



Original Article

Impact of Mantaqa Al-Faraq Theory on General Issues of Contract Law, with a Special Approach to Administrative Contracts

Sayyed Mostafa Mohaghegh Damad¹, Mahdi Niazabadi² , Bahareh Arab³

ABSTRACT

One of the issues that has been specifically raised in the modern *Usua Al Fiqh* and has also been discussed sporadically in its traditional version but has not been the subject of an independent chapter, is the consideration of fixed and variable elements in the inference of rulings (*Ahkam*) and the method of *Ijtihad*. If we want to be satisfied with stability in the matter of *Ijtihad*, the appearances and rulings of *Sharia* will be isolated from the onslaught of the daily needs of society, and the issues and matters related to the religious in Islamic societies will be left without a solution or answer. Theory of “*Mantaqa Al-Faraq*” (changeable area) would be considered as one of the parameters of religion flexibility that was introduced by Mohammad Baqir Sadr, under this title, for the first time, regarding the possibility of freedom of government [legislative] intervention in Islamic economy. *Mantaqa Al-Faraq* is an area that its subjects due to variable and changeable nature, have variable and changeable sutra and rules, so that, God [as the Islamic legislature] refusing to set and codify fixed sutra and rules, delegated the setting and codification the relevant detailed rules, accordance to the benefit and requirements of each period, to the Islamic regnant or governor of that period. So, this area is standing on the opposite side of “fixed area” that its subjects have fixed and unchangeable sutra and rules at any period. The main goal of this article is to examine the criteria of “*Mantaqa Al-Faraq*” theory and its secondary goals, to reconcile these criteria with the general principles of contract law and a specific type of contract, called administrative contracts. In this article, relying on the descriptive-analytical method and the study of library resources, attempted to first, identify the theory of “*Mantaqa Al-Faraq*” and its criteria, and secondly, by returning to the sources of contract law and administrative law, while examining the challenging issues in these two areas, by applying the criteria of the “*Mantaqa Al-Faraq*” theory, to analyze whether these two areas of law are subject to the aforementioned theory and its effects or no? By studying the opinions of Mohammad Baqir Sadr in “*Eghtesadona*”, three criteria for the area of *Mantaqa Al-Faraq* can be deduced: First, the area of *Mantaqa Al-Faraq* governs

How to Cite: Sayyed Mostafa, Mohaghegh Damad, Niazabadi, Mahdi, Arab, Bahareh, "Impact of Mantaqa Al-Faraq Theory on General Issues of Contract Law, with a Special Approach to Administrative Contracts", Legal Research, Vol. 28, No. 111, 2025, pp: 1-20.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2020.184575.1518>

Received: 31/12/2019-Accepted: 01/03/2020

1. Professor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

2. Assistant Professor, Faculty of Humanities, Shahed University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: m_niazabadi@sbu.ac.ir

3. Phd Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran



Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

the relationship between huamn and nature; this type of relationship is changeable and not fixed, due to existence of nature. Second, there are no fixed detailed rules in Sharia law for the area of *Mantaqa Al-Faraq*. All the subjects and issues are free and not governed by any islamic rule (*Hokm*). Third, the general rule for the area of *Mantaqa Al-Faraq* is “permissible” and “*Jawaz*.” Therefore, the Islamic ruler can prohibit or order any activity or action that is not indicated by a legislative text as obligatory or forbidden. Combining the last three components leads to the clarification and scrutiny of the boundaries of the area of Mantaqa Al-Faraq. Therefore, it can be concluded that firstly, the theory of the Mantaqa Al-Faraq is related to the stage of legislation (caninzation) and not implementation, and secondly, due to the lack of a primary ruling by the legislator in this area, the ruling issued by the ruler is considered the primary ruling, and any issue that meets these three criteria in the present time is interpreted under the scope of Mantaqa Al-Faraq and can be determined by the Islamic ruler according to the requirements of the time and the interests of the day, and is not subject to any immutable principle. Among the issues that can be discussed in terms of inclusion or non-inclusion under this theory is the issue of contract law and a specific type of them under the title of administrative contracts. Among the introduced subjects and issues of Contract Law, some have detailed history of Islamic jurisprudence and the other, because of progress and advancement of science and technology and emerge of human needs, are regarded as new and modern issues and don’t have really detailed history of Islamic jurisprudence. The former one, on the terms of different interpretations, would be included in the fixed area or Mantaqa Al-Faraq and the latter one (like invalidity of unfair terms in contracts, right of withdrawal in distance contracts for consumers and etc), due to the aggregation of Mantaqa Al-Faraq components, would be included in this area. Administrative Contracts as an important and special type of contracts, due to lack of detailed history of Islamic jurisprudence and encompassing all Mantaqa Al-Faraq components, would be included in this area and the authority of setting the rules governing them is delegated to the Islamic regnant or governor. By examining the concept and nature of this type of contract, we find that not only does their essence and essence, but also their causes (the formation of the state in the modern sense and the theories related to it, etc.) have not been examined in *Sharia* books due to their emergence in recent historical times and it is obvious that there are no express rules to govern them.

KeyWords: Mantaqa Al-Faraq, Contract Law, Administrative Contracts



تأثیر نظریه منطقه‌الفراغ بر کلیات حقوق قراردادها با نگاهی خاص به قراردادهای اداری

سید مصطفی محقق داماد^۱، مهدی نیازآبادی^۲، بهاره عرب^۳

چکیده

نظریه «منطقه‌الفراغ» را می‌توان از جمله معیارهای انعطاف‌پذیری شریعت دانست که نخستین بار ذیل همین عنوان توسط شهید محمدباقر صدر درخصوص امکان آزادی مداخله دولت در اقتصاد اسلامی مطرح شد. منطقه‌الفراغ، حوزه‌ای است که موضوعات مشمول آن به سبب ماهیت متطور و متغیر خود، متعلق احکام ناآبیت قرار می‌گیرد و لذا شارع با خودداری از وضع احکام ثابت در این حوزه، وضع قواعد مربوطه تفصیلی متناسب با مصالح و مقتضیات هر دوره را برعهده حاکم و ولی‌امر اسلامی آن دوره نهاده است. لذا این حوزه در «مقابل منطقه ثابتی» قرار می‌گیرد که موضوعات مشمول آن متعلق احکام ثابت و لایتنیر در تمام ادوار است. ازجمله مسائلی که می‌تواند از حیث شمول یا عدم شمول، ذیل این نظریه مورد بحث قرار گیرد، مبحث حقوق قراردادها و نوع خاصی از آنها تحت عنوان قراردادهای اداری است؛ از مباحثی که ذیل کلیات حقوق قراردادها مطرح شده، دسته‌ای دارای پیشینه مفصل فقهی است و دسته‌ای معلول پیشرفت علوم و فناوری و ایجاد نیازهای بشری، نوین و مستحدثه تلقی شده و دارای پیشینه تفصیلی فقهی نیست. دسته نخست حسب تفاسیر متفاوت می‌تواند ذیل منطقه ثابت یا منطقه‌الفراغ جای گیرد و دسته دوم به جهت تجمیع مؤلفه‌های منطقه‌الفراغ ذیل این حوزه قرار می‌گیرد. قراردادهای اداری نیز به عنوان قسم خاص و واجد اهمیتی از قراردادها، به جهت فقدان پیشینه تفصیلی فقهی و واجدیت جمیع مؤلفه‌های منطقه‌الفراغ ذیل این حوزه جای گرفته و لذا اختیار وضع قواعد حاکم بر آنها بر عهده حاکم و ولی امر در حکومت اسلامی است.

کلید واژگان: منطقه‌الفراغ، کلیات حقوق قراردادها، قراردادهای اداری.

استناد به این مقاله: محقق داماد، سید مصطفی، نیازآبادی، مهدی، عرب، بهاره، «تأثیر نظریه منطقه‌الفراغ بر کلیات حقوق قراردادها با نگاهی خاص به قراردادهای اداری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۱۱، مهر ۱۴۰۴، صص: ۱-۲۰.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2020.184575.1518>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۱۱

۱. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

۲. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: m_niazabadi@sbu.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران



Copyright: © 2025 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

یکی از مسائلی که در علم اصول جدید به طور خاص مطرح شده و به صورت پراکنده در علم اصول سنتی نیز محل بحث بوده، ولیکن فصل مستقلی به آن اختصاص پیدا نکرده است، توجه به عناصر ثابت و متغیر در استنباط احکام و روش اجتهادی است. حقیقت آن است که اگر بخواهیم در امر اجتهاد به ثبات بسنده کنیم، ظواهر و احکام شریعت در مقابل هجوم نیازهای روزمره جامعه منزوی می‌شوند و مسائل و امور مربوط به متدینین در جوامع اسلامی بدون راه حل و پاسخ رها می‌شوند؛^۱ لذا به جرئت می‌توان ادعا کرد که در دنیای حاضر، رسالت اصلی اجتهاد تبدیل شدن به عاملی است که قادر باشد دین را در تمام ازمنه و امکانه توانمند کند تا جوامع دینی و دین‌مداران بتوانند حیات خود را با آموزه‌های دینی هماهنگ کنند. بنابراین در رخداد مسائل نوین که معلول پیشرفت ابعاد مختلف زندگانی بشر است، تفکیک میان عناصر ثابت و متغیر در استنباط احکام، ازجمله موارد نیاز مجتهد است و بدیهی است در این راه، ضروری‌ترین مستمسک، ارائه معیاری دقیق، جهت تعیین حد فاصل میان این دو عنصر است. در همین راستا، در فقه و اصول معاصر، علمای اهل تسنن و تشیع سعی در ارائه معیار اخیرالذکر و تدقیق آن داشته‌اند. چنانچه عبده در مصر به کمک رشیدرضا (مقرّر درس‌های او) فقه مقارنی را مطرح می‌کند و می‌گوید مبنا و منبع اجتهاد سه چیز است: نصوص شرعی، حکمت تشریع و قواعد عامه (ازجمله قواعد مسلمة یسر، دفع حرج، جلب مصالح، نفی ضرر و ضرار و دفع مفسد). در این بین، قواعد عامه خود، مبنا و زیربنای استنباط احکام مربوط به نیازهای جدید است.^۲ گروه دیگری در اهل تسنن مبحث مقاصدالشریعه را مطرح می‌کنند و آن را یکی از منابع فقه می‌دانند. این دسته معتقدند که مقاصد شریعت (مثل عدل و ظلم) ثابت است، ولیکن طرق وصول به آنها در ازمنه و امکانه مختلف متفاوت است.^۳ در میان علمای اهل تشیع نیز، نظراتی مرتبط با این حوزه بیان شده است؛ ازجمله، شهید محمد باقر صدر در کتاب «اقتصادنا»، نظریه منطقه‌الفراغ را در ارتباط با مداخله دولت در مکاتب اقتصادی اسلامی بیان می‌کند. اگرچه عنوان «منطقه‌الفراغ» نخستین بار در آرای شهید صدر به کار رفته، ولیکن مفاد این نظریه، قبل از شهید صدر، یا معاصر با او، با اندک تفاوتی در کتب برخی علما مورد اشاره قرار گرفته است: آیت الله نایینی در کتاب مستطاب «تنبيه الامه و تنزيه الملة»^۴ شبیه این نظریه را با عنوان «احکام منصوص (ثابت) و غیرمنصوص (متغیر)» مطرح می‌کند و معتقد است «قوانین و دستوراتی که در تطبیق آنها بر شریعات - کما ینبغی - باید مراقبت و دقت شود، فقط به قسم اول [احکام منصوص و ثابت] مقصود است و در قسم دوم [احکام غیرمنصوص و متغیر] بدون موضوع و بلامحل است».^۵ مرحوم سید حسن مدرس در زمان تصویب قانون اصول محاکمات جزایی در مجلس، تأکید می‌کند که امور اداری مشمول قوانین وضعی است.^۶ علامه طباطبایی در تفسیر «المیزان» احکام جزئی مربوط به حوادث جاری را که بر اثر تغییر زمان به سرعت متغیر است، از اختیارات حاکم

