

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

دوفصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی
سال بیست‌ودوم، شماره اول (پیاپی ۵۳)، بهار و تابستان ۱۴۰۰

صاحب امتیاز: دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

مدیر مسئول: علی غلامی

سر دبیر: نجادعلی الماسی

مدیر داخلی: حمید اسدی

اعضای هیات تحریریه (به ترتیب رتبه و الفبا):

نجادعلی الماسی استاد (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
سیدحسین صفایی استاد (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
عباس کریمی استاد (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
سیدفضل‌الله موسوی استاد (تخصص: حقوق عمومی) دانشگاه تهران
سیدمصطفی سعادت‌مصطفوی دانشیار (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه امام صادق (علیه السلام)
علی غلامی دانشیار (تخصص: حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه امام صادق (علیه السلام)
توکل حبیب‌زاده دانشیار (تخصص: حقوق عمومی) دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

* بر اساس مجوز شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۹ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، دوفصلنامه «پژوهش‌نامه حقوق اسلامی» از شماره ۳۴ (پاییز و زمستان ۱۳۹۰) دارای درجه علمی - پژوهشی است. * نشریه از شماره ۱ الی ۲۴ با عنوان «اندیشه صادق» و از شماره ۲۵ الی ۳۱ با عنوان «معارف اسلامی و حقوق» منتشر شده است.

مقالات نشریه در پایگاه‌های ذیل نمایه می‌شود:

پایگاه استادی علوم جهان اسلام: <https://www.isc.gov.ir>
پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی: <https://www.sid.ir>
پایگاه اطلاعات نشریات کشور: <https://www.magiran.ir>
پایگاه مجلات تخصصی نور: <https://www.noormags.com>
پایگاه مرجع دانش: <https://www.civilica.com>
پرتال جامع علوم انسانی: <https://www.ensani.ir>

مقالات این نشریه لزوماً بیان‌کننده دیدگاه دانشگاه نیست.

نقل مطالب تنها با ذکر کامل مأخذ رواست.

چاپخانه: انتشارات دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

۳۴۶ صفحه / ۵۰،۰۰۰ ریال

نشانی: ایران، تهران، بزرگراه شهید چمران، پل مدیریت، دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، صندوق پستی ۱۴۶۵۵-۱۵۹

مدیریت امور فنی و چاپ: معاونت پژوهش و فناوری، تلفکس: ۸۸۰۹۴۹۱۵ (۰۲۱)

مدیریت امور علمی و تحریریه: دانشکده معارف اسلامی و حقوق، تلفن: ۸۸۰۹۴۰۰۱ (۰۲۱) داخلی ۳۶۱

آدرس سامانه اختصاصی نشریه: <http://www.law.journals.isu.ac.ir>

E-mail: ilr@isu.ac.ir

اهداف و سیاست‌های دو فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

تولید علم از اقدامات حیاتی و مهم در راستای پیشرفت همه‌جانبه یک کشور و نیل به اهداف بلند خویش است. در سالیان اخیر بسط و تولید علم بومی در ایران رشدی قابل قبول داشته است و روند این رشد نیز امیدوارکننده است. نشریات حقوقی نیز در سالیان اخیر رشدی فزاینده داشته است. در کشورهای مولد علم همواره نشریات علمی از اهمیت خاصی برخوردار است. مقالات برخلاف کتب که غالباً تدوینی و آموزشی است، دربردارنده اندیشه‌های بدیع و نو در زمینه‌های مشخصی است که در مرزهای دانش سیر می‌کند. نشریات علمی - پژوهشی حقوقی، حاصل تحقیقات و پژوهش‌هایی را عرضه می‌کند که اساتید طراز اول و دانشجویان خوش‌فکر و ممتاز دانشکده‌های حقوق مدتی بر سر آن موضوعات تأمل کرده‌اند و آنچه ارائه می‌شود، محصول پژوهشی سامان‌دار و منظم توسط این گروه است. در کشورهای ممتاز از نظر علمی، مقالات علمی - پژوهشی مخاطبان خاص دارد و اساتید و دانشجویان تحصیلات تکمیلی از این دست مقالات بهره‌ای وافر می‌برند.

دوفصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی (معارف اسلامی و حقوق) به‌کوشش مرکز تحقیقات میان‌رشته‌ای علوم انسانی و اسلامی دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام) و دانشکده معارف اسلامی و حقوق این دانشگاه به سردبیری استاد دکتر الماسی، به‌موجب نامه شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ و جلسه مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۹ کمیسیون بررسی و تعیین اعتبار نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری از شماره ۳۴ (پاییز و زمستان ۱۳۹۰) دارای امتیاز علمی - پژوهشی است.

مقالات این نشریه محصول تلاش اساتید، پژوهش‌گران و دانشجویان نخبه حقوق است که از طریق تولید و پژوهش و یا برگرفته از پایان‌نامه (تهیه‌شده زیر نظر اساتید راهنما) است که پس از داوری توسط اساتید منتشر می‌شود.

در این نشریه دو دسته از مقالات ارائه می‌گردد: دسته اول، متمرکز بر شیوه‌مبنایی و نظری و شیوه تعامل حقوق، فقه، فلسفه و سایر حوزه‌های مرتبط با حقوق است. این دست مقالات با تأکید بر نظریه‌های مبنایی حقوق سعی در واکاوی و ارائه نظریه جدید در ادبیات حقوقی کشور دارد. دسته دیگر مقالات، مقالاتی است که سعی می‌کند مشکلات و مسائل حقوقی را در عرصه عمل، با نگاهی میان‌رشته‌ای، تطبیقی و کاربردی حل کند. به‌عبارتی، در دسته دوم مقالات سعی در ارائه راهکارهایی مناسب جهت رفع چالش‌های حقوقی موجود در جامعه دارد. دسته دوم به مطالعات و ادبیات عملی حقوق نزدیک‌تر است، حال آنکه دسته اول، سعی در ارائه نظریات جدید در بنیان‌های حقوقی کشور دارد. امید است با تعامل این دو دسته از مقالات، جامعه علمی - حقوقی کشور شاهد ارائه مقالاتی بدیع، در مرزهای دانش در مطالعات حقوق، فقه فلسفه و سایر علوم مورد نیاز جهت رفع مشکلات و ارائه راهکارها و نظریات در فضای علمی و عملی حقوق باشد و این نشریه به غنای ادبیات حقوق در کشور بیافزاید.

انشاءالله جهت‌گیری مجله حاضر آن است که با استفاده از حضور و اشراف اساتید برجسته حقوق کشور، گامی در راستای تولید حقوق اسلامی و بومی بردارد.

شوهنامه نگارش و ارسال مقاله

مقالات قابل پذیرش

- از نویسنده(گان) محترم تقاضا دارد جهت تسریع در بررسی و انتشار به موقع مقاله نکات زیر را رعایت فرمایند؛ در صورت عدم رعایت نکات، مقاله بازگردانده خواهد شد.

محتوای مقاله

- محتوای مقاله باید با زمینه موضوعی نشریه مرتبط باشد.
- مقاله مبتنی بر تحقیقات علمی، خلاقانه و همراه نوآوری باشد و سهمی در پیشبرد علم در حوزه تخصص خود ایفا نماید.
- مقاله پیشتر یا هم‌زمان برای هیچ‌یک از نشریات داخلی و خارجی ارسال و یا چاپ نشده باشد.

ساختار مقاله

- هر مقاله پژوهش دارای این ساختار کلی است: نویسنده(گان) و وابستگی سازمانی آنها، چکیده، کلیدواژه، مقدمه، مرور پیشینه‌ها، روش‌شناسی و یافته‌ها، تحلیل داده‌ها، جمع‌بندی و نتیجه‌گیری و کتابنامه(منابع).

عنوان مقاله

- عنوان مقاله باید دقیق، و تا حد امکان کوتاه و جالب باشد تا خواننده را به خواندن مقاله علاقه‌مند کند و همچنین ایده اصلی مقاله را نشان دهد. تعداد کلمه‌های به کار رفته در عنوان بهتر است بین ۱۰ تا ۱۵ واژه باشد عنوان نباید خیلی کوتاه یا خیلی بلند باشد. در صورتی که عنوان خیلی کوتاه باشد، باعث سردرگمی خواننده و ایجاد ابهام در او خواهد شد و در صورتی که عنوان خیلی طولانی باشد، باعث می‌شود خواننده آن را مورد توجه قرار ندهد.

نام نویسنده(گان) و وابستگی سازمانی

نام نویسنده(گان) پس از عنوان مقاله با شرایط ذیل درج گردد:

- ترتیب نوشتن نام نویسندگان توافقی میان پدیدآورنده(گان) مقاله، که می‌بایست با Bullet ستاره Superscript ترتیب‌بندی شوند و متعاقباً وابستگی سازمانی در پانویس چکیده فارسی و انگلیسی به ترتیب شامل رتبه علمی، عنوان دانشگاه یا مرکز علمی محل خدمت، شهر، کشور و پست الکترونیکی نویسنده(گان) است. درج ایمیل دانشگاهی برای اساتید، دانش‌آموختگان و دانشجویان دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام) الزامی است و توصیه می‌شود دیگر افراد از ایمیل محل خدمت خود استفاده نمایند.
- هر مقاله دارای یک نویسنده مسئول است که می‌بایست در پانویس پس از درج مشخصات(قبل از پست الکترونیک) با ذکر «نویسنده مسئول» در داخل پرانتز مشخص شود.
- از نوشتن عنوان‌هایی مانند دکتر، پروفیسور، مهندس، حجت‌الاسلام و موارد مشابه خودداری شود.

چکیده

چکیده باید ساختاریافته باشد:

- در روش‌های توصیفی و تجربی، هر چکیده شامل بندهای جداگانه: هدف، روش پژوهش، یافته‌ها، نتیجه‌گیری؛ و در روش تاریخی، شامل: هدف، بحث و تفسیر، و نتیجه‌گیری باشد.
- هر یک از چکیده‌های فارسی و انگلیسی ۲۵۰ تا ۳۰۰ واژه و حداکثر در یک صفحه A4 باشد.

واژگان کلیدی

- اصطلاحات این بخش باید دقیقاً از متن و چکیده مقاله استخراج شده باشند و به مفاهیم موضوعی اصلی اشاره کنند. حجم کل بین ۵ تا ۱۲ واژه باشد و توصیه می‌شود واژگان کلیدی الفبایی تنظیم شوند.

مقدمه

- محتوای مقدمه بر مبنای آخرین شیوه‌نامه‌ها و استانداردهای بین‌المللی شامل توضیحات مقدماتی، بیان مسأله، هدف اصلی، پرسش‌ها و یا فرضیه‌ها، و مرور پیشینه‌هاست. تمام این موارد باید همچون تکه‌های جورچین کنار هم قرار بگیرند به طوری که پس از اتمام این بخش، خواننده یک تصویر کلی از تمامی اطلاعات به کار رفته در این مقاله داشته باشد.

مرور پیشینه‌ها

- اگر به مرور و ارائه پیشینه‌ها در بخشی مجزا نیاز است، و بررسی پیشینه‌ها در مقدمه به دلیل خلاصه بودن، مناسب تشخیص داده نمی‌شود، می‌توان پس از مقدمه، مرور پیشینه‌ها را به صورت بخشی مستقل انجام داد. در این بخش نخست مطالب مقدماتی در

خصوص موضوع پژوهش بیان می‌شود، و در ادامه پیشینه‌های پژوهشی به ترتیب تاریخ مرور می‌گردند. سپس استنتاجی منطقی از مرور پیشینه‌ها صورت می‌گیرد، و خلاء(های) پژوهشی موجود نشان داده می‌شوند. بدیهی است بهترین روش مرور، روش تحلیلی و یا تحلیلی-انتقادی است که در آنها پیشینه‌ها صرف‌نظر از زمان و مکان انجام آنها، و بر مبنای شباهت‌های رویکردی گروه‌بندی می‌شوند و نظر و دیدگاه پژوهشگر(ان) نسبت به آنها بیان می‌شود.

روش‌شناسی

- این بخش شامل طرح، روش یا رویکرد پژوهش (با توصیف دقیق روش کلی و روش خاص اجرای پژوهش)، جامعه پژوهش، ابزار گردآوری داده‌ها، و روش تجزیه و تحلیل داده‌هاست. در مرحله نخست پژوهشگر باید روش پژوهش و طرح پژوهش را توضیح دهد تا خواننده تصویر روشنی از آنچه در طول پژوهش صورت گرفته است، به دست آورد. بنابراین ارائه توضیحات دقیق و روشن از فرآیند طی شده نظیر شیوه اعمال متغیر مستقل، تعریف متغیرها، شیوه نمونه‌گیری، گمارش افراد در گروه آزمایش و کنترل، چگونگی ثبت واکنش نمونه‌ها به متغیر مستقل، چگونگی ثبت و اندازه‌گیری متغیر وابسته، و جز آن ضروری است. پژوهشگر باید جامعه موردنظر را مشخص کند تا خواننده پژوهش بداند این پژوهش روی چه افرادی مورد بررسی قرار گرفته است. سپس باید آزمودنی‌ها یا شرکت‌کنندگان در پژوهش را مشخص سازد که در واقع به تعیین نمونه پژوهش پرداخته است. البته در مقاله‌های موردی، شیوه انتخاب نمونه و نوع آزمودنی متفاوت از نمونه‌های پژوهش‌های دیگر است.

گام بعدی، پژوهشگر وسیله و ابزار پژوهش (گردآوری داده‌ها) را تعیین می‌کند. در این بخش توجه به این نکته ضرورت دارد، در صورتی که از وسیله و ابزار مورد استفاده در جامعه علمی مخاطب شناخته شده است، نیازی به توضیح دقیق و کامل نیست، و تنها ذکر نام آزمون و یا ابزار پژوهش به همراه توضیح مختصری درباره پایایی و روایی ابزار کفایت می‌کند. اما اگر ابزار پژوهش توسط خود پژوهشگر طراحی شده است، توضیح کامل درباره چگونگی ارزیابی پایایی و روایی ابزار مورد نیاز است. سپس باید روش تجزیه و تحلیل داده‌ها را شرح داده، و به مراحل آماری طی شده اشاره شود.

تحلیل داده‌ها

- تحلیل و بیان داده‌های گردآوری شده در قالب‌ها آماری (توصیفی و استنباطی)، کیفی، و ترکیبی همراه با تفسیر محدود داده‌ها در این بخش صورت می‌گیرد. لازم به ذکر است برای توضیح و بازنمون داده‌های گردآوری شده، استفاده از یکی از ابزارهای نمودار، شکل و جدول کافی است. در مواردی که پژوهش دارای پرسش است، باید پاسخ به پرسش به شکل شفاف و بدون ابهام تشریح شود. در صورت وجود فرضیه در پژوهش، توصیف دقیق آزمون‌ها انجام گیرد و فرضیه‌های رد یا تأیید شده مشخص شوند.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

- ارزش اصلی پژوهش در این بخش نهفته است. زیرا یافته‌های پژوهش تعیین شده، و درک و شناخت نهایی پژوهشگر از انجام پژوهش بیان می‌شود. به طور کلی در این بخش تفسیر دقیق داده‌ها و بیان دیدگاه پژوهشگر(ان) نسبت به یافته‌ها، مقایسه یافته‌های پژوهش با یافته‌های پژوهش‌های پیشین و نشان دادن جایگاه پژوهش در میان پژوهش‌های مشابه، بیان مختصر محدودیت‌هایی که پژوهش در هنگام انجام با آنها روبرو شده است، و ارائه پیشنهاد(های) پژوهشی استنتاج شده از یافته‌های پژوهش صورت می‌گیرد.

سپاسگزاری

- نویسنده(گان) می‌تواند مراتب سپاسگزاری خود را قبل از یادداشت‌ها با عنوان «سپاسگزاری» ذکر کند.

یادداشت‌ها

- توضیحات اضافی، معادل‌های انگلیسی اسامی و یا اصطلاحات در بخش «یادداشت‌ها» با استفاده از گزینه Insert Endnote در References از نرم‌افزار Word و به صورت شماره‌گذاری عددی درج شود.

کتابنامه

- منابع و مأخذ باید به صورت درون متنی و همچنین در پایان مقاله به ترتیب الفبا بر مبنای روش استناددهی بین‌المللی APA باشد. تذکر:

- می‌بایست کل منابع و مأخذ ذکر شده در کتابنامه، به انگلیسی برگردانده و در انتهای فایل چکیده انگلیسی ارسال شود. اگر مأخذی قدیمی بوده که نام انگلیسی آن وجود ندارد، به صورت پینگلیش نوشته شود.

- مشخصات هر منبعی که در داخل متن بدان ارجاع شده، باید در کتابنامه آورده شود.

فایل‌های ارسالی

- فایل مقاله در نرم‌افزار Word بدون مشخصات نویسندگان.

- فایل مقاله در نرم‌افزار Word با مشخصات نویسندگان.

- فایل مقاله مشابه‌یابی شده در سامانه سمیم‌نور.

- تصویر تکمیل شده کاربردگ تعهدنامه اخلاقی.

نحوه ارسال

- ضروری است نویسنده(گان) جهت انتشار مقاله، نسبت به ارسال فایل مقاله در سامانه نشریات دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام) (سپس سامانه اختصاصی نشریه مورد نظر) اقدام شود و در این مدت از وضعیت مقاله ارسالی از طریق سامانه آگاهی حاصل نماید.

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

- مقاله در نرم‌افزار Word با اندازه و قلم ذیل تنظیم شوند:

اندازه و قلم	موضوع	
B Zar 12 Bold	فارسی	عنوان مقاله
Time New Roman 11 Bold	انگلیسی	
B Zar 11 Bold	فارسی	نام نویسنده(گان)
Time New Roman 11 Bold	انگلیسی	
B Lotus 10 Regular	فارسی	پانویس
Time New Roman 9 Regular	انگلیسی	
B Zar 11 Bold	فارسی	تیترها
Time New Roman 10.5 Bold	انگلیسی	
B Lotus 11 Regular	فارسی	چکیده و واژگان کلیدی
Time New Roman 10.5 Regular	انگلیسی	
B Lotus 13 Regular	فارسی	متن اصلی مقاله
Time New Roman 11 Regular	انگلیسی	
B Zar 10.5 Bold	فارسی	عنوان جدول و نمودار(شکل)
Time New Roman 10 Bold	انگلیسی	
B Lotus 11 Regular	فارسی	متن جدول و نمودار(شکل)
Time New Roman 10.5 Regular	انگلیسی	
B Zar 10.5 Regular	فارسی	متن جدول و نمودار(شکل)
Time New Roman 10 Regular	انگلیسی	
B Lotus 13 Regular	فارسی	رابطه
Cambria Math 11 Regular	انگلیسی	
B Lotus 12 Regular	فارسی	یادداشت‌ها
Time New Roman 10.5 Regular	انگلیسی	
B Lotus 12 Regular	فارسی	کتابنامه
Time New Roman 10.5 Regular	انگلیسی	

تذکر:

- اندازه واژگان زبان عربی همانند موضوعات فارسی، و با قلم B Badr تنظیم شوند.

- فاصله خطوط در کل متن مقاله ۰.۹ باشد.

- در صورت استفاده از فرمول(رابطه)، تمامی موارد با ذکر رابطه و شماره پیاپی آن، از گزینه Equation استخراج شود.

- حجم مقاله بین ۳۰۰۰ تا ۹۰۰۰ واژه (بین ۱۵ تا ۳۰ صفحه) باشد.

- با استفاده از گزینه Spacing در Paragraph فواصل قبل تیترها با ۵ رج(فاصله) درج شوند.

- در پاراگراف‌ها -غیر از پاراگراف اول-، با استفاده از گزینه Indentation در Paragraph به میزان ۰.۵ تورفتگی ایجاد شود.

- عنوان جدول با روش شماره‌گذاری عددی پیاپی در بالای جدول و منبع آن در قسمت پایین آورده شود.

- عنوان نمودار(شکل) با روش شماره گذاری عددی پیاپی همراه منبع در پایین نمودار(شکل) آورده شود.
- متن سطر اول جداول **Bold** و با استفاده از گزینه **Shading** در **Paragraph** با رنگ خاکستری رنگ آمیزی شود.
- در صورت طولانی بودن جدول و انتقال سطرها به صفحات بعدی، متن سطر اول جداول با استفاده از گزینه **Data** در **LAYOUT** تکرار شود.
- عناوین(تیترها) اصلی و فرعی (غیر از چکیده، مقدمه، جمع بندی و نتیجه گیری، سپاسگزاری و کتابنامه) با روش شماره گذاری عددی پیاپی از راست به چپ تنظیم شود.

سایر مقررات

- حداکثر زمان رفع نواقص توسط نویسنده ۵ می باشد.
- حداکثر زمان انجام اصلاحات توسط نویسنده ۱۵ روز می باشد.

آیین نامه پیشگیری از تخلفات پژوهشی

الف) ثبت مقاله در سامانه اختصاصی نشریه با ارسال ایمیل به کلیه نویسندگان مقاله اطلاع داده خواهد شد؛ بدیهی است درج نام نویسنده(گان) در مقاله به منزله نقش اساسی ایشان در تدوین مقاله است، در صورتی که نویسنده(گان) مقاله در تدوین مقاله نقشی نداشته اند و از نام آنها سوءاستفاده شده است، لطفا مراتب را بلافاصله از طریق ایمیل دریافتی اطلاع دهند. شایان ذکر است همه نویسندگان(گان) مقاله در مورد اصالت اثر مسئول هستند و می بایست نسبت به تکمیل کاربرگ تعهدنامه اخلاقی - به منزله پذیرش مسئولیت- اقدام نمایند. حق ارزیابی موارد سرقت علمی برای نشریه محفوظ است. سرقت علمی شکل های گوناگونی دارد، از جمله:

- ثبت مقاله دیگری به نام خود.
- درج نام نویسنده(گان) و پژوهشگر(ان) که در مقاله نقشی نداشته اند.
- کپی برداری یا تکرار بخش های قابل توجهی از مقاله دیگر (حتی اگر مقاله کپی شده مربوط به یکی از نویسندگان مقاله جدید باشد).
- طرح نتایج حاصل از پژوهش های دیگران به نام خود.
- چاپ مکرر مقاله توسط نویسنده واحد در چند نشریه.
- بیان نتایج نادرست و خلاف یافته های علمی یا تحریف نتایج حاصل از پژوهش.
- استفاده از داده های نامعتبر یا دستکاری در داده های پژوهش.
- ب) موارد سرقت علمی توسط مسئولان نشریه بررسی و برای حراست از اعتبار و زحمات دیگر پژوهشگران، بدون هیچ تساهل و چشم پوشی با توجه به میزان سرقت علمی به شرح ذیل برخورد قانونی می شود:
 - مقاله سلب اعتبار(Retraction) خواهد شد و در صورت چاپ از روی سامانه اختصاصی نشریه برداشته خواهد شد.
 - اسامی همه نویسندگان مقاله در سیاه نامه نشریات دانشگاه امام صادق (علیه السلام) قرار خواهد گرفت.
 - طی نامه رسمی پرونده سرقت علمی با سایر دانشگاه ها و نشریات داخلی و خارجی مرتبط به اشتراک گذاشته خواهد شد.
 - طی نامه رسمی پرونده سرقت علمی به مراجع ذیصلاح از جمله وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، پایگاه استنادی علوم جهان اسلام، دانشگاه ها، مراکز علمی، نشریات و هر محلی که نویسندگان از امتیاز چاپ این مقاله استفاده کرده اند، اطلاع داده خواهد شد.

تذکر:

- دفتر نشریات مقالات رسیده را برای پیش گیری از تخلفات پژوهشی در سامانه سمیم نور، مشابه یابی می کند.
- کلیه حقوق مادی و معنوی برای نشریه محفوظ است و آن دسته از نویسندگان مقاله که درصدد انتشار مقاله در مجموعه مقالات، یا بخشی از یک کتاب هستند، لازم است با ارائه درخواست کتبی، موافقت نشریه را اخذ نمایند.
- نشریه «پژوهش نامه حقوق اسلامی در اصلاح و ویرایش مقاله آزاد است.

شوهنامه استناددهی به روش APA

۱. قواعد استناد درون متن (منابع و مأخذی که در متن مقاله به آن ارجاع می‌شود):

- تذکر: اگر منبع و مأخذ مورد استفاده در پژوهش به زبان فارسی منتشر شده باشد، مطابق شیوهنامه زیر عمل می‌شود و در صورتی که به زبان لاتین باشد، مطابق شیوهنامه زیر، اما در داخل پرانتز نام منبع به جای فارسی به زبان اصلی (لاتین) نوشته می‌شود.

۱-۱. برای اثری با یک نویسنده:

□ مثال فارسی:

چاپ سنگی یا لیتوگرافی نیز برای نخستین بار، چاپ سربی، در تبریز دایر شد (بابازاده، ۱۳۸۷، ص. ۱۳).

آخرین تحقیق مرتبط با این پژوهش نشان می‌دهد که (کریمی، ۱۳۸۷).

□ مثال انگلیسی:

(Kessler, 2003, p. 8)

اسمت دریافت که (Esmet, 1993).

۲-۱. برای اثری تا پنج نویسنده:

□ مثال فارسی:

در واقع سبک شعر سپید از انفجار سبک هندی پدید آمده است (حسینی، مجتهدی، فرامرزیپور، دارابی، و احسانی، ۱۳۸۲، ص. ۳۴).

در سایر تحقیقات مشابه (گوردن و لینک، ۱۹۹۹؛ هارمن، ۲۰۰۶) (Harman, 2006; Gordon and Link, 1999).

□ مثال انگلیسی:

(Walker & Allen, 2004, p. 97)

۳-۱. برای اثری با بیش از پنج نویسنده:

□ مثال فارسی:

در واقع سبک شعر سپید از انفجار سبک هندی پدید آمده است (حسینی و دیگران، ۱۳۸۲، صص. ۳۳-۴۰).

□ مثال انگلیسی:

(Bradley et al., 2006, pp. 49-80)

۴-۱. در صورتی که نام پدیدآورنده اثر در متن آمده است، بلافاصله پس از آن، فقط سال نشر در داخل پرانتز ذکر می‌شود:

□ مثال فارسی:

ابراهیمی و محسن (۱۳۸۲) معتقدند فقر فرهنگی زاده فقر اقتصادی است و فقر فرهنگی، به نوبه خود، به فقر اقتصادی دامن می‌زند.

- تذکر: در صورتی که استناد به نقل قول مستقیم کوتاه (کمتر از ۴۰ کلمه) از یک اثر تعلق دارد، شماره صفحه یا صفحات مربوط به آن، به همراه نام پدیدآورنده و سال نشر اثر ذکر می‌شود:

□ مثال فارسی:

کمیرر معتقد است، «انتخاب علل کاملاً آزاد است: هر چیزی ممکن است از چیز دیگر پدید آید» (شایگان، ۱۳۷۱، ص. ۱۳۳).

- تذکر: در صورتی که نقل قول مورد استناد بیش از ۴۰ کلمه باشد، باید در یک پاراگراف مستقل درج و علامت گیومه از دو طرف آن برداشته شود:

□ مثال فارسی:

شایگان (۱۳۷۱) می‌گوید:

در حالی که قانون علت در شیوه عقل استدلالی و روش علمی بین برخی از علل و برخی از معلول‌ها رابطه‌ای یک جانبه برقرار می‌سازد، در بینش اساطیری انتخاب علل کاملاً آزاد است و هر چیزی ممکن است از چیز دیگر پدید آید (ص. ۱۳۲).

- تذکر: در صورتی که در بخش مشخصی از متن به بیش از یک اثر استناد شده است، استنادها به ترتیب الفبای نام خانوادگی اولین پدیدآورنده هر اثر مرتب و با نقطه ویرگول از یکدیگر جدا می‌شوند:

□ مثال فارسی:

شعر حجم تا به امروز نتوانسته است طیف وسیعی از شاعران جوان این مرز و بوم را به مانیفست خود علاقه‌مند سازد (احراری، ۱۳۸۲؛ پرید و یوسفی، ۱۳۸۳).

□ مثال انگلیسی:

(Miller, 1999; Shafraanske & Mahoney, 1998)

- تذکر: نویسنده می‌باید از منابع و مدارکی استفاده کند که خود آنها را دیده و در دسترس وی قرار دارد. اگر منبع و مدرک مورد استفاده قدیمی و خارج از دسترس بود و به نقل از نویسنده دیگری بخواهد آن را آورده و از آن استفاده کند، باید ابتدا نام مدرک اصلی که خود آن را بازبایی نکرده و در دسترس نیست را آورده (در مثال زیر کاستلز) و در انتهای جمله مورد استفاده، مشخصات منبع دومی را در داخل پرانتز بیاورد (در مثال زیر امام جمعه):

□ مثال فارسی:

به تعبیر کاستلز... (به نقل از امام جمعه، ۱۳۸۶).

□ مثال انگلیسی:

Allport's Diary (as Cited in Nicholson, 2003)

۵-۱. در صورتی که تاریخ انتشار اثر در اینترنت وجود نداشت از کلمه بی تا استفاده می‌شود:

□ مثال فارسی:

(وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، بی تا).

۶-۱. برای آثاری که به فارسی ترجمه شده‌اند، نام مترجم به عنوان استناد درون متنی ذکر نمی‌شود و فقط نام خانوادگی نویسنده اصلی همراه با تاریخ انتشار در داخل کشور خواهد آمد.

□ مثال:

(ویکری، ۱۳۷۹، ص. ۷۹)

- تذکر: اگر به یک منبع چند بار استناد داده می‌شود، لازم است هر بار مشخصات اثر تکرار شود و از عبارت همان استفاده نمی‌شود.

۲. قواعد استناد برون متن (منابع و مأخذی که در انتهای مقاله یعنی کتابنامه آورده می‌شود):

- تذکر: در صورتی که اطلاعات کتاب‌شناختی بیش از یک خط بود، همانند کتاب، مقاله، پایان‌نامه، و... می‌باید خط دوم به بعد، نسبت به خط اول با شش رج (فاصله) تورفتگی باشد.

۱-۲. استناد به کتاب:

۱-۱-۲. استناد به کتاب با یک تا شش نویسنده؛

□ مثال فارسی:

حری، عباس (۱۳۸۱). *آیین نگارش علمی* (ویرایش ۳). تهران: هیأت امنای کتابخانه‌های عمومی کشور، دبیرخانه.

ملکی، اسماعیل؛ سهرابی، اعتماد؛ بشیری، حسین؛ سلوکی، مصطفی؛ بینایی، مینو؛ و احتشامی، رامین (۱۳۸۲). *بیماری‌های کودکان* (ویرایش ۳). تهران: پزشکیار.

□ مثال انگلیسی:

Shotton, M. A. (1989). *Computer Addiction? A Study of Computer Dependency*. London, England: Taylor & Francis.

۲-۱-۲. استناد به کتاب با بیش از شش نویسنده؛

□ مثال فارسی:

افراسیابی، شاهین؛ رستمیان، پروا؛ سلطانیان، مستانه؛ اعتمادی، رضا؛ پهلوانی، آریا؛ تجارت پیشه، اردلان؛ و دیگران (۱۳۸۲). *برنامه‌های تنظیم خانواده در کشورهای جهان سوم* (جلد ۲). تهران: ادراک.

□ مثال انگلیسی:

Berman, A., Snyder, S. J., Levett-Jones, T., Dwyer, T., Hales, M., Harvey, N. ... Stanley, D. (2012). *Kozier and Erb's Fundamentals of Nursing* (2nd Aust. ed.). Frenchs Forest, Australia: Pearson Australia.

۳-۱-۲. استناد به کتاب ترجمه شده با یک مترجم؛

□ مثال فارسی:

هرسی، یال؛ بلانچارد، کنت (۱۳۷۵). *مدیریت رفتار سازمانی* (علی علاقه‌مند، مترجم). تهران: امیرکبیر (نشر اثر اصلی ۱۹۷۲).

۴-۱-۲. استناد به کتاب ترجمه شده با بیش از یک مترجم؛

□ مثال فارسی:

کوم، ایلیا (۱۳۷۹). بشیریت در سراسر آسیای انحصاط: تأملی جامعه‌شناختی بر پدیده اعتیاد (پریسا مؤمنی و بهادر بشیری، مترجمان). شیراز: رزم آزما (نشر اثر اصلی ۱۹۸۹).

□ مثال انگلیسی:

Laplace, P. S. (1951). *A Philosophical Essay on Probabilities*. (F. W. Truscott & F. L. Emory, Trans.). New York, NY: Dover. (Original work Published 1814)

۵-۱-۲. استناد به کتاب چند جلدی؛

□ مثال فارسی:

پرچمی، پروانه (۱۳۸۱). نگاهی به جغرافیای سیاسی خاورمیانه (۵ج). مشهد: سیاست روز.

□ مثال انگلیسی:

Mill, L. (1996). *Architecture of the Old South (Vols. 1-2)*. Savannah, GA: Beehive Foundation..

۶-۱-۲. استناد به یک جلد از کتاب چندجلدی؛

□ مثال فارسی:

میمای، میمنت؛ احمدی، فریار (ویراستاران) (۱۳۸۲). آسیب‌شناسی طلاق (جلد ۲). شیراز: خانواده سبز.

□ مثال انگلیسی:

Nash, M. (1993). Malay. In P. Hockings (Ed.), *Encyclopedia of World Cultures (Vol. 5, pp. 174-176)*. New York, NY: G.K. Hall.

۲-۲. استناد به مقالات مجلات:

- تذکر: در این روش نام خانوادگی، نام (سال نشر). عنوان مقاله. نام نشریه به صورت ایتالیک، دوره (شماره پیاپی)، صفحات شروع و پایان مقاله درج می‌گردد.

