ها و جابه‌جایی‌های متعدد و عجیب نیز به یک رویه رایج در ماه‌های پایانی دولت‌ها تبدیل شده تا جایی که مسئولان اجرایی حتی در واپسین لحظات مسئولیت خود به فکر ایجاد یک جای پا برای بعد از اتمام مسئولیتشان هستند. در همین راستا و به‌منظور جلوگیری از این رویه نادرست، در یک مصداق عینی، معاون اول دولت سیزدهم در بدو آغاز مسئولیت، در بخشنامه‌ای<sup>۱</sup> به کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، بانک‌ها و شرکت‌های دولتی تأکید کرد که تا استقرار دولت از هرگونه جابه‌جایی و عزل و یا نصب مدیران در کلیه سطوح ملی، استانی و شهرستانی جدا خودداری شود. این در حالی است که نظارت دقیق و ویژه در این ایام، هم کار دستگاه قضا برای پیگیری و رسیدگی‌های بعدی را

۱. بخشنامه شماره ۵۶۴۱۱، مورخ ۱۴۰۰/۶/۲:

بسمه تعالی

به کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، بانک‌ها و شرکت‌های دولتی حسب اطلاع واصله برخی دستگاه‌های دولتی یا وابسته به دولت در روزهای اخیر اقدام به عزل، نصب و یا جابه‌جایی برخی مدیران دولتی یا اعضای هیات‌های عامل و هیات مدیره شرکت‌ها و سازمان‌های دولتی یا وابسته به دولت را نموده‌اند.

بدینوسیله اعلام می‌نماید تا استقرار دولت از هرگونه جابه‌جایی و عزل و یا نصب مدیران در کلیه سطوح ملی، استانی و شهرستانی جدا خودداری شود.

محمد مخبر

معاون اول رییس جمهور

آسان می‌کند، هم از مشکلات ایجادشده برای دولت بعد می‌کاهد و هم از بی‌اعتمادی مردم نسبت به نظام جلوگیری می‌کند.

۵. یکی از مهم‌ترین و مؤثرترین نظارت‌هایی که باید مورد توجه جدی قرار گرفته و راه‌های ابراز آن هموار گردد نظارت افکار عمومی است. ضعف و ناکارآمدی ساختارهای موجود در نظامات سیاسی و حقوقی، امکان تبانی دستگاه‌های دولتی را محتمل ساخته است؛ لذا فرض بر این است که اگر نظارت عمومی وجود نداشته باشد تجاوز به حقوق مردم امری اجتناب‌ناپذیر خواهد بود. نظارت افراد جامعه نسبت به دولت از این جهت واجد اهمیت است که بعد از انتخاب دولت توسط شهروندان، حق آنان در مورد نظارت بر دولت محفوظ بوده و در هنگام تخلف از مسیر حق، تذکرات لازم را یادآوری نمایند و این خود سبب محدودسازی شرایط سوءاستفاده توسط مقامات دولتی را فراهم می‌آورد. تقویت اهرم‌های نظارت عمومی و به‌خصوص توجه ویژه به فریضه امر به معروف و نهی از منکر دولت توسط مردم و زمینه‌سازی برای اجرای بدون واگم آن توسط مردم در قالب قانون دقیق و مدون و دارای ضمانت اجرا، از یک طرف به قوی شدن پشتوانه مردمی دولت و انتقال قابل قبول قدرت از مردم به دولت کمک خواهد کرد و از طرف دیگر مانع بسیار قوی بر سر راه تخلفات مسئولان در طول دوران خدمت و به خصوص ایام خاص انتقال دولت خواهد بود.

### نتیجه

نتایج تحقیق حاضر نشان می‌دهد که با توجه به مشکلات ناشی از فرایند فعلی انتقال دولت و به‌خصوص ضعیف شدن اصل استمرار خدمات عمومی در این دوران، می‌توان راهکارهای عملی در جهت برطرف کردن ایرادات فرایند فعلی ارائه داد. این راهکارها به طور خلاصه شامل تغییر در زمان‌بندی فرایند انتقال دولت، ارائه فهرست اسامی وزرا، مقامات عالی و سیاست‌های

اجرایی دولت آینده توسط نامزدهای ریاست جمهوری، انتخاب رئیس جمهور بعدی زودتر از زمان بندی فعلی، تسریع در صدور اعتبارنامه و تنفيذ حکم ریاست جمهوری، برگزاری مراسم تحلیف و رأی اعتماد به وزرا زودتر از زمان پایان دولت فعلی، کارورزی رئیس جمهور و وزرای جدید در کنار دولت فعلی تا پایان زمان رسمی دولت فعلی، تعیین معاونان و مدیران عالی وزارتخانه توسط وزیر جدید در زمان کارورزی و در نهایت شروع به کار رئیس جمهور و وزرای جدید بدون وقفه زمانی پس از پایان رسمی دولت قبل است. اجرایی شدن این راهکارها نیازمند پیش زمینه‌ها و الزاماتی است که برقراری آنها متناسب با نیازهای بومی، شرایط فرهنگی و مبانی و ساختارهای سیاسی - حقوقی نظام جمهوری اسلامی ایران، راه رسیدن به انتقال مطلوب را هموارتر خواهد نمود. تبیین ضرورت تغییر الگوی فعلی برای افکار عمومی، لزوم تغییر نگرش و رفتار مقامات اداری و سیاسی در رابطه با انتقال دولت، اصلاح جزئی برخی از اصول قانون اساسی و قوانین مربوط به انتقال دولت، لحاظ نمودن رویه‌های اساسی موجود در انتقال دولت و اصلاح برخی از آنها و تقویت اهرم‌های نظارتی جهت انتقال مطلوب دولت از جمله اقتضائات معرفی شده در این پژوهش هستند که اجرای آنها به طور هم‌زمان، پذیرش تغییرات ایجاد شده در فرایند انتقال دولت را برای جامعه سیاسی کشور آسان‌تر نموده و رسیدن به فرایند مطلوب انتقال دولت را در دسترس قرار می‌دهد.

### حامی مالی

بنا به اظهار نویسندهٔ مسئول، این مقاله حامی مالی نداشته است.

### سهام نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در نگارش مقاله مشارکت یکسان داشته‌اند و محتوای آن را تأیید میکنند.

### تضاد منافع

نویسندگان اعلام می‌دارند که هیچ تضاد منافی در رابطه با نویسندگی و

یا انتشار این مقاله ندارند.

## منابع

- اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی؛ صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی؛ تهران: مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸.
- اداره کل قوانین مجلس شورای اسلامی، اداره تندنویسی؛ صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی؛ تهران: مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۹.
- اسدی، علی؛ افکار عمومی و ارتباطات؛ تهران: انتشارات سروش، ۱۳۷۱.
- بخارایی زاده، سیدمهدی؛ «جایگاه احزاب در کشورهای توسعه یافته»، فصلنامه قانون یار؛ ش ۵، بهار ۱۳۹۷، ص ۲۷۷-۲۹۴.
- حاجیانی، ابراهیم؛ «روش شناسی طراحی و تدوین الگوی مطلوب در پژوهش های راهبردی»، فصلنامه راهبرد؛ ش ۷۸، بهار ۱۳۹۵، ص ۲۸-۵.
- دادگران، سید محمد؛ افکار عمومی و معیارهای سنجش آن؛ چ ۲، تهران: نشر مروارید، ۱۳۸۴.
- رابینز، استفن پی؛ مدیریت رفتار سازمانی؛ ترجمه علی پارسائیان و سیدمحمد اعرابی؛ چ ۱، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی، ۱۳۷۴.
- رضائیان، علی؛ مدیریت رفتار سازمانی؛ چ ۲، تهران: انتشارات دانشکده مدیریت دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
- زابولی زواره، فاطمه، علیرضا دبیرنیا و سوده شاملو؛ «انتقال دولت؛ مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایران و آمریکا»، مجله پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، بهار ۱۴۰۳.
- زارعی، بهادر، سیدعباس احمدی و محسن عابدی درجه؛ «الگویابی حکمرانی متعالی برای ارتقای اقتدار ملی در حکمرانی های اسلامی»، مجله حکومت اسلامی؛ ش ۱، بهار ۱۴۰۰، ص ۱۰۷-۱۳۴.
- سامانه جامع نظرات شورای نگهبان؛ نظرات تفسیری شورای نگهبان راجع به اصول قانون اساسی؛ مندرج در: <http://nazarat.shora-rc.ir>؛ تیرماه ۱۴۰۲.
- سلطانی، سیدناصر؛ «اعتبارسنجی عرف و رویه های قانون اساسی»، فصلنامه دانش حقوق عمومی؛ ش ۱۸، زمستان ۱۳۹۶، ص ۹۱-۱۱۰.
- عابدی درجه، محسن؛ «تبیین مؤلفه های الگوی حکمرانی مطلوب اسلامی- ایرانی پیشرفت در نهادینگی تمدن نوین اسلامی»، مجموعه مقالات هشتمین کنفرانس الگوی اسلامی- ایرانی پیشرفت؛ الگوی پیشرفت؛ تهران: دانشگاه تهران، مرکز الگوی اسلامی ایرانی پیشرفت، ۱۳۹۸، ص ۱۳۸۳-۱۴۰۷.
- عمید زنجانی، عباسعلی؛ حقوق اساسی تطبیقی؛ چ ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۱.
- قانون اساسی ایالات متحده آمریکا؛ ترجمه لیلا رضوی طوسی؛ چ ۱، تهران: نشر خرسندی، ۱۳۹۲.

## ■ الزامات انتقال مطلوب دولت در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ سامانه ملی قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران، به‌آدرس: <https://qavanin.ir/Law/TreeText>، ۳۸۱۶۲، دسترسی در تیرماه ۱۴۰۲.

قانون انتخابات ریاست‌جمهوری و اصلاحات بعدی آن مصوب ۱۳۶۴/۴/۵ مجلس شورای اسلامی؛ سامانه ملی قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران، به‌آدرس: <https://qavanin.ir/Law/TreeText>، ۸۳۷۲۲، دسترسی در تیرماه ۱۴۰۲.

کریمی، کیانوش و جلال غفاری قدیر؛ «مدل تأثیرگذاری بر افکار عمومی در فضای مجازی به کمک قابلیت بازی‌وارسازی»، فصلنامه مطالعات رسانه‌های نوین؛ ش ۱۷، بهار ۱۳۹۸، صص ۱۷۲-۱۳۷.

ماکسول، جان؛ مدیریت نگرش؛ ترجمه فضل‌الله امینی؛ چ ۲، تهران: انتشارات مدیریت فردا، ۱۳۸۳.

متولی، کاظم؛ افکار عمومی و شیوه‌های اقناع؛ چ ۱، تهران: انتشارات بهجت، ۱۳۸۴.

مرادخانی، فردین؛ «بررسی مفهوم رویه‌های اساسی در حقوق اساسی»، نشریه مطالعات حقوقی؛ ش ۴، زمستان ۱۳۹۷، صص ۹۹-۱۲۷.

مرادخانی، فردین؛ «تغییر غیررسمی قانون اساسی (مبانی، مصادیق و رویکردها)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی؛ ش ۹۳، بهار ۱۴۰۰، صص ۲۷۳-۳۰۲.

نیکونهاد، حامد؛ «دنباله نانوشته اصول نوشته قانون اساسی: نگاهی تحلیلی به پیدایش، اعتبار و مصادیق رویه‌های اساسی در تجربه حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مجموعه مقالات اولین همایش اصول نانوشته قانون اساسی؛ قم: انتشارات دارالعلم، ۱۳۹۸، صص ۴۱۹-۳۹۹.

هرمان، چارلز؛ سیاست‌گذاری خارجی و پافشاری بر خطا؛ ترجمه علیرضا طیب؛ چ ۱، تهران: ابرار معاصر، ۱۳۹۳.

Binzer Hobolt, Sara, Robert Klemmensen; «Responsive government? Public opinion and government policy preferences in Britain and Denmark», *Political Studies* 53; no.2, 2005, pp.92-183.



## Criticism on note one of Article 508 I.P.C In light of the Transparency of Law Principle

**Mohammad Jafar Sadegh Pour\*** (Corresponding Author)  
Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Shahrekord University, Shahrekord, Iran.  
Email: [Mohammad.sadeghpour@sku.ac.ir](mailto:Mohammad.sadeghpour@sku.ac.ir)  
**Zeinab Sharifimaram**  
PhD Candidate in Jurisprudence and Principles, Al-Zahra University, Tehran, Iran.  
Email: [zsharifimaram@gmail.com](mailto:zsharifimaram@gmail.com)



**Citation** Sadeghpour, M. J., & Sharifimaram, Z. (2025). Criticism on note one of Article 508 I.P.C In light of the Transparency of Law Principle. [Islamic Law \(A Quarterly Journal of Law\)](#). 22(86): 147-180

 [10.22034/ilaw.2025.709548](https://doi.org/10.22034/ilaw.2025.709548)

Received: 9 May 2023 , Accepted: 21 November 2023

### Abstract

Legislation as a specialized knowledge requires special attention of the legislator to follow the principles and rules, if they are not followed, the text of the law will suffer from various problems and ambiguity. One of the most important of these principles is compliance with the Transparency of Law Principle, which itself includes three components: lack of obfuscation, lack of ambiguity, and lack of doubt. By carefully and reflecting on the note of Article (508) of Q.A. as well as the basis of its legislation, it can be seen that this provision is in conflict with the principle of transparency in many ways. In addition to the inconsistency between Article (508) and its note one, the most important aspects that have caused the distortion of this provision are related to the limitations of "owner's knowledge and notification", "current or previous permission" and "how and examples of citation of the crime to the owner". These problems and challenges make it necessary to revise and amend the aforementioned regulation. In this regard, in this article, by using library sources and with a descriptive and analytical approach, an attempt has been made to scrutinize and reflect on the note of the mentioned article and finally to provide suggestions for its amendment.

### Keywords

intruder, crime, permission, owner, possession.



## Extended Abstract

### 1. Introduction

This study addresses Note 1 of Article (508) of the Islamic Penal Code (IPC), which regulates the issue of unauthorized entry onto another person's property and the resulting crime or injury. Article (508) and its accompanying Note 1 attempt to delineate criminal liability when an owner performs actions on their property—such as digging a well or installing an electrical system—which subsequently cause physical harm to an entrant.

Analysis reveals that the fundamental structure and drafting of this provision are inconsistent with the Transparency of Law Principle (Transparency of Law Principle). Legal transparency, considered a key component of quality law, demands that a text be free from obscurity (Ighlāq), ambiguity (Ibhām), and equivocation (Īhām), thereby allowing the legislator's intent to be fully and clearly understood. The primary reasons for the lack of clarity in Note 1 of Article (508) relate to the complexity of the relationship between Article (508) and its Note 1, as well as specific criteria embedded within the Note: the conditions of "owner's knowledge and information," "explicit or prior permission (Idhn)," and "the manner and examples of attributing the crime to the owner". These challenges necessitate a comprehensive review and reform of the regulation.

### 2. Research Methodology

This research utilizes library resources and employs a descriptive and analytical approach. The methodology involves scrutinizing the text of Article (508) IPC and its Note 1, evaluating their inconsistencies, examining the underlying jurisprudential (Fiqhi) bases for the non-liability of the owner (such as the Rule of Sovereignty and relevant Akhbār), and subsequently providing critical proposals for legislative revision.

### 3. Research Findings

The principle established in Imami jurisprudence, based on narrations and the Rule of Sovereignty (Qā'ida al-Taslīt), is the non-liability (Adam-e Damān) of the owner for injuries sustained by someone who enters the property without permission due to the owner's lawful actions. The IPC adheres to this general principle, stating that the owner is not liable, except in specific instances.

However, the legal drafting of Note 1 introduces several challenges that

undermine transparency:

**1. Incoherence between Article (508) and Note 1:** Article (508) establishes non-liability except when the owner invites an unaware person. Note 1 introduces further complex conditions for non-liability regarding unauthorized entry or entry with prior permission (permission granted before the owner took action). This structural arrangement, where the Note appears as an exception to the exception in the main Article, creates confusion and obscurity in understanding the legislator's intent.

**2. Challenge of Prior Permission:** Note 1 equates entry without permission and entry with permission granted before the owner's dangerous actions, ruling out liability in both instances. While unauthorized entry has clear Shar'i support for non-liability, extending this rule to cases of prior permission lacks strong jurisprudential basis. The crucial factor should be the attributability (Istīnād) of the injury to the owner, not merely the timing of the permission.

**3. Challenge of Owner's Lack of Knowledge:** The Note conditions the owner's non-liability on the fact that the "owner was unaware of the person's entry". This condition lacks broad Shar'i grounding among jurists. Critics argue that mere knowledge or lack thereof should not be the determining factor for liability. If the owner is aware of the entry and has the capability to prevent the potential danger caused by their prior actions (e.g., a hidden pit), their failure to act may contribute to the injury's attribution; otherwise, mere knowledge should not automatically trigger liability.

**4. Ambiguity of Attribution (Istīnād):** The Note provides an exception to non-liability: the owner is liable if the injury is attributable to them due to "enticement (Ighwā), negligence in informing, and the like". However, the law fails to provide clear legal criteria for determining Istīnād, seemingly delegating this critical determination to custom (Urf). Relying on the fluctuating judgment of custom for determining a material/scientific link between the behavior and the outcome is inconsistent with the goals of high-quality legislation.

#### 4. Conclusion

Article (508) IPC and its Note 1 contain ambiguities and structural flaws that render the provision inconsistent with the Transparency of Law Principle. A significant source of these problems is the legislator's adherence to literal translations of conditional phrases found in specific scholarly jurisprudential texts (Fiqhi writings), such as "permission granted before the owner's

actions" and "the owner's lack of knowledge regarding entry".

To resolve these issues and restore legislative quality, it is recommended that the law be reformed by eliminating these superfluous and often contradictory conditions. Instead, the law should focus exclusively on the core criterion of attribution (Istīnād) of the injury to the owner, regardless of whether the entry was unauthorized or based on prior permission. The proposed reform suggests that the owner is liable only if the resulting crime or injury is attributable to them.

### **Funding**

There is no funding support.

### **Authors' Contribution**

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work

### **Conflict of Interest**

Authors declared no conflict of interest.

### **Acknowledgments**

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.



# نقدی بر تبصره یک ماده ۵۰۸ قانون مجازات اسلامی در پرتو اصل شفافیت قانون

محمد جعفر صادق پور\* (نویسنده مسئول)

استادیار، گروه فقه و حقوق، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران.

Email: Mohammad.sadeghpour@sku.ac.ir

زهرا شریفی مرام

دانشجوی دکتری فقه و اصول، جامعه الزهرا، تهران، ایران.

Email: zsharifimaram@gmail.com



استناد صادق پور، محمد جعفر و شریفی مرام، زهرا (۱۴۰۴). نقدی بر تبصره یک ماده (۵۰۸) قانون مجازات اسلامی در پرتو اصل شفافیت قانون. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۲ (۸۶): ۱۸۰-۱۴۷

doi 10.22034/ilaw.2025.709548

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۱۹، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۳۰

## چکیده

تبصره یک ماده ۵۰۸ قانون مجازات اسلامی به مسأله ورود بدون اذن به ملک دیگری و جنایت ناشی از آن اختصاص یافته است. با دقت و تأمل در بنا و مبنای این مقرر می‌توان دریافت که از جهات مختلف با اصل شفافیت قانون (Transparency of Law Principle) در تهافت است؛ زیرا بافت کلی ماده ۵۰۸ و نسبت آن با تبصره یک و نیز نحوه نگارش این تبصره به نحوی است که مقرر مذکور مبتلای به ابهام و اغلاق گشته و نتیجتاً به گونه‌ای منافی با اصل شفافیت قانون تنظیم شده است. علاوه بر ناسازواری میان ماده ۵۰۸ و تبصره یک آن، مهم‌ترین جهاتی که موجب بروز کژتابی این مقرر گشته مربوط به قیود «آگاهی و اطلاع مالک»، «اذن فعلی یا قبلی» و «نحوه و مصادیق استناد جنایت به مالک» است. این اشکالات و چالش‌ها، بازنگری و اصلاح مقرر فوق‌الذکر را ضرورت می‌بخشد. در همین راستا، در این نوشتار، با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و با رویکردی توصیفی و تحلیلی تلاش شده است تبصره ماده مذکور مورد تدقیق و تأمل قرار گیرد و در نهایت پیشنهادهایی برای اصلاح آن ارائه شود.

## واژگان کلیدی

شخص وارد، جنایت، اذن، مالک، تصرف.



## مقدمه

در فقه امامیه برای ایراد جنایت بر تمامیت جسمانی اشخاص، کیفرهایی اعم از قصاص و دیه در نظر گرفته شده است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶: ۱۲۰/۳). تقریر این کیفرها از سویی در راستای سزادهی مرتکبین و در نتیجه اجرای عدالت و برقراری نظم است و از سوی دیگر به جهت ترمیم خلأ ناشی از ارتکاب جنایت در بستر جامعه و نسبت به افراد اجتماع انسانی. هرگاه رابطه سببیت میان آسیب وارده و جنایت وارده محرز (صادقی، محمد هادی؛ میرزایی، محمد (۱۳۹۸)، ماهیت رابطه استناد و معیار احراز آن، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۷۱/۲۱ و ۱۷۲) و چنین جنایتی به مرتکب قابل استناد باشد، کیفرهای مذکور مترتب شده و شخص مرتکب، کیفر داده می شود (طاهری، ۱۴۱۸: ۲/۲۱۴)؛ لکن این مطلب همواره روشن و مبرهن نیست و در واقع رابطه استنادی در همه موارد به سهولت قابل احراز نمی باشد. یکی از مواردی که مسئول کیفری در آن به جهت ابهام در استناد جنایت به روشنی مشخص نیست و موجب اختلاف دیدگاهها و آراء در این رابطه شده، فرضی است که شخصی در ملک خود اقداماتی همانند حفر چاه یا نصب سیستم الکتریکی یا لیزر انجام می دهد و فرد دیگری به ملک او وارد می شود و در نتیجه دچار آسیب جسمانی می گردد. این فرض خود دارای صور مختلفی است که مقنن در ماده (۵۰۸) قانون مجازات اسلامی و تبصره (۱) آن در مقام تبیین آنها برآمده و مقرر کرده است:

«هرگاه شخصی یکی از کارهای مذکور در ماده (۵۰۷) این قانون را در ملک خویش یا مکانی که در تصرف و اختیار اوست، انجام دهد و سبب آسیب دیگری گردد، ضامن نیست، مگر اینکه شخصی را که آگاه به آن نیست به آنجا بخواند و به استناد آن، جنایتی به وی وارد گردد.»

۱. ماده ۵۰۷ ق.م.ا: «هرگاه شخصی در معابر و اماکن عمومی یا ملک دیگری بدون اذن مالک، گودالی حفر کند یا چیز لغزنده ای در آن قرار دهد و یا هر عملی انجام دهد که سبب آسیب دیگری گردد، ضامن دیه است مگر اینکه فرد آسیب دیده با علم به آن و امکان اجتناب، عمداً با آن برخورد نماید.»

تبصره ۱ - هرگاه شخص آسیب‌دیده بدون اذن مالک یا با اذنی که قبل از انجام اعمال مذکور از مالک گرفته، وارد شود و صاحب ملک از ورود او اطلاع نداشته باشد، مالک ضامن نیست، مگر اینکه صدمه یا تلف به علت اغواء، سهل‌انگاری در اطلاع دادن و مانند آن مستند به مالک باشد». در این ماده چند فرض مختلف برای این مسئله تصویر شده که عبارتند از:

أ) مالک، شخصی را که آگاه به اقدامات انجام‌شده توسط وی نیست، به آنجا بخواند و به استناد این فراخواندن، جنایتی به آن شخص وارد گردد: مالک ضامن است.

شخص آسیب‌دیده بدون اذن مالک وارد شود، درحالی که صاحب ملک از ورود او اطلاع نداشته و جنایت وارده به مالک مستند نباشد: مالک ضامن نیست.

شخص آسیب‌دیده با اذنی که قبل از انجام اعمال مذکور از مالک گرفته، وارد شود درحالی که صاحب ملک از ورود او اطلاع نداشته و جنایت وارده به مالک مستند نباشد: مالک ضامن نیست.

جنایت وارده به علت اغواء، سهل‌انگاری در اطلاع دادن و مانند آن به مالک مستند باشد؛ هرچند شخص آسیب‌دیده بدون اذن یا با اذن قبلی وارد شده باشد: مالک ضامن است.

بررسی تحلیلی صوری که در ماده (۵۰۸) مورد اشاره قرار گرفته و آنچه می‌توانست مورد اشاره قرار گیرد، نیازمند پژوهش‌های متعدد و مستقلی است؛ اما آنچه در این نوشتار مورد اهتمام است، فرض ورود بدون اذن به ملک مالک یا متصرف قانونی است. زیرا اگر چه قانونگذار تلاش کرده جوانب مختلف این فرض را تبیین نماید و در هر حالت حکم خاص خودش را بیان نماید، ولی به نظر می‌رسد در این زمینه توفیق چندانی نیافته و این مقرر از این زاویه دارای اشکالات و خلأهای مختلفی است. این اشکالات و

خلاءها همگی موجب شده مقرر فوق‌الذکر از شفافیت لازم برخوردار نباشد و در واقع در تقنین آن یکی از مهمترین اصول قانون‌نگاری که «اصل شفافیت قانون» است مورد خدشه قرار گیرد. صدور نظریات مشورتی<sup>۱</sup> در جهت رفع ابهام از برخی صور مندرج تحت ماده فوق و برگزاری برخی نشست‌های قضایی<sup>۲</sup> نیز مؤید این مهم است.

از همین رو، در ادامه با عنایت به مبانی فقهی مقرر فوق‌الذکر می‌کوشیم علاوه بر تبیین اشکالات و خلأهای موجود در ماده (۵۰۸)، پیشنهادهایی جهت تقنین دقیق و شایسته این مقرر ارائه شود. جهت دستیابی به این مطلوب، ضروری است، نخست در خصوص مؤلفه‌های اساسی قوام‌بخش اصل شفافیت قانون به اختصار مطالبی بیان شود و آنگاه در چند محور مختلف مبانی عدم‌مسئولیت مالک در این زمینه مورد ارزیابی قرار گیرد و در پی آن برخی قیود مهم در این خصوص واکاوی شود.

## ۱. اصل شفافیت قانون

اصل شفافیت قانون<sup>۳</sup> امروزه به‌عنوان یکی از مهمترین مؤلفه‌های قانون کیفی مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته است (ره‌دارپور و مؤذن‌زادگان، ۱۳۹۷، ش ۸۱). «شفافیت»، واژه‌ای عربی است از ریشه «شف» به معنای هر چیز لطیف که از پس آن بتوان چیز دیگری را دید یا آن چیزی که نور از آن بگذرد. همچنین این واژه به معنای وضعیتی است که درک امری را آسان می‌سازد. معادل واژه شفافیت در زبان انگلیسی واژه «traspaency» است؛ ریشه لاتین آن کلمه «transparere» می‌باشد که از دو بخش «trans» به معنای درون و «parere» به معنای آشکار تشکیل شده است. برای اصل شفافیت در حوزه‌های مختلف تعاریف مختلفی مطرح شده (نیازپور و

۱. نظریه مشورتی شماره ۵۸۷/۹۶/۷ مورخه ۱۳۹۶/۳/۱۰

۲. نشست قضایی مورخه ۱۳۹۷/۱۱/۸ با کد ۱۳۹۹-۶۷۲۳ در شهرستان بروجرد

3. Transparency of Law Principle

جنیدی، ۱۳۹۹، ص ۸۱) اما در حوزه وضع قوانین، شفافیت قانون، ویژگی یا کیفیتی است که سبب روشن شدن معنا و مفاد قانون می‌شود (Ox-Tomasic, : ford Advanced Learner's Dictionary, 2010, p 266, 1980, p 9). به تعبیری رساتر، اصل شفافیت قانون وصف قانونی است که اجازه می‌دهد واقعیت قانون و مراد مقنن تمام و کمال و بدون خدشه آشکار شود (نیازپور، ۱۳۹۷، ص ۱۰). تحقق شفافیت در بستر عقلانیت گفتاری مستلزم وجود سه ویژگی مهم است: اول اینکه کلام یا متن بایستی عاری از اغلاق باشد؛ یعنی کلام یا متن دشوار نباشد و فهم آن سخت و دیرپاب به شمار نیاید. بنابراین کسی که بتواند در عین حال که عمیق سخن می‌گوید، روشن هم سخن بگوید، در واقع اولین مؤلفه شفافیت را دارا است. دومین ویژگی شفافیت این است که سخن بدون ابهام باشد. واژه‌های مبهم همواره محل شفافیت هستند. سخن مبهم سخنی است که در آن الفاظی مثل کم، زیاد، شدید و ضعیف به کار می‌رود که سیال هستند و اساساً حدود و ثغور مفهومی‌شان مشخص نیست. ویژگی دیگر شفافیت نزدیک به ویژگی دوم آن است و آن اینکه، سخن نباید دارای ابهام باشد. ابهام به این معنا است که سخن یا متن دو معنا یا چند معنا داشته باشد و متکلم یا نویسنده یکی از آن دو یا چند معنا را اراده کرده باشد بدون اینکه این مطلب به وضوح برای مخاطب یا خواننده روشن باشد. در این صورت ممکن است شنونده یا خواننده متن، معنای دیگری را استنباط کند و همین مسأله موجب می‌شود سخن از شفافیت برخوردار نباشد. باید توجه داشت که ابهام با ابهام متفاوت است؛ ابهام یعنی اینکه شخص سخنی بگوید که معانی مختلفی از آن قابل استنباط باشد، درحالی که ابهام آن است که معنای قابل استنباط از سخن بیش از یکی نباشد، اما حدود و ثغور معنایی آن مشخص نیست و در واقع همان معنای یگانه گنگ است (ملکیان، ۱۳۸۱، ش ۳۰، ص ۱۸). بر اساس سه مؤلفه‌ای که بیان شد، قانونی دارای شفافیت است و می‌تواند به

مثابه یک متن معیار قانونی مورد پذیرش قرار گیرد، که فاقد اغلاق، ابهام و ابهام باشد و هر قانونی که این سه اشکال اساسی و یا یک یا دو مورد از آنها را دارا باشد، فاقد ضوابط علمی قانون‌نگاری است.

## ۲. ضمان ناشی از ورود بدون اذن به ملک غیر

این موضوع خود در دو محور مختلف قابل بررسی است. نخست اینکه این مسأله از نقطه نظر فقهی بررسی شود و دوم اینکه با تمرکز بر موضع مقنن در قانون مجازات اسلامی مورد ارزیابی قرار گیرد.

### ۲-۱. موضع فقه امامیه

بر اساس مبانی فقهی، اگر به سبب تصرفاتی که توسط مالک در ملک خود انجام گرفته، شخصی که بدون اذن وارد ملک وی شده آسیب ببیند، مالک مسئولیتی در قبال صدمات وارده ندارد و این خود شخص وارد است که مسئول رفتار و نتیجه رفتار خود است. به عبارت دیگر، در فرض فوق، عدم مسئولیت مالک به مثابه یک اصل اساسی مورد توجه قرار گرفته است. این اصل و انگاره کلی حاصل برخی مبانی شرعی و فقهی است که گروهی از فقها بدان تمسک کرده‌اند و می‌توان آنها را به قرار زیر دانست:

### ۲-۱-۱. روایات

نخستین مستند این نظریه، اخبار مستفیضه‌ای (نراقی، ۱۴۲۲: ۴۲۵ و ۴۲۶) است که به شرح ذیل، قابل ذکر می‌باشد:

«زرارة عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال: لو رجلا حفر بئرا في داره ثم دخل رجل فوقع فيها لم يكن عليه شيء ولا ضمان ولكن ليغطها» (كلینی، ۱۴۰۷: ۳۵۰/۷)؛ زرارہ از امام صادق (علیہ السلام) نقل می‌کند که امام فرمودند: اگر مردی در خانه‌اش چاهی را حفر کند، سپس فردی داخل [آن] شود و در آن بیفتد، چیزی بر [ذمه] صاحب‌خانه نیست و ضامن نمی‌باشد؛ ولی باید روی چاه را بپوشاند.»

در این روایت، تعبیر «لا ضمان» عطف تفسیری «لم یکن علیه شیء» است که به وضوح از عدم ضمان مالک حکایت دارد. شایان ذکر است که گرچه در انتهای روایت امام علیه السلام امر به پوشاندن روی چاه نموده‌اند، اما نمی‌توان از این امر امام علیه السلام چنین برداشت کرد که در فرض عدم پوشش چاه، ضمان مترتب خواهد بود و با تکیه بر این مهم، عموم مستفاد از روایت که ناظر بر عدم ضمان است را تقیید زد. زیرا در روایت فوق، در عین حکم به عدم ضمان مالک در فرض عدم پوشش چاه، توصیه شده که روی چاه پوشیده شود. لذا این توصیه صرفاً جهت ممانعت از رخداد سوانح همسانی گوشزد شده که ممکن است اتفاق افتد و از این رو، نمی‌تواند مقید عمومیت عدم ضمان مالک باشد. نکته‌ای که در خصوص سند این روایت بایستی مورد توجه قرار گیرد، این است که برخی فقهاء این خبر را به دلیل وجود سهل بن زیاد<sup>۱</sup> در سلسله سند آن حسن دانسته‌اند (عاملی، بی‌تا، ۱۰/۲۹۲)؛ از آن جهت که وی فاسدالمذهب و غالی در نقل روایات بوده و احادیث روایت شده از او به دلیل کذب، مرسله بودن و متکی به مجاهیل قابل اعتماد نیست (ابن الغضائری، ۱۴۲۲: ۶۷). اما به نظر می‌رسد، این تلقی درست نباشد؛ زیرا سهل از اصحاب امامان جواد، هادی و حسن عسکری (علیهم السلام) بوده و توثیق شده است (طوسی، ۱۳۹۰: ۴/۳۱۶) و قول رجالی از باب حجیت قول ثقه حجت می‌باشد (ربانی، ۱۳۸۵: ۴۶ و ۴۸)، و از آنجا که روایات او سدید و مورد قبول است، فقهاء به تناسب مقام و از جمله محل بحث، با استناد به اخبار وی فتوا داده‌اند (بحر العلوم، ۱۳۶۳: ۲۳/۳ و ۲۵). روشن است، با جمع بودن امارات وثاقت، اعتماد و قوت در رجالی‌ای چون سهل (همان: ۲۵)، صحیح‌بودن این روایت، تصدیق می‌شود (تبریزی، ۱۴۲۸: ۸۶).

«سَمَاعَةَ قَالَ: سَأَلْتَهُ عَنِ الرَّجُلِ يَحْفَرُ الْبُئْرَ فِي دَارِهِ أَوْ فِي أَرْضِهِ.

۱. سهل بن زیاد آدمی رازی با کنیه ابوسعید.

فقال (عليه السلام): أما ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان و أما ما حفر في الطريق أو في غير ما يملكه فهو ضامن لما يسقط فيه» (كلینی، ۱۴۰۷: ۳۴۹/۷)؛ سماعه می گوید از حضرت درباره مردی که در منزل یا زمینش چاهی را حفر می کند، سؤال کردم؛ پس امام فرمودند: اما آنچه در ملک خود حفر می کند، بر او ضمانی نیست و اما آنچه در راه یا در غیر آنچه مالک می شود؛ پس ضامن آن چیزی است که در آن می افتد.»

در زمینه دلالت این روایت نمی توان تردید داشت. به جهت سندی هم این روایت قابل اعتماد است؛ زیرا تمام روایات آن از جمله خود سماعه که امامی است (نجاشی، ۱۳۶۵: ۱۹۳)، ثقه هستند (مجلسی، ۱۴۰۶: ۴۸۴/۱۶). البته این روایت به قرینه «سألته» (زنجان، ۱۴۱۹: ۵۸۴۳/۱۸)، مضمهره است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۹۳/۱۳؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳: ۱۵۳/۴)؛ ولی این اضممار ضرری به اعتبار سندی آن نمی زند (لنکرانی، ۱۴۱۸: ۸۰)؛ چرا که سماعه به رسم قدیم محدثین در نخستین حدیث، نام مبارک امام صادق (علیه السلام) را ذکر کرده و در دیگر روایات نقل شده از ایشان، به جای ذکر «من روی»، به ضمیر اکتفا کرده است (زنجان، ۱۴۱۹: ۵۸۴۲/۱۸)؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۵۰/۱) و هیچ محققى در این گونه مضمهرات خدشه نمی کند (زنجان، ۱۴۱۹: ۵۱۳۲/۱۶)؛ پس به دلیل موثق بودنش، معتبر است (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۳۲/۲۹؛ خویی، ۲۹۹/۴۲).

«سکونی عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل دخل دار قوم بغير إذنه ففقره كلبهم، قال: «لا ضمان عليهم و إن دخل بإذنه ضمنوا» (كلینی، ۱۴۰۷: ۳۵۳/۷)؛ سکونی از امام صادق (علیه السلام) روایت می کند که فرمودند: حضرت امیر (علیه السلام) حکم کردند، درباره مردی که بدون اجازه داخل خانه قومی می شود؛ پس سگ آنان او را گاز می گیرد. فرمودند: بر این قوم ضمانی نیست و اگر با اذن

آنها وارد خانه شود، ضامن هستند.

واژه «دار: خانه» در این روایت و اخبار سابق، خصوصیتی ندارد (زراعت، ۱۳۹۶: ۱۶۴/۲) و مراد ملکی است که فرد حق هرگونه تصرفی را در آن دارد؛ اعم از مکان مسکونی، زمین زراعی یا کارخانه و... (بروجردی، ۱۴۱۳: ۱۷۷). همچنین گرچه موضوع این روایت گزش سگ است، اما با عنایت به عدم خصوصیت این مورد و نیز تصریح دیگر روایاتی که ذکر شد، می‌توان دریافت که هرگونه تصرف مشروعی که مالک در ملک خود انجام دهد و منجر به آسیبی به وارد بدون اذن گردد، موجب ترتب ضمان نخواهد بود. خصوص گفتنی است که روایت فوق نیز می‌تواند از لحاظ سندی قابل اعتماد باشد؛ زیرا هرچند برخی رجالیون با عبارت «ضعیف علی المشهور» (مجلسی، ۱۴۰۴: ۲۴/۲۱۵؛ همو، ۱۴۰۶: ۱۶/۴۷۵ و ۴۷۶) بر ضعف این روایت تصریح کرده‌اند، لکن برخی از محققین فقهاء با ارزیابی سند و رد نظر مشهور، با آوردن قیودی چون «معتبر بودن»، نظر خویش را به صراحت بیان کرده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۹/۱۴۱؛ خویی، ۱۴۲۲: ۴۲/۳۰۶ و ۳۰۷؛ تبریزی، ۱۴۲۸: ۹۹).

«فَتَحَّ بن یزید جرجانی عن ابي الحسن (عليه السلام) في رجل دخل على دار آخر للتلصص أو الفجور فقتله صاحب الدار. أ يقتل به أم لا؟ فقال (عليه السلام): إعلم أنّ من دخل دار غيره فقد أهدر دمه و لا يجب عليه شيء» (کلینی، ۱۴۰۷: ۷/۲۹۴). فتح بن یزید جرجانی از امام رضا (علیه السلام) در خصوص مردی که برای دزدی یا فجور داخل منزل شخصی می‌شود و صاحب‌خانه او را به قتل می‌رساند، سؤال می‌کند، آیا به سبب این فعل (قتل) باید کشته شود یا خیر؟ امام فرمودند: بدان همانا کسی که داخل منزل دیگری می‌شود، به تحقیق خونش هدر است و بر صاحب آن منزل چیزی واجب نیست.

در این روایت سؤال سائل در مورد ضمان دزد و فاجر است که توسط مالک به قتل رسیده است؛ اما پاسخ حضرت عام و کلی است؛ زیرا امام فرموده‌اند:

«کسی که داخل خانه دیگری شود...»؛ خواه به هدف سرقت یا فجور وارد شود و خواه بدین هدف وارد نشود، مهم این است که بدون اذن وارد ملک دیگری شده است؛ بنابراین فراز پایانی روایت فوق، آشکارا شامل فرض ورود بدون اذن به ملک غیر می‌شود. با این وجود مشکلی که در خصوص این روایت وجود دارد، اشکال سندی آن است؛ زیرا این روایت به دلیل نامشخص بودن هویت راوی آن [یعنی فتح] مجهول است؛ چه اینکه مشخص نیست که مراد از فتح، مختارین بلال بن مختار است، یا مختارین هلال بن مختار (مجلسی، ۱۴۰۴: ۲۴/۵۲ و ۵۳)؛ پس حدیث به دلیل مجهول بودن راوی آن (همو، ۱۴۰۶: ۱۶/۴۳۷) و بنابر قول برخی محدثین، مجهول بودن عده‌ای از رجال حدیث آن (اردبیلی، ۱۴۲۷: ۳/۶۰۳)، از حیث سند ضعیف و به دلیل عدم جابر، استناد به آن مخدوش است (مازندرانی، ۱۴۱۶: ۵/۱۸۶). علاوه بر مشکل سندی، چه بسا از حیث دلالتی هم این روایت قابل مناقشه باشد؛ زیرا از این روایت چنین استظهار می‌شود که موضوع آن و در واقع، وجه عدم ضمان مالک، دفاع مشروع باشد نه صرف دخول غیر مجاز به ملک مالک.

## ۲-۱-۲. قاعده سلطنت

قاعده سلطنت یا تسلیط از جمله قواعد مشهور مسلم فقهی است و در بین اخبار کثیری که بر این قاعده دلالت دارد، معروف‌ترین آنها، این روایت نبوی (ص) است که حضرت می‌فرمایند: «الناس مسلطون علی اموالهم» (کاشانی، ۱۴۰۶: ۱۸/۹۶۷)؛ مردم بر اموال خویش مسلط هستند. این حدیث، اگرچه به دلیل مرسله بودنش از حیث سندی، ضعیف است (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۱/۲۲۸)، ولی چون از شعارهای مسلم اسلامی است، معتبر می‌باشد؛ هرچند مبنای جابریّت ضعف سندی را به عمل و استناد مشهور نپذیریم (علیدوست، ابوالقاسم، ابراهیمی‌راد، محمد (۱۳۸۹)، ش ۲۴، ص ۱۴).

مفاد این قاعده مرکب از دو جزء ایجابی و سلبی، با این تقریر است:

الف) جزء ایجابی؛ تثبیت حق مالکیت و مطلق بودن آن؛ بدین معنا که

سلطنت مالک بر مال خویش حق او است و حق مزبور مطلق است و شامل هرگونه تصرف در مال می‌شود، البته تا زمانی که از سوی شرع منع و ردعی وارد نشود (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۱/۲۳۰؛ مازندرانی، ۱۴۲۵: ۱/۱۳۸).

ب) جزء سلبی؛ هیچ شخص یا نهادی نمی‌تواند، سلطنت مالک را بر اموالش محدود سازد (علیدوست، ابوالقاسم، ابراهیمی‌راد، محمد ۱۳۸۹، ش ۲۴، ص ۸). روی سخن، جنبه ایجابی این قاعده است که محل تسالم بسیاری از فقهاء است و به دلیل سلطه‌ای که مالک بر ملک خویش دارد، حکم به عدم‌ضمان در موردی داده‌اند که به سبب اقدامات مالک، فردی مصدوم یا تلف می‌شود. (طرابلسی، ۱۴۰۶: ۲/۵۰۷؛ اصفهانی، ۱۴۱۶: ۱۱/۲۵۹؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۷/۵ و ۸). مطلبی که بیان آن حائز اهمیت است، مشخص شدن دامنه این سلطنت است. مطابق با نصوص دینی هرگاه از ناحیه تصرف متصرف خسارتی (اعم از مال و نفس) بر دیگران وارد شود، به نحوی که عرفاً خسارت به متصرف اسناد داده شود، او ضامن است؛ مگر ضرر و فوت منفعت دیگران لازم طبیعی تصرف مالک باشد که در این صورت، تصرف ضامن‌آور نیست (علیدوست، ابوالقاسم، ابراهیمی‌راد، محمد ۱۳۸۹، ش ۲۴/۲۷). با توجه به این مهم، فقهاء در جایی که اقدامات مالک در ملکش تحت عنوان اضرار قرار می‌گیرد، قاعده لا ضرر را مقدم بر قاعده سلطنت دانسته و حکم به ضمان داده‌اند و اخبار ضمان را مخصّص عمومات عدم‌ضمان و منصرف به غیر موارد ضرری دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۳/۹۸). محل بحث این نوشتار که شخصی بدون اذن مالک، وارد ملک او می‌شود و در اثر تصرفات مالک در ملکش آسیب می‌بیند، خارج از موضوع ادله ضرر و اخبار ضمان است.

## ۲-۱-۳. اصل عدم‌ضمان

از ظاهر اخبار ضمان برداشت می‌شود که موضوع ضمان، تعدی، عدوان (عاملی، ۱۴۱۳: ۱۵/۳۶۲ و ۳۶۳) یا اضرار (خویی، ۱۴۲۲: ۴۲/۳۰۰) است

و در این فرض که مالک در ملک خود اقداماتی را انجام می‌دهد و شخصی دیگر بدون اذن وارد ملکش می‌شود، به دلیل منتفی بودن موضوع ضمان، اصل بر این است که مالک ضامن نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۷/۴۳ و ۹۸؛ لنکرانی، ۱۴۱۸: ۸۰). به عبارت دیگر، ضمان مالک نیازمند دلیل است و چون چنین دلیلی اقامه نشده، باید قائل به عدم ضمان شد.

## ۲-۲. موضع قانون مجازات اسلامی

با مراجعه به مواد مختلف قانون مجازات اسلامی می‌توان دریافت قانونگذار در ماده (۵۰۸) ق.م.ا در فرضی که شخصی در ملک خود تصرفات و اقداماتی انجام می‌دهد که به سبب آنها دیگری آسیب ببیند، به صراحت اصل را بر عدم ضمان مالک قرار داده است؛ زیرا در این ماده مقرر شده است: «هرگاه شخصی یکی از کارهای مذکور در ماده (۵۰۷) این قانون را {مانند حفر گودال و قرار دادن چیز لغزنده} در ملک خویش یا مکانی که در تصرف و اختیار اوست، انجام دهد و سبب آسیب دیگری گردد، ضامن نیست». البته در فراز پایانی این ماده، به صورت استثناء در یک حالت خاص مالک ضامن دانسته شده و آن حالتی است که مالک شخصی را که آگاه به تصرفات وی نیست، به ملک خود بخواند و به استناد آن، جنایتی به شخص وارد گردد.

همچنین در تبصره نخست ماده (۵۰۸) در صورت ورود بدون اذن شخص به ملک مالک، مالک مبری از ضمان دانسته شده است مگر در یک حالت استثنایی و آن اینکه صدمه یا تلف به علت اغواء، سهل انگاری در اطلاع دادن و مانند آن مستند به مالک باشد. بنابراین، موضع کلی مقنن در ماده (۵۰۸) این است که جز در موارد خاص، اگر به سبب تصرفاتی که توسط مالک در ملک خود انجام گرفته، جنایتی به شخصی وارد آید، مالک مسئولیتی در قبال صدمات وارده ندارد و این خود شخص وارد است که مسئول رفتار و نتیجه رفتار خویش است.

### ۳. نگاهی انتقادی به موضع مقنن در ماده ۵۰۸ ق.م.ا.

در تبصره نخست ماده (۵۰۸) ق.م.ا. تصریح شده که اگر شخصی بدون اذن وارد ملک دیگری شود و در پی ورود وی آسیبی به او برسد، مالک ضامن نیست مگر در شرایطی خاص که موجب شود صدمه وارده به مالک قابل استناد باشد. این مقرر و حکم کلی دارای قیودی است که تأمل در هر یک از آنها و تدبیر در مبانی آنها به درک بهتر زوایای پیدا و پنهان ماده مذکور و نیز شناخت بهتر خلاءها و چالش‌های آن که منجر به عدم شفافیت آن شده، کمک می‌کند. این قیود را می‌توان در دو محور مختلف به قرار زیر بررسی نمود:

#### ۳-۱. تبیین قیود مصرح در تبصره یک ماده (۵۰۸)

در تبصره یک ماده (۵۰۸) ق.م.ا. بر سه قید و نکته مهم تأکید شده است. این سه قید که نقش اساسی در القای مراد مقنن ایفا می‌کنند به قرار ذیل می‌باشند:

#### ۳-۱-۱. اذن فعلی و قبلی

مقنن در تبصره نخست ماده فوق‌الذکر حکم عدم‌ضمان مالک را مربوط به فرضی دانسته که شخص وارد «بدون اذن مالک یا با اذنی که قبل از انجام اعمال مذکور از مالک گرفته» وارد ملک شده است. در واقع در این مقرر دو حالت کلی در رابطه با اذن مالک تصویر شده که در هر دو حالت حکم به عدم‌ضمان مالک شده:

الف) فرضی که شخص وارد اساساً اذنی از مالک برای ورود به ملکش نگرفته است.

ب) فرضی که شخص وارد برای ورود خود اذن گرفته، ولی این اذن مربوط به زمان قبل از انجام اقدامات مالک در ملکش است؛ به‌عنوان مثال، شخص مذکور در تاریخ ۱۴۰۱/۶/۵ از مالک برای ورود به ملکش اذن گرفته و پس

از آن یعنی در تاریخ ۱۴۰۱/۶/۶ مالک در ملک خود سیستم الکتریکی نصب کرده و یا چاهی حفر نموده و در تاریخ ۱۴۰۱/۶/۸ آن شخص با توجه به اذن قبلی خود، وارد ملک شده و دچار آسیب شده است. مقنن در تبصره یک ماده (۵۰۸) بین دو صورت فوق هیچ تفاوتی قائل نشده و در هر دو مورد به عدم ضمان مالک حکم کرده است.

### ۳-۱-۲. عدم آگاهی و اطلاع مالک

قید دیگری که مقنن برای حکم به عدم ضمان مالک در فرض ورود بدون اذن به ملکش یا در فرض ورود با اذنی که قبل از انجام اعمال مالکانه گرفته شده، لازم و ضروری دانسته این است که «صاحب ملک از ورود آن شخص اطلاع نداشته باشد». قید فوق این مهم را افاده می‌کند که اگر به‌عنوان مثال، آقای «الف» بدون اذن آقای «ب» وارد ملک وی شود و یا با اذنی که قبل از انجام اعمال مالکانه گرفته، وارد ملک وی شده، ولی به جهت اقداماتی که آقای ب در ملک خود انجام داده دچار صدمه شود، دو حالت کلی قابل تصور است:

الف) آقای «ب» از ورود بدون اذن یا با اذن قبلی آقای «الف» به ملکش آگاهی نداشته است.

ب) آقای «ب» از ورود بدون اذن یا با اذن قبلی آقای «الف» به ملکش آگاه بوده است.

مقنن حکم عدم ضمان مالک را مربوط به فرض نخست دانسته است، اما در فرضی که مالک اطلاع داشته که شخصی بدون اذن یا با اذن قبلی، وارد ملکش شده یا می‌شود؛ مثلاً آگاه بوده که یک ساعت دیگر شخصی وارد ملکش می‌شود یا اکنون شخصی وارد ملکش شده است، در این صورت نمی‌توان با استناد به تبصره مذکور عدم ضمان مالک را نتیجه گرفت. بنابراین، آگاهی و عدم آگاهی مالک نسبت به ورود شخص به ملکش در ثبوت ضمان مالک بسیار مؤثر و تعیین کننده دانسته شده است.

### ۳-۱-۳. استثنای ضمان مالک؛ استناد صدمه به مالک

چنانکه پیش‌تر نیز گفته شد در تبصره یک ماده (۵۰۸) ق.م.ا اصل کلی در فرض آسیب دیدن کسی که بدون اذن وارد ملک دیگری شده، این است که صاحب ملک ضامن نیست. با این وجود یک حالت استثنایی برای این فرض نیز مورد تصریح قرار گرفته که در آن مالک، ضامن آسیب وارده محسوب می‌شود و آن فرضی است که «صدمه یا تلف به علت اغواء، سهل‌انگاری در اطلاع دادن و مانند آن مستند به مالک باشد». در این بخش از ماده مذکور از دو عامل به مثابه مصادیق حالاتی که آسیب وارده مستند به مالک است یاد شده که عبارتند از:

الف) اغواء (فریفتن) شخصی که وارد ملک شده توسط مالک؛  
ب) سهل‌انگاری مالک در اطلاع‌رسانی نسبت به اقداماتی که در ملکش ایجاد کرده است.

با این وجود چنانکه از تعبیر «و مانند آن» به روشنی استنباط می‌شود، این دو مورد جنبه تمثیلی دارد و اساساً آنچه در این زمینه موضوعیت دارد، «استناد آسیب وارده به مالک» است. بر این اساس، وفق فراز پایانی تبصره یک ماده (۵۰۸) ق.م.ا در هر مورد که آسیب وارده به شخصی که بدون اذن وارد ملک دیگری شده، مستند به مالک آن ملک باشد، علی‌رغم فقدان اذن ورود، مالک ضامن خواهد بود.

### ۳-۲. اشکالات و خلأهای تبصره یک ماده (۵۰۸)

حال که از یک سو، مبنای فقهی و شرعی عدم‌ضمان مالک در فرض مصرّح در تبصره یک ماده (۵۰۸) ق.م.ا روشن شد و از سوی دیگر، شرایط خاص عدم‌ضمان و مستثنای ضمان مالک نیز در این ماده تبیین گردید، شایسته است با نگرشی انتقادی به بازنگری این ماده پرداخته شود. این مهم با بررسی محورهای ذیل امکان‌پذیر است:

### ۳-۲-۱. ناسازواری میان ماده (۵۰۸) ق.م.ا و تبصره آن

با دقت در ماده (۵۰۸) ق.م.ا و تبصره نخست آن به سادگی می‌توان دریافت میان این دو مقررۀ نوعی ناسازواری وجود دارد که موجب می‌شود، مراد مقنن به درستی از آنها قابل برداشت نباشد و در واقع منتهی به مخدوش گشتن اصل شفافیت قانون می‌گردد. توضیح آنکه در ماده (۵۰۸) ق.م.ا در قالب یک حکم کلی بیان شده است: «هرگاه شخصی یکی از کارهای مذکور در ماده (۵۰۷) این قانون (مثل حفر چاه) را در ملک خویش یا مکانی که در تصرف و اختیار اوست، انجام دهد و سبب آسیب دیگری گردد، ضامن نیست». در عین حال مقنن در یک صورت حکم کلی این مقررۀ را تخصیص زده و معتقدشده است در صورتی که مالک «شخصی را که آگاه به آن اقدامات نیست به آنجا بخواند و به استناد آن، جنایتی به وی وارد گردد» مالک ضامن صدمه و جنایت وارده است. بنابراین، مطابق با ماده فوق‌الذکر جز در فرض فراخواندن فرد ناآگاه توسط مالک، در همه موارد، مالک نسبت به صدمات، آسیب‌ها و جنایاتی که به سبب اقدامات وی در ملکش به دیگری وارد شده مسئولیتی ندارد. این در حالی است که تبصره یک این ماده موضع متفاوتی اتخاذ کرده و عدم مسئولیت مالک را مربوط به فرضی دانسته که «شخص آسیب‌دیده بدون اذن مالک یا با اذنی که قبل از انجام اعمال مذکور از مالک گرفته، وارد شود و صاحب ملک از ورود او اطلاع نداشته باشد».

ممکن است چنین پنداشته شود که ماده (۵۰۸) اعم از حالتی است که شخص در پی ورود به ملک دیگری آسیب ببیند یا اینکه بدون وارد شدن به ملک دیگری مصدوم گردد؛ زیرا مقنن در متن این ماده بدون اشاره به «ورود به ملک دیگری»، موضوع را حالتی دانسته که شخصی با انجام دادن اقداماتی در ملک خود یا ملک در تصرف خود «سبب آسیب دیگری گردد» و این سببیت می‌تواند به این شکل باشد که شخص وارد ملک شده و مثلاً در چاه حفر شده فرو افتاده و یا اینکه اساساً وارد ملک نشده است، ولی به

جهت اقدامات انجام شده در ملک توسط مالک، آسیب دیده است؛ مانند اینکه مالک در منزل مسکونی خود چاهی حفر نموده و موجب شده که پشت دیوار منزل وی که معبر عمومی است، نشست کند و موجب سانحه (صدمه یا فوت) برای یک راننده گردد. اگر چنین باشد، تبصره یک، در مقام بیان شرایط بخشی از مفاد ماده (۵۰۸) ق.م.ا خواهد بود که منطقاً اشکالی نخواهد داشت.

با این وجود، پذیرش این توجیه با توجه به فراز پایانی ماده (۵۰۸) دشوار بلکه ممتنع به نظر می‌رسد و فرض اخیر از ماده مذکور تخصصاً خارج است؛ زیرا با توجه به صدر این ماده که مقرر کرده: «یکی از کارهای مذکور را در ملک خود یا مکانی که در تصرف و...» فهمیده می‌شود، استثنای ذکر شده در ذیل این ماده یعنی «مگر شخصی را که آگاه به آن نیست به آنجا بخواند و...» منحصر به موردی است که صدمه و آسیب در پی ورود به ملک مالک رخ داده است؛ البته ورودی که با فراخواندن شخص ناآگاه از اقدامات مالک، صورت گرفته است.

باری، کوتاه‌سخن اینکه مفاد ماده (۵۰۸) و تبصره آن اندکی ناسازواری دارند و یا دستکم با کژسلیقگی تمام در کنار هم قرار گرفته‌اند؛ زیرا ظهور این مقررره اقتضا می‌کند که تبصره یک ماده (۵۰۸) را استثنایی بر فراز پایانی آن بدانیم که این استثناء خود دارای استثنایی است که در انتهای تبصره یک به آن تصریح شده و آن فرضی است که جنایت مستند به مالک باشد. بدیهی است که استفاده مقنن از ادبیات تقنینی که در این حد مبتلا به کژتابی و تشویش است، خود آغازی بر چالش‌های قضایی است.

### ۳-۲-۲. چالش قید ورود بدون اذن یا اذن قبلی

تبصره یک ماده (۵۰۸) ق.م.ا، عدم‌ضمنان مالک را مربوط به فرضی دانسته که «شخص آسیب‌دیده بدون اذن مالک یا با اذنی که قبل از انجام اعمال مذکور از مالک گرفته، وارد [ملک مالک] شود». چنانکه در بخش

تبیین مبانی این ماده گذشت، قید ورود بدون اذن، مبتنی بر برخی از نصوص شرعی همانند روایت سکونی (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۵۳/۷) است که در آن به رابطه مستقیم میان عدم اذن و عدم ضمان مالک تصریح شده است. با این وجود، تسری حکم مذکور به شخصی که با اذن مسبق بر اقدامات مالک، وارد ملک شده و در نتیجه دچار آسیب شده، محل کلام است. این در حالی است که مقنن عدم ضمان مالک را هم مربوط به فرض عدم اخذ اذن دانسته و هم مربوط به فرضی که اذن گرفته شده اما این اذن مربوط به پیش از اقدامات انجام گرفته است. واقعیت این است که گذشته از عدم وجود مستند شرعی برای چنین تسری، این تعمیم حداقل در همه موارد نمی تواند منطقی باشد؛ به عنوان مثال اگر مالک به قصد نصب سیستم الکتریکی، در مسیر رفتن به ملکش با شخصی مواجه شود و به او اذن ورود به ملکش را بدهد، در حالی که تا دو ساعت دیگر وی اقدامی در ملکش انجام می دهد که می تواند برای واردشونده به ملک، عملاً خطرآفرین باشد، وجهی ندارد که صرفاً به علت اینکه اذن اخذ شده پیش از اقدامات انجام شده بوده، دست مایه عدم ضمان مالک تلقی شود. بدین معنا که صرف مسبق بودن اذن بر اقدامات مالک نمی تواند عامل عدم ضمان تلقی شود؛ مگر علتی که مقنن را برآن داشته تا اذن قبل از اقدامات مالک را در حکم عدم اذن تلقی کند، این باشد که در چنین وضعیتی که هنوز مالک اقدام خطرآفرینی در ملک خویش انجام نداده، اذن او نمی تواند موجب مسئولیت وی گردد. در واقع، در چنین حالتی علی رغم وجود اذن قبل از اقدامات معهود، صدمه وارده مستند به مالک نیست تا وی ضامن قلمداد شود. این در حالی است که اگر به این مهم اشاره نمی شد و صرفاً فرض عدم اذن بیان می گردید، در فرض وجود اذن قبل از اقدامات مالکانه، مالک ضامن تلقی می شد و این در حالی بود که در برخی موارد بدون شک صدمه وارده به مالک قابل استناد نبود.

ما معتقدیم مقنن به درستی علاوه بر فرض عدم اذن که در روایات مورد

تأکید قرار گرفته، فرض اذن پیش از اقدامات را هم با اینکه مستند روایی ندارد - گر چه برخی فقها به آن اشاره کرده‌اند - مورد توجه قرار داده و هر دو را منتج به عدم ضمان مالک دانسته است. در واقع نفس توجه مقنن به مواردی که اذن گرفته شده اما در عین حال امکان دارد مالک، ضامن باشد، اقدامی ستودنی است؛ اما با این حال، ظاهراً مناط عدم ضمان مالک در فرض اذن پیش از اقدامات، استناد جنایت به وی است؛ زیرا وقتی مالک قبل از اینکه اقداماتی در ملک خود انجام دهد به شخصی اذن ورود دهد، اما شخص مذکور در زمان اخذ اذن، وارد ملک نشود، بلکه پس از اقدامات مالک ورود نماید، چون جنایت وارده قابل استناد به مالک نیست، نمی‌توان وی را ضامن دانست. از این رو، از نظر ما حال که مناط در ضمان در این فرض، استناد جنایت است و فرض استناد جنایت به مالک در فراز پایانی مقرر و در قالب یک استثناء مورد اشاره قرار گرفته، شایسته‌تر این بود که به ذکر مناط مذکور بسنده می‌شد. با توجه به این نکته، نظر ما این است که مقنن می‌بایست ضمن حذف فرض اذن پیش از اقدامات در متن تبصره، استثناء فراز پایانی آن را به طور کلی و ناظر بر همه صور ورود آسیب به شخصی که وارد ملک دیگری می‌شود، مطرح می‌کرد؛ یعنی در پایان تبصره، تصریح می‌شد: «در هر صورت، اگر صدمه یا تلف شخص به هر علتی مستند به صاحب ملک باشد، وی ضامن خواهد بود» که به جهت استناد جنایت به مالک، شامل فرض اذن پیش از جنایت نیز خواهد شد.

### ۳-۲-۳. چالش قید عدم اطلاع مالک

در تبصره یک ماده (۵۰۸) ق.م.ا.چنانکه پیش‌تر گفته شد، عدم ضمان مالک مربوط به فرضی دانسته شده بود که مالک از ورود شخص به ملک خودش اطلاع نداشته است. واقعیت این است که مستند اعتبار چنین قیدی دقیقاً روشن نیست؛ زیرا نه در مبانی شرعی مسئله می‌توان آن را مشاهده نمود و نه اینکه اغلب فقهاء چنین قیدی را معتبر دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷):

۸/۸۰؛ طوسی، ۱۴۰۸: ۴۲۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۹۷/۴۳ و ۹۸ و ۱۰۳؛ بروجردی، ۱۴۱۳: ۱۷۷؛ حائری، بی تا: ۵۳۹/۲؛ کاشانی، بی تا: ۱۱۳/۲؛ عاملی، بی تا: ۲۹۳/۱۰). ظاهراً مقنن این قید را از عبارتی که در تحریرالوسیله آمده است، وام گرفته است. آنجا که نوشته شده است:

«لو حفر بئرا مثلاً فی ملکه ... ولو دخل بلا اذنه أو یاذنه السابق قبل حفر البئر و لم یطلع الاذن فلا یضمن»؛ اگر در ملک خود چاهی را حفر کند و شخص بدون اذن وی یا با اذنی که پیش از حفر چاه گرفته است، وارد شود در حالیکه اذن دهنده مطلع نیست، مالک ضامن نیست» (موسوی خمینی، بی تا: ۵۶۴/۲).

در خصوص این عبارت دو نکته اساسی بایستی مد نظر قرار گیرد: نخست اینکه به همان دلیل که در ضمن بررسی مقرر قانونی گفته شد، شایسته بود به جای ذکر فرض اذن قبل از حفر چاه، ملاک آن یعنی استناد جنایت بیان می شد و به همین مناسبت بسنده می شد. دوم اینکه قید «و لم یطلع الاذن» در این عبارت، مربوط به فرض اذن سابق بر حفر چاه است، نه ناظر بر دو فرض بدون اذن و با اذن قبل از حفر چاه. این در حالی است که ظاهراً در تبصره ماده (۵۰۸) ق.م.ا این قید برای هر دو فرض مورد استفاده قرار گرفته است؛ زیرا در این تبصره آمده است: «هرگاه شخص آسیب دیده بدون اذن مالک یا با اذنی که قبل از انجام اعمال مذکور از مالک گرفته، وارد شود و صاحب ملک از ورود او اطلاع نداشته باشد، مالک ضامن نیست». وجهی که موجب شده در تحریرالوسیله قید عدم اطلاع مالک مورد توجه قرار گیرد و به سبب آن به ضامن نبودن مالک حکم شود، عدم امکان استناد صدمه وارده به او است. اما اگر مالک پس از حفر چاه مطلع شود، شخصی که پیش تر از وی اذن ورود خواسته اکنون قصد ورود به ملک را دارد و در عین حال که احتمال فروافتادن وی را در آن می دهد، مانع او نشود، مقارنت این علم با آن اذنی که قبل از این به شخص مذکور داده و ورود او را به ملک

هموار کرده، «می‌تواند» در مواردی استنادساز باشد. در عین حال، در جایی که اساساً مالک اذنی به شخص نداده که وارد ملکش شود، استناد صدمه به وی نوعی تحکّم است؛ خواه هم‌اکنون مطلع شود که شخصی قصد ورود به ملکش را دارد و خواه مطلع نشود؛ زیرا وی هیچ نقش سببی در ایجاد این حادثه ندارد و در واقع اذنی نداده تا زمینه‌ساز بروز این حادثه باشد.

در هر صورت، به عقیده ما فارغ از مناقشاتی که پیرامون مستند مقنن در معتبردانستن قید «عدم اطلاع مالک» وجود دارد، موضع وی نسبت به این مسئله آشکارا قابل نقد است؛ زیرا صرف اطلاع یا عدم اطلاع مالک حقیقتاً نمی‌تواند موجب استناد یا عدم استناد صدمه به وی باشد؛ زیرا حتی در فرضی هم که مالک پیش از انجام اقدامات خطرآفرین در ملک خود، اذن ورود داده ولی پس از اقدامات مذکور، به هر طریقی از ورود شخص مأذون، به ملکش مطلع می‌شود، نمی‌توان به صرف اطلاع داشتن وی حکم به مسئولیت او داد؛ زیرا حتی در فرضی هم که مالک پیش از انجام اقدامات خطرآفرین در ملک خود، اذن ورود داده، ولی پس از اقدامات مذکور، به هر طریقی از ورود شخص مأذون، به ملکش مطلع گردد، نمی‌توان به صرف اطلاع داشتن وی به مسئولیت او حکم کرد؛ چرا که در همین فرض تنها زمانی می‌توان از استناد صدمه به مالک سخن گفت که در عین حال که احتمال وقوع حادثه را می‌داده و می‌توانسته اقدامی جهت دفع خطر احتمالی انجام دهد، خودداری ورزیده است. آری در این صورت است که به واسطه اقدامات و اذن سابق، علم لاحق و عدم ممانعتش از ورود، موجبات صدمه دیگری را فراهم ساخته و صدمه وارده ممکن است مستند به او تلقی شود. اما در همین فرض اگر مالک مطلع شد، ولی قدرت بر ممانعت از وقوع حادثه را نداشت؛ به‌عنوان مثال، اکنون که شخص وارد، قصد ورود به ملک وی را دارد، توسط یکی از همسایگان یا سیستم امنیتی با هشدار دادن به موبایلش، مطلع شود و سریعاً خود را به ملکش برساند؛ اما پیش از رسیدن

وی، شخص وارد دچار حادثه شده است. در چنین فرضی حقیقتاً چرا باید مالک را به علت آگاهی اش ضامن دانست؟ ممکن است گفته شود از آنجا که اذن مالک قبل از اقدامات خطرآفرین بوده، باید به هرنحوی که شده به شخص وارد اطلاع رسانی می کرد که ملک به واسطه این اقدامات خطر خیز شده و باید جوانب احتیاط را رعایت کرد. حال که این اطلاع رسانی را نداشته، جنایت به وی مستند است. اما این سخن از جهاتی منطبق با تبصره نیست؛ زیرا اولاً: در تبصره مذکور مطلق و غیرموقت بودن یا موقت بودن اذن مسبوق مشخص نشده است؛ بدین معنا که روشن نشده موضوع ماده حالتی است که مالک اذن داده که در همان روز شخص مذکور به ملکش وارد شود یا اذن کلی داده که حتی پس از اقدامات هم بتواند به ملکش وارد شود، که در وجه دوم در صورت ورود فرد پس از انجام اقدامات، مالک ضامن خسارت وارده باشد. ثانیاً: اگر صرف عدم اطلاع رسانی مالک به شخص مأذون، استناد ساز است، دیگر چه نیازی به قید عدم اطلاع مالک است؛ زیرا بنا بر این فرض، به مجرد اینکه مالک فی السابق اذنی داده، ولی مأذون را از اقدامات خود باخبر نکرده، ضامن است؛ خواه پس از این اقدامات مطلع باشد که شخص قصد ورود به ملکش را دارد و خواه نباشد. به هر روی، مسلم این است که تبصره مذکور از این زاویه نیز دچار اعوجاج و اجمال است.

### ۳-۲-۴. چالش استناد صدمه به مالک و مصادیق آن

در تبصره یک ماده (۵۰۸) ق.م.ا یک مورد استثنایی تصویر شده که در آن، مالک برخلاف حکم کلی ای که بیان شد، ضامن صدمات یا تلفی است که شخص وارد بدون اذن یا دارای اذن سابق، دچار آن گشته است. این استثناء عبارت است از حالتی که «صدمه یا تلف به علت اغواء، سهل انگاری در اطلاع دادن و مانند آن مستند به مالک باشد». در این تبصره دو چالش اساسی وجود دارد: نخست، ابهام در استناد صدمه و مورد دوم، مناقشه در مصادیق استناد صدمه در مقررده مذکور.

#### ۱-۴-۲-۳. ابهام در استناد صدمه

مستظهر از تبصره یک ماده (۵۰۸) ق.م.ا این است که احراز استناد جنایت به مالک، موکول به نظر عرف شده است زیرا مقنن نه شاخصه روشنی برای احراز استناد بیان داشته و نه تمامی مصادیق استناد جنایت به مالک را برشمرده است. از همین رو، ظاهراً آنچه تعیین کننده مستندبودن آسیب وارده به مالک است، تأیید وجود رابطه استنادی توسط عرف است. این در حالی است که گرچه در تحقق مسئولیت، قابلیت انتساب جرم به مرتکب امری ضروری است (طاهری، ۱۴۱۸: ۲/۲۱۴) و این امر متوقف بر احراز رابطه علیت یا سببیت بین رفتار مجرمانه و جنایت حاصله است (صادقی، محمد هادی؛ میرزایی، محمد، ۱۳۹۸، ش ۱۷۱/۲۱ و ۱۷۲)، اما موکول کردن احراز این رابطه به عرف با چالش‌هایی مواجهه است؛ زیرا اولاً: استناد به جهت محکی بودنش از پیوندی علی و سببی بین دو پدیده مادی یعنی رفتار و نتیجه، دارای ماهیتی مادی و علمی است، نه عرفی؛ پس باید به صورت علمی و مستدل احراز گردد (همان: ۱۷۲). ثانیاً: مرجع قراردادن عرف در احراز این استناد با نظر به سیال بودن قضاوت عرف (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۲/۲۸۰)، امری نامعقول و با فلسفه تقنین (اقامه عدل) در تنافی است (موسوی خمینی، ۱۳۸۹: ۵/۷۱؛ ۴۲۵/۹). با این همه، به نظر می‌رسد در موضوع بحث ما، بدون توجه به قضاوت عرفی، حقیقتاً پی بردن به موارد استناد جنایت، امری دشوار و یا حتی ممتنع باشد. از همین رو، گرچه اشکالات فوق، به لحاظ نظری قابل توجه و اهتمام است، اما می‌توان برای رفع آنها بخصوص برطرف کردن چالش سیال بودن قضاوت عرف و تسهیل تطبیق بر موارد مشابه چاره‌ای اندیشید؛ بدین نحو که مقنن به‌عنوان کارشناس خیره در مقام تعیین موارد کلی وجود رابطه استنادی، یکی از دو راهکار زیر را در دستور کار خود قرار دهد:

یک. راهکار استناد قانونی: بدین بیان که مقنن با ارائه شاخص،

مؤلفه‌های کلی تحقق رابطه استنادی را در این موضوع بیان نماید؛ نظیر رویکردی که در ماده (۲۹۵) ق.م.ا برگزیده است؛ زیرا در ماده اخیرالذکر مقنن با وجود شرایطی همانند «وظیفه‌بودن فعل»، «وجود رابطه علیت» و «توانایی انجام فعل»، جنایت وارده را به تارک فعل، مستند دانسته است؛ یعنی در این موارد حکم به وجود رابطه استنادی کرده است. در موضوع بحث ما هم می‌تواند با ارائه شاخصه و شرط، موارد منطبق را دارای رابطه استناد تلقی و فرض نماید.

دو. راهکار احصای مصادیق: بدین‌بیان که مقنن علاوه بر دو مصداقی که در تبصره یک ماده (۵۰۸) آمده، سایر مصادیق و مواردی را که در آنها استناد جنایت صادق است، برشمارد. نظیر رویکردی که مقنن در ماده اصلاحی (۱۱۳۰) قانون مدنی در مقام احصای مصادیق تحقق عسر و حرج برگزید تا مانع سیال‌بودن تشخیص تحقق حرج - که امری شخصی است - گردد.

#### ۲-۴-۲-۳. مصادیق استناد صدمه در تبصره یک ماده (۵۰۸)

در تبصره یک ماده (۵۰۸) ق.م.ا دو مورد از مصادیقی که جنایت در آنها مستند به مالک است توسط مقنن بیان شده است. اما همان‌طور که مقنن خود به تعبیر «مانند» به تمثیلی‌بودن این دو مورد اشاره کرده، می‌توان موارد و مصادیق دیگری برای آن نیز برشمرد. اما دو مورد و مصداقی که صدمه به مالک مستند دانسته شده است عبارتند از:

#### أ) إغوا

مراد از إغوا، فریفتن (دهخدا، ۱۳۹۹: ۶/۳۰۲۹) شخص مصدوم توسط مالک و متصرف است. گرچه تصور این حالت اندکی دشوار است، اما می‌توان برای آن اینگونه مثال زد: مالک با علم به اینکه همسایه‌اش به شدت شیفته‌ی بلبل است، با توجه به خصومتی که با همسایه دارد، در پیش‌روی او و مقابل دیدگانش، بلبلی دلربا را به خانه می‌برد و قفسش را در حیاط خانه می‌گذارد. وی البته گرداگرد قفس، چاهی حفر می‌کند تا هر کس

نزدیک قفس بلبل شود در آن فروافتد. مالک پس از این اقدام، از خانه بیرون می‌رود و در منزل خود را هم نیم‌باز نگه می‌دارد تا همسایه فریفته بلبل، برای نگاه کردن یا ربودن بلبل، در چاه افتد.

واقعیت این است که در موارد اغوا، عمدتاً آسیب وارده به مالک مستند است مگر اینکه شخص وارد، علی‌رغم فریفته شدن، اقدامی انجام دهد که این استناد کمرنگ شود؛ از همین رو مقنن، شرط کرده که بایستی آسیب وارده به علت اغوا، مستند به مالک باشد.

### ب) سهل‌انگاری در اطلاع دادن

دومین مصداقی که توسط مقنن بیان شده، سهل‌انگاری در اطلاع دادن توسط مالک است. این مصداق حقیقتاً بسیار غریب به نظر می‌رسد؛ زیرا اگر فرضاً مالکی برای حفاظت از اموال داخل خانه خود، برق فشار قوی به گاوصندوق وصل نماید، اینکه تکلیف شود که این اقدام به اطلاع دیگران رسیده شود و یا حتماً با نصب یک علامت سارقان یا واردان بدون اجازه را هم باید مطلع ساخت، در نهایت شگفتی است. با این حال می‌توان برای این فرض این‌گونه مثال زد: کشاورزی به دلیل کمبود آب، قنات‌های متعددی را در زمین زراعی خود احداث می‌کند، تا در ایام بارانی آب کافی برای آبیاری محصول جمع‌آوری شود. اما به دلیل بازبودن روی قنات، دختر بچه‌ای که برای تماشای میوه‌ها داخل زمین شده بود، در یکی از قنات‌های حفر شده افتاده و مصدوم می‌شود یا می‌میرد. در این مثال، فرض بر این است که زمین کشاورزی بدون حصار بوده و به گونه‌ای است که عادتاً افراد داخل آن می‌شوند، اما ملک شخصی بودن آن و اینکه ورود در اماکن زراعی باید با اذن صاحبان آن باشد، علاوه بر حکم عقل و شرع، یک رویه عرفی است. در اینجا چه بسا، مالک زمین مسئول مرگ دختر بچه باشد؛ زیرا اگر او اطلاع‌رسانی کرده بود و یا در محل حفر قنات‌ها علائم هشدار نصب کرده بود، وجهی برای ضمان مالک وجود نداشت (تبصره ۱ ماده ۵۰۸ ق.م.ا)؛

چرا که در این صورت، مضاف بر ورود بدون اذن و متعدی بودن، شخص متوفی به دلیل بی احتیاطی‌ای که از سوی خود او محقق شده و غفلت از حفظ جان خود، خونس هدر بود (عاملی، بی تا: ۲۹۲/۱۰).

### نتیجه‌گیری

ماده (۵۰۸) قانون مجازات اسلامی و تبصره یک آن، به جهات مختلف دچار ابهامات و اشکالاتی است که موجب می‌شود این مقرر به هیچ وجه با اصل شفافیت قانون منطبق نباشد و تبعاً چنین مقررهای را باید فاقد کیفیت لازم دانست. به نظر می‌رسد بخش اعظم این ابهامات و اشکالات ناشی از پافشاری مقنن بر ترجمه اقوال فقیهان در نوشته‌های فقهی باشد. این در حالی است که متن قانون برخلاف متن کتب علمی بایستی از جهات مختلف تنقیح شده و از هر گونه کم و بیشی و نیز از هر نوع ابهام و اجمالی تهی باشد.

گنجانیدن قیود مهمی که در کتب فقهی بازتاب یافته مانند «اذن قبل از انجام اقدامات مالکانه موجب آسیب»، «عدم اطلاع مالک از ورود شخص به ملکش» و تمرکز بر دو مورد به خصوص از موارد استناد صدمه به مالک، از مهمترین وجوهی است که متن ماده (۵۰۸) ق.م.ا و تبصره یک آن را با اشکال روبه‌رو ساخته است.

با توجه به ملاحظاتی که در این نوشتار پیرامون ماده (۵۰۸) و تبصره نخست آن ارائه شد، پیشنهاد می‌شود متن آن به قرار زیر بازنویسی و اصلاح شود:

«ماده ۵۰۸ - هرگاه شخصی یکی از کارهای مذکور در ماده (۵۰۷) این قانون را در ملک خویش یا مکانی که در تصرف و اختیار اوست، انجام دهد و سبب آسیب یا تلف دیگری گردد، تنها در صورتی ضامن است که جنایت وارده به وی مستند باشد؛ مانند حالتی که مالک پس از اقدامات فوق در

ملک خود، شخصی را به آنجا فرابخواند و به استناد آن، جنایتی به شخص وارد شده، وارد آید یا اینکه شخص آسیب دیده با اذن مالک وارد ملک وی شود و جنایت وارده به جهت عدم اطلاع رسانی مالک پیرامون اقدامات انجام شده، مستند به وی باشد.

تبصره ۱) هرگاه شخص آسیب دیده بدون اذن مالک یا با اذنی که قبل از انجام اعمال مذکور از مالک گرفته، وارد ملک شود، مالک ضامن نیست مگر اینکه بتوان صدمه یا تلف را مستند به مالک دانست.»

### حامی مالی

بنا به اظهار نویسندهٔ مسؤل، این مقاله حامی مالی نداشته است.

### سهم نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در نگارش مقاله مشارکت یکسان داشته‌اند و محتوای آن را تأیید میکنند.

### تضاد منافع

نویسندگان اعلام می‌دارند که هیچ تضاد منافی در رابطه با نویسندگی و یا انتشار این مقاله ندارند.

### منابع و مأخذ

منابع اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، ج ۱۳، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۳ هـ. ق.

ابن بابویه، محمد بن علی، *من لایحضره الفقیه*، ج ۴، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳ هـ. ق.

اصفهان‌نی، فاضل هندی، *کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام*، ج ۱۱، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.

ابن غضائری، احمد بن حسین، *رجال*، چاپ اول، مؤسسه علمی فرهنگی دار الحدیث، قم، ۱۴۲۲ هـ. ق.

اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی، *فقه الحدود و التعزیرات*، ج ۳، چاپ دوم، مؤسسه النشر لجامعة المفید رحمه الله، قم، ۱۴۲۷ هـ. ق.

بحرالعلوم، محمد مهدی بن مرتضی، *فوائد الرجالیة*، ج ۳، چاپ اول، مکتبه الصادق (علیه

- السلام)، تهران، ۱۳۶۳ ه. ش.
- بروجردی، آقاحسین طباطبایی، *تقریرات ثلاث*، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳ ه. ق.
- تبریزی، جوادبن علی، *تنقیح مبانی الأحكام* (کتاب‌الذیات)، چاپ اول، دارالصدیقه‌الشهیده سلام‌الله علیها، قم، ۱۴۲۸ ه. ق.
- حائری، سید علی بن محمد، *ریاض المسائل (ط - القدیمة)*، ج ۲، چاپ اول، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، قم، بی‌تا.
- خمینی، سید روح‌الله، *تحریر الوسیلة*، ج ۲، چاپ اول، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، قم، بی‌تا.
- خمینی، سید روح‌الله، *صحیفه امام*، ج ۵ و ۹، چاپ پنجم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قده)، تهران، ۱۳۸۹ ه. ش.
- خویی، سید ابوالقاسم موسوی، *مبانی تکملة المنهاج*، ج ۴۲، چاپ اول، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (ره)، قم، ۱۴۲۲ ه. ق.
- دهخدا، علی اکبر، *لغت‌نامه*، ج ۶، مجلس شورای ملی، تهران، ۱۳۳۹ ه. ش.
- ربانی، محمد حسن، *سبک‌شناسی دانش رجال‌الحديث*، چاپ اول، مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام)، قم، ۱۳۸۵ ه. ش.
- رهدارپور، حامد؛ مؤذن‌زادگان، حسنعلی، مقاله «اصل شفافیت قانون و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۸۱، ۱۳۹۷ ه. ش.
- زنجان، سیدموسی شبیری، *کتاب نکاح*، ج ۱۶ و ۱۸، چاپ اول، مؤسسه پژوهشی رای‌پرداز، قم، ۱۴۱۹ ه. ق.
- زراعت، عباس، *شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی*، ج ۲، چاپ دوم، انتشارات جاودانه، تهران، ۱۳۹۶ ه. ش.
- سبزواری، سیدعبدالأعلی، *مهذب الأحكام*، ج ۲۹، چاپ چهارم، مؤسسه المنار، قم، ۱۴۱۳ ه. ق.
- صادقی، محمدهادی، میرزایی، محمد، مقاله «ماهیت رابطه استناد و معیار احراز آن»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۲۱، ۱۳۹۸ ه. ش.
- طاهری، حبیب‌الله، *حقوق مدنی*، ج ۲، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۸ ه. ق.
- طوسی، ابو جعفر، *مبسوط فی فقه الإمامیة*، ج ۸، چاپ سوم، المكتبة‌المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، تهران، ۱۳۸۷ ه. ق.
- طوسی، محمدبن علی بن حمزه، *وسیلة إلى نیل الفضیلة*، چاپ اول، انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی (ره)، قم، ۱۴۰۸ ه. ق.
- طوسی، محمدبن حسن، *إستبصار فیما اختلف من الأخبار*، ج ۴، چاپ چهارم، دارالکتب‌الإسلامیة، تهران، ۱۳۶۳ ه. ش.

## نقدی بر تبصره یک ماده ۵۰۸ قانون مجازات اسلامی در پرتو اصل شفافیت قانون

- طرابلسی، ابن براج، مهذب، ج ۲، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۶ ه. ق.
- عاملی، سید جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)*، ج ۱۰، چاپ اول، دار إحياء التراث العربي، بیروت (لبنان)، بی تا.
- عاملی، شهید ثانی، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، ج ۱۵، چاپ اول، مؤسسه المعارف الإسلامية، قم، ۱۴۱۳ ه. ق.
- علیدوست، ابوالقاسم، ابراهیمی راد، محمد، «بررسی قاعده تسلط و گستره آن»، *حقوق اسلامی*، ش ۲۴، ۱۳۸۹ ه. ش.
- عاملی، سید جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة*، ج ۱۰، چاپ اول، دار إحياء التراث العربي، بیروت، بی تا.
- فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، وافی، کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی علیه السلام، اصفهان، چاپ اول، ۱۴۰۶ ه. ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، کافی، ج ۷، چاپ چهارم، دارالکتب الإسلامية، تهران، ۱۴۰۷ ه. ق
- کاشانی، فیض، محمد محسن ابن شاه مرتضی، *مفاتيح الشرائع*، ج ۲، چاپ اول، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی (ره)، قم، بی تا.
- لنکرانی، محمد فاضل موحدی، *تفصیل الشریعة في شرح تحرير الوسيلة (الديات)*، چاپ اول، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، قم، ۱۴۱۸ ه. ق.
- مازندرانی، علی اکبر، *مبانی الفقه الفعّال في القواعد الفقهية الأساسية*، ج ۱، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۲۵ ه. ق.
- مازندرانی، محمد بن اسماعیل، *منتهی المقال في أحوال الرجال*، ج ۵، چاپ اول، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، قم، ۱۴۱۶ ه. ق.
- مغنیه، محمد جواد، *فقه الإمام الصادق (علیه السلام)*، ج ۵، چاپ دوم، مؤسسه انصاریان، قم، ۱۴۲۱ ه. ق.
- محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه*، ج ۱، تهران، چاپ دوازدهم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳ ه. ش.
- مجلسی، محمد باقر، *مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول*، ج ۲۴، چاپ دوم، دارالکتب الإسلامية، تهران، ۱۴۰۴ ه. ق.
- مجلسی، محمد باقر، *ملاذ الأخیار في فهم تهذیب الأخبار*، ج ۱۶، چاپ اول، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی (ره)، قم، ۱۴۰۶ ه. ق.
- ملکیان، مصطفی، «شش ویژگی عقلانیت گفتاری»، *مجله بازتاب اندیش*، ش ۳۰، ۱۳۸۳ ه. ش.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام*، ج ۳۲ و ۴۳، چاپ هفتم، دار إحياء التراث العربي، بیروت (لبنان)، ۱۴۰۴ ه. ق.
- نراقی، مولی محمد بن احمد، *مشارق الأحكام*، چاپ دوم، کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد،

قم، ۱۴۲۲ ه. ق.

نجاشی، احمد بن علی، رجال النجاشی، چاپ ششم، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ۱۳۶۵ ه. ش  
هاشمی شاهرودی، سید محمود و دیگران، چاپ اول، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت  
(علیهم السلام)، ج ۳، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)،  
قم، ۱۴۲۶ ه. ق.

Tomasic, Roman; *The sociology of Legislation*, in *Legislation and Society in Australia*; 1980.

*Oxford Advanced Learner's Dictionary*; 2010: 26

## Necessary prerequisites in analyzing the nature of shares, the basics of analysis and an overview of the presented ideas

**Seyed Abbas Diyanat-Moghaddam\*** (Corresponding Author)

Ph.D. Candidate in Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran; Graduate in Islamic Economics, Seminary of Khorasan, Mashhad, Iran.

Email: [s.a.dianat@gmail.com](mailto:s.a.dianat@gmail.com)

**Ali Nemati**

Assistant Professor, Research Institute for Islamic Studies in Humanities, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

Email: [nemati.ali@gmail.com](mailto:nemati.ali@gmail.com)



Use your device to scan and read the article online

**Citation** Diyanat-Moghaddam, S. A., & Nemati, A. (2025). Necessary prerequisites in analyzing the nature of shares, the basics of analysis and an overview of the presented ideas. *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*. 22(86): 181-215

 [10.22034/ilaw.2024.2020567.3384](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.2020567.3384)

Received: 16 January 2024 , Accepted: 10 November 2024

### Abstract

Undoubtedly, the statement of jurisprudential rulings related to shares depends on knowing what it is. An example of this is the difference in the fatwa ruling on the sale of shares, which is based on different interpretations of what shares are. Also, what is the nature of shares, in the jurisprudence of certain shares, such as treasury shares, is influential. So the main question is, what is the truth of stocks? However, it should be noted that the analysis of the nature of shares in public companies requires the analysis of a set of foundations on which the nature of shares is based, and it has not been comprehensively addressed in the existing researches. In this article, at the beginning of the writing, the basics and possible sayings have been stated, and finally, after analyzing and criticizing the nature of shares, some sayings have been introduced as selected sayings. One of the things that this article brought; Analysis is in the basics of analyzing the nature of stocks and making it methodical so that researchers based on these basics can present their theories while maintaining a logical course. In this article, the nature of shares based on the issue of legal personality has been investigated by analytical-descriptive method and using library sources.

### Keywords

preliminaries of analysis, basics of analysis, legal personality, nature of shares,



Copyright © 2024 The Author(s);

This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License (CC-BY-NC: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.en>),

which permits use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited and is not used for commercial purposes.

## Extended Abstract

### 1. Introduction

Determining the essential nature of shares is a necessary prerequisite for articulating the associated legal and jurisprudential rulings concerning their sale. Differences in religious and legal interpretations often arise from ambiguities surrounding the actual truth of a share and the underlying nature of joint-stock companies. While the economic context of joint-stock companies stems from the modern capitalist system, the precise characterization of the share within Islamic jurisprudence and established legal frameworks remains a subject lacking comprehensive analytical study.

The fundamental inquiry of this research is centered on defining the reality of the share. A crucial preliminary requirement for this analysis is the acceptance of the Separate Legal Personality of the company. The law clearly affirms that the company, not its shareholders, owns its assets, thereby severing the shareholder's direct ownership link to the company's underlying physical wealth. Furthermore, shares are undeniably recognized as property possessing financial value.

### 2. Research Methodology

This article employs an analytical-descriptive research method, relying on extensive library resources. The methodology begins by establishing necessary foundational preliminaries required for the analysis of the share's nature. Subsequently, potential principles and existing theories regarding the nature of the share are systematically presented, analyzed, and critically evaluated.

A key aspect of the methodology is the rejection of the "corrective approach", where modern institutions are implicitly accepted as rational and then retroactively justified using existing jurisprudential rules. The research insists that analysis must focus on the share as an external reality, criticizing views that define the share in a manner that contradicts legal statutes or the specialized understanding of the financial market. The analysis is structured to ensure that the resultant definition is comprehensive and applicable to all types of shares, including complex cases such as treasury shares.

■ Necessary prerequisites in analyzing the nature of shares, the basics of analysis and

### 3. Research Findings

The research finds that traditional legal classifications, such as classifying shares as a Real Right versus a Personal Right/Debt, are often insufficient or confused with the concept of ownership (Milk) of the paper security itself. Additionally, the common law principle that a debt is non-transferable is not universally adopted in Islamic jurisprudence, which generally permits the sale of debt.

A critical review of major theories regarding the share's nature reveals significant shortcomings:

1. Shared Ownership of Company Assets: This view, which denies the company's legal personality, fundamentally contradicts the legal and external reality of joint-stock companies where the company holds title to its assets.

2. Debt from the Company: This theory is rejected because the amount of the debt is often indefinite before company dissolution, leading to the sale being void. Furthermore, it fails to differentiate shares from fixed-income instruments and cannot properly analyze profit distribution without incurring issues of usury.

3. Dual Nature (Haqq/Ayn): While positing the share as a contractual right against the company and an objective asset towards third parties, this theory cannot explain treasury shares, as it results in the issuer and the creditor becoming the same entity, leading to cancellation of the right.

4. Generic Right (Haqq): Defining the share simply as a Haqq (a right to dividends, voting, etc.) conflicts with Iran's Civil Law, which generally requires the object of sale (Mabī') to be an objective asset ('Ayn).

The analysis concludes that three major perspectives remain theoretically credible, though each carries its own set of critical objections that must be addressed: Longitudinal Ownership of company assets, Ownership of the Accredited Entity (where shareholders own the company itself as an accredited reality), and the definition of the share as a Specific Right.

### 4. Conclusion

Defining the essential nature of shares is not a purely empirical task but requires a thorough theoretical framework aligned with field experience and market function. The theory ultimately adopted must not only have jurisprudential justification but must also be comprehensive and robust enough to

successfully interpret complex modern phenomena such as Separate Legal Personality and the legal reality of treasury shares. The simplistic reliance on market custom alone or narrow legal provisions is deemed insufficient for a complete understanding of the share's essential nature. The continued ambiguity mandates that researchers combine established legal principles with the required jurisprudential analysis to introduce a theoretically sound and applicable ruling.

### **Funding**

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

### **Authors' Contributions**

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

### **Conflict of Interest**

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.



## پیش‌نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبانی تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های قابل ارائه

سیدعباس دیانت‌مقدم\* (نویسنده مسئول)

دانش‌پژوه سطح چهار فقه و اصول حوزه علمیه قم، و دانش‌آموخته اقتصاد اسلامی حوزه علمیه خراسان، قم، ایران.  
Email: s.a.dianat@gmail.com

علی نعمتی

استادیار پژوهشکده مطالعات اسلامی در علوم انسانی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.  
Email: nemati.ali@gmail.com



استناد دیانت‌مقدم، سیدعباس و نعمتی، علی (۱۴۰۴). پیش‌نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبانی تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های قابل ارائه. فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۲ (۸۶): ۱۸۱-۲۱۵  
doi [10.22034/ilaw.2024.2020567.3384](https://doi.org/10.22034/ilaw.2024.2020567.3384)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۲۶، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

### چکیده

بی‌شک بیان احکام فقهی مرتبط با سهام، متوقف بر شناخت چیستی آن است. نمونه آن، اختلاف فتاوا در حکم بیع سهام است که بر اساس تفسیرهای متفاوت از چیستی سهام به وجود آمده است. همچنین چیستی ماهیت سهام، در حکم فقهی سهام خاصی، همچون سهام خزانة تأثیرگذار است. بنابراین سؤال اصلی این است که حقیقت سهام چیست؟ اما باید دقت کرد که واکاوی ماهیت سهام در شرکت‌های سهامی عام، مستلزم تحلیل مجموعه‌ای از مبانی‌ای است که چیستی ماهیت سهام مبتنی بر آن است و در پژوهش‌های موجود به‌طور جامع به آن پرداخته نشده است. در این مقاله سعی شده در ابتدای نوشتار مبانی و اقوال ممکن بیان شود و در نهایت و بعد از تحلیل و نقد در باب ماهیت سهام، بعضی از اقوال به‌عنوان قول برگزیده معرفی شده است. یکی از چیزهایی که این مقاله به ارمغان آورده؛ واکاوی در مبانی تحلیل ماهیت سهام و روشمند کردن آن است تا پژوهشگران مبتنی بر این مبانی، نظریات خود را با حفظ سیر منطقی ارائه نمایند. در این نوشتار با روش تحلیلی-توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، ماهیت سهام مبتنی بر مسئله شخصیت حقوقی مورد بررسی قرار گرفته است.

### واژگان کلیدی

مقدمت تحلیل سهام، مبانی تحلیل سهام، شخصیت حقوقی، ماهیت سهام.



## مقدمه

طراحی‌ها و نهادسازی‌های اقتصادی در نظام سرمایه‌داری پیوسته جریان داشته و هم‌اکنون نیز بدون وقفه به مسیر خود ادامه می‌دهد؛ به طوری که می‌توان باتوجه به این ویژگی‌های نهادی، سه مقطع سرمایه‌داری تجاری، سرمایه‌داری صنعتی و سرمایه‌داری مالی را، در مسیر تکامل نظام سرمایه‌داری از یکدیگر تمییز داد. شرکت‌های سهامی عام که از تأسیسات اقتصادی غرب مدرن هستند؛ می‌توان نقطه آغازی برای شکل‌گیری سرمایه‌داری مالی به شمار آورد. این شرکت‌ها حجم وسیعی از قوانین تجارت را به خود اختصاص داده‌اند. بنابراین موضوع‌شناسی و تعیین نسبت این نهاد با فقه اسلامی امری ضروری است. در این مقاله ابتدا مقدمات لازم در تبیین ماهیت سهام بیان شده و در ادامه به مبانی تحلیل ماهیت سهام پرداخته می‌شود. ذکر این دو مرحله و مجزا کردن آن دو از هم، کمک شایانی به ابهام‌زدایی از تبیین‌های موجود از ماهیت سهام و مسیر تحلیلی و استدلالی آنها می‌کند. بعد از روشن شدن این دو مرحله، اقوال متعددی که در مورد ماهیت سهام مطرح است گردآوری شده و صحت و سقم آنها مورد مذاقه قرار گرفته است. در پایان ضمن معرفی دو نظر برگزیده به صورت مستدل ثمره فقهی تحلیل ماهیت سهام بیان شده است.

نزدیک به ۱۰ مقاله در این زمینه کار شده؛ همچنان‌که در کتب بعضی از محققین نیز اشاره‌ای به ماهیت سهام مطرح است؛ اما گام نو این مقاله بررسی مبانی تحلیل ماهیت سهام، تبیین مقدمات لازم در ارائه یک تحلیل دقیق و همچنین جمع‌آوری نظرات ارائه شده در تحلیل ماهیت سهام، می‌باشد. به نظر این نوشتار، در بحث از ماهیت سهام، اگر این امور مورد دقت قرار نگیرند - که نگرفته‌اند - تحلیل ارائه شده؛ تحلیل تامی نخواهد بود. در ادامه این امر روشن خواهد شد.

مقدمات لازم در تبیین ماهیت سهام چه اموری هستند؟ مبنای تحلیل

پیش‌نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبانی تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های قابل ارائه ■

ماهیت سهام چیست؟ و حقیقت سهام چیست؟ سؤالات مهمی هستند که در این نوشتار درصدد پاسخ به آنها هستیم. باتوجه به ضرورت این بحث به‌عنوان بخشی از بنیان‌های نظری حقوق تجارت در مبحث شرکت‌های سهامی عام و خلاً موجود در این موضوع، این مقاله را می‌توان گام نویسی در این مسیر قلمداد کرد.

## ۱. پیش‌نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام

به‌نظر می‌رسد برای تحلیل ماهیت سهام، ضرورت دارد مقدماتی مورد ملاحظه قرار گیرد که بسا غفلت از آنها مانع از نیل به قول اصح شود.

### ۱-۱. وجود شخصیت حقوقی در شرکت‌های تجاری

طبق تصریح قانون تجارت در ماده ۵۸۳، شرکت‌های تجاری دارای شخصیت حقوقی هستند. همچنین در میان غالب حقوقدان‌ها در ایران این مطلب مسلم است که سهام‌دار با اعیان شرکت رابطه‌ای ندارد و شرکت به‌سبب شخصیت حقوقی مستقلی که دارد خود مالک اموال خویش است<sup>۱</sup> (جعفری و شهیدی، ۱۳۹۴، ص ۴۸ / چراغی، ۱۳۹۷، ص ۶۰۸) بنابراین نمی‌توان به‌گونه‌ای ماهیت سهام شرکت‌های تجاری را تحلیل کرد که شخصیت حقوقی نفی گردد. بلکه می‌توان شخصیت حقوقی را مشروع ندانست، ولی عدم مشروعیت شخصیت حقوقی، باعث تغییر در چپستی و ماهیت سهام نمی‌گردد.

### ۱-۲. شخصیت حقوقی جداگانه

شخصیت حقوقی جداگانه یک شرکت (Separate Legal Personality)، یکی از اساسی‌ترین اصول حقوق شرکت‌هاست. این اصل در سال ۱۸۹۷ توسط مجلس اعیان در پرونده سالومون (Salomon) تأسیس شده است و

۱. قصد بیان این جمله تأکید بر وجود شخصیت حقوقی در شرکت‌های سهامی عام است. اما چگونگی ارتباط شخصیت حقوقی با اموال شرکت در ادامه این نوشتار تبیین شده است.

رابطه حقوقی بین یک شرکت و اعضای آن را مشخص می‌کند. از آن زمان به بعد، به‌طور فزاینده‌ای در مورد شرکت‌ها، روابط حقوقی تبدیل به روابط با شرکت‌ها - به‌عنوان شخصیت قانونی - شده است. بنابراین، اصل شخصیت حقوقی جداگانه یک شرکت، بسیاری از ملاحظات عملی و نظری راجع به کاربرد آن و پیامدهای وابسته به آن را پیش‌بینی کرده است.<sup>۱</sup> مقالات گوناگونی با عنوان «شرکت به‌عنوان یک نهاد قانونی جداگانه» (The Company as a Separate Legal Entity) برای تبیین این مفهوم نگارش یافته است.<sup>۲</sup> یکی از آثار شخصیت حقوقی جداگانه در مورد دارایی شرکت این است که این شرکت است که مالکیت خود را دارد نه اعضای آن. علت ذکر این مسئله به‌عنوان یکی از مبانی و مبادی تحلیل ماهیت سهام این است که همچنان که بعضی از فقهای ما شخصیت حقوقی را نپذیرفته‌اند؛ در آثار حقوقی دگراندیشانه (Heterodox) و خارج از جریان غالب غرب نیز نفی شخصیت حقوقی دیده می‌شود. در دیدگاهی که با عنوان «دیدگاه فردگرایی» شناخته می‌شود، ادعاشده فقط افراد می‌توانند حقوق و تعهدات قانونی را مطالبه کنند. دیدگاه فردگرایانه در مقابل دیدگاه شخصیت حقوقی جداگانه است. تأکید می‌شود عدم قبول شخصیت حقوقی نباید در تحلیل آنچه هست مؤثر باشد. در تحلیل ماهیت سهام ما دنبال تحلیل یک امر بیرونی هستیم و اینکه ما شخصیت حقوقی را مشروع نمی‌دانیم ماهیت شرکت‌های تجاری و سهام را تغییر نخواهد داد. بله نهایتاً با چنین اعتقادی، شرکت‌های تجاری‌ای که مبتنی بر شخصیت حقوقی می‌باشند؛ نزد صاحب این قول مشروعیت نخواهند داشت.

### ۱-۳. مبانی فقهی - حقوقی بومی

حقوق ایران، منابع و مبانی خاص خود را دارد و در مباحث تحلیلی، باید این امر مدنظر پژوهشگر باشد و الا سیر بحث به گونه‌ای ارائه خواهد شد

1. <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/business-law/separate-legal-personality-of-a-company-business-law-essay.php>

۲. برای نمونه مجله The Modern Law Review مقاله‌ای در سال ۱۹۶۸ با همین عنوان چاپ کرده است.

پیش‌نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبانی تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های قابل ارائه ■

که با این مبانی و منابع تناسب نخواهد داشت. در ادامه به صورت مصداقی به مواردی از این عدم‌تناسب‌ها در بحث ماهیت سهام، اشاره شده است.

### ۱-۳-۱. سهام؛ حق دینی یا حق عینی؟

در تبیین ماهیت سهام، در خیلی از متون بحث این‌گونه شروع می‌شود: آیا سهام یک حق دینی است یا یک حق عینی؟ در حقوق روم، حق مالی به دو دسته حق عینی و حق دینی تقسیم می‌شود. حق عینی عبارت است از توانایی‌ای که قانون به یک شخص نسبت به مال معینی اعطا می‌کند و حق دینی عبارت است از رابطه حقوقی بین دو شخص (متعهد و متعهدله) که بر اساس آن متعهدله می‌تواند از متعهد اعطای چیزی را یا انجام یا ترک کاری را درخواست کند. تقسیم حق به عینی و دینی در تمام نظام‌های حقوقی پیرو حقوق روم پذیرفته شده است (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۰) با توجه به این مبنا، این تقسیم‌بندی از حقوق دیگر کشورها مثل آلمان و مبتنی بر مبانی حقوق رومی، وارد حقوق ایران شده است (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱، ص ۱۳۶-۱۳۷) تعهد که ریشه در حقوق رومی دارد؛ در آن تعریف، یک رابطه کاملاً شخصی بوده و انتقال آن حتی به واسطه مرگ نیز امکان‌پذیر نبوده و ساقط می‌شده است. ابتدا انتقال آن را به سبب مرگ پذیرفتند؛ اما انتقال ارادی تعهد به دلیل جوهر و ماهیت آنکه امری شخصی بود، ممکن نبود (جعفری و شهیدی، ۱۳۹۴، ص ۴۳).

در حقوق کامن‌لا نیز در ابتدا انتقال سهام به راحتی ممکن نبود و تنها سبب انتقال، تبدیل تعهد بود، اما در ادامه کامن‌لا نیز مجبور به تغییر موضع خود شد. اما امروز که جنبه مثبت تعهدات<sup>۱</sup> قابل نقل و انتقالند؛ تحلیل تصنعی انعکاس حقوق سهام‌دار در سند کاغذی و ادغام حقوق شخصی دارنده در آن و تبدیل حقوق شخصی به عینی، [از حیث تصحیح انتقال] ضرورتی ندارد (همان، ص ۴۵-۴۶) نتیجه اینکه تداوم این رویکرد در نوشته‌های حقوقدانان ایرانی نیز

۱. البته در فقه و حقوق ما جنبه منفی تعهدات نیز قابل نقل و انتقال است. عقد حواله و ضمان برای این امر به کارگرفته می‌شوند (برای توضیح بیشتر ر.ک به: توضیح المسائل مراجع، ج ۲، ص ۴۰۶ و ۴۲۱).

دیده می‌شود (ر.ک: غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱) و اگر هم نفی‌ای صورت گرفته باز با معیاربودن همین تفکیک است (همان، ص ۱۳۸) اما در مسیر پژوهش حقوقی مبتنی بر مباحث مطرح شده در کلام بعضی از فقهای امامیه - که می‌گویند دین نیز به وسیله عقودی مثل بیع قابل انتقال است - پیروی از این مسیر لزومی ندارد (سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۱۳ / خامنه‌ای، ۱۴۲۴، ص ۴۷۶) به بیان دیگر در نزد بعضی از فقهای امامیه بر فرض هم حقیقت سهام دین باشد؛ باعث نمی‌شود انتقال آن از شخصی به دیگری با مشکل مواجه شود (سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۱۳) در ادامه این نوشتار این بحث تبیین شده است.

### ۱-۳-۲. تفاوت حق و ملک

باید بین ماهیت حق و ملک تفکیک قائل شد (جعفری و شهیدی، ۱۳۹۴، ص ۴۳) بر این اساس، تعبیر حق دینی و حق عینی که در تحلیل ماهیت سهام در نوشته‌های حقوقدانان به چشم می‌خورد؛ سوای تذکری که نسبت به تاریخچه آن بیان شد؛ باید با دقت همراه باشد و الا باعث اشتباه می‌گردد. مراد حقوقدانان از حق عینی در یک تحلیل این است که برگه سهام، عینی است که دارای مالیت اعتباری است و همان ورقه به عنوان یک مال اعتباری مملوک سهام‌دار است و خرید و فروش می‌شود. با این نگاه اگر مراد از این حق، ملکیت نسبت به ورقه به عنوان یک مال اعتباری باشد - که ظاهراً مراد همین است - باید دقت کرد که مراد حقوقدانان از حق عینی ملکیت سهام‌دار نسبت به آن ورقه سهام است؛ نه حق مصطلح و مطرح شده در کلام امام خمینی و محقق اصفهانی (خمینی، ۱۴۰۹، ج ۱، صص ۱۴ و ۴۳) البته ظاهراً علت این نوع اصطلاح که از ملکیت به حق عینی یاد شده؛ چه بسا این باشد که ادبیات حقوقی دیگر کشورها در این جا به کار گرفته شده است (ر.ک: غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱).

۱. حق به معنای عرفی ملک را شامل است، بلکه یکی از مصادیق بارز حق، ملک است. اما در اصطلاح فقهی، حق مصطلح اعتباری است غیر از ملک.

### ۱-۳-۳. حق عینی و دو مصداق

اصطلاح حق عینی آنجایی به کار می‌رود که شخص نسبت به عین مشخصی مالکیت داشته باشد؛ برای نمونه نسبت به مالکیت مشاع شرکا در اموال مشترک، این تعبیر به کار می‌رود (تفرشی و شعاریان، [بی‌تا]، ص ۲۱) اما در ذیل بحث ماهیت سهام، با توجه به پیشینه‌ای که از تقسیم حق به دینی و عینی ذکر شد؛ ظاهراً مراد، مالکیت اموال شرکت نیست و مصداقی دیگر از آن مد نظر است؛ چراکه در بحث سهام شرکت‌های تجاری وقتی این واژه در مقابل حق دینی، مطرح می‌شود؛ مالکیت مستقیم اعیان اموال شرکت مثل کارخانه و... مراد نیست و این‌گونه نیست که بخواهند بگویند با دیگر سهام‌داران به‌نحو مشاع، اعیان اموال شرکت را مالکند، بلکه مراد از حق عینی که مقابل حق دینی قرار گرفته؛ باز هم مثل حق دینی<sup>۱</sup> این است که سهام‌دار در اموال شرکت حقی ندارد؛ اما خود ورقه سهم را به‌عنوان یک مال عینی که دارای مالیت اعتباری است و خرید و فروش می‌شود؛ مالک است و این مصداق از حق عینی غیر از آن است که گفته شود سهام‌دار به‌نحو مشاع مالک اموال شرکت است (جعفری و شهیدی، ۱۳۹۴، ص ۴۳/ احمدزاده و مروارید، ۱۳۹۹، صص ۳۱ و ۳۶-۳۷/ غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱، ص ۱۳۷).

### ۱-۴. عدم اشکال در بیع دین

در صحت بیع، بین عین و دین فرقی نیست، بلکه در کتب فقهی در بحث بیع، دین یکی از اقسام عین است و اگر هم فقیهی می‌گوید مبیع باید عین باشد؛ عین در اینجا مقابل دین نیست، بلکه در این‌گزاره، عین مقابل منفعت، عمل حرّ و حق است (خمینی و دیگران، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۲۲ و ج ۱، ص ۵۱۵/ خامنه‌ای، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۱۳۸/ سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۶) بنابراین طبق مبانی فقهی، انتقال و بیع دین صحیح است و نیاز به تصرف

۱. مراد ایشان از حق دینی این است که سهام‌دار در اعیان اموال شرکت حقی ندارد و فقط طلبکار شرکت است و ورقه سهم، سند دلالت‌کننده بر این دین است و خود مالیتی ندارد.

خاص و راه کاری ویژه ندارد. عدم توجه به این امر باعث شده است بعضی از حقوقدانان در تبیین خرید و فروش سهام بر مبنای انتقال تعهد با اشکال مواجه شوند (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱، ص ۱۳۶).

### ۱-۵. لزوم احتراز از رویکرد تصحیحی

یکی از رویکردهای رایج در پرداختن به حکم شرعی مسائل مستحدثه در ابواب مختلف، رویکردی است که می توان آن را «تصحیحی» نامید. در این رویکرد، پژوهشگر به طور ضمنی - و در بسیاری موارد نیز صراحتاً - نهاد مدرن یا پدیده مستحدثه را امری عقلایی و مقبول فرض کرده و در صدد تبیین و توجیه آن با استفاده از مبانی فقهی موجود است. این چنین رویکردی در مباحث پژوهشی صحیح نیست. به عبارت دیگر، حکومت نگاه هنجاری در مبحث تحلیل یک واقعیت خارجی، جایگاه علمی ندارد. شاید از مقالات ماهیت سهم و باز خرید آن توسط شرکت صادر کننده (ر.ک: باریکلو، ۱۳۸۵) و تحلیل حقوقی سهام خزانه (ر.ک: سید محمد امین زاده، ۱۳۹۷) چنین رویکردی به ذهن آید؛ لکن ترجیح آن است که برای حفظ مسیر پژوهشی متن، فقط مطالب این مقالات در ادامه ذکر شده و سعی شود استدلالات آن مورد نقد قرار گیرد.

### ۱-۶. عدم دقت به واقعیت خارجی

در تحلیل فقهی شرکت های تجاری، گاه دیده می شود؛ نوشتاری بدون توجه به واقعیت های بیرونی در خصوص شرکت ها، آن را بر اساس مبانی مورد قبول خود باز تبیین کند. در این تحلیل ها ماهیتی برای سهام تصویر می شود که بتواند خرید و فروش سهام را بر طبق مبانی شرعی مورد قبول آن صاحب نظر تصحیح نماید. در این رویکرد به واقعیت بیرونی توجه لازم نمی شود. در یکی از این تحلیل ها آمده است:

اوراق سهام - چه به صورت برگه کاغذی و چه به صورت الکترونیکی و

پیش‌نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبانی تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های قابل ارائه ■

دیجیتال - خود دارای مالیت نمی‌باشند و معامله بر خود آنها صحیح نیست. بر اساس این تعریف، شرکت‌های سهامی دارای شخصیت حقوقی هستند؛ ولی این شخصیت حقوقی به لحاظ مالکیت مستقل نبوده و مُنحل در اعضاء سهام‌داران آن است و سهام‌داران با خرید سهام، حقیقهٔ مالک دارایی شرکت به صورت مشاع می‌گردند (سیستانی، ۱۴۰۳، ج ۴، ص ۶۸۴-۶۸۵).

و در جایی دیگر عنوان شده است که «در خرید و فروش سهام شرکت سهامی عام، مبیع باید دارایی‌های شرکت باشد» (همان، ص ۶۸۷). این درحالی است که واقعیت بیرونی در خصوص شرکت و شخصیت حقوقی آن ظاهراً غیر از این بوده؛ و نه ارتکاز عرفی خریداران سهام مؤید این نگاه است و نه موضع قانون رسمی.

## ۱.۷. عدم وضوح و بداهت ماهیت سهام و لزوم آغاز تحلیل بر اساس امور واضح‌تر

چیستی سهام امر روشنی نیست. همچنان‌که وقتی به نوشته‌های حقوقی اروپایی‌ها مراجعه می‌شود این ابهام دیده می‌شود (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱، ص ۱۳۲-۱۳۳) بنابراین باید سعی کرد تحلیل را مبتنی بر اموری ارائه کرد که از وضوح بیشتری برخوردارند. در ادامه سعی می‌شود به بعضی از این امور اشاره شود.

### ۱.۷-۱. مال بودن سهام

سهام از اموال است و مالیت داشتن سهام مسلم است. در تبیین ماهیت سهام، ما از این بحث می‌کنیم که سهم چگونه مالی است؟ (ر.ک: احمدزاده و مروارید، ۱۳۹۹/ باریکلو، ۱۳۸۵/ غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱) این مطلب از قانونی که سهام را جزو اموال منقول می‌داند نیز فهمیده می‌شود (ماده ۶۷ قانون اجرای احکام مدنی ۱۳۶۵) طبق ماده ۲۱۵ قانون مدنی، مورد معامله باید مالیت داشته باشد. بنابراین اگر محققینی بگویند سهام شرکت‌ها مال

نیست نه مادی و نه معنوی (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۴۲-۴۳) خلاف مسلمات قانونی است.

۱-۷-۲. قطع رابطه ملکیت سهام‌دار با اموال شرکت با پذیرش شخصیت حقوقی جداگانه بعد از تحقق شخصیت حقوقی، اگر شخصیت حقوقی جداگانه را بپذیریم؛ طبق یک مبنا ارتباط سهام‌دار با آورده قطع شده و اموال در ملکیت شرکت درمی‌آید. ذیل این مبنا، نمی‌توان در مورد ماهیت سهام، نظر مالکیت مشاع سهام‌داران در اعیان اموال شرکت را مطرح کرد. البته گفته شده؛ چه بسا بتوان برای همراهی با قانون، وجود شخصیت حقوقی را پذیرفت؛ اما دایره آن را محدود دانست. به گونه‌ای که مالکیت سهام‌داران حتی با وجود شخصیت حقوقی نسبت به اعیان شرکت قابل تصور باشد (سیستانی، ۱۴۰۳، ج ۴، ص ۶۸۴-۶۸۵).

۱-۷-۳. دقت در مسلمات قانونی همچون پذیرش بیع سهام، توثیق سهام و... در بند ۱۶ ماده ۱۳۸۴ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ آمده است: مشاور سرمایه‌گذاری درباره خرید و فروش اوراق بهادار به سرمایه‌گذار مشاوره می‌دهد. موارد متعدد دیگر هم وجود دارد و در کلام حقوقدان‌ها به آن اشاره شده است (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱، ص ۱۴۰/ موسویان و دیگران، ۱۳۹۳، ص ۸) بنابراین اینکه بعضی از حقوقدان‌ها بیع سهام را مستند به ماده ۳۳۸ قانون مدنی - که بیع را تملیک عین می‌داند - نپذیرفته‌اند (تفرشی و شعاریان، [بی‌تا]، ص ۳۴) مخالف نص صریح قانون است و اگر قانون مدنی را در این قسمت مقدم بدانیم؛ باز هم این استدلال صحیح نیست و همچنان که گفته شد عین در این متن مقابل دین نیست، بلکه مقابل حق و عمل حرام است (خمینی و دیگران، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۲۲/ خمینی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۵۱۵/ خامنه‌ای، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۱۳۸/ سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۶).

۱. ظاهراً مراد ایشان از سهام در این عبارت، اوراق بهادار است هر چند در برخی مقالات من جمله غمامی (۱۳۹۱)، این گونه برداشت شده که این نویسنده اساساً برای سهام مالیتی قائل نیست.

پیش‌نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبانی تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های قابل ارائه ■

همچنین توثیق سهام (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱، ص ۱۴۱) سهام خزانه (ر.ک: امین‌زاده، ۱۳۹۷) و دیگر مواردی که در قانون مورد پذیرش است و می‌تواند در ماهیت سهام مؤثر باشد، نیز باید مد نظر تحلیل‌گر باشد.

#### ۱-۸. لزوم جامعیت تحلیل ماهیت سهام

اگر در تحلیل واقعیت بیرونی ماهیت سهام، روی یک تحلیل خاص نتوان به نتیجه رسید و به عبارت دیگر، خارج و آنچه در بازار مالی اتفاق می‌افتد از حیث ماهوی، مبهم باشد؛ باید تحلیل‌هایی پیشنهاد شود که علاوه بر داشتن توجیه شرعی، حتی‌الامکان بتواند گونه‌های جدید سهام همچون سهام خزانه را پشتیبانی کند.

#### ۱-۹. پای‌بندی به لوازم ماهیت مطلوب

وقتی صاحب‌نظر در بحث ماهیت سهام قولی را به‌عنوان قول برگزیده انتخاب می‌کند؛ باید به لوازم آن قول پایبند باشد؛ برای نمونه در توضیح المسائل جامع آیت‌الله سیستانی، آمده: برگه کاغذی یا الکترونیکی سهام دارای مالیت نیست و معامله بر خود آن صحیح نیست. این فتوا برآمده از این مبنا است که شرکت سهامی دارای شخصیت حقوقی بوده، ولی شخصیت حقوقی به لحاظ مالکیت مستقل نیست و منحل در اعضاء سهام‌دار آن است و سهام‌داران با خرید سهام، حقیقتاً مالک دارایی شرکت به‌نحو مشاع می‌شوند (سیستانی، ۱۴۰۳، ج ۴، ص ۶۸۴-۶۸۶) و در جایی دیگر می‌گوید در خرید و فروش سهام شرکت سهامی عام، مبیع باید دارایی‌های شرکت باشد (همان، ص ۳۶۷۸) و اگر گفته شود مبیع در فروش سهام شرکت‌های سهامی دارایی‌های شرکت است و سهام‌داران هیچ‌گونه حق عینی نسبت به اموال و دارایی شرکت ندارند و صرفاً مالک شرکت به‌عنوان یک شخصیت حقوقی هستند، صحیح نیست و فروش سهام بدین‌صورت باطل است (سیستانی، ۱۲ و ۱۳) این فقیه در این بحث نظر دیگری نیز دارد و آن این است که اگر نوع دارایی

شرکت مورد معامله از نظر مقدار و اوصاف و خصوصیات به تفصیل هنگام معامله معلوم نباشد؛ فروش سهام اشکال دارد. هرچند قیمت بازاری سهام دقیق معین باشد (همان، ۶۷۶) اما پاسخگویان مسائل شرعی در دفاتر ایشان بدون در نظر گرفتن مبنای ایشان در ماهیت سهام و بحث اول، در پاسخ شفاهی نسبت به صحت یا عدم صحت معامله سهام و ورود در بازار بورس اوراق بهادار، می‌گویند ایشان در معاملات سهام «اشکال» دارند و مقلد ایشان می‌تواند در این «احتیاط» به اعلم بعدی مراجعه نماید. در این جواب مفروغ‌عنه گرفته شده که مبیع در بیع سهام، دارایی مشاع اعیان شرکت است. اما چون آیت‌الله سیستانی معلومیت مبیع را نیز لازم می‌دانند و در معلومیت سهام در فرضی که توضیحش گذشت؛ شبهه دارند، از این حیث در بیع سهام احتیاط دارد و این احتیاط؛ چون احتیاط واجب است؛ امکان رجوع به مرجع اعلم بعدی برای مکلف باقی است. اما این پاسخ از مسئله اساسی که ماهیت سهام است؛ غافل است و همان‌طور که روشن شد چه بسا بتوان ادعا کرد مشخص است حقیقت سهام، شرکت حقیقی در اعیان شرکت نیست. و مبتنی بر این امر طبق مبنای ایشان بیع سهام به فتوان باطل است (همان، ص ۶۸۷-۶۸۸) این امر در دیگر تحلیل‌ها نیز باید دقت گردد. مثلاً اگر صاحب‌نظری به این نتیجه برسد که ماهیت سهام از جنس حق است؛ همچنان که در بعضی از مقالات بالا بعضی از محققین چنین نظری را برگزیدند؛ نتیجه‌اش این می‌شود که اگر فقیهی در شرائط عوضین، عین بودن را شرط کرد؛ بیع سهام دیگر نافذ نخواهد بود (همان، ج ۳، ص ۱۱۴) هرچند صلاحش بلامانع است (همان، ص ۴۰۶).

## ۲. مبانی تحلیل ماهیت سهام

پیش از ورود به بحث مبانی تحلیل ماهیت سهام، شایسته است به این نکته اشاره شود که توجه به اینکه مبنای هر تحلیل چیست؛ می‌تواند ما را به

پیش‌نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبنای تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های قابل ارائه ■

قضاوت بهتر میان نظریات مختلف کمک کند. برخی تحلیل‌ها - من جمله نوشتار حاضر - فراتر از قوانین موضوعه و رسمی، مبنای فقهی - حقوقی این مسئله را مورد کنکاش قرار می‌دهند؛ درحالی‌که برخی دیگر در چارچوب قوانین مدون موجود به استدلال و بحث حقوقی می‌پردازند.

## ۲-۱. تحلیل ماهیت سهام بر مبنای مواد قانونی

یکی از رویکردهای تحلیل ماهیت سهام، مواد قانون تجارت، قانون مدنی و دیگر موارد قانونی است. در این مبنای با دقت در مواد قانونی سعی می‌شود نظر قانونگذار در ماهیت سهام کشف گردد. البته در ایران در هیچ‌یک از قوانین ماهیت سهام تعریف نشده است (ر.ک: غمامی و ابراهیمی، ص ۱۳۹۱) اما با استناد به مواد قانون مدنی در مورد بیع، وثیقه و موارد دیگر و تحلیل آنها چه بسا ادعا شود امکان کشف نظر قانونگذار در مورد ماهیت سهام، موجود است؛ برای نمونه غمامی (۱۳۹۱) در مقاله خود از مالیت اعتباری داشتن ورقه سهام دفاع می‌کند و خود ورقه سهام را مبیع می‌داند. او برای اثبات مدعی خود به قانون تجارت و قانون مدنی تمسک جستجو است. مبنای استدلال ایشان این است که وقتی در قانون ما از طرفی بیع سهام و وثیقه سهام پذیرفته شده و از سوی دیگر مبیع در عقد بیع و وثیقه در عقد رهن باید عین باشد؛ این یعنی در قانون ایران، سهام عین دانسته شده و سهام‌دار مالک عینی است که قاعدتاً همان ورق سهام است (همان، صص ۱۳۷-۱۳۸ و ۱۴۰) اما این اشکال بر ایشان مطرح شده: جواز یا صحت خرید و فروش چیزی مستلزم عین بودن آن نیست. زیرا لزوم عین بودن مبیع به عنوان یکی از مقومات بیع، مورد خدشه برخی از فقیهان است (ر.ک: احمدزاده و مروارید، ۱۳۹۹) اشکال بیان شده فی نفسه درست است (خمینی و دیگران، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۲۲/ خمینی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۵۱۵) اما اگر به مبنای تحلیل محقق در مقاله غمامی (۱۳۹۱)، دقت می‌شد؛ نباید این اشکال مطرح می‌گشت. زیرا ماده ۳۳۸ قانون مدنی بیع را تملیک عین به عوض معلوم می‌داند و کسی که مبنای تحلیلش مواد قانون

است؛ لزومی ندارد به نظرات فقهای دیگر که خلاف این ماده قانونی نظر داده‌اند؛ توجهی کند. همین رویکرد با نگاهی به بحث مالیات در مقاله حقوق مالیاتی و ماهیت حقوقی سهام در شرکت‌ها به کار گرفته شده است. در این مقاله برای ردّ طلب بودن ماهیت سهام و اثبات عین دانستن آن، علاوه بر استفاده از بحث بیع و وثیقه، به صورت تفصیلی به قانون مالیات تمسک شده و باتوجه به مواد قانونی بحث مالیات، طلب بودن ماهیت سهم ردّ و عین بودن آن مطلوب دانسته شده است (چراغی، ۱۳۹۷، صص ۶۰۹ و ۶۱۲).

## ۲-۲. تحلیل ماهیت سهام بر اساس فهم عرفی

یکی دیگر از مبانی‌ای که برای تحلیل ماهیت سهام مورد استفاده قرار گرفته؛ مبنا قراردادن عرف است؛ یعنی فهم عرف مبناست و دیدگاه حقوق و قانون از این ماهیت، همان فهم عرف است و باید طبق آن تنظیم گردد. باریکلو (باریکلو، ۱۳۸۵، صص ۱۵-۱۶) می‌گوید منظور از ماهیت عرفی سهام این است که سهم در نزد عرف چه ماهیتی دارد و از لحاظ عرفی چه رفتاری با آن می‌شود؟ وی می‌افزاید از دیدگاه عرف سهم مال عینی است که با صرف نظر از آورده سهام‌دار یا حقوق ناشی از آن مورد داد و ستد قرار می‌گیرد. بنابراین بر مبنای این نظریه که مورد پذیرش عرف و بازار تجارت است بازخرید سهام توسط شرکت صادرکننده صحیح است (همان، صص ۲۶).

اما مراد از عرف چه کسانی هستند؟ اینکه عرف بازار مالی مراد است یا عرف مردم که گاهی خریدار سهامند یا غیر این‌ها؛ روشن نیست. همچنان که روشن نیست وی با چه معیار و ابزاری نظریه‌ای را خلاف فهم عرف معرفی می‌کند و نظریه‌ای دیگر را موافق فهم عرف؟

حتی اگر مراد از عرف کسانی باشد که با چم و خم بازارهای مالی آشنا هستند؛ باز هم قابل پذیرش نیست. عرفی که معاملات را انجام می‌دهد در صدد فهم ماهیت و چیستی امور نیست. مثال امروزین آن، بحث بیت کوین و موارد مشابه است. بسیاری از مردم مدت‌هاست که با چگونگی استخراج

پیش‌نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبانی تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های قابل ارائه ■

و خرید و فروش آن‌ها را نمی‌دانند. اما آیا ماهیت این ارز برای ایشان روشن است؟ آیا می‌توان گفت هر فهمی ایشان دارند، حقوق و قانون هم همان نگاه را دارد؟ در بسیاری از این امور پیچیده، اصولاً عرف فهم و تحلیلی ندارد و اگر مراد از عرف، عرف متخصص و حقوقدانان باشد؛ تحلیل حقوقدانان مبتنی بر مواد قانونی، تحلیل این مواد و کنار هم گذاشتن آن‌ها، مطالعه بازارهای مالی و موارد مشابه است و به نظر می‌رسد این رویکرد قاصر از فهم ماهیت سهام بوده و این‌گونه استناد به عرف در تشخیص ورقه سهم به‌عنوان همان عین دارای مالیت قابل قبول نباشد. نتیجه این‌که مبنای مزبور نیز به این صورت که بیان شد قابل اتکا نیست. البته این پژوهش قبول دارد که استفاده از فهم عرف به‌معنای حقوقدانان و اهل نظر در مباحث فقه مالی نباید مغفول واقع گردد. اما اکتفا به چنین معیاری به‌نظر دقیقی منتج نخواهد شد.

### ۲.۳. تحلیل بر اساس تبیین اقسام گوناگون اموال و چگونگی شکل‌گیری شرکت‌های تجاری

همچنان‌که در موارد پیش‌گفته بیان شد؛ سهام مال است. یکی از روش‌های شناسایی ماهیت سهام این است که از زاویه مال و ماهیت آن درصدد کشف ماهیت سهام باشیم که سهام چگونه مالی است؟ مبتنی بر این نگاه، یک مسیر برای کشف ماهیت سهام این است که انواع مختلف مال را شناسایی کرده؛ تعریف کنیم و سپس با توجه به نحوه شکل‌گیری یک شرکت تجاری، ببینیم سهام، مصداق کدامیک از آن‌هاست؟ بعضی از نوشته‌ها که ذیل ماهیت سهام نوشته شده؛ با این مبنای تحلیل ماهیت سهام پرداخته است (ر.ک: احمدزاده و مروارید، ۱۳۹۹).

چه بسا نتیجه‌ای که از این مسیر به آن نائل شویم؛ با قانون همخوانی نداشته باشد. همچنان‌که احمدزاده (۱۳۹۹) در انتها نتیجه گرفته ماهیت سهام از سنخ (حق) است و این امر با قانون فعلی ایران هماهنگ نیست. زیرا وقتی

سهام از سنخ حق دانسته شد؛ طبق ماده ۳۳۸ قانون مدنی که بیع را تملیک عین به عوض می‌داند؛ فروشش صحیح نخواهد بود. درحالیکه فروش سهام بر اساس آنچه از ظاهر قوانین فعلی برداشت می‌شود، صحیح است. اشکال دیگر این تحلیل این است که چون تعریف دقیق و کاملی از عین ارائه نشده و نظرات مختلفی که صاحب نظران در باب ماهیت سهام گفته‌اند؛ مورد اعتنا قرار نگرفته؛ نمی‌توان به دقت و صحت نتیجه‌گیری انجام‌شده اطمینان یافت.

### ۳. بررسی اجمالی اقوال مطرح در تبیین ماهیت سهام

بعد از اتمام بحث مبانی، به اقوال مطرح‌شده در ماهیت سهام می‌پردازیم تا در انتها بتوانیم تحلیلی کامل ارائه کنیم.

#### ۳-۱. مالکیت سهام‌دار نسبت به عین

یکی از اقوال مهم در ماهیت سهام، سهام‌دار را مالک عین اموال شرکت می‌داند. صاحبان این دیدگاه، به‌نوبه خود، این مالکیت بر عین را به‌صورت مختلفی ترسیم کرده‌اند که در ادامه می‌آید.

##### ۳-۱-۱. عین یعنی اعیان اموال شرکت (شرکت، مالک اموال نیست)

گروهی از قائلان به مالکیت سهام‌دار نسبت به اعیان اموال شرکت، اصولاً مالکیت شرکت نسبت به اموال آن را نفی کرده و به‌عبارت‌دیگر شخصیت حقوقی شرکت را از اساس رد می‌کنند. لذا از منظر ایشان سهام چیزی جز سهم مشاع در اموال عینی شرکت نیست (ر.ک: امین‌زاده، ۱۳۹۷/ جعفری و شهیدی، ۱۳۹۴، ص ۵۰) این نظر به این صورت که بیان شد با واقعیت خارجی بازار مالی تطابق ندارد. از کلام آیت‌الله سیستانی چنین چیزی برداشت می‌شود (سیستانی، سال، ج ۴، ص ۶۸۵) هرچند حتی در فرضی که ماهیت سهام سهم مشاع در اموال شرکت باشد؛ باز هم این فقیه

۱. با اینکه ایشان می‌گویند با خرید سهام، سهام‌دار مالک حقیقی دارایی شرکت به‌صورت مشاع است؛ اما ادعا شده است شرکت سهامی دارای شخصیت حقوقی است؛ هرچند شخصیت حقوقی به لحاظ مالکیت مستقل نبوده و منحل در اعضاء سهام‌دار است (توضیح المسائل جامع، ج ۴، ص ۶۸۵).

پیش نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبانی تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های قابل ارائه ■

به سبب نامعلوم بودن مبیع، بیع سهام را با اشکال مواجه می‌داند (همان، ص ۶۸۶) دلیل عدم پذیرش شخصیت حقوقی در نظر صاحب‌نظرانی که قائل به آن هستند؛ از جمله بعضی از فقهاء، این است که صرفاً کسی می‌تواند دارای شخصیت باشد که طرف حق و تکلیف قرارگیرد. اگرچه این نظر مخالف ماده ۵۸۳ قانون تجارت است که تمام شرکت‌های تجاری را دارای شخصیت حقوقی می‌داند.

دقت در این امر لازم است که بعضی از حقوق‌دانان نظریه بالا را با حفظ شخصیت حقوقی به صورت محدود که در حد اداره شرکت باشد مطرح کرده‌اند (جعفری و شهیدی، ۱۳۹۴، ص ۵۱) در توضیح المسائل جامع آیت‌الله سیستانی نیز سعی شده شخصیت حقوقی حفظ شود (سیستانی، ۱۴۰۳، ج ۴، ص ۶۸۵) در این تبیین ادعا می‌شود مالک آورده‌ها خود سهام‌داران هستند. اما شخصیت حقوقی از اساس نفی نمی‌گردد، بلکه مثلاً اداره‌کننده شرکت، خریدار و فروشنده بودن، و چنین مواردی بر عهده او به عنوان یک شخصیت حقوقی است. صاحبان این دیدگاه میانه، تبیین‌های فقهی مختلفی ذکر کرده‌اند که ذیلاً به دو مورد از آنها اشاره می‌شود.

ارتباط سهام‌دار با دیگر سهام‌داران در فرض مالکیت عین: وقتی مراد از عین، اعیان اموال شرکت باشد و شرکت، مالک اموال نباشد؛ جایگاه سهام‌دار و ارتباط او با دیگر سهام‌داران و شرکت چگونه است؟ دو فرض را می‌توان مطرح کرد.

فرض اول: تحلیل ارتباط سهام‌دار با سایر سهام‌داران بر اساس عقد بضاعت

برگه سهام سند شراکت سهام‌دار با سایر سهام‌داران و عقد بضاعتی<sup>۱</sup> است و عامل، شخصیت حقوقی شرکت‌های سهامی می‌باشد. طبق این نظریه ابتدا عقد شرکت بین سهام‌داران واقع می‌شود و سپس عقد بضاعت

۱. عقد یقتضی آن الربح کلّه لربّ المال (طوسی، مبسوط، ج ۲، ص ۲۶۲). بخلاف عقد المضاربه؛ فهو یقتضی مشارکه العامل فی الفائده (المهذب البارع، ج ۲، ص ۵۵۶).

را با شرکتی که مؤسسین به آن اعتبار قانونی و شخصیت حقوقی داده‌اند؛ واقع می‌نمایند و در این فعالیت همه منافع و سود برای شرکاء است و عامل بهره‌ای در آن ندارد. عقد بضاعت نوعی از مضاربه است. در مضاربه اموال و سرمایه متعلق به سرمایه‌گذار است. اشکال این تبیین این است که با این واقعیت خارجی که در شرکت‌های تجاری رایج، ارتباط اموال با سهام‌دار قطع شده و از آن شرکت است، سازگاری ندارد (درایتی، ۱۴۰۰، مندرج در: <http://www.eshia.ir/feqh/archive/mashhad/schools>).

### فرض دوم: تحلیل ارتباط سهام‌داران با سایر سهام‌دارن بر اساس عقد وکالت

در این نظر سهام‌داران با هم سرمایه مشترکی ایجاد کرده و به شخصیت حقوقی شرکت تجاری وکالت می‌دهند که با آن سرمایه کار کند. این تحلیل، بیع سهام و توثیق سهام، را پشتیبانی می‌کند، اما سهام خزانه را خیر. زیرا اگر قرار باشد شرکتی سهام خود را بخرد باید او را مالک فرض کرد و شخصیت حقوقی اگر بتواند مالک شود چرا نتواند مالک آورده سهام‌داران گردد؟ نکته دیگر اینکه اگر مراد صاحب این نظریه بازگرداندن شرکت‌های تجاری به شرکت مدنی باشد، مشکلاتی مثل مرگ سهام‌داران، جنون ایشان، عدم رضایت آنها و... به شکل روشن‌تری نمود پیدا می‌کند (ر.ک: دیانت مقدم، ۱۴۰۱) همچنان که اشکال عدم‌ضمان سهام‌دار نسبت به دیون مازاد از اصل سرمایه مشترک نیز از اشکالات دیگر چنین نظریه‌هایی است (همان).

### ۳-۱-۲. مالکیت طولی سهام‌دار نسبت به اعیان اموال شرکت، همزمان با مالکیت شرکت

ملکیت طولی در مباحث فقهی متعددی من جمله مولی نسبت به عبد، اب نسبت به ابن (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۷، ص ۲۶۲ / منتظری، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۶۹) پیامبر و امام (ع) نسبت به اموال انسان‌ها (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۴۰۸-۴۰۷) مطرح شده است. همچنین ملکیت طولیه در بحث خمس نیز مطرح است

پیش نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبانی تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های قابل ارائه ■

(صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۱۶، ص ۸۹). صاحب عروه در ملکیت عبد قائل به چنین نظریه‌ای است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۸۴۳) هرچند این نظر مخالف هم دارد و بعضی از فقها چنین نوعی از ملکیت را دور از ذوق عرفی می‌دانند (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۳۰۵) و بعضی این قول را ضعیف دانسته‌اند (طباطبایی یزدی و دیگران، ۱۴۳۰، ج ۱۵، ص ۳۷۳).

با فرض قبول شخصیت حقوقی مستقل شرکت‌های تجاری، طبق نظر بعضی از محققان حوزوی، پذیرفتنی‌ترین تحلیل در ماهیت سهم و شرکت‌های سهامی همین ملکیت طولی سهام‌داران و شرکت‌ها است و عمده مشکلات فقهی مطرح‌شده را رفع می‌نماید. مانند اینکه ضامن بودن شرکت منافاتی با مالک بودن سهام‌داران نخواهد داشت و یا حق انحلال شرکت توسط سهام‌داران، به خاطر مالکیت بالادستی آنان است. مضاف به اینکه این تحلیل با مواد قانونی و حقوقی نیز سازگار است؛ هرچند مصرح آنها نیست. در این دیدگاه آنچه بالذات مورد معامله قرار می‌گیرد؛ حصه شرکت است که هم اجمالا و هم تفصیلاً معلوم است. زیرا کشف ارزش شرکت آسان است. ضمناً اموال و دارایی شرکت بالعرض و بالتبع تملیک می‌شود و جهل نسبت به توابع مبیع مضر به صحت بیع نیست.<sup>۱</sup>

این نظریه، بیع سهام را پشتیبانی می‌کند. اما سهام خزانه که در مباحث قبلی توضیحش گذشت، با قائل شدن چنین ماهیتی برای سهام، توجیه‌پذیر است؟ اگر گفته شود خرید سهام توسط خود شرکت صرفاً به معنای بلوکه کردن و راکد شدن آن سهام‌ها است، بنابر ملکیت طولیه مالک واقعی سهام خزانه باز هم سهام‌داران هستند و شرکت به نیابت از سایر سهام‌داران

۱. به نظر می‌آید بین شخصیت حقوقی مستقل و مالیت داشتن شرکت خلطی صورت گرفته است. زیرا عدم پذیرش شخصیت حقوقی بدان معنا نیست که قائلان به آن، خرید و فروش شرکت را حتماً ممنوع بدانند؛ چراکه عدم قبول به شخصیت حقوقی مستلزم عدم مالیت شرکت نیست، بلکه شرکت هرچند شخصیت حقوقی نداشته باشد؛ ممکن است به اعتبار عقلاء و حقوقدانان دارای ارزش و مالیت باشد. مثال این بحث برندی است که مالیت و ارزش اعتباری دارد (درایتی، حمید، ۱۴۰۰، تقریرات درس خارج فقه: [http://www.eshia.ir/feqh/](http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/derayati/feqh/99/990625)).

بخشی از سهام خود را از جریان انداخته؛ همچنان که در یک شرکت مدنی شرکاء می‌توانند اتفاق کنند تا بخشی از سرمایه را کد بماند. اگر این امر را در مورد سهام خزانه بپذیریم؛ با قائل شدن به ملکیت طولی، تبیین سهام خزانه با مشکلی مواجه نمی‌شود (درایتی، ۱۴۰۰، مندرج در: <http://www.eshia.ir/feqh/archive/mashhad/schools>) مگر ادعا شود در بحث سهام خزانه، واقعاً بحث خرید سهام توسط شرکت مطرح است.

### ۳-۱-۳. مملوک واقع شدن شرکت به وسیله سهام داران

این دیدگاه حقوقی قائلان متعددی دارد و شاهد این قول آن است که سهام شرکت‌هایی که هیچ دارایی و سرمایه تجاری و تولیدی ندارند؛ خرید و فروش می‌شود. بنابراین معلوم می‌شود سهام‌دار تنها حیثیت اعتباری شرکت را می‌خرد نه اموال و دارایی آن را. همچنین این قول با سایر مواد قانون منطبق می‌باشد. باید دقت گردد این قول با قول قبلی متفاوت است و بحث ملکیت طولی در این قول مطرح نیست. طبق این نظر شرکت تجاری یک مؤسسه یا سازمان دارای شخصیت حقوقی است. و مالکیت آورده شرکاء به شرکت انتقال می‌یابد و در طول حیات شرکت دارایی شرکت مستقل از دارایی شرکاست. سهام‌داران مالک شرکت هستند، اما مالک دارایی شرکت نیستند. بر اساس این دیدگاه رابطه سهام‌داران با شرکت نوعی مالکیت است که موضوع آن خود شرکت است نه اموال آن (عبدی‌پور، ۱۳۹۱، صص ۱۳۴ و ۱۳۷) در این نظر برگه سهم سند ملکیت بخشی از حیثیت اعتباری شرکت است و هیچ نسبتی با اموال آن ندارد. اما سایر حقوق مانند حق رأی علی‌القاعده بوده و به سبب آن است که سهام‌داران مالک شرکت بوده و حق اداره و مدیریت آن بر عهده آنان است (ر.ک: امین‌زاده، ۱۳۹۷).

### ۳-۱-۴. نقدهایی بر این دیدگاه

**نقد اول:** یکی از ایرادات مطرح شده بر این دیدگاه، رسیدن اموال و دارایی‌های شرکت به سهام‌دار بعد از انحلال شرکت است. با آنکه سهام‌دار

پیش‌نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبانی تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های قابل ارائه ■

صرفاً حیثیت اعتباری را می‌خرد. برای توجیه این مشکل، رسیدن اموال به سهام‌داران را تنظیم به رسیدن اموال عبد با مرگ او به مولی کرده‌اند.<sup>۱</sup>

**نقد دوم:** پرداخت سود سالانه به سهام‌دار چه وجهی دارد؟ زیرا او فقط مالک حیثیت اعتباریه است و علی‌القاعده تمام سود ملک شرکت خواهد بود. در جواب گفته‌شده صحیح است این سود ملک شرکت است، اما شرکت به سبب تعهد، موظف به تقسیم و پرداخت آن شده است. ایراد این جواب این است که این تعهد اگر به نحو شرط فعل باشد یک شرط تکلیفی است و ضمان آور نیست و با مواد قانونی سازگار نیست و اگر به نحو شرط نتیجه باشد شرط نتیجه از اساس با مشکل مواجه است (درایتی، ۱۴۰۰، مندرج در: <http://www.eshia.ir/feqh/archive/mashhad/schools>).

**نقد سوم:** عدم قابلیت شرکت - به‌عنوان یک حقیقت اعتباری - برای مبیع واقع شدن.

این ایراد وارد نیست. مراد از عین در بحث بیع، موجود متعین خارجی و هر آن چیزی است که اگر موجود شود از متعینات خارجیه است. بنابراین عین شخصی، کلی مشاع، کلی فی المعین و کلی ذمی را شامل می‌گردد و مقابل آن منفعت و حق است (روحانی، ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۹) ملاحظه می‌گردد که در عبارات فقها موجوداتی را می‌توان اثبات کرد که به‌صورت اعتباری وجود داشته و می‌توانند مورد تملک واقع شده و مبیع قرار گیرند. بنابراین سهم که ملاک مالیت - یعنی رغبت عقلا - را دارد، مال است و با توجه به اثبات وجود عینی اعتباری به‌عنوان عین اعتباری تلقی شده و مبیع واقع می‌گردد (جعفری و شهیدی، ۱۳۹۴، ص ۵۳/ نیز ر.ک: امین‌زاده، ۱۳۹۷).

**نقد چهارم:** تبیین ناپذیری سهام خزانه مبتنی بر این دیدگاه.

۱. اکثر فقهاء (اعم از قائلین به ملکیت طولی مولی و عدم آن) قائلند اموال عبد بعد از مرگ به مولای او می‌رسد؛ هرچند آن عبد دارای وارث نسبی باشد و این انتقال ارث نیست تا با روایات عدم ارث از عبد منافات داشته باشد. برخی این انتقال را چنین توجیه کرده‌اند که ملکیت عبد یک نوع ملکیت متزلزل بوده که با مرگ او زائل می‌شود. بنابراین تمام اموال او به مولی می‌رسد (درایتی، ۱۴۰۰) و روایاتی بر این ادعا دلالت کند (عاملی، ج ۱۸، ص ۲۵۶ و ج ۲۳، ص ۱۶۴ و ج ۲۶، ص ۲۴۱).

آیا این نظریه با سهام خزانه سازگاری دارد؟ گفته شده با این دیدگاه سهام خزانه قابل تبیین است. چنانچه سهم را عینی اعتباری و جزئی از شرکت دانستیم، با عرضه سهام از طرف سهام دار به شرکت سهام از ملکیت سهام دار خارج می شود و می توان گفت به شرکت نیز منتقل نمی شود، بلکه مالی است بدون مالک. مثل اموالی که مالکش از آن اعراض کرده است. در این فرض شرکت پولی به سهام دار می دهد؛ مشروط به اینکه از مالکیت خود اعراض کند. با اعراض او سهام از ملکیت سهام دار خارج می شود و شرکت هم قصد تملک نمی کند. لذا سهام بدون مالک محقق می شود و منع فقهی هم ندارد (ر.ک: همان).

**نقد پنجم:** عدم صحت رهن سهام مبتنی بر این دیدگاه.

در قانون، وثیقه سهام قبول شده است؛<sup>۱</sup> حال آنکه در رهن و وثیقه، شرط است که وثیقه عین قابل قبض باشد. بنابراین این تحلیل رهن سهام را پشتیبانی نمی کند.

درست است که در بحث رهن، عین بودن و قبض آن شرط شده است (خمینی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۴) و مراد از عین در این بحث عین در مقابل منفعت و دین است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵، ص ۲۳۹)؛ و دلیل لزوم عین بودن در بحث رهن، اجماع دانسته شده است (همان) و در مورد لزوم قبض، روایات، دلالت بر لزوم این شرط دارند (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۳۷۹)؛ اما در مورد بحث لزوم عین بودن، روایت صریحی دالّ بر این امر نیست و ظاهراً علت بیان آن از طرف فقها این است که در رهن اگر قبض لازم باشد، مال مرهونه، باید چیزی باشد که قبضش ممکن باشد و در مثل دین و منفعت این امر ممکن نیست. با توضیحی که در مورد اقوال برگزیده بیان شد اولاً عینیت آنها طبق بیانی که گذشت، قابل تبیین است هرچند

۱. ماده ۲۰ قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور و اصلاح ماده ۱۱۳ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۸۲/۵/۲۶.

پیش‌نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبانی تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های قابل ارائه ■

عین در این موارد یک عین اعتباری است. ثانیاً قبض آن ممکن است. زیرا در بحث قبض همچنان‌که در کتب فقهی بیان‌شده؛ قبض در هر موردی به حسب همان مورد است. بنابراین قبض زمین با قبض کتاب متفاوت است. در سهام نیز می‌توان گفت عرفاً قبض آن با تحقق مراحل قانونی توثیق محقق می‌شود.

### ۳-۱-۵. مال اعتباری بودن ورقه سهام (مانند اسکناس)

در این نظریه اذعان می‌شود که سهم در ابتدا یک حق ناشی از قرارداد و تعهد تلقی شده، ولی پس از ایجاد با انعکاس حقوق آن در ورقه بهادار به یک دارایی عینی تبدیل می‌گردد. طبق این نظریه برگه سهم ذاتاً اوراق بهادار است و ارزش اعتباری دارد و سهام‌دار هیچ ارتباطی با شرکت و دارایی آن ندارد (احمدزاده و مروارید، ۱۳۹۹، ص ۳۶) البته مشکل اینجاست که در حقوق بعضی کشورها مثل فرانسه، صدور سهم بر روی ورقه ضرورت ندارد. اما جالب این‌جاست که با این حال صاحب مقاله بدون ارائه مستند و صرفاً با این ادعا که عرف چنین‌نگاهی دارد؛ این نظر را ترجیح داده است (باریکلو، ۱۳۸۵، ص ۲۴-۲۶) در ذیل این نظر برخی گفته‌اند عین‌انگاری ورقه سهم ناظر به اسناد بی‌نام است که دارای مالیت بوده و دین در سند تجسم یافته است و از اموال محسوس است؛ اما سند بانام از جمله دیون است. تمایز قائل شدن بین سهام بی‌نام و بانام از طرف بعضی از اساتید حقوق در بحث وثیقه و پذیرش سهام بی‌نام به‌عنوان رهن نه سهام بانام، موید فرق بین سهام بی‌نام و بانام است (احمدزاده و مروارید، ۱۳۹۹، ص ۳۷).

### ادله این نظریه

یکی از ادله مهم در اثبات این نظریه، استناد به مواد قانونی است که بیع و توثیق سهام را مطرح کرده است (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱، ص ۱۳۹-۱۴۱) در اشکال به این نظریه گفته‌شده در قانون، بحث فروش سهم مطرح است نه آن برگه! ایراد دیگر اینکه مراد از توثیق در قانون، رهن مصطلح نیست بلکه

نهاد حقوقی مستقل از رهن مراد است که نیازی به عین بودن مال وثیقه در آن نیست. یا مراد از بیع، بیع مصطلح نیست یا اینکه وثیقه قراردادن سهام، امری است استثنایی (احمدزاده و مروارید، ۱۳۹۹، ص ۳۹).

اینکه مراد از توثیقی که در قانون آمده رهن مصطلح نیست، بلکه توثیقی است جدید که عین بودن مال گرو گذاشته شده لازم نیست، از حیث مبنای حقوقی قابل مناقشه است؛ چراکه در حقوق مبتنی بر مباحث فقهی، عقود معینی بیان شده و برای هر کدام شروطی ذکر شده؛ حال اگر یکی از این عقود را با همان هدفی که آن عقد برایش پایه گذاری شده به کار گرفته شود، ولی شرائط رعایت نشود و در جواب به اینکه چرا شرائط رعایت نشد گفته شود این یک عقد جدید است؛ باعث می شود فلسفه عقود و شرائطی که شارع در بعضی از آنها لازم دانسته از بین برود.

به نظر می رسد اشکال عمده این نظریه، دو امر است. اولاً در تحلیل ماهیت و چیستی بحث سهام به چند ماده قانونی نمی توان بسنده کرد. ما در صدد تحلیل ماهیت این سهم در واقع هستیم نه از منظر عینک خاص قانونگذار و ثانیاً اینکه سهام حق عینی است یا دینی؛ سؤالی است که از اساس باید تغییرش داد. علت اینکه بحث به این صورت شروع شده؛ این بوده که چون دین به عنوان التزامی شخصی قابل انتقال نبوده؛ ساده ترین روش برای گریز از این مشکل این بوده که بگویند حق شخصی در ورقه تجسم یافته و به حق عینی تبدیل شده است، اما در حقوق ایران به تبعیت از فقه امامیه، دین یک حق شخصی و غیر قابل انتقال نیست. بنابراین در بن بست گیر نکرده ایم که چنین مسیری را به اجبار بپیماییم و نکته آخر اینکه در نظام کنونی بازارهای بورس حرکت به سوی کنار گذاشتن سند کاغذی شروع شده است و این یعنی حقیقت سهم می تواند بدون برگه محقق گردد (همان، صص ۴۱ و ۴۳ / باریکلو، ۱۳۸۵، ص ۲۴-۲۶).

### ۳-۲. سهام یک حقیقت دوحیثی

بعضی از حقوق‌دانان از دوگانه‌بودن ماهیت سهام سخن می‌گویند. ۱- در مقابل ناشر آن یعنی شرکت سهامی عام ۲- در مقابل خریدار سهام. سهم که زائیده حقوق قراردادهاست و در ابتدا یک حق ناشی از قرارداد و تعهد تلقی می‌شود؛ پس از ایجاد با انعکاس حقوق آن در ورقه بهادار به یک دارایی عینی تبدیل شود. بنابراین سهم در مقابل شرکت یک حق ناشی از قرارداد بین سهام‌داران است. اثر این قرارداد وابسته به تراضی طرفین) مفاد اساسنامه) و احکامی است که قانونگذار مقرر می‌دارد. سهم در مقابل انتقال‌گیرنده و سایر اشخاص یک عین است. ماهیت ورقه سهام بانام که با این تعبیر یک ورقه بهادار است از نمایندگی سهام فراتر می‌رود. ورقه سهام، ورقه‌ای است که حقوق مربوط به سهام در آن منعکس شده است؛ بنابراین می‌تواند بر طبق مقررات حاکم بر اموال عینی انتقال داده شود (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱، ص ۱۳۹) خلاصه این نظریه طبق بیان صاحبان این نظریه این است که در رابطه با ناشر، حق دینی است و در رابطه با ثالث، حق عینی است (امین‌زاده، ۱۳۹۷، ص ۱۸۲).

در مورد نقد بر این نظریه می‌توان گفت اولاً دو موضوع تعیین ماهیت سهم و رابطه سهام‌دار با شرکت را خلط نموده است و ثانیاً قانونگذار در بند ب ماده الحاقی ۲۸ لایحه رفع موانع تولید رقابت‌پذیر خرید سهام شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس و بازارهای خارج از بورس توسط خود شرکت را با شرائطی مجاز اعلام کرده است که از آن به سهام خزانه یاد می‌شود. اما این نظر قابلیت تحلیل سهام خزانه را ندارد. زیرا با چنین تحلیلی دائن و مدیون یکی است (همان، صص ۱۷۶، ۱۸۲ و ۱۸۳).

### ۳-۳. سهم به‌عنوان دین و سند طلب از شرکت

عده‌ای از حقوق‌دانان، سهم را طلب سهام‌دار از شرکت می‌دانند (اسکینی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۲ / ستوده، ۱۳۷۵، ص ۱۰۶) اگر سهم طلب از شرکت

باشد، طلب مسلّم است یا احتمالی؟ اگر این طلب، طلب احتمالی باشد همچنان که گفته شده در بعضی کشورها این گونه است؛ چون طبق بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی یکی از شرائط اساسی صحت معاملات وجود موضوع معلوم و معین است چنین موضوع احتمالی که از اساس وجودش هنوز قطعی نیست، نمی تواند موضوع فروش یا انتقال قرار گیرد. و اگر طلب سهام دار از شرکت مسلّم باشد که البته فرض بعیدی است، تا قبل از انحلال شرکت مقدارش معین نیست و با اجمال مبیع، نیز بیع باطل خواهد بود (باریکلو، ۱۳۸۵، ص ۱۶ / موسویان و دیگران، ۱۳۹۳، ص ۳۰ / غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱، ص ۱۳۶) این نظریه نمی تواند سهام خزانه را پشتیبانی کند و اگر سهام حقیقتش، دینی باشد که بر شرکت است به نفع سهام دار، در تحلیل سودی که شرکت به سهام داران می دهد با مشکل جدی ربا مواجه خواهیم شد. و در نهایت باید بگوییم حقوقدانان و اقتصاددانها ماهیت اوراق قرضه را با سهام مختلف می دانند. سهام خصوصیت قرض و دین دارای سود معین را دارا نیست.

#### ۳-۴. سهم به عنوان یک حق خاص (نه حق دینی و نه حق عینی)

بعضی از حقوقدانان ماهیت سهم را نه منطبق بر حق عینی و نه از مصادیق حق دینی می دانند. ایشان معتقدند حقی که شرکاء در شرکت های تجاری دارند، حقی است خاص که با طبیعت حق عینی و دینی و مفهوم سنتی آن تطابق ندارد. زیرا شرکاء حق عینی بر اموال شرکت ندارند؛ چون اموال به شرکت که دارای شخصیت مستقلی است تعلق دارد پس حق مذکور حق عینی نیست و از طرف دیگر آنان طلب کار شرکت نیز محسوب نمی شوند؛ زیرا طلبکار بدون توجه به سرمایه و دارایی و سود و زیان شرکت می تواند اصل طلب و سود آن را از مدیون تقاضا کند در حالی که سهام دار بر اساس فعالیت شرکت، سهم معینی از سود را می برد. بنابراین حق شرکاء در شرکت در زمره هیچکدام از حق عینی و دینی سنتی قرار نمی گیرد. پس سهام حقی

پیش‌نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبانی تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های قابل ارائه ■

خاص است که بیانگر حقوق سهام‌دار است. در اثر قرارداد حق عینی شرکا به سرمایه، تبدیل به حق خاصی می‌شود که موضوع آن درآمد مربوط به منافع سالیانه است (ستوده، ۱۳۷۵، ص ۱۰۷).

در اشکال به این نظر گفته شده است این دیدگاه، صرفاً به رابطه سهام‌دار با شرکت پرداخته و نسبت به ماهیت و چیستی خود سهم سکوت کرده است. سؤال این نیست که حقوق ناشی از سهم چیست تا پاسخ داده شود مجموعه‌ای از حقوق مالی و غیرمالی است، بلکه سؤال مربوط به مرحله قبل است که خود سهام حقیقتش چیست؟ (ر.ک: امین‌زاده، ۱۳۹۷) سوای این نکته، با کلمه (حق‌ی خاص) ماهیت سهام از ابهام خارج نمی‌شود.

### ۳-۵. تبیین ماهیت سهم بر مبنای حق

حق یک امر اعتباری است غیر از ملک. در فقه امامیه مفهوم‌های حق، حکم و ملک تبیین شده‌اند و البته محققین یک نظر را ارائه نکرده‌اند. مبنای صحیح که در جای خود تبیین شده دلالت بر متفاوت بودن ماهوی این مفاهیم اعتباری می‌کند (خمینی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۱۴) و این‌گونه نیست که مثلاً حق همان ملک ضعیف باشد (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۴۲) وقتی ماهیت سهام را حق دانستیم بدین معناست که صاحب سهام من له الحق است و ماهیت سهام، حقوقی است که برای او در نظر گرفته شده است. برای تحلیل این نظر، هر چه در تحلیل ماهیت حق بیان شود اینجا بیان می‌گردد. مراد از حق در اینجا حقوقی مثل حق برخورداری از سود سالانه، حق حضور و رأی در مجمع عمومی، حق استرداد اموال باقیمانده شرکت بعد از انحلال و چنین حقوقی است. در بعضی از مقالات اسم حق‌الشرکه یا حق شرکتی بر آن نهاده شده است (احمدزاده و مروارید، ۱۳۹۹، ص ۵۵-۵۶) حق در این دیدگاه به صورت صحیح و در معنای اصطلاحی خود به کار رفته است.

اشکالات متعددی را بر این نظریه می‌توان مطرح کرد. ۱- مبنای تحلیل

در این نظریه پرداختن به اقسام مال است و بعد از ذکر اقسام مال، سهام را بر حق تطبیق کرده؛ حال آنکه ماهیت سهام بر اعیان نیز قابل تطبیق است (البته عین اعتباری که تفصیل آن گذشت). ۲- طبق ماده ۳۳۸ قانون مدنی چون بیع را تملیک عین دانسته؛ در فروش سهام طبق این تحلیل از نظر قانونی با مشکل مواجه خواهیم شد. مگر اینکه گفته شود مبنای این تحلیل، مواد قانونی نیست. مبنای جواز و عدم جواز فروش حق در بعضی مقالات به خوبی تبیین شده (جعفری و شهیدی، ۱۳۹۴، ص ۵۶) و فقها در این امر با هم اختلاف دارند (خمینی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۵۱۵/ سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۶) ولی طبق نص قانون، عین بودن در مبیع شرط است. بنابراین حق نمی تواند مبیع واقع گردد؛ حال آنکه در بورس اوراق بهادار، سهام خرید و فروش می شود. ۳- در این تحلیل روشن نیست بعد از تحقق شخصیت حقوقی، به چه صورت رابطه مالکیت میان مؤسسان و پذیرهنویسان با آورده ها منقطع می شود. ۴- این قول با فهم عرف متخصص همخوانی ندارد. حقوقی که سهام داران دارند؛ طبق فهم عرف متخصص، متفرع بر امری پیشینی است. به عبارت دیگر سهام دار با خرید سهام مالک چیزی می گردد و این حقوق ناشی از آن ملکیت است.

### نتیجه

در بحث مبنای چندین مبنا مورد تحلیل قرار گرفت. همچنان که گفته شد؛ مبنای دوم یعنی عرف با آن تبیینی که مطرح شده، مبنای کاملی نیست و باید در کنار دیگر مبنای مورد استفاده قرار گیرد. با توجه به اشکالاتی که بر دیدگاه های مختلف ارائه شد، می توان گفت سه قول (مالکیت طولی سهام داران نسبت به اعیان اموال شرکت، همزمان با مالکیت شرکت) و قول (مملوک واقع شدن شرکت برای سهام داران به عنوان یک مفهوم اعتباری) و همچنین قائل شدن به حق مصطلح در ماهیت سهام، اقوال قابل اعتنائی

پیش‌نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبانی تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های قابل ارائه ■

هستند و البته باید دقت گردد کدامیک از این سه قول با پیش‌نیازهایی که در تحلیل ماهیت تبیین شد؛ مانند شخصیت حقوقی جداگانه (The Company as a Separate Legal Entity) و موارد بعدی سازگاری کامل‌تری دارند؟ ضمناً اشکالات متعددی در ذیل هریک از این اقوال مطرح است که در جای خود باید دنبال گردد.

اما دغدغه‌ای که تذکرش لازم است اینکه باید دانست ماهیت سهام یک امر تجربی محض نیست، بلکه در این بحث باید میدان و تجربه در کنار پیشنهاد و طراحی ذهنی یک قول یا چند قول برجسته را مطرح و معرفی نمایند.

### حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد.

### سهام نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در طراحی، اجرا و نگارش مقاله مشارکت داشته‌اند و محتوای نهایی مقاله را تأیید می‌کنند.

### تضاد منافع

نویسندگان تصریح می‌کنند که هیچ‌گونه تضاد منفعی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد.

### منابع

احمدزاده، سیدعبدالمطلب، مرتضی محمدی و محمدرضا مروارید؛ «تأملی فقهی حقوقی در عین‌انگاری سهام شرکت‌های سهامی»، آموزه‌های فقه مدنی، ش ۲۲، پاییز ۱۳۹۹، ص ۳۱-۶۰.

اسکینی، ربیعا؛ حقوق تجارت/ شرکت‌های تجاری؛ ج ۱، چ ۱۹، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۳.

امین‌زاده، سیدمحمد؛ «تحلیل حقوقی سهام خزانه»، دوفصلنامه علمی پژوهشی تحقیقات مالی اسلامی؛ ش ۱۵، پاییز ۱۳۹۷، ص ۱۷۵-۱۹۶.

باریکلو، علیرضا؛ «ماهیت سهام و بازخرید آن توسط شرکت صادرکننده»، پژوهشنامه حقوق و

- علوم سیاسی؛ ش ۱، تابستان ۱۳۸۵، ص ۳۸-۱۳.
- تفرشی، عیسی و ابراهیم شعاریان؛ «سهم و حقوق ناشی از آن در شرکت‌های سهامی»، نشریه پژوهش حقوق و سیاست؛ ش ۷، زمستان ۱۳۸۱، ص ۲۱-۴۹.
- تفرشی، عیسی؛ مباحث تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری؛ تهران: دانشگاه شهید مدرس، ۱۳۹۵.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ حقوق اموال؛ ج ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰.
- جعفری، نصرالله و سیدمرتضی شهیدی؛ «بازپژوهی فقهی حقوقی ماهیت اوراق سهام و قرارداد واگذاری آن»، دوفصلنامه عملی پژوهشی تحقیقات مالی اسلامی؛ ش ۹، پاییز ۱۳۹۴، ص ۳۷-۶۴.
- چراغی، رضا؛ «حقوق مالیاتی و ماهیت حقوقی سهام شرکت‌ها»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی؛ ش ۴، زمستان ۱۳۹۸، ص ۵۹۹-۶۱۶.
- حزّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعة؛ ج ۱۷، ۱۸ و ۱۹، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۹ق.
- حکیم، سیدمحسن؛ مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱۴، قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق.
- خامنه‌ای، سیدعلی؛ رساله آموزشی؛ ج ۲، چ ۳، تهران: نشر فقه روز وابسته به انتشارات انقلاب اسلامی، ۱۳۹۳.
- خامنه‌ای، سیدعلی؛ أجوبة الاستفتاءات؛ قم: دفتر معظم‌له، ۱۴۲۴ق.
- خمینی، سیدروح‌الله؛ استفتاءات؛ ج ۲، چ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ق.
- خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریر الوسیلة؛ ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، [بی‌تا].
- خمینی، سیدروح‌الله؛ توضیح المسائل مراجع؛ ج ۲، چ ۸، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ق.
- خمینی، سیدروح‌الله؛ کتاب‌البیع؛ ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
- درایتی، حمید؛ تقریرات درس خارج فقه؛ ۱۴۰۰؛ مندرج در:
- <http://www.eshia.ir/feqh/archive/mashhad/schools>.
- روحانی، سیدصادق؛ منهاج‌الفقاهة؛ ج ۳، چ ۵، قم: أنوارالهدی، ۱۴۲۹ق.
- ستوده تهرانی، حسن؛ حقوق تجارت؛ تهران: دادگستر، ۱۳۸۸.
- سیستانی، سیدعلی؛ آشنایی با بازار بورس و سایر بازارهای جهانی و بعضی از احکام فقهی مرتبط با آنها، مطابق فتاوی‌ای آیت‌الله سیستانی؛ مشهد: دفتر معظم‌له، [بی‌تا].
- سیستانی، سیدعلی؛ توضیح المسائل جامع؛ ج ۳ و ۴، مشهد: دفتر معظم‌له، ۱۴۰۳ق.
- سیستانی، سیدعلی؛ منهاج‌الصالحین؛ ج ۵، قم: دفتر معظم‌له، ۱۴۱۷ق.
- عبدی‌پور، ابراهیم؛ مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت؛ تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۱.

## پیش نیازهای لازم در تحلیل ماهیت سهام، مبانی تحلیل و بررسی اجمالی ایده‌های قابل ارائه

غمامی، مجید و مریم ابراهیمی؛ «ماهیت حقوقی سهام پذیرفته‌شده در بورس»، مطالعات حقوق تطبیقی؛ ش ۴، پاییز ۱۳۹۱، ص ۱۲۷-۱۴۵.

فاضل لنکرانی، محمد؛ تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - المضاربة، الشركة...؛ قم: مرکز فقه ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۵ ق.

کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها؛ تهران: شرکت انتشار، ۱۳۷۱.

کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات؛ تهران: یلدا، ۱۳۷۴.

کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت؛ تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۸.

کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین؛ تهران: کتابخانه دانش، ۱۳۷۳.

کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی، ج ۱، چ ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

منتظری، حسینعلی؛ کتاب الزکاة؛ ج ۱، چ ۲، قم: مرکز جهانی مطالعات اسلامی، ۱۴۰۹ ق.

موسویان، سیدعباس، حسین حسن‌زاده و هاشم نیکومرام؛ «تحلیل سهام عادی شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار تهران در جایگاه مبیع در عقد بیع بر اساس فقه امامیه»، تحقیقات مالی اسلامی؛ ش ۷، پاییز ۱۳۹۳، ص ۴۴-۵.

نائینی، میرزا محمدحسین؛ منیة الطالب فی حاشیة المکاسب؛ ج ۱، تهران: المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.

نجفی، محمدحسن؛ جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۱۶، چ ۷، لبنان: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

نعمت‌اللهی، اسماعیل؛ «تحلیل فقهی حق عینی و حق دینی و مفاهیم مرتبط»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۳، پاییز ۱۳۹۰، ص ۱۰۹-۱۳۲.

ها - جون‌چانگ؛ نیکوکاران بدطینت؛ ترجمه عادل پیغامی؛ تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۵.

یزدی، سیدمحمدکاظم؛ العروة الوثقی مع التعليقات؛ ج ۲، قم: مدرسة علی بن ابیطالب (ع)، ۱۴۲۸ ق.

یزدی، سیدمحمدکاظم؛ العروة الوثقی؛ ج ۲، چ ۲، لبنان: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.

یزدی، سیدمحمدکاظم؛ العروة الوثقی و التعليقات علیها؛ ج ۱۵، قم: مؤسسة السبطين (ع) العالمیه، ۱۳۸۸ ق.



## Contents

### **The Nature and Basis of the Orderer's Responsibility against the Destroyer Owner from the Viewpoint of Imami Jurisprudence**

Mohammad Salehimazandarani, Esmacel Nematollahi & Mohammad Kord Firozjaei ..... 5

### **The possibility of reviewing and revising arbitration decisions**

Hosein Houshmand, Hosein Salimzadeh, Ahmad Ehsanifar & Hojjat Mobayen ..... 35

### **Social justice as a fundamental legal principle in Islamic government based on the thought of Martyr Sadr and Ayatollah Khamenei**

Mohammad Javad Javid & Jamal Rahimian ..... 75

### **Requirements for the favorable transfer of the government in the legal system of the Islamic Republic of Iran**

Fatemeh Zaboli Zavareh, Alireza Dabirneya & Soudeh Shamloo ..... 105

### **Criticism on note one of Article 508 I.P.C In light of the Transparency of Law Principle**

Mohammad Jafar Sadegh Pour & Zeinab Sharifimara ..... 147

### **Necessary prerequisites in analyzing the nature of shares, the basics of analysis and an overview of the presented ideas**

Seyed Abbas Diyanat-Moghaddam & Ali Nemati ..... 181





IN THE NAME of GOD  
Vol.22 / No.86 / Autumn 2025  
A Quarterly Journal

# Islamic Law

**Proprietor:** Ali-Akbar Rashad  
**Managing Director:** Ali-Akbar Rashad  
**Editor-in-Chief:** Mahmoud Hekmatnia  
**Editorial Board Members:**

**Najadali Almasi;** Professor, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. / **Alireza Barikloo;** Professor, Department of Private Law, Farabi Faculty, University of Tehran, Qom, Iran. / **Ahmad Haji Deh Abadi;** Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran. / **Ali Akbar Rashad;** Professor, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), Tehran, Iran. / **Abdolhossein Shirovi;** Professor of Private Law, Qom Campus, University of Tehran, Iran. / **Abolghasem Alidoust;** Professor, Department of Fiqh and Law, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), and Professor of Fiqh and Usul, Qom Seminary, Iran. / **Ebrahim Abdipourfard;** Professor, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran. / **Jalil Qanavati;** Associate Professor of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran. / **Ali Mohammadi Jorkouyeh;** Associate Professor, Department of Fiqh and Law, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), Qom, Iran. / **Farajollah Hedayatnia Ganji;** Professor, Department of Fiqh and Law, Research Institute for Islamic Culture and Thought (IICT), Qom, Iran.

## **International Editorial Board Members:**

**Nabil Mahdi Al-Subhawi;** Professor, University of Pennsylvania., **Mohammad Jasim Mohammad Al-Atabi;** Professor, University of Thi-Qar, Iraq.

## **Journal Address:**

**Tehran Office:** No. 2, Pazhoohehshgah St., Ahmad Ghasir St., Shahid Beheshti St., Tehran, Iran

**Phone:** +98 21 88734863 ext. 4

**Qom Office:** Shahid Meisami St., 15 Khordad Blvd., Qom, Iran, **Phone:** +98 25 37603569

**Fax:** +98 25 37602997

**Postal Code:** 15911-15146

**Email:** hoquq@iict.ac.ir

**Website:** <https://hoquq.iict.ac.ir>