۱. محقق داماد، سید مصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها (۱)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۹، شماره ۴۴، ۱۳۸۵، ص ۱۴.

۲. محقق داماد، سید مصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها (۲)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۰، شماره ۴۶، ۱۳۸۶، ص ۲۰.

۳. محقق داماد، سید مصطفی، «اصول فقه ۲»، جزوه درسی حقوق مدنی، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۱.

۴. این کتاب که در مجله‌هایی با پاورقی مرحوم طالقانی تدوین یافته است، ذیل پردازش نظریه مشروطیت، در پی تنزیه دین اسلام از اتهامات وارده (مثل تبعیض در قبال زن، استبداد و...) ازسوی غربی‌هاست.

۵. نایینی، محمدحسین، تنبيه الامه و تنزيه الملة، قم: مؤسسه بوستان کتاب، چاپ دوم، ۱۳۸۸، صص ۱۳۴ و ۱۳۵.

۶. مدرس، سیدحسین، نطق‌ها و مکتوبات، تهران: ابوذری، چاپ اول، ۱۳۵۵، صص ۲۱۰ و ۲۱۱.

اسلامی می‌داند^۱ و در نهایت، امام خمینی در کتاب «حکومت در اسلام» بیان می‌دارد که حکومت، خود از جمله منابعی است که به صدور احکام اولیه می‌پردازد.^۲ اما در کنار این نظریات، آنچه بحث منطقه‌الفراغ را متمایز می‌کند، تبیین و تحدید حوزه‌ای معین است که به سبب تطور، تحول و عدم ثبات موضوعات آن، ولی امر اسلامی می‌تواند براساس ضوابط و اهدافی اقدام به تصویب قوانین متناسب با اوضاع و احوال آن نماید؛ لذا در این مقاله هدف آن است که پس از تبیین دقیق این نظریه و اثبات حوزه مربوط به منطقه‌الفراغ، به تشریح کلیات حقوق قراردادهای در پرتو نظریه مذکور بپردازیم و به این سؤال پاسخ دهیم که آیا اصول کلی حقوق قراردادهای ذیل این حوزه جای می‌گیرند؟ سپس ضمن بررسی مفهوم و ماهیت قراردادهای اداری، به طور خاص، امکان یا عدم امکان وجود رابطه‌ای میان قواعد حاکم بر این قسم خاص قراردادهای و نظریه منطقه‌الفراغ را کنکاش و بررسی کنیم که آیا این قواعد حسب مقتضیات زمان دچار تحول و تغییر می‌شوند؟

۱. تبیین و تشریح نظریه منطقه‌الفراغ و اثبات آن

نظریه منطقه‌الفراغ، نخستین بار در آرای شهید صدر به کار رفته است، بنابراین ابتدا تفسیر ایشان از این نظریه و مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم و سپس به اثبات امکان وجود چنین حوزه‌ای خواهیم پرداخت.

۱.۱. تبیین و تشریح نظریه منطقه‌الفراغ

شهید محمدباقر صدر در قسمت پایانی کتاب وزین «اقتصادنا»، در خصوص امکان آزادی مداخله دولت در اقتصاد اسلامی به حوزه‌ای تحت عنوان «منطقه‌الفراغ» اشاره می‌کند. مستنبط از توضیحات شهید صدر می‌توان گفت منطقه‌الفراغ، حوزه‌ای است که به سبب ماهیت متطور و نا ثابت خود دارای موضوعات و عناوین متغیر است و شارع وضع احکام و قواعد تفصیلی متناسب با اوضاع، احوال و مقتضیات زمان و مکان در این حوزه را با حفظ ضوابط — در چارچوب‌های معینی — به عهده حاکم اسلامی و ولی امر هر دوره زمانی نهاده است.^۳ لذا از منظر شهید صدر، منطقه‌الفراغ در برابر منطقه ثابت قرار دارد. با این توضیح که موضوعات و عناوین منطقه ثابت در سیر زمان و مکان بلا تغییر است و احکام صادره از شارع نیز در این قسمت ثابت و لایتغیر است؛ اما منطقه‌الفراغ ناظر به حوزه‌ای است که به سبب تغییر و تطور موضوعات آن، شارع از وضع حکم ثابت در آن خودداری کرده و این امر را به عهده متولی حکومت اسلامی در ادوار مختلف گذاشته است. لذا احکام مربوط به حوزه منطقه‌الفراغ تابع مصالح و مقتضیات زمان است، بدون آنکه شارع نظری بر آنها داشته باشد. با اندک تعمقی در آرای شهید صدر، درمی‌یابیم که ایشان مؤلفه‌هایی را برای تحدید و تبیین ثغور منطقه‌الفراغ در نظر داشته‌اند که لازم است به آنها اشاره شود:

— منطقه‌الفراغ ناظر بر روابط انسان با طبیعت است: ^۴ شهید صدر معتقد است که دو گونه رابطه را می‌توان موضوع قواعد حقوقی قرار داد: نخست، رابطه اشخاص با یکدیگر (انسان با هم‌نوعش)، که دارای تطور نیست و قواعدی ثابت را مقتضی است. دوم، رابطه اشخاص با طبیعت^۵ که در طول زمان، قواعد متغیر، متطور و مقتضی با زمان را می‌طلبد. قواعد حاکم

۱. طباطبایی، محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، جلد ۸، تهران: کانون انتشارات محمدی، چاپ سوم، ۱۳۶۳، ص ۱۲۹ (ذیل آیه ۵۹ سوره مبارکه نساء).

۲. موسوی خمینی، سید روح الله، *حکومت در اسلام*، تهران: امیرکبیر، چاپ اول، ۱۳۶۷، ص ۵۴.

۳. صدر، محمدباقر، *اقتصادنا*، ترجمه عبدالعلی اسپهبدی، جلد ۲، تهران: اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۵۷، ص ۳۴۳.

۴. همان، ص ۳۴۴.

۵. به نوعی متأثر از مکتب مارکسیسم، روابط حقوقی انسان‌ها با یکدیگر امری عرضی است و تابع تطور انسان با طبیعت است.

بر روابط اشخاص با طبیعت از آن جهت متطور است که میزان سیطره انسان بر طبیعت در گذر زمان، به دلیل پیشرفت علم و فناوری متفاوت می‌شود.^۱

- در شرع، قواعد تفصیلی ثابت برای منطقه‌الفراغ وجود ندارد.^۲ علت آن است که اگر حکم ثابت بر موضوعات متطور این حوزه بار شود، با اهداف کلی شریعت در تعارض خواهد بود. شهید صدر با یک مثال به تبیین این مؤلفه می‌پردازد: بنا بر اقوال معصومین (علیهم‌السلام)، در صدر اسلام، هر کس زمین میته‌ای را آباد می‌کرد، مالک آن شناخته می‌شد. این حکم در صدر اسلام قاعده‌ای موجه محسوب می‌شد. ولیکن اگر قائل به حکومت این حکم ثابت در ادوار مختلف باشیم، نتیجه آن است که باوجود پیشرفت فناوری و صنایع، صاحبان ابزارآلات مدرن با آباد کردن مساحت زیادی از زمین، مالک آن می‌شدند و املاک زیادی را به تصاحب خود درمی‌آوردند. حال آنکه اشخاص فاقد این امکانات از تملک باز می‌مانند و این امر با اهداف کلی و مقدس شریعت، که عبارت‌اند از «عدالت» و «ارتزاق»، در تعارض است.

- حکم کلی منطقه‌الفراغ، «اباحه» و «جواز» است: لذا هر فعالیت و عملی را که نص تشریعی دلالت بر وجوب یا حرمت آن نکند، حاکم اسلامی می‌تواند از آن منع یا بدان امر نماید. برای تبیین این مؤلفه ارائه توضیحاتی لازم است: شیخ انصاری در بحث «شروط» در کتاب «مکاسب» بیان می‌دارد که جواز و اباحه در شرع به دو صورت است: گاه شارع صریحاً موضوعی را مباح و حلال اعلام کرده و از میان احکام خمسسه تکلیفیه، حکم اباحه را به آن اختصاص داده و گاه در باب یک موضوع هیچ حکمی را اعلام نکرده است. در این موارد و به‌واسطه فقدان حکم و قانون، مستند به اصالة‌الاباحه، به‌ناچار قائل به مباح بودن حکم آن موضوع می‌شویم.^۳ لازم به ذکر است که شرط نامشروع (که از اقسام شروط باطله است) شرطی است که خلاف اباحه نخستین (تشریعی) باشد نه اباحه دوم (ناشی از فقدان قانون). شهید صدر با تأثر از بیانات شیخ در این حوزه بیان می‌دارد که حکم کلی در منطقه‌الفراغ، اباحه است و منظور از اباحه، اباحه ناشی از فقدان قانون (حکم شارع) است؛ زیرا اگر اباحه تشریعی به موضوعی تعلق گرفته باشد و ولی‌امر اسلامی بخواهد خلاف آن، حکمی صادر کند، به منزله حرام نمودن حلال خداست و نامشروع است. لذا منظور، اباحه ناشی از فقدان و خلأ حکم است که شارع به جهت ماهیت متطور این حوزه از صدور حکم ثابت راجع به آن خودداری کرده است.