۱-۲-۲. استناد به مقاله با یک نویسنده؛

□ مثال فارسی:

فارسی‌نژاد، علیرضا (۱۳۹۶). نقد و بررسی پاسخ‌های فخررازی به شبهات کلامی در باب توحید افعالی. *دوفصلنامه پژوهشنامه فلسفه دین*، ۲۹(۱۵)، صص. ۱۵۱-۱۷۲.

□ مثال انگلیسی:

Black, J. (2010). Big Government: Good and Bad. *The New Criterion*, 28(5), pp. 24-27.

۲-۲-۲. استناد به مقاله با دو نویسنده؛

□ مثال فارسی:

شجاعی، حسین، و ثقفیان، علی (۱۳۹۶). تأثیر شناخت تحولات تاریخی زبان عربی بر گستره پژوهش‌های ریشه‌شناسی. *دوفصلنامه مطالعات قرآن و حدیث*، ۲۱(۱۱)، صص. ۵-۲۸.

□ مثال انگلیسی:

Light, M. A., & Light, I. H. (2008). The Geographic Expansion of Mexican Immigration in the United States and its Implications for Local Law Enforcement. *Law Enforcement Executive Forum Journal*, 8(1), pp. 73-82.

۳-۲-۲. استناد به مقاله با بیش از دو نویسنده؛

□ مثال فارسی:

عطاردی، محمدرضا؛ قلی‌پور، رحمت‌الله؛ دانایی‌فرد، حسن؛ و امیری، علی‌نقی (۱۳۹۵). واکاوی عمل ناکامی یکپارچه‌سازی خط‌مشی‌های فرهنگی در ایران؛ مطالعه مبتنی بر روش نظریه‌پردازی داده بنیاد. *دوفصلنامه اندیشه مدیریت راهبردی*، ۱۰(۲۰)، ۸۱-۱۲۶.

□ مثال انگلیسی:

Gleditsch, N. P., Pinker, S., Thayer, B. A., Levy, J. S., & Thompson, W. R. (2013). The Forum: The Decline of War. *International Studies Review*, 15(3), pp. 396-419.

۴-۲-۲. استناد به مقاله ترجمه شده؛

□ مثال فارسی:

هرنون، پیترو؛ و شواتز، کندی (۱۳۸۰). توصیه‌هایی در خصوص تدوین مقالات علمی - تحقیقی (ترجمه اعظم شاهدهادی). *دوفصلنامه پژوهشنامه اطلاع‌رسانی*، ۵ (۵)، ص. ۱۲.

۲-۲-۵. استناد به مقاله بر گرفته از ماهنامه؛

□ مثال فارسی:

امیدی، مهدی؛ و اخلاقی، عبدالله (آذر ۱۳۹۶). ظرفیت‌های فلسفه سیاسی امام خمینی قدس سره. *ماهنامه معرفت*، ۲۶ (۲۴۰)، صص. ۱۳-۲۲.

□ مثال انگلیسی:

McKibben, B. (2007, October). Carbon's New Math. *National Geographic*, 212(4), pp. 32-37.

۲-۲-۶. استناد به مقاله بر گرفته از مجله الکترونیکی آنلاین (پیوسته)؛

□ مثال فارسی:

باهنر، ناصر؛ و سهرابی، حامد (۱۳۹۶). ارتباطات گروهی نخبگان نوجوان؛ مورد مطالعه سیاست‌های کانون دانش‌پژوهان نخبه. *دوفصلنامه دین و ارتباطات*، ۲۴ (۵۲)، صص. ۴۵-۷۳.

http://ertebatat.journals.isu.ac.ir/article_2098_e0a9ff0ef93bd1a3dfbb27fd84a481e5.pdf.

□ مثال انگلیسی:

Sahin, N. T., Pinker, S., Cash, S. S., Schomer, D., & Halgren, E. (2009). Sequential Processing of Lexical, Grammatical, and Phonological Information Within Broca's area. *Science*, 326(5951), 445-449. <http://dx.doi.org/10.1126/science.1174481>

۲-۲-۷. استناد به مطلب برگرفته از یک وبگاه (سایت)؛

□ مثال انگلیسی:

Austerlitz, S. (2015, March 3). How Long Can a Spinoff Like 'Better Call Saul' Last? Retrieved From. <http://fivethirtyeight.com/features/how-long-can-a-spinoff-like-better-call-saul-last/>

۲-۳-۳. استناد به پایان‌نامه کارشناسی ارشد یا رساله دکتری؛

۲-۳-۱. استناد برای پایان‌نامه و رساله چاپ نشده؛

□ مثال فارسی:

مهدوی‌کنی، محمدسعید (۱۳۷۰). *مفهوم غنا از دیدگاه اسلام*. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)، تهران، ایران.

□ مثال انگلیسی:

Onsidine, M. (1986). *Australian Insurance Politics in the 1970s: Two Case Studies*. (Unpublished Doctoral Dissertation). University of Melbourne, Melbourne, Australia.

۲-۳-۲. استناد برای پایان‌نامه و رساله منتشره شده در پایگاه اطلاعاتی ملی یا بین‌المللی؛

□ مثال فارسی:

آل‌غفور، محمدتقی (۱۳۸۹). *تأثیر سیاست‌ها و برنامه‌های توسعه جمهوری اسلامی ایران بر ثبات و مشارکت سیاسی* (رساله دکتری). قابل‌بازیابی از گنج، پایگاه اطلاعات علمی ایران (ایرانداک) ش. d07501ff23d1db10520494e2b947de50.

□ مثال انگلیسی:

Cooley, T. (2009). *Design, Development, and Implementation of a Wireless Local Area Network (WLAN): The Hartford Job Corps Academy Case Study* (Doctoral Dissertation). Available From ProQuest Dissertations and Theses Database. (UMI No. 3344745).

۲-۳-۳. استناد برای پایان‌نامه و رساله منتشره شده در وبگاه (سایت) دانشگاه؛

□ مثال فارسی:

شمسی‌نژاد، سعید (۱۳۹۵). طراحی بازار بین‌بانکی مبتنی بر فقه امامیه در نظام پولی و مالی ایران (رساله دکتری). دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)، تهران، ایران. بازیابی شده از <http://saed.isu.ac.ir/site/catalogue/325441>

□ مثال انگلیسی:

Barua, S. (2010). *Drought Assessment and Forecasting Using a Nonlinear Aggregated Drought Index* (Doctoral Dissertation, Victoria University, Melbourne, Australia). Retrieved from <http://vuir.vu.edu.au/1598>

نویسنده(گان) برای استنادسازی منابع و مأخذ به‌کار رفته در مقاله خود (درون متنی و برون متنی)، می‌توانند از

نرم‌افزار استناددهی و ساماندهی منابع پژوهشی پژوهیار (<http://www.pajoohyar.ir>) استفاده نمایند.

مشور اخلاقی نشریات علمی دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

مقدمه

با توجه به رویکرد دانشگاه امام صادق (علیه السلام) جهت تولید، انتشار و به روزرسانی علوم انسانی اسلامی و پاسخ‌گویی به نیازهای نوظهور انقلاب و نظام اسلامی، همچنین پابندی به راهنماهای ملی و بین‌المللی تدوین شده اخلاق پژوهشی، همچون «راهنمای کمیته بین‌المللی اخلاق در انتشارات»^۱ و «مجموعه منشور و موازین اخلاق پژوهش» مصوب معاونت پژوهش و فناوری وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، نشریات علمی - پژوهشی دانشگاه امام صادق (علیه السلام) به‌عنوان عضوی از مجلات علمی - پژوهشی جمهوری اسلامی ایران، ملزم به رعایت اصول ارزش‌های اخلاق حرفه‌ای هستند. در همین راستا اهم مسئولیت‌هایی که برای افراد فعال در نشر مجله همانند: نویسنده(گان)، مدیر مسئول، سردبیر، اعضای هیأت تحریریه و مدیر داخلی(مسئول دفتر نشریه) در نظر گرفته شده به اختصار بیان شده است.

مسئولیت‌های نویسندگان:

۱. از میان مقالات ارسالی به نشریات دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، مقاله‌ای انتخاب و چاپ می‌شود که قبلاً در سایر مجلات علمی (فارسی یا سایر زبان‌ها) منتشر نشده، حاصل پژوهش اصیل، و دارای منبع و استناددهی دقیق باشد.
۲. مسئولیت نهایی محتوای کامل مقاله ارسالی بر عهده نویسنده(گان) است. شایسته است یافته‌های مقاله به طور کامل گزارش شود و در ارائه یافته‌ها و تفسیر و تحلیل آنها دقت کامل به عمل آید، مقاله حاوی جزئیات و منابع کافی باشد به نحوی که امکان دسترسی سایر پژوهشگران به مجموعه داده‌های یکسان جهت تکرار پژوهش وجود داشته باشد.
۳. قبل از ارسال مقاله، هرگونه تضاد منافع احتمالی که بر نتیجه یا تفسیر یافته‌های پژوهش و یا انتخاب سردبیران و داوران تأثیرگذار است، مطرح، و منابع مالی حامی پژوهش در مقاله ذکر شود.
۴. احترام به فرآیند محرمانه ارزیابی و جلوگیری از هرگونه آشکارسازی هویت نویسنده برای داوران و برعکس. به عبارتی، مقاله عاری از هرگونه اطلاعات مضمول خودافشایی بوده، به طوری که داور قادر به شناسایی نویسنده نباشد.
۵. حصول اطمینان از وجود نام، اطلاعات و نقش هر یک از نویسندگان (نویسنده مسئول و نویسنده(گان) همکار) و نبود نامی غیر از پژوهشگران درگیر در انجام پژوهش.
۶. حفظ و حمایت از حریم خصوصی، کرامت انسانی، رفاه و آزادی شرکت‌کنندگان در پژوهش و ذکر هرگونه خطری که به واسطه پژوهش، متوجه انسان‌ها و یا سایر موجودات می‌شود.
۷. نویسنده در هر زمانی که متوجه هرگونه خطا و بی‌دقتی در مقاله خود شود نشریه را در جریان آن قرار داده، نسبت به اصلاح آن اقدام و یا مقاله را بازپس گیرد.
۸. اعلام صریح نویسنده(گان) مبنی بر صحت و اصالت مقاله، فقدان سرقت علمی و چاپ در سایر نشریات.
۹. مواردی از مصادیق رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی:
 - ۹-۱. **جمل داده‌ها:** گزارش مطالب غیرواقعی و ارائه داده‌ها یا نتیجه‌های ساختگی به عنوان نتایج آزمایشگاهی، مطالعات تجربی و یا یافته‌های شخصی. ثبت غیرواقعی آنچه روی نداده یا جایجایی نتایج مطالعات مختلف.
 - ۹-۲. **تحریف داده‌ها:** ثبت و ارائه نتایج پژوهش به نحوی که جزئیات اجرای پژوهش یا فرآیند جمع‌آوری داده‌ها دستکاری شود، یا داده‌هایی حذف یا تغییر یابد، یا برخی نتایج کوچک به منظور پنهان کردن واقعیات بزرگتر (بزرگ‌نمایی) شود، تا نتایج پژوهش به اهداف خاصی برسد یا نتایج ارائه شده مورد تردید نباشد.
 - ۹-۳. **سرقت علمی:** اقتباس نزدیک افکار و عبارات نویسندگان دیگر، کپی‌برداری در بیان اندیشه‌ها، شباهت‌های ساختاری در نوشتار یا انتساب ایده‌ها و نتایج دیگران بدون ارجاع مناسب، یا معرفی آن به عنوان یک پژوهش اصیل علمی.
 - ۹-۴. **اجاره علمی:** به‌کارگیری فرد دیگری برای انجام پژوهش توسط نویسنده(گان) و دخل و تصرف اندکی پس از اتمام پژوهش و چاپ آن به نام خود.

۹-۵. **انتساب غیرواقعی:** انتساب غیرواقعی نویسنده (گان) به مؤسسه، مرکز یا گروه آموزشی یا پژوهشی که نقشی در اصل پژوهش مربوطه نداشته.

۹-۶. **ارسال مجدد:** مقاله یا بخشی از آن که در نشریه دیگری (داخل یا خارج از کشور) چاپ شده یا در جریان دوری و چاپ باشد.

۹-۷. **انتشار هم‌پوشان:** چاپ داده‌ها و یافته‌های مقالات پیشین خود با کمی تغییر در مقاله‌ای دیگر با عنوان جدید.

مسئولیت‌های مدیر مسئول:

۱. پیگیری دسترسی آزاد اطلاعات به نشریه و گسترش نشر و اشاعه آن؛

۲. نظارت و پیگیری امور کاری هیأت تحریریه و سردبیر نشریه؛

۳. دخالت نکردن در فرآیند دآوری علمی مقالات؛

۴. دخالت نکردن در تصمیمات علمی هیأت تحریریه و سردبیر نشریه؛

۵. رعایت حقوق مادی و معنوی نویسندگان، سردبیر، هیأت تحریریه، داوران، و عوامل اجرایی؛

۶. تأیید نهایی مطالب ارسالی به نشریه برای چاپ و انتشار به لحاظ حقوقی.

مسئولیت‌های سردبیر و اعضای هیأت تحریریه:

۱. حفظ آزادی و اختیار عمل سردبیر نشریه در ایفای مسئولانه وظایف خود از قبیل رد یا پذیرش دست نوشته‌های واصله به کمک هیأت تحریریه و رعایت مسائل مربوط به شایستگی‌های علمی مقاله از جمله حفظ حقوق مادی و معنوی، اصالت پژوهش و نظر داوران و ویراستاران.

۲. تلاش برای ارتقاء و اجرای قوانین و دستورالعمل‌های اخلاق و سلامت پژوهش.

۳. دریافت مستندات مربوط به شرایط مندرج ذیل در پذیرش مقاله از نویسنده (گان):

۳-۱. اعطای حق چاپ مقاله در نشریه دانشگاه؛

۳-۲. اعلام تعارض منافع احتمالی.

۴. انتخاب داوران شایسته با توجه به زمینه تخصصی، تجربه علمی و کاری، و نیز احترام به درخواست‌های مستدل و منطقی نویسنده (گان) در مورد دآوری مقاله توسط داوران خاص؛

۵. اجتناب از آشکارسازی اطلاعات و مشخصات نویسنده (گان) و داوران در فرآیند ارزیابی مقاله و احتراز از ارائه اطلاعات مقاله و بحث درباره جزئیات آن با دیگران؛

۶. جلوگیری از بروز هرگونه تضاد منافع در روند دآوری، که به طور بالقوه بر پذیرش و نشر مقالات ارائه شده تأثیر بگذارد.

۷. بررسی دقیق آثار متهم به تخلفات پژوهشی واصله از داوران یا طرق دیگر (همانند سامانه سمیم‌نور برای مشابه‌یابی)، و در صورت نیاز اقدام براساس «دستورالعمل تخلفات پژوهشی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری و نیز دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)».

مراحل برخورد رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی:

۱. آگاه‌سازی هیأت تحریریه نشریه و ارسال نامه به نویسنده مسئول برای درخواست توضیح، بدون رفتار قضاوتی؛

۲. اختصاص فرصتی مناسب برای پاسخ‌گویی نویسنده (گان) متهم به «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی» و پیگیری موارد و تخلفات محرز شده تا آخرین مرحله.

۳. ارجاع موضوع به هیأت تحریریه در صورت دریافت توضیحات غیرقابل قبول از سوی نویسنده برای تصمیم‌گیری نهایی در خصوص پذیرش یا رد مقاله.

۴. مطابق با تصمیم نهایی هیأت تحریریه؛

۵. تذکر کتبی به نویسنده مقاله و یادآوری خط‌مشی چاپ نشریه قبل از انتشار، و یا در خواست اصلاح گزارش و انتشار متن عذرخواهی نویسنده در نشریه شماره بعد؛

۶. اخطار به نویسنده مسئول و رد هر اثر دیگری از نویسنده متخلف؛

۷. انتشار بیانیه عذرخواهی در شماره بعدی نسخه چاپی نشریه و ذکر آن در نسخه برخط (آنلاین) مقاله‌ای که تقلب و سرقت علمی در آن محرز شده است (سلب اعتبار)؛

۸. تلاش برای بهبود مستمر کیفیت و تضمین درستکاری و صداقت محتوای نشریه و احترام به تشکیلات نشریه اعم از: خوانندگان، نویسندگان، داوران صاحب امتیاز، مدیر مسئول، مدیر داخلی، کارکنان هیأت تحریریه و ناشر؛

۹. بررسی تمامی مقالات دریافتی در مدت زمان مناسب.

مسئولیت‌های داوران:

۱. کمک به بررسی کیفی، محتوایی و علمی مقالات در جهت بهبود و ارتقاء کیفی نشریه.
۲. به‌کارگیری دانش و تخصص حرفه‌ای در حوزه موضوعی مقاله و اعلام تصمیم‌پذیرفتن مقاله به سردبیر نشریه در صورت وجود تضاد منافع اعم از منافع مشترک، مالی، سازمانی، شخصی و یا کمبود زمان برای داوری.
۳. اعلام‌نظر تخصصی و اصلاحی به‌طور روشن و واضح، براساس مستندات علمی و استدلال کافی در مهلت زمانی معین به سردبیر نشریه و نویسنده(گان) و دوری از اعمال نظر سلیقه‌ای، صنفی، نژادی و مذهبی در داوری مقاله.
۴. اجتناب از به‌کارگیری اطلاعات، بحث‌ها، تفاسیر و ایده‌های به دست آمده در فرآیند داوری مقاله یا اطلاعات منتشر نشده نویسنده(گان)، برای منافع شخصی.
۵. احترام به فرآیند محرمانه ارزیابی و خودداری از به‌کارگیری اطلاعات، بحث‌ها، تفاسیر و ایده‌های به دست آمده در فرآیند داوری یا استفاده از داده‌ها و مفاهیم جدید مقاله به‌له یا علیه پژوهش‌های خود یا دیگران یا برای انتقاد یا بی‌اعتبارسازی نویسنده(گان).
۶. کمک به سردبیر نشریه در تهیه گزارش «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی» مقالات دریافتی برای داوری.
۷. آگاه‌سازی سردبیر نشریه به‌هنگام تأخیر در انجام داوری مقاله و درخواست تخصیص زمان بیشتر یا گزینش داور دیگر.

مسئولیت دفتر نشریات علمی - پژوهشی:

۱. تعیین و اعلام شفاف سیاست‌های انتشاراتی خود، به‌خصوص در رابطه با استقلال تصمیم‌گیری هیأت تحریریه، اخلاق انتشاراتی، صیانت از مالکیت فکری و حق چاپ، تضاد منافع، وظایف نویسندگان، داوران، سردبیر و هیأت تحریریه، فرآیند داوری و تصمیم‌گیری، تقاضاهای تجدید نظر و شکایات، حفظ اسناد علمی فرآیند تصمیم‌گیری، حفظ اطلاعات نویسندگان و داوران، اصلاح یا حذف مقالات پذیرفته شده و حل اختلاف بین شاکیان و متهمان به «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی».
۲. رصد و پیگیری شکایات تخلفات پژوهشی برای نشریات دانشگاه.
۳. کمک برای اصالت و سلامت پژوهشی مقالات منتشره در نشریات دانشگاه.

دو فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، مقاله پژوهشی
سال بیست‌ودوم، شماره اول (پیاپی ۵۳)، بهار و تابستان ۱۴۰۰

فهرست مطالب

- آثار «انحلال» عقد منشا دین بر حواله؛ تحلیل فقهی و حقوقی بند دوم ماده ۷۳۳ قانون مدنی..... ۱
سید حسین صفایی و محمد هادی جواهر کلام
- مبنا و قلمرو حکم لزوم سوگند در دعوا بر متوفی ۲۹
مهدی حسن زاده
- مبانی ارزیابی نقش دادرسی در اثبات دعوای مدنی..... ۵۳
شعله هاشمی، سید محمد تقی علوی و ناصر مسعودی
- تحلیل چگونگی تأثیر پذیری اعتبار قراردادی از واقعیت تأملی بر نوع ارتباط اعتبار و واقعیت تجربی - اجتماعی در حقوق ۷۳
نرگس خالقی پور، مهدی شهابی و علیرضا فصیحی زاده
- مبانی و جلوه‌های جایگزین‌های دادرسی کیفری اطفال و نوجوانان ۹۱
عباس منصورآبادی، هادی کرامتی معز و علیرضا کارگر شریف آباد
- تحلیلی بر مجازات تبعی ارتداد از دیدگاه فقه اسلام و قوانین کیفری ایران ۱۱۵
مرضیه ناصری، داود داداش‌نژاد دلشاد و مرتضی براتی
- امکان اعمال جایگزین‌های تعقیب کیفری نسبت به اشخاص حقیقی و حقوقی در حقوق ایران و فرانسه ۱۵۵
عرفان باباخانی و افشین عبداللهی
- احسان بر خود ۱۸۳
حسین هوشمند فیروزآبادی، احمد احسانی فر، سید محمد حسن سیادت و رضا پور موسوی

- سازوکار و کیفیت استناد به «سیاست‌های کلی نظام» در دیوان عدالت اداری..... ۲۱۱
رضا بکشلو و هادی طحان‌نظیف
- تحلیل مفاد و آثار نظر به جعل و تقریر در تبیین ماهیت شرط ۲۴۵
علیرضا عالی‌پناه و سید حمیدرضا ملیحی
- تأملی بر مفهوم برابری در نظام حقوقی ایران با رویکردی به اسناد فراملی ۲۷۵
معین صباحی گراغانی، ابوالفضل رنجبری و غلامحسین مسعود
- تحلیل حقوقی حمایت از مالکین برند در برابر استفاده غیرمنصفانه ۲۹۷
مصطفی مظفری و مریم امینیان
- چکیده مقالات به زبان انگلیسی..... 3

آثار «انحلال» عقد منشأ دین بر حواله؛

تحلیل فقهی و حقوقی بند دوم ماده ۷۳۳ قانون مدنی

سید حسین صفایی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۱۲

محمدهادی جواهر کلام**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۲۲

چکیده

در این مقاله، آثار انحلال عقد منشأ دین بر عقد حواله، با هدف رفع ابهام از قسمت دوم ماده ۷۳۳ ق.م. با تأکید بر فقه اسلامی، مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است. پرسش اصلی این است که آیا با انحلال عقد منشأ دین، حواله نیز منحل می‌شود یا حواله باقی می‌ماند و تعهدات ناشی از آن باید اجرا گردد؟ در صورت پذیرش هر یک از این دو راه حل، تکلیف ثمنی که مشتری به طور مستقیم یا غیر مستقیم (از طریق محال‌علیه) پرداخت نموده است، چه می‌شود؛ یعنی با انحلال بیع، خریدار برای استرداد ثمن باید به بائع مراجعه کند یا به محتال؟ همچنین، دینی که محال‌علیه به خریدار داشته، چه وضعی پیدا می‌کند و نیز تکلیف ثمنی که محتال أخذ کرده، چه خواهد شد؟ با روش تحقیق توصیفی - تحلیلی و با مطالعه گسترده در فقه اسلامی و با تحلیل ماده ۷۳۳ ق.م. این نتیجه حاصل شد که انحلال عقد منشأ دین باعث انفساخ حواله نمی‌شود، بلکه محتال ثمن را از محال‌علیه می‌گیرد و محال‌علیه مدیون نیز دیگری تعهدی در برابر محیل ندارد؛ مشتری نیز برای استرداد ثمن به بائع مراجعه می‌کند. البته این حکم اختصاص به عقد بیع ندارد، بلکه هر دینی که در اثر عمل یا واقعه حقوقی ایجاد شود و بر مبنای آن حواله صادر شود و سپس عقد مزبور، منحل و یا دین ساقط شود، احکام پیش گفته اجرا خواهد شد.

واژگان کلیدی: حواله، بیع، عقد منشأ دین، حواله مشتری، حواله بائع، انحلال بیع، انفساخ حواله.

* استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

hsafaii@ut.ac.ir

** عضو هیئت علمی گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران،

ایران (نویسنده مسئول).

dr.javaherkalam@yahoo.com

مقدمه

یکی از دشوارترین و مبهم‌ترین موادی که در قانون مدنی پیش‌بینی شده است، و شاید پیچیده‌ترین ماده قانون مزبور، حکم مقرر در ماده ۷۳۳ است، که قانون‌گذار خواسته است در فرض بطلان و انحلال عقد منشأ دین (بیع)، تکلیف حواله و رجوع هر یک از طرفین عقد بیع به دیگری و نیز مراجعه اطراف عقد حواله به یکدیگر را به تبع فقه امامیه روشن سازد. دشواری‌های فنی و تحلیلی بحث، و اختلاف نظرهای گسترده‌ای که در فقه امامیه در این باره وجود داشته، سبب شده است که قانون‌گذار نیز تکلیف برخی از مباحث بنیادین و مورد اختلاف را به سکوت برگزار کند و یا به اجمال‌گویی روی آورد و تبیین و تحلیل احکام مربوط را به دکتترین حقوقی و رویه قضائی واگذار نماید.

بحث اصلی در این است که برای پرداخت ثمن در عقد بیع، حواله‌ای صادر می‌شود؛ یعنی مشتری، بایع را حواله می‌دهد تا ثمن را از شخص ثالثی بگیرد و یا بایع، شخصی را حواله می‌کند تا ثمن را از مشتری وصول کند و پس از انعقاد بیع و حواله، عقد منشأ دین (مثل بیع) به دلیلی فسخ می‌شود یا با تراضی طرفین اقاله می‌گردد یا منفسخ می‌شود. برای نمونه، «الف» از «ب» مقداری مواد اولیه برای تولید کفش به مبلغ ۲۰ میلیون تومان خریداری نموده و برای تأدیه ثمن، فروشنده (ب) را حواله داده است تا ثمن را از شخص «ج» بگیرد و یا فروشنده (ب) شخص ثالثی (ج) را حواله داده تا ثمن را از خریدار (الف) بگیرد. اما قبل از وصول ثمن یا پس از وصول آن از سوی محتال، عقد بیع به هر دلیلی منحل می‌شود. حال، باید به این پرسش پاسخ گفت که انحلال عقد اصلی، چه تأثیری بر عقد حواله دارد؟ آیا حواله نیز منحل می‌شود یا باقی می‌ماند و تعهدات ناشی از آن باید اجرا شود؟ وانگهی، رجوع بایع و مشتری به یکدیگر برای استرداد مبیع و ثمن، و نیز مراجعه اطراف عقد حواله به یکدیگر برای استرداد آنچه پرداخت شده، در هر یک از این دو فرض (حواله بایع و حواله مشتری)، به چه صورت است؟

فقیهان امامیه در پاسخ به سؤال‌های مذکور، به اتفاق نظر نرسیده‌اند و اختلاف نظرهای گسترده‌ای بین آنان روی داده است. ماده ۷۳۳ ق.م. در زمینه تأثیر انحلال عقد اصلی بر عقد حواله می‌گوید: «اگر در بیع بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد و بعد

بطلان بیع معلوم گردد، حواله باطل می‌شود و اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد.^۱ ولی اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ شود حواله باطل نبوده، لیکن محال‌علیه بری و بایع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند. مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری خواهد بود». باید دید که آیا مراد از «باطل نبوده» در قسمت دوم ماده یادشده، این است که حواله از ابتدا باطل نبوده، ولی به دلیل انحلال عقد بیع، حواله هم منفسخ می‌شود یا اینکه مراد قانون‌گذار این است که حواله منفسخ نمی‌شود و تعهدات ناشی از آن باید اجرا گردد؟ برای ارائه تحلیل درست، باید به این سؤال پاسخ گفت که آیا حواله تابع حکم کلی مربوط به عقود تبعی است که هر گاه دین موضوع حواله از بین برود، حواله هم منفسخ می‌شود یا آنکه حواله در مرحله بقا و استمرار تابع دین نیست؟ پرسش دیگر آنکه آیا در خصوص انفساخ یا عدم انفساخ حواله، تفاوتی بین انحلال بیع قبل از وصول ثمن از سوی محتال و پس از وصول ثمن وجود دارد؟ تأثیر حقوق شخص ثالث (محتال در فرض حواله بایع و محال‌علیه در فرض حواله خریدار) در این حکم چیست؟ آیا این احکام، در حواله بر مدیون و حواله بر بری یکسان اجرا می‌شوند؟ یا در حواله بر بری، چون احکام ضمان بار می‌شود و در ضمان نیز با انتفای دین، عقد ضمان منفسخ می‌شود، در حواله بر بری هم در هر حال عقد با زوال دین از بین می‌رود؟ به علاوه، در قسمت دوم ماده ۷۳۳، با انحلال بیع، مشتری برای استرداد ثمن به چه کسی باید مراجعه کند و تکلیف ثمنی که محتال اخذ کرده، چه می‌شود؟ منظور از «برائت محال‌علیه» در این ماده، برائت او در برابر محیل است یا در مقابل محتال؟ مراجعه بایع و مشتری به یکدیگر به چه معناست؟ آیا قسمت انتهایی ماده ۷۳۳ در تعهدات قراردادی و غیر قراردادی به نحو یکسانی اجرا می‌شود؟

برای پاسخ به پرسش‌های پیش‌گفته، نخست اثر انحلال عقد منشأ دین (بیع) بر حواله بررسی می‌گردد؛ سپس، به بحث استرداد ثمن در رابطه طرفین عقد بیع و اطراف عقد حواله پرداخته می‌شود؛ و در نهایت، اجرای حکم مقرر در ماده ۷۳۳ ق.م. در سایر قراردادها و تعهدات مطالعه می‌گردد.

۱. اثر انحلال عقد منشأ دین (بیع) بر حواله

ممکن است پس از انعقاد حواله، عقد بیعی که منشأ دین بوده و حواله بر مبنای آن

صادر شده، به دلیل فسخ یا اقاله یا انفساخ، منحل شود. در این صورت، باید دید که انحلال عقد بیع، چه تأثیری بر حواله دارد: آیا حواله نیز منحل می‌شود یا حواله منفسخ نمی‌شود و تعهدات ناشی از آن باید باقی می‌ماند؟ برای پاسخ به این پرسش، موضع فقه اسلامی و قانون مدنی به طور جداگانه بررسی می‌شود و تحلیل منتخب نیز ذیل رویکرد قانون مدنی ارائه خواهد شد.

۱-۱. موضع فقه اسلامی

برای آنکه ببینیم انحلال عقد بیع چه تأثیری بر عقد حواله می‌گذارد، دیدگاه فقیهان امامیه در حواله مشتری به عهده شخص ثالث و حواله بایع به عهده مشتری به صورت تحلیلی و مستند مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱-۱-۱. حواله مشتری به عهده شخص ثالث

چنانچه خریدار برای پرداخت ثمن، فروشنده را به شخص دیگری حواله دهد و عقد بیع منحل شود، در انحلال یا بقای عقد حواله بین فقیهان اسلامی اختلاف نظر وجود دارد: بسیاری از فقهای امامیه، به ویژه متقدمان، معتقدند که با انحلال بیع، حواله نیز منحل می‌شود، زیرا حواله عقدی تبعی است و با از بین رفتن عقد اصلی (بیع) و سقوط دین ناشی از آن، عقد تبعی (حواله) نیز منفسخ می‌گردد (طوسی، ۱۳۸۷، صص. ۳۱۳-۳۱۴ و ۳۱۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص. ۹۵ (هر چند تردید هم دارند)؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، صص. ۶۶۳-۶۶۵؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، صص. ۳۰۸-۳۰۹؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، صص. ۳۱۲-۳۱۳؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، صص. ۵۸۰-۵۸۱ (که فسخ یا اقاله بیع قبل از وصول طلب از سوی محتال را، طبق نظر قوی‌تر سبب انحلال حواله می‌داند)؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ص. ۹۵؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، صص. ۳۶۵-۳۶۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، صص. ۴۰۳-۴۰۲ (که در این قول اشکالی هم می‌بیند)؛ نراقی، ۱۴۲۵ق، ص. ۳۸۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۱ق، ص. ۱۱۹ (با اشکال)؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۶، ص. ۳۳؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۹۳ (که انحلال بیع قبل از قبض مورد حواله را سبب انحلال حواله می‌داند)؛ و برای دیدن جهات تردید محقق حلی و حلی، ر.ک: محقق حلی، ۱۴۲۸ق، ص. ۳۰۱؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ص. ۲۲۷؛ و برای تفصیل بحث، ر.ک: بحرانی،

۱۴۰۵ق، صص. ۵۷-۵۹). برخی از فقیهان نیز بقا یا انحلال حواله را مبتنی بر این مسئله دانسته‌اند که حواله، ادای دین و استیفای طلب (استیفا) است، یا معاوضه و مبادله (اعتیاض)؛ که در صورت نخست، با انحلال بیع، حواله نیز منحل می‌شود و در فرض دوم، حواله منفسخ نمی‌گردد. در واقع، اگر حواله استیفا (وصول طلب) باشد، با فسخ بیع، حواله هم منحل می‌شود، چون وقتی اصل باطل (منحل) باشد ارفاق آن هم باطل می‌شود؛ مانند اینکه کسی با درهم‌های شکسته چیزی خریده و سپس به بائع درهم سالم بدهد و پس از آن، معامله فسخ شود، که در این حالت، باید درهم‌های صحیح را به صاحبش برگرداند. ولی اگر حواله را اعتیاض (عوض کردن و مبادله) بدانیم، با انحلال بیع، حواله منفسخ نمی‌شود؛ مانند اینکه فروشنده ثمن را با لباس عوض کند و سپس معامله نخست فسخ شود، که در این صورت، خریدار «ثمن» را از فروشنده می‌گیرد، نه خود لباس را (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، صص. ۱۶۳-۱۶۴).^۳

در مقابل، گروهی به ویژه فقهای متأخر و معاصر، بر این باورند که با انحلال بیع، حواله منحل نمی‌شود، زیرا حواله در بقا و استمرار تابع دین نیست. در واقع، حواله در زمان وقوع آن به نحو صحیح منعقد شده، زیرا ذمه مشتری به پرداخت ثمن مشغول بوده و دین وجود داشته است و دلیلی نیز بر انفساخ حواله در اثر انحلال بیع موجود نیست. به علاوه، همان‌طور که اگر پس از وقوع بیع، یکی از طرفین عقد در آنچه به دست آورده تصرف کند یا فسخ یا اقاله بیع تصرف مشتری یا بائع در مبیع یا ثمن صحیح است و منحل نمی‌شود، در حواله نیز با انحلال بیع تصرف بائع و مشتری در ثمن صحیح بوده و فسخ یا اقاله بیع باعث منفسخ شدن تصرف خریدار و فروشنده در ثمن (حواله) نمی‌گردد. به ویژه آنکه اثر فسخ ناظر به آینده است و به گذشته سرایت نمی‌کند و عقد را از اساس باطل نمی‌سازد. بنابراین، با منحل شدن عقد بیع، حواله باقی می‌ماند و منفسخ نمی‌گردد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، صص. ۱۸۳-۱۸۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ص. ۷۹۴؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ص. ۱۳۶؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، صص. ۶۶-۶۷؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۹۷؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۱۷۵؛ سیستانی، ۱۴۱۷ق، صص. ۳۶۳-۳۶۴؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ص. ۱۲۳؛ سبزواری، بی‌تا، ص. ۳۷۴؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۹۳ (که انحلال بیع بعد از قبض مورد حواله را سبب انحلال حواله

نمی‌داند)؛ و برای تفصیل بحث، ر.ک: حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ۵۲۹ به بعد). صاحب جواهر در این باره به تحقیق مفصلی دست زده و می‌نویسد: گفته می‌شود که حواله از توابع بیع است؛ این گفته بدین معناست که حواله وسیله پرداخت ثمن است که ثمن نیز یکی از ارکان عقد بیع است. پس، حواله در صحت و انحلال تابع بیع نیست، بلکه فقط با بیع طلبش را با عقد و از طریق حواله، به عنوان ثمن دریافت می‌کند و خریدار نیز بدین وسیله دین خود را به بایع می‌پردازد. بنابراین، نباید حواله را در صحت و انحلال تابع بیع شمرد، چون حواله خود عقد مستقلی است، هر چند بگوییم که حواله استیفا (وصول بدهی) است؛ اما وصول بدهی در حواله، با عقد لازم (یعنی حواله) صورت می‌گیرد. پس، نباید با انفساخ بیع، حواله را منفسخ شمرد. برخلاف جایی که ثمن با پرداخت (ایفای مستقیم دین بدون وجود قرارداد) و مانند آن وصول شده است، که در این فرض، چون پرداخت ثمن از طریق عقد لازم صورت نگرفته و ثمن نیز از توابع تملک با بیع است، وقتی آن بیع فسخ شد، پرداخت ثمن نیز که از توابع آن بود، منحل می‌شود. اما در فرض ما که فروشنده با حواله مالک ثمن شده است، نه با خود بیع، وقتی بیع فسخ شود دلیلی وجود ندارد که حواله هم منفسخ شود؛ بلکه این ادعا که حواله بدان معنی از توابع بیع است، مصادره به مطلوب است. در این مسئله تفاوتی نمی‌کند که با بیع ثمن موضوع حواله را گرفته باشد یا هنوز آن را قبض نکرده نباشد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، صص. ۱۸۳-۱۸۴).

۱-۲-۱. حواله بایع به عهده مشتری

چنانچه بایع شخصی را برای دریافت ثمن به مشتری حواله دهد و سپس بیع به علتی منحل شود، مشهور فقهای امامیه، که بر آن ادعای اجماع هم شده است، نظر بر عدم انحلال حواله دارند، زیرا حواله متعلق حق شخص دیگری (محتال)، غیر از متعاملین (بایع و مشتری) قرار گرفته و فسخ عقد بیع نمی‌تواند به حق محتال که طرف عقد بیع نبوده است لطمه بزند. بنابراین، اگرچه در اثر انحلال بیع، مبیع باید به بایع برگردد و ثمن نیز باید به مشتری مسترد شود، اما رجوع هر یک از عوضین به مالک پیش از عقد منوط به آن است که متعلق حق شخص ثالثی قرار نگرفته باشد. پس، اگر بعد از عقد بیع، یکی از عوضین متعلق حق غیر قرار گیرد، با فسخ بیع، باید بدل (مثل یا قیمت) آن

داده شود. در فرض مسئله هم که با بیع ثمنی را که از مشتری طلبکار بوده، به شخص ثالثی (محتال) منتقل کرده است، انحلال بیع، حق شخص ثالث (محتال) را از بین نمی‌برد؛ بلکه باید بدل ثمن به مشتری داده شود. به ویژه آنکه فسخ عقد آن را از حین وقوع منحل می‌سازد و اثر قهقرایی ندارد (طوسی، ۱۳۸۷، ص. ۳۱۴؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص. ۱۸۴؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴، صص. ۳۷۰-۳۷۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، صص. ۱۶۳-۱۶۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص. ۲۳۳؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ص. ۹۵ (که این قول را اجماعی می‌داند)؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، صص. ۵۳۹-۵۴۱؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، صص. ۱۳۵-۱۳۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ص. ۹۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، ص. ۴۰۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ص. ۷۹۴؛ مغنیه، ۱۴۲۱، صص. ۶۶-۶۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۱، ص. ۱۱۹؛ روحانی، ۱۴۱۲، ص. ۱۷۶؛ اصفهانی، ۱۴۲۲، صص. ۵۰۲-۵۰۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰، ص. ۱۹۷؛ سیستانی، ۱۴۱۷، صص. ۳۶۳-۳۶۴؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۶، ص. ۳۳؛ خمینی، بی تا، ۳۴؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶، ص. ۱۲۳؛ نراقی، ۱۴۲۵، ص. ۳۸۳؛ سبزواری، بی تا، ص. ۳۷۴؛ و برای تفصیل بحث، ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۳، ص. ۳۱۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵، صص. ۵۷ و ۶۰).

در مقابل، برخی از فقیهان احتمال داده‌اند که در این حالت نیز اگر فسخ عقد بیع پیش از قبض ثمن باشد، باعث انحلال حواله می‌شود، زیرا تعهد به پرداخت ثمن ساقط شده است (علامه حلی، ۱۴۲۰، ص. ۵۸۱، هر چند که احتمال منفسخ نشدن حواله را هم داده‌اند و نیز ر.ک: فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ص. ۹۵، که در مقام بیان احتمال منحل شدن حواله می‌نویسند: «و یحتمل البطلان لأن استحقاق المحتال فرع علی استحقاق المحیل و قد بطل و لأن الإحالة انما هی بالثمن»؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴، صص. ۳۷۰-۳۷۱)؛ «و یحتمل ضعيفا البطلان، لأن استحقاق المحتال فرع استحقاق المحیل، و قد بطل استحقاق المحیل، فیبطل استحقاق المحتال، و ضعفه ظاهر، لأن فرعه وقت الحواله لا مطلقا». برخی از فقیهان معاصر نیز دیدگاه اخیر را به صورت قاطع پذیرفته و گفته‌اند: اگر بیع قبل از قبض مال مورد حواله از سوی محتال فسخ یا اقاله شود، حواله نیز منحل می‌گردد؛ ولی اگر محتال ثمن را قبض نماید و سپس بیع منحل شود، حواله صحیح باقی می‌ماند و منفسخ نمی‌شود (بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ص. ۹۳).

۱-۲. موضع قانون مدنی و تحلیل برگزیده

قانون مدنی بین دو فرض پیش گفته (حواله مشتری و حواله بایع) تفاوتی نگذاشته و هر دو را تابع حکم واحدی شمرده است. قسمت دوم ماده ۷۳۳ ق.م. در صورت انحلال عقد بیع به واسطه فسخ یا اقاله و یا انفساخ، می‌گوید: «حواله باطل نبوده». باید دید که آیا مراد قانون‌گذار این است که در فرض انحلال بیع، «حواله از اساس باطل نبوده» و صحیحاً واقع شده است (اما در اثر انحلال بیع، حواله نیز منحل می‌شود)، یا اینکه می‌خواهد بگوید حواله صحیح باقی می‌ماند و «باطل یا منفسخ نمی‌شود»؟ به نظر می‌رسد که با انحلال عقد بیع، حواله منفسخ نمی‌شود و تعهدات ناشی از آن باید اجرا گردد. این دیدگاه را از جهات مختلف می‌توان توجیه کرد:

- ۱- لحن ماده ۷۳۳ ق.م. و کلمه «باطل نبوده» و پیشینه فقهی آن، نشان‌دهنده این است که در فرض انحلال بیع، حواله منفسخ نمی‌شود. در واقع، چنانچه عقد بیع به صورت صحیح منعقد شود و بعد به دلیلی منحل گردد، به دلیل آنکه در زمان انعقاد عقد حواله دین مورد حواله وجود داشته، بدیهی است که عقد حواله نیز به تبع وجود دین صحیحاً منعقد شده و باطل نبوده است. این حکم واضح است و نیاز به بیان مقنن ندارد. بنابراین، اینکه ماده مذکور می‌گوید در این فرض حواله باطل نبوده، مقصود این است که با انحلال بیع، حواله منحل نمی‌شود؛ نه اینکه در این فرض حواله از اساس باطل نبوده ولی با انحلال بیع، حواله منفسخ می‌شود. به ویژه آنکه اگر قانون‌گذار نظر بر انحلال حواله داشت، باید به صورت صریح ذکر می‌کرد.
- ۲- اصطلاح «باطل نبوده»، از فقه امامیه اقتباس شده و به معنای عدم انفساخ است، زیرا مشهور فقها به جای عبارت عدم انحلال یا منفسخ نشدن حواله در صورت فسخ یا اقاله بیع، از اصطلاح عدم «بطلان حواله» سخن گفته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص. ۹۵: «أما لو أحال البائع أجنبياً بالثمن على المشتري ثم فسخ المشتري بالعيب أو بأمر حادث لم تبطل الحوالة»؛ طوسی، ۱۳۸۷، ص. ۳۱۴: «... أن البائع أحال رجلاً له عليه حق على المشتري بمقدار الثمن و صفته و قبل ذلك الرجل الحوالة ثم إن المشتري رد العبد المبيع بالعيب لم تبطل الحوالة»؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص. ۱۸۴؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، صص. ۳۷۰-۳۷۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ص.

۱۶۳؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ص. ۹۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ص. ۴۰۳: «و لو أحوال البائع بالثمن ثم فسخ المشتري لم يبطل»؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ص. ۷۹۴؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۱۷۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، صص. ۱۳۵-۱۳۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ص. ۵۸۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۹۷؛ کاشف الغطاء، ۱۳۶۶، ص. ۳۳؛ نراقی، ۱۴۲۵ق، ص. ۳۸۳؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، صص. ۶۶-۶۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۱ق، ص. ۱۱۹)، و قانون‌گذار نیز از متون فقهی تبعیت کرده و اعلام داشته است که با انحلال بیع، حواله باطل نیست؛ یعنی منحل نمی‌شود.

۳- چنانکه گفتیم، در حواله بایع بر مشتری، نظر مشهور فقیهان امامیه آن است که با انحلال بیع، حواله منحل نمی‌شود؛ و در حواله مشتری بر شخص ثالث هم این نظر بین فقهای متأخر و معاصر به صورت قاطع پذیرفته شده و دیدگاه فقهای متقدم که همراه با احتمال و اشکال بوده نیز رد شده و دیدگاه فقیهان متأخر و معاصر را می‌توان قول مشهور فقها دانست؛ و قانون مدنی نیز اصولاً محمول بر نظر مشهور فقهاست.

۴- از مفاد مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م. نیز بر می‌آید که اگر پس از انعقاد بیع، مشتری در مبیع تصرفی کند، با انحلال بیع، تصرف خریدار در مبیع منفسخ نمی‌شود؛ بلکه معامله خریدار در مبیع صحیح است و در صورت انتقال مالکیت عین مورد معامله به شخص دیگر، خریدار باید بدل آن را در صورت انحلال بیع به بایع بدهد. این حکم در عقد حواله نیز قابل اجراست، زیرا پس از انعقاد بیع، خریدار و فروشنده در ثمن تصرف کرده و مقرر داشته‌اند که بایع آن را از شخص ثالثی بگیرد یا مشتری آن را به شخص ثالثی بدهد. در این صورت، با انحلال عقد بیع، قراردادی که طرفین پس از عقد بیع و پیش از انحلال آن نسبت به ثمن منعقد کرده‌اند (یعنی حواله)، منفسخ نمی‌شود. فقها نیز با همین استدلال حکم بر عدم انحلال حواله در صورت فسخ بیع داده‌اند. از این رو، مفاد مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م. نه تنها حکم مسئله را روشن می‌کند، بلکه ابهام موجود در ماده ۷۳۳ را نیز برطرف می‌سازد.

۵- چنانکه در ادامه خواهد آمد، «مراجعه خریدار و فروشنده به یکدیگر» در ماده ۷۳۳ ق.م. نیز نشانگر عدم انحلال حواله پس از فسخ عقد بیع است. البته قانون مدنی در ادامه مطلب فوق، مقرر می‌دارد که «لیکن محال‌علیه بری» می‌شود. در اینکه

محال‌علیه از کدام دین و در برابر چه کسی بری می‌شود: آیا محال‌علیه از دین سابق که به محیل داشته براثت می‌یابد یا از دین جدید ناشی از حواله که در برابر محال دارد، بری می‌گردد، در قسمت بعدی بدان خواهیم پرداخت.

۶- استادان حقوق مدنی نیز به رغم اختلاف نظرهایی که در تفسیر ماده ۷۳۳ دارند، در نهایت پذیرفته‌اند که با انحلال بیع، حواله منفسخ نمی‌شود (امامی، ۱۳۸۵، صص. ۲۹۸-۳۰۱؛ جعفری لنگرودی^۱، ۱۳۹۰، ش ۱۳۹-۱۴۲ و ۱۴۵-۱۴۷؛ کاتوزیان^۲، ۱۳۸۵، ش ۲۷۲).

۲. استرداد ثمن

پرسش این است که در فرض انحلال بیع، تکلیف ثمنی که محال از محال‌علیه گرفته، چه می‌شود و با انحلال عقد بیع، ثمن را چه کسی باید به خریدار بازگرداند؟ برای پاسخ دادن به این سؤال، ابتدا استرداد ثمن در فقه امامیه و دکتربین حقوقی در فرض انحلال بیع تحلیل می‌شود؛ آنگاه نظر برگزیده و تحلیل منتخب از ماده ۷۳۳ ق.م. در این باره ارائه خواهد شد.

۲-۱. استرداد ثمن در فقه امامیه و دکتربین حقوقی در فرض انحلال عقد بیع

دیدگاه فقهای امامیه و دکتربین حقوقی در خصوص تکلیف استرداد ثمن در صورت انحلال عقد بیع، در حواله مشتری و حواله بایع به طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱-۱. تکلیف استرداد ثمن در حواله مشتری

در حواله مشتری (به عنوان محیل)، خواه بایع (محال) ثمن را از شخص ثالث (محال‌علیه) أخذ کرده باشد یا هنوز آن را نگرفته باشد، با فسخ بیع و عدم انحلال حواله، این پرسش مطرح می‌شود که: اولاً. در فرض عدم قبض ثمن، محال همچنان می‌تواند به محال‌علیه رجوع کند و ثمن را از او أخذ کند یا اینکه ذمه محال‌علیه در برابر محال بری می‌شود؟ ثانیاً. در صورت أخذ ثمن، مشتری باید ثمن را از چه کسی بگیرد؟ در پاسخ به این دو سؤال، دیدگاه‌ها یکسان نیست:

الف) دیدگاه فقهای امامیه

گروهی از فقها که با انحلال بیع، حواله را نیز منفسخ می‌شمرند، گفته‌اند: اگر محتال (بایع) هنوز ثمن را از محال‌علیه نگرفته باشد، دیگر حق مراجعه به محال‌علیه را ندارد، زیرا حواله منحل شده و بایع (محتال) استحقاقی به دریافت ثمن نخواهد داشت. بنابراین، در این فرض، ذمه محال‌علیه همچنان در برابر محیل مشغول است؛ یعنی مال مورد حواله متعلق به خریدار است و او می‌تواند آن را از محال‌علیه بگیرد؛ ولی چون ثمن به بایع پرداخت نشده، مراجعه مشتری به بایع برای استرداد ثمن منتفی است. در برابر، چنانچه بایع (محتال) ثمن را از محال‌علیه وصول کرده باشد، محال‌علیه در برابر محیل (خریدار) بری می‌شود و خریدار می‌تواند ثمن را از محتال (فروشنده) بگیرد، زیرا مالی که فروشنده از محال‌علیه گرفته، متعلق به مشتری است و او می‌تواند آن را از بایع مسترد کند. محال‌علیه نیز با دادن ثمن به بایع (محتال) در برابر مشتری بری شده است، زیرا قبض ثمن با اذن او بوده است. بنابراین، محتال نباید آنچه را که از محال‌علیه گرفته، به خود او رد کند، بلکه باید به خریدار (محیل) بدهد (طوسی، ۱۳۸۷، صص. ۳۱۳-۳۱۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص. ۹۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ص. ۶۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۵۹؛ حلی، ۱۴۱۰ق، صص. ۴۰۲-۴۰۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۱ق، ص. ۱۱۹؛ نراقی^۱، ۱۴۲۵ق، ص. ۳۸۳؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۹۳). برخی دیگر معتقدند که اگر محتال هنوز ثمن را از محال‌علیه نگرفته باشد، با انحلال بیع، حواله نیز منفسخ می‌شود. اما در صورت قبض ثمن از سوی بایع، او باید آن را به محال‌علیه (پرداخت‌کننده) بدهد، هر چند این احتمال نیز وجود دارد که بایع مکلف به رد ثمن به مشتری باشد و محال‌علیه در صورت بدهکار نبودن، بتواند به محیل (مشتری) مراجعه نماید (کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۶، ص. ۳۳).^{۱۱}

در مقابل، کسانی که با انحلال بیع حواله را باقی می‌دانند، بر این باورند که در صورت فسخ یا اقاله یا انفساخ بیع، محتال (بایع) به محال‌علیه رجوع می‌کند و محیل (خریدار) هم برای دریافت عین یا بدل ثمنی که فروشنده از شخص ثالث گرفته، به خود بایع مراجعه می‌نماید. بنابراین، اگر بایع (محتال) هنوز ثمن را از محال‌علیه اخذ نکرده و بیع فسخ شود، بایع ثمن را از محال‌علیه می‌گیرد و مشتری (محیل) حتی قبل از

اینکه محتال مورد حواله را از محال علیه قبض کند، می تواند معادل آن را از فروشنده مطالبه نماید. از طرف دیگر، چون مشتری پس از حواله دیگر حقی بر محال علیه ندارد، نمی تواند به محال علیه مراجعه کند. بر عکس، چنانچه بایع ثمن را از محال علیه وصول کرده باشد و سپس بیع منحل گردد، دین محال علیه به محیل (خریدار) ساقط شده و مشتری برای دریافت عین یا بدل ثمن به بایع (محتال) رجوع می کند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۲۶، صص. ۱۸۳-۱۸۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ص. ۴۶۸؛ مغنیه، ۱۴۲۱، صص. ۶۶-۶۸؛ و برای تفصیل بحث، ر.ک: بحرانی، ۱۴۰۵، صص. ۵۹-۶۰).^{۱۲}

ب) دکترین حقوقی

برخی از حقوق دانان در حواله مشتری، به نظری متمایل شده اند که با انحلال بیع، حواله را نیز منحل می داند و از این رو، بایع (محتال) دیگر نمی تواند به محال علیه رجوع کند و ثمن را از او بگیرد، زیرا با انحلال حواله، تعهدی که محال علیه در برابر محتال بر عهده گرفته نیز ساقط می شود. از این رو، بعضی از استادان گفته اند: بقای حواله و بری نشدن محال علیه در برابر محتال، در جایی که حواله از سوی خریدار و به سود فروشنده صادر می شود، به ویژه در صورتی که هنوز وجه آن به فروشنده پرداخته نشده است، قابل انتقاد به نظر می رسد، زیرا فسخ بیع از نظر سقوط طلب به منزله پرداخت ثمن به فروشنده است و حقوق نمی تواند پرداخت دینی را که از بین رفته است مجاز شمرد و آنگاه گیرنده را ملزم به رد آن کند؟ باید از این دوباره کاری پرهیز کرد و فروشنده را از گرفتن پولی که استحقاق آن را ندارد بازداشت (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ش ۲۷۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶، ش ۱۹۸) (که می افزایند: شگفتی شارحان قانون مدنی ناشی از غفلت به این نکته مهم است که بدهی محال علیه همان دین خریدار است که بر عهده او قرار گرفته است و دین جدیدی نیست و در انتقال طلب، همان دین با تمام ویژگی های خود، از جمله بستگی به موقعیت قراردادی، جابه جا می شود).

بر عکس، بیشتر علمای حقوق از دیدگاهی دفاع کرده اند که با انحلال بیع، حواله را منفسخ نمی شمرد. بنابراین، با انحلال بیع پیش از وصول طلب محتال (بایع) از محال علیه، فروشنده همچنان می تواند به محال علیه رجوع نماید و ثمن را از او بگیرد و محتال نیز باید عین یا بدل آنچه را که گرفته، به مشتری (محیل) بدهد. در صورت

انحلال بیع پس از قبض ثمن از سوی محتال (بایع) نیز حواله درست بوده و مشتری (مخیل) برای استرداد ثمن به بایع (محتال) مراجعه می‌کند (امامی، ۱۳۸۵، صص. ۲۹۹-۳۰۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، صص. ۱۳۹-۱۴۳).

۲-۱-۲. تکلیف استرداد ثمن در حواله بایع

در فرضی که بایع (مخیل)، شخصی (محتال) را برای دریافت ثمن به مشتری (محال‌علیه) حواله می‌دهد و سپس عقد بیع به دلیلی منحل می‌شود، اعم از اینکه محتال ثمن را از مشتری گرفته یا نگرفته باشد، چنانکه دیدیم، مشهور فقیهان امامیه و نویسندگان قانون مدنی، با انحلال بیع، حواله را منفسخ نمی‌دانند. نتیجه طبیعی این حکم آن است که با انحلال بیع نیز، محتال همچنان بتواند به محال‌علیه (خریدار) رجوع کند و ثمن را از او بگیرد و اگر انحلال بیع پس از اخذ ثمن از سوی محتال از محال‌علیه (مشتری) باشد نیز چون پرداخت دین به درستی صورت گرفته، خریدار برای استرداد ثمن بتواند به بایع (مخیل) رجوع کند.

فقه‌های امامیه نیز که به بحث استرداد ثمن در این فرض پرداخته‌اند، گفته‌اند: مشتری برای ثمنی که در اثر حواله بایع به محتال داده، می‌تواند به بایع رجوع کرده و بدل آن را از وی بگیرد. بر این اساس، اگر محتال هنوز ثمن را از خریدار نگرفته و بیع منحل شود، محتال می‌تواند ثمن را از محال‌علیه وصول کند، زیرا ثمن با عقد حواله که معامله مستقلی است به ملکیت محتال درآمده است، و مشتری نیز در این فرض، بدل ثمن را از بایع مطالبه می‌کند. اگر هم محتال ثمن را از خریدار اخذ کرده و سپس بیع منحل شده باشد، دینی که مخیل (بایع) به محتال داشته، از سوی محال‌علیه (مشتری) به درستی پرداخت گردیده و خریدار، عوض آنچه را که به دستور بایع به محتال داده، از خود بایع وصول می‌کند. بنابراین، خریدار (محال‌علیه) نمی‌تواند آنچه را به محتال داده، از خود او مسترد دارد (بحرانی، ۱۴۰۵، ص. ۶۰؛ مغنیه، ۱۴۲۱، صص. ۶۶-۶۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ص. ۷۹۴) (با توضیحی که در خصوص سهو قلم یا اشتباه در نسخه چاپی کتاب گفته شد)؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ص. ۱۳۶؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۶، ص. ۳۳؛ نراقی، ۱۴۲۵، ص. ۳۸۳؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶، ص. ۱۲۳؛ خوبی، ۱۴۰۹، ص. ۲۹۶؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ص. ۴۱۵؛ خوبی، ۱۴۱۸، ص. ۵۳۰؛ فاضل

لنکرانی، در: طباطبایی یزدی، بی تا، ص. ۶۷۳؛ امام خمینی (رحمت الله علیه)، در: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۲ق، ص. ۹۵۹؛ اشتهازدی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۶۷؛ آیت الله مکارم شیرازی و آیت الله کاشف الغطاء، در: طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ص. ۴۷۵؛ ۱۴۲۸ق، ص. ۷۴۴ و برای تفصیل بحث، ر.ک: صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص. ۱۸۴؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ص. ۳۶۵ به بعد؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۶۳ به بعد).

لیکن برخی از بزرگان فقه گفته اند: اگر پیش از آنکه محتال ثمن را از محال علیه (مشتري) دریافت کند بیع منحل شود، احتمال دارد که حواله نیز منفسخ شود، زیرا تعهد مشتري به پرداخت ثمن ساقط شده است. از این رو، چون فسخ بیع قبل از قبض ثمن بوده و حواله نیز منحل شده است، محیل (بایع) باید دین خود را به محتال بدهد و محال علیه (مشتري) نیز در برابر محیل (فروشنده) و محتال بری می شود. اما اگر فسخ بیع پس از قبض ثمن باشد، مشتري و بایع (در برابر محتال) بری می شوند. احتمال دیگر آن است که با انحلال بیع، چه قبل از قبض ثمن باشد و چه پس از آن، حواله صحیح می ماند و منحل نمی شود (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ص. ۵۸۱). پاره ای از فقیهان معاصر نیز از همین نظریه پیروی کرده و فسخ عقد بیع قبل از وصول ثمن را سبب انفساخ حواله شمرده اند و به همین دلیل، محتال نمی تواند ثمن را از مشتري (محال علیه) وصول کند. اما اگر محتال ثمن را از محال علیه (خریدار) وصول کند و پس از آن بیع منحل شود، مشتري برای ثمنی که به محتال داده، به محیل (بایع) حق رجوع خواهد داشت (بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۹۳).

استادان حقوق مدنی نیز در حواله بایع به عهده مشتري، به عدم انحلال حواله در اثر فسخ عقد بیع نظر دارند و به همین دلیل، معتقدند که جریان حواله ادامه پیدا می کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ش ۲۷۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ش ۱۴۵-۱۴۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶، ش ۱۹۸^{۱۳}). بر این اساس، محتال ثمن را از محال علیه می گیرد و مشتري نیز بابت ثمنی که به محتال داده، به بایع (محیل) رجوع می کند.

۲-۲. نظر برگزیده و تحلیل ماده ۷۳۳ ق.م.د درباره استرداد ثمن

چنانکه از حیث تحلیل حقوقی مسئله دیدیم و دیدگاه مشهور فقهای امامیه و مواد متعدد قانون مدنی از جمله ماده ۷۳۳ نیز آن را تأیید می کند، با انحلال عقد بیع به

واسطه فسخ یا اقاله یا انفساخ، عقد حواله منفسخ نمی‌شود. حال باید به این پرسش پاسخ داد که منحل نشدن حواله و جریان آثار آن پس از انحلال بیع، از جهت تحلیل حقوقی و دیدگاه قانون مدنی، چه راه‌حلی را در خصوص روابط قراردادی با بیع و مشتری از یک طرف و روابط محیل و محتال و محال‌علیه از طرف دیگر اقتضا دارد. ماده ۷۳۳ ق.م. در این باره اعلام می‌دارد: «اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ شود، حواله باطل نبوده، لیکن محال‌علیه بری و با بیع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند». باید دید «برائت محال‌علیه» و «مراجعه با بیع و مشتری به یکدیگر» به چه معناست؟ در دکتین حقوقی این اختلاف پدید آمده است که آیا مقصود، برائت محال‌علیه در برابر محتال و بری شدن از دین جدیدی است که عقد حواله بر عهده محال‌علیه گذاشته است یا مراد برائت محال‌علیه در برابر محیل و از دین پیشین محال‌علیه به محیل قبل از تحقق حواله است؟ بدیهی است که این بحث ناظر به حواله بر مدیون است، وگرنه در حواله بر بری، محال‌علیه پیش از حواله دینی به محیل نداشته است که برائت او در برابر محیل مطرح شود.

برخی از حقوقدانان ضمن انتقاد از ماده ۷۳۳ ق.م.، از حیث تحلیلی به نظری گروه‌یافته‌اند که محال‌علیه را در برابر محتال و از دین جدید ناشی از حواله بری بدانند، چرا که برائت محال‌علیه در برابر محیل به محض انعقاد حواله حاصل شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ش ۲۷۲^{۱۴}). با وجود این، نتیجه منحل نشدن حواله در اثر انحلال بیع، تداوم جریان حواله و بقای تعهدات ناشی از آن است. از این رو، اگر محتال هنوز ثمن را نگرفته، می‌تواند برای وصول آن به محال‌علیه رجوع کند و اگر ثمن را از محال‌علیه دریافت کرده، وفای به دین به درستی صورت پذیرفته و خریدار در اثر انحلال بیع برای استرداد ثمن باید به فروشنده رجوع نماید. عبارت «با بیع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند» در ماده ۷۳۳ ق.م. نیز همین دیدگاه را تأیید می‌کند، زیرا با انحلال بیع، با بیع برای استرداد مبیع به خریدار رجوع می‌کند و مشتری نیز برای استرداد ثمن به با بیع مراجعه می‌نماید؛ در حالی که اگر با انحلال بیع حواله نیز منفسخ شود، محال‌علیه در فرض عدم پرداخت ثمن به محتال، در برابر او بری می‌شود و در فرض پرداخت هم باید آنچه را که به محتال داده، از او مسترد کند. این در حالی است

که قانون‌گذار به جای مراجعه محال‌علیه به محتال، از مراجعه خریدار به فروشنده برای استرداد ثمن سخن گفته است. عبارت «لیکن محال‌علیه بری» می‌شود نیز از آثار عدم انحلال حواله است: قانون‌گذار می‌خواهد بگوید که علی‌رغم انحلال بیع، پرداخت دین محیل به محتال از سوی محال‌علیه به درستی صورت گرفته است و از این رو، دینی که محال‌علیه پیش از حواله به محیل داشته، به درستی وفا شده و محال‌علیه در برابر محیل بری شده است و محیل دیگر نمی‌تواند به بهانه فسخ بیع، به محال‌علیه رجوع کند. تحلیل مسئله را می‌توان در حواله مشتری و حواله بایع جداگانه دید:

الف) مشتری به عهده شخص ثالث حواله صادر کرده است: این فرض خود دارای دو صورت است:

۱- چنانچه محال‌علیه به محیل (مشتری) مدیون باشد، با انحلال بیع پیش از وصول ثمن، محتال به محال‌علیه مدیون رجوع می‌کند و ثمن را از او می‌گیرد و محال‌علیه نیز با پرداخت دین محیل به محتال، دیگر در برابر محیل دینی به عهده ندارد. مشتری (محیل) نیز در ازای سقوط طلبش از محال‌علیه و بابت مالی که بدهکارش (محال‌علیه) به محتال پرداخته و در واقع این مال (طلب) متعلق به محیل بوده، به محتال (بایع) رجوع می‌کند و عین یا بدل آن را مسترد می‌دارد. اگر انحلال بیع پس از وصول ثمن از سوی محتال باشد، باز هم دین محال‌علیه به محیل ساقط شده و محیل (خریدار) برای استرداد ثمن به محتال (بایع) رجوع می‌کند.

۲- هر گاه حواله بر بری صادر شده باشد، ممکن است به استناد ماده ۷۲۷ ق.م. گفته شود که حواله بر بری تابع ضمان است^{۱۵} و ضمان نیز عقد تبعی است و با سقوط دین، عقد ضمان منفسخ می‌شود (صفایی و جواهرکلام، ۱۳۹۹، ش ۱۲۲ و ۲۳۲) و از این رو، اگر هنوز محتال ثمن را از محال‌علیه وصول نکرده باشد و بیع فسخ شود، عقد حواله که در حکم ضمان است نیز منفسخ می‌شود و محتال دیگر حق رجوع به محال‌علیه را ندارد. مال موضوع حواله هم در این فرض متعلق حق شخص ثالث قرار نگرفته است که چنین امری مانع از انحلال حواله در صورت فسخ بیع شود. این استدلال قوی به نظر می‌رسد؛ گرچه کسی از فقها و حقوقدانان متعرض آن نشده‌اند. با وجود این، اطلاق ماده ۷۳۳ ق.م. شامل این فرض نیز می‌شود؛ یعنی قانون‌گذار در این حالت هم حواله را منفسخ نمی‌داند. شاید بتوان این حکم را

این گونه توجیه کرد که امکان مطالبه محتال (بایع) از محال‌علیه (شخص ثالث) در اثر عقد مستقلی به نام حواله پدید آمده است و به همین دلیل، فسخ بیع تأثیری در حواله و امکان مطالبه محتال از محال‌علیه ندارد. بر این اساس، خواه فسخ بیع پیش از وصول ثمن از محال‌علیه باشد یا پس از آن، محال‌علیه بری به محیل (مشتري) رجوع می‌کند و معادل مبلغ پرداختی را از او می‌گیرد و مشتری نیز برای استرداد ثمن به بایع مراجعه می‌کند.

ب) در حواله بایع به عهده مشتری، نتیجه عدم انفساخ حواله در اثر انحلال بیع آن است که محتال بتواند به محال‌علیه (خریدار) رجوع نماید و ثمن را از او بگیرد. با انحلال بیع نیز بایع مبیع را از مشتری می‌گیرد و مشتری نیز چون ثمن را به درخواست بایع به طلبکار او داده، به خود بایع مراجعه می‌کند و بدل ثمن را از او دریافت می‌دارد.

۳. اجرای این حکم در سایر تعهدات

حکم مقرر در ماده ۷۳۳ ق.م. و آنچه در خصوص آثار انحلال عقد بیع (عقد منشأ دین) بر عقد حواله گفته شد، چه در حواله مشتری به عهده شخص ثالث و چه در حواله بایع علیه مشتری، اختصاص به عقد بیع ندارد، بلکه این حکم در سایر عقود مانند صلح، اجاره، قرض، و سایر تعهدات قراردادی که مطابق اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها (ماده ۱۰ ق.م.) منعقد می‌شوند، نیز قابل اجراست. به همین دلیل، قسمت آخر ماده ۷۳۳ ق.م. به صراحت مقرر می‌دارد: «مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری خواهد بود». از این رو، اگر زن شوهر خود را حواله دهد تا مهریه را به شخص ثالثی (محتال) بپردازد و سپس، قبل از وقوع نزدیکی طلاق واقع شود یا نکاح فسخ گردد، حواله نسبت به تمام مهریه درست است، زیرا در هنگام صدور حواله زن مالک کل مهر بوده است (ماده ۱۰۸۲ ق.م.)^{۱۶}. در این صورت شوهر باید برای دریافت نصف مهریه به زن رجوع کند.

بنابراین، مقصود بخش اخیر ماده ۷۳۳ ق.م. آن است که هر گاه در اثر قراردادی غیر از بیع (مثل اجاره یا صلح یا قرض) دینی به وجود آید و بر اساس آن حواله‌ای صادر شود و بعد از انعقاد حواله، عقد منشأ دین اقاله یا فسخ شود، حواله صحیح است و حکم مقرر قسمت دوم ماده ۷۳۳ ق.م. اجرا می‌شود؛ یعنی با انحلال عقد منشأ دین،

حواله منفسخ نمی‌شود و تمام احکام و آثاری که در فرض انحلال بیع گفته شد، در این حالت نیز مجرا خواهد بود. البته باید توجه داشت که این قسمت از ماده یادشده در خصوص اثر فسخ یا اقاله بیع در حواله، تنها در مورد تعهدات قراردادی اعمال می‌شود، زیرا فسخ و اقاله مختص عقود است. اما آنچه در خصوص اثر انفساخ بیع بر حواله گفته شد، افزون بر تعهدات قراردادی، شامل تعهد غیر قراردادی نیز می‌شود، زیرا مواردی که سبب سقوط تعهد می‌شود، مانند پرداخت آن از سوی مدیون یا شخص ثالث، اثری مانند انفساخ در تعهدات قراردادی دارد. از این رو، هر گاه زیان‌دیده دین ناشی از مسئولیت مدنی (محویل)، شخصی را به عامل زیان (محال‌علیه) حواله دهد تا خسارت وارد بر زیان‌دیده را به آن شخص (محتال) بپردازد و پس از آن، دینی که عامل زیان به زیان‌دیده داشته، به علتی ساقط شود، حواله باطل نمی‌شود؛ بلکه حکم مقرر در بخش دوم ماده یادشده اجرا خواهد شد.

نتیجه‌گیری

بررسی و تحلیل «آثار انحلال عقد منشأ دین بر حواله» در فقه اسلامی، بیانگر اختلاف نظرهای گسترده فقیهان امامیه از یک طرف و نمایانگر عمق اندیشه‌ها و ظرفیت استدلال‌های آنان در این زمینه از سوی دیگر است. قانون مدنی با اقتباس از دیدگاه‌های فقهی، در ماده ۷۳۳ تلاش نموده است تا حکم مسئله و فروض گوناگون آن را تبیین نماید؛ اما موفق نشده است از قید اختلاف‌ها و ابهام‌های موجود در مسئله رهایی یابد. در واقع، قانون‌گذار در برخی از فروض مسئله، مانند اینکه با انحلال بیع، «حواله باطل نبوده» لیکن «محال‌علیه بری» می‌شود و «بایع و مشتری به یکدیگر رجوع می‌کنند»، ضمن بیان احکامی مبهم، به ناچار تعیین حکم صریح را به علمای حقوق و رویه قضایی در بستر اندیشه‌های فقهی «احاله» داده است.

از همین رو، در نوشتار حاضر، با هدف زدودن ابهام‌های موجود در ماده ۷۳۳ ق.م. و تحلیل و تبیین حکم مقرر در این ماده، دیدگاه فقیهان اسلامی، اعم از فقهای متقدم و متأخر و معاصر، که تاریخ حقوق ما را تشکیل می‌دهد، به صورت مفصل و مستند مورد بررسی قرار گرفته و نتایجی به شرح زیر حاصل شده است:

۱- انحلال عقد بیع سبب انفساخ حواله نخواهد شد، بلکه آثار حواله امتداد می‌یابد و

تعهدات ناشی از آن باید اجرا شود، خواه خریدار فروشنده را به شخص ثالثی حواله دهد یا فروشنده شخصی را به خریدار حواله کند. عبارت «حواله باطل نبوده» در ماده ۷۳۳ به همین معناست.

۲- در صورت انحلال بیع، محتال می‌تواند ثمن را از محال‌علیه وصول نماید و مشتری نیز در اثر انحلال عقد بیع، می‌تواند ثمن را از بایع مطالبه کند و بایع هم برای استرداد مبیع به خریدار مراجعه خواهد کرد. منظور از «بایع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند» در ماده یادشده، همین است. همچنین، با پرداخت دین از سوی محال‌علیه مدیون به محتال، محیل با انحلال بیع دیگر حق مراجعه به محال‌علیه را ندارد. این است که ماده ۷۳۳ می‌گوید: «لیکن محال‌علیه بری» می‌شود. در حواله بر بری نیز محال‌علیه پس از پرداخت ثمن به محتال، برای دریافت عوض آن به محیل (مشتری) رجوع می‌کند. قانون‌گذار گرچه حواله بر بری را صحیح شمرده (ماده ۷۲۷ ق.م.)، لیکن به این حکم تصریح نکرده است.

۳- احکامی که در خصوص تأثیر انحلال عقد بیع بر حواله مقرر شده، ویژه عقد بیع نیست، بلکه در سایر قراردادها (نظیر صلح، اجاره، حواله مهریه در نکاح، قرض و معاوضه) و نیز در تعهدات غیر قراردادی (مانند دین ناشی از مسئولیت مدنی یا ضمان قهری) هم احکام پیش‌گفته قابل اجراست. برای رفع هر گونه ابهام پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار به هنگام اصلاح قانون مدنی به این نکات توجه و رفع ابهام نماید. البته رویه قضایی هم می‌تواند قبل از مداخله قانون‌گذار، در تفسیر قانون، نکات یادشده را مد نظر قرار دهد و در رفع ابهام از ماده ۷۳۳ ق.م. نقش مؤثری ایفا نماید.

یادداشت‌ها

۱. حکم مقرر در این قسمت از ماده، یعنی تأثیر «بطلان عقد منشأ دین بر حواله» نیز قابل بحث و بررسی است و بین فقیهان امامیه به ویژه درباره تکلیف استرداد ثمن، اختلاف نظر وجود دارد. منتها به دلیل جلوگیری از حجیم شدن نوشتار حاضر، بحث آثار «بطلان» عقد منشأ دین بر حواله به نوشته دیگری موکول می‌شود و در این مقاله صرفاً به اثر «انحلال» عقد منشأ دین بر حواله پرداخته می‌شود.
۲. «و فسخ البیع بطلت الحواله لأنها تابعة لصحة البیع فإذا بطل بطلت». ۳. «فإن قلنا: الحواله استیفاء بطلت، لأنها نوع إرفاق، فإذا بطل الأصل بطلت هیئة الإرفاق، كما لو اشتری بدرهم مكسرة فأعطاه صحاحاً ثم فسخ فإنه يرجع بالصحاح. و إن قلنا: إنها اعتیاض لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم ردّ بالعیب فإنه يرجع بالثمن لا الثوب، فللمشتری الرجوع على البائع خاصة إن قبض، و لا يتعین المقبوض، و إن لم یقبضه فله قبضه؛ و برای نقد و تحلیل دیدگاه علامه حلی، ر.ک: محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، صص. ۳۶۵-۳۶۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ص. ۵۲۹ به بعد؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، صص. ۱۸۳-۱۸۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۵۵.
۴. «لأنه تعلق بالمال حق لغير المتعاقدين و هو المحتال الأجنبي و فی الأولى لم يتعلق إلا بحق المتعاقدين فكان هذا فرقا بينهما».
۵. که می‌گویند: در این مسئله اختلافی نیست و در مقام تحلیل این حکم می‌نویسند: چون این حواله مربوط به غیر متعاملین است و اصل در آن لزوم است و این مسئله مانند این است که با ثمن، لباسی بخرد و بعد بیع فسخ شود که این به بدان معنی نیست که لباس را باید بدهد و حق فسخ عقد بیع را ندارد؛ بلکه باید مثل ثمن یا قیمت آن را بدهد.
۶. مطابق ماده ۴۵۴ ق.م.: «هر گاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود، اجاره باطل نمی‌شود؛ مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده، که در این صورت اجاره باطل است». به حکم ماده ۴۵۵ این قانون نیز: «اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد؛ مگر اینکه شرط خلاف شده باشد». حکم مذکور از ماده ۲۸۶ ق.م. در باب اقاله نیز قابل استنباط است.

۷. ایشان ضمن پذیرش این دیدگاه در حواله مشتری و حواله بایع، در ص ۲۹۹ این احتمال را نیز مطرح می‌کنند که «می‌توان بر آن بود که هر گاه حواله بین متبایعین واقع شود و مشتری به بایع حواله دهد ثمن را از شخص ثالث بگیرد، چون متبایعین بیع را اقاله کنند ضمناً حواله را هم اقاله نموده‌اند، به خلاف مورد فسخ که نمی‌تواند کسی که بیع را به جهتی از جهات فسخ نموده به آن جهت حواله را فسخ کند، زیرا حواله عقد مستقلی است و جهتی که موجب فسخ عقد بوده در حواله موجود نیست و مانند صورت قبل تراضی هم ضمناً بین طرفین عقد در انحلال به عمل نیامده است».

۸. نامبرده پس از شمارش شرایط تحقق عقد تبعی، می‌گویند: بین عقد بیع و عقد حواله (که مشتری ثمن را به عهده ثالث حواله کند) ملازمه عرفی یا قانونی وجود ندارد و از این رو، نمی‌توان بیع را عقد اصلی و حواله را عقد تبعی نامید. به علاوه، عقد حواله در زمان وقوع خود به جهت صحت عقد بیع، صحیحاً واقع گردیده است و پس از آن هم چیزی که موجب بطلان آن گردد، پدید نیامده است. ماده ۷۳۳ هم دلالت بر این نظر دارد.

۹. با وجود این، ایشان در حواله خریدار به سود فروشنده علیه شخص ثالث، به ویژه در صورتی که هنوز وجه آن به فروشنده پرداخته نشده است، حکم مقرر در ماده ۷۳۳ ق.م. مبنی بر منحل نشدن حواله و مراجعه محال به محال‌علیه برای دریافت ثمن و سپس بازگرداندن آن به محیل را قابل انتقاد و دوباره کاری می‌شمرند.

۱۰. ایشان چنین استدلال می‌کنند: «هر گاه زید جنسی از عمرو بخرد و او را حواله کند که قیمت را از بکر - مثلاً - بگیرد و پیش از آنکه عمرو فروشنده آن قیمت را از بکر محال‌علیه بگیرد، معلوم شود که آن جنسی که زید محیل خریده است، عیب‌دار است و به این سبب آن جنس را به عمرو فروشنده رد کند، در این صورت آن حواله باطل می‌شود و آن مالی که حواله شده بود، در ذمه محال‌علیه باقی خواهد بود از برای زید محیل. و اگر در وقتی که زید آن جنس مبیع را رد [می‌کند] عمرو آن قیمت را از محال‌علیه گرفته باشد، در این صورت ذمه محال‌علیه بری شده است و زید خریدار باید رجوع به عمرو فروشنده کند و قیمت را از او بگیرد و عمرو فروشنده هم باید آن قیمت را به زید محیل بدهد و نمی‌تواند او را به محال‌علیه رد کند. و اگر او را به محال‌علیه رد کند، باز زید محیل تسلط دارد که قیمت را از عمرو فروشنده مطالبه کند. و هر گاه قیمتی را که عمرو فروشنده از محال‌علیه گرفته است تلف شده باشد، زید محیل می‌تواند مطالبه بدل او را بکند». برخی دیگر از فقها نیز در فرض انفساخ حواله در اثر انحلال بیع می‌گویند: «و علی تقدیر البطلان لا یردّ البائع إلى المحال علیه،

بل إلى المشتري، و يتعين حقه فيما قبضه، فإن تلف فعليه بدله، و إن لم يقبضه فلا يقبضه، فإن قبضه فهل يقع عن المشتري؟ يحتمل ذلك، لأنه كان مأذوناً في القبض بجهة، فإذا بطلت بقي أصل الإذن، و الأصح العدم، لأن الإذن الذي كان ضمناً لا يقوم بنفسه. و الوكالة عقد مخالف للحوالة، بخلاف ما لو فسدت الشركة و الوكالة فإن الإذن الضمني يبقى و يصح التصرف، لأن المحتمل يقبض لنفسه بالاستحقاق، لا للمحيل بالإذن و هما مختلفان، فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر، و في الشركة يتصرف بالإذن، فإذا بطل خصوص الإذن بقي عمومها (علامه حلي، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۶۴) و نیز ر.ک: روحانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۱۷۵ (که گرچه نظریه عدم بطلان (منحل نشدن) حواله را پذیرفته، در صورت قبول نظریه بطلان (منفسخ شدن حواله) می‌نویسند: «و علی البطلان يرجع المشتري علی البائع و يستعيده مع قبضه، و ان لم يقبضه فهو باق فی ذمة المحال علیه للمشتري»). صاحب جواهر نیز معتقد است: «اگر بپذیریم که پس از فسخ بیع، حواله منحل می‌شود، چنانچه فروشنده (محتال) هنوز وجه حواله را محال علیه نگرفته باشد، آن مال در ذمه محال علیه باقی است و خود خریدار می‌تواند به محال علیه مراجعه و آن را دریافت کند، زیرا فرض این است که با انفساخ بیع، حواله هم منفسخ شده است، و فروشنده پس از منحل شدن حواله، حق وصول آن را ندارد و اگر آن را از محال علیه بگیرد، این وصول از طرف خریدار محسوب نمی‌شود، چون با بطلان حواله اذن هم باطل شده است. هرچند احتمال داده شده که مانند وکالت و شرکت، پس از بطلان حواله نیز اذن ضمنی باقی است؛ ولی ما در وکالت و شرکت عقیده داریم که پس از فسخ اذن ضمنی باقی نمی‌ماند. پس، چون این حکم در مقیسه علیه ممنوع است، قیاس هم مع الفارق می‌شود. در برابر، اگر بایع وجه حواله را از محال علیه وصول کرده باشد، محال علیه برائت پیدا می‌کند، زیرا با اذن محیل وجه حواله را پرداخته است. در این صورت، خریدار آن وجه را از فروشنده پس می‌گیرد و بایع نمی‌تواند آن را به محال علیه برگرداند. در این مسئله، در میان کسانی که آن را مطرح کرده‌اند، مخالفی را نمی‌شناسم. ولی اشکال شده که مقتضای بطلان (انحلال) حواله این است که مال به مالک قبلی‌اش برگردد. پس، در این صورت صحیح نیست که بگوییم خریدار وجه آن را از فروشنده مطالبه کند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، صص. ۱۸۳-۱۸۴). صاحب کتاب ارزشمند کلمه التقوی در این زمینه می‌نویسند: «... فإذا فسخت معاملة البيع قبل أن يقبض المال المحال به، فالظاهر بطلان الحوالة، فإن الثمن بسبب فسخ المعاملة بالتقایل أو بالخيار يرجع إلى ملك المشتري، فلا يصح للبائع أخذه من المحال عليه، و إذا

قبض المال المحال به أولاً ثم حصل الفسخ بعد ذلك صحت الحوالة ثم رجع الثمن بعد الفسخ من البائع إلى المشتري» (بصری بحرانی، ۱۳۴۱ق، ص. ۹۳).

۱۱. چنانکه دیدیم، صاحب جواهر نیز مقتضای انحلال بیع و حواله را تکلیف بایع به رد ثمن به محال‌علیه می‌داند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، صص. ۱۸۳-۱۸۴). صاحب کتاب تحریر الأحکام احتمال داده‌اند که اگر پیش از قبض ثمن، بیع فسخ یا اقاله شود، حواله نیز منحل می‌شود. در این صورت، محیل (خریدار) برای طلبی که از محال‌علیه دارد به او رجوع می‌کند و چون مشتری ثمنی به بایع نداده، مراجعه او به فروشنده برای استرداد ثمن منتفی خواهد بود. احتمال دیگر آن است که در این فرض، حواله منفسخ نمی‌شود و باقی می‌ماند. از این رو، محتال (فروشنده) ثمن را از محال‌علیه می‌گیرد و خریدار نیز برای استرداد ثمن به فروشنده رجوع می‌کند. بر عکس، اگر محتال ثمن را از محال‌علیه اخذ نموده باشد، محال‌علیه در برابر محیل بری می‌شود و محیل (مشتري) نیز به محتال (بايع) مراجعه می‌کند (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، صص. ۵۸۰-۵۸۱).

۱۲. صاحب کتاب قواعد الأحکام نیز بر این مبنا که با انحلال بیع، حواله منحل نشود، می‌گویند: «فللمشتري الرجوع على البائع خاصة إن قبض، و لا يتعين المقبوض، و إن لم يقبضه فله قبضه» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۶۴). صاحب المبسوط هم می‌نویسند: از نظر کسانی که حواله را با انحلال بیع، منفسخ نمی‌دانند، بایع ثمن را از محال‌علیه می‌گیرد و مشتری نیز برای استرداد ثمن به بایع مراجعه می‌کند (طوسی، ۱۳۸۷، صص. ۳۱۳-۳۱۴). نویسنده کتاب گران‌سنگ العروة الوثقی نیز همین دیدگاه را پذیرفته، ولی می‌گوید بایع برای ثمن به مشتری رجوع می‌کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ص. ۷۹۴): «و لا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده، فهي تبقى بحالها و يرجع البائع على المشتري بالثمن»؛ و صاحب منهاج المؤمنین نیز از نظر سید یزدی تبعیت کرده است (مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ص. ۱۲۳). با وجود این، همچنان که شارحان عروه، مثل آیت‌الله حکیم، آیت‌الله خویی، مرحوم کاشف الغطاء و آیت‌الله مکارم شیرازی گفته‌اند، در عبارت عروه اشتباه سهو قلم یا اشتباه در چاپ رخ داده و مقصود، مراجعه مشتری به بایع است و فقهای یادشده خود نیز از همین دیدگاه دفاع کرده‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ص. ۴۱۵؛ خویی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۹۶؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ص. ۵۳۰؛ نظر شارحان در: طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ص. ۴۷۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸ق، ص. ۷۴۴). گروه دیگری از فقها نیز دیدگاه مرحوم سید محمدکاظم را پذیرفته‌اند، هر چند به اشتباه یادشده اشاره‌ای نکرده‌اند (فاضل لنکرانی، در: طباطبایی یزدی، بی‌تا، ص. ۶۷۳؛ اشتهازدی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۶۷؛ امام

خمینی (رحمت‌الله‌علیه) در: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۲ق، ص. ۹۵۹. به این ترتیب، می‌توان تمام فقهای مزبور را طرفدار نظریه حاضر دانست.

۱۳. البته از ظاهر عبارت نامبرده در این اثر چنین بر می‌آید که ایشان به عدم انحلال حواله در فرضی که بایع برای وصول ثمن شخصی را به مشتری حواله داده است نیز انتقاد می‌نمایند.

۱۴. ایشان می‌گویند: عبارت «حوال باطل نبوده» در ماده ۷۳۳ بدین معناست که «حواله منفسخ نمی‌شود. ولی در دنباله ماده آمده است که «لیکن محال‌علیه بری و بایع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند». این حکم مبهم است، زیرا معلوم نمی‌کند که محال‌علیه از چه دینی و در برابر چه کسی بری می‌شود؟ از دینی که پیش از تحقق حواله به محیل داشته است یا از دینی که پس از آن به محتال پیدا می‌کند؟ قید «لیکن» نشانه این است که آنچه گفته می‌شود، استثنایی بر آثار طبیعی بقای حواله است. وانگهی، با تحقق حواله دین محال‌علیه به محیل از بین می‌رود و تنها دینی که برای او باقی می‌ماند تعهد در برابر محتال است. پس، وقتی قانونگذار اعلام می‌کند: «حواله باطل نبوده لیکن محال‌علیه بری» می‌شود، ظاهر این است که به دین جدید او در زمان فسخ بیع نظر دارد (به اضافه، تنها در این صورت است که حکم قانونگذار درباره «برائت محال‌علیه» در مورد حواله بر مدیون و حواله بر بری صادق است، زیرا اگر مقصود از بری شدن در برابر محیل باشد، در حواله بر بری مصداقی ندارد). بر این مبنا اگر محال‌علیه وجه حواله را نپرداخته باشد، دیگر نمی‌پردازد و محتال باید به محیل رجوع کند و این خود به معنای انحلال حواله است. از سوی دیگر، با توجه به پیشینه تاریخی ماده ۷۳۳ و اختلاف فقها درباره اثر فسخ بیع، بعد از اعلام «باطل نبودن حواله» باید آثار بقای حواله بیان شود نه امری که به معنی انحلال حواله است. بقا و نفوذ حواله مقتضی آن است که ذمه محال‌علیه از دینی که به محیل داشته از بین برود و در برابر محتال مدیون بماند. در حالی که بری شدن در برابر محتال، اگر پیش از پرداخت باشد، به معنی انحلال حواله است. به اضافه، اگر در این حالت محال‌علیه به محتال مالی ندهد و در برابر او بری شود، دیگر رجوع خریدار به فروشنده مجوزی ندارد، زیرا اگر محتال فروشنده باشد، چیزی نگرفته است تا ملزم به رد آن باشد. همچنین، هرگاه خریدار محال‌علیه در برابر ثالث قرار گیرد، چیزی نپرداخته است تا بتواند برای پس گرفتن آن اقدام کند. پس، جمله پایان این بند ماده ۷۳۳ که می‌گوید «بایع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند»، خود قرینه بر لزوم اجرای مفاد حواله است. در هر حال نویسندگان حقوق مدنی تفسیر اخیر را پذیرفته‌اند و گفته‌اند محال‌علیه در برابر محیل بری می‌شود و شاید با وضعی که قانون مدنی دارد، گریزی از آن نباشد. ولی این راه‌حل در جایی که حواله از سوی خریدار و به سود فروشنده صادر

می‌شود، به ویژه در صورتی که هنوز وجه آن به فروشنده پرداخته نشده است، قابل انتقاد به نظر می‌رسد، زیرا چنانکه گفته شد فسخ بیع به منزله پرداخت ثمن به فروشنده است (از نظر سقوط طلب) و چگونه حقوق می‌تواند پرداخت دینی را که از بین رفته است مجاز شمرد و آنگاه گیرنده را ملزم به رد آن کند؟ باید از این دوباره کاری پرهیز کرد و فروشنده را از گرفتن پولی که استحقاق آن را ندارد بازداشت؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۲، ش ۱۹۸ (که بری نشدن محیل در برابر محتال در حواله بایع بر عهده مشتری را نیز قابل انتقاد می‌بینند).

۱۵. فقها نیز حواله بر بری را همانند ضمان و تابع احکام آن دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ص ۶۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص ۹۴؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۵۹؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ص ۵۸۶؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ص ۱۴۹؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ص ۲۷۹؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ص ۵۹۸؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ص ۹۲؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، صص ۱۶۸-۱۶۹ و ۱۷۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۳۵).

۱۶. برای مطالعه در فقه، ر.ک: حلی، ۱۴۲۰ق، ص ۵۸۶: «لو أحال الزوجة بالصداق، فارتدت قبل الدخول، احتمال بطلان الحوالة و صحّتها، كما قلنا في العبد المعيب، و لو طلقها قبل الدخول، صحّت الحوالة في النصف، و بقي النصف محتملا للأمرين»؛ (طوسی، ۱۳۸۷، ص ۳۱۴): «إذا أحال الزوج زوجته بالمهر على رجل له عليه حق بمقدار المهر و صفته فقبلت الحوالة ثم إنها ارتدت قبل الدخول بها فهل تبطل الحوالة أم لا؟ مبني على ما ذكرناه»؛ (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، صص ۴۷۱-۴۷۲ و برای تفصیل بحث، ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، صص ۱۳۶-۱۳۷ و ۲۱۸).

کتابنامه

۱. اردبیلی، احمد (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائدة والبرهان*. ج ۹، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. اشتهااردی، علی پناه (۱۴۱۷ق). *مدارک العروة*. ج ۲۸، تهران: دار الأسوة للطباعة والنشر.
۳. اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۴۲۲ق). *وسيلة النجاة*. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
۴. امامی، سید حسن (۱۳۸۵). *حقوق مدنی*. تهران: اسلامیة.
۵. بادینی، حسن (۱۳۸۴). *فلسفه مسئولیت مدنی*. تهران: سهامی انتشار.
۶. بجنوردی (موسوی)، سید حسن (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقهية*. ج ۶، قم: نشر الهادی.
۷. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضرة*. ج ۲۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۸. بصری بحرانی، محمدامین (۱۴۱۳ق). کلمة التقوی. ج ۶، قم: سیدجواد وداعی.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰). عقد حواله. تهران: گنج دانش.
۱۰. حائری (طباطبایی)، سیدعلی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. ج ۹، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۱۱. حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة. ج ۱۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. خمینی، روح الله (بی تا). تحریر الوسیله. ج ۲، قم: دار العلم.
۱۳. خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۹ق). مبانی العروة الوثقی. ج ۲، قم: منشورات مدرسه دار العلم - لطفی.
۱۴. خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئی. ج ۳۱، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (رحمت الله علیه).
۱۵. روحانی (حسینی)، سیدصادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (علیه السلام). ج ۲۰، قم: دار الكتاب - مدرسه امام صادق (علیه السلام).
۱۶. سبزواری، سیدعبدالأعلی (بی تا). جامع الأحكام الشرعية. قم: مؤسسه المنار.
۱۷. سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳ق). کفایة الأحكام. ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۷ق). منهاج الصالحین. ج ۲، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی.
۱۹. شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۴ق). غایة المراد. ج ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۲۰. شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة. ج ۴، قم: کتابفروشی داوری.
۲۱. شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام. ج ۴، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
۲۲. صاحب جواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام. ج ۲۶، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۳. صفایی، سیدحسین و جواهر کلام، محمدهادی (۱۳۹۹). حقوق مدنی پیشرفته. ج ۱، تضمین های دین، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۴. طباطبایی حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. ج ۲، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۲۵. طباطبایی حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. ج ۱۳، قم: مؤسسه دار التفسیر.
۲۶. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی. ج ۲، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.

۲۷. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۹ق). العروة الوثقی (المحسّی). با حواشی جمعی از فقها، ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۸. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۲ق). العروة الوثقی مع تعالیق الإمام الخمينی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
۲۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۸ق). العروة الوثقی مع التعليقات. ج ۲، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
۳۰. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (بی تا). العروة الوثقی مع تعليقات الفاضل. ج ۲، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).
۳۱. طوسی، محمد (۱۳۸۷). المبسوط. ج ۲، تهران: المكتبة المرتضوية.
۳۲. طوسی، محمد (۱۴۰۷ق). الخلاف. ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. علامه حلی، حسن (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان. ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۴. علامه حلی، حسن (۱۴۱۱ق). تبصرة المتعلمین. تهران: مؤسسه چاپ و نشر.
۳۵. علامه حلی، حسن (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام. ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۶. علامه حلی، حسن (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء. ج ۱۴، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۳۷. علامه حلی، حسن (۱۴۲۰ق). تحرير الأحكام. ج ۲، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۳۸. فخر المحققین حلی، محمد (۱۳۸۷). إیضاح الفوائد. ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۹. فیض کاشانی، محمد محسن (بی تا). مفاتیح الشرائع. ج ۳، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۴۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه های دین. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). حقوق مدنی: درس هایی از عقود معین. ج ۲، تهران: گنج دانش.
۴۲. کاشف الغطاء (نجفی)، محمد حسین (۱۳۶۶). وجیزة الأحكام. ج ۳، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۴۳. محقق حلی، جعفر (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام. ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۴. محقق حلی، جعفر (۱۴۲۸ق). إیضاح ترددات الشرائع. ج ۱، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۴۵. محقق کرکی، علی (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد. ج ۵، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۴۶. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین (۱۴۰۶ق). منهاج المؤمنین. ج ۲، قم: کتابخانه آیت الله

۲۸ پژوهش‌های حقوق اسلامی سال بیست و دوم، شماره اول (پیاپی ۵۳)، بهار و تابستان ۱۴۰۰

مرعشی نجفی.

۴۷. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق). *فقه الإمام جعفر الصادق (عليه السلام)*. ج ۴، قم: مؤسسه انصاریان.

۴۸. نراقی، مولی محمد مهدی (۱۴۲۵ق). *أنیس التجار*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
49. Barnett, Tony (1989). *social and economic development*. New York: the Guilfor.
50. Bondt, Walter de & Bocken, Hubert (2001). *Introduction to Belgian Law*. netherlands: Kluwer Law.

مبنا و قلمرو حکم لزوم سوگند در دعوا بر متوفی

مهدی حسن زاده*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۰۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۲۰

چکیده

در فقه و حقوق، این حکم، مقرر شده که مدعی در دعوا بر شخص متوفی، علاوه بر اثبات اصل حق، لازم است بر بقای حق، سوگند ادا کند. مبناي این حکم - از این نظر که برای رفع احتمالات یا دفع ادعاهای احتمالی است - نیاز به تحلیل و بررسی دارد و قلمرو آن هم از جهات متعددی قابل بحث و بررسی است؛ از جمله اینکه آیا شامل دعوای عینی و موارد اثبات اصل حق با هر دلیل می‌شود یا اختصاص به ادعای دین و اثبات دین با شهادت دارد و اینکه این حکم سرایت به دعوا بر غایب، صغیر و مجنون و دعوای وراثت مدعی و ولی یا وصی ایشان می‌کند یا اختصاص به دعوا بر متوفی توسط مدعی دارد و اینکه اختصاص به حالت تردید در بقای حق دارد یا حالت عدم تردید در بقای حق را هم دربرمی‌گیرد؟ در این زمینه‌ها، دیدگاه‌های متعدد و متفاوت در فقه و حقوق، ارائه شده است. بیان قانون‌گذار نیز ناهماهنگی‌هایی دارد. از نظر حقوقی، حکم لزوم سوگند در دعوا بر متوفی، شامل دعوای عینی هم می‌شود و قابل تسری به دعوا بر غایب، صغیر و مجنون است و دعوای وراثت مدعی بر متوفی را نیز دربرمی‌گیرد و تردید در بقای حق، شرط لزوم چنین سوگندی است.

واژگان کلیدی: دعوا بر متوفی، سوگند (قسم)، مدعی، تردید در بقای حق.

* دکترای تخصصی و دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

مقدمه

در ماده ۱۳۳۳ ق.م. به تبعیت از متون فقهی، اعلام شده است: «در دعوی بر متوفی در صورتی که اصل حق ثابت شده و بقاء آن در نظر حاکم ثابت نباشد حاکم می‌تواند از مدعی بخواهد که بر بقاء حق خود قسم یاد کند. در این مورد کسی که از او مطالبه قسم شده است نمی‌تواند قسم را بمدعی رد کند. حکم این ماده در موردی که مدرک دعوی سند رسمی است جاری نخواهد شد». ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م. نیز اعلام کرده است: «در دعوای بر میت پس از اقامه بینه، سوگند خواهان نیز لازم است و در صورت امتناع از سوگند، حق وی ساقط می‌شود».

مبنای این حکم ویژه از این نظر لازم است بررسی شود که در غیر از دعوا بر متوفی، مدعی برای موفقیت در دعوا و دریافت حکم به نفع خود، ملزم به ادای سوگند، علاوه بر اثبات ادعا با ادله دیگر نیست؛ بلکه ممنوع از چنین کاری است؛ زیرا توسل به سوگند در جایی است که مدعی، ادعای خود را با ادله دیگر ثابت نکند و در این صورت هم او می‌تواند از مدعی علیه درخواست سوگند کند و در صورت «رد سوگند» از جانب مدعی علیه، مدعی می‌تواند با ادای سوگند، حکم به نفع خود دریافت کند. البته در یک وضعیت ویژه به موجب بند «ب» ماده ۲۳۰ ق.آ.د.م. در «دعای مالی یا آنچه که مقصود از آن مال است»، «چنانچه برای خواهان امکان اقامه بینه شرعی نباشد می‌تواند با معرفی یک گواه مرد یا دو زن به ضمیمه یک سوگند ادعای خود را اثبات کند».

قلمرو این حکم نیز، از این جهت که آیا شامل دعوای عینی می‌شود یا نه و اینکه اختصاص به اثبات دین با بینه دارد یا اثبات دین با هر دلیل را در بر می‌گیرد و اینکه به دعوا بر غایب، صغیر و مجنون هم سرایت می‌کند یا نه و از این جهت که ادعای وراثت مدعی را هم شامل می‌شود یا نه، در فقه و حقوق، محل بحث و بررسی است. بیان مواد ۱۳۳۳ ق.م. و ۲۷۸ ق.آ.د.م. نیز به گونه‌ای است که از جهت وضعیت وجود حق و بقای آن و اختیار یا عدم اختیار قاضی، ناهماهنگ است و از این رو، قلمرو حکم لزوم سوگند در دعوا بر متوفی، از این نظر نیز محل تردید است و نیاز به مطالعه و بررسی دارد.

اگرچه موضوع سوگند مدعی در دعوا بر متوفی و مسائل متعدد آن در منابع فقهی و همچنین منابع حقوقی به اختصار بحث شده است، اما یافت نشده که در یک منبع به صورت متمرکز به تحلیل تفصیلی مبنا و قلمرو سوگند در دعوا بر متوفی، از نظر فقهی و

حقوقی پرداخته شده باشد و این تحقیق در پی چنین کاری است. تحقیق در خصوص حکم لزوم سوگند مدعی در دعوا بر متوفی، نشان می‌دهد؛ این حکم بر این اساس مبتنی است که در جایی که مدعی علیه، فوت کرده باشد، این احتمال وجود دارد که اگر این فرد، فوت نکرده و زنده بود، چه‌بسا ادعاهای متقابلی، از قبیل پرداخت، ابراء و تهاتر و... مطرح می‌کرد و با اقامه دلیل محکم، آن را اثبات می‌کرد و دعوی مدعی را نفی می‌کرد. بنابراین، برای دفع چنین ادعاهای احتمالی، از مدعی خواسته می‌شود، بر بقای حق خود، سوگند یاد کند. از نظر قلمرو این حکم، مواد قانونی مربوطه، از جهت موضوع دعوا، اطلاق دارد و دعوی عینی را نیز شامل می‌شود. در مورد سرایت حکم به غایب، صغیر و مجنون، قانون، ساکت است و دادگاه‌ها به استناد اصل ۱۶۷ ق.ا. و ماده ۳ ق.آ.د.م. می‌توانند به نظر مشهور مبنی بر سرایت حکم به افراد یاد شده، استناد و عمل کنند. درباره دلیل مدعی نیز در نهایت، عدم اختصاص حکم به اثبات حق با شهادت، ترجیح دارد. شرایط حکم مورد بحث نیز اثبات اصل حق و تردید در بقای آن است.

۱. مبنای حکم لزوم سوگند در دعوا بر متوفی

شیخ انصاری در مقام بیان مبنای لزوم سوگند در دعوا بر متوفی، این سؤال را مطرح کرده است که آیا مبنای چنین حکمی، نفی احتمالاتی است که دین متوفی را زایل می‌کند و در سایر دعاوی چنین احتمالاتی با استصحاب، نفی می‌شود یا منظور قطع دعاوی احتمالی است که اگر شخص مدعی علیه فوت نمی‌شد، چه‌بسا چنین دعاوی‌ای را در مقابل ادعای مدعی، مطرح می‌کرد؟ در پاسخ به چنین سؤالی اینکه سوگند در دعوا بر متوفی برای قطع دعاوی احتمالی - که اگر شخص فوت نمی‌شد چه‌بسا مطرح می‌کرد - باشد را ترجیح داده است (انصاری، ۱۴۱۰ق، صص. ۵۲۵ و ۵۲۷).

از این سخنان چنین برمی‌آید که لزوم سوگند مدعی در دعوا بر متوفی، از این جهت نیست که در این دعاوی، استصحاب کارایی نداشته و سوگند به جای اجرای استصحاب باشد، بلکه برای دفع دعاوی احتمالی است که اگر مدعی علیه فوت نکرده بود و زنده بود، در مقابل ادعای مدعی، مطرح می‌کرد. توضیح اینکه گاهی در دادرسی، موضوع مورد ادعای مدعی در زمان گذشته اثبات می‌شود. در چنین مواردی اقتضای استصحاب این

است که ادعای مدعی در زمان صدور حکم، ثابت شده محسوب شود، مگر خلاف آن ثابت شود. در دعوای بر متوفی، این بحث و سؤال، قابل طرح است که آیا وفات طرف دعوا تأثیری از نظر اجرای استصحاب دارد و مانع آن می‌شود یا خیر؟ اگر مبنای لزوم سوگند در دعوا بر متوفی را رفع احتمال‌ها در تداوم و وجود حق مدعی در زمان صدور حکم بدانیم، به این معنا است که استصحاب را در چنین دعوایی جاری و مؤثر ندانسته‌ایم. اما از دیدگاهی که مبنای لزوم سوگند در دعوا بر متوفی را دفع ادعاهای احتمالی معرفی می‌کند و نه رفع احتمال‌ها، چنین برمی‌آید که وفات طرف دعوا را مانع اجرای استصحاب نمی‌داند.

میرزا حسن آشتیانی نیز لزوم سوگند در دعوا بر متوفی را نه از جهت اینکه شارع در این دعوای، بینه همراه با استصحاب را کافی ندانسته است، بلکه آن را برای دفع دعوای احتمالی از متوفی که اگر زنده بود مطرح می‌کرد، دانسته است و شارع، دعوای احتمالی متوفی را به منزله دعوای مطرح شده واقعی دانسته و از مدعی - که در مقابل چنین دعوای‌ای، منکر است - خواسته است سوگند یاد کند (آشتیانی، بی‌تا، ص. ۱۴۰).

با این تحلیل، سوگند در دعوا بر متوفی از حالت استثناء و خلاف قاعده بودن خارج می‌شود و با قاعده سوگند هماهنگ می‌شود؛ زیرا قاعده در سوگند این است که متوجه شخص منکر (مدعی علیه) است و توسط او بر انکار ادعای مدعی ادا شود و صرفاً در صورت «رد» سوگند به مدعی، او می‌تواند بر ادعای خود ادای سوگند کند. در دعوا بر متوفی نیز طرف مقابل (متوفی) مدعی ادعاهای احتمالی است و مدعی ادعای اصلی، نسبت به این ادعاهای احتمالی، مدعی علیه محسوب می‌شود و به این ترتیب، سوگند او برای دفع ادعاهای احتمالی، سوگند شخص مدعی علیه محسوب می‌شود.

در منابع حقوقی در خصوص مبنای حکم سوگند در دعوا بر متوفی، گفته شده؛ چون ممکن است حق مورد ادعای خواهان به دلیلی از قبیل پرداخت یا ابراء از بین رفته باشد و متوفی وجود ندارد که در مقابل ادعای خواهان، دفاع کند و وارثان او نیز چه‌بسا از سقوط حق آگاه نباشند یا نتوانند دلیل آن را ارائه کنند، دادگاه از مدعی می‌خواهد که بر بقای حق خود ادای سوگند کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۲۰۹). در چنین شرایطی، بر محرز نبودن بقای دین متوفی، تأکید شده است (امامی، بی‌تا، ص. ۲۳۴).

این اظهارنظرها از این نظر که در بیان مبنای حکم سوگند در دعوا بر متوفی، سخن از

عدم جریان استصحاب در دعوا بر متوفی به میان نیامده است و بر احتمال سقوط حق مورد ادعا و عدم امکان طرح ادعای سقوط حق، به خاطر فوت مدیون، تأکید شده است، با آنچه از فقها نقل شد، قابل جمع است.

با وجود این، یکی از استادان حقوق دادرسی مدنی بر عدم جریان استصحاب در دعوا بر متوفی - به دلیل اینکه متوفی وجود ندارد تا خلاف آن را اثبات کند - تصریح کرده است (متین دفتری، بی‌تا، ص. ۴۰۶ پاورقی). حقوق‌دانان دیگری هم بر استثناء بودن دعوا بر متوفی از حکم استصحاب و عدم جریان استصحاب در دعوا بر متوفی تأکید کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص. ۸۱؛ صدرزاده افشار، ۱۳۸۵، ص. ۱۹۶). یکی از نویسندگان حقوقی نیز حکم مقرر در ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م را استثناء بر اصل اعلام شده در ماده ۱۹۸ دانسته و در دعوا بر متوفی، اثبات حق را موجب استصحاب آن ندانسته است (مهاجری، ۱۳۸۹، ص. ۴۸۷؛ ۱۳۹۰، ص. ۴۳۵). به نظر می‌رسد، دلیل اصلی عدم جریان استصحاب در دعوا بر متوفی از نظر این دسته، موجود نبودن متوفی و احتمال دفاعیات و ادعاهای متقابل او است؛ بنابراین، مبنای اصلی حکم لزوم سوگند در دعوا بر متوفی در هر حال به موجود نبودن متوفی و احتمال دفاع و ادعای متقابل او برمی‌گردد.

نویسنده دیگری، حکم سوگند در دعوا بر متوفی را نتیجه نپذیرفتن «اصل مثبت» دانسته و اعلام کرده است؛ استصحاب دین تا زمان فوت متوفی، به لوازم عقلی آنکه بقای دین پس از فوت متوفی است، دلالت ندارد و از استصحاب دین تا زمان فوت متوفی نمی‌توان بقای آن پس از فوت متوفی را استنباط کرد؛ بنابراین، بقای دین پس از فوت متوفی باید با دلیل مستقل دیگری ثابت شود (دیانی، ۱۳۸۹، ص. ۲۲۰). این سخن، دقیق نیست؛ زیرا: اولاً، سوگند مدعی صرفاً برای اثبات بقای دین از بعد از فوت متوفی نیست، بلکه اثبات بقای دین تا زمان فوت متوفی نیز با همین سوگند است و نه با استصحاب؛ ثانیاً، اثبات بقای دین تا زمان فوت متوفی، ملازمه عقلی با بقای آن تا زمان دادرسی و صدور حکم ندارد؛ چون احتمال دارد دین پس از فوت متوفی به اسبابی از قبیل ابراء و... از بین رفته باشد؛ ثالثاً، اگر پس از فوت مدیون، استصحاب بقای دین نسبت به زمان قبل از فوت متوفی، جاری باشد، چه دلیلی وجود دارد که نسبت به زمان پس از فوت او جاری نباشد؟

اما یکی از حقوق دانان، با جاری دانستن استصحاب در دعوا بر متوفی، ادای سوگند خواهان را برای اطمینان بیشتر دادرس دانسته است (مدنی، ۱۳۷۲، ص. ۲۲۰). این مطلب هم قابل قبول نیست؛ زیرا: اولاً. اگر سوگند برای اطمینان بیشتر قاضی است، پس چرا در خصوص دعوا بر متوفی مقرر شده و دعوا بر متوفی چه خصوصیتی دارد؟ بلکه در دعاوی دیگر نیز این نقش سوگند، قابل تصور است؛ ثانیاً. در حقوق و قوانین کشور ما به عنوان قاعده، سوگندی که نقش آن، تکمیل سایر ادله و ایجاد اطمینان قاضی (در جایی که ادله ارائه شده، چنین اطمینانی در قاضی ایجاد نکرده) یا ایجاد اطمینان بیشتر در قاضی (در جایی که ادله ارائه شده، موجب اطمینان قاضی شده) باشد، پذیرفته نشده است و فقط در مورد خاص بند «ب» ماده ۲۳۰ ق.آ.د.م. به صورت استثنا، مقرر شده در «دعاوی مالی یا آنچه که مقصود از آن مال است»، «چنانچه برای خواهان امکان اقامه بینه شرعی نباشد می‌تواند با معرفی یک گواه مرد یا دو زن به ضمیمه یک سوگند ادعای خود را اثبات کند»؛ ثالثاً. استصحاب در ماده ۱۹۸ ق.آ.د.م. به عنوان یک «اصل» معرفی شده است و از «اصول عملی» نمی‌توان انتظار ایجاد اطمینان در قاضی داشت؛ رابعاً. سوگند از جمله ادله اثبات است، چگونه می‌توان پذیرفت که دلیلی (سوگند) در تکمیل یک «اصل» (استصحاب) به کار گرفته شود؟

۲. قلمرو حکم لزوم سوگند در دعوا بر متوفی

برای بررسی قلمرو حکم لزوم سوگند در دعوا بر متوفی، لازم است دامنه این حکم از جهت موضوع دعوا، دلیل اثبات دعوا، شخص مدعی علیه، شخص مدعی، وضعیت وجود حق و بقای آن و اختیار قاضی، مورد بررسی قرار گیرد.

۲-۱. قلمرو حکم از جهت موضوع دعوا

در برخی از منابع فقهی به طور مطلق از لزوم سوگند مدعی در شهادت بر متوفی، سخن به میان آمده است (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۴۵؛ محقق حلی، ۱۴۱۵ق، ص. ۸۵؛ شهید اول، ۱۳۶۸، ص. ۵۲؛ طوسی، ۱۳۵۱، ص. ۱۶۲). اما برخی بر انحصار حکم لزوم سوگند به موارد شهادت بر دین متوفی، تأکید کرده‌اند و این حکم را قابل تسری به مواردی که مدعی، عینی که در اختیار متوفی بوده را ادعا کند و شهود به نفع مدعی

شهادت دهند، ندانسته‌اند (شهید ثانی، بی‌تا، ص. ۳۷۰؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق، ص. ۱۶۵؛ نراقی، ۱۴۰۵ق، ص. ۵۶۱). در مقابل، عده‌ای حکم یادشده را منحصر به دین متوفی شناخته‌اند و آن را شامل عین هم دانسته‌اند (شهید ثانی، بی‌تا، ص. ۱۰۵؛ طباطبایی، ۱۴۰۴ق، ص. ۴۰۱؛ مامقانی، بی‌تا، ص. ۴۷۸).

کسانی که قائل به اختصاص حکم لزوم سوگند به شهادت بر دین متوفی شده‌اند، در خصوص تلف عین مورد ادعای مدعی، به دو دسته تقسیم شده‌اند و در حالی که برخی حکم دین را به مورد تلف عین مورد ادعای مدعی، قبل از فوت متوفی سرایت داده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق، ص. ۱۶۶؛ نراقی، ۱۴۰۵ق، ص. ۵۶۱)، برخی در این حالت نیز از سرایت حکم لزوم سوگند، خودداری کرده‌اند (شهید ثانی، بی‌تا، ص. ۳۷۰).

در مواد ۱۳۳۳ ق.م. و ۲۷۸ ق.آ.د.م. «دعوا بر متوفی» به طور مطلق، موضوع حکم واقع شده است و اطلاق این مواد شامل دعاوی دینی و عینی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۲۱۰؛ زراعت، ۱۳۸۹، ص. ۴۳۰). به این ترتیب، این مواد با دیدگاه فقهایی هماهنگ هستند که حکم مورد بحث را مخصوص دعاوی دین بر متوفی ندانسته و آن را شامل دعاوی عین هم شناخته‌اند.

شمول حکم مورد بحث بر دعاوی دینی و دعاوی عینی، از این نظر قابل دفاع است که مبنای این حکم در هر دو نوع دعوا وجود دارد و همان‌طور که در ادعای دین، این احتمال وجود دارد که دین مورد ادعا پرداخت شده یا به عوامل دیگری ساقط شده و اگر طرف دعوا زنده بود چه‌بسا ادعای سقوط دین با پرداخت یا امثال آن را مطرح می‌کرد، در ادعای عین هم احتمال انتقال عین از مدعی به طرف دعوا و طرح ادعای چنین انتقالی در صورت وفات نکردن طرف دعوا وجود دارد.

ممکن است گفته شود عوامل سقوط دین، متنوع و متعدد است و برخی از آنها به آسانی قابل تحقق است؛ مانند ابراء که با اراده یک‌جانبه طلبکار محقق می‌شود. اما این سخن نمی‌تواند تفاوتی بین ادعای دین و ادعای عین از جهت موضوع بحث ایجاد کند؛ چون شبیه این وضعیت در دعاوی عین هم وجود دارد و انتقال عین هم با اسباب متعدد و متنوع انجام می‌شود که برخی از آنها عمل حقوقی هستند و با اراده دو طرف به آسانی محقق می‌شود.

۲-۲. قلمرو حکم از جهت دلیل اثبات دعوا

در بیشتر منابع فقهی به طور مطلق از لزوم سوگند مدعی علاوه بر بینه او در دعوا بر متوفی سخن به میان آمده است (ر.ک: طوسی، ۱۳۵۱، ص. ۱۶۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، ص. ۱۴۵؛ محقق حلی، ۱۴۱۵، ص. ۸۵؛ محقق حلی، بی تا، ص. ۲۸۲؛ شهید اول، ۱۳۶۸، ص. ۵۲؛ شهید ثانی، بی تا، ص. ۱۰۴ و ص. ۳۶۹). با وجود این، برخی از فقها بر عدم اختصاص حکم لزوم سوگند در دعوا بر متوفی به موارد اقامه بینه توسط مدعی، تأکید کرده‌اند و این حکم را به مواردی که ادله دیگری بر حق مدعی باشد نیز سرایت داده‌اند (مامقانی، بی تا، ص. ۴۷۸؛ نراقی، ۱۴۰۵، ص. ۵۶۲).

ماده ۱۳۳۳ ق.م. از این نظر مطلق است و در این ماده، قیدی مبنی بر اختصاص حکم این ماده به مواردی که اصل حق با گواهی ثابت شده باشد، نیامده است. بنابراین، اطلاق این ماده، اثبات حق با سایر ادله را نیز در بر می‌گیرد و حکم این ماده، شامل این موارد هم می‌شود. فقط در ذیل این ماده، سند رسمی را استثناء کرده و موارد مستند بودن دعوی مدعی به سند رسمی را از حکم این ماده، خارج کرده است.

اما ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م. با آوردن قید «پس از اقامه بینه» این سؤال را ایجاد کرده است که آیا قانونگذار خواسته است حکم لزوم سوگند در دعوا بر متوفی را منحصر به مواردی کند که اصل ادعای مدعی با گواهی، ثابت شده باشد؟ ظاهر عبارت این ماده، همین مطلب را به ذهن القا می‌کند و بر همین اساس اظهار نظر شده که این ماده، مربوط به دعاوی مستند به بینه است و شامل مواردی که ادله دیگری غیر از بینه، مستند دعوا باشد، نمی‌شود (نظر مشورتی شماره ۷/۶۰۶۲-۱۰/۱۳۸۳/۸/۱۰ اداره حقوقی قوه قضائیه). بنابراین، این ماده در این خصوص، با ماده ۱۳۳۳ ق.م. ناهماهنگ است (زراعت، ۱۳۸۹، ص. ۴۲۹)؛ مگر اینکه گفته شود، قید یادشده در این ماده، به منظور منحصر کردن حکم آن به موارد اثبات حق با بینه نیست، بلکه این عبارت به تبعیت از اطلاق سخن دسته‌ای از فقها - که پیش از این نقل شد - آمده که نمی‌توان انحصار را از آن نتیجه گرفت و ملاحظه شد که دسته‌ای دیگر - نقل شد - به این عدم انحصار، تصریح کرده‌اند.

منطق و استدلال نیز این مطلب را تأیید می‌کند؛ زیرا وقتی سوگند خواهان در دعوا بر متوفی برای اطمینان بیشتر نسبت به بقای حق و دفع دفاع‌ها و ادعاهای متقابل احتمالی خوانده (متوفی اگر زنده بود) باشد، چه فرقی می‌کند اصل حق با شهادت شهود ثابت

شده باشد یا با ادله اثبات دیگر؟ علاوه بر اینکه واژه «بینه» در معنای دلیل محکم و استوار نیز به کار می‌رود که در این معنا علاوه بر شهادت شهود، شامل ادله اثباتی دیگر هم می‌شود و چه بسا قانون‌گذار، این واژه را در این ماده، به این معنا به کار برده باشد.

لزوم جمع مواد به ظاهر ناهماهنگ قانونی و تحلیل آنها به گونه‌ای که ناهماهنگی ظاهری آنها بر طرف شود نیز این احتمال را تقویت می‌کند؛ زیرا اگر واژه «بینه» در ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م. را به معنای مطلق دلیل محکم و استوار بدانیم و آن را در معنای خاص و به معنای شهادت ندانیم، ناهماهنگی ظاهری این ماده با ماده ۱۳۳۳ ق.م. از این نظر بر طرف می‌شود؛ در حالی که اگر آن را در معنای خاص و به معنای شهادت بدانیم، تعارض این دو ماده، در این خصوص، مستقر می‌شود و به ناچار باید دست از یکی از این دو ماده بکشیم و به نسخ ماده ۱۳۳۳ ق.م. در این قسمت، قائل شویم.

نکته قابل توجه در این بحث، قید آخر ماده ۱۳۳۳ ق.م. است که سند رسمی را استثناء کرده و موارد اثبات حق با سند رسمی را از حکم این ماده، خارج کرده است. یکی از استادان حقوق مدنی، در تحلیل و توجیه این استثناء اعلام کرده است؛ مبنای سوگند در دعوا بر متوفی، ایجاد اطمینان به وجود حق خواهان بر خوانده است؛ چون متوفی، وجود ندارد که از خود دفاع کند. چنین دغدغه‌ای در جایی که مستند دعوای خواهان، سند رسمی است، قابل مسامحه است؛ زیرا اصل حق را سردفتر تأیید کرده و سقوط آن نیز به طور معمول با اسناد رسمی انجام می‌شود. بنابراین، ضرورت سوگند در دعوای مستند به سند رسمی از بین می‌رود و الزام به سوگند خواهان در چنین دعوایی، بیهوده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۲۱۵).

اما یکی از استادان حقوق دادرسی مدنی، با وجود نیامدن قید مورد بحث در قانون آیین دادرسی مدنی، این حکم (عدم سوگند در دعوای مستند به سند رسمی) را باقی دانسته است، ولی آن را منحصر به مواردی شناخته است که سند رسمی، علاوه بر اثبات اصل حق، بقای آن را نیز ثابت می‌کند و به عنوان مثال، سند مالکیت را دلیل بقای مالکیت دانسته است، اما سند رسمی طلب را دلیل بقای آن ندانسته است و به خاطر تردید در رد آن، سوگند خواهان را لازم دانسته است (شمس، ۱۳۹۰، صص. ۱۷۷ و ۱۷۸).

حقوق‌دان دیگری با طرح تعارض ظاهری مواد ۱۳۳۳ ق.م. و ۲۷۸ و ۲۷۹ ق.آ.د.م.، آن

را چنین حل کرده که معافیت خواهان از ادای سوگند در دعوی مستند به سند رسمی، مربوط به جایی است که دادرس راساً نسبت به بقای حق، تردید کرده باشد؛ اما اگر وارث یا وارثان متوفی، درخواست سوگند کنند، خواهان، حتی در دعوی مستند به سند رسمی، لازم است ادای سوگند کند (کریمی، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۵).

عده‌ای نیز از قید مورد بحث در ماده ۱۳۳۳ ق.م. این‌گونه انتقاد کرده‌اند که اگر چه مبنای این حکم (عدم سوگند در دعوی مستند به سند رسمی) عدم تردید در حق ثابت شده با سند رسمی است، ولی سوگند موضوع ماده یادشده، مربوط به جایی است که اصل حق ثابت شده و تردید در بقای آن باشد و در دعوی مستند به سند رسمی نیز با وجود ثابت بودن اصل حق، بقای آن، محل تردید است و اثبات حق ملازمه با اثبات بقای آن ندارد (زراعت، ۱۳۸۹، ص. ۴۳۰).

به نظر می‌رسد این انتقاد، منطقی و به‌جا است؛ زیرا سند رسمی نیز مانند سایر ادله، دلیل اصل حق و ایجاد آن است و نه بقای آن؛ حتی در اسناد مالکیت اموال غیرمنقول هم سند مالکیت دلالت بر بقای مالکیت کسی که سند به نام او است ندارد و قانون‌گذار به منظور ایجاد نظم در معاملات املاک و جلوگیری از اختلافات، کسی را که سند به نام او است همواره مالک می‌شناسد (ماده ۲۲ ق.ت.ث.)؛ این در حالی است که در عمل، نقل و انتقال املاک بدون تنظیم سند رسمی، انجام می‌گیرد و دادگاه‌ها نمی‌توانند به این نقل و انتقال‌ها بی‌اعتنا باشند و گستردگی این‌گونه نقل و انتقال‌ها به حدی است که نادیده گرفتن آن، سبب اخلال در نظم و تشدید و توسعه اختلاف‌ها می‌شود.

اختصاص دادن حکم مقرر در ذیل ماده ۱۳۳۳ ق.م. به موارد عدم درخواست وارث یا وراث خوانده متوفی نیز مشکلی را حل نمی‌کند؛ زیرا تمام بحث این ماده مربوط به جایی است که وراث یا وارث متوفی ادعای متقابل مبنی بر رد یا تهاتر یا... و به دنبال آن، درخواست سوگند نکرده باشند؛ اما اگر چنین ادعاهای متقابلی از طرف وارث یا وراث متوفی مطرح شود، آنها می‌توانند برای اثبات ادعای خود، دلیل ارائه کنند یا از خواهان - که در این صورت با انقلاب دعوا، مدعی علیه محسوب می‌شود - درخواست سوگند کنند و چنین درخواستی نه بر اساس ماده مورد بحث، بلکه بر طبق قواعد عمومی مربوط به سوگند و ماده ۱۳۲۶ ق.م. پذیرفته می‌شود و به آن ترتیب اثر داده می‌شود. البته چنین درخواستی، به دنبال ادعای متقابل وارث یا وراث، قابل ترتیب اثر است و صرف

درخواست سوگند از طرف وارث یا وراث، بدون اینکه ادعای متقابل (پرداخت، تهاتر و...) مطرح کرده باشند، جایگاهی ندارد و قابل ترتیب اثر نیست.

۲-۳. قلمرو حکم از جهت شخص مدعی علیه

در منابع فقهی، حکم لزوم سوگند در دعوا بر متوفی به دعوا بر صبی، مجنون و شخص غایب نیز سرایت داده شده است (ر.ک. طوسی، ۱۳۵۱، ص. ۱۶۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، ص. ۱۴۵؛ شهید اول، ۱۳۶۸، ص. ۵۲). این نظر به اکثریت فقها نسبت داده شده (طباطبایی، ۱۴۰۴، ص. ۴۰۱) و در استدلال بر آن گفته شده؛ صبی، مجنون و شخص غایب با متوفی مشترک هستند در علتی که در روایات برای لزوم سوگند در دعوی بر متوفی، ذکر شده است؛ بنابراین از باب اتحاد طریق مسئله‌ها، حکم یادشده به صبی، مجنون و غایب نیز سرایت داده شده است (شهید ثانی، بی‌تا، صص. ۱۰۴ و ۱۰۵؛ طباطبایی، ۱۴۰۴، ص. ۴۰۱).

در مقابل، برخی نظر به عدم سرایت حکم مورد بحث، به دعوا بر صبی، مجنون و غایب داده اند (محقق حلی، ۱۴۱۵، ص. ۸۵؛ مامقانی، بی‌تا، ص. ۴۷۸؛ نراقی، ۱۴۰۵، ص. ۵۶۱) و در نقد استدلال بر سرایت حکم، گفته شده؛ وضعیت این اشخاص با متوفی متفاوت است؛ زیرا امکان دفاع متوفی هیچ‌وقت وجود ندارد، ولی این اشخاص ممکن است در زمانی بعد، امکان دفاع پیدا کنند (شهید ثانی، بی‌تا، ص. ۱۰۵؛ طباطبایی، ۱۴۰۴، ص. ۴۰۱).

مواد ۱۳۳۳ ق.م. و ۲۷۸ ق.آ.د.م. حکم لزوم سوگند مدعی را فقط در دعوی بر متوفی، بیان کرده‌اند و حقوق‌دانان، از این مواد، انحصار این حکم به دعوا بر متوفی و عدم سرایت آن به دعوا بر غایب، صغیر و مجنون را استنباط کرده و به انحصار این حکم به متوفی، نظر داده‌اند (امامی، بی‌تا، ص. ۲۳۴؛ متین دفتری، بی‌تا، ص. ۴۰۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۲۱۰؛ صدرزاده افشار، ۱۳۸۵، ص. ۱۵۰؛ مدنی، ۱۳۷۲، ص. ۲۲۰؛ محقق داماد، ۱۳۸۷، ص. ۱۰۱؛ شیخ‌نیا، ۱۳۷۵، ص. ۱۵۷؛ زراعت، ۱۳۸۹، ص. ۴۲۹).

اما با توجه به وجود ملاک حکم مقرر در مواد مورد بحث، در شخص غایب، صغیر و مجنون و همچنین با در نظر گرفتن شهرت دیدگاه سرایت حکم به این اشخاص در فقه، می‌توان قائل به این شد که تصریح این مواد به دعوا بر متوفی، دلالت بر انحصار حکم به

این مورد نمی‌کند و دلیل این تصریح، اتفاق فقها در خصوص دعوا بر متوفی است. اما چون در فقه، در خصوص سرایت حکم به غایب، صغیر و مجنون، اختلاف نظر وجود داشته است، قانون‌گذار در این خصوص، حکمی بیان نکرده است. از این رو، به استناد اصل ۱۶۷ ق.ا. و ماده ۳ ق.آ.د.م. می‌توان با تبعیت از دیدگاه مشهور در فقه، حکم مورد بحث را به دعوا بر شخص غایب، صغیر و مجنون، سرایت داد.

در تأیید این مطلب می‌توان گفت، در دعوا بر شخص غایب، صغیر و مجنون نیز همانند دعوا بر متوفی به علت عدم حضور، صغر یا جنون، امکان دفاع این افراد وجود ندارد. به سن بلوغ رسیدن صغیر و امکان حاضر شدن غایب و افاهه مجنون نیز نمی‌تواند سبب تفاوت وضعیت این اشخاص نسبت به متوفی شود؛ چون این اتفاق‌ها اگر پیش از صدور رأی قطعی باشد، دعوا وضعیت طبیعی پیدا می‌کند و از حالت دعوا بر غایب، صغیر یا مجنون، خارج می‌شود و اگر پس از صدور حکم قطعی باشد، با پایان دادرسی، امکانی برای دفاع خوانده باقی نمی‌ماند و امکان تجدید دادرسی، صرفاً به این دلیل، وجود ندارد.

۲-۴. قلمرو حکم از جهت شخص مدعی

در دعوا بر متوفی در صورتی که مدعی فوت نموده باشد و ورثه او بر ورثه متوفی اقامه دعوا نمایند و همچنین در صورتی که مدعی، محجور باشد و ولی یا وصی او دعوای مذکور را اقامه کند، این سؤال مطرح می‌شود که آیا سوگند وراثت مدعی یا ولی یا وصی او نیز لازم است یا در این حالت، سوگند لازم نیست و بینه کافی است؟

صاحب مفتاح الکرامه در خصوص دعوای وارث یا وصی بر متوفی، این احتمال را مطرح کرده که سوگند لازم نباشد؛ زیرا بینه، حجت شرعی است و به تنهایی موجب اثبات ادعا می‌شود، پس لازم است در خروج از این قاعده، به مقدار متبادر از روایات دعوا بر متوفی، اکتفا شود و متبادر از این روایات، حالتی است که خود مدعی اصیل که عالم به موضوع است، اقامه دعوا کرده است. اما در ادامه اعلام کرده است؛ اطلاق روایات و فتاوی فقها، شامل حالت دعوای وارث یا وصی بر متوفی می‌شود و در نهایت لزوم سوگند را ترجیح داده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق، صص. ۱۶۶-۱۶۷).

میرزا حسن آشتیانی سرایت حکم لزوم سوگند در دعوا بر متوفی، به دعوای وارث یا

ولی را در صورتی دانسته است که مبنای این حکم، نه بی‌اعتباری شهادت استصحابی در این دعوا، بلکه به خاطر دفع جواب و ادعای فرضی متوفی باشد و ایشان همین مبنای اخیر را مورد تأیید قرار داده است (ر.ک. آشتیانی، بی‌تا، صص. ۱۴۰-۱۴۳).

ملااحمد نراقی در خصوص دعوای وارث مدعی بر متوفی، سوگند ورثه را لازم و این سوگند را نه سوگند نفی علم، بلکه سوگند بر بقای حق، دانسته است و در صورت عدم امکان چنین سوگندی توسط ورثه، اثبات حق ایشان را ناممکن دانسته است و چنین عدم امکانی را سبب معافیت از آن شناخته است. اما دعوای ولی یا وصی بر متوفی را متفاوت از دعوای وارث، معرفی کرده و در خصوص آن قائل به عدم لزوم سوگند شده و آن را خارج از شمول روایات لزوم سوگند در دعوا بر متوفی دانسته است؛ زیرا این روایات، اختصاص به جایی دارد که مدعی، حق خود را مطالبه می‌کند. بنابراین، موارد سوگند ولی یا وصی بر متوفی را مشمول قاعده اصلی بینه که عدم لزوم سوگند و کفایت بینه است، شناخته است (نراقی، ۱۴۰۵ق، ص. ۵۶۳).

در برخی منابع نیز به طور مطلق، تأکید شده؛ در دعوای وارث، ولی، وصی و وکیل بر متوفی، سوگند بر بقای حق، لازم است و سوگند نفی علم، کافی نیست (مامقانی، بی‌تا، ص. ۴۷۸).

در قانون مدنی، حکمی در خصوص دعوای ورثه مدعی یا ولی یا وصی بر متوفی، بیان نشده است. اما ماده ۲۷۹ ق.آ.د.م. به صراحت در دعوای وارث مدعی بر متوفی، سوگند وارث را لازم دانسته است، ولی در خصوص دعوای ولی و وصی، سکوت کرده است. با توجه به این سکوت، ممکن است گفته شود، نظر قانون‌گذار بر عدم لزوم سوگند در دعوای ولی و وصی بوده است و اراده قانون‌گذار بر این بوده است که حکم لزوم سوگند در دعوا بر متوفی، منحصر به خود مدعی و وارث او باشد و شامل ولی و وصی وارث نشود. اما وضعیت ولی و وصی با وضعیت وارث مدعی، از نظر این بحث، یکسان است و همان‌طور که این احتمال وجود دارد که وارث مدعی از استیفای حق مورث خود، اطلاع داشته باشند یا پس از وفات او خود ایشان، حق را به قائم مقامی مورث، وصول کرده باشند، ولی و وصی هم ممکن است چنین اطلاعی داشته باشند یا حق را به نمایندگی از وارث، دریافت کرده باشند. از این رو، می‌توان گفت از نظر حقوقی در

دعوی ولی یا وصی بر متوفی نیز سوگند ولی و وصی، لازم است. ماده ۲۷۹ ق.آ.د.م. در خصوص اینکه موضوع سوگند وراث مدعی، بقای حق و عدم سقوط آن یا عدم اطلاع از سقوط آن (نفی علم) است، توضیحی نداده است و اگر منظور، سوگند بر بقای دین و عدم سقوط آن باشد، چنین سوگندی توسط وراث امکان پذیر نیست و آنها قادر به چنین سوگندی نیستند، چون آنها در همه حال، همراه مدعی نبوده‌اند و از همه احوال او باخبر نبوده‌اند که بتوانند یقین به عدم سقوط حق داشته باشند و بر آن، ادای سوگند کنند. نهایت چیزی که از آنها می‌شود انتظار داشت اینکه از سقوط حق بی‌خبر باشند و بر چنین عدم اطلاعی و اینکه خود ایشان حق را وصول نکرده و ساقط نکرده‌اند، ادای سوگند کنند. همین مطلب در سوگند ولی و وصی هم مطرح است و از ولی و وصی هم بیشتر از سوگند بر عدم اطلاع از استیفای حق و عدم وصول آن به نمایندگی از وراث را نمی‌توان انتظار داشت.

۲-۵. قلمرو حکم از جهت وضعیت وجود و بقای دین

شهادت ثانی این سؤال را مطرح کرده است که اگر متوفی، در زمانی نزدیک به فوت که استیفای دین در آن ممکن نبوده، اقرار (به حق مدعی) کرده باشد، آیا لازم است مدعی، علاوه بر اقرار متوفی، سوگند ادا کند؟ در این خصوص دو احتمال را مطرح کرده است؛ احتمال نخست اینکه سوگند لازم باشد به خاطر اطلاق روایات که شامل این مورد هم می‌شود و به خاطر این احتمال که چه بسا طلبکار، متوفی را بری‌الذمه کرده باشد یا بعد از موت او، از اموالش دریافت کرده باشد. احتمال دوم اینکه سوگند مدعی در این حالت، بر اساس اصل و ظاهر بر بقای حق، لازم نباشد. در نهایت احتمال دوم را قوی‌تر شناخته است (شهادت ثانی، بی تا، ص. ۳۷۰).

مولی احمد نراقی همین سؤال را مطرح کرده است و دیدگاه عدم لزوم سوگند مدعی در این فرض به خاطر فقدان علت ذکر شده در روایات را مورد انتقاد قرار داده است به اینکه علت، موجب تخصیص اطلاق روایت نمی‌شود؛ زیرا علت‌های شرعی معرفات هستند و معلول با انتفای آنها منتفی نمی‌شود. چه بسا وجود علت در برخی از افراد، سبب وضع حکم در خصوص همه افراد می‌شود و ممکن است علت از باب شروع مطلب و تمثیل باشد. علاوه بر اینکه در فرض مورد بحث، احتمال اینکه طلبکار (مدعی)،

مدیون (متوفی) را ابراء کرده باشد، همچنین احتمال اینکه اقرارکننده در اثر فراموشی اقرار کرده باشد و اگر هنگام دعوا زنده بود، یادش می‌آید، وجود دارد. با وجود این در ادامه، روایات سوگند مدعی در دعوا بر متوفی را از جهت فرض مورد بحث، با روایاتی که در باب اقرار مریض و در وصیت به دین وجود دارد، معارض دانسته است و با چنین تعارضی، نظر به رجوع به قاعده اصلی که کفایت بینه مدعی و عدم لزوم سوگند است، داده است. اما این مطلب را مخصوص اقرار متوفی دانسته است و در خصوص شهادت شهود به انتقال شیء به متوفی قبل از فوت او در زمانی که امکان استیفای حق نبوده است، ضمیمه کردن سوگند را لازم دانسته است. همچنین شهادت شهود به بقای حق مدعی را نیز ملحق به اقرار متوفی ندانسته و دلیل لزوم سوگند را شامل این حالت هم دانسته است. ولی در خصوص علم حاکم به باقی بودن حق مدعی، به نحوی که هر گونه احتمال از بین رفتن آن، منتفی باشد، ضمیمه کردن سوگند را لازم ندانسته است (نراقی، ۱۴۰۵ق، ص. ۵۶۲).

در برخی دیگر از منابع فقهی در صورت علم قاضی به بقای حق مدعی، همچنین در صورت شهادت شهود به بقای حق مدعی، نظر به عدم لزوم ضمیمه کردن سوگند داده شده است (کنی طهرانی، بی تا، ص. ۱۶۲؛ مامقانی، بی تا، ص. ۴۷۸).

ماده ۱۳۳۳ ق.م. سوگند مدعی در دعوا بر متوفی را در خصوص صورتی مقرر کرده که «اصل حق ثابت شده و بقاء آن در نظر حاکم ثابت نباشد». اما ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م. سوگند مدعی را در دعوا بر متوفی به صورت مطلق لازم دانسته است.

حقوقدانان نیز ثابت بودن اصل حق و تردید در بقای آن را شرط سوگند مدعی در دعوا بر متوفی اعلام کرده اند (متین دفتری، بی تا، ص. ۴۰۶؛ صدرزاده افشار، ۱۳۸۵، ص. ۱۴۹؛ شیخ‌نیا، ۱۳۷۵، ص. ۱۵۷؛ زراعت، ۱۳۸۹، ص. ۶۳۶؛ یوسف‌زاده، ۱۳۹۴، ص. ۴۹۵). بر این اساس گفته شده؛ اگر حاکم علم به براءت متوفی داشته باشد، نمی‌تواند مدعی را سوگند دهد (متین دفتری، بی تا، ص. ۴۰۶) و اگر مدعی بتواند بقای حق خود را با دلایل دیگری ثابت کند، نوبت به اتیان سوگند نمی‌رسد (زراعت، ۱۳۸۹، ص. ۶۳۶). همچنین گفته شده اگر حاکم در بقای حق یا براءت متوفی، تردید نداشته باشد، نمی‌تواند مدعی را سوگند دهد (شیخ‌نیا، ۱۳۷۵، ص. ۱۵۸).

یکی از استادان حقوق اعلام کرده؛ در صورتی که دلیلی بر بقای حق، موجود باشد - مانند اقرار وارثانی که آخرین وصیت متوفی را شنیده‌اند - یا قرائنی بر بقای دین بر ذمه متوفی باشد و دادرس را قانع کند، سوگند مدعی لازم نیست. این استاد، با اشاره به ظهور ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م. در اجباری بودن سوگند بعد از ثبوت حق، این ظهور را قابل اعتماد ندانسته است و شأن قانون آیین دادرسی مدنی را بیان چگونگی اداره دلیل و به‌کارگیری آن، اعلام کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۲۱۱).

اما استاد دیگری تفاوت ماده ۱۳۳۳ ق.م. و ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م. را بنیادین اعلام کرده و بر اساس ماده ۲۷۸ سوگند مدعی را ثابت شناخته است، حتی اگر بقای حق، مورد تردید نباشد. در نهایت با توجه به مؤخر بودن قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹) نسبت به ماده ۱۳۳۳ ق.م. (مصوب ۱۳۱۴)، قانون آیین دادرسی مدنی را مقدم دانسته است (شمس، ۱۳۹۰، ص. ۲۷۶).

یکی از نویسندگان نیز بر تعارض مواد ۱۳۳۳ ق.م. و ۲۷۸ ق.آ.د.م. در خصوص موضوع مورد بحث، تأکید کرده است (رستمی چلکاسری، ۱۳۹۱، ص. ۱۷۴).

یکی از محققان فقه و حقوق با طرح این سؤال که مدعی از چه طریقی می‌تواند بقای حق و عدم ابراء و عدم اسقاط آن را اثبات کند، اعلام کرده؛ سوگند مدعی بر بقای دین، در دعوا بر متوفی امری عقلایی و منطقی است؛ زیرا آنچه ادله می‌تواند ثابت کند، اصل حق است، ولی بقای آن و عدم ابراء و عدم اسقاط آن به هیچ‌وجه، قابل اثبات نیست (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص. ۱۰۳).

در نشست قضات دادگستری، این سؤال مطرح شده که آیا در دعوا بر متوفی، در صورتی که اصل حق با شهادت یا اقرار ورثه، ثابت باشد، سوگند خواهان، لازم است یا نه؟ در پاسخ، اکثریت قضات حاضر در جلسه اعلام کرده‌اند؛ مطابق مواد ۲۷۸ و ۲۷۹ ق.آ.د.م. سوگند خواهان، در هر صورت، لازم است؛ اعم از اینکه ورثه اقرار کرده باشند یا نه و اقرار ورثه هم مانند «اقامه بینه» مذکور در ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م. است. در مقابل، تعداد کمتری در صورت اقرار ورثه، سوگند خواهان را لازم نشناخته‌اند (ر.ک: معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۸، ص. ۱۹۶).

در تحلیل حقوقی موضوع می‌توان گفت؛ ناهماهنگی ظاهری مواد ۱۳۳۳ ق.م. و ۲۷۸ ق.آ.د.م. در خصوص موضوع مورد بحث، آشکار و غیرقابل انکار است و اطلاق ماده ۲۷۸

با تصریح ماده ۱۳۳۳ به شرط «تردید در بقای حق» برای سوگند مدعی، هماهنگ نیست. یک احتمال این است که اطلاق ماده ۲۷۸ به تبع اطلاق سخن اکثر فقها در این خصوص بوده که در دعوا بر متوفی، به طور مطلق سوگند مدعی را لازم دانسته‌اند و تصریحی به اختصاص این حکم به موارد تردید در بقای حق نکرده‌اند (ر.ک: طوسی، ۱۳۵۱، ص. ۱۶۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۴۵؛ محقق حلی، بی‌تا، ص. ۲۸۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۵ق، ص. ۸۵؛ شهید اول، ۱۳۶۸، ص. ۵۲؛ شهید ثانی، بی‌تا، ص. ۱۰۴).

احتمال دیگر این است که اطلاق ماده ۲۷۸ به این خاطر بوده است که قانون‌گذار قانون آیین دادرسی مدنی، تردید در بقای حق را در مواردی که مدیون، فوت نموده، مفروض دانسته است و اثبات بقای حق توسط خواهان و علم قاضی به بقای حق را ناممکن دانسته است. این مطلب، قابل انکار نیست که ثبوت بقای حق به گونه‌ای که هیچ احتمالی بر سقوط آن، باقی نماند، امکان‌پذیر نیست؛ چون همیشه این احتمال وجود دارد که صاحب حق، مدیون را ابراء کرده یا از حق، اعراض کرده باشد، بدون اینکه کسی از آن خبر داشته باشد. اما ارائه یا دستیابی به ادله و اماراتی که در مجموع قاضی را به طور متعارفی متقاعد به بقای حق کند و موجب علم متعارف قاضی شود، ناممکن به نظر نمی‌رسد. از طرف دیگر احتمال سقوط حق به نحو مذکور، در مواردی که مدعی علیه، فوت نکرده نیز وجود دارد، در حالی که مسلم است که مدعی این موارد، علاوه بر اثبات اصل حق، مکلف به ادای سوگند برای اثبات بقای آن نیست. مبنای سوگند مدعی در دعوا بر متوفی نیز - همان‌طور که پیش از این بیان شد - برای دفع ادعاهای احتمالی مدعی علیه و به خاطر این احتمال است که اگر مدعی علیه، فوت نشده بود، چه‌بسا ادعای پرداخت یا سقوط حق می‌کرد و سوگند مدعی را درخواست می‌کرد.

در نهایت با در نظر گرفتن اولویت جمع مواد قانونی، باید اطلاق ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م. را حمل بر قید «بقاء آن در نظر حاکم ثابت نباشد» در ماده ۱۳۳۳ ق.م. کرد و بر آن بود که در صورتی که ورثه، اقرار به بقای حق داشته باشند یا به دلایل دیگری بقای حق بر قاضی، ثابت شود، سوگند مدعی لازم نباشد.

با توجه به مبنای سوگند مدعی در دعوا بر متوفی، نه تنها ثابت بودن بقای حق در زمان رسیدگی دادگاه و صدور حکم، مدعی را از سوگند، معاف می‌کند، بلکه ثابت بودن

بقای حق در زمان فوت متوفی نیز همین اثر را دارد. به همین خاطر اگر متوفی، در زمانی قبل از فوت که امکان ادای حق، وجود نداشته، اقرار به حق مدعی کرده باشد، چون با این اقرار، وجود حق در زمان فوت متوفی، ثابت می‌شود، نیازی به سوگند مدعی نیست. در خصوص اثبات اصل حق، ماده ۱۳۳۳ ق.م. به صراحت «ثابت بودن اصل حق» را به عنوان شرط سوگند مدعی در دعوا بر متوفی و موضوع سوگند مدعی را «بقای حق» اعلام کرده است. حقوق‌دانان نیز - به شرحی که پیش از این نقل شد - ثابت بودن اصل حق را شرط سوگند مدعی در دعوا بر متوفی معرفی کرده‌اند. اما یکی از حقوق‌دانان با استناد به ماده ۱۳۳۳ ق.م. اعلام کرده است؛ شرط سوگند مدعی در دعوا بر متوفی این است که «دعوی کاملاً فاقد دلیل نباشد، بلکه دلیلی بر ثبوت حق در پرونده امر باشد تا نظر دادرس را جلب و سپس او درخواست اتیان سوگند کند» (صدرزاده افشار، ۱۳۸۵، ص. ۱۴۹). ولی این بیان، برخلاف صراحت ماده ۱۳۳۳ ق.م. است؛ زیرا در این ماده به «ثابت بودن اصل حق» به عنوان شرط سوگند مدعی در دعوا بر متوفی، تصریح شده است و ثابت بودن اصل حق نیاز به ارائه ادله کافی دارد و کافی نیست که دعوا فاقد دلیل نباشد. اما بیان ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م. در این خصوص، قابل تأمل است؛ زیرا از طرفی تصریح به موضوع سوگند نشده که آیا موضوع، اصل حق است یا بقای آن؟ به همین خاطر، گفته شده؛ این ماده ظاهر در این است که برای اثبات حق، علاوه بر بینه، سوگند مدعی نیز لازم است و در مقام تعارض این ماده با ماده ۱۳۳۳ ق.م. باید اطلاق ماده ۲۷۸ در این خصوص، حمل بر قید ماده ۱۳۳۳ شود و موضوع سوگند، بقای حق دانسته شود (کریمی، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۴).

اما یکی از نویسندگان، با استناد به عبارت ذیل ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م. اعلام کرده است؛ سقوط حق در فرضی است که اصل حق ثابت شده باشد و عبارت ذیل این ماده دلیل است بر اینکه سوگند برای اثبات اصل حق نیست، بلکه برای اثبات بقای آن است (مهاجری، ۱۳۸۹، صص. ۴۸۷ و ۴۸۸).

از طرف دیگر در ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م. به جای عبارت «ثابت بودن اصل حق» عبارت «پس از اقامه بینه» آمده است و گفته شده، این عبارت، صراحت در اثبات اصل حق ندارد و اعم از کفایت دلیل برای ثبوت یا ارائه دلیل است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۲۱۱). به نظر می‌رسد منظور از «بینه» در ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م.، شهادت واجد شرایط شرعی و

قانونی است و چنین دلیلی، موجب اثبات اصل حق است. بنابراین، این ماده از این نظر، با ماده ۱۳۳۳ ق.م. که تصریح به «ثابت بودن اصل حق» کرده هماهنگ است. با پذیرفتن این مطلب، مشخص می‌شود که موضوع سوگند نیز در ماده ۲۷۸ بقای حق است نه اصل حق؛ چون اصل حق با بینه، ثابت شده و نیازی به دلیل دیگر ندارد و بقای حق است که محل تردید است و رفع تردید در خصوص آن، نیاز به سوگند دارد. وضعیت این مطلب در فقه و اینکه در فقه، سوگند در دعوا بر متوفی برای اثبات بقای حق است و نه اثبات اصل حق، تأیید می‌کند که منظور قانون‌گذار قانون آیین دادرسی مدنی نیز در ماده ۲۷۸ سوگند بر بقای حق بوده است. پس در رفع ناهماهنگی ظاهری مواد ۱۳۳۳ ق.م. و ۲۷۸ ق.آ.د.م. در این خصوص نیز لازم است اطلاق ماده ۲۷۸ حمل بر قید «سوگند بر بقای حق» در ماده ۱۳۳۳ ق.م. شود.

۲-۶. قلمرو حکم از جهت اختیار قاضی

از عبارت «حاکم می‌تواند از مدعی بخواهد که بر بقاء حق خود قسم یاد کند» در ماده ۱۳۳۳ ق.م. چنین برمی‌آید که در مواردی که در دعوا بر متوفی، اصل حق ثابت بوده و بقای آن در نظر قاضی، ثابت نباشد، قاضی مکلف نیست که از مدعی بخواهد بر بقای حق خود، سوگند یاد کند، بلکه در چنین شرایطی، قاضی مختار است از مدعی بخواهد بر بقای حق خود، سوگند یاد کند یا چنین سوگندی را از مدعی، نخواهد.

این در حالی است که در ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م. نه تنها چنین عبارتی نیامده است، بلکه از عبارت «سوگند خواهان نیز لازم است و در صورت امتناع از سوگند، حق وی ساقط می‌شود» چنین فهمیده می‌شود که سوگند مدعی در دعوا بر متوفی، اجباری است و قاضی در سوگند دادن مدعی، مختار نیست. بنابراین، مواد یاد شده از این نظر هم، ناهماهنگ و متعارض به نظر می‌رسند. چنین تعارضی، مورد توجه نویسندگان حقوقی، واقع شده است (ر.ک. کریمی، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۴؛ یوسف‌زاده، ۱۳۹۴، ص. ۴۹۶).

در خصوص موضوع مورد بحث، بیان ماده ۱۳۳۳ ق.م. قابل انتقاد است؛ زیرا در شرایطی که بقای حق در نظر قاضی ثابت نباشد، چه عاملی می‌تواند این مطلب را توجیه کند که قاضی از مدعی نخواهد که بر بقای حق خود، سوگند یاد کند؟ از این رو، لازم است بیان این ماده به گونه‌ای تفسیر شود که مستلزم مختار بودن قاضی در سوگند دادن

مدعی در دعوا بر متوفی در موارد ثابت بودن حق و تردید در بقای آن، نباشد. بر همین اساس می‌توان گفت؛ واژه «می‌تواند» در ماده مورد بحث، به منظور برداشتن ممنوعیت از قاضی و اعطای اختیار قضایی به او است؛ اختیاری که به‌کارگیری آن، به دلیل فقدان دلیل موجه در عدم استفاده از آن، الزامی است و قاضی مکلف به استفاده از آن است.

نتیجه‌گیری

به عنوان نتیجه آنچه در این مقاله گذشت می‌توان گفت؛ در خصوص مبنای حکم لزوم سوگند در دعوا بر متوفی، به نظر می‌رسد ترجیح با دیدگاهی است که مبنای چنین سوگندی را دفع ادعاهای احتمالی - که اگر متوفی فوت نکرده بود و زنده بود، مطرح می‌کرد - می‌داند و نه رفع احتمال‌ها و عدم جریان استصحاب در دعوا بر متوفی؛ زیرا این دیدگاه از دقت بیشتر برخوردار است و با قواعد، هماهنگ‌تر است. علاوه بر اینکه پذیرش این دیدگاه - که از طرف فقها مطرح شده - سبب هماهنگی حقوق با فقه می‌شود.

قلمرو این حکم از نظر موضوع دعوا (دین و عین)، دلیل اثبات حق (شهادت و سایر ادله)، شخص مدعی علیه (متوفی، غایب، صغیر و مجنون)، شخص مدعی (مدعی و وراث او و ولی یا وصی وراث)، وضعیت اصل حق و بقای آن (عدم تردید یا تردید) و نقش قاضی (اختیار یا عدم اختیار)، محل بحث است و در فقه و حقوق، دیدگاه‌های متعدد و متفاوت در این زمینه وجود دارد و بیان ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م. با ماده ۱۳۳۳ ق.م. از جهاتی متفاوت است و بین این دو ماده ناهماهنگی‌های متعددی وجود دارد.

در نهایت می‌توان از نظر حقوقی، حکم مورد بحث را شامل دعاوی دینی و عینی و مواردی که اصل حق با هر دلیلی ثابت شده باشد، دانست و این حکم را به دعوا بر غایب، صغیر و مجنون نیز سرایت داد. شمول حکم بر دعاوی وراث مدعی بر متوفی، مورد تصریح قانون (ماده ۲۷۹ ق.آ.د.م.) واقع شده، ولی قانون‌گذار از سرایت آن به دعاوی ولی و وصی وراث محجور بر متوفی، خودداری کرده است، اما به دلیل یکسان بودن وضعیت ولی و وصی با وراث در این خصوص، می‌توان حکم لزوم سوگند را شامل ولی و وصی هم دانست.

اثبات اصل حق و تردید در بقای آن نیز به عنوان شرایط حکم مورد بحث، در ماده ۱۳۳۳ ق.م. تصریح شده و اطلاق و سکوت ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م. در این زمینه، حمل بر

تصریح ماده ۱۳۳۳ ق.م. می‌شود. بیان ماده ۱۳۳۳ ق.م. در خصوص نقش قاضی در سوگند دادن مدعی در موارد ثابت بودن حق و تردید در بقای آن، قابل انتقاد است و لازم است به گونه‌ای تفسیر شود که منتهی به مختار بودن قاضی نشود. در نهایت، قلمرو گسترده حکم مورد بحث، مورد تأیید است و شایسته است قانونگذار از طرفی با تجمیع مواد کنونی مربوط به این موضوع، بیان این حکم را صرفاً در یکی از قوانین مدنی یا آیین دادرسی مدنی انجام دهد و از طرف دیگر با بیان صریح و روشن، قلمرو گسترده این حکم را بیان نماید و موارد نامشخص و مردد فعلی را تعیین تکلیف نماید.

کتابنامه

۱. آشتیانی، میرزا محمد حسن (بی‌تا). کتاب القضاء. قم: دار الهجرة.
۲. امامی، سید حسن (بی‌تا). حقوق مدنی (جلد ۶). تهران: انتشارات ابوریحان.
۳. انصاری، مرتضی (۱۴۱۰ق). القضاء الاسلامی (بقلم میرزا حسین قلی) (جلد ۱). بی‌جا: الهدی المؤسسة الاسلامیة للنشر.
۴. حسینی عاملی، سید محمدجواد (۱۴۱۸ق). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (جلد ۲۰). بیروت: دار التراث، الطبعة الاولى.
۵. دیانی، عبدالرسول (۱۳۸۹). ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری. تهران: انتشارات میزان.
۶. رستمی چلکاسری، عبدالله (۱۳۹۱). ادله اثبات دعوا (در امور مدنی). گیلان: انتشارات دانشگاه گیلان.
۷. زراعت، عباس (۱۳۸۹). محشای قانون آیین دادرسی مدنی. تهران: ققنوس.
۸. شمس، عبدالله (۱۳۹۰). آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته) (جلد ۳). تهران: انتشارات دراک.
۹. شهید اول، محمد بن جمال‌الدین (۱۳۶۸). اللمعة دمشقیة فی فقه الامامیة. قم: انتشارات دار الفکر.
۱۰. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (بی‌تا). الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة (جلد ۳). بیروت: دار العالم الاسلامی.
۱۱. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (بی‌تا). مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام (جلد ۲). قم:

مکتبه بصیرتی.

۱۲. شیخ‌نیا، امیرحسین (۱۳۷۵). *ادله اثبات دعوی*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۳. صدرزاده افشار، سید محسن (۱۳۸۵). *ادله اثبات دعوی در حقوق ایران*. تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۱۴. طباطبایی، سید علی (۱۴۰۴ق). *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل* (جلد ۲). قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت.
۱۵. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۵۱). *المبسوط فی فقه الامامیه* (جلد ۸). بی‌جا: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۱۶. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق). *ارشاد الازدهان الی احکام الایمان* (جلد ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى.
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). *اثبات و دلیل اثبات* (جلد ۲). تهران: میزان.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴). *اثبات و دلیل اثبات* (جلد ۱). تهران: نشر میزان.
۱۹. کریمی، عباس (۱۳۹۱). *ادله اثبات دعوا*. تهران: نشر میزان.
۲۰. کنی طهرانی، مولی علی (بی‌تا). *کتاب القضاء* (چاپ سنگی). بی‌جا: بی‌نا.
۲۱. مامقانی، عبدالله (بی‌تا). *مناهج المتقین فی فقه ائمه الحق والیقین*. بی‌جا: مؤسسه آل‌ال‌بیت لاحیاء التراث.
۲۲. متین دفتری، احمد (بی‌تا). *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی* (جلد ۲). بی‌جا: مجمع علمی و فرهنگی مجلد.
۲۳. محقق حلی، جعفر بن حسن (بی‌تا). *المختصر النافع فی فقه الامامیه*. مصر: دار الکتب العربی.
۲۴. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۱۵ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام* (جلد ۴). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، الطبعة الاولى.
۲۵. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۷). *قواعد فقه ۳ بخش قضایی*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۶. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۷۲). *ادله اثبات دعوی*. تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۷. معاونت آموزش قوه قضاییه (۱۳۸۸). *رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های عمومی حقوقی* (جلد ۲). تهران: انتشارات جنگل.
۲۸. مهاجری، علی (۱۳۸۹). *مبسوط در آیین دادرسی مدنی* (جلد ۲). تهران: انتشارات فکرسازان.

مبنا و قلمرو حکم لزوم سوگند در دعوا بر متوفی / مهدی حسن‌زاده پژوهش‌های حقوق اسلامی ۵۱

۲۹. مهاجری، علی (۱۳۹۰). قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: انتشارات فکرسازان.

۳۰. نراقی، احمد بن مولی محمد مهدی (۱۴۰۵ق). مستند الشیعة فی احکام الشریعة (جلد ۲). قم: منشورات مکتبۃ آیه‌الله العظمی المرعشی النجفی.

۳۱. یوسف‌زاده، مرتضی (۱۳۹۴). آیین دادرسی مدنی. تهران: شرکت سهامی انتشار.

دوفصلنامه علمی پژوهش نامه حقوق اسلامی، مقاله پژوهشی، سال بیست و دوم، شماره اول (پیاپی ۵۳)، بهار و تابستان ۱۴۰۰، صص. ۵۳-۷۲

مبانی ارزیابی نقش دادرسی در اثبات دعوای مدنی

شعله هاشمی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۰۳

سید محمد تقی علوی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۱۸

ناصر مسعودی***

چکیده

در فقه اسلامی برای اینکه خواهان مشخص شود، فقها معیارهایی را ارائه داده‌اند و به قواعد و اصول حقوقی مختلف استناد کرده‌اند. دلیل فقها برای این تمییز آن است که بتوانند به دوش‌گیرنده بار اثبات دعوا را مشخص سازند. با این حال، همواره این‌گونه نیست که خواهان تنها عضو فعال در جریان دادرسی باشد. گاهی این نگاه با تغییراتی از قبیل دخالت دادرسی در اثبات دعوا همراه شده است. از آنجا که نظام‌های دادرسی مدنی، به نظام‌های حقوقی مختلف تقسیم می‌شوند، نقش دادگاه در هر نظام حقوقی متفاوت است. به این صورت که در نظام دادرسی اتهامی، دعوای مدنی ملک اصحاب دعوا محسوب می‌شود و دادرسی صرفاً عضو منفعلی است که نمی‌تواند نقشی جز صادرکننده حکم بر مبنای دلایل تقدیمی طرفین داشته باشد. حال آنکه در نظام دادرسی تفتیشی، نقش دادرسی در اثبات دعوا فعال‌گونه است و می‌تواند به موازات خواهان، به جست‌وجوی ادله در جهت اثبات دعوا بپردازد. به گونه‌ای که فعال بودن دادرسی، از نقش منحصر خواهان در به دوش کشیدن بار اثبات دعوا می‌کاهد. در این مقاله، مبانی نقش دادرسی در اثبات دعوا مورد ارزیابی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: دادگاه، دادرسی، اثبات، دعوا، منفعل، فعال.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات آذربایجان شرقی، تبریز، ایران.

hashemi_872@yahoo.com

** استاد فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول).

alavi@tabrizu.ac.ir

*** استادیار حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز، تبریز، ایران.

dr.masoudi@iaut.ac.ir

مقدمه

نهاد دادرسی مدنی به طور کلی دارای دو وجه مختلف است؛ وجهی که متعلق به صاحبان دعوای مدنی می‌باشد و آن مالکیت بر دادرسی است و وجهی که متعلق به دادگاه مدنی می‌باشد و آن مدیریت بر دادرسی است. بنابراین دادرسی در دعوای مدنی، مدیر دعوای مدنی و دلایل اصحاب دعوای مدنی باشد و نحوه مدیریت او در اداره دلایل، در کشف حقیقت مؤثر است. به عبارت دیگر؛ ممکن است حسن مدیریت وی موجب کشف حقیقت و سوءمدیریت او موجب کتمان حقیقت گردد. اما حتی بر فرض حسن اداره دادرسی و دلایل توسط دادگاه، بررسی اینکه دادرسی در اعمال این مدیریت، نقش انفعالی ایفا کند یا نقش فعال، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. نقش انفعالی دادگاه در اداره دادرسی و دلیل، به معنای آن است که دادرسی رأساً و به نظر خود نمی‌تواند دلیلی را مستند رسیدگی قرار دهد. بلکه در هر مورد باید به انتظار درخواست اصحاب دعوای مدنی یا ارائه دلیل از جانب آنها بنشیند. بالعکس نقش فعال دادگاه در اداره دادرسی و دلیل، به معنای آن است که دادرسی به تشخیص خود و بدون تقاضای اصحاب دعوای مدنی می‌تواند دلیلی را مستند رسیدگی قرار دهد. البته این نقش، به معنای نفی کامل اراده و خواست اصحاب دعوای مدنی نیست. بلکه بدان مفهوم است که ضمن بقای حق درخواست اصحاب دعوای مدنی، دادگاه نیز به موازات آن از این امکان برخوردار است که همکارانه نقش فعالی را ایفا کند و خود نیز رأساً به اداره دلیل بپردازد.

این مسئله که نظام دادرسی مدنی اتهامی است یا تفتیشی و نقش دادرسی در اداره دلایل از نوع انفعالی می‌باشد یا از نوع فعال، از دیرباز محل بحث و مناقشه بوده است و به طور سنتی پاسخی به صورت ذیل به این مسئله داده شده است:

اول اینکه آیین دادرسی مدنی بر خلاف آیین دادرسی کیفری، از نظر ماهیت اتهامی است. زیرا موضوع بحث آیین دادرسی مدنی؛ منافع خصوصی اشخاص است. بنابراین به‌کارگیری ادله و ارائه و استناد به آنها نیز حق و تکلیف اصحاب دعوای مدنی است و دادرسی نباید نقش فعالی در آن داشته باشد. بلکه باید به دلایلی که طرفین دعوای مدنی می‌دهند اکتفا کرده و بر مبنای آن دلایل حکم صادر کند.

دوم آنکه سیر تکامل حقوق قضائی به نحوی بوده است که ضمن افزایش نقش دادگاه در هدایت دعوای مدنی، دادگاه را در زمینه امر موضوعی فعال نموده است. زیرا دادگستری

یک خدمت عمومی به شمار می‌آید. اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی که بر اساس آن، دعوا تحت تسلط طرفین است و مفهوم اتهامی دعوا را تشریح می‌کند، با فعال شدن نقش دادگاه در احراز امور موضوعی، محدود گردیده یا از شدت آن کاسته شده است.

اینکه در یک نظام قضائی موفق، باید به کدام‌یک از دو تفکر انفعال‌گرایی و فعال‌گرایی دادرس بهای بیشتری داد و رویه دادرسی را بر پایه آن بنا نهاد، نیازمند شناخت بیشتر این دو تفکر است. شناختی که با مطالعه مبانی این دو تفکر حاصل شود و میزان عدالت جاری در هر یک را تبیین کند. زیرا هدف اصلی از تعیین نقش دادرس در اثبات دعوا، تأمین عدالت در نظام حقوقی جامعه است.

۱. انفعال‌گرایی دادگاه

انفعال در لغت به معنای اثر پذیرفتن است؛ به این معنا که در مقابل عامل متحرکی، عامل دیگر فقط پذیرای اثر باشد. طبق تفکر انفعال‌گرایی دادگاه؛ دادرس نباید به دنبال یافتن دلیل برای اثبات دعوا باشد. بلکه باید تابع دلایلی باشد که توسط اصحاب دعوا ارائه می‌شوند و صرفاً آن دلایل را مبنای صدور حکم قرار دهد.

دادن نقش فعال و پرتحرک به دادرس در جمع‌آوری ادله در امور مدنی، در نظام‌های حقوقی متأثر از مکتب لیبرالیسم که خطوط اصلی دادرسی اتهامی را پذیرفته‌اند، به دو سبب مردود شمرده شده است: از یک‌سو در دادرسی مدنی، حقوق خصوصی اصحاب دعوا مطرح است و همان‌گونه که هریک از طرفین می‌تواند نه تنها از امتیازاتی که در دادرسی دارد، بلکه از حق اصلی خود نیز چشم‌پوشی نماید، به‌کارگیری ادله و ارائه و استناد به آنها نیز حق و تکلیف اصحاب دعوا است و دادرس نباید نقش فعالی در آن داشته باشد. از سوی دیگر مهم‌ترین نگرانی هر نظامی، حفظ اعتبار دستگاه قضائی است و آنچه بیش از همه اعتبار مزبور را مخدوش می‌نماید، متهم شدن آن به خروج از بی‌طرفی است و چون دخالت فعال و پرتحرک دادرس در دستیابی به دلیل، می‌تواند پیروزی طرف مربوط را در پی داشته باشد، رقیب او نسبت به بی‌طرفی دادگاه دچار تردید خواهد شد (شمس، ۱۳۹۳، ص. ۵۳). به نظر می‌رسد این نظام‌های حقوقی، هر گونه نقش دادرس را در خصوص جمع‌آوری ادله، با تندی و به

دور از ملائمت از او سلب کرده‌اند و چه بسا این نظام‌ها با این رویه، مانعی را بر سر راه کشف حقیقت ایجاد کنند، که اولین لطمه آن به همان اصحاب دعوایی وارد شود که رعایت حقوقشان در این نظام‌ها مورد ادعا قرار می‌گیرد.

۱-۱. سیری تاریخی در تفکر انفعال‌گرایی دادگاه

نخستین قانونی که در آن از فعالیت دادگاه در به دست آوردن دلیل، حکم ممنوعیت استخراج می‌شود؛ قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۲۹۰ می‌باشد که در ماده ۵۷ چنین مقرر کرده است: «محکمه صلح، خودش در صدد تحصیل دلایل بر نمی‌آید. مدرک حکم او فقط دلایلی است که طرفین اقامه می‌کنند».

در ماده ۶۳ قانون تسریع محاکمات مصوب ۱۳۰۹ نیز چنین آمده است: «مدعی باید ادعای خود را ثابت نماید و مدعی علیه که اعتراض می‌کند، باید اعتراض خود را مدلل دارد - هیچ محکمه‌ای نباید در صدد تحصیل دلایل برآید - مدرک حکم او فقط دلایل اصحاب دعوا خواهد بود».

این رویه، در قانون آیین دادرسی مدنی قدیم مصوب ۱۳۱۸ نیز ادامه داشت. در ماده ۳۵۸ این قانون چنین مقرر شده است: «هیچ دادگاهی نباید برای اصحاب دعوا تحصیل دلیل کند. بلکه فقط به دلایلی که اصحاب دعوا تقدیم یا اظهار کرده‌اند رسیدگی می‌کند. تحقیقاتی که دادگاه برای کشف امری در خلال دادرسی لازم بداند، از معاینه محل و تحقیق از گواه‌ها و مسجّلین اسناد و ملاحظه پرونده مربوط به دادرسی و امثال اینها، تحصیل دلیل نیستند».

مواد مذکور که متضمن قاعده‌ی معروف منع تحصیل دلیل توسط دادگاه بودند و حقوق‌دانان ما به اجماع و اتفاق نظر، مبنای این مواد را اصل بی‌طرفی دادگاه معرفی نموده‌اند، سایه سنگینی بر استفاده از شیوه تحقیقی کارآمد توسط دادگاه انداخته بودند. زیرا استفاده از این شیوه، نقض قاعده منع تحصیل دلیل تلقی می‌شد و دادرسان، تحت نفوذ معنوی اصل بی‌طرفی و به دلیل بیم خروج از این اصل و محکومیت انتظامی، رغبت کم‌تری در استفاده از شیوه تحقیقی نشان می‌دادند و ترجیح می‌دادند به دلایل قانونی که طرفین ارائه می‌کردند پایبند باشند. حتی تحقیقاتی را که قسمت دوم ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم مورد اشاره قرار داده است، تصریحی و شامل تحقیقاتی می‌دانستند

که در اکثر موارد باید بنا به درخواست اصحاب دعوا انجام شوند. مگر در مواردی نظیر معاینه محل و کارشناسی که خصیصه ویژه خود را دارند و به اذن و تجویز قانون‌گذار، دادرسی حق دارد رأساً آنها را اعمال کند.

۲-۱. مبانی انفعال‌گرایی دادگاه

برای آنکه به‌کارگیری ادله و ارائه و استناد بدان‌ها را حق و تکلیف اصحاب دعوا بدانیم و دادرسی را ملزم بدانیم که در خصوص دادرسی، یک عضو غیرفعال و منفعل بوده و پای‌بند دلایل و خواسته اصحاب دعوا باشد، لازم است به ادله‌ای چند استناد کنیم که به عنوان مبانی انفعال‌گرایی دادگاه قابل توجه می‌باشند.

۱-۲-۱. اصل حاکمیت اصحاب دعوا

اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی، یکی از اصول راهبری دادرسی مدنی است. این اصل در واقع به معنای حاکمیت ارادی اصحاب دعوی مدنی است و این اراده در قالب درخواست‌های آنها تجلی می‌یابد. به عبارت دیگر؛ منظور از اصل حاکمیت اصحاب دعوا این است که چون طرفین بر موضوع دعوا تسلط دارند، قدرت تعیین عناصر ادله در اختیار آنهاست. بنابراین دادگاه برای جست‌وجو و یافتن دلیل صلاحیتی ندارد. مگر آنکه هر یک از اصحاب دعوا با رعایت شرایط قانونی، این امر را از دادگاه درخواست کند. البته اصل حاکمیت اصحاب دعوا، تنها امور ترافعی را دربرمی‌گیرد. زیرا در امور حسبی علاوه بر اصحاب دعوا، دادگاه نیز می‌تواند بنا بر پاره‌ای ملاحظات اجتماعی یا در جهت حمایت از محجورین، رأساً اقداماتی را انجام دهد و در این خصوص، علاوه بر دلایل عادی که اصحاب دعوا اقامه می‌کنند، خود نیز در جهت کشف حقیقت، از دلایل تحقیقی که لازمه احراز امور موضوعی هستند استفاده کند. اصل حاکمیت اصحاب دعوا، شبیه اصل سیادت اصحاب دعوا یا اصل اداره و کنترل اصحاب دعوا در فرانسه است و در اصول آیین دادرسی مدنی فراملی نیز، تحت عنوان «ابتکار هر طرف و قلمرو دادرسی» آورده شده است که طبق آن؛ حق طرح دعوا و ختم آن، همچنین حق هدایت دعوا با طرفین می‌باشد.

طبق نظریه مرسوم؛ در امور مدنی دادرسی مأمور کشف واقع نیست. بلکه در پی

اجرای عدالت است، اما با چراغی که طرفین بر سر راهش نهاده‌اند. تحصیل دلیل برای او ممنوع است و در هر حال، پای‌بند خواسته و دلایل اصحاب دعوا می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ص. ۴۳). از آنجا که بر مبنای اصول سنتی حقوقی ما؛ دادرس نمی‌تواند دلایلی را به سود یکی از طرفین، در جهت روشن شدن جریان دعوا مورد جست‌وجو قرار دهد، جریان دعوا را به طرفین واگذار می‌نماید و همین امر، به معنای حاکمیت طرفین دعوا بر آن خواهد بود.

۱-۲-۲. اصل بی‌طرفی دادرس

در تمام سیستم‌های حقوقی جهان پذیرفته شده است که دادرس دادگاه باید نسبت به طرفین دعوا بی‌طرف باشد و به نحوی رفتار نماید که اصحاب دعوا واقعاً بی‌طرفی او را به عینه ملاحظه نمایند (مدنی، ۱۳۸۴، ص. ۱۴). از آنجا که اثبات وقایع مؤثر در دعوا با دو طرف است، عدالت ایجاب می‌کند که دادرس در این زمینه بی‌طرف باشد. به عبارت دیگر؛ بی‌طرفی لازمه تقوای دادرس در حق‌گذاری است. منتهی باید اضافه کرد؛ بی‌طرفی در صورتی فضیلت است که نسبت به شخصیت و مقام و اوصاف دو طرف باشد، نه چیرگی ظلم بر عدل و نباید آن را با بی‌تفاوتی اشتباه کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ص. ۴۲). این تحلیل از بی‌طرفی، با منطقی و عدالت نیز سازگارتر است و کشف حقیقت را نباید فدای یک بی‌طرفی کامل کرد. بلکه باید در تعیین محدوده‌ی بی‌طرفی نیز عدالت را در نظر گرفت.

به تعبیر دیگر می‌توان گفت؛ بی‌طرفی به معنای بی‌نظری نیست. طبعاً دادرس یا هر تصمیم‌گیرنده در پرونده، پس از ورود در پرونده ولو به صورت موقت، به حکم طبیعت انسانی خود نسبت به وضعیت قضائی پرونده اتخاذ نظر می‌کند. مهم این است که مبنای و محور اقدامات یا تصمیمات قضایی، کشف حقیقت یا اجرای عدالت باشد، نه اثبات این نظر ابتدایی، یا تأمین منافع و تضمین حقوق یکی از طرفین در مقابل دیگری. لذا اگر کشف حقیقت یا اجرای عدالت، منجر به طرفداری از یکی از طرفین گردد، این امر نقض بی‌طرفی محسوب نمی‌شود. مهم این است که دادرس، بر نظر خود که طبیعتاً به تأمین منافع یا تضمین حقوق یکی از طرفین منتهی می‌شود، در برابر استدلال‌های قانونی و معقول و در عین حال مخالف نظرش ایستادگی نکنند. بلکه از هر گونه

استدلال مخالف و جدید که نظر به درستی آن دارد استقبال کند و در برابر آن از نظر اولیهی خود دست بکشد. در دادرسی بی طرفانه، صرف التزام یا تقید به نظر موافق با منافع یکی از طرفین، بدون التزام یا تقید به حقیقت و عدالت، نقض بی طرفی است؛ به این معنا که اگر از یک نظر خاص، صرفاً به این دلیل حمایت شود که موافق با منافع یکی از طرفین است، نه از این جهت که مطابق با حقیقت و قانون است، در این صورت بی طرفی نقض شده است (ناجی زواره، ۱۳۸۹، ص. ۳۴). در حقوق ایران نیز، این امر در مواد مختلفی به چشم می خورد. از جمله ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی جدید، در ذیل ایرادات رد دادرس مواردی را برشمرده است که گمان نقض بی طرفی را ایجاد می کنند. این قانون نیز بین بی طرفی و بی نظری تفکیک قائل شده است و صرفاً عدم تبعیض نسبت به شخصیت طرفین را بی طرفی محسوب کرده است.

۱-۲-۳. قاعده منع تلقین دلیل

تلقین دلیل به این معنی است که دادرس، دلایلی را که می توانند در سرنوشت دعوا مؤثر باشند به طرفین تلقین نماید، یا دلایلی را رأساً مستند دعوا قرار دهد؛ به این صورت که دادرس در دهان اصحاب دعوا یا گواهان مطلبی بگذارد (نوجوان، ۱۳۸۹، ص. ۱۰۵). تلقین دلیل در مواردی به تصریح ممنوع گردیده است که ممکن است اختلاف برانگیز باشد. برای مثال؛ برخی از فقها تلقین شهادت را برای دادرس ممنوع کرده اند؛ به این معنا که اگر دادرس به گواه بگوید آیا به این مطلب که می گویم گواهی می دهی؟ این را برخی از فقها تلقین شهادت تفسیر کرده و ممنوع دانسته اند (پوراستاد، ۱۳۹۱، ص. ۶۶). اصل «لزوم رعایت مساوات بین اصحاب دعوا و بی طرفی دادرس»، تا حدود زیادی می تواند حکم ممنوع بودن تلقین دلیل به یکی از اصحاب دعوا را توجیه کند. زیرا چنانچه دادرس یکی از طرفین را راهنمایی کند یا دلایلی را به او ارائه کند، اصل تسویه و بی طرفی را مراعات ننموده است. اما در قاعده منع تلقین دلیل، مسئله اعم از فرض مذکور است. زیرا اگر دادرس تساوی را رعایت کند و راه اقامه دلیل و دفاع را به هر دو طرف نشان دهد، باز هم مرتکب عمل حرامی شده است. فقها در استدلال بر این حکم اظهار می دارند؛ دادرس برای بستن باب نزاع و مخاصمه به این سبب منصوب شده است و ارشاد و ترغیب طرفین دعوا به چگونگی احتجاج علیه یکدیگر، موجب استمرار کشمکش و نزاع

می‌شود و با فلسفه نصب دادرس منافات دارد. بنابراین دادرس باید در حدود آنچه بیان شده و ابراز گردیده است قضاوت کند (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ص. ۲۴۱). به اتفاق همه فقها اعم از شیعه و سنی، تلقین دلیل جایز نیست و دادرس به هیچ‌وجه اجازه ندارد راه استدلال را به یکی از اصحاب دعوا یا هر دوی آنان نشان دهد، که به نظر می‌رسد ممنوعیت شایسته‌ای باشد و کمک دادرس در تهاجم بیشتر طرفین نسبت به هم، دور از شأن شغلی او باشد.

برخی از فقها تلقین تحریر را نیز در مفهوم تلقین دلیل به کار برده‌اند. یکی از شرایط استماع دعوا این است که دعوا به نحو منجز و معلوم طرح شده باشد و خواسته به صورت روشن و صریح بیان گردد. حال اگر چنین عملی از سوی خواهان به عمل نیاید، در اینکه دادرس بتواند طرح دعوی صحیح را به او یاد دهد و رفع ابهام نماید، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۱۱۷). همچنین در مواردی که دعوی خواهان به صورت منجز و صریح بوده، ولی در انتخاب آن دچار اشتباه شده باشد، برخی از فقها هدایت خواهان به دعوی صحیح یعنی تلقین تحریر را در مفهوم تلقین دلیل بحث نموده‌اند، ولی به اعتقاد بعضی از مؤلفان؛ حرمت تلقین تحریر معلوم نیست. صاحب جواهر در این خصوص دو نظر مختلف ارائه داده و نهایتاً قائل به جواز گردیده است. به هر حال دادرس دادگاه برای اینکه تحریر دعوا به طور شایسته صورت گیرد، می‌تواند پرسش‌هایی از خواهان کند و به نظر می‌رسد تلقین تحریر منعی نداشته باشد (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص. ۱۴۱). تفکیکی که برخی از فقها بین تلقین دلیل و تلقین تحریر قائل شده‌اند، تفکیک شایسته‌ای می‌باشد و با عدالت حقوقی نیز سازگارتر است. پس از طرح دعوا به اختیار شخص، جواز آموزش طرح و پیشبرد دعوا به صورت قانونی و صحیح، دربرگیرنده زیان برای هیچ‌یک از طرفین دعوا نیست و دادرس را در معرض اتهام قرار نمی‌دهد. چه بسا یکی از طرفین محق باشد، اما به دلیل نداشتن اطلاعات حقوقی، نتواند نوع دعوا را به طور صحیح انتخاب کند یا دعوا را به شیوه صحیحی پیش ببرد. در نتیجه نتواند حق مسلم خود را به اثبات برساند و طرف مقابل نیز به راحتی از این اشتباه بهره‌مند گردد. دعوا طرح شده است و طبیعی است که خارج کردن هر یک از طرفین دعوا از اشتباه و ممانعت از بهره‌مندی ناحق طرف مقابل، منافاتی با عدالت حقوقی ندارد. اما اگر دخالت دادرس به گونه‌ای باشد که مطلبی را که اطلاعاتی از صحت یا عدم

صحت آن ندارد به یکی از طرفین یا شهود تلقین کند، به طوری که تصور نادرست وجود یا وقوع امری برای آنها ایجاد گردد، یا طرفین را برای احتجاج بیشتر علیه همدیگر تحریک کرده و مخاصمه را طولانی‌تر کند، طبیعی است که دادرس در معرض اتهام قرار می‌گیرد و عدالت حقوقی نیز زیر سؤال می‌رود.

۱-۲-۴. قاعده منع تحصیل دلیل

قاعده‌ای که در فقه، بیشتر با تعبیر «قاعده منع تلقین دلیل» مورد بررسی قرار می‌گیرد، در حقوق با تعبیر «قاعده منع تحصیل دلیل» مورد بحث واقع می‌شود. یکی از حقوق‌دانان در این خصوص اظهار می‌دارد؛ اگر خواهان دلیلی را که ارائه آن از وظایف اوست به دادگاه ارائه نکند و دادرس همان دلیلی را که اقامه آن از وظایف خواهان است، بی‌درنگ به نفع او مستند رسیدگی قرار دهد، عمل دادرس را در این وضع تحصیل دلیل گویند و این اعم از تلقین دلیل مصطلح در کتب فقه است. استناد به مواد قانون و نظامات و اجرای اصول عملی و امارات قضائی و قانونی و عرفی در مسیر اعمال ادله خواهان، تحصیل دلیل نمی‌باشد. پس بنیاد رسیدگی بر ادله خواهان است، اما کیفیت کاربرد دلیل و استنتاج از آن با قاضی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص. ۴۴۶). بنابراین گرچه ملاک ممنوعیت در هر دو مورد یکسان و رعایت بی‌طرفی دادرس است، ولی رابطه تلقین دلیل و تحصیل دلیل؛ رابطه عموم و خصوص مطلق است.

واژه تحصیل دلیل، نه تنها در ادبیات حقوقی غرب و عرب، بلکه حتی در فقه اسلامی هم سابقه ندارد. این اصطلاح نخستین بار در ماده ۵۷ قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۲۹۰، سپس در ماده ۶۳ قانون تسریع محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۰۹ پیش‌بینی شد. با وجود این، در ادبیات حقوقی که بلافاصله پس از تصویب قوانین مزبور نوشته شده‌اند؛ نظیر کتاب «دستور در محاکم حقوقی» تألیف دکتر محمد مصدق، یا کتاب «اصول محاکمات حقوقی» تألیف میرزا محمد بروجردی عبده، نه تنها مواد فوق تفسیر نشده‌اند، بلکه حتی اشاره‌ای به قاعده منع تحصیل دلیل نشده است. به نظر می‌رسد این قاعده از زمان ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم به این نام مشهور شده است (پورااستاد، ۱۳۸۹، صص. ۱۰۰-۱۰۱). در فقه در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد. اما گفته شده است که چون تلقین دلیل یعنی راهنمایی هر یک از اصحاب دعوا در استناد به

دلیل، از سوی دادرس ممنوع است (حتی بر آن ادعای اجماع شده است)، به طریق اولی تحصیل دلیل نیز مجاز نمی‌باشد و تفاوتی بین دعاوی حقوقی و جزایی در این خصوص وجود ندارد (سنگلجی، ۱۳۶۹، ص. ۶۴). به طور کلی، این انتظار که دادرس بی‌طرفانه دادرسی را انجام دهد و صرفاً بنا بر ادله مطروحه قضاوت کند وجود دارد. این انتظار که تا حدودی معقول است، این تمایل را که دادرس به عنوان مقامی است که تنها به بررسی ادله می‌پردازد و در حدود ادله ابرازی قضاوت می‌کند، به عنوان یک حق که طرفین دادرسی برای خود در نظر گرفته‌اند درآورده است. در این میان، سابقه تاریخی قانون‌گذاری هم نشان می‌دهد که قانون‌گذار نیز از این اندیشه حمایت کرده است. همچنان که ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم نیز، بر مبنای همین اندیشه تصویب شده بود.

۱-۲-۵. قاعده البینه علی من ادعی

از جمله قواعد فقهی مهم و مشهور در باب قضا که مورد عمل رسول اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) و ائمه معصومین (علیهم‌السلام) و قضات اسلامی در طی اعصار و قرون بوده است و همه فرقه‌های اسلامی آن را پذیرفته‌اند؛ «قاعده البینه علی من ادعی» می‌باشد. این قاعده اکنون در ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی و ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی جدید، صریحاً منصوص شده است. بر پایه قاعده بینه؛ هر کس مدعی حقی است، باید ادعای خود را اثبات نماید و تفاوتی ندارد که خواهان یا خواننده دعوا باشد. بنابراین فراهم آوردن و ارائه دلیل بر عهده مدعی است. یا به تعبیر دیگر؛ بار اثبات بر دوش مدعی می‌باشد و دادگاه نباید در این امر دخالت کند. اثبات حق به احراز واقعای بستگی دارد که مدعی باید برای احراز آن دلیل بیاورد. اوست که باید ادعایی را که کرده است، با ادله از پیش تعیین شده ثابت نماید.

قاعده بینه، از جمله موضوعاتی می‌باشد که در قانون مجازات اسلامی آمده است و از قواعد فقهی منصوص محسوب می‌شود. مراد از منصوص این است که قاعده مذکور، مستند به روایات است و از قواعد اصطیادی محسوب نمی‌شود. ابن ابی‌جمهور؛ مؤلف کتاب عوالی الآلی، از نبی اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) نقل می‌کند که آن حضرت فرمود: «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر». عبارت این روایت از آنجا که مشتمل بر مفاد

قاعده است، از ناحیه فقیهان به عنوان قاعده بینه شناخته شده است. روایات دیگری نیز از معصومان (علیهم‌السلام) نقل شده‌اند که بر این قاعده دلالت دارند. چنانچه از رسول اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) نقل شده است که فرمود: «البینه فی الاموال علی المدعی و الیمین علی المدعی‌علیه». همچنین از امام صادق (علیه‌السلام) نقل شده است که فرمود: «در اثبات تمامی حقوق، مدعی باید بینه بیاورد و سوگند بر عهده مدعی‌علیه می‌باشد. مگر در خون که با قسامه مدعی اثبات می‌شود». شمول و اطلاق روایات یادشده و دیگر روایات، ایجاب می‌نماید که قاعده مذکور، در تمام دعاوی از جمله دعاوی خانوادگی مبنای حل و فصل دعاوی قرار گیرد.

نه تنها فقیهان امامیه بلکه تمام فقهای اسلامی، بر مفاد قاعده بینه اجماع و اتفاق نظر دارند. اتفاق مذکور، موجب قطع به صدور روایت از ناحیه نبی اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) می‌باشد. قاعده بینه، پایه اصلی قاعده منع تحصیل دلیل می‌باشد و حاکم بر تمام ابواب منازعات است. اما با همه فراگیری آن، مواردی مانند قسامه از این قاعده خارج شده‌اند. قاعده بینه در حال حاضر در نظام‌های حقوقی معتبر دنیا از جمله نظام حقوقی رومی - ژرمنی اجرا می‌شود. این قاعده در ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی فرانسه نیز با عنوان بار اثبات مورد تصریح قرار گرفته است.

۲. فعال‌گرایی دادگاه

طبق تفکر فعال‌گرایی دادگاه؛ دادرسی نباید صرفاً به دلایلی که طرفین دعوا ارائه می‌دهند اکتفا کرده و بر مبنای آن دلایل حکم صادر کند. بلکه خود نیز باید در جست‌وجوی دلیل و کشف حقیقت باشد. جست‌وجو و تهیه‌ی دلیل از سوی دادرسی به جای خواهان، همان «تحصیل دلیل» است که در نظام‌های حقوقی مختلف، حسب مورد ممنوع یا تا حدودی مجاز است.

در مقابل نظام‌های حقوقی متأثر از مکتب لیبرالیسم که دادن نقش فعال و پرتحرک به دادرسی را در جمع‌آوری ادله مردود می‌دانند، نظام‌های حقوقی متأثر از مکتب سوسیالیسم که خطوط اصلی دادرسی تفتیشی را پذیرفته‌اند، دادن نقش فعال و پرتحرک به دادرسی را در جمع‌آوری ادله لازم می‌دانند. زیرا بر این باورند که از یک‌سو، دادرسی باید نابرابری اصحاب دعوا را در اثبات ادعای آنها جبران کند و از سوی دیگر، آنچه اعتبار دستگاه

قضائی را مخدوش می‌نماید، دخالت فعال‌گونه دادرس در دستیابی به دلیل نیست، بلکه صدور رأی بر خلاف حقیقت است. این نظام‌های حقوقی معتقدند؛ انفعال قاضی در جمع‌آوری ادله و اکتفا کردن به ادله‌ای که طرفین تهیه و ارائه کرده‌اند، موجب پیروزی طرفی می‌شود که اگرچه الزاماً حق نمی‌گوید، اما توانایی و تبحر بیشتری در تهیه و ارائه ادله و استناد به آنها را داشته است که این با اجرای عدالت در دادرسی‌ها سازگار نیست.

۲-۱. سیری تاریخی در تفکر فعال‌گرایی دادگاه

همان‌طور که پیش از این نیز ذکر شد، ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم مصوب ۱۳۱۸ چنین مقرر کرده است: «هیچ دادگاهی نباید برای اصحاب دعوا تحصیل دلیل کند. بلکه فقط به دلایلی که اصحاب دعوا تقدیم یا اظهار کرده‌اند رسیدگی می‌کند. تحقیقاتی که دادگاه برای کشف امری در خلال دادرسی لازم بداند، از معاینه محل و تحقیق از گواه‌ها و مسجّلین اسناد و ملاحظه پرونده مربوط به دادرسی و امثال اینها، تحصیل دلیل نیستند». اما با تأمل روشن می‌گردد که تحقیقات اشاره‌شده در قسمت دوم این ماده، جنبه تمثیلی دارند و به عنوان قیودی آمده‌اند که اطلاق صدر قاعده را تقیید می‌کنند. چنانکه قرائن نظیر اینها همواره پذیرفته شده‌اند. بنابراین دادگاه مجاز به هر گونه تحقیقی بوده است، به استثنای تحقیق از خود اصحاب دعوا. زیرا مقررات مربوط به آن در قانون پیش‌بینی نشده بود.

همچنین ماده ۸ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶ مقرر کرده است: «در رسیدگی به کلیه دعاوی حقوقی، ارزش و مؤعد اقامه دلایل برای اصحاب دعوا، همان است که در قانون آیین دادرسی مدنی پیش‌بینی شده است. اما دادگاه می‌تواند هر گونه تحقیق یا اقدامی را برای کشف واقع به عمل آورد. در مواردی که بر دادگاه معلوم باشد استناد یا تقاضای یکی از طرفین مؤثر در اثبات ادعا نیست، دادگاه می‌تواند با استدلال از ترتیب اثر دادن به آن خودداری کند».

سپس ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی جدید مصوب ۱۳۷۹ چنین مقرر کرد: «در کلیه امور حقوقی، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا، هر گونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد انجام خواهد داد». در نتیجه این ماده، هر گونه تحقیق لازم برای کشف حقیقت را مجاز اعلام کرد و یکی از این تحقیقات،

تحقیق از خود اصحاب دعوا از طریق حضور شخصی ایشان است.

مرحوم دکتر متین دفتری (۱۳۹۱) نیز، پس از اینکه تلاش نویسندگان قانون آیین دادرسی مدنی جدید مصوب ۱۳۷۹ را برای کم کردن تأثیر لیبرالیسم در این قانون ذکر می‌کند و این موضوع را که حل اختلاف واقعی نباید فدای شکل‌گرایی گردد مورد انتقاد قرار می‌دهد، اشاره می‌کند که نویسندگان لایحه اصلاح قانون آیین دادرسی مدنی، خواسته‌اند از اصول کهنه لیبرالیسم خارج شوند و به محاکم قدرتی بیش از پیش برای تسریع در رسیدگی بدهند و معتقدند؛ بهتر است که تندی اصل مندرج در ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم که از اصول لیبرالیسم است، با کندی مقررات قبل از آن آشتی داده شود و تندی‌هایی که ممکن است کشف حقیقت را مانع شوند تعدیل گردند.

در پاره‌ای از مواد قانون آیین دادرسی مدنی جدید، به دادگاه اختیار داده شده است که در موارد لازم از اصحاب دعوا أخذ توضیح نماید. این اجازه، ناظر به توضیحاتی است که پیرامون اظهارات و دلایل ابرازی خود اصحاب دعوا، به منظور رفع اجمال و ابهام از آنها أخذ می‌شود. اما یک دادرسی مشتاق به ایفای نقش فعال، ممکن است وسوسه شود و صرفاً نسبت به یک چنین توضیحی التزام نداشته باشد. بلکه از اصحاب دعوا درخواست کند که توضیحاتی در خصوص وقایع و امور موضوعی دیگر نیز ارائه دهند که توسط آنها طرح نشده و مورد مذاکره قرار نگرفته است. چنین دادرسی، طرفین را با پرسش و پاسخ ترغیب می‌نماید که این امور موضوعی را نیز به بحث و مذاکره گذارند.

اگرچه مقررات راجع به حضور شخصی اصحاب دعوا به منظور استجواب از ایشان، آن‌گونه که در قوانین سایر کشورها به طور دقیق و مشروح پیش‌بینی شده‌اند، در آیین دادرسی مدنی ایران تبیین نشده‌اند، اما رفتار عملی محاکم و به ویژه آرای که دیوان عالی کشور به عنوان نظارت بر رفتار دادگاه‌های تالی صادر کرده است، دلالت بر آن دارند که این مراجع با استفاده از حداقل متون قانونی که در اختیارشان قرار دارد، در توسل به این شیوه‌ی تحقیق از خود اشتیاق نشان داده‌اند و آن را ابزاری مؤثر جهت کشف حقیقت تلقی نموده‌اند (پوراستاد، ۱۳۸۵، ص. ۱۵۴). در دادرسی‌های کیفری، استنطاق یا بازجویی، به طور سنتی تدبیری رایج و شناخته‌شده و مؤثر جهت کشف حقیقت و اجرای عدالت کیفری بوده است و از زمان‌های گذشته تا کنون، به لحاظ پیوند مستحکم امور کیفری با

نظم عمومی، در سودمندی این شیوه تحقیقی هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای وجود ندارد. اما استجواب یا بازجویی مدنی، از جایگاه مستحکم مشابهی برخوردار نبوده است. در واقع به طور سنتی، دادرسی‌های مدنی که مبتنی بر «نظام اتهامی» بوده‌اند، از شیوه «دلایل قانونی» پیروی می‌کرده‌اند و در این شیوه، بیشتر تأکید بر دلایل عادی بوده است تا تدابیر تحقیقی. هر چند که به تدریج به لحاظ تحولات اجتماعی و ناکارآمدی استناد صرف به دلایل عادی در کشف حقیقت، به برخی تدابیر تحقیقی (نظیر معاینه محل، تحقیق محلی و کارشناسی) در نظام دادرسی مدنی توجه شد، اما برخی موانع موجب شده بود که دادرسان مدنی، علی‌رغم اشتیاق درونی در استفاده از ابزار بازجویی مدنی از طریق پرسش و پاسخ و با وجود کارآمدی آن در کشف حقیقت، در عمل از آن اعراض نمایند.

۲-۲. مبانی فعال‌گرایی دادگاه

برای آنکه دادرس را محق بدانیم که در فرایند رسیدگی، غیر از اصحاب دعوا خود نیز جنبه فعال داشته باشد و صرفاً یک عضو غیرفعال و منفعل نباشد، لازم است به ادله‌ای چند استناد کنیم که به عنوان مبانی فعال‌گرایی دادگاه قابل توجه می‌باشند.

۲-۲-۱. اصل تعاون

به نظر می‌رسد نظریه همکاری میان دادرس و طرفین، ارمغان اعتدال و برابری در توزیع نقش‌های طرفین و دادرس می‌باشد که از عدالت فردی صرف گذشته است و به سمت عدالت و حقیقت جمعی حرکت می‌کند. عدالت و حقیقتی که محصول همکاری است. مرز همکاری کردن دادرس و اصحاب دعوا نیز در تعادل نهفته است. اما در خصوص اینکه تعادل چگونه خاستگاه همکاری شده است، باید تأکید شود که با توجه به سنت‌های مرسوم در نظام‌های حقوقی، ریشه آن در اعتقاد به خدمت عمومی محسوب شدن دادگستری و خصوصی بودن دعوا، تلاش برای از بین بردن وضعیت ناشی از عدم قطعیت حقوقی و سرانجام موقعیت برابر اصحاب دعوا و دادرس در این کار قرار دارد (محسنی، ۱۳۹۲، ص. ۱۰۲). اگرچه از منظر حقوق بنیادین، نظریه همکاری طرفین و دادرس، بی‌ارتباط با نظریه «تضمین مشارکت برابر متداعین در دادرسی» نیست و در جهت تبیین آن می‌تواند مورد توجه قرار گیرد، اما به نظر می‌رسد ریشه و خاستگاه نظریه

همکاری طرفین و دادرسی مدنی را باید در تحول مفهوم دادرسی مدنی و حرکت آن به سمت تعادل نقش‌های دادرسی و اصحاب دعوا در جهت اجرای عدالت و حقیقت جست‌وجو کرد.

با وجود این ارتباط، فیلسوفان حقوق دادرسی درباره مفهوم مشارکت برابر اصحاب دعوا و دادرسی اختلاف‌نظر دارند و تفسیرها و گفتمان‌هایی را برای شناخت آن مطرح کرده‌اند. این تفسیرها و به ویژه گفتمان‌ها، اگرچه می‌توانند عاملی برای ارتباط با نظریه همکاری طرفین و دادرسی باشند، اما این نظریه راهکار آیین دادرسی مدنی است که با توجه به تحولات حقوق دادرسی مدنی مطرح می‌شود. همچنان که ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی نیز که پیشتر ذکر شد، به موازات ارائه دلیل توسط اصحاب دعوا، امکان اقدامات تحقیقاتی را برای دادرسی نیز در نظر گرفته است، تا دادرسی بتواند اصحاب دعوا را در کشف حقیقت کمک کند و بخشی از بار اثبات را به دوش کشد.

۲-۲-۲. اصل آزادی ارزیابی دلیل

معیار اثبات در دعاوی کیفری، در کشورهایی که حقوق آنها مبتنی بر سیستم رومی ژرمنی است، قناعت وجدان دادرسی می‌باشد که از آن به آزادی ارزیابی ادله نیز تعبیر می‌شود. به موجب اصل آزادی ارزیابی دلیل؛ دادرسی برای صدور حکم و تصمیم‌گیری نهایی، در تحلیل و تعیین ارزش اثباتی هر یک از ادله ارائه‌شده آزاد است. در کمال آزادی، ارزش ادله اثباتی را سنجش و ارزیابی می‌کند و در صورت حصول اقتناع وجدانی رأی خواهد داد. در خصوص معیار اثباتی، میان امور حقوقی و کیفری تفاوت وجود دارد. اقتناع دادرسی حقوقی، می‌بایست صرفاً از دلایل احصاشده در قانون ارائه‌شده به وی حاصل گردد. همچنین هر گاه امر ادعایی از اموری باشد که به موجب قانون، اثبات آن مستلزم ارائه دلیل ویژه‌ای باشد، تنها در صورت ارائه آن دلیل است که وجدان دادرسی قانوناً می‌تواند و می‌بایست اقتناع گردد. این در حالی است که قناعت وجدان دادرسی در امور کیفری، می‌تواند مبتنی بر هر دلیلی باشد. چرا که در امور کیفری ادله احصا نمی‌شوند. در نظام اقتناع وجدانی دادرسی، در خصوص امور کیفری دلایل همگی طریقییت دارند، نه موضوعیت. هر دلیلی ارزشی برابر با سایر ادله می‌تواند داشته باشد و بنابراین شهادت ارزشی افزون بر کارشناسی، یا دلیل کتبی الزاماً رجحانی بر دلیل شفاهی ندارد و حتی

ممکن است دلیل شفاهی بر دلیل کتبی ترجیح داده شود. در این نظام، اقرار ملکه دلایل تلقی نمی‌گردد. دیوان عالی کشور ایران، در یکی از آرای قدیمی خود به این امر تصریح کرده است: «در امور جزایی اعتراف متهم طریقت دارد و اگر دادگاه به ملاحظه قرائن و امارات دیگر، اقرار متهم را از دلایل خارج نماید، موجب شکستن حکم نمی‌باشد». به این ترتیب، ارزش اثباتی دلایل هرگز از پیش و از سوی قانون‌گذار تعیین نخواهد گشت. ارائه تعریفی دقیق از مفهوم اقناع وجدانی دادرس ساده نیست. با این حال می‌توان گفت که اقناع وجدانی دادرس، محصول ارزیابی و سنجش دلایل و شرایط و اوضاع و احوال پرونده است. در واقع اقناع وجدانی، یک نتیجه‌گیری پیچیده است که مجموعه شرایط و اوضاع و احوال پرونده، دادرس را به سوی آن سوق می‌دهد.

در عین حال با وجود آزادی ارزیابی دلیل در دادرسی کیفری، قیود و محدودیت‌هایی نیز وجود دارند که الزاماً می‌بایست رعایت گردند. در واقع آزادی دادرس در ارزیابی ادله نیز تابع اصول و قواعد خاصی است که گستره اصل آزادی ارزیابی دلایل را ترسیم می‌نمایند. وجود این حد و مرزها و محدودیت‌ها، در راستای پیشگیری از استبداد قضائی دادرس و حمایت از حقوق فردی اعضای جامعه ضروری است. برای مثال؛ دادرس نمی‌تواند اقناع خود را از دلیلی همچون اقرار حاصل از شکنجه تحصیل نماید. اهمیت این معیار اثباتی به خصوص در دعاوی کیفری که با جان، مال، حیثیت و آزادی رفت و آمد افراد در ارتباط هستند، ضرورت تحلیل دقیق این معیار را آشکار می‌سازد.

ضروری است در خصوص آزادی ارزیابی ادله و اقناع وجدانی دادرس، بین ادله تحمیلی و غیر تحمیلی قائل به تفکیک شد. غالباً در توضیح ادله تحمیلی گفته می‌شود که این ادله برای دادرس الزام‌آورند. خواه دادرس نسبت به مدلول آن‌ها قانع شود یا نشود. در واقع حتی اگر دادرس باور و اعتقادی مغایر با آنچه که دلیل نشان می‌دهد داشته باشد، مفاد دلیل بر باور او تحمیل می‌شود. برای مثال؛ اگر در دعوایی اقرار یا سند رسمی بر وجود مقداری دین دلالت کند، اما دادرس مفاد چنین دلیلی را باور نکند، مدلول سند یا اقرار صرف‌نظر از باور دادرس، مبنای صدور رأی قرار خواهد گرفت. اگرچه اصولاً ایجاد باور و اقناع درونی دادرس نسبت به مفاد دلیل، امری ضروری برای صدور رأی محسوب می‌شود، اما در خصوص ادله تحمیلی، به وجود آمدن چنین باوری لازم نیست و در هر صورت باید به مفاد و محتوای دلیل عمل کرد. به تعبیر فقهی می‌توان گفت؛ این ادله

واجد جنبه موضوعیت می‌باشند و دلالت آنها متبع است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۱، صص. ۵۶۱-۵۹۷). ادله تحمیلی شامل اقرار، سند کتبی و سوگند می‌باشند. ادله غیرتحمیلی ادله‌ای هستند که بر خلاف ادله تحمیلی بر دادرس تحمیل نمی‌شوند و اعتبار آنها بسته به نظر دادرس است. ادله غیرتحمیلی شامل کارشناسی، تحقیقات محلی و شهادت شهود می‌باشند.

آزادی ارزیابی ادله در حقوق انگلستان نیز پذیرفته شده است. در واقع آنچه که در حقوق انگلیس از آن به «اثبات فراتر از شک معقول» تعبیر می‌شود، همان اصل اقتناع وجدان دادرس یا اصل آزادی ارزیابی ادله است. این قاعده که به موجب آن جامعه باید تقصیر فردی را که متهم به برهم زدن نظم عمومی است، فراتر از شک معقول اثبات نماید، ریشه در اصل براءت دارد و در انگلستان در اثنای قرن ۱۸، با هدف حمایت از افراد، علیه سوءاستفاده‌های قدرت عمومی شکل گرفته است. در واقع در یک پرونده کیفری، حقوق متهم به آن اندازه اهمیت دارد که از سوی این معیار اثباتی که برای کاهش احتمال صدور یک رأی اشتباه طراحی شده است حمایت می‌گردد. در حقیقت در اجرای عدالت کیفری، این جامعه است که ریسک اشتباه را می‌پذیرد. علی‌رغم وجود ریشه تاریخی برای این اصل، در حقوق انگلستان تعریف روشنی از آن ارائه نشده است و این اصل به یکی از حوزه‌های سؤال‌برانگیز و مبهم در حقوق این کشور تبدیل شده است (حیدری، ۱۳۹۲، ص. ۵۹). با پذیرش اصل براءت، نظام «اقتناع وجدانی دادرس» یا «دلایل معنوی»، به تدریج جایگزین نظام ادله‌ی قانونی شد. این نظام، نخست در فرانسه، سپس در آلمان، ایتالیا و بلژیک مورد قبول واقع شد و از آنجا به نظام حقوقی کشورهای که تحت تأثیر حقوق فرانسه قرار گرفته بودند تسری یافت.

۲-۲-۳. اصل برتری اجتماع

از منظر حقوقی، تفکر فعال‌گرایی دادگاه، توشه و رهاورد اندیشه مکتب اصالت اجتماع است و بر این مفهوم استوار می‌باشد که در دادرسی مدنی، آنچه مهم است مصالح اجتماعی است، نه منافع شخصی اصحاب دعوای مدنی. واگذاری همه امور دادرسی مدنی به اراده و خواست اصحاب دعوا، به ویژه وقتی که طرفین از امکانات برابر برخوردار نباشند، نادیده انگاشتن عدالت است و در نتیجه به نیروی سومی نیاز است که

توازن و تعادل را میان اصحاب دعوا برقرار کند. برای تحقق این مقصود، چنین اندیشه شده است که دادگاه به عنوان نماینده قوه اجتماعی، باید از سکون خارج گردد و نقش فعالی را در دادرسی به عهده گیرد.

حقیقت این است که فعال‌گرایی دادگاه، به لحاظ ضرورت و نیازهای اجتماعی و در نتیجه نفوذ و رواج آن، خود تبدیل به یک قاعده شده است، اما قاعده‌ای که اعمال آن منوط به تحقق شرایطی می‌باشد. بدیهی است در صورت تحقق این شرایط است که نوبت به فعال‌گرایی دادگاه مدنی می‌رسد و به این منظور، نه تنها از اقدامات لازم برای کشف حقیقت، بلکه از هر گونه دلیل تحقیقی نیز می‌تواند استفاده کند (پوراستاد، ۱۳۹۱، ص. ۹۸). با وجود این نباید چنین پنداشت که ایفای چنین نقشی از سوی دادگاه، به مفهوم سلب اراده و حاکمیت اصحاب دعوی مدنی است. بلکه دخالت این نیروی اجتماعی، به موازات اراده و خواست اصحاب دعوا می‌باشد. همچنان که در امور حسبی علاوه بر اصحاب دعوا، دادگاه نیز می‌تواند بنا بر پاره‌ای ملاحظات اجتماعی یا در جهت حمایت از محجورین، رأساً اقداماتی را انجام دهد و در این خصوص، علاوه بر دلایل عادی که اصحاب دعوا اقامه می‌کنند، خود نیز در جهت کشف حقیقت، از دلایل تحقیقی که لازمه احراز امور موضوعی هستند استفاده کند.

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

با توجه به آنچه که در خصوص مبانی انفعال‌گرایی و فعال‌گرایی دادگاه گذشت، باید تأکید کرد اعتقاد به اینکه دعوا به تبعیت از مفهوم خصوصی دادرسی مدنی، موضوع یا پرونده طرفین دعواست، یا اعتقاد به اینکه دعوا به تبعیت از این نظریه که دادگستری پیرو خدمت عمومی می‌باشد، تحت مدیریت نماینده‌ی دولت یعنی دادرس است، اینک چاره‌ساز و برطرف‌کننده نیازهای نظام قضائی کنونی نیست. در هر یک افراط و تفریط دیده می‌شود. امروزه باید دادرسی مدنی را با تمام عناصرش، هم متعلق به طرفین دعوا و هم متعلق به دادرس دانست. پس نیاز است با جامعیت و کلیت بیشتری به دادرسی مدنی نگاه کرد و آن را از حصار تنگ دادرسی اتهامی و تفتیشی مدنی آزاد نمود.

نظام تفتیشی و اتهامی در این خصوص، با پافشاری بر خطوط اصلی خود، گام‌هایی را برای نزدیک شدن به سوی هم برداشته‌اند. تا آنجا که امروزه به سختی می‌توان نظامی را

معرفی نمود که به گونه‌ای مطلق، قاعده منع تحصیل دلیل یا عکس آن را اجرا نماید. در نظام حقوقی کشور ما، نخستین گام به سوی تعدیل قاعده منع تحصیل دلیل، در سال ۱۳۵۶ برداشته شد. اندیشه فعال‌گرایی دادگاه، با ماده ۸ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶ آغاز و با ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ تحکیم شد. رهاورد متون قانونی مذکور؛ افول انفعال‌گرایی دادگاه و افزایش نقش فعال دادگاه بوده است. در نتیجه آنچه را که با تعدیل چاره‌ساز نبوده است، ناگزیر با نسخ آن تدبیر کرده‌اند و در وضعیت موجود، دادگاه مدنی واجد یک نقش فعال شده است. امروزه دیگر صحبت از اینکه دعوای مدنی موضوع اصحاب دعوا می‌باشد یا دادگاه، بیهوده است. زیرا دعوای مدنی، هم موضوع اصحاب دعوا و هم موضوع دادگاه محسوب می‌شود.

کتابنامه

۱. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). *القضاء والشهادات*. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۲. پوراستاد، مجید (۱۳۸۵). «استجواب در دعوای مدنی». *نشریه مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران*، (۷۴)، صص. ۲۹۷-۳۴۷.
۳. پوراستاد، مجید (۱۳۸۹). «پیدایش و چالش قاعده منع تحصیل دلیل». *نشریه مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران*، (۴)، صص. ۱۰۰-۱۰۱.
۴. پوراستاد، مجید (۱۳۹۱). *نقش دادرسی مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت*. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶). *دانش‌نامه حقوقی*. تهران: امیرکبیر.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). *دایرةالمعارف علوم اسلامی قضایی*. تهران: گنج دانش.
۷. حیدری، الهام (۱۳۹۲). «معیار اثبات در دعاوی کیفری در دادرسی کیفری ایران و انگلستان». *نشریه مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران*، (۴)، صص. ۵۷-۷۴.
۸. سنگلجی، محمد (۱۳۶۹). *آیین دادرسی در اسلام*. قزوین: طه.
۹. شمس، عبدالله (۱۳۹۳). *ادله اثبات دعوا*. تهران: دراک.
۱۰. صاحب جواهر، محمدحسن (۱۳۶۲). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام* (جلد ۴۰). بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۷۲ پژوهش‌های حقوق اسلامی سال بیست و دوم، شماره اول (پیاپی ۵۳)، بهار و تابستان ۱۴۰۰

۱۱. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الأحكام الشرعیه علی مذهب الإمامیه. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۱۲. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۰). اثبات و دلیل اثبات. تهران: میزان.
۱۳. متین دفتری، احمد (۱۳۹۱). آیین دادرسی مدنی و بازرگانی (جلد ۴). تهران: مجد.
۱۴. محسنی، حسن (۱۳۹۲). اداره جریان دادرسی مدنی. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۵. مدنی، جلال‌الدین (۱۳۸۴). ادله اثبات دعوا. تهران: پایدار.
۱۶. ناجی‌زواره، مرتضی (۱۳۸۹). دادرسی بی‌طرفانه در امور کیفری. تهران: شهر دانش.
۱۷. نوجوان، علیرضا (۱۳۸۹). نقش دادرس در اثبات دعوی مدنی. تهران: جاودانه.

دوفصلنامه علمی پژوهش نامه حقوق اسلامی، مقاله پژوهشی، سال بیست و دوم، شماره اول (پیاپی ۵۳)، بهار و تابستان ۱۴۰۰، صص. ۷۳-۹۰

تحلیل چگونگی تأثیرپذیری اعتبار قراردادی از واقعیت تأملی بر نوع ارتباط اعتبار و واقعیت تجربی - اجتماعی در حقوق

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۲۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۰۷

نرگس خالقی پور*

مهدی شهابی**

علیرضا فصیحی زاده***

چکیده

حقوق، ماهیتی اعتباری دارد؛ ماهیتی که از واقعیت تجربی و اجتماعی قابل تفکیک است. با این حال، در صورتی می‌توان به دوگانه اعتبار و واقعیت قائل بود که امر اعتباری را، مستقل از واقعیت بدانیم و آن دو را، دو ساحت متفاوت بنگریم. قرارداد نیز امری اعتباری است. آیا اصرار بر تفکیک آن از واقعیت ضرورت دارد؟ چه آثاری بر این استقلال مترتب است؟ اگر نتیجه استقلال قرارداد از واقعیت، استعلائی اعتبار قراردادی بر واقعیت باشد، آیا بالضروره قرارداد عادلانه‌ای را نتیجه خواهد داد؟ چالش‌های تبعیت محض اعتبار قراردادی از واقعیت چیست؟ آیا در این صورت می‌توان رأی حقوق و به طور خاص قرارداد، کارکردی تحول‌گرا و تکاملی قائل بود؟ به نظر می‌رسد، در صورتی می‌توان اصل حاکمیت اراده را در کنار اصل انصاف و یا اصل نفی عسر و حرج داشت که رویکرد استعلائی و تبعیت محض را نفی کنیم و تنها بر تأثیرپذیری اعتبار قراردادی از واقعیت تأکید کنیم.

واژگان کلیدی: قرارداد، واقعیت، واقع‌گرایی، اراده‌گرایی، اعتباریات.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف‌آباد، نجف‌آباد، ایران.

nkhaleghipour@yahoo.com

** استاد مدعو، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف‌آباد، نجف‌آباد، دانشیار و عضو هیئت علمی گروه

حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول).

m_shahabi@ase.ui.ac.ir

*** استاد مدعو، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف‌آباد، استادیار و عضو هیئت علمی گروه حقوق

دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

fasihzadeh@ase.ui.ac.ir

مقدمه

وقتی سخن از مبنای اعتبار قرارداد به میان می‌آید، در نگاه اول، اراده خودنمایی می‌کند؛ چرا که قرارداد با توافق اراده متعاقدين منعقد می‌گردد؛ پس، مفاد آن، لازم‌الاتباع و لازم‌الاجراست. و ایجاد و زوال آن، وابسته به اراده طرفین است که با قصد واقعی آنان، منعقد می‌شود و مفاد آن اعتبار می‌یابد (Barnes, 2008, p. 363). در نتیجه، باید به قرارداد به عنوان قانون بین متعاقدين نگریست و همان‌طور که افراد نمی‌توانند به بهانه بی‌عدالتی و یا عدم انطباق با واقعیت‌های تجربی و مقتضیات زمان و مکان، از اجرای قانون سرباز زنند، قرارداد هم این‌گونه است و تغییر و زوال آن، با تکیه بر تبعیت اعتبار از واقعیت تجربی و اجتماعی، و به بهانه بی‌عدالتی، عسر و حرج و وجود ضرر و ضرورت‌رهایی از آن، و جاهت ندارد. همان‌طور که قانون در هر حال لازم‌الاجراست و تغییر مفاد یا امتناع از اجرای آن از سوی تابعان نظام حقوقی، توجیه‌پذیر نیست، قرارداد هم که به منزله قانون متعاقدين است، در هر حال لازم‌الاجراست و زوال و تغییر مفاد آن، صرفاً وابسته به اراده خالقان آن است (شهبازی، ۱۳۹۳، ص. ۶۲)؛ اما این مسئله طرح می‌شود: اگر قرارداد را به مثابه قانون ندانیم و به واقعیت‌های تجربی و اجتماعی (Lehe, 1998, p. 3) توجه داشته باشیم و با تکیه بر تبعیت امر اعتباری از واقعیت، تأثیر آنها را بر قرارداد، به طور مستقیم و یا از طریق تأثیر بر اراده انشایی، انکار نکنیم، آنگاه ایجاد، زوال و بقاء قرارداد را به‌طور محض، وابسته به اراده متعاقدين نخواهیم دانست و قبول خواهیم کرد که واقعیت‌ها نیز در این میان، نقش اساسی ایفاء می‌کنند (Rauscher, 2002, p. 477). در این صورت، ممکن است اراده شخص ثالثی همچون قاضی یا داور، در مقام فصل خصومت و اجرای عدالت، و به‌عنوان نماد تشخیص واقعیت تجربی و اجتماعی، جانشین اراده متعاقدين گردد و در جهت تغییر مفاد قرارداد و زوال آن گام بردارد (شهبازی، ۱۳۹۳، صص. ۶۷ و ۶۸). آنچه گفته شد، حکایت‌گر دو رویکرد واقع‌گرا^۱ و اراده‌گرا در حوزه قرارداد است. و برخی، تفاوت حقوق قراردادهای فرانسه و انگلیس را نیز در همین نکته می‌دانند (Barnes, 2008, p. 360; Klass, 2017, p. 3)؛ البته بی‌تردید، با اصلاحات جدید در قانون مدنی فرانسه، قانون‌گذار فرانسوی، در مقایسه با گذشته، به رویکرد واقع‌گرا نزدیک‌تر شده است و ماده ۱۱۹۵ قانون مدنی

فرانسه نماد آن است؛ بر اساس این ماده، تعدیل قضائی قرارداد پذیرفته شده است. شایان ذکر است که تبیین هر یک از دو رویکرد واقع‌گرا و اراده‌گرا، و کاربرد و نقش آنها، در باب قراردادهای جنبه نظری صرف ندارد، بلکه تأثیر پررنگ آنها را نیز ر عمل می‌توان ملاحظه کرد؛ زیرا هر یک از این رویکردها منجر می‌شود، قرارداد در جهت و مسیری قرار گیرد که نتایج متفاوتی را به همراه دارد و این نتایج در عمل، خود را نشان می‌دهد؛ برای نمونه، ممکن است اتخاذ یک رویکرد، به خاتمه یا تعدیل قرارداد بیانجامد و رویکرد دیگر، استمرار قرارداد و استقرار آثار آن را با همان کیفیت انشا شده، نتیجه دهد. هر یک از این رویکردها، گرچه امکان دارد به سمت افراط و تفریط حرکت کند و دارای معایبی باشد، ولی منکر محاسن آن نمی‌توان شد؛ به نظر می‌رسد با انتخاب رویکرد میانه، می‌توان هم به نقش اراده انشایی انسانی و الهی در اعتبار مفاد قرارداد توجه داشت و در عین حال، از واقعیت تجربی نیز غافل نبود.

شایان ذکر است که برخی واقعیت را به دو قسم متافیزیکی و تجربی - ثابت و متغیر - تقسیم کرده‌اند (صلیبا، ۱۳۶۶، ص. ۶۵۶؛ جوادی آملی، ۱۳۷۴، ص. ۴۷۶)؛ منظور ما از واقعیت در این مقاله همان واقعیت تجربی و اجتماعی یا به تعبیر دیگر، جهان عینی قابل شناخت از طریق حواس پنج‌گانه است. و ارتباط این جهان عینی یا واقعیت تجربی و اصول حاکم بر آن، با اعتبار قراردادی موضوع بحث خواهد بود. توضیح این نکته لازم است که همان‌طور که بر قراردادهای، اصولی چون حاکمیت اراده، اصل لزوم قرارداد و یا اصل التزام به مفاد عقد، حاکم است، بر واقعیت‌ها نیز اصولی ثابت و لایتغیر همچون اصل عدم امکان تقدم معلول بر علت و یا اصل عدم انفکاک معلول از علت حکومت دارد (مطهری، ۱۳۷۵، ص. ۱۱۴).

در این پژوهش با توجه به آنچه گفته شد، پاسخ به پرسش‌های ذیل مدنظر است: آیا قرارداد، ساخته اراده متعاقدين است و با توجه به حاکمیت عالم اعتبار بر واقعیت، امکان سازگاری و تطابق با تحولات اجتماعی و واقعیت تجربی را ندارد؟ در صورت وجود ارتباط و سازگاری، آیا ارتباط به نحو تأثیرپذیری صرف است یا تبعیتی محض؟ اتخاذ این رویکردها چه آثاری را در مرحله انشاء و اجرای قرارداد به دنبال دارد؟ چه نقدهایی بر این رویکردها وارد است و محاسن آنها چیست و چطور می‌توان از افراط و تفریط حاکم

بر این رویکردها رهایی یافت و دیدگاه معتدل کدام است؟ به نظر می‌رسد ارتباط بین واقعیت و قرارداد به‌عنوان امری اعتباری، انکارناپذیر است و امکان سازگاری قرارداد با واقعیت تجربی وجود دارد و امکان دارد که این ارتباط به نحو تأثیرپذیری است و بر اساس آن، قرارداد از واقعیت تجربی مستقل است، ولی از آن متأثر است؛ البته این تأثیرپذیری، فقط از طریق اراده انشایی نیست، بلکه به‌صورت مستقیم و برای مثال از طریق اصل انصاف و عدالت قراردادی و اصل حُسن نیت - در حقوق فرانسه - (Malaurie & Stoffel-Munck, 2007, p. 385) و یا اصل لاضرر و اصل نفی عسر و حرج - در حقوق ایران - نیز است (شهابی، ۱۳۹۴، صص. ۶۱۹ و ۶۲۰).

در هر حال، پاسخ به پرسش‌های پیش‌گفته، نیازمند تحلیل انواع منطقی رابطه میان اعتبار قراردادی و واقعیت تجربی و اجتماعی، یعنی سه نوع رابطه استعلایی، تبعیت محض و تأثیرپذیری است؛ بی‌تردید، مؤلفه مهم در شکل‌گیری هر یک از سه نوع رابطه، مبنای اعتبار مفاد قرارداد است. به این منظور، ابتدا به تحلیل رابطه استعلایی پرداخته، سپس رابطه تبعیت محض را، مورد بررسی قرار می‌دهیم؛ سرانجام، رابطه تأثیرپذیری را که مبتنی بر استقلال اعتبار قراردادی از واقعیت است، به‌عنوان نظریه مختار تبیین می‌کنیم.

۱. استعلای اعتبار قراردادی بر واقعیت تجربی

همان‌طور که اشاره شد، مؤلفه مهم در شکل‌گیری نوع رابطه میان اعتبار قراردادی و واقعیت، مبنای اعتبار قرارداد است؛ به نظر می‌رسد، در صورتی که مبنای اعتبار قرارداد، اراده نوعی انسانی باشد (Macmillan, 2012, p.8؛ شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۶۰)، استعلای اعتبار قراردادی بر واقعیت تجربی را نتیجه خواهد داد.

۱-۱. مبنای استعلای اعتبار قراردادی

ممکن است، وقتی سخن از توافق اراده متعاقدين می‌شود به قرارداد، مشابه قانون نگریسته شود؛ قانونی که ساخته و پرداخته اراده انشایی و فارغ از واقعیت‌های تجربی است (Stahl, 2007, p.120). همان‌طور که قانون به‌عنوان امر اعتباری برخاسته از اراده مقنن به‌عنوان مقام برتر است و لازم‌الاجراست (Boylet, 1978, p. 394) و نمی‌توان به

بهانه بی‌عدالتی یا عدم سازگاری با واقعیت تجربی از آن عدول کرد (شهابی، ۱۳۹۳، صص. ۶۲ و ۶۵؛ Boldeman, 2007, pp. 254, 255) می‌توان قرارداد که ساخته اراده متعاقدين است را، مانند قوانین لازم‌الاجرا دانست (Boldeman, 2007, p. 120; Stahl, 2007, pp. 254, 255) و قائل بود که مداخله در توافق اشخاص به بهانه بی‌عدالتی، مجاز نیست (Boldeman, 2007, pp. 254, 255). به نظر می‌رسد رویکرد کانت، در همین چهارچوب قابل تحلیل است؛ کانتی که (Rauscher, 2002, pp. 484) به اصل حاکمیت اراده، فارغ از تجربه محوری، اعتبار بخشیده (ر.ک: کانت، ۱۳۸۹، صص. ۵۲ و ۵۴) و اعتبار آن را در ذهن انسانی جستجو می‌کند؛ ذهنی که مستقل از واقعیت تجربی است (یوئینگ، ۱۳۸۸، صص. ۹۸ و ۹۹؛ Rauscher, 2002, p. 477, 478) و اراده‌ای که عقل محض، آن را منشأ ایجاد قرارداد می‌داند (سندل، ۱۳۹۴، صص. ۱۵۴ و ۱۵۵ و ۱۵۶) و امر اعتباری مبتنی بر آن را، در هر حال، باید عادلانه ارزیابی کرد؛ چراکه متعاقدين با اختیار و آزادی، آنچه را، مناسب و مفید دانسته‌اند، اعتبار کرده و واقعیت خارجی نمی‌تواند اراده آنان را تحت الشعاع قرار دهد (هابز، ۱۳۸۰، صص. ۱۶۰ و ۱۷۴). قاضی در پی احترام به کرامت انسانی، باید به اصل حاکمیت اراده، احترام بگذارد و مجاز به مداخله در قرارداد و تغییر مفاد آن نیست (Macmillan, 2012, pp. 8)؛ زیرا افراد در قرارداد به دنبال دست یافتن به اهداف و منافع هستند که خود معین کرده‌اند (Rauscher, 2002, pp. 484؛ سندل، ۱۳۹۴، صص. ۱۴۰ و ۱۴۲). مداخله قاضی یا داور منتهی به این می‌شود که اراده او، جانشین اراده متعاقدين شده و حقوق و تکالیفی را اعتبار کند که مقصود آنان نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۸۰؛ شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۶۱)؛ همان‌طور که لغو و تغییر قانون، منوط به اراده واضح است، تغییر یا لغو قرارداد هم به اراده متعاقدين وابسته است (Rauscher, 2002, p. 478) و افراد نیز قرارداد و یا قانون را، فقط از روی اینکه قانون و قرارداد است و اجباری است، اجرا می‌کنند (Bix, 2018, pp. 5, 6).

در این فرض، اگر قرارداد در تعارض با اراده قانون‌گذار (Boylet, 1978, pp. 392) که از آن، تعبیر به اراده دولتی یا اراده مقام برتر می‌شود (اشرف نظری، ۱۳۸۴، صص. ۲۷۴ و ۲۷۵؛ هابز، ۱۳۸۰، ص. ۱۶۳) قرار گیرد، باید اولویت را به کدام یک داد؟

روشن است که اگر مبنای اعتبار قرارداد، اراده نوعی انسان باشد، باید اصل را بر حاکمیت اراده گذاشت؛ زیرا در این فرض، اراده قانون‌گذار، خلق‌کننده قرارداد نیست و صرفاً ضامن اجرای قرارداد است (ر.ک: شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۶۴)؛ اگرچه صرف توافقی اراده، برای ایجاد قرارداد کفایت، ولی، برای اجرای مفاد آن، نیاز به نیرویی اجبارکننده است و قانون ابزار تحقق این اجبار است. ایراد تحلیل این است که این ذهنیت را ایجاد می‌کند که افراد در همه حال می‌توانند با اراده خود قرارداد را منعقد کرده و آثار حقوقی مستقیم ناشی شده از آن را به یکدیگر و آثار غیر مستقیم آن را به اجتماع تحمیل نمایند؛ حتی اگر توافقی، مبنی بر تعلیق در نکاح یا تجارت انسان یا اعضاء بدن باشد. نمی‌توان از قانون مبتنی بر نظم عمومی انتظار داشت که مانع انعقاد چنین قراردادهایی شود؛ چون محتوای نظم عمومی نیز در حالتی که مبنای اعتبار قرارداد، اراده نوعی انسان است، چیزی جز جلوگیری از برخورد آزادی‌های فردی نیست (شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۶۵). البته، روشن است که اگر اراده قانون‌گذار دولتی، مبنای اعتبار قرارداد باشد، در این صورت اولاً. دایره نظم عمومی گسترده‌تر خواهد بود؛ ثانیاً. اراده متعاقدين، تابعی از اراده قانون‌گذار دولتی است (شهیدی، ۱۳۸۶، ص. ۵۸؛ ر.ک. شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۶۶؛ Boylet, 1978, p. 394) و اعتبار قرارداد را باید از اراده دولتی پرسید و بر اساس آن نیز تفسیر کرد؛ برای نمونه، ممنوعیت نکاح معلق در ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی، هم دلالت بر این دارد که نکاح معلق باطل است و هم می‌تواند دال بر این باشد که در سایر موارد، عقد معلق، وابسته به توافق طرفین و معتبر است.

در هر حال، نظریه کشف در تنفیذ عقد فضولی، شاهدهی بر رویکرد استعلایی است؛ متعاقدين با برخورداری از اصل حاکمیت اراده، می‌توانند آثار عقد را از زمان انعقاد قرارداد، مستقر کنند نه از زمان تنفیذ (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۱۲۳). آنان ملتزم به اصول حاکم بر عالم تکوین که حکایت از تقدم علت بر معلول دارد، نیستند (طباطبایی حکیم، بی‌تا، صص. ۱۰۸ و ۱۰۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ج ۱، صص. ۳۵۱ و ۳۵۲؛ خمینی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص. ۲۰)؛ معنای سخن این است که از ممنوعیت امری در تکوین، نمی‌توان ممنوعیت در امور اعتباری را هم استنتاج نمود (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص. ۲۳۳)؛ زیرا قیاس امور اعتباری و واقعیت‌ها که برخاسته از دو موطن متفاوتند و از اصول خاص خود برخوردارند، ممکن نیست (شریعتی سبزواری، ۱۳۸۵، ج ۲، ص.

(۲۰۶) و امکان تسری اصول حاکم بر یکی نسبت به دیگری وجود ندارد. دلیل اینکه نمی‌توان این دو را مقایسه کرد، این است که فرع (قرارداد)، امری ذهنی است و این قابلیت را دارد که به هر نحو و با هر کیفیتی، خلق و ایجاد شود؛ ولی، واقعیت این قابلیت را ندارد و امور واقعی و اعتباری، از وضعیت واحدی برخوردار نیستند که امکان مقایسه آنها وجود داشته باشد (طوسی، ۱۴۳۱ق، ص. ۶۶۵؛ اصغری، ۱۳۷۰، ص. ۱۵۵-۱۵۷). روشن است که اگر قائل به واقعی بودن امر حقوقی باشیم و نپذیریم که ماهیت ