

Journal of Islamic Law Research

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

A Conceptual and Foundational Analysis of the 'Deemed Contract' in Islamic Law and the Iranian Legal System

Authors: Seyyed Mostafa Sa'adat Mostafavi | Atefeh Zabihi Bidgoli

Stable URL: <https://doi.org/10.30497/law.2025.247404.3668>

تحلیل مفهومی و مبنایی «قرارداد حکمی» در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران

نویسندگان: سیدمصطفی سعادت مصطفوی | عاطفه ذیحی بیدگلی

پیوند دائمی: <https://doi.org/10.30497/law.2025.247404.3668>

Copyright 2025 The Author(s).

Published by *Imam Sadiq University*, Tehran, Iran.

This work is fully Open Access under the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license, allowing non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited and not modified. *Islamic Law Research* strictly follows the ethical guidelines of the Committee on Publication Ethics (COPE), which all readers, authors, reviewers, and editors are expected to observe and uphold.



A Conceptual and Foundational Analysis of the 'Deemed Contract' in Islamic Law and the Iranian Legal System

Seyyed Mostafa Sa'adat Mostafavi • Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. m.mostafavi@isu.ac.ir

Atefeh Zabihi Bidgoli • Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) a.zabihi@atu.ac.ir

Abstract

1. Introduction

The concept of a “deemed contract” has emerged from instances where the legislator, departing from the conventional requirement of mutual consent, imposes the effects of a contractual relationship upon parties that may never have intended to enter into such a contract. This phenomenon operates in two distinct scenarios, both evident in Islamic jurisprudence and Iranian law: first, when an existing contract terminates – through expiration of its term, rescission, or other legal grounds – yet the legislator continues to apply the contractual effects beyond the point of termination; and second, when no actual agreement exists but a contractual relationship is artificially imposed by legal mandate. In both situations, the legislative intervention overlays a “deemed contract” upon an “underlying relationship” that may have neither the formal structure nor the voluntariness of an authentic contract.

From a theoretical standpoint, the notion of deemed contracts stands in tension with the principle of autonomy of will, a cornerstone of contractual theory in both Islamic and Iranian legal systems. The premise that a contract's legitimacy and consequences are derived from the agreement of the parties would seem to leave little room for the legislator to create contractual obligations unilaterally. Nonetheless, historical and contemporary legal sources do evidence legislative practices by which these obligations are artificially continued – or deemed to exist anew – despite the absence of explicit or continuing consent. This suggests a countervailing principle whereby the legal system permits or even requires the preservation or creation of contractual



effects in order to serve broader social objectives, safeguard public interests, or protect the rights of vulnerable parties.

2. Research Question

Against this backdrop, the central research question of the study is as follows: What are the conceptual foundations, justifications, and legal mechanisms that allow the legislator to impose a deemed contract on an existing or a non-existent contractual relationship, and how does this legislative intervention reconcile with established principles of autonomy of will in Islamic and Iranian contract law?

This question seeks to bridge the theoretical gap between the foundational emphasis on mutual consent in Islamic legal doctrine and the practical phenomenon where contractual effects arise in the absence of a bona fide agreement. By pinpointing the rationale, scope, and operation of deemed contracts, the research aims to elucidate whether they represent a necessary exception to the principle of autonomy of will or an overreach that risks undermining parties' freedom to structure their relationships.

3. Research Hypothesis

Based on preliminary observations of legal texts and juristic opinions, this study posits the following hypothesis: Deemed contracts in Islamic law and the Iranian legal system are legitimized by jurisprudential and statutory principles that permit the extension or imposition of contractual effects in pursuit of broader legal objectives, such as preserving social welfare, upholding fairness, and ensuring legal certainty. This hypothesis suggests that, while the core principle of contractual autonomy remains intact, there exist recognized exceptions whereby the legislator's overriding will is used to preserve or create legal outcomes that promote societal or individual interests.

4. Methodology & Framework, if Applicable

The research follows a doctrinal methodology, engaging in an in-depth examination of primary sources of Islamic law (the Qur'an, Sunnah, and authoritative juristic treatises) alongside the key provisions of Iranian legislative texts and relevant judicial precedents. This analysis is complemented by an inductive approach, starting with concrete examples of deemed contracts across different statutory contexts, and gradually extracting the underlying legal principles and theoretical justifications.

The framework of the study can be outlined in several stages:

Conceptual Clarification: Identification and classification of the various forms of deemed contracts, drawing on both classical Islamic jurisprudence and modern Iranian law.

Jurisprudential Foundations: Exploration of the legal maxims and jurisprudential arguments (e.g., necessity, prevention of harm, or public

interest) that may authorize or mandate the creation or continuation of contractual effects in the absence of genuine agreement.

Legislative and Judicial Analysis: Systematic review of statutory provisions and relevant court decisions to illustrate how and under what conditions deemed contracts have been recognized and enforced.

Comparative Evaluation: Where useful, references to parallel doctrines in other legal systems may be employed to highlight the universal or unique aspects of Iran's legislative approach in the context of Islamic legal principles.

5. Results & Discussion

The core results of this study illustrate that the notion of a deemed contract is not merely an exceptional or ad hoc legal construct but rather a concept with solid jurisprudential underpinnings that has been systematically recognized and applied in both Islamic and Iranian law. Through examining various legislative instances and scrutinizing relevant jurisprudential texts, it becomes clear that there is a consistent pattern of legal reasoning by which legislators and jurists justify the imposition of contractual effects on relationships that lack the conventional hallmarks of consent and mutual intention.

A key insight gleaned from the analysis is that deemed contracts can arise under two main circumstances: (i) when an actual contract has ceased due to rescission or expiration, yet legal effects are prolonged by the legislator; and (ii) when no authentic agreement has been concluded, yet the legislator fabricates a contractual relationship. In either case, the pivotal aspect lies in the legislator's perceived need to achieve certain legal or societal objectives – such as protecting public order, preventing harm, or safeguarding third-party interests – even at the cost of overriding party autonomy.

From a jurisprudential standpoint, the study identifies six principal foundations that are instrumental in justifying a deemed contract. These include reliance on appearance, equity and justice, the rule of no-harm [La-zarar], public order, the principle of Ta'zeer (understood here in a civil liability context), and public interest [Maslaha]. Collectively, these foundations highlight the multifaceted manner in which legal systems balance the principle of autonomy with broader concerns about fairness, social stability, and the protection of rights. For instance, reliance on appearance often emerges when third parties justifiably assume that a transactional arrangement continues to exist, thereby preventing unjust outcomes. Similarly, the rule of no-harm [La-zarar] and equity considerations come into play when abruptly terminating or refusing to recognize a contractual effect would result in disproportionate injustice or damage.

These findings underscore the functional role of deemed contracts as a protective mechanism. Rather than abandoning parties to the potential injustices that can arise from doctrinal rigidity, legislators employ the device of a deemed

contract to ensure a more balanced outcome. However, one potential concern identified is the risk of overreaching by the legislator, wherein continual reliance on deemed contracts may erode the fundamental principle of party autonomy. The study posits that a prudent approach would involve legislative intervention only when the social or individual welfare at stake is sufficiently compelling.

6. Conclusion

The concluding observations of this research affirm that deemed contracts, rooted in established jurisprudential and statutory principles, serve as more than isolated legal anomalies. Instead, they constitute a recurring doctrinal rule in Islamic law and the Iranian legal system, wherein the legislator, guided by various jurisprudential bases, extends contractual effects to scenarios lacking the usual consensual framework. In many instances, the legislator's ruling is premised on criteria of sufficient breadth and generality to qualify as a legal rule—an overarching standard that can be invoked in a range of circumstances to protect or advance societal and individual interests.

The evidence presented shows that the deemed contract meets the characteristics of a general legal rule: it possesses a binding force across cases, underscores an orderly social fabric, and is supported by an array of authoritative foundations. Among these foundations are reliance on appearance (ensuring that third-party assumptions are not undermined), equity and justice (aligning outcomes with principles of fairness), no-harm principle [La-zarar] (averting harm and ensuring proportional responses to wrongdoing), public order (maintaining societal stability), Ta'zeer (in its broad sense of enforcing liability for harmful conduct), and the principle of public interest [Maslaha]. Each of these conceptual underpinnings has sufficient explanatory power to justify transforming a non-contractual or expired contractual relationship into a deemed contract when the circumstances demand it.

Additionally, the study highlights that the legislator's imposition of a deemed contract is most defensible when it aligns with these core jurisprudential justifications—namely, promoting fairness, preventing harm, preserving social order, and upholding the legitimate expectations of third parties. Where these objectives are absent or tangential, reliance on a deemed contract is more likely to conflict with the foundational premise of free will and consent that animates contract law generally.

Keywords: Actual Contract, Deemed Contract, Legal Presumption, Public Order.

تحلیل مفهومی و مبانی «قرارداد حکمی» در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران

سیدمصطفی سعادت مصطفوی • دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق

m.mostafavi@isu.ac.ir

علیه‌السلام، تهران، ایران.

عاطفه ذبیحی بیدگلی • استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه علامه

a.zabih@atu.ac.ir

طباطبائی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

چکیده

مطابق با قواعد عمومی قراردادها، رابطه اصحاب قرارداد بر پایه اراده ایشان شکل می‌گیرد و هر قرارداد صرفاً زمانی طرفین خود را ملزم و ملتزم به مفاد خود می‌نماید که اراده صحیح متعاقدين در تشکیل و تداوم آن قرارداد دخالت داشته باشد؛ خواه به اصالت یا نیابت. با این همه، در منابع فقهی و حقوقی در مواردی چند مشاهده می‌شود که در بیان احکام ناظر به برخی اعمال حقوقی، از تعبیر «در حکم...» استفاده شده است که حاکی از ترتب آثار نهاد حقوقی دیگر بر موضوعی، خلاف اراده و مفاد تراضی طرفین آن است؛ درحالی‌که به لحاظ مفهومی، ماهیت دوم دقیقاً منطبق بر نهاد مذکور نیست تا به حسب قاعده و به تبع تطبیق دایره موضوعی آنها، بتوان آن دو را در احکام و آثار مشترک دانست. به عبارت دیگر، قانونگذار بر خلاف اراده حقیقی طرفین، وجود قرارداد را فرض نموده و ماهیتی قراردادی را در حکم ماهیتی دیگر دانسته و آثار ماهیت دوم را بر اولی مترتب ساخته است. پژوهش حاضر با روش توصیفی تحلیلی در صدد بررسی مفهوم و مبانی این شیوه عملی قانونگذار و شارح در حقوق قراردادها، تحت عنوان ابداعی «قرارداد حکمی» است، که حسب مورد هم در فرض نبود رابطه قراردادی و هم در فرض انحلال رابطه قراردادی قابل تصور است. مبتنی بر یافته‌های پژوهش، به‌قرینه احراز قواعدی شامل عمل به‌ظاهر، انصاف و عدالت، قاعده لاضرر، نظم عمومی، قاعده تعزیر و مصلحت، به‌عنوان مبانی قرارداد حکمی، قاعده توسط قانونگذار یا دادرس قابل اعمال خواهد بود.

واژگان کلیدی: قرارداد واقعی، قرارداد حکمی، فرض حقوقی، نظم عمومی.



مقدمه

به لحاظ قواعد عمومی حاکم بر معاملات، تعهدات قراردادی بر پایه قصد طرفین و مفاد تراضی تعیین می‌شود. در عین حال، در مواردی این قاعده نادیده انگاشته می‌شود و قانون‌گذار برخلاف اراده حقیقی طرفین، وجود قرارداد را فرض می‌کند و ماهیتی قراردادی را در حکم ماهیت دیگر می‌داند و آثار ماهیت دوم را بر اولی مترتب می‌سازد. «در حکم یک قرارداد» پنداشتن رابطه‌ای حقوقی در دو فرض امکان‌پذیر است که برای هر یک، مثال‌هایی در منابع فقهی و حقوقی به قرار زیر گفتنی است.

الف. برخی مصادیق قرارداد حکمی ناظر به مواردی است که قرارداد موجود میان طرفین به دلایل مختلفی از قبیل فسخ، اتمام مدت و... منحل شده و در عین حال، قانون‌گذار همچنان آثار و احکام قرارداد مزبور را بر رابطه قراردادی منحل‌شده جاری کرده است.

ب. گروه دوم ناظر به مواردی است که قانون‌گذار وجود رابطه‌ای قراردادی میان طرفین را اعتبار و آثار قراردادی را بر رابطه طرفین قرارداد حاکم کرده است در حالی که به واقع، هیچ‌گونه توافق ارادی میان طرفین بر انعقاد قرارداد خاص مدنظر قانون‌گذار وجود ندارد.

نظر به اینکه عنوان قرارداد حکمی در دو فرض مزبور محقق می‌شود، رابطه حقیقی میان طرفین در این پژوهش، تحت عنوان رابطه پایه یاد می‌شود.

با توجه به اینکه هدف پژوهش حاضر، بررسی مفهوم و مبانی این شیوه عملی قانون‌گذار و شارع در حقوق قراردادهای تحت عنوان ابداعی «قرارداد حکمی» است، در راستای امکان شناسایی قاعده در حقوق ایران از طریق بررسی مصادیق تحقق قرارداد حکمی در فقه و حقوق داخلی (بررسی ماهیت و آثار مصادیق احتمالی)، مصادیق قرارداد حکمی در مواد قانونی و احکام فقهی به حسب نوع رابطه پایه در دو قسم عمده مورد بررسی قرار گرفته است که به خاطر اندک بودن مجال در یک مقاله، امکان بیان تفصیلی آن‌ها میسر نمی‌شود، اما از ماحصل بررسی‌ها، مؤلفه‌هایی استخراج شده است که در ادامه با بیان آن‌ها دایره موضوعی بحث روشن خواهد شد.

منال هر یک از مصادیق دو گروه یادشده را می‌توان مشتعل بر موارد زیر دانست.

الف. عناوین بررسی‌شده در گروه نخست شامل مواردی از قبیل «انحلال عقد وکالت، ابقای برخی از آثار عقد نکاح پس از انحلال تا پایان عده رجعی، فسخ مزارعه بعد از ظهور ثمره، در حکم ضامن بودن محال‌علیه بری و فرض بقای زوجیت در طلاق مریض منجر به موت، تحدید

اختیارات یا عزل قائم‌مقام تجارتي تا پیش از اعلان، شروط ضمن عقد مستقل، قراردادهای تجزیه‌پذیر و توافق ضمنی طرفین عقد منحل‌شده بر ابقای آثار قراردادی و درنهایت، شروط تحمیلی» است که از میان قوانین و مقررات بررسی‌شده در این گروه، تنها فرض انحلال قرارداد پایه، فرض ضامن بودن محال‌علیه بری، ابقای برخی از آثار رابطه زوجیت بر طلاق مریض نزدیک به موت، فرض اعتبار نمایندگی ظاهری قائم‌مقام تجاری در حمایت از ثالث و فرض عدم اعتبار شروط تحمیلی یا غیرمنصفانه به‌عنوان مصادیق قرارداد حکمی به لحاظ مفهومی کاملاً منطبق با آن دانسته شد.

ب. مصادیق قابل بررسی در گروه دوم شامل مواردی مانند کفالت و فرض اعتبار اعمال شرکت‌های تجاری و صلح قهری به‌عنوان راهکار حل تنازع و قراردادهای الحاقی است. در قوانین و مقررات بررسی‌شده در این گروه، یعنی در فرضی که رابطه پایه، ماهیت قراردادی نداشته باشد، این نتیجه حاصل شد که همه مصادیق بررسی‌شده مبتنی بر اسلوب حکومت است و می‌تواند از مصادیق قرارداد حکمی در فرضی که رابطه پایه فاقد مبنای قراردادی است، دانسته شود.

نظر به احراز مصادیق یادشده برای قرارداد حکمی و با توجه به اینکه این رویه در عمل در مقام تقنین مورد استفاده قانون‌گذار قرار گرفته است و مصادیق آن در قوانین مختلف مشاهده می‌شود، تعیین ماهیت، گستره و مبنای آن ضرورت می‌یابد. در پی تعیین مبنای، این امکان پدید خواهد آمد که در مواضعی که مبنای صحیحی برای فرض قرارداد حکمی از سوی قانون‌گذار وجود داشته باشد، اراده قانون‌گذار بر رابطه حقیقی و ارادی طرفین تحمیل و آثار ماهیت دیگر بر رابطه حقیقی به حکم الزام قانون‌گذار مترتب شود. بدین منظور، پژوهش حاضر پس از تعریف قرارداد حکمی و تبیین مؤلفه‌های مفهومی آن، به بررسی مبنای احتمالی برای فرض قانون‌گذار و مداخله او خلاف توافقات ارادی طرفین رابطه پایه پرداخته است.

۱. تبیین مفهومی عنوان قرارداد حکمی

در ارتباط با فرض «در حکم دیگری بودن» قراردادها - که در لسان فقها و حقوق‌دانان به کار رفته و در برخی موضوعات از قبیل در حکم زوجه بودن معتد رجعی به کرات استفاده شده و حتی در بند ۲ ماده ۸ قانون امور حسبی در بحث صلاحیت دادرسی مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته،

یکی از پرسش‌های اساسی، جریان عنوان اصولی «حکومت» در این باب و شرایط آن است. براین اساس، در تبیین مفهوم و مصادیق قرارداد حکمی در حقوق داخلی، نخستین گام، تبیین رابطه قرارداد حکمی نسبت به قاعده اصولی حکومت است.

در حکومت^۱، یکی از دو دلیل لفظی در دیگری تصرف و با نظارت بر آن، موضوع (یا محمول آن) را در عالم تشریح به صورت ضمنی تفسیر و آن را تضییق می‌کند یا توسعه می‌دهد (انصاری، ۱۴۱۹ق، ص. ۷۵۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸ق، ص. ۵۳) و ارتفاع موضوع یا حکم در حکومت نیز جعلی و تنزیلی است. مثال متداول حکومت، دو دلیل «لاشک فی النافله» و «متی شککت خذ بالاکثر» بیان شده که دلیل نخست، دلیل حاکم و متفرع بر دلیل محکوم است؛ به گونه‌ای که اگر دلیل محکوم نباشد، وجود آن لغو خواهد بود. در مقام تعریف، دلیل حاکم، دلیلی است که تعبداً بر دلیل دیگر نظارت دارد و درصدد بیان و تفسیر یا تنزیل ادعایی آن است (مظفر، ۱۳۷۵، ج ۲، ص. ۲۲۲).

رویه قانون‌گذار مبتنی بر تعریف بالا در تحمیل رابطه قراردادی بر رابطه میان طرفین برخلاف اراده طرفین که منطبق بر قاعده اصولی حکومت است، در مواد قانونی مختلف از قبیل وکالت حکمی (ماده ۶۸۰ قانون مدنی)، کفالت قهری (ماده ۷۴۵ قانون مدنی)، فرض اعتبار اعمال شرکت‌های تجاری (مواد ۹۵ و ۲۲۰ قانون تجارت، ماده ۲۱۰ لایحه اصلاحی و...)، ضامن بودن محال علیه بری (ماده ۷۲۷ قانون مدنی)، ابقای برخی از آثار رابطه زوجیت بر طلاق مریض (ماده ۹۴۴ قانون مدنی)، فرض اعتبار نمایندگی ظاهری قائم مقام تجاری در حمایت از شخص ثالث (ماده ۳۹۶ قانون تجارت) و فرض عدم اعتبار شروط تحمیلی یا شروط غیرمنصفانه (قانون نحوه اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی (بند ط ماده ۴۵) موسوم به قانون خصوصی سازی یا قانون موافقت‌نامه حمل و نقل هوایی بین دولت ایران و تونس مصوب ۱۳۸۶) و... مشاهده می‌شود.

با توجه به مصادیق یادشده در قوانین موضوعه که از آنها تحت عنوان قرارداد حکمی یاد می‌شود، مؤلفه‌های تعریف مفهوم قرارداد حکمی را باید شامل موارد زیر دانست.

۱. حکومت و ورود از جمله روش‌های جمع میان ادله در بحث تعادل و تراجیح در اصول فقه امامیه است که از نوآوری‌های شیخ انصاری دانسته شده است (تبریزی، ۱۳۶۹، ص. ۵۸۸؛ مخلصی، ۱۳۷۳) و بر اساس آن، دلیل حاکم یا وارد همواره بر دلیل دیگر مقدم خواهد بود و از این رو هیچ‌گونه تعارضی میان آنها وجود ندارد.

۱. قرارداد حکمی، تحدید اراده افراد و تحمیل آثار قرارداد بر ایشان با تعبد به حکم قانون‌گذار است. اقدام قانون‌گذار تنها ناظر به شناسایی قرارداد خاص از سوی وی و تحمیل آثار قانونی همان قرارداد است.
۲. رابطه حقوقی پایه که قانون‌گذار آن را در حکم قرارداد دیگر فرض می‌کند، اعم از رابطه حقوقی قراردادی (وکالت حکمی) و غیرقراردادی (کفالت حکمی) است.
۳. میان طرفین رابطه پایه، نه به حمل اولی و نه به حمل شایع صناعی به گونه‌ای که منطبق با دایره مفهومی قرارداد حکمی و تحمیلی باشد، رابطه حقوقی قراردادی حقیقی و ارادی وجود ندارد (با اساساً رابطه قراردادی شکل نگرفته یا در فرض انعقاد نیز این رابطه به اراده متعاملان منحل شده است).
۴. در تمام مصادیق قرارداد حکمی اساساً مقتضی برای حدوث یا بقای قرارداد (اراده متعاقدان وجود ندارد) مفقود است و قانون‌گذار به موجب دلیلی، قرارداد اصالتاً و حقیقتاً مفقود را موجود و واجد اعتبار حقوقی فرض می‌کند.
۵. مبنای شناسایی قرارداد حکمی اعم از مصالح شخصی و نوعی اطراف آن، افراد دیگر یا مصالح عامه است (صرفاً حمایت از ثالث یا حسن نیت نیست).
۶. به لحاظ ماهیت، قرارداد حکمی وضعیت حقوقی است نه ضمانت اجرا.
۷. قرارداد حکمی ناظر به شناسایی قرارداد و فرض قانون‌گذار و از امور حکمی است و تحت عناوین تفسیر قرارداد (به معنای زدودن ابهام قرارداد با کشف اراده متعاقدان نه از قسم حکومت تفسیری)، تعدیل (اتخاذ راه‌حل جدید در اجرای قرارداد به حسب شرایط حادث)، تغییر قرارداد (حاکم کردن مصالح و اقتضائات عرفی بر اراده طرفین نسبت به مفاد قرارداد)، تکمیل قرارداد (استمداد از عرف و قانون در مواضع سکوت قرارداد)، اثبات قرارداد (احراز وقوع و مضمون شرایط قرارداد) و توصیف قرارداد (تطبیق مصداق واقع شده با مفاد قانونی) ناظر به رابطه حقوقی پایه قرار نمی‌گیرد (علوم یزدی، ۱۳۸۹، صص. ۲۲۵-۲۳۳).
۸. آثار قرارداد حکمی بر طرفین رابطه پایه، محدود به اراده قانون‌گذار و حدود نظارت دلیل حاکم است. همچنین، شناسایی قرارداد حکمی محدود به بازه زمانی خاصی نیست و مدت به اقتضای شرایط و آثار قرارداد حکمی قابل تعیین است.

۲. بررسی مبانی احتمالی شناسایی قرارداد حکمی در فقه و حقوق

در مقام تبیین گستره اعمال حکومت در موضوعات مختلف حقوقی، ضروری خواهد بود که مبانی عام قواعد فقهی و حقوقی که - به علت خصیصه تحمیلی بودن آنها نسبت به مفاد واقعی قراردادهای منعقد میان افراد - قرار گرفتن آن در ردیف مبانی مصادیق مختلف قرارداد حکمی محتمل است، مورد بررسی قرار گیرد.

آنچه در این پژوهش تحت عنوان مبنای قرارداد حکمی موضوع شناسایی قرار گرفته، مبنا به معنای «چرایی وضع قاعده در راستای شناسایی قرارداد حکمی و تحمیل آثار آن بر رابطه پایه میان طرفین آن» است. در واقع، مجاری اعمال حکومت در فرض ماهیتی غیر از ماهیت حقیقی رابطه پایه، محل بحث است. درحقیقت، چرایی و علت وضع حکم در اینجا به معنای غرض و مصلحتی است که شارع یا قانون‌گذار آن را سبب جعل حکم و وضع قانون قرار داده است؛ به‌گونه‌ای که حکم دائر، مدار تحقق آن باشد. دایره معنایی علت نیز قواعد و اصولی است که می‌توان از آن به‌عنوان مستندات مشروعیت حکم یاد کرد.

درنهایت، در مورد مبانی، این مهم باید مورد توجه باشد که وجود مبنا برای یک قاعده در صورتی مفهوم می‌یابد که نسبت به مصادیق قاعده از وجه شمولیت برخوردار باشد و نسبت به تمام مصادیق و افراد آن قابل تعمیم و تسری باشد. درعین حال، ناظر به ویژگی مزبور، دو نکته باید لحاظ شود.

نخست اینکه، بدیهی است هر ماهیتی ممکن است قابل تقسیم به اقسام مختلف باشد که این اقسام از سویی واجد جنبه اشتراکی هستند که وجود این وجه مشترک، ضامن مشروعیت تقسیم است و درعین حال، وجوه افتراقی میان عناوین تقسیم یکدیگر موجود است که هدف از تقسیم را تأمین می‌کند. براین اساس، در مورد قرارداد حکمی که در دو قسم عمده (فروض قراردادی بودن یا نبودن رابطه پایه) قابل شناسایی دانسته شد، مبانی می‌تواند جزئی یا کلی باشد. بنابراین، معیار شناسایی مبانی قاعده حقوقی نباید وحدت مبنا باشد. درنتیجه، ارزیابی مبانی ناظر به آن نخواهد بود که درنهایت، بتوان به مبنای واحدی دست یافت.

دوم اینکه، با توجه به اینکه مبانی از وصف جزئیت و کلیت برخوردارند، بیان هر مبنا بدین معنا نخواهد بود که لزوماً هر اصل، قاعده و دلیلی که به‌عنوان مبنا معرفی می‌شود، نسبت به تمام مصادیق و به‌نحو عام قابل انطباق باشد؛ توضیح اینکه، برخی از مبانی یادشده خود می‌توانند نسبت

به دیگری مبنای عام تلقی شوند. برای مثال، جریان قواعدی مانند لاضرر، تعزیر و... در مصادیق مختلف، در نهایت، می‌تواند نمایندگی از احقاق عدالت و انصاف کند یا نتیجه مصلحت می‌تواند عدالت به معنای حقیقی باشد.

پیش از ورود به بحث، بیان این نکته لازم است که بدیهی است که هر قرارداد، دست‌کم دو طرف دارد و مبتنی بر قاعده اولیه، توافق طرفین، رضایت ایشان و احقاق عدالت و استیفای حقوق هریک به‌نحو تام باید ملاک قضاوت میان ایشان باشد، اما گاه مصلحت و مبانی اهم وجود دارد که نتیجه آن ممکن است تأمین‌کننده عدالت ظاهری میان اطراف قرارداد نباشد، اما در نگاه کلان، جریان عدالت حقیقی در سطح جامعه را به همراه داشته و از بین‌برنده زمینه ظلم و فساد باشد که تحت عنوان قرارداد حکمی، وجود چنین مبانی‌ای می‌تواند تغییر مفاد قرارداد برخلاف اراده متعاقدان را توجیه و تفسیر کند.

مبانی احتمالی قابل بررسی شامل «عمل به ظاهر، انصاف و عدالت، قاعده لاضرر، نظم عمومی، قاعده تعزیر و مصلحت» است.

۱.۲. نظریه عمل به ظاهر

به‌موجب نظریه عمل به ظاهر، چنانچه شخصی وضعیتی ایجاد کند که اشخاص خارج از ساختمان عنصر حقوقی (اشخاص ثالث) به آن وضعیت ظاهری هرچند خلاف واقع، اعتماد کنند و بر اساس آن، اقدامی انجام دهند، نسبت به آثار و نتایج عنصر حقوقی ظاهری مسئولیت خواهد داشت، اما این اثر محدود به ثالثی است که به‌واسطه عدم اطلاع از حقیقت موضوع، دچار اشتباهی معقول و موجه شده است (لطفی، ۱۳۹۶، ص. ۳۱۶).

برخی مؤلفان حقوقی خاستگاه اصلی اختیار ظاهری را نظام کامن‌لا دانسته و بر این عقیده‌اند که در کشورهای رومی-ژرمنی این نظریه وارد مجموعه قوانین نشده، بلکه تنها رویه قضایی به سمت پذیرش این نظریه حرکت کرده است (امیرمعزی، ۱۳۸۸، ص. ۱۱۲). اعتبار صحت ظاهری در مصادیق مختلف شامل وکالت ظاهری، صحت ظاهری عملیات تجاری و نیز حقوق شرکت‌ها، اقامتگاه ظاهری، اسناد تجاری، حقوق ورشکستگی و... واجد اثر حقوقی است (صقری، ۱۳۹۰، صص. ۹۰-۱۱۴). غالب این موارد ذیل بحث تفسیر قراردادها (اراده ظاهری) و نمایندگی ظاهری قابل بحث است.

یکی از مظاهر بارز نظریه عمل به ظاهر در حقوق کامن‌لا، بحث تفسیر قراردادها و رفع ابهام از قرارداد در صورت بروز اختلاف است. حقوق انگلیس ابتدا متأثر از ترجمه‌ای که از آثار حقوق دانان شهیر فرانسوی در حقوق این کشور صورت گرفته بود، متمایل به اراده باطنی در تفسیر قرارداد بود، اما در پی پیشرفت و صنعتی شدن جوامع و انعقاد قراردادهای بزرگ و پیچیده در سطح اجتماع، این نظریه کم‌کم تعدیل شد تا اینکه قواعدی از قبیل قاعده «Parol Evidence Rule» در حقوق انگلیس پذیرفته شد که در آن، «اگر متن قرارداد کتبی، واضح و روشن باشد، با هیچ قرینه و دلیل خارجی یا شفاهی نمی‌توان مفهوم قرارداد را تغییر داد یا آن را تفسیر کرد» (قشقایی، ۱۳۷۸، ص. ۷۹). براین اساس، اگر شخصی به صورت متعارف بر ظاهری که دیگری ایجاد کرده است، اعتماد کند، شخص ایجادکننده ظاهر نمی‌تواند به خلاف ظاهر استناد کند.

اعتبار اراده ظاهری در بحث تفسیر قراردادها در کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز مشاهده می‌شود که مثال آن، بند ۲ ماده ۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین است که معیار نوعی را در تفسیر الفاظ و اعمال طرفین ملاک قرار داده است. اعمال ماده یادشده ناظر به شرایطی است که اگر شخصی به ظاهر، به طور متعارف و با حسن نیت اعتماد کند، اعتماد وی تحت حمایت این کنوانسیون قرار می‌گیرد. مشابه این مضمون را می‌توان در دیگر اسناد بین‌المللی مانند اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز مشاهده کرد.

نظریه نمایندگی ظاهری ابتدا در رویه قضایی انگلیس مطرح شد و سپس مورد استقبال قضات دیگر کشورها قرار گرفت؛ تا جایی که امروزه در نظام حقوقی انگلیس، نمایندگی ظاهری به صراحت به عنوان یکی از اقسام نمایندگی‌ها، در آثار نویسندگان حقوقی مورد اشاره قرار گرفته (Anson, 1964, p. 525) و تمام حوزه‌های این نظریه و نیز عمده کاربردهای آن پذیرفته شده است.^۱

۱. البته نظریه مشابه دیگری نیز در حقوق انگلیس مطرح بود که قدری نزدیک به نظریه نمایندگی ظاهری دانسته می‌شود و آن، نظریه اثباتی «اطلاع حکمی (Constructive Notice)» است (استادی، ۱۳۸۷، ص. ۷۸).

۲. نمایندگی ظاهری دارای چهار قلمرو اصلی دانسته شده که برخی از آن‌ها رایج و برخی دیگر ناشناخته مانده است. ۱. استفاده از نمایندگی ظاهری به منظور ایجاد اختیار برای نماینده پس از خاتمه رابطه نمایندگی، ۲. استفاده از آن به منظور ایجاد اختیار در جایی که سابقاً اختیار واقعی وجود داشته، اما اصیل، محدودیت یا محدودیت‌هایی ایجاد کرده است که اشخاص ثالث از آن آگاهی ندارند، ۳. استفاده از آن برای ایجاد اختیار در جایی که اختیار سابق وجود ندارد و ۴. استفاده از آن به منظور گسترش و توسعه اختیارات (Sealy & Hooley, 2009, p. 121).

منظور از آن، نمایندگی یا اختیاری است که در آن، اصیل ظاهری با لفظ، فعل یا ترک فعل عمدی یا غیر عمدی، ظاهری را مبنی بر وجود رابطه نمایندگی میان اصیل و نماینده ظاهری ایجاد می‌کند یا اجازه می‌دهد که چنین ظاهری ایجاد شود در حالی که چنین رابطه‌ای به واقع وجود ندارد.

از جمله مصادیق نمایندگی ظاهری در حقوق انگلستان را می‌توان قانون عاملان مصوب ۱۸۸۹ و قانون بیع کالا مصوب ۱۸۹۳ برشمرد. انعکاس نظریه عمل به ظاهر در بحث نمایندگی در اسناد بین‌المللی از جمله کنوانسیون نمایندگی در بیع بین‌المللی کالا نیز قابل مشاهده است.^۱

تئوری نمایندگی ظاهری بر دو عنصر اساسی زیر استوار است.

الف. ایجاد ظهور نمایندگی از سوی اصیل یا نماینده او.

ب. حسن نیت شخص ثالث و عدم تقصیر او در جهل نسبت به واقع.

در نتیجه این نمایندگی ظاهری، تنها اصیل در مقابل شخص ثالث، مسئول تعهدات قراردادی خواهد بود. این در حالی است که در صورت عدم پذیرش نمایندگی ظاهری و حسن نیت، مبنی بر اصل نسبی بودن قرارداد، در صورتی که شخصی بدون هیچ‌گونه مجوزی به عنوان نماینده اقدام کند یا آنکه نماینده قراردادی فراتر از مجوز اعطاشده به وی اقدام کند، اصیل (در صورت عدم تنفیذ اقدامات نماینده) در مورد نخست، هیچ‌گاه مسئول تلقی نمی‌شود و در مورد دوم نیز نسبت به اقداماتی که فراتر از مجوز صورت گرفته است، مسئول نیست (فورمستن، ۱۳۹۴، ص. ۶۹).

در خصوص پذیرش یا عدم پذیرش این نظریه میان نویسندگان حقوقی داخلی تردیدهایی وجود دارد. به عقیده برخی، دست‌کم در برخی موارد و به‌طور استثنایی و عمدتاً از طریق اقتباس از دیگر نظام‌های حقوقی، این نظریه قابل پذیرش دانسته شده (دمرجیلی و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۲۰۲؛ امیری قائم‌مقامی، ۱۳۵۱، ص. ۴۹؛ اسکینی و پورارشده، ۱۳۸۹، ص. ۲۲؛ امینی و عبدی، ۱۳۹۳، صص. ۶۴-۶۸) و در مجموع، چنین اظهار شده است که نهاد نمایندگی ظاهری در نظام حقوقی ایران فاقد مستند خاص قانونی است، اما قابل اصطیاد از طریق استقرا در قوانین مختلف و نیز به استناد اصول حقوقی مانند قاعده ضمان غرور دانسته شده است (استادی، ۱۳۸۷، ص. ۱).

۱. این کنوانسیون در ۳۵ ماده در تاریخ ۱۷ فوریه ۱۹۸۳ در ژنو به امضا و تصویب رسید و در ماده ۱۹ خود بیان می‌دارد «ختم یا فسخ اختیار نماینده نباید بر حقوق اشخاص ثالث اثر گذارد مگر اینکه از فسخ یا وقایعی که سبب فسخ باشد، آگاه شود یا از اوضاع و احوال برآید که ثالث باید از ختم اختیار آگاه باشد» (خسروانجم، ۱۳۹۰، ص. ۲۶).

از دیدگاه قائلان مزبور، مواد قانونی متعددی از قبیل ماده ۶۸۰ قانون مدنی، ماده ۳۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، مواد ۵۱۰، ۳۹۶، ۳۹۷ و ۳۹۹ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، مواد ۱۱۸ و ۱۳۵ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، ماده ۹۲ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶، ماده ۳ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ و بند ۲ ماده ۲ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴، قابلیت تحلیل و تفسیر بر اساس نظریه نمایندگی ظاهری را دارند. نظر به اینکه مبنای یادشده در حقوق داخلی در عمل مورد شناسایی قانون‌گذار قرار گرفته است، می‌توان این ملاک را به‌عنوان یکی از مبانی تحمیل رابطه قراردادی بر روابط پایه طرفین در مواردی که چنین ظاهری شکل گرفته است، برشمرد؛ اعم از اینکه رابطه پایه، قراردادی باشد یا غیرقراردادی.

۲.۲. عدالت و انصاف

اصل انصاف را باید از جمله سازوکارهایی برشمرد که محاکم انصاف به کمک آن و با توجه به ملاحظات اصل حسن نیت، در راستای تعدیل انعطاف‌ناپذیری و خشکی اولیه حقوق انگلیس‌گام برداشته‌اند. این اصل هم پیش و هم پس از ادغام دادگاه‌های انصاف و حقوقی در این کشور، از تأثیر مهمی بر استدلال و تجزیه و تحلیل حقوقی برخوردار بوده و همواره قطبی قوی میان دکترین به شمار رفته و ارزش آن نیز پیوسته در این نظام حقوقی رو به افزایش بوده است. هدف از انصاف در حقوق انگلستان، جلوگیری از رفتار غیرمنصفانه و به‌طورکلی، به معنای تفکر مبتنی بر رفتار یکسان با دو طرف دعوی دانسته شده است (عادل، ۱۳۸۹، ص. ۱۸۲).

ضرورت کاربرد این اصل به اذعان یکی از مفسران حقوق این دانسته شده است که «به‌رغم اغراقی که در خصوص پیروی از مفهوم آزادی مطلق قراردادی صورت می‌پذیرد، به‌طور روزمره علیه توافقات ناعادلانه، غیرمنصفانه، نامعقول و ظالمانه رأی صادر می‌شود» (آدامز و براونزورد، ۱۳۸۶، ص. ۱۸۱).

در مورد معنای انصاف اختلاف نظر وجود دارد و ارائه تعریف روشن از آن امکان‌پذیر نیست، اما با توجه به نقش محوری آن در حقوق، دو نقش عمده برای آن بیان شده است. ۱. نقش اصلاح قراردادهای که با رعایت دیگر قواعد، قرارداد سخت و بی‌روح را با موضوع مستحدثه منطبق و آن را تعدیل می‌کند. ۲. نقش تکمیل قراردادهای ناقص که غرض نهایی در هر دو نقش، تحقق عدالت

است (انصاری، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۵).

این قواعد که تحت عنوان مکسیم^۱ از آن‌ها یاد می‌شود، در کتاب‌های حقوقی در قالب ۱۵ قاعده شماره‌شده است (عادل، ۱۳۸۹، صص. ۱۸۳-۱۸۴):

۱. کسی که از انصاف کمک می‌خواهد، باید خود منصفانه عمل کند، ۲.
- کسانی که به انصاف مراجعه می‌کنند، باید دست‌های پاک داشته باشند، ۳.
- تأخیر، انصاف را زایل می‌کند، ۴. دستورات انصاف بر اشخاص اعمال می‌شود، ۵. انصاف عمل خطا را بدون جبران نمی‌گذارد، ۶. انصاف آنچه را که باید انجام شود، انجام‌شده تلقی می‌کند، ۷. انصاف به قصد اشخاص توجه دارد تا به عنوان (شکل) اسناد، ۸. انصاف بنا را بر قصد انجام دادن تعهد می‌گذارد، ۹. انصاف یعنی برابری، ۱۰. انصاف دنباله‌روی حقوق است، ۱۱.
- در موارد برابری دو انصاف، حقوق (کامن‌لا) حاکم خواهد شد، ۱۲. زمانی که دو انصاف یکسان باشند، انصاف مقدم، حاکم خواهد شد، ۱۳. انصاف قرارداد غیرمنصفانه را تنفیذ نمی‌کند، ۱۴. انصاف ضبط وثیقه در رهن را نمی‌پسندد و ۱۵. انصاف پرداخت‌کننده از روی تبرع را مساعدت نمی‌کند»^۲.

برخلاف «اصل انصاف» در حقوق انگلستان که از انعطاف بیشتری برخوردار است، «قاعده عدالت» در فقه (که مشروعیت آن به‌عنوان مبنای وضع قانون محل تردید جدی نزد فقهاست) بیشتر ناظر به مداخله از باب احقاق حق و ایصال حق به صاحب آن و جلوگیری از بروز رفتار غیرمعقول و ظالمانه است. از این رو این قاعده به‌تنهایی دایره معنایی اصل انصاف را پوشش نمی‌دهد.

در مورد قاعده‌ای با عنوان عدالت، از حریمی در پر کردن منطقه‌الفراغ که نباید از آن تخطی کرد، یاد شده است. در زمینه دامنه استعمال این قاعده چنین تعبیر شده است که:

«قواعد فقهی دوگونه است. آنچه معیار و میزان استنباط است و آنچه به‌سان

1. Maxims

2. <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100141673>

کلی است که فروعی در خود دارد و در تطبیق مفید است. ممکن است از دو واژه «اصولیه و فرعیه» در کلام شهید اول نیز بتوان این معنا را استظهار کرد. در این تلقی، عدالت میزان و معیاری برای فقاہت و استنباط است و تمام برداشت‌های فقهی و فتاوا باید با آن سنجیده شود» (مهریزی، ۱۳۸۸، ص. ۱۲۱).

در این راستا، نتیجه جواز استناد به عدالت به مثابه اصل و قاعده برتر آن دانسته می‌شود که مجتهد می‌تواند گستره حکم را به استناد این قاعده محدود یا وسیع‌تر کند. برای مثال، مطلقاً را مقید کند و برعکس. مثال چنین استنباطی، حکم مقرر در ماده ۹۴۵ در مورد توارث زن از بعد از طلاق همسر در حال مرض وی دانسته شده است که استناد به قاعده عدالت می‌تواند این حکم را به عکس این قضیه تعمیم دهد؛ یعنی اگر زن پس از عقد و قبل از دخول بمیرد، آیا مرد از زن ارث می‌برد؟ (اصغری، ۱۳۸۸، ص. ۴).

به دلیل ابهامات موجود در حدود و ثغور قاعده، اشکالات مختلف وارد بر آن، از قبیل عدم نیاز به تأسیس قاعده به دلیل عادلانه بودن وضع احکام از سوی شارع، و عدم امکان تطبیق آن با منابع فقهی موجود، حتی پذیرش قاعده عدالت از سوی برخی متوقف بر اجتهاد جدید در مبانی کلامی فقه است.

سابقه اصل عدالت در فقه، به استعمال رأی و قیاس در شریعت از سوی اهل سنت (مهریزی، ۱۳۸۸) و بحث‌های ملازمات عقلیه و حسن و قبح عقلی در میان شیعه برمی‌گردد (گرچه در دانش اصول و فقه شیعی تصریحی در این باب وجود ندارد) (مطهری، ۱۳۵۷، ص. ۳۴).

در این راستا، کتاب و سنت، پشتوانه محکمی به منظور اثبات قاعده بودن عدالت بیان شده است.^۱ دلالت آیات و روایات بر موضوع در سه دسته ادله مثبت عدالت تشریحی، نافی ظلم

۱. «إِنَّ اللَّهَ بِأَمْرٍ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ...» (نحل، آیه ۹۰؛ حدید، آیه ۲۵) و... و فرمایش رسول اکرم (صلی الله علیه و آله) «الْعَدْلُ مِيزَانُ اللَّهِ فِي الْأَرْضِ فَمَنْ أَخَذَهُ قَادَهُ إِلَى الْجَنَّةِ وَمَنْ تَرَكَهُ سَاقَهُ إِلَى النَّارِ» (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۱، ص. ۳۱۷). گفتنی است در مقام اثبات قاعده و بیان مبانی آن، در منابع مختلف به آیات و روایات بسیاری که در باب عدالت و حسن آن وارد شده، استناد شده است، اما باید توجه داشت که این آیات و روایت در بیان جایگاه عدالت در شرع مقدس راهگشا هستند، اما

تشریحی و ادله موهم ظلم تشریحی قابل استناد دانسته شده است (صادق‌زاده طباطبایی، ۱۳۹۱، صص. ۲۹-۱۱۴). به جز آیه و روایت، عقل نیز بر این موضوع گواهی دارد. اصولیان شیعی و معتزلی ضمن التزام به حسن و قبح عقلی، بارزترین مصداق آن را عدل و ظلم می‌دانند و ادراک یا حکم عقل را در این زمینه، موضوعی استقلالی دانسته‌اند؛ یعنی عقل بدون استمداد از شرع به این موضوع دلالت دارد و این حکم عقل کاشف از این است که شرع نیز آن را مطلوب و پسندیده می‌داند (قاعده ملازمه) (نقیبی، ۱۳۸۵، ص. ۷).

در کنار ادله یادشده و یقینی بودن وضع احکام بر پایه عدالت، اثبات اینکه مفهوم عدالت فاقد حقیقت شرعیه است و عدالت تشریحی نیست، بلکه مفهومی عقلایی و عرفی است، بررسی امکان استناد فقیه به عدالت را به‌عنوان قاعده، توجیه‌پذیر می‌سازد.

باید توجه داشت که اثبات قاعده بودن عدالت، آغاز راه است؛ زیرا در این صورت باید روشن شود که توانایی بشر در تشخیص عدالت چگونه است. رویکرد اومانستی، بشر را قادر به شناخت تمام مصادیق عدالت می‌داند. در مقابل، اخباریون بشر را از شناخت حسن و قبح افعال به‌عنوان مبنای استنباط حکم شرعی به‌کلی عاجز می‌شمارند و نظر دیگر، توان بشر را محدود به شناخت ظنی مصادیق عدالت می‌داند.

اما مسئله اصلی این است که آیا توانایی بشر در شناخت مصداق عدالت، همان نوع توانایی لازم برای کشف حکم شرعی است (علی‌اکبریان، ۱۳۸۶، صص. ۵۳-۵۶) که اگر چنین باشد، قاعده عدالت افزون‌بر موارد خلأ تشریح یا اختلاف نصوص، حتی بر سنت قطعی (منصوصات شرعی) نیز حاکم می‌شود (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۰، ص. ۹۶). بدین ترتیب، خط قرمز برای ورود عقل بشری تنها محصور به مسائل تعبدی و رابطه بنده با خدا خواهد بود. از این‌رو هرچه شالوده عقلایی دارد، قابل بررسی است. امضایی بودن احکام اسلامی در غالب موارد نیز گواهی بر

نمی‌توان از آن‌ها به‌منابه دلیل بر اثبات قاعده عدالت به‌عنوان مبنای استنباط حکم شرعی استفاده کرد (برای مشاهده آیات و روایات رک. به: تقوی مقدم، ۱۳۹۷، صص. ۶۲-۶۹).

۱. در این زمینه به آیاتی که امر به عدالت می‌کند به‌عنوان گواه اشاره شده است؛ زیرا اگر مقصود از عدالت اموری باشد غیر از آنچه از سوی عرف فهم می‌شود، امر به عدالت در آیات الهی لغو می‌شد. از این‌رو نتیجه، بشری بودن درک عدالت است (صادق‌زاده طباطبایی، ۱۳۹۱، صص. ۱۲۰-۱۳۳).

این رویه خواهد بود؛ البته تردید در مبنا بودن عدالت در وضع قانون و توانایی بشر در درک آن مختص اسلام نیست و در برخی مکاتب حقوقی نیز محل بحث است (آخوندی، ۱۳۹۶، صص. ۳۸-۴۵).

اگر قائل به امکان استناد به حکم عقل در تعیین حکم شارع شویم، تعیین دامنه این جواز نیز ضرورت می‌یابد؛ زیرا این پرسش مطرح می‌شود که در فرض تعارض تشخیص عقل از مصادیق عدالت (به تبع تغییر شرایط جامعه) با نصوص شرعیه، این مداخله برای عقل در تغییر حکم جایز خواهد بود؟ استناد به قاعده در منطقه الفراغ و مواضع خالی از نص با چه ضابطه‌ای باید صورت پذیرد؟ اساساً عقل، عرف و بنای عقلا در چه حدود و با چه ضابطه‌ای می‌توانند مرجع تشخیص مصادیق عدالت قرار گیرند؟ (اکبری، ۱۳۸۷، صص. ۳۴-۷۵).

از این قبیل احکام، موردی بیان شده است که متوفا دو وارث یکی مذکر و دیگری مؤنث دارد، اما وارث مؤنث، بیوه‌ای است که خرج عائله خود را تأمین می‌کند. آیا به استناد انصاف می‌توان در این مورد خاص، تشخیص عقل را بر عموم آیه شریفه «لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ» حاکم کرد؟ نظر به اینکه نمونه چنین تخصیصی در کلام فقها وجود دارد، استناد به حکم وجدان برای تعیین حکم شرعی قابل بررسی دانسته شده است (اکبری، ۱۳۸۷، ص. ۷۱). مصداق این حکم در منابع فقهی، فتوای شهید اول در مورد حبوه است که طبق قاعده عام به بزرگ‌ترین فرزند ذکور تعلق می‌گیرد، اما شهید اول در موردی که مورث به غیر از اموال حبوه (قرآن، شمشیر، انگشتر و زره) مال دیگری بر جای نگذاشته باشد (تا به تعبیر شهید ثانی در توضیح عبارت شهید اول، اجحافی بر ورثه صورت نگیرد)، حکم را از عموم خارج کرده است (تعارض دلیل لفظی با دلیل لبی و عقلی انصاف).

در مجموع، به نظر می‌رسد که عقل می‌تواند در برخی موارد در تشخیص عدالت به‌طور مستقل اقدام کند، اما به دلیل محدودیت‌های بشر در احاطه بر حقایق، نیازمند تعلیمات شرعی است. عقل تنها به منزله چراغی می‌ماند که به فقیه امکان می‌دهد اراده تشریحی خداوند را از کتاب و سنت کشف کند. از این رو باید چنین نتیجه گرفت که عدالت عرفی به صورت مطلق نمی‌تواند مبنای وضع

۱. و کذا یشرط أن یخلف المیت مالا غیرها و إن قل، لئلا یلزم الإجحاف بالورثه و النصوص خالیة عن هذا التکید، إلا أن یدعی أن الحباء یدل بظاهره علیه (عاملی (شهید ثانی)، ۱۳۹۸، ج ۸، ص. ۱۲۱).

قوانین قرار گیرد. درعین حال، پذیرش قاعده بودن عدالت به عنوان مبنای استنباط حکم شرعی با توجه به آثاری و شرایطی که دارد، نیازمند تبیین، تنقیح، اثبات و ارائه ضابطه است و به نظر می‌رسد آنچه تاکنون به رشته تحریر درآمده، آغاز راه است و جز در موارد احراز یقینی عدالت نمی‌توان بر آن استناد کرد.

ابهام در مورد قاعده عدالت تا جایی است که در ارتباط با مفهوم قاعده، آثار و گستره آن تاکنون سه قرائت و نظریه مختلف شناسایی شده (عبدالله‌زاده، ۱۳۹۶، صص. ۱۳۴-۱۵۴) و به اجمال در برخی پژوهش‌ها مورد بررسی قرار گرفته است، اما نکته‌ای که اهمیت اثبات این قاعده را برای موضوع اثر حاضر بیشتر نمایان می‌سازد، این است که مجرای اعمال این قاعده نیز از منظر اصول استنباط فقهی، حکومت دانسته می‌شود؛ زیرا با توجه به مجموعه آیات و روایات، این قاعده در مرتبه علل احکام جای دارد و بر تمام احکام شرعی مقدم خواهد شد و در این صورت محمل گسترده‌ای برای قانون‌گذار در وضع احکام و تغییر آن به عنوان دلیل حاکم ایجاد می‌کند.

درعین حال، در کنار قاعده عدالت، مفهوم دیگری از انصاف در برخی مواد قانونی حقوق داخلی مشاهده می‌شود که در راستای تعدیل و متناسب کردن اجرای قواعد حقوق گام برمی‌دارد. هدف از آن نیز متفاوت از احقاق حق به معنای اجرای صحیح قواعد و مقررات واضعه از سوی قانون‌گذار (که با هدف اجرای عدالت و جلوگیری از رفتار غیرمعقول و مبتنی بر ظلم وضع شده) است که انعکاس آن در ماده ۲۷۷ قانون مدنی مشاهده می‌شود؛ توضیح اینکه، در موضوع مزبور، مقتضای عدالت در مورد چگونگی ایفای دین را باید عمل مطابق قاعده ممنوعیت تجزیه تعهد دانست جز در صورتی که تجزیه به رضایت طرفین تعهد صورت گرفته باشد، اما مبتنی بر حکم مقرر در ماده یادشده، مداخله قاضی برای تعیین مهلت عادلانه یا تقسیط با هدف تخفیف به حال مدیون و مواجهه منصفانه‌تر با وی جایز دانسته شده است.

چنین تعریفی از عنوان انصاف که پیوند نزدیک‌تری با اخلاق دارد، در هر رابطه، حکم خاص دارد و همه خصوصیت‌ها را در نظر می‌گیرد؛ همان‌طور که اگر عدالت حکم به لزوم وفای مدیون به

۱. اثبات حکومت قاعده عدالت بر ادله احکام، راه را بر استنباط احکام ناشی از اطلاق آن که مستلزم ظلم بر عباد می‌شود، مسدود می‌کند و بیشترین امکان بهره‌گیری از قاعده عدالت مواردی دانسته شده است که نصی در مسئله وجود ندارد (منطقه الفراع نبودن حکم الزامی است نه مطلق حکم) (صادق‌زاده طباطبایی، ۱۳۹۱، صص. ۲۲۹-۲۳۰).

عهد خود می‌کند، گاه انصاف اقتضای دادن مهلت یا کاستن از طلب را دارد. براین اساس، انصاف احساس مبهمی از عدالت دانسته شده است که در مقام اجرای قواعد حقوق در اشخاص به وجود می‌آید و وسیله تعدیل و متناسب کردن آن‌ها با موارد خاص می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص. ۵۸۳). این رابطه میان عدالت و انصاف در دنیای حقوق، موضع بحث و بررسی بسیار قرار گرفته است (دهقان، ۱۳۹۱، ص. ۴۹). مثال دیگری از دخالت انصاف در صدور حکم، ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی است.

نظر به اینکه معیار واحد و تردیدناپذیر یا ساختار مرزبندی‌شده برای تشخیص مصادیق انصاف و عدالت عرفی در میان افراد بشری قابل ارائه نیست، باید نسبت به انصاف و عدالت عرفی نیز به‌عنوان مبنای عام برای قانون‌گذار بشری در تعمیم مصادیق قرارداد حکمی، با احتیاط مواجهه کرد و تنها در مواردی که احراز آن یقینی و بی‌تردید است، می‌توان آن را به‌عنوان مبنای قطعی شناسایی قرارداد حکمی معرفی کرد. بدیهی است این مبنا منجر به اتخاذ طریقی میانه برای احقاق حقوق طرفین و افراد درگیر در موضوع یا دعوی خواهد بود.

۳.۲. قاعده لاضرر

قاعده لاضرر را در فرضی می‌توان به‌عنوان یکی از مبانی احتمالی قرارداد حکمی برشمرد که رابطه پایه منجر به ایراد خسارت به دیگری شود و به‌منظور جلوگیری از ایراد ضرر به غیر یا جبران آن خسارت، مقنن رابطه را در حکم قرارداد بیندازد.

اثبات قاعده لاضرر به‌عنوان یکی از مبانی قرارداد حکمی از دو وجه قابل بررسی خواهد بود. از سویی مفاد قاعده لاضرر و شرایط و ارکان آن نیازمند تبیین است؛ زیرا به دلیل تفاسیر مختلف موجود درباره مفاد قاعده فقهی مزبور، کارکرد و آثار متفاوتی از قاعده منتج می‌شود.

از سوی دیگر، در مورد اینکه مجاری استناد به قاعده لاضرر چیست و چه مواردی را دربرمی‌گیرد، مذاقه بیشتری در متون فقهی نیاز خواهد بود. در واقع، پرسش اساسی در اینجا در این باب است که قاعده فقهی لاضرر تنها برای جلوگیری از تداوم ضرر و قلع منشأ نزاع، احکام وجودی را تغییر می‌دهد یا اینکه می‌توان به استناد آن در مورد احکام عدمی^۱ نیز قائل به وضع

۱. مثال بارز آن، الزام عامل زیان به جبران ضرر و پرداخت خسارت به زیان‌دیده است.

حکم شرعی شد؟

این قاعده هم به لحاظ مفاد و هم به لحاظ امکان تسری به احکام عدمی، محمل آرای فقهی متعدد است. ناظر به مفاد قاعده احتمالاتی مطرح است.

الف. نفی حکم به لسان نفی موضوع (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۳۸۱) (ارتفاع حکم از موضوعات ضرری به عنوان اولی مانند «لاشک لکنثیر الشک») که با این تفسیر، می‌توان قائل به حکومت قاعده بر ادله اولیه شد.

ب. لا حکم ضرری فی الاسلام^۱ (هرگونه حکمی که از طرف شارع تشریح می‌شود اگر مستلزم ضرر باشد، مستقیماً آن حکم برداشته می‌شود که در این صورت نیز لاضرر حاکم بر ادله اولیه خواهد بود) (حسینی روحانی، بی تا، ج ۱۸، ص. ۴۲۶).

ج. نفی ضرر غیرمتدارک (فاضل تونی، ۱۴۱۵ق، ص. ۱۹۴) (دیدگاه به روشنی دلالت بر لزوم جبران ضرر می‌کند).

د. نهی تشریحی^۲ (ضرر زدن به دیگران، شرعاً حرام و مستوجب عقوبت است مشابه «لاطاعة لمخلوق فی معصیة الخالق»).

هـ. نهی حکومتی و سلطانی (موسوی خمینی، بی تا، ج ۱، ص. ۴۰).

و. شارع اضرار به غیر را امضا نکرده است. بر اساس این نظریه، فاعل ضرر منفی مردم است نه شارع مقدس و منفی خود ضرر و اضرار است نه حکم ضرری.

از میان موارد مزبور، تنها قرائاتی از قاعده لاضرر که مبین حاکم بودن لاضرر بر ادله هستند (یعنی دو مورد نخست)، می‌توانند این قاعده را در ردیف مبانی قرارداد حکمی واقع سازند که درحقیقت و به بیان تفصیلی‌تر، سیطره قاعده لاضرر بر احکام اولیه - که آزادی قراردادی و محدود بودن دایره آثار قراردادی به اراده و توافق طرفین هر رابطه حقوقی نیز از آن جمله است - یکی از مصادیق جریان قسم سوم حکومت یعنی حکومت مضمونیه است. در حکومت مضمونی، مضمون

۱. فقهای مانند شیخ انصاری، مرحوم بجنوردی، خوانساری، احمد نراقی و میرزای نایینی از قائلان این نظریه هستند (بجنوردی،

۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۲۱۴؛ نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ص. ۱۹۹).

۲. فقهای مانند شیخ‌الشریعه اصفهانی و صاحب جواهر از قائلان به نهی تشریحی هستند (اصفهانی (شیخ‌الشریعه)، ۱۴۱۰ق، ص.

۲۸، نجفی، بی تا، ج ۳۷، ص. ۱۵).

یک دلیل به خودی خود ناظر به مضمون دلیل دیگر است که حکومت ادله لاضرر و لاجرح بر تمام احکام اولیه از این قبیل دانسته شده است.^۱

در مورد امکان تسری قاعده به احکام عدمی در باب شمول قاعده لاضرر نسبت به احکام عدمی، میان قائلان اختلاف است. برای مثال، به عقیده برخی فقها مانند مرحوم احمد نراقی و آل کاشف‌الغطا، قاعده اثبات حکم می‌کند (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۵۵؛ نجفی (کاشف‌الغطا)، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۲۳). از این رو بر لزوم جبران دلالت می‌کند.

دیدگاه مقابل مانند مرحوم خوانساری، میرزای نایینی، طباطبایی قمی، یزدی و حکیم، قائل به عدم امکان اثبات لزوم جبران ضرر به استناد روایت «لاضرر و لاضرار» است (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۳۹۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۷). نظر به استعمالات فقها از قاعده لاضرر در موضوعات مختلف، غلبه دیدگاه نخست در میان فقها روشن می‌شود.

صرف نظر از آرای اختلافی فقها، باید اذعان داشت تنها اگر قائل شویم که قاعده لاضرر اثبات حکم می‌کند، در این صورت باید نتیجه گرفت که افزون بر موارد لزوم دفع ضرر و قلع منشأ آن، در موارد تحقق خسارت، قاعده مزبور حتی می‌تواند مبنای الزام عامل زیان به التزام قهری به آثار یک قرارداد باشد که در بحث معاوضه قهری ردپای آن مشهود است.

۴.۲. نظم عمومی

یکی از اهداف تشکیل حاکمیت اسلامی، برقراری نظم و امنیت در سطح جامعه است. در مورد هدف بودن نظم عمومی برای حقوق تردید وجود ندارد، اما پرسش در این مورد است که استناد به نظم عمومی می‌تواند به‌عنوان مبنای وضع قواعد حقوقی از سوی قانون‌گذار قرار گیرد؟ برای شناسایی مفهوم نظم عمومی نمی‌توان معنا و مفهوم ثابتی را در نظر گرفت؛ زیرا نظم عمومی مفهوم نسبی دانسته می‌شود که با ملاحظه عوامل اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی جامعه تعیین

۱. حکومت مشتمل بر سه قسم تفسیریه، تنزیلیه و مضمونیه دانسته شده است (نایینی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص. ۱۰۷). در قسم نخست، دلیل حاکم، دلیل محکوم را تفسیر می‌کند (مانند اکرم العلماء ائمة الفقهاء). در حکومت تنزیلیه، دلیل حاکم، موضوع دلیل محکوم را از فردی نفی (لاشک لکثیر الشک) یا در مورد فردی اثبات می‌کند (الطواف بالبيت صلاة) (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۸، جلسه ۶).

خواهد شد؛ البته این بدان معنا دانسته نشده که نظم عمومی دارای مفاهیم متعدد است، بلکه چنین محتمل است که در هر موضوع خاص، به موجب اصول کلی حقوقی و موازین حقوق داخلی و بین‌المللی، قاضی یا دادرس از نقش کلیدی در مقام رسیدگی و تشخیص مصادیق نظم عمومی هر کشور برخوردار است (مدنیان و همکاران، ۱۳۹۰، ص. ۱۵۰). چگونگی استناد به نظم عمومی نیز به این ترتیب دانسته شده است (کرمی، ۱۳۹۴، ص. ۱۱۴) که در تمام مواردی که به نظم عمومی استناد می‌شود، هدف این است که از اجرای موضوعی که با منافع و مصالح عمومی جامعه در تعارض است، ممانعت شود. به این معنا که مصالح مورد نظر برای وضع قواعد، با مصالح فردی اشخاص درگیر است و در این صورت مصلحت اعم که همان مصالح عمومی است، ترجیح داده شده است.

استناد به نظم عمومی تنها مختص متون حقوقی نیست و در متون فقهی، تعبیر اختلال نظام مصالح مسلمانان که فقها در مقام بیان ادله وجوب یا حرمت برخی احکام مورد استناد قرار داده‌اند، می‌تواند مثبت جایگاه نظم عمومی در تعیین حدود اراده قانون‌گذار باشد که حکم وجوب نفر، اصالت صحت عمل غیر و... را می‌توان از این قسم احکام برشمرد^۱.

در مقام عمل نیز در قوانین موضوعه مشاهده می‌شود که بر مبنای نظم عمومی، قانون‌گذار اقدام به الزام افراد به معامله کرده است؛ توضیح اینکه، در قرون اخیر، دولت‌ها در اثر ضرورت‌ها و نیازهای اجتماعی و اقتصادی، ناگزیر از محدود کردن آزادی انعقاد قراردادی از طریق وضع قانون شده‌اند؛ به گونه‌ای که در پاره‌ای موارد از اجرای قراردادهای منعقدشده، جلوگیری و در برخی موارد دیگر، افراد را مجبور به انعقاد قراردادهایی کرده‌اند که اساساً تمایلی به آن‌ها ندارند. این گروه از قراردادها را به لحاظ اجباری که در انعقاد آن‌ها مقرر شده است، قراردادهای اجباری یا تحمیلی نامیده‌اند. برخی از موارد یادشده که از پیشینه فقهی و روایی محکم و متقنی نیز برخوردار دانسته شده‌اند، موارد زیر است.

۱. برای مثال، در ردیف مدارک اثبات قاعده اصالت صحت عمل غیر، به مفسده اختلال نظام بنا به حکم عقل استناد شده است (انصاری، بی تا، ج ۲، ص. ۷۲۰). همچنین، در تبیین حکم وجوب نفر مستنبط از آیه شریفه «فلولا نفر من کل...» بر آن استدلال شده است (جزایری، ۱۴۱۵ق، ج ۸، ص. ۵۱۲). همچنین، در مورد اعتبار اعلی‌ت در مورد قاضی و تعیین ملاک رجوع جاهل به عالم، بر آن تمسک شده است (مرتضوی لنگرودی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص. ۱۸۹).

«۱. پاره‌ای از قوانین مربوط به اجاره املاک که به منظور حمایت از طبقه ضعیف مستأجر وضع شده است^۱، ۲. الزام رانندگان وسایل نقلیه عمومی در قبول مسافر (آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی، بند ۴ ماده ۱۵۸ مصوب ۱۳۴۷/۴/۱۸)، ۳. الزام بر فروش اموال (ارزاق عمومی) احتکارشده (قانون راجع به جلوگیری از احتکار مصوب ۱۳۲۰/۱۲/۲۷ و ماده ۲ و تبصره ۱ ماده ۳ قانون تشدید مجازات محترکان و گران‌فروشان مصوب ۱۳۴۷/۱/۲۳)، ۴. الزام به پذیرش تقسیط دین توسط دادگاه (ماده ۲۷۷ قانون مدنی) و ۵. پذیرش قراردادی که از طرف بعضی ورثه در باب چگونگی تقسیم و مقدمات آن تنظیم شده است و دیگران در موعد معین برای قبول یا رد آن حاضر نشده‌اند (مواد ۳۰۹ تا ۳۱۱ قانون امور حسبی)» (الف، ۱۳۸۴).

صرف نظر از ادله اثباتی امکان استناد به حفظ نظم عمومی و جلوگیری از اختلال نظام به‌عنوان مبنای وضع قانون (از قبیل قواعد فقهی متعدد)، وجود سابقه تقنینی-یقینی در زمینه مبنا قرار گرفتن نظم عمومی برای الزام افراد به معامله از سوی قانون‌گذار، امکان استناد به این ضرورت اجتماعی برای فرض قرارداد حکمی را اثبات می‌کند.

با توجه به سابقه تقنینی بحث درباره مبنا قرار گرفتن نظم عمومی در مقام قانون‌گذاری، یقینی است در مواردی که حفظ نظم و امنیت عمومی اقتضای الزام افراد به آثار قراردادی خلاف اراده ایشان را دارد، جریان حکومت و تحمیل از جانب قانون‌گذار جایز خواهد بود. به نظر می‌رسد مبنای یادشده قابل انطباق با بحث کفالت قهری مقرر در ماده ۷۳۴ قانون مدنی است. همچنین، به‌طور ویژه در باب اعتبار اعمال شرکت‌های تجاری، ترتب آثار بر نمایندگی‌های ظاهری در قانون تجارت و فروض مختلف این قبیل مقررات تجاری در راستای ایجاد نظم عمومی اقتصادی که یکی از اقسام مهم نظم عمومی دانسته می‌شود، می‌تواند از مصادیق دیگر موضوع

۱. برای مثال، در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶، قواعدی مقرر شده است که بر مبنای نظم عمومی حمایتی است و توافق برخلاف آن قواعد در قرارداد اجاره بر همین اساس باطل است و مثال آن، الف. الزام موجر بر تجدید اجاره غیرمنقول پس از پایان مدت اجاره (ماده ۱۴)، ب. محدود کرد حق فسخ موجر و حق تقاضای تخلیه بعد از انقضای مدت اجاره (مواد ۱۴ و ۱۵) و ج. شناسایی حق کسب یا پیشه یا تجارت برای مستأجر است.

بحث به شمار آید. چنین مداخله‌ای از سوی قانون‌گذار در مورد قراردادهای مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه که در ماده ۹۷۵ قانون مدنی پیش‌بینی شده، گواهی بر دیدگاه مزبور است.

۵.۲. قاعده تعزیر

نظر به اینکه اساس اجرای مفاد قاعده تعزیر از اختیارات قاضی است، اثبات مبنا قرار گرفتن تعزیر، اثبات امکان اعمال حکومت از سوی دادگاه را نیز در دایره موضوعی آن در پی خواهد داشت و به همان ترتیبی که در فرض حقوقی اعمال آن هم از سوی قانون‌گذار و هم از سوی قاضی ممکن است، در قرارداد حکمی نیز این اختیار برای قاضی قابل شناسایی خواهد بود.

اما در ارتباط با بررسی جایگاه قاعده مزبور، مسئله مورد بحث این است که آیا حاکم اسلامی از باب تعزیر می‌تواند آثار قرارداد را خلاف حقیقت موضوع بر رابطه طرفین تحمیل کند و بدین وسیله عامل زیان یا مرتکب را محکوم به پرداخت وجه به طرف مقابل کند؟ به منظور پاسخ‌گویی به پرسش یادشده و دستیابی به نتیجه مطلوب، اثبات سه مقدمه ضروری خواهد بود.

الف. عنوان تعزیر منحصر در ضرب نیست و تعزیر مالی نیز از مصادیق این عنوان فقهی به شمار می‌رود. به اجمال می‌توان اذعان داشت افزون‌بر اینکه ادله قائلان به انحصار تعزیر در تازیانه قابل رد است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص. ۲۱۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص. ۶۸)، در برخی روایات نیز تعزیرات غیربدنی مانند حبس، تبعید و... تعیین شده است.^۱ در واقع، کثرت استعمال تعزیر در روایات وارده در معنای ضرب، مبین غلبه عرفی مصداق زدن و شلاق در عصر شارع دانسته شده است (نقیبی، ۱۳۸۶، ص. ۱۸۷).

ب. تعزیر تنها ناظر به گناهان کبیره نیست و نسبت به گناهان صغیره نیز تسری می‌یابد. دست‌کم به استناد دو روایت در این زمینه در مورد تکدی^۲ و قصه‌گویی^۳ در مسجد^۴ می‌توان اثبات کرد

۱. غیاث‌بن ابراهیم از امام صادق (علیه‌السلام) چنین روایت می‌کند که «ان علیاً (علیه‌السلام) کان اذا اخذ شاهد زور فان کان غریبا بعث به الی حیة و ان کان سوقياً فطیف به ثم یحسبه ایاماً ثم یخلی سبیله».

۲. حدیث ابن ابی یعفور از امام صادق (علیه‌السلام) در مورد تعزیر فردی که به‌منظور گدایی قسم یاد می‌کند (پاورقی تهذیب‌الاحکام، ج ۱۰، ص. ۱۷۰)، با توجه به اینکه از گناهان کبیره شمرده نمی‌شود، باید آن را در زمره گناهان صغیره برشمرد.

که تعزیر منحصر به گناهان کبیره نیست و گناهان صغیره نیز قابل تعزیر هستند. حتی به استناد روایت دوم، چه بسا بتوان دامنه تعزیر را نسبت به مکروهات نیز تسری داد. در این زمینه مرحوم ابن ادریس پا را فراتر نهاده و تعزیر نسبت به واجبات عقلی چون رد ودیعه و پرداخت دین را جایز شمرده است.

ج. تعزیر اختصاص به حق الله ندارد و تأمین حقوق خصوصی نیز از این طریق امکان‌پذیر است؛ زیرا در فرض مورد بحث، پرداخت وجه باید به زیان‌دیده انجام شود در صورتی که اگر تعزیر مختص حق الله باشد، مبلغ حکم به بیت‌المال تعلق می‌گیرد (اسماعیلی، ۱۳۷۷).

پیرو اثبات سه مقدمه (صغرای بحث) در مقام تعیین مفاد قاعده تعزیر شامل «عدم انحصار قاعده به ضرب و شمول تعزیر مالی، تسری قاعده به گناهان صغیره (نه فقط گناهان کبیره) و امکان جریان قاعده در حقوق خصوصی (عدم اختصاص تعزیر به حق الله)»، کبرای بحث یعنی امکان الزام عامل زیان یا مرتکب به پرداخت خسارت به زیان‌دیده یا مجنی‌علیه ثابت شد که این الزام و حکم تحمیلی از سوی قاضی می‌تواند در قالب قرارداد حکمی صورت پذیرد؛ البته قاعده مزبور به‌خاطر ماهیت مجازات‌گونه خود، تنها در مورد مصادیقی از قرارداد حکمی قابل استناد است که عدم رعایت نظامات یا ارتکاب تخلف اداری یا ارتکاب جرم و... منجر به ایراد ضرر و خسارت یا نقض قانون شده باشد.

۲.۶. مصلحت

در گویاترین تعریف، مصلحت که به «جلب منفعت و دفع ضرر یا مفسده» تعبیر شده (غزالی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۴۱۵)، سودمندی معقول و اجتناب‌ناپذیری است که ضرورت تأمین آن از بیان شارع معلوم شده است و از نظر عقل در پیروی از شرع، انجام دادن یا ترک عملی را الزام‌آور می‌سازد (عمید زنجانی، ۱۳۸۴، ج ۹، ص. ۹۷). در واقع، چنین تعبیری از مصلحت است که آن را مبنای حکم حکومتی در فقه شیعه قرار می‌دهد.

البته صرف مصلحت هیچ‌گاه در استنباط احکام، کاربرد استقلالی نداشته و به‌عنوان سند مستقل

۲. روایت هاشم منقول از امام‌صادق (علیه‌السلام) ناظر به تازیانه خوردن قسه‌گو در مسجد به دست امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص. ۳۶۸).

در کشف حکم و در ردیف قرآن، سنت، اجماع و عقل به‌عنوان مدرک و ادله اجتهاد به آن نگریسته نشده است و اگر در متن و نگاشته‌ای از این گروه، این کارایی برای این عنوان یا مشابه آن یاد شده، به‌عنوان مقرب یا مؤید حکم است یا تسامحی در تعبیر بیش نیست و دلیل اصلی حکم، موضوع دیگری خواهد بود^۱. درعین حال، عدم پذیرش مصلحت به‌عنوان سند کشف در اجتهاد شیعه به معنای کم‌رنگ ماندن حضور این عنصر در اجتهاد ایشان نیست.

البته مصالح از بعد قوت و ضعف دارای مراحل و مراتبی است که از سه ناحیه «ذات مصلحت و موقعیت آن، گستره مصالح، اطمینان و عدم اطمینان به حصول آن در خارج و آثاری که در پی دارد» قابل لحاظ دانسته شده است (علیدوست، ۱۳۸۸، ص. ۸۹).

به‌طورکلی، معیارها و مؤلفه‌های شکلی و ماهوی رعایت مصلحت مبتنی بر شریعت اسلامی شامل موارد زیر دانسته شده است (پارسایور و نوربخش، ۱۳۹۴، صص. ۸-۲۴).

الف. محوریت شریعت و غایات آن شامل «۱. قطعیت داشتن، ۲. ضرری نبودن (ضرری که مفسده آن بیش از مصلحت آن مورد نظر نباشد) و ۳. غالبی و متعارف بودن نه نادرالوجود بودن».

ب. ترجیح اهم بر مهم شامل «۱. اولویت حفظ دین، نفس، عقل، نسل و مال، ۲. تقدم مصالح ضروری بر نیازهای عمومی و نیازهای عمومی بر عادات و خواست‌های تکمیلی و تحسینی، ۳. تقدم مصلحت عام بر مصلحت خاص و فردی، ۴. تقدم مصلحت فاقد بدل بر واجد بدل، ۵. تقدم مصلحت مضیق و فوری بر مصلحت موسع، ۶. تقدیم مصلحت متغیر بر ثابت، ۷. تقدیم دفع مفسده بر جلب منفعت و ۸. لحاظ معیارهای شخصی در کنار معیارهای نوعی و...»^۲.

۱. برای مثال، مرحوم بجنوردی در موارد امکان جریان فراش، اثبات نفی سبب را منجر به پیدایش مفسد عظیمه دانسته‌اند. از این رو در موارد شک، بنا به لزوم رعایت مصالح طفل و خانواده، طفل را ملحق به شوهر می‌دانند. این در حالی است که می‌دانیم قاعده فراش برگرفته از حدیث متواتر نبوی است که سند و منبع استنباط فقها در این مورد قرار گرفته است.

۲. در ارتباط با سنجه‌های ترتیب مصالح دیدگاه‌های اصولیون اتفاقی به شمار نمی‌رود. در زمینه تشخیص و ترتیب مصالح این دیدگاه در میان امامیه وجود دارد که تشخیص مصالح پسینی احکام از عهده مکلف و متکفل استنباط خارج و این شارع حکیم است که مصالح را تشخیص می‌دهد و طبق آن، احکام و اعتبارات خود را سامان می‌دهد. بر این بنیان، نوبت به ترتیب مصالح از سوی عهده‌دار استنباط نمی‌رسد. درعین حال، تشخیص مصالح پسینی احکام - که پس از جعل احکام و تراحم آن‌ها در امتثال رخ می‌نماید - می‌تواند بر عهده مکلف قرار گیرد (علیدوست، ۱۳۸۸، صص. ۵۱۹-۵۴۵).

به نظر می‌رسد مصلحت نیز به‌عنوان مبنای تحمیل قرارداد حکمی بر روابط طرفین می‌تواند مورد استناد باشد و چه‌بسا این مبنا را می‌توان جامع غالب مصادیق قرارداد حکمی در احکام و مقررات یادشده در بخش پیشین برشمرد. برای شمولیت مصلحت، برخی مبانی دیگر از جمله مبنای عام نظم عمومی تحت عنوان مصلحت قابل اندراج است.

وجه امتیاز دیگری که مبنا بودن مصلحت برای قرارداد حکمی دربردارد، توجیه دایره استعمال عنوان حکومت برای قرار دادن ماهیتی در حکم ماهیت دیگر در روابط قراردادی افراد است؛ توضیح اینکه، اگر در ارتباط با تبیین عناصر حکومت، صدور دلیل حاکم و مقدم کردن آن بر دلیل محکوم، چنین اشکال شود که اعمال حکومت باید تنها به اقتضای تعبد و محدود به بیان شارع باشد، در این صورت چنانچه مبنای استفاده شارع از ابزار حکومت برای بیان حکم شرعی، اقتضای مصالح و مفاسد باشد، این نحوه تزییق و توسعه در موضوع و محمول در صدور حکم شرعی در دایره اختیارات ولایی حاکم شرع قرار می‌گیرد و بدین ترتیب می‌توان آن را در دایره اختیارات قانون‌گذار در جامعه اسلامی نیز دانست.

یکی از مصادیق جریان حکومت که البته به دلیل فقدان جنبه قراردادی در این فرض قانون‌گذار، مصداق قرارداد حکمی فرض نمی‌شود، اما به دلیل جریان حکومت به جهت وحدت مبانی می‌تواند قرینه بحث حاضر قرار گیرد، ناظر به مصالح مترتب بر اعتبار معاملات نزد افراد ثالث و اعضای جامعه است.

گرچه درباره کاربرد استقلالی مصلحت در استنباط احکام تردید زیادی در آرای فقهی وجود دارد، نقش جدی مصلحت در مورد احکام حکومتی، تراحم احکام و... گواهی بر امکان اعتبار آن به‌عنوان مبنای قرارداد حکمی است.

در مجموع، باید اذعان داشت تمام مبانی بررسی‌شده در بحث حاضر شامل «التزام و تمسک به ظاهر، انصاف و عدالت، قاعده لاضرر، نظم عمومی، قاعده تعزیر و مصلحت» دست‌کم به‌صورت جزئی می‌تواند مبنای قرارداد حکمی باشد. از این رو در فرض تحقق ضرورت‌ها و اغراضی که جریان قواعد و اصول یادشده را مشروع می‌سازد، به تناسب موضوع، یک یا چند مورد از آن‌ها مبنای فرض قرارداد حکمی از سوی واضع آن قرار می‌گیرد.

نتیجه‌گیری

در جایی که حکم قانون‌گذار نسبت به موضوعات از ضابطه و معیاری برخوردار است که ناظر به یک یا چند مورد خاص نیست و به تعبیر دیگر، دایره موضوعی آن عام‌الشمول است، امکان اصطیاد قاعده حقوقی فراهم می‌شود.

یکی از معیارهایی که در متون فقهی و حقوقی به نظر می‌رسد به دلیل فراوانی قابل توجه و اوصاف آن می‌توان از آن به‌عنوان قاعده‌ای یاد کرد که واجد اوصاف قاعده حقوقی از قبیل کلیت، الزام‌آوری، دارا بودن ضمانت‌اجرای مؤثر و ناظر به نظام اجتماعی است. قرارداد حکمی است که مبتنی بر آن، قانون‌گذار به استناد مبانی فقهی و حقوقی که این قرارداد را توجیه‌پذیر می‌سازد، ماهیتی قراردادی را در حکم ماهیت دیگر فرض می‌کند و این ضابطه در مصادیق مختلف آن از اوصاف یادشده برخوردار است.

دستاورد بررسی‌های صورت‌گرفته در این مرحله آن است که اولاً، عنوان قرارداد حکمی با قاعده اصولی حکومت قابل انطباق است. ثانیاً، شاخص‌ترین مؤلفه‌های مفهومی قرارداد حکمی شامل مواردی از قبیل «تبعیدی و قهری بودن فرض قانون‌گذار، شمولیت رابطه حقیقی پایه نسبت به رابطه قراردادی و غیرقراردادی، فقدان رابطه حقوقی قراردادی حقیقی و ارادی و عدم وجود مقتضی برای حدوث یا بقای قرارداد...» است.

نظر به بررسی مفهومی قواعد و اصول یادشده و شرایط تحقق آن‌ها به‌عنوان مبنای اعمال قاعده در مقایسه با تعریف ارائه‌شده از قرارداد حکمی، در مجموع، می‌توان چنین نتیجه گرفت که تمام مبنایی بررسی‌شده شامل «التزام و تمسک به ظاهر، انصاف و عدالت، قاعده لاضرر، نظم عمومی، قاعده تعزیر و مصلحت» می‌تواند مبنای قرارداد حکمی باشد. از این‌رو در فرض تحقق ضرورت‌ها و اغراضی که جریان قواعد و اصول یادشده را مشروع می‌سازد، به تناسب موضوع، یک یا چند مورد از آن‌ها می‌تواند مبنای فرض قرارداد حکمی از سوی واضع آن قرار گیرد...

منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۹ق). کفایةالاصول. قم: آل‌البیت.
- ۳) آخوندی، علی (۱۳۹۶). میزان و چگونگی نقش قاعده عدالت در قانون‌گذاری و عدالت (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه آزاد اسلامی.
- ۴) آدامز، جان ان و براونزورد، راجر (۱۳۸۶). تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان (مهدی موسوی، مترجم) تهران: میزان.
- ۵) استادی، مونا (۱۳۸۷). تئوری نمایندگی ظاهری (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه کاشان.
- ۶) اسکینی، ربیعا و پورارشد، نادر (۱۳۸۹). نظریه نمایندگی ظاهری در حقوق ایران با رویکرد تطبیقی به حقوق خارجی. مجله نامه مفید. شماره ۸۲.
- ۷) اسماعیلی، محسن (۱۳۷۷). نظریه خسارت؛ بررسی لزوم جبران خسارت‌های معنوی و مسئولیت ناشی از تفویض منافع و فرصت‌ها از دیدگاه فقه و حقوق تطبیقی. تهران: امیرکبیر.
- ۸) اصغری، محمد (۱۳۸۸). عدالت به‌مثابه قاعده فقهی-حقوقی. فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱.
- ۹) اصفهانی (شیخ‌الشریعه)، فتح‌الله (۱۴۱۰ق). قاعده لاضرر. قم: اسلامی.
- ۱۰) اکبری، محمدجواد (۱۳۸۷). قاعده فقهی عدالت و انصاف در فقه اسلامی و بررسی تطبیقی آن در نظام حقوقی کامن‌لا (پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد). دانشگاه تربیت معلم تهران.
- ۱۱) امیرمعزی، احمد (۱۳۸۸). نیابت در روابط تجاری و مدنی. تهران: دادگستر.
- ۱۲) امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید (۱۳۵۱). انتضای نمایندگی ارادی و مسئله وکالت غیرقابل عزل. فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی. شماره ۲۱.
- ۱۳) امینی، منصور و عبدی، مونا (۱۳۹۳). بررسی تطبیقی نمایندگی ظاهری. مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۸. doi: 10.22106/jlj.2014.11936
- ۱۴) انصاری، علی (۱۳۹۱). تئوری حسن نیت در قراردادها (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی معاصر). تهران: جنگل.
- ۱۵) انصاری، مرتضی (بی‌تا). قاعده لاضرر والبد والصحة والقرعة (فرائدالاصول) (جلد ۲). قم: اسلامی.
- ۱۶) انصاری، مرتضی (۱۴۱۹ق). فرائدالاصول. قم: مجمع الفکرالاسلامی.
- ۱۷) بجنوردی، حسن‌بن‌آقابزرگ (۱۴۱۹ق). القواعدالفقهیة (جلد ۱). قم: الهادی.
- ۱۸) پارساپور، محمدباقر و نوربخش، سوسن (۱۳۹۴). معیارهای ارزیابی مصلحت کودک در فقه امامیه،

- حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب. شماره ۳.
- ۱۹) تبریزی، موسی (۱۳۶۹). اوثق الوسائل فی شرح الرسائل. قم: نجفی.
- ۲۰) تقوی مقدم، محمدحسین (۱۳۹۷). تحلیل فقهی-حقوقی قاعده عدالت (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه آزاد اسلامی.
- ۲۱) جزایری، محمدجعفر (۱۴۱۵ق). القواعد الفقهیة والاجتهاد والتقلید (منتهی الدراییة) (جلد ۸). قم: دارالکتاب.
- ۲۲) جمعی از نویسندگان (۱۳۸۰). مجموعه گفت‌وگوهای هم‌اندیشی بررسی مسائل و مشکلات زنان؛ اولویت‌ها و رویکردها. قم: دفتر مطالعات و تحقیقات زنان.
- ۲۳) چشایر، جورج چاین؛ فیفوت، سیسیل هربرت استوارت و فورمستن، مایکل فیلیپ (۱۳۹۴). اصل نسبی بودن قرارداد در حقوق نمایندگی (سعیده صالحی و مرضیه خلیلی، مترجمان). تهران: مجد.
- ۲۴) حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة (جلد ۲۸). قم: آل‌البیت.
- ۲۵) حسینی روحانی، صادق (بی‌تا). فقه‌الصادق (علیه‌السلام) (جلد ۱۸). بی‌جا.
- ۲۶) خسروانجم، اصغر (۱۳۹۰). تئوری عمل به ظاهر (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه گیلان.
- ۲۷) دمرچیلی، محمد، حاتمی، علی و قرایی، محسن (۱۳۹۷). قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. تهران: میثاق عدالت.
- ۲۸) دهقان، رمضان (۱۳۹۱). تأثیر انصاف در حقوق خصوصی با نگرشی در حقوق انگلیس. تهران: فکرسازان.
- ۲۹) صادق‌زاده طباطبایی، محمود (۱۳۹۱). اعتبار و قلمرو قاعده عدالت در فقه از منظر کتاب و سنت (رساله دکتری). دانشگاه قرآن و حدیث.
- ۳۰) صقری، محمد (۱۳۹۰). اعتبار صحت ظاهری در حقوق تجارت (بحثی در حقوق ایران و فرانسه). دیدگاه‌های حقوقی. شماره ۵۳.
- ۳۱) طباطبایی قمی، تقی (۱۴۱۳ق). عمده المطالب فی التعلیق علی المکاسب. قم: کتابفروشی محلاتی.
- ۳۲) طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۱۰ق). حاشیه المکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۳۳) طوسی، محمدبن حسن (۱۴۱۷ق). تهذیب الاحکام. تهران: نشر صدوق.
- ۳۴) عادل، مرتضی (۱۳۸۹). قواعد انصاف در نظام کامن‌لا. فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی. شماره ۱.
- ۳۵) عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین (۱۳۹۸). الروضة البهیة فی شرح اللعة‌الدمشقیة (جلد ۸). قم: مجمع الفکر الاسلامی.

- ۳۶) عبدالله زاده، میلاد (۱۳۹۶). جایگاه عدالت در استنباط احکام فقهی (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه علامه طباطبائی.
- ۳۷) علومی یزدی، حمیدرضا و بابازاده، بابک (۱۳۸۹). شیوه‌های تفسیر قرارداد در نظام حقوقی ایران و انگلستان. فصلنامه پژوهش حقوق عمومی. شماره ۲۹.
- ۳۸) علی‌اکبریان، حسنعلی (۱۳۸۶). قاعده عدالت در فقه امامیه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ۳۹) علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۸). فقه و مصلحت. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۴۰) عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۴). قواعد فقه سیاسی (مصلحت) (جلد ۹). تهران: امیرکبیر.
- ۴۱) غزالی، محمد (۱۴۱۷ق). المستصفی من علم الاصول (جلد ۱).
- ۴۲) فاضل تونی، عبدالله (۱۴۱۵ق). الوافیة فی اصول الفقه. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ۴۳) فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۸۸). درس خارج فقه (جلسه ۶، ادامه بحث برائت).
- ۴۴) الفت، نعمت‌الله (۱۳۸۴). نظم عمومی و الزام به انعقاد قرارداد. فقه و حقوق. شماره ۷.
- ۴۵) قشقایی، حسین (۱۳۷۸). شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی معاصر. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۴۶) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). کلیات حقوق؛ نظریه عمومی. تهران: سهامی انتشار.
- ۴۷) کرمی، سکینه (۱۳۹۴). نظم عمومی؛ ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه. مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۱. doi: 10.22106/ijl.2015.15718
- ۴۸) لطفی، احسان (۱۳۹۶). گفتاری در نقد و بررسی نظریه حقوقی عمل به ظاهر. مطالعات حقوق خصوصی. شماره ۲.
- ۴۹) محقق داماد، مصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه (جلد ۴). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۵۰) مخلصی، عباس (۱۳۷۳). نوآوری‌های شیخ انصاری در دانش اصول. مجله فقه. شماره ۱.
- ۵۱) مدنیان، غلامرضا، رحمت‌اللهی، حسین و خالقی دامغانی، احمد (۱۳۹۰). امکان یا امتناع تبیین مفهوم نظم عمومی در حقوق (مطالعه در حقوق کشورهای ایران، انگلیس و فرانسه). پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۳.
- ۵۲) مرتضوی لنگرودی، محمدحسن (۱۴۱۲ق). الدرالنضید فی الاجتهاد والاحتیاط والتقلید، قم: انصاریان.
- ۵۳) مطهری، مرتضی (۱۳۵۷). عدل الهی. تهران: صدرا.
- ۵۴) مظفر، محمدرضا (۱۳۷۵). اصول الفقه (جلد ۲). قم: اسماعیلیان.
- ۵۵) مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۳). تعزیر و گستره آن. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
- ۵۶) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق). تعزیر و گستره آن. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب

عليه السلام.

- (۵۷) موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۱۸ق). تنقیح الاصول. تهران: نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- (۵۸) موسوی خمینی، سیدروح الله (بی تا). القواعد الفقهیه والاجتهاد والتقلید (الرسائل) (جلد ۱). قم: اسماعیلیان.
- (۵۹) مهریزی، مهدی (۱۳۸۸). عدالت به مثابه قاعده فقهی. فصلنامه نقد و نظر، شماره ۱۰.
- (۶۰) نایینی، محمدحسین (۱۳۵۲). اجودالتقریرات (جلد ۲). قم: مطبعة العرفان.
- (۶۱) نجفی، محمدحسن (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (جلد ۳۷). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- (۶۲) نجفی (کاشف الغطا)، حسن (۱۴۲۲ق). انوار الفقاهة؛ کتاب الصلح (جلد ۱). نجف: کاشف الغطا.
- (۶۳) نجفی خوانساری، موسی (۱۳۷۳). رساله فی قاعده نفی الضرر. تهران: المحمدیه.
- (۶۴) نراقی، مولا احمد (۱۴۱۷ق). عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام. قم: اسلامی.
- (۶۵) نقیبی، ابوالقاسم (۱۳۸۵). اصل عدالت و قانون گذاری دینی. ندای صادق، شماره ۴۳.
- (۶۶) نقیبی، ابوالقاسم (۱۳۸۶). خسارت معنوی در حقوق اسلام، ایران و نظام های حقوقی معاصر. تهران: امیرکبیر.
- (۶۷) نوری، حسین (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل (جلد ۱۱). بیروت: آل البيت.

- 68) Anson, William (1964). Principles of the English law of contract and of agency in its relation to contract. Oxford.
- 69) Sealy, Len, & Hooley, Richard (2009). Commercial law, text, cases and material. Oxford University Press.

References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Abdollahzadeh, Milad (1396 SH/2017). Jāyghāh-e 'edālat dar estenbāt-e aḥkām-e feqhī [The place of justice in deriving jurisprudential rulings] (Master's thesis). Allameh Tabataba'i University [in Persian].
- 3) Adams, John N., & Brownsword, Roger (1386 SH/2007). Taḥlīl va naqdī bar ḥoqūq-e gharārdād dar Engelistān [An analysis and critique of contract law in England] (Mahdi Musavi, Trans.). Tehran: Mizan [in Persian].
- 4) Adel, Morteza (1389 SH/2010). Qavā'ed-e enṣāf dar neẓām-e kāmen-lā [Rules of equity in the common law system]. Faṣlnāme-ye Ḥoqūq-e Dāneshkade-ye Ḥoqūq va 'Olūm-e Siyāsī [Quarterly Journal of the Faculty of Law and Political Science], No. 1 [in Persian].
- 5) Akbari, Mohammad Javad (1387 SH/2008). Qā'ede-ye feqhī-ye 'edālat va enṣāf dar feqh-e eslāmī va barrasī-ye taṭbīqī-ye ān dar neẓām-e ḥoqūqī-ye kāmen-lā [The jurisprudential rule of justice and fairness in Islamic jurisprudence and its comparative study in the common law legal system] (Master's thesis). Tarbiat Moallem University of Tehran [in Persian].
- 6) Akhund Khorasani, Mohammad Kazem (1409 AH/1988). Kefayat al-Usul. Qom: Ahl al-Bayt [in Arabic].
- 7) Akhundi, Ali (1396 SH/2017). Mizan va chegonegi-ye naqsh-e qā'ede-ye 'edālat dar qānūn-gozārī va 'edālat [The extent and manner of the role of the rule of justice in legislation and justice] (Master's thesis). Islamic Azad University [in Persian].
- 8) Ali-Akbarian, Hasan Ali (1386 SH/2007). Qā'ede-ye 'edālat dar feqh-e emāmiye [The rule of justice in Imami jurisprudence]. Qom: Islamic Sciences and Culture Research Institute [in Persian].
- 9) Alidoust, Abolghasem (1388 SH/2009). Feqh va maṣlaḥat [Jurisprudence and expediency]. Tehran: Institute for Culture and Islamic Thought [in Persian].
- 10) Ameli (Shahid Sani), Zeyn al-Din (1398 SH/2019). al-Rawda al-Bahiyya fi Sharh al-Luma al-Dimashqiyya (Vol. 8). Qom: Majma al-Fikr al-Islami [in Arabic].
- 11) Amid Zanjani, Abbas Ali (1384 SH/2005). Qavā'ed-e feqh-e siyāsī (maṣlaḥat) [Rules of political jurisprudence (Expediency)] (Vol. 9). Tehran: Amir Kabir [in Persian].
- 12) Amini, Mansour, & Abdi, Mona (1393 SH/2014). Barrasī-ye taṭbīqī-ye nemāyandegī-ye zāherī [A comparative study of apparent agency]. Majalle-ye Ḥoqūqī-ye Dādgoṣtarī [Judiciary Law Journal], No. 78. <https://doi.org/10.22106/jlj.2014.11936> [in Persian].
- 13) Amiri Qaem-Maqami, Abdolmajid (1351 SH/1972). Enqezā-ye nemāyandegī-ye erādī va mas'ale-ye vekālat-e gheyr-e qābel-e 'azl [Termination of voluntary agency and the issue of irrevocable power of attorney]. Faṣlnāme-ye Ḥoqūq-e Dāneshkade-ye Ḥoqūq va 'Olūm-e Siyāsī [Quarterly Journal of the Faculty of Law and Political Science], No. 21 [in Persian].
- 14) Amirmo'ezzi, Ahmad (1388 SH/2009). Neyābat dar ravābeṭ-e tejārī va madanī

- [Agency in commercial and civil relations]. Tehran: Dadgostar [in Persian].
- 15) Ansari, Ali (1391 SH/2012). *Teorī-ye ḥosn-e niyat dar gharārdādihā (moṭāle‘e-ye taṭbīqī dar ḥoqūq-e Īrān va nezāmhā-ye ḥoqūqī-ye mo‘āsher)* [Theory of good faith in contracts (A comparative study in Iranian law and contemporary legal systems)]. Tehran: Jangal [in Persian].
 - 16) Ansari, Morteza (1419 AH/1998). *Faraed al-Usul*. Qom: Majma al-Fikr al-Islami [in Arabic].
 - 17) Ansari, Morteza (n.d.). *Qaedat la zarar va al-yad va al-sehha va al-qora (Faraed al-Usul) (Vol. 2)*. Qom: Eslami [in Arabic].
 - 18) Anson, William (1964). *Principles of the English law of contract and of agency in its relation to contract*. Oxford.
 - 19) Asghari, Mohammad (1388 SH/2009). ‘*Edālat be-methābe-ye qā‘ede-ye feqhī-ḥoqūqī* [Justice as a jurisprudential-legal rule]. *Faṣlnāme-ye Ḥoqūq-e Dāneshkade-ye Ḥoqūq va ‘Olūm-e Siyāsī-ye Dāneshgāh-e Tehran* [Quarterly Journal of the Faculty of Law and Political Science of the University of Tehran], No. 1 [in Persian].
 - 20) Bojnordi, Hasan ibn Aqabozorg (1419 AH/1998). *al-Qawaed al-Feqhiyya (Vol. 1)*. Qom: al-Hadi [in Arabic].
 - 21) Cheshire, George Cheyne, Fifoot, Cecil Herbert Stuart, & Furmston, Michael Philip (1394 SH/2015). *Aṣl-e nesbī budan-e gharārdād dar ḥoqūq-e nemāyandegī* [The doctrine of privity of contract in agency law] (Saeedeh Salehi & Marziyeh Khalili, Trans.). Tehran: Majd [in Persian].
 - 22) Dehghan, Ramadan (1391 SH/2012). *Ta‘sir-e enṣāf dar ḥoqūq-e khuṣūṣī bā negarshī dar ḥoqūq-e Engelis* [The impact of fairness in private law with a view to English law]. Tehran: Fekrsazan [in Persian].
 - 23) Demarchili, Mohammad, Hatami, Ali, & Gharaii, Mohsen (1397 SH/2018). *Qānūn-e tejārat dar naẓm-e ḥoqūqī-ye konūnī* [Commercial law in the current legal order]. Tehran: Misagh-e Edalat [in Persian].
 - 24) Esfahani (Sheykh al-Sharia), Fathollah (1410 AH/1989). *Qaedat la zarar*. Qom: Eslami [in Arabic].
 - 25) Eskini, Rabia, & Pourarshad, Nader (1389 SH/2010). *Naẓariye-ye nemāyandegī-ye zāherī dar ḥoqūq-e Īrān bā roykar d-e taṭbīqī be ḥoqūq-e khārejī* [The theory of apparent agency in Iranian law with a comparative approach to foreign law]. *Majalle-ye Nāme-ye Mofid* [Mofid Letter Journal], No. 82 [in Persian].
 - 26) Esmaili, Mohsen (1377 SH/1998). *Naẓariye-ye khasārat; barrasī-ye lozūm-e jabrān-e khasārathā-ye ma‘navī va mas‘ūliyat-e nāshī az tafvīt-e manāfe‘ va forṣathā az didgāh-e feqh va ḥoqūq-e taṭbīqī* [Theory of damages; Examining the necessity of compensation for moral damages and liability arising from loss of benefits and opportunities from the perspective of jurisprudence and comparative law]. Tehran: Amir Kabir [in Persian].
 - 27) Fazel Lankarani, Mohammad Javad (n.d.). *Dars-e khārej-e feqh (Jalaseh 6, edāme-ye baḥs-e barā‘at)* [Advanced jurisprudence lecture (Session 6, continuation of the discussion on bara‘at)] [in Persian].

- 28) Fazel Tuni, Abdollah (1415 AH/1994). *al-Wafiya fi Usul al-Feqh*. Qom: Majma al-Fikr al-Islami [in Arabic].
- 29) Ghazali, Mohammad (1417 AH/1996). *al-Mustasfa min Ilm al-Usul* (Vol. 1). [n.p.] [in Arabic].
- 30) Group of Authors (1380 SH/2001). *Majmue-ye goft-o-guhā-ye ham-andishī-ye barrasī-ye masāel va moshkelāt-e zanān; olaviyathā va roykardhā* [Collection of consultative discussions on examining women's issues and problems; Priorities and approaches]. Qom: Women's Studies and Research Office [in Persian].
- 31) Hosseini Rouhani, Sadegh (n.d.). *Feqh al-Sadeq (alayh al-salam)* (Vol. 18). [n.p.] [in Arabic].
- 32) Hurr Ameli, Mohammad ibn Hasan (1409 AH/1988). *Vasael al-Shia* (Vol. 28). Qom: Ahl al-Bayt [in Arabic].
- 33) Jazayeri, Mohammad Jafar (1415 AH/1994). *al-Qawaed al-Feqhiyya va al-Ijtihad va al-Taqlid (Muntaha al-Diraya)* (Vol. 8). Qom: Dar al-Ketab [in Arabic].
- 34) Karami, Sakineh (1394 SH/2015). *Naẓm-e 'omūmī; abzārī barā-ye kontrol-e qazāyī-ye shorūṭ-e nā'ādelāneh* [Public order; A tool for judicial control of unfair terms]. *Majalle-ye Hoqūqī-ye Dādgostārī* [Judiciary Law Journal], No. 91. <https://doi.org/10.22106/jlj.2015.15718> [in Persian].
- 35) Katouzian, Nasser (1379 SH/2000). *Kolliyāt-e hoqūq; nazariye-ye 'omūmī* [Generalities of law; General theory]. Tehran: Sahami Enteshar [in Persian].
- 36) Khosravanjam, Asghar (1390 SH/2011). *Teorī-ye 'amal be zāher* [Theory of acting upon appearances] (Master's thesis). University of Guilan [in Persian].
- 37) Lotfi, Ehsan (1396 SH/2017). *Goftārī dar naqd va barrasī-ye nazariye-ye hoqūqī-ye 'amal be zāher* [A discourse on the critique and examination of the legal theory of acting upon appearances]. *Moṭāle'āt-e Hoqūq-e Khuṣūṣī* [Private Law Studies], No. 2 [in Persian].
- 38) Madanian, Gholamreza, Rahmatollahi, Hossein, & Khaleghi Damghani, Ahmad (1390 SH/2011). *Emkān yā emtenā'-e tabyīn-e mafhūm-e nazm-e 'omūmī dar hoqūq (moṭāle'e dar hoqūq-e keshvarhā-ye Īrān, Engelis va Farānseh)* [Possibility or impossibility of explaining the concept of public order in law (A study in the laws of Iran, England, and France)]. *Pazhūheshhā-ye Hoqūq-e Taṭbīqī* [Comparative Law Research], No. 3 [in Persian].
- 39) Makarem Shirazi, Naser (1383 SH/2004). *Ta'zīr va gostare-ye ān* [Ta'zīr and its scope]. Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School [in Persian].
- 40) Makarem Shirazi, Naser (1425 AH/2004). *Tazir va gostare-ye ān* [Ta'zīr and its scope]. Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School Publications [in Persian].
- 41) Mehrizi, Mehdi (1388 SH/2009). *'Edālat be-methābe-ye qā'ede-ye feqhī* [Justice as a jurisprudential rule]. *Faṣlnāme-ye Naqd va Nazar* [Quarterly of Philosophy & Theology], No. 10 [in Persian].
- 42) Mohaqqueq Damad, Mostafa (1406 AH/1985). *Qavaed-e Feqh* (Vol. 4). Tehran: Markaz-e Nashr-e Oloom-e Eslami [in Persian].
- 43) Mokhlesi, Abbas (1373 SH/1994). *No'avari haye Sheikh Ansari dar danesh-e*

- usul [Innovations of Sheikh Ansari in the science of Usul al-Fiqh]. *Majalle-ye Feqh* [Journal of Jurisprudence], No. 1 [in Persian].
- 44) Mortazavi Langroudi, Mohammad Hasan (1412 AH/1991). *al-Dorr al-Nazid fi al-Ijtihad va al-Ehtiyat va al-Taqlid*. Qom: Ansariyan [in Arabic].
- 45) Motahhari, Morteza (1357 SH/1978). *‘Adl-e elāhi* [Divine justice]. Tehran: Sadra [in Persian].
- 46) Mousavi Khomeini, Seyyed Ruhollah (1418 AH/1997). *Tanqih al-Usul*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini’s Works [in Arabic].
- 47) Mousavi Khomeini, Seyyed Ruhollah (n.d.). *al-Qawaed al-Feqhiyyah va al-Ijtihad va al-Taqlid (al-Rasael)* (Vol. 1). Qom: Esmaeiliyan [in Arabic].
- 48) Mozaffar, Mohammad Reza (1375 SH/1996). *Uṣūl al-Feqh* (Vol. 2). Qom: Esmaeiliyan [in Arabic].
- 49) Naeini, Mohammad Hossein (1352 SH/1973). *Ajvad al-Taqrirat* (Vol. 2). Qom: Matbaat al-Irfan [in Arabic].
- 50) Naghibi, Abolghasem (1385 SH/2006). *Aṣl-e ‘edālat va qānūn-gozārī-ye dīnī* [The principle of justice and religious legislation]. *Nedā-ye Ṣādeq* [Sadeq’s Call], No. 43 [in Persian].
- 51) Naghibi, Abolghasem (1386 SH/2007). *Khasārat-e ma‘navī dar ḥoqūq-e eslām, Īrān va nezāmehā-ye ḥoqūqī-ye mo‘āser* [Moral damages in Islamic law, Iranian law, and contemporary legal systems]. Tehran: Amir Kabir [in Persian].
- 52) Najafi (Kashef al-Ghata), Hasan (1422 AH/2001). *Anvar al-Feqahah; Ketab al-Solh* (Vol. 1). Najaf: Kashef al-Ghata [in Arabic].
- 53) Najafi Khansari, Musa (1373 SH/1994). *Resāle fi qā‘ede-ye nafy-e ḍarar* [Treatise on the rule of negation of harm]. Tehran: al-Mohammadiyya [in Persian].
- 54) Najafi, Mohammad Hasan (n.d.). *Javaher al-Kalam fi Sharh Sharaye al-Islam* (Vol. 37). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi [in Arabic].
- 55) Naraqī, Molla Ahmad (1417 AH/1996). *Avaed al-Ayyam fi Bayan Qavaed al-Ahkam*. Qom: Eslami [in Arabic].
- 56) Nuri, Hossein (1408 AH/1987). *Mostadrak al-Vasael va Mostanbat al-Masael* (Vol. 11). Beirut: Ahl al-Bayt [in Arabic].
- 57) Olfat, Nematollah (1384 SH/2005). *Naẓm-e ‘omūmī va elzām be en‘eqād-e gharārdād* [Public order and obligation to conclude a contract]. *Feqh va Ḥoqūq* [Jurisprudence and Law], No. 7 [in Persian].
- 58) Oloumi Yazdi, Hamidreza, & Babazadeh, Babak (1389 SH/2010). *Shivehā-ye tafsīr-e gharārdād dar nezām-e ḥoqūqī-ye Īrān va Engelistān* [Methods of contract interpretation in the legal systems of Iran and England]. *Faṣlnāme-ye Pazhūhesh-e Ḥoqūq-e ‘Omūmī* [Quarterly Journal of Public Law Research], No. 29 [in Persian].
- 59) Ostadi, Mona (1387 SH/2008). *Teorī-ye nemāyandegī-ye zāherī* [Theory of apparent agency] (Master’s thesis). University of Kashan [in Persian].
- 60) Parsapour, Mohammad Bagher, & Nourbakhsh, Sousan (1394 SH/2015). *Me‘yārḥā-ye arzyābī-ye maṣlaḥat-e kūdak dar feqh-e emāmīye, ḥoqūq-e Īrān*

- va konvansiyon-e hoquq-e kudak [Criteria for evaluating the best interests of the child in Imami jurisprudence, Iranian law, and the Convention on the Rights of the Child]. Paghesh-e Ta'biqi-ye Hoquq-e Eslam va Gharb [Comparative Research of Islamic and Western Law], No. 3 [in Persian].
- 61) Qashqaei, Hossein (1378 SH/1999). Shiveh-ye tafsir-e gharardadha-ye khushu dar hoquq-e Iran va nezamha-ye hoquqi-ye mo'asher [Method of interpreting private contracts in Iranian law and contemporary legal systems]. Qom: Islamic Propagation Office [in Persian].
- 62) Sadeghzadeh Tabatabaei, Mahmoud (1391 SH/2012). E'tebar va qalamrav-e qa'ede-ye edalat dar feqh az manzar-e ketab va sonnat [Validity and scope of the rule of justice in jurisprudence from the perspective of the Qur'an and Sunnah] (Doctoral dissertation). University of Quran and Hadith [in Persian].
- 63) Saghari, Mohammad (1390 SH/2011). E'tebar-e shihat-e zaheri dar hoquq-e tejarat (bahsi dar hoquq-e Iran va Faranseh) [Validity of apparent correctness in commercial law (A discussion in Iranian and French law)]. Didgaha-ye Hoquqi [Legal Views], No. 53 [in Persian].
- 64) Sealy, Len, & Hooley, Richard (2009). Commercial law, text, cases and material. Oxford University Press.
- 65) Tabatabaei Qomi, Taqi (1413 AH/1992). Omdah al-Mataleb fi al-Taliq ala al-Makasib. Qom: Mahallati Bookstore [in Arabic].
- 66) Tabatabaei Yazdi, Mohammad Kazem (1410 AH/1989). Hashiyat al-Makasib. Qom: Esmailiyan Institute [in Arabic].
- 67) Tabrizi, Musa (1369 SH/1990). Awthaq al-Wasael fi Sharh al-Rasael. Qom: Najafi [in Arabic].
- 68) Taghavi Moghaddam, Mohammad Hossein (1397 SH/2018). Tahli-e fehi-hoquqi-ye qa'ede-ye edalat [Jurisprudential-legal analysis of the rule of justice] (Master's thesis). Islamic Azad University [in Persian].
- 69) Tusi, Mohammad ibn Hasan (1417 AH/1996). Tahdhib al-Ahkam. Tehran: Sedouq Publications [in Arabic].