شهید صدر اندکی فراتر می‌رود و ادعا می‌کند که گاه احکامی توسط پیامبر (ص) و ائمه (علیهم‌السلام) در باب موضوعی صادر شده که آن موضوع مؤلفه‌های منطقه‌الفراغ را داراست. ایشان در این موارد، به اقتضای مقام ولایت امور، احکام متناسب با زمان و مکان را به‌صورت موقت صادر کرده‌اند و فی‌الواقع به عنوان حاکم - و نه مبلغ شریعت - اقدام کرده‌اند.^۴ لذا با تفکیک دقیق میان شئون مختلف معصومین (علیهم‌السلام) می‌توان احکام صادره در شأن حکومتی را کشف نمود و قائل به موقتی بودن آنها شد؛ زیرا حکم اولیه موضوعات این حوزه، اباحه ناشی از فقدان حکم شارع است و معصومین (علیهم‌السلام) به عنوان ولی‌امر زمان خود حکم اقتضایی (وجوب یا حرمت) را بر آن بار نموده‌اند و لذا ولی‌امر دوره‌های بعدی در جوامع اسلامی می‌تواند بنابر مصالح و مقتضیات جامعه خود، حکمی مغایر با آن وضع کند.^۵ بدیهی است اعمال چنین نظریه‌ای منوط به تفکیک دقیق شئون متفاوت معصومین (علیهم‌السلام) و احکام مربوط به شأن نبوت و امامت

۱. لازم به ذکر است که منظور از «طبیعت» در آرای شهید صدر، «بیرون و خارج انسان» است.

۲. همان، ص ۳۴۶.

۳. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب‌المکاسب، جلد ۶، قم: مجمع‌الفکر الاسلامی، چاپ دهم، ۱۴۳۰ ه.ق، صص ۲۲ و ۲۳.

۴. معصومین دارای سه شأن بوده‌اند: شأن تبلیغ، شأن حکومت و شأن قضاوت. (محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی: اموال

و مالکیت)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سی و پنجم، ۱۳۹۱، صص ۱۴۶ و ۱۴۷).

۵. صدر، پیشین، صص ۳۴۸ و ۳۴۹.

(تبلیغ) داخل در منطقه ثابت و لذا غیرقابل تغییر است.

تجمع سه مؤلفه اخیرالذکر موجب تبیین و تدقیق حدود منطقه الفراغ می‌شود. بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که اولاً نظریه منطقه الفراغ مربوط به مرحله تشریع (تقنین) است نه اجرا و ثانیاً به جهت فقدان حکم نخستین ازسوی شارع در این حوزه، حکم صادره از جانب ولی‌امر، حکم اولیه به حساب می‌آید.^۱

۱.۲. اثبات امکان وجود منطقه الفراغ

برای اثبات حوزه‌ای کلی که شارع وضع قواعد در آن را به‌عهده ولی‌امر گذاشته، باید سه قضیه جزئی اثبات شود: نخستین قضیه «متغیر بودن رابطه انسان با طبیعت» است. همان‌طور که قبلاً بیان شد، با توجه به پیشرفت علم و فناوری، سیطره انسان بر طبیعت در ادوار مختلف، متفاوت است و این تفاوت، احکام متغیر و ناثباتی را مقتضی است. فی‌الواقع تطور احکام و قواعد حقوقی به‌سبب گسترش توان بشر در بستر تاریخ ایجاد می‌شود. دومین مسئله «عدم امکان تشریع قانون ثابت در این حوزه» است. همان‌طور که گفتیم، اولاً وضع قواعد ثابت در این حوزه با توجه به ماهیت متطور آن، مخالف با اهداف کلی شریعت است و ثانیاً از آنجایی که حکم ثابت متناهی است، اما موضوعات داخل در منطقه الفراغ نامتناهی‌اند، عقلاً محال است که متناهی با نامتناهی برابری کند و بالأخره سومین قضیه، «واگذاری وضع قواعد متناسب با اوضاع و احوال هر دوره به حاکم اسلامی همان دوره» است. با این توضیح که با عدم وضع قواعد ازسوی شارع در این حوزه، عقلاً راه دیگری باقی نمی‌ماند و تنها طریق، واگذاری این مقوله به خود بشر برای مدیریت آن است.

فارغ از استدلال عقلی می‌توان به یک‌سری ادله نقلی نیز اشاره کرد. ازجمله آنها اخباری است شبیه این مضمون: «علینا إلقاء الأصول و علیکم التفريع» یا «انما نلقى علیکم الأصول و علیکم أن تفرعوا»^۲؛ لذا عقلاً و نقلاً اثبات چنین حوزه‌ای غیرممکن نیست.

اکنون با طرح یک إشکال، یک سؤال و یک ادعا، این بحث را خاتمه می‌دهیم:

اشکال: آیا طرح نظریه منطقه الفراغ با استمرار بقای حلال و حرام محمد(ص) تا روز قیامت و عدم امکان تغییر احکام شرعی در تعارض نیست؟ شهید صدر در قبال این إشکال بیان می‌دارد که نظریه منطقه الفراغ مربوط به موضوعاتی است که ذاتاً و ماهیتاً متطور است و لذا احکام آنها تبعاً نا ثابت خواهد بود؛ درحالی‌که استمرار بقای حلال و حرام محمد(ص) تا روز قیامت و عدم تغییر احکام شرعی، ناظر به منطقه ثابت است که موضوعات آن در سیر تطور ادوار بلا تغییر است.^۳ مضافاً اینکه مفاد روایت استمرار بقای حلال و حرام محمد(ص) تا روز قیامت، در مقابله با اقدامات اصحاب رأی و قیاس است که مورد صدور و تأکید قرار گرفته است؛ زیرا این عده بنابر ذوق و سلیقه شخصی خود و بدون هیچ‌گونه ضابطه موجهی دست به تحلیل شریعت می‌زدند و احکامی را استخراج می‌کردند؛ ضمناً نظریه منطقه الفراغ نظریه‌ای خارج از کتاب و سنت نیست و اتفاقاً مورد تأکید کتاب قرار گرفته است. چنانچه آیه «أطیعوا الله و أطیعوا الرسول و اولی الامر منکم»^۴ مؤید وجوب و لزوم اطاعت از اولی الامر و احکام صادره ازسوی ایشان است.^۵

۱. برای آگاهی بیشتر درخصوص رابطه منطقه الفراغ با قواعد ثانویه و حکم حکومتی نگاه کنید به: صدر، پیشین، صص ۳۱۹ - ۳۴۹.

۲. حر عاملی، محمد بن حسن بن علی، **وسائل الشیعه**، جلد ۹، بیروت: احیاء التراث العربی، ۱۳۸۷ ه.ق، ص ۱۴۴.

۳. صدر، پیشین، صص ۳۴۷، ۳۴۸ و ۳۴۹.

۴. سوره نساء، آیه ۵۹.

۵. نایینی، پیشین، ص ۱۳۵.

سؤال: آیا احکام صادره از سوی ولی‌امر و حاکم اسلامی، در حوزه منطقه‌الفراغ احکام شرعی تلقی شده یا خارج از دایره شریعت است؟ ظاهراً شهید صدر به این سؤال پاسخ نداده‌اند و لذا از قضیه منطقه‌الفراغ، بسته به اینکه منطقه مذکور را فارغ از مطلق شریعت بدانیم یا فارغ از شریعت ثابت، دو نظریه «دین حداقلی»^۱ و «دین حداکثری»^۲ قابل استنباط است. با این توضیح که اگر معتقد باشیم احکام صادره در این حوزه دارای ماهیت و صبغه شرعی است، قائل به دین حداکثری شده، برای احکام مزبور ضمانت اجرای اخروی در نظر گرفته و دایره شریعت را گسترش داده‌ایم. اما اگر احکام و قواعد صادره را صرفاً واجد جنبه عرفی دانسته و برای آنها خواهان ضمانت اجرای اخروی نباشیم، قائل به دین حداقلی شده و دایره شریعت را محدود به احکام ثابت کرده‌ایم.

ادعا: ظاهراً برخی احکام ثابت شریعت در دنیای امروزی در دایره‌ای قرار گرفته‌اند که به جهت افزایش تسلط بشر بر طبیعت، نیازمند تغییرند؛ مثلاً بحث اقامه صلاة روبه‌قبله به هنگام سفر هوایی، خود محل پرسش است و همچنین است بحث وجوب روزه در سرزمین‌های قطبی و در فصل زمستان، به علت طولانی بودن روز (بیش از ۲۳ ساعت).^۳

۲. تبیین کلیات حقوق قراردادهای در پرتو نظریه منطقه‌الفراغ

در این قسمت به دو دسته از مباحث کلی در حوزه حقوق قراردادهای خواهیم پرداخت: دسته نخست مباحثی‌اند که به‌طور تفصیلی توسط فقهای متقدم و متأخر در کتب فقهی مورد تحلیل و مذاقه گرفته‌اند و دسته دوم شامل مباحثی می‌شود که از لحاظ زمانی، متأخر از مباحث دسته اول‌اند و به جهت پیشرفت در ابعاد مختلف زندگانی بشر، در دوره اخیر پدید آمده و لذا مانند مباحث قبلی مورد بررسی تفصیلی فقها قرار نگرفته‌اند.

۲.۱. مباحث مسبوق به پیشینه تفصیلی

در میان مباحثی که به تفصیل مورد مطالعه فقها بوده و پیرامون آنها به استنباط احکام شرعی فرعی پرداخته‌اند، می‌توان به شرایط عمومی صحت عقود، اصالة‌اللزوم، اصالة‌الصحة، اصل نسبی بودن قراردادهای (به تبع بررسی عدم نفوذ عقد فضولی)، تلف مبیع قبل از قبض و... اشاره کرد. فقها حول هریک از مباحث مذکور صفحات متعددی را به توضیح و تشریح اختصاص داده و با استناد به ادله و منابع شرعی در پی کشف احکام شارع بوده‌اند. به عبارت دیگر، فقها با این اعتقاد که شارع در ارتباط با هریک از این مباحث، حکمی را در نظر داشته، با تفحص در ادله و منابع شرعی سعی در استخراج حکم متناسب داشته‌اند. به طور مثال، در مبحث شرایط عمومی صحت عقود،^۴ مشهور فقها برای ایراد خدشه به صحت عقدی که مورد معامله آن به نوعی مجهول و مردود بوده است، به حدیث نبوی «نهی‌النبی (ص) عن [بیع] الغرر» استناد ورزیده‌اند.^۵ در مبحث اصالة‌اللزوم، که بخش حجیمی از کتب فقهی بسیاری از فقها را به خود اختصاص داده است، با استناد به آیاتی

^۱ Minimized religion

^۲ Maximized religion

^۳ محقق داماد، «اصول فقه ۲»، پیشین، ص ۱۳۵.

^۴ در کتب فقهی متقدم و میانه، این مبحث در باب متاجر، تجارة و بیع مطرح شده است.

^۵ طوسی، شیخ محمد بن حسن، **خلاف**، جلد ۲، قم: شرکت دارالمعارف الاسلامیه، ۱۳۸۴ ه.ق، ص ۴۸؛ حلی، محمد بن احمد ابن ادریس، **سرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، جلد ۲، قم: لوح فشرده فقه اهل بیت، ۱۳۹۱، ص ۳۲۱؛ حلی، علامه حسن بن یوسف جمال الدین، **تذکره الفقهاء**، جلد ۱، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ه.ق، ص ۵۰۵؛ جبعی عاملی، زین‌الدین علی بن احمد، **مسالك الافهام إلی تنقیح سرائع الاسلام**، جلد ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۹ ه.ق، صص ۴۹ و ۵۰.

چون «أوفوا بالعقود»^۱، «أحلّ الله البيع و حرّم الربا»^۲، «أن تكون تجارة عن تراض»^۳ و «و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل»^۴ و روایاتی نظیر «الناس مسلّطون علی أموالهم»^۵ و «المؤمنون عند شروطهم»^۶ سعی دارند که حکم شارع را مبنی بر آن دسته از عقود مشکوک الوصف (جواز یا لزوم) کشف کنند.^۷ در خصوص اصل صحت عقود (یا دلالت اصل صحت به مفهوم وضعی) عده‌ای از فقها با استناد به روایت امیرالمؤمنین علی (ع)، با مضمون «ضَعُ أَمْرَ أَخِيكَ عَلَى أَحْسَنِهِ حَتَّى يَأْتِيَكَ مَا يَغْلِبُكَ مِنْهُ وَ...» سعی در صحیح دانستن آن دسته عقودی دارند که شک در وجود یا فقدان شرطی از شرایط صحت آنها مطرح است (شبهه موضوعیه). در بحث تلف مبیع قبل از قبض، فقها برای کشف حکم شارع مبنی بر انفساخ بیع (و عقد به طور عام) و لزوم رد ثمن (و عوض به طور عام) به حدیث نبوی «كُلُّ مَبِيعٍ تُلْفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ» و روایت امام صادق (ع) با مضمون «مَنْ صَاحِبِ الْمَتَاعِ الَّذِي هُوَ فِي بَيْتِهِ حَتَّى يَقْبُضَ الْمَتَاعَ وَ يَخْرُجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَإِذَا أَخْرَجَهُ مِنْ بَيْتِهِ فَالْمَتَاعُ ضَامِنٌ لِحَقِّهِ حَتَّى يَرِدَ مَالُهُ إِلَيْهِ»، استناد کرده‌اند و هرچند دلالت این روایات را بر این حکم، صریح ندانسته‌اند، آنها را به عنوان دلایلی بر این مضمون ارائه کرده‌اند.^۸ در خصوص عدم سرایت آثار عقد به غیر از متعاقدين (اصل نسبی بودن) نیز فقها مباحث بسیاری را در باب «عقد فضولی» مطرح و برای صدور حکم به عدم نفوذ این نوع عقد، به اصل عدم ولایت و قاعده تسلیط^۹ اشاره کرده‌اند.^{۱۰}

هدف از استقرا در برخی از مباحث تفصیلی مطرح شده در کتب فقهی اشاره به دو دیدگاه است. با توجه به اینکه فقها با نگارش کتب فقهی سعی در استنباط و استخراج احکام شرعی شارع دارند،^{۱۱} بررسی‌ها و تحلیل‌های تفصیلی ارائه شده در خصوص این قبیل مباحث - با توسل به ادله و منابع شرعی - را باید تلاش در راستای استنباط احکام شرعی مربوط به آنها دانست و از این حیث می‌توان ادعا کرد که به اعتقاد فقها هریک از این مباحث نزد شارع دارای حکمی ثابت است، که این حکم باید از طریق و مجرای اصولی و فقهی استنباط شود. لذا با توجه به وجود احکام ثابت تشریعی از یک سو و قواعد و احکام تفصیلی ارائه شده توسط فقها از سوی دیگر، این مباحث را نمی‌توان مشمول منطقه الفراغ دانست و باید آنها را ذیل منطقه ثابت قرار داد که امکان تغییر احکام آنها در هر دوره توسط حاکم اسلامی وجود ندارد. اما امکان طرح دیدگاه دیگری نیز وجود دارد؛ به این معنا که مباحث مذکور - جز در مواردی که مورد استناد آنها آیاتی از کتاب الله است - به عنوان متعلقات احکام موقت از سوی فقها بیان گردیده و حکم صادره بر آنها، خاص همان دوران است. از سوی دیگر در مواردی که مستند صدور حکم روایاتی از معصومین (علیهم السلام) است، می‌توان با تفکیک شئون ایشان ادعا نمود

۱. سوره مائده، آیه ۱.

۲. سوره بقره، آیه ۲۷۵.

۳. سوره نساء، آیه ۲۹.

۴. سوره بقره، آیه ۱۸۸.

۵. احسانى، محمد بن علی، *عوالی اللئالی العزیزیه*، جلد ۱، قم: لوح فشرده فقه اهل بیت، ۱۳۹۱، ص ۲۲۲.

۶. طوسی، شیخ محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، جلد ۲، تهران: مکتبه الفراهانی، چاپ اول، ۱۳۶۳، ص ۱۳۵.

۷. انصاری، شیخ مرتضی، *کتاب المکاسب*، جلد ۵، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ دهم، ۱۴۳۰ ه.ق، صص ۱۷، ۱۸، ۱۹ و ۲۰.

۸. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه (بخش مدنی: اموال و مالکیت)*، پیشین، صص ۱۷۹ و ۱۸۰.

۹. «الناس مسلّطون علی أموالهم».

۱۰. جعی عاملی، زین الدین علی بن احمد، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، جلد ۱، تهران: المکتبه الاسلامیة، ۱۳۰۹، صص ۳۱۶ و ۳۱۷.

۱۱. چنانچه فقه تعریف شده است به: «هی العلم بالاحکام الشرعیة الفرعیة عن ادلتها التفصیلیة» و اصول فقه تعریف شده است به: «هی العلم بالقواعد الممهدة لاستنباط الأحکام الشرعیة الفرعیة عن ادلتها التفصیلیة».

که روایت و حکم صادره بنابر شأن حکومتی صادر شده و مختص جامعه زیستی آن دوران بوده است؛ لذا اولیای امر از منته بعدی می‌توانند بنابر مصالح و مقتضیات زمان خود، حکم دیگری را صادر کنند. اختلاف نظر میان فقها در باب احکام صادره بر این موضوعات و عدم دلالت صریح برخی ادله لفظیه شرعیه بر آنها (و در نهایت توسل به دلیل العقل برای اثبات بسیاری از این مباحث) نیز دال بر این مدعاست که شارع به‌گونه‌ای تفصیلی، صریح و ثابت در این خصوص احکامی ندارد و وضع و تدوین احکام و قواعد مربوط به این مباحث و حوزه‌ها را -جز در موارد دلالت صریح آیات و روایات- بنابر مصالح و مقتضیات زمان برعهده اولیای امر اسلامی نهاده است. لذا حسب این دیدگاه، مباحث مورد تفصیل در کتب فقهی (علی‌رغم مطالعات و بررسی‌های گسترده فقها) داخل در منطقه‌الفراغ‌اند.

۲.۲. مباحث فاقد پیشینه تفصیلی

برخی مباحث به دلیل پیشرفت در ابعاد و شاخه‌های مختلف زندگانی بشر، مستحدثه و نوین تلقی شده و لذا به‌طور تفصیلی در آرای فقها مورد بحث و مذاقه قرار نگرفته است. از جمله آنها می‌توان به احداث عقود جدیدی چون بیمه^۱، بحث عدم اعتبار شروط غیرمنصفانه^۲، پذیرش ضابطه نفع متوقع^۳ در خسارات قراردادی، حق انصراف مصرف‌کننده^۴ و... اشاره کرد. عقد بیمه پیرو احساس روبه‌فزونی بشر نسبت به ایجاد اطمینان در راستای حفظ اموال و تضمین سلامتی پدید آمد و دارای سابقه شرعی نیست و مورد تفسیر و تحلیل فقهای متقدم و میانه قرار نگرفته است؛ لذا فقهای معاصر پس از گذراندن دو مرحله طرد مطلق و تفصیل بیمه به سه عقد هبه، صلح و ضمان^۵ (که هر یک واجد ایرادات فقهی و حقوقی عمده‌ای است) در مرحله نهایی، این نهاد را ذیل اصل آزادی قراردادی می‌پذیرند و پیرو آن است که قوانین مختلف راجع به بیمه در نظام حقوقی ایران به تصویب می‌رسد. همچنین است بحث عدم اعتبار شروط غیرمنصفانه که بعد از انقلاب صنعتی، تولید و توزیع انحصاری برخی مواد و کالاها و انعقاد قراردادهای الحاقی مطرح شد و ازجمله مباحثی است که دارای پیشینه مفصلی در فقه اسلامی نیست و حتی در ابتدای امر با اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی متزاحم می‌نمود، تا اینکه نخستین بار، در نظام حقوقی ایران به موجب قانون تجارت الکترونیکی، مصوب ۱۳۸۲ مورد تقنین قرار گرفت.^۶ درمورد پذیرش ضابطه نفع متوقع در خسارات قراردادی، که به‌معنای قرار دادن زیان‌دیده قراردادی (متعهدله) در موقعیت اجرای قرارداد است -و دارای سابقه تفصیلی فقهی و شرعی نیست- باید بگوییم که در ابتدای امر به دلیل ممنوعیت مطالبه عدم‌النفع، این ضابطه به‌طور مطلق نفی می‌شد و اخیراً برخس حقوق دانان با توسل به بند ۲ ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸، سعی در توجیه امکان مطالبه عدم‌النفع و پذیرش آن داشته‌اند.^۷ بحث حق انصراف نیز که اخیراً در بسیاری از قوانین حمایت از حقوق مصرف‌کننده، با هدف ایجاد تعادل و توازن میان موقعیت اقتصادی تولیدکننده (یا توزیع‌کننده) و مصرف‌کننده مورد پذیرش قرار گرفته است، دارای پیشینه تحلیلی و تفصیلی در کتب فقهی نیست؛ چراکه اساساً بحث روابط تولید، توزیع و مصرف، امری مستحدث تلقی شده و دارای آثاری مختص به

۱. Insurance

۲. Unfair terms

۳. Expected interest

۴. Right of withdrawal

۵. بابایی، ایرج، **حقوق بیمه**، تهران: سمت، چاپ نهم، ۱۳۸۹، ص ۹.

۶. ماده ۴۶: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده مؤثر نیست».

۷. عابدیان، میرحسین، «حقوق مدنی ۲»، جزوه درسی حقوق مدنی، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲، صص ۱۷۱ و ۱۷۲.

خود است. لازم به ذکر است که در نظام حقوقی ما، قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ به این نوع حق، به نفع مصرف‌کننده در معاملات راه دور اشاره می‌کند^۱ و به بیان احکام و قواعد آن می‌پردازد.

مباحث مذکور فقط تعداد خیلی از مسائل مطروحه در حقوق قراردادهاست که فاقد پیشینه تحلیلی مفصل در کتب فقهی است و یقیناً مباحث دیگری موجود است و حتی با پیشرفت امور به وجود خواهد آمد که حوزه حقوق قراردادها را متحول می‌کند. نظر به اینکه اولاً موضوعات غالب این مباحث راجع به خارج انسان (طبیعت) است، ثانیاً شارع در ادله لفظیه شرعیه راجع به آنها حکمی را به‌صراحت، وضوح و به‌گونه‌ای اقتضایی بیان نکرده است - و لذا در این موارد با حالت «لاقتضا» (اباحه ناشی از فقدان حکم) روبه‌رو هستیم - و ثالثاً فقها به تفصیل راجع به این موارد بحث نکرده و به استنباط حکم نپرداخته‌اند، می‌توان با تجمیع شرایط نظریه منطقه‌الفراغ، مباحث اخیرالذکر را داخل در این منطقه دانست و اختیار وضع قوانین مربوط به این حوزه را به دست ولی‌امر و حاکم اسلامی داد تا بنابر مصالح و مقتضیات زمان جامعه اسلامی، احکام متناسب با این موضوعات را وضع و تدوین کند. فایده داخل کردن این مباحث در منطقه‌الفراغ این است که مقنن در حکومت اسلامی برای وضع قواعد مناسب و مربوط به این حوزه، لازم نیست به‌دنبال مؤیدات فقهی در کتب فقها و ادله تفصیلیه شرعیه باشد؛ چراکه اساساً این مباحث دارای سابقه شرعی و احکام ثابت نیستند و ماهیت و صبغه شرعی ندارند. برای مثال برای پذیرش عقد بیمه و وضع قواعد مربوط به آن لازم نیست که آن را ذیل عقود چون هبه، صلح و ضمان تفسیر نماییم یا برای عدم اعتبار شروط غیرمنصفانه این شروط را با قضیه «تلقی رکبان»^۲ در فقه اسلامی قیاس کنیم و همچنین برای توجیه حق انصراف، دلیلی ندارد که احکام یکی از خيارات را بر آن بار نماییم، بلکه کافی است آنها را به عنوان مسائلی مستحدثه مطرح و اثبات کنیم که در شرع و فقه اسلامی حکم و نظریه‌ای تفصیلی درباره آنها وجود ندارد و تدوین قواعد راجع به آنها بنابر مصالح و مقتضیات هر دوره، به اختیار حاکم و ولی‌امر اسلامی خواهد بود؛ بدین طریق سرعت وضع قواعد نیز افزایش خواهد یافت؛ چراکه مرحله تفحص در کتب فقهی و یافت مؤیدات شرعی، به‌دلیل عدم لزوم و ضرورت، حذف خواهد شد.

۳. قراردادهای اداری و نظریه منطقه‌الفراغ

از میان تعداد کثیر قراردادهای مستحدثه و نوین، قراردادهای اداری به‌دلیل نقش مؤثر و انکارناپذیر دولت در فعالیت‌های روزمره شهروندان حائز اهمیت فراوان است؛ لذا در این قسمت ضمن بررسی ارکان این نوع قراردادها و تبیین ماهیت آنها به این سؤال پاسخ می‌دهیم که آیا با توسل به نظریه منطقه‌الفراغ، می‌توان قواعد حاکم بر قراردادهای اداری را مربوط به حوزه متغیر و ناثابت دانست؟

۳.۱. تبیین و تشریح قراردادهای اداری

در حقوق ایران به‌طور دقیق معیاری برای تشخیص قراردادهای اداری تعیین نشده است؛ زیرا در این خصوص رویه مشخصی وجود ندارد. اما فقد ضوابط معین دلیل انکار وجود این قراردادها نیست؛ چون ما در حوزه اجرایی دولت، با قراردادهای

۱. ماده ۳۷: «در هر معامله از راه دور مصرف‌کننده باید حداقل هفت روز کاری، وقت برای انصراف (حق انصراف) از قبول خود بدون تحمل جریمه و یا ارائه دلیل داشته باشد. تنها هزینه تحمیلی بر مصرف‌کننده هزینه بازپس فرستادن کالا خواهد بود». همچنین نگاه کنید به: ماده ۳۸ همین قانون.

۲. تلقی رکبان عبارت است از «رفتن به استقبال کاروان‌ها در خارج از شهر و معامله اموال آنان به قیمتی کمتر و ارزان‌تر».

اداری مواجهیم و شاهد آثار حقوقی آنها هستیم. به‌طور کلی می‌توان گفت قرارداد اداری «قراردادی است که یک سازمان اداری یا با نمایندگی از آن از یک سو با یک شخص حقیقی یا حقوقی از سوی دیگر، به هدف انجام یک خدمت مربوط به منافع عمومی، طبق احکام خاصه (ترجیحی، امتیازی یا حمایتی) منعقد می‌کند و رسیدگی به اختلافات ناشی از آن، در صلاحیت دادگاه‌های اداری است».^۱ با توجه به این تعریف، عناصری برای قراردادهای اداری در نظر گرفته می‌شود،^۲ با این توضیح که وجود یک شخص حقوق عمومی از ارکان انکارناپذیر قراردادهای اداری است؛ البته لازم به ذکر است که در این تعریف، منظور از سازمان اداری نهادی است که دولت از طریق آن به اعمال حاکمیت می‌پردازد^۳ و اعم از وزارتخانه، مؤسسه دولتی و شرکت دولتی است. همچنین، هدف از انعقاد قراردادهای اداری، ارائه خدمات عمومی یا تأمین منافع عمومی است. درواقع اگرچه قرارداد، دوطرفه است ولی اشخاص ثالثی در آن ذی‌نفع‌اند و این اشخاص ثالث شهروندان هستند.^۴ علاوه بر آن، قواعد و مقررات خاصی بر تمام مراحل انعقاد و اجرای قراردادهای اداری حاکم است که سازمان اداری را در موقعیت ترجیحی قرار می‌دهد. بدیهی است که این احکام مربوط به اقتضای حاکمیت دولت و نظم عمومی جامعه است، جنبه آمره دارد و حافظ منافع عمومی است^۵ و درنهایت، به منظور رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای اداری، تنها دادگاه‌های اختصاصی صلاحیت دارند؛ زیرا وجود مقررات ویژه، رسیدگی مراجع خاصی را اقتضا می‌کند.^۶ نکته قابل توجه این است که اگرچه مصداق این نوع دادگاه در ایران، دیوان عدالت اداری است؛ اما در این زمینه صلاحیت ندارد. در رابطه با تعریف قراردادهای اداری تقریباً وحدت نظر وجود دارد؛ اما آنچه محل بحث است تبیین ماهیت این قسم از اعمال دوجانبه دولت است. فی‌الواقع، تدقیق ماهیت مشخص برای قراردادهای اداری از آن جهت اهمیت دارد که نوع نظام حقوقی حاکم بر آنها را ترسیم می‌کند. به اعتقاد برخی از علمای حقوق، قراردادهای اداری از حیث ماهیت، با قراردادهای حقوق خصوصی (مدنی و تجاری) تفاوتی ندارد؛ زیرا مبنای تمامی قراردادهای «توافق اراده طرفین» است و این امر -اگرچه با یک سری تمایزات- در قراردادهای اداری همانند سایر قراردادهای خصوصی، حاصل می‌گردد؛^۷ اما این نظر، قابل پذیرش نیست با این استدلال که سازمان‌های اداری به‌طور کلی دو نوع قرارداد منعقد می‌کنند. زمانی که موضوع قرارداد، تأمین هزینه‌های جاری است، دولت مانند طرف یک قرارداد خصوصی اقدام کرده و مشمول نظامات حقوق خصوصی می‌شود؛^۸ ولی زمانی که هدف، اجرای طرح‌های عمرانی است، به‌منظور تأمین کالا یا خدمات عمومی، مقررات خاصی، که دولت را در موقعیت ممتازی قرار می‌دهد، بر تمام مراحل انعقاد و اجرای قرارداد حکمفرما می‌گردد. در چنین

۱. انصاری، ولی‌الله، **حقوق قراردادهای اداری**، تهران: حقوق دان، چاپ چهارم، ۱۳۸۷، ص ۳۲.

۲. مطابق تعریف دیگری «اصطلاح contrat administratif ناظر به قراردادی است که لاقلاً یک طرف آن اداره‌ای از ادارات عمومی بوده و برای تأمین پاره‌ای از خدمات عمومی و به عنوان حقوق عمومی منعقد می‌شود؛ مانند عقود راجع به خدمات عمومی»؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۷، ص ۵۳۳.

۳. برای آگاهی بیشتر نگاه کنید به: مؤتمنی طباطبایی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷، صص ۲۸۵-۳۰۴ و موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری (۱-۲): کلیات و ایران**، تهران: میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۸۸، صص ۷۱-۹۹.

۴. زارعی، محمدحسین، «حقوق قراردادهای اداری»، *جزوه درسی حقوق اداری، کارشناسی ارشد حقوق عمومی*، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ص ۲۱.

۵. انصاری، پیشین، ص ۳۶.

۶. در فرانسه، که از حیث توسعه حقوق اداری ازجمله پیشرفته‌ترین کشورهاست، قرارداد اداری در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های اداری است و در رأس آنها شورای دولتی قرار دارد؛ درحالی‌که قرارداد مدنی، حتی اگر به وسیله مقام عمومی منعقد گردد، در صلاحیت دادگاه‌های مدنی است.

۷. همان، ص ۴۷.

۸. به آن قرارداد غیراداری (اداره) گفته می‌شود.

شرایطی است که «قرارداد اداری» منعقد می‌شود. به‌طور کلی در قراردادهای اداری، احکام غیرمعمول حقوق خصوصی مُجَرَّات؛ این قواعد یا ترجیحی است و به نفع دولت یا حمایتی است و به نفع اشخاص ثالث. قید و شرط این قبیل مقررات -به هر صورت که باشد- موجب بطلان شرط و حتی عقد خصوصی می‌شود؛ زیرا برابری طرفین قرارداد را برهم می‌زند و لذا ممنوع است. اما قراردادهای اداری، از آنجایی که بر پایه منافع عمومی استوار است، تساوی طرفین رابطه قراردادی را نقض می‌کند و شروط برتری را برای طرف دولتی در نظر می‌گیرد. ما بر این نظریه که مقررات متمایز از اساس، ماهیت قراردادهای اداری را دچار تحول می‌کند. برای اثبات این مدعا، لازم است تفاوت‌های ماهوی این قراردادها به‌اجمال بررسی شود: اولین تفاوت محدودیت اصل آزادی تعهدات است. به‌موجب مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی^۱، تنها محدودیت انعقاد قراردادهای خصوصی این است که نباید خلاف قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. اما مقام اداری در انتخاب هم‌پیمان آزاد نیست^۲، همچنین مکلف است قراردادهای اداری را به صورت کتبی^۳ و در فرم‌های خاصی^۴ تنظیم کند. دومین تفاوت عدم الزام به رعایت اصل نسبی بودن قراردادهاست. به استناد مواد ۲۳۱ و ۱۹۶ قانون مدنی، «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آن‌ها مؤثر است...» و «...ممکن است در ضمن معامله ای که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید». بنابراین تعهد به ضرر شخص ثالث مورد تأیید قانون‌گذار نیست؛ زیرا این امر در حقوق خصوصی خلاف عقل و منطق سلیم و مغایر قاعده لاضرر (حسب یک تفسیر از این قاعده) است؛ حال آنکه در روابط قراردادی مقامات اداری، قانونگذار بنا به ضرورت عقلایی و به اقتضای منافع عمومی در هر مورد که لازم شود دولت را بر طرف مقابل ترجیح می‌دهد و تعهداتی به نفع یا ضرر طرفین یا اشخاص ثالث ایجاد می‌کند.^۵ سومین تفاوت، عدم رعایت اصل لازم‌الاجرا بودن قراردادهاست. اثر عمومی هر قرارداد، الزام آور بودن اجرای آن است که در حقوق مدنی ایران در قالب «اصالة‌اللزوم» (بنابر یک تفسیر از این اصل) مطرح شده است.^۶ اما در حقوق عمومی، لزوم اجرای قرارداد نسبت به اداره به همان کیفیتی که نسبت به طرف دیگر اعمال می‌شود نیست؛ چون دولت می‌تواند به‌طور یکجانبه شروط قرارداد را تغییر دهد یا حتی قرارداد را فسخ کند^۷ که این امر قطعاً بر تعهدات و تکالیف طرف مقابل تأثیر می‌گذارد.^۸ تفاوت دیگر، الزام به رعایت اصل تشریفاتی بودن قراردادهای اداری است. در حقوق مدنی اصل بر این است که عقد به صرف تراضی طرفین واقع می‌شود و نیاز به شکل خاصی ندارد؛ اما در مورد قراردادهای اداری، شکل و تشریفات

۱. ماده ۱۰: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

ماده ۹۷۵: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد. اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

۲. برای آگاهی بیشتر نگاه کنید به: قانون منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری، مصوب ۱۳۳۷ و همچنین مواد ۴۴، ۴۶ و ۴۷ شرایط عمومی پیمان، موضوع بخشنامه شماره ۵۴/۸۴۲-۱۰۲/۱۰۸۸-۵۴ مورخ ۱۳۷۸/۳/۳، مصوب سازمان برنامه و بودجه.

۳. نگاه کنید به مواد ۳۰ و ۳۱ آیین‌نامه معاملات دولتی، مصوب ۴۹/۱۲/۲۷.

۴. به‌طور مثال، شرایط عمومی پیمان که توسط سازمان برنامه و بودجه و براساس اختیارات حاصل از ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱، توسط سازمان برنامه و بودجه تهیه شده، طبق بخشنامه رسمی به سازمان‌های اداری ابلاغ گردیده و لازم‌الاجراست.

۵. همان، صص ۵۹ و ۶۰.

۶. ماده ۲۱۹ قانون مدنی: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

۷. امامی، محمد و کورش استوار سنجری، **حقوق اداری**، جلد ۲، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱، صص ۱۸۷ و ۱۸۸.

۸. برای آگاهی بیشتر نگاه کنید به: اسماعیلی هریسی، ابراهیم، **مبانی حقوقی پیمان**، تهران: جنگل، چاپ هفتم، ۱۳۹۱، صص ۲۱۲-۲۱۸ و ۴۰۵-۳۸۶.

تعیین‌کننده است؛ به این معنا که صرف تراضی موجب عقد نیست و حتی تراضی طرفین باید با طی تشریفات خاصی (منافسه و مزایده) محقق شود.^۱ لازم به ذکر است که اصل بودن تشریفات حقوقی ریشه در نظام بوروکراسی ایدئال ماکس وبر^۲ دارد.^۳

۳.۲. تبیین قراردادهای اداری در پرتو نظریه منطقه‌ال فراغ

تحول جوامع و افزایش جمعیت در طول تاریخ، بشر را به این فکر واداشت که برای کنترل بهتر روابط اجتماعی و برقراری نظم و عدالت در جامعه به یک سازمان دارای اختیارات و صلاحیت‌های وسیع نیازمند است؛ لذا «دولت»^۴ را پدید آورد. این سازمان، در ابتدا وظایف محدودی بر عهده داشت، مانند تأمین امنیت و ایجاد دستگاهی برای رسیدگی به تظلمات مردم. حال آنکه امروزه دولت، متعاقب مسئولیت‌هایی که بر عهده‌اش قرار گرفته، عهده‌دار وظایفی است که در گذشته یا وجود نداشته یا بسیار محدود بوده است و این روند تا جایی پیش رفته که در حال حاضر، بخش عظیمی از فعالیت‌های دولت، تأمین خدمات عمومی است و این مهم از طرق مختلف تأمین می‌گردد. یکی از راه‌های مهم دولت در تأمین خدمات عمومی انعقاد قرارداد به منظور اجرای طرح‌های همگانی است.^۵ بنابراین به وجود آمدن قراردادهای دولتی به معنای خاص، حاصل تحول اندیشه‌ها درباره حکومت و نقش و وظایفی است که دولت در جامعه دارد.^۶

تردید نیست که انعقاد قراردادهای به اشکال گوناگون در طول تاریخ مورد توجه بشر واقع شده است؛ زیرا پاسخ‌گوی نیازهای مختلف او در همه ازمه و امکان بوده و است. اسلام نیز، به عنوان آیین مدعی داشتن راه‌حل برای اکثر حوزه‌های زندگی انسان، از این مقوله غافل نبوده و در آیات و روایات بسیاری به این امر و لزوم وفای به عهد تأکید نموده است. فی‌الواقع، اندکی تفحص در منابع و احکام فقهی شیعه این حقیقت را آشکار می‌کند که در آن منابع، سوای باب عبادات، مباحث مربوط به معاملات به معنی الاخص، بخش اصلی را تشکیل می‌دهد.^۷ اما آنچه حائز اهمیت است اینکه به هنگام نزول کتاب آسمانی مسلمانان و نقل روایات متعدد در رابطه با معاملات، پیچیدگی‌های امروزی زندگانی بشر وجود نداشته و لذا بسیاری از مسائل مستحدثه‌ای که اکنون به صورت عرف جوامع بشری درآمده، در آن زمان، حتی به صورت محدود نیز مورد توجه نبوده است. از جمله آنها، مباحث مربوط به تأمین خدمات عمومی است که امروزه حجم وسیعی از قراردادهای دولتی را به خود اختصاص می‌دهد. یقیناً این سازمان وسیع با چنین اقتضائاتی در هنگام شکل‌گیری و قوام یافتن فقه شیعه وجود نداشته است. به‌طور کلی در شریعت، بحث از حکومت و ولایت، معمولاً و عموماً در ضمن مباحث مربوط به متاجر و مکاسب (کتاب بیع) یا بحث از امور حسبه (ولایت صغار) مطرح می‌شود. طبیعی است که این گونه مباحث بخشی معتنا به از حجم عظیم مقوله‌های مندرج در ابواب فقهی را به خود اختصاص نمی‌دهد. البته ریشه تاریخی

^۱ نگاه کنید به: قانون برگزاری مناقصات، مصوب ۱۳۸۳.

^۲ Max Weber

^۳ برای آگاهی بیشتر نگاه کنید به: زارعی، محمدحسین و آریتا محسن زاده، «حقوق اداری دموکراتیک و پارادایم بوروکراسی وبری»، در: ویژه، محمدرضا و محمد جلالی، *اندیشه‌های حقوق اداری: مجموعه مقالات /هدایی به دکتر منوچهر مؤتمنی طباطبایی*، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۲، صص ۳۷ و ۳۸.

^۴ State

^۵ امامی و استوارسنگری، پیشین، ص ۱۱۸، به نقل از: انصاری، ولی‌الله، «پیمان‌های دولتی در فرایند تحول نظریه‌ها، قوانین و مقررات با ذکر موارد خاص»، *نشریه حقوق*، ۱۳۷۱، ص ۳۳.

^۶ همان، ص ۱۱۸.

^۷ لاگلین، مارتین، *مبانی حقوق عمومی*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۱۳.

این وضعیت به رویکرد علمای شیعه در غصبی دانستن حکومت‌های دنیایی باز می‌گردد. حکومت از دید عموم علمای شیعه حق انحصاری امامان دوازده‌گانه معصوم (علیهم‌السلام) است. افزون‌بر آن گفتنی است در طول تاریخ دیرین شیعه به‌استثنای دوره‌هایی بسیار کوتاه، حکومت در دست شیعیان نبوده و از این‌رو متفکران این مذهب به‌طور جدی به امر حکمرانی نپرداخته‌اند تا در این فرایند احکام تفصیلی خاص را برای تأسیس حکومت و اداره اجزای مختلف آن پیروانند. از این‌رو در مقایسه با دیگر ابواب فقهی، بحث حکومت و اداره امور عمومی مغفول افتاده است.^۱ در شرایط کنونی، تفاوت‌های موجود میان قرارداد اداری و قراردادهای رایج در حقوق خصوصی (با منشأ فقه شیعه) که به اقتضای اداره بهتر جامعه و تقدم نفع عمومی بر نفع خصوصی ایجاد شده و به طور کلی ماهیت قرارداد را تغییر داده، به‌خوبی گواه این مدعاست که با استناد به احکام اولیه و ثابت، تدوین قواعد و مقررات نوین، به منظور حکومت بر قراردادهای مربوط به ارائه خدمات عمومی ممکن نیست.

بنابراین با توسل به مؤلفه‌های ارائه شده از سوی شهید صدر می‌توان حوزه قراردادهای اداری را مشمول اعمال نظریه منطقه‌الفراغ دانست؛ البته در این خصوص استدلالاتی لازم است: اول اینکه، قواعد حاکم بر قراردادهای اداری در ازمنه و امکانه مختلف، متفاوت است و این تفاوت به دلیل لزوم تغییر در رابطه دولت با شهروندان، به اقتضای نیازهای مردم و نوع حکومت برآمده از رأی آنهاست. لذا این حوزه مربوط به رابطه انسان با طبیعت است که به دلیل تحول در میزان سیطره بر آن، احکام متطور و لایتنیری را مقتضی است. دوم اینکه، قانونگذار با توجه به مصالح عمومی و برای تنظیم هرچه بهتر رابطه دولت با شهروندان، مقررات نامتعارف و متعارض با قواعد عامه قراردادهای خصوصی را تصویب کرده و شروط ترجیحی بسیاری را به نفع سازمان اداری در نظر می‌گیرد. بدیهی است که این مهم به قصد تأمین عدالت و ارتزاق افراد صورت می‌گیرد. پس، از آنجایی که اهداف اصلی شریعت نیز همین موارد است، می‌توان چنین استنباط نمود که شارع به دلیل ماهیت متطور این حوزه از صدور حکم خودداری کرده و تصمیم‌گیری درباره آن را به حاکم اسلامی واگذار کرده است و سوم اینکه، با مراجعه به نصوص شرعی و تفحص در آیات و روایات موجود، درمی‌یابیم که به دلیل مطرح نبودن مسائل مربوط به این حوزه در آن زمان، شارع تعیین تکلیف نکرده که از میان احکام خمسسه تکلیفیه کدام‌یک در این موضوع جاری و ساری است. به همین دلیل می‌توان گفت که حکم متناظر با آن اباحه است؛ البته اباحه ناشی از فقدان قانون (حکم شارع).

لذا با تجمیع شرایط نظریه منطقه‌الفراغ و انطباق آنها با اوصاف قراردادهای اداری، می‌توان حوزه اخیرالذکر را داخل در این منطقه دانست و اختیار وضع قوانین متناسب با مقتضیات زمان و مکان را به دست ولی امر و حاکم اسلامی داد.

نتیجه‌گیری

توجه به عناصر ثابت و متغیر در امر اجتهاد در دنیای کنونی، که در بستر آن ابعاد مختلف زندگانی بشر به سرعت در حال پیشرفت است، به‌عنوان امری ضروری جلوه می‌کند و مقتضای آن ارائه معیاری دقیق برای تفکیک این دو عنصر از یکدیگر است. از جمله معیارهای ارائه‌شده توسط فقهای شیعه، نظریه «منطقه‌الفراغ» است که شهید محمدباقر صدر در کتاب وزین «اقتصادنا» درخصوص امکان آزادی مداخله دولت در اقتصاد اسلامی بدان اشاره می‌نماید. منطقه‌الفراغ حوزه‌ای است که موضوعات مشمول آن به سبب ماهیت متغیر و متطوری که دارند، متعلق احکام ثابت شارع قرار نگرفته‌اند و لذا شارع وضع قواعد حاکم بر آنها را با رعایت مصالح و مقتضیات زمان برعهده حاکم و ولی امر اسلامی در ادوار مختلف نهاده

^۱ همان، ص ۱۴.

است. مؤلفه‌های این نظریه را، مداخله طبیعت در گستره منطقه‌الفراغ، فقدان احکام و قواعد تفصیلی شرعی متناسب و لذا حکم اباحه ناشی از فقدان قانون (حکم شارع) تشکیل می‌دهد.

ازجمله مسائل موجود که می‌تواند ذیل این نظریه مورد بحث و بررسی قرار گیرد، مسئله حقوق قراردادهاست که بخش اعظمی از روابط معاملاتی و مبادلاتی افراد را در برهه کنونی به خود اختصاص داده است. به نظر می‌رسد بحث حاضر پیرامون قابلیت یا عدم قابلیت طرح حقوق قراردادهای ذیل نظریه منطقه‌الفراغ منوط به وجود یا فقدان پیشینه تفصیلی فقهی و تجمیع یا عدم تجمیع مؤلفه‌های نظریه مذکور حول این مبحث است. واقع آن است که با یک نگاه کلی می‌توان مباحث مطروحه در حقوق قراردادهای را به دو دسته کلی تقسیم کرد: نخست، آن دسته که به جهت تقدم رخداد متعلقات آن، دارای پیشینه تحلیلی و تفصیلی در کتب فقها هستند؛ مانند أصالة اللزوم، أصالة الصحة و ... و دسته دوم، مباحثی اند که معلول پیشرفت در ابعاد مختلف زندگانی بشرد و متأخراً حادث گردیده‌اند؛ مانند عدم اعتبار شرط غیرمنصفانه، حق انصراف مصرف‌کننده و بنابر نظری می‌توان دسته نخست از مباحث حقوق قراردادهای را ذیل منطقه ثابت قرار داد؛ چراکه قدر متیقن، وجود احکام تفصیلی شرعی است که در کتب فقها به‌وفور حول این مباحث قابل رؤیت است. اما حسب نظری دیگر می‌توان احکام مستنبطه توسط فقها را موقتی و خاص دوران آنها یا حتی جوامع صدر اسلام دانست، نه احکام ثابت صادره از سوی شارع و عندالشارع. دسته دوم از مباحث نیز به علت واجدیت جمیع مؤلفه‌های نظریه منطقه‌الفراغ ذیل این حوزه قرار می‌گیرند و اختیار وضع قواعد حاکم بر آنها با رعایت مصالح و مقتضیات زمان برعهده حاکم و ولی امر اسلامی است. از انواع قراردادهای آن دسته که در جوامع فعلی به‌علت توجه روزافزون به مسائل حقوق عمومی و ایجاد دولت در قالب‌های مختلف فعلی قابل توجه است، قراردادهای اداری است که یک سوی آنها اشخاص حقوق عمومی هستند و با هدف تأمین منافع عمومی منعقد می‌شوند. با بررسی مفهوم و ماهیت این قسم از قراردادهای درمی‌یابیم که نه‌تنها اصل و نفس آنها دارای سابقه شرعی و فقهی نیست، بلکه اسباب آنها نیز (تشکیل دولت به معنای امروزی و نظریات مربوط به آن و ...) به جهت پدید آمدن در دوران اخیر تاریخی، در کتب شرعی مورد مذاقه نبوده و لذا اندک تحلیلی جهت کشف احکام مربوط به آنها در نظر شارع، از سوی فقها شکل نگرفته است. لذا حکم مربوط به این قراردادهای، که غالباً موضوعاتشان در ارتباط با «طبیعت» است، در وهله نخست، «اباحه» ناشی از فقدان قانون (حکم شارع) خواهد بود و تجمیع مؤلفه‌های منطقه‌الفراغ، آنها را ذیل این حوزه مطرح می‌کند و در نهایت اختیار وضع قواعد حاکم بر آنها را با رعایت مصالح و مقتضیات زمان به حاکم و ولی امر اسلامی در ادوار مختلف اعطا می‌کند.

در پایان اشاره به این نکته را لازم می‌دانیم که توجه به نظریه منطقه‌الفراغ، رعایت دقیق مؤلفه‌ها و شناسایی موضوعات مشمول آن، در مرحله تقنین این اختیار را به مقنن می‌دهد که بدون نیاز به استنباط مؤیدات فقهی (که اغلب به جهت تفحص در کتب متعدد فقهی زمان‌بر است) برای هر مسئله مستحثة، با سرعت بیشتری قواعد و مقررات مورد نیاز جامعه خود را تصویب کند.

منابع

فارسی

کتاب

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، *مبانی حقوقی پیمان*، تهران: جنگل، چاپ هفتم، ۱۳۹۱.
۲. امامی، محمد و کورش استوار سنجری، *حقوق اداری*، جلد ۲، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱.

۳. انصاری، ولی‌الله، *حقوق قراردادهای اداری*، تهران: حقوقدان، چاپ چهارم، ۱۳۸۷.
۴. بابایی، ایرج، *حقوق بیمه*، تهران: سمت، چاپ نهم، ۱۳۸۹.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۷.
۶. صدر، محمدباقر، *اقتصادنا*، جلد ۲، ترجمه عبدالعلی اسپهبدی، تهران: اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۵۷.
۷. لاگین، مارتین، *مبانی حقوق عمومی*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشرنی، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۸. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه (بخش مدنی: اموال و مالکیت)*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سی و پنجم، ۱۳۹۱.
۹. مدرس، سیدحسن، *نطق‌ها و مکتوبات*، تهران: ابوذر، چاپ اول، ۱۳۵۵.
۱۰. موسوی خمینی، سید روح‌الله، *حکومت در اسلام*، تهران: امیرکبیر، چاپ اول، ۱۳۶۷.
۱۱. موسوی‌زاده، رضا، *حقوق اداری (۱-۲): کلیات و ایران*، تهران: میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۸۸.
۱۲. مؤتمنی طباطبایی، منوچهر، *حقوق اداری*، تهران: سمت، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷.

مقاله

۱۳. زارعی، محمدحسین و آریتا محسن زاده، «حقوق اداری دموکراتیک و پارادایم بوروکراسی وبری»، در: ویژه، محمدرضا و محمد جلالی، *اندیشه‌های حقوق اداری: مجموعه مقالات/هدایی به دکتر منوچهر مؤتمنی طباطبایی*، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۲، صص ۴۹-۱۵.
۱۴. محقق داماد، سید مصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها (۱)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۹، شماره ۴۴، ۱۳۸۵، صص ۵۴-۱۱.
۱۵. محقق داماد، سید مصطفی، «تحولات اجتهاد شیعی: سیر تاریخی، حوزه‌ها و شیوه‌ها (۲)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۰، شماره ۴۶، ۱۳۸۶، صص ۴۳-۹.

جزوه درسی

۱۶. زارعی، محمدحسین، «حقوق قراردادهای اداری»، *جزوه درسی حقوق اداری، کارشناسی/ارشد حقوق عمومی*، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.
۱۷. عابدیان، میرحسین، «حقوق مدنی ۲»، *جزوه درسی حقوق مدنی، کارشناسی/ارشد حقوق خصوصی*، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲.
۱۸. محقق داماد، سید مصطفی، «اصول فقه ۲»، *جزوه درسی حقوق مدنی، کارشناسی/ارشد حقوق خصوصی*، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲.

عربی کتاب

۱۹. احسائی، محمد بن علی، *عوالی اللئالی العزیزیه*، جلد ۱، قم: لوح فشرده فقه اهل بیت، ۱۳۹۱.
۲۰. انصاری، شیخ مرتضی، *کتاب المکاسب*، جلد ۵ و ۶، چاپ دهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۰ ه.ق.

۲۱. جبعی عاملی، زین‌الدین علی بن احمد، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، جلد ۱، تهران: المكتبة الاسلامیة، ۱۳۰۹.
۲۲. جبعی عاملی، زین‌الدین علی بن احمد، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الاسلام*، جلد ۳، تهران: المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۹ ه.ق.
۲۳. حر عاملی، محمد بن حسن بن علی، *وسائل الشیعة*، جلد ۹، بیروت: احیاء التراث العربی، ۱۳۸۷ ه.ق.
۲۴. حلی، علامه حسن بن یوسف جمال‌الدین، *تذکره الفقهاء*، جلد ۱، تهران: المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ه.ق.
۲۵. حلی، محمد بن احمد ابن ادريس، *سرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد ۲، قم: لوح فشرده فقه اهل بیت، ۱۳۹۱.
۲۶. طباطبایی، محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، جلد ۸، تهران: کانون انتشارات محمدی، چاپ سوم، ۱۳۶۳.
۲۷. طوسی، شیخ محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، جلد ۲، تهران: مکتبه الفراهانی، چاپ اول، ۱۳۶۳.
۲۸. طوسی، شیخ محمد بن حسن، *خلاف*، جلد ۲، قم: شرکت دارالمعارف الاسلامیة، ۱۳۸۴ ه.ق.
۲۹. نایینی، محمدحسین، *تنبییه الامه و تنزیه الملئ*، قم: مؤسسه بوستان کتاب، چاپ دوم، ۱۳۸۸.

References

Books

1. Ansari, Sheikh Morteza, *The Book of Profits*, Volumes 5 & 6, Qom: Islamic Thought Academy, 10th Edition, 2008. (in Arabic)
2. Ansari, Vali-Allah, *Administrative Contracts Law*, Tehran: Lawyer, Fourth Edition, 2008. (in Persian)
3. Babaei, Iraj, *Insurance Law*, Tehran: Samt, Ninth Edition, 2010. (in Persian)
4. Ehsa'ei, Mohammad Ibn Ali, *Dear High Pearls*, Volume 1, Qom: Ahl al-Bayt Jurisprudence CD, 2012. (in Arabic)
5. Emami, Mohammad and Kourosh Ostovar Sangari, *Administrative Law*, Volume 2, Tehran, Mizan, First Edition, 2012. (in Persian)
6. Esma'eili Harisis, Ebrahim, Tehran, *Legal Basis of General Treaty*, Tehran: Jungle, Seventh Edition, 2012. (in Persian)
7. Helli, Allameh Hassan Ibn Yousuf Jamal Al-Din, *Jurists' Reminder*, Volume 1, Tehran: Al-Murtazawi Library for the Revival of Ja'fari Monuments, 1967. (in Arabic)
8. Helli, Mohammad Ibn Ahmad Ibn Idris, *Sara'er al-Hawi for Editing Fatwas*, Volume 2, Qom: Ahl al-Bayt Jurisprudence CD, 2012. (in Arabic)
9. Hor Ameli, Mohammad Ibn Hassan Ibn Ali, *Shiite Means*, Volume 9, Beirut: Reviving Arab Heritage, 1967. (in Arabic)
10. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far, *Legal Terminology*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 19th Edition, 2008. (in Persian)
11. Jaba'ei Ameli, Zain al-Din Ali Ibn Ahmad, *Paths of Understanding to the Refining of Islamic Laws*, Volume 3, Tehran: Al-Murtazawi Library for the Revival of Ja'fari Monuments, 1969. (in Arabic)
12. Jaba'ei Ameli, Zain al-Din Ali Ibn Ahmad, *The Radiant Garden in Explanation of the Damascene Gleaming*, Volume 1, Tehran: Islamic Library, 1930. (in Arabic)
13. Laughlin, Martin, *Basis of Public Law*, Translated by: Mohammad Rasekh, Tehran: Ney Publication, First Edition, 2009. (in Persian)
14. Mo'tameni Tabataba'ei, Manouchehr, *Administrative Law*, Tehran: Samt, 15th Edition, 2008. (in Persian)

15. Modarres, Seayyed Hassan, *Speeches and Writings*, Tehran: Abouzar, First Edition, 1976. (in Persian)
16. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, *Rules of Jurisprudence (Civil Section: Property and Ownership)*, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, 35th Edition, 2012. (in Persian)
17. Mousavi Khomeini, Sayyed Rouhollah, *Governing in Islam*, Tehran: Amir Kabir, First edition, 1988. (in Persian)
18. Mousa-Zadeh, Reza, *Administrative Law (1-2): Generalities and Iran*, Tehran: Mizan, 11th Edition, 2009. (in Persian)
19. Na'eini, Mohammad Hossein, *Alert the Nation and Purification of Nation*, Qom: Book Garden Institute, Second Edition, 2009. (in Arabic)
20. Sadr, Mohammad Bagher, *Our Economy*, Volume 2, Translated by: Abdolali Espahbadi, Tehran: Islamic, Second Edition, 1978. (in Persian)
21. Tabataba'ei, Mohammad Hossein, *Justice in the Interpretation of the Qur'an*, Volume 8, Tehran: Mohammadi Publication Center, Third Edition, 1984. (in Arabic)
22. Tousi, Sheikh Mohammad Ibn Hassan, *Refinement of Rulings*, Volume 2, Tehran: Farahani Library, First Edition, 1984. (in Arabic)
23. Tousi, Sheikh Muhammad Ibn Hassan, *Difference*, Volume 2, Qom: House of Islamic Knowledge Company, 1964. (in Arabic)

Articles

24. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, "Developments in Shiite Ijtihad: Historical Course, Fields and Methods (1)", *Legal Research Quarterly*, Volume 9, Issue 44, 2006, PP 11-54. (in Persian)
25. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, "Developments in Shiite Ijtihad: Historical Course, Fields and Methods (2)", *Legal Research Quarterly*, Volume 10, Issue 46, 2007, PP 9-43. (in Persian)
26. Zar'ei, Mohammad Hossein and Azita Mohsen-Zadeh, "Democratic Administrative Law and Weberian Bureaucratic Paradigm", In: Vjeh, Mohammad Reza and Mohammad Jalali, *Administrative Law Thoughts: A Collection of Articles Dedicated to Prof. Manouchehr Mo'atamani Tabataba'ei*, Tehran: Majd, First Edition, 2013, PP 15-49. (in Persian)

Text Books

27. Abedian, Mir Hossein, "Civil Law 2", *Civil Law Textbook, Master of Private Law*, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, 2013. (in Persian)
28. Mohaghegh Damad, Sayyed Mostafa, "Principles of Jurisprudence 2", *Principles of Jurisprudence Textbook, Master of Private Law*, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, 2013. (in Persian)
29. Zar'ei, Mohammad Hossein, "Administrative Contract Law", *Administrative Law Textbook, Master of Public Law*, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, 2011. (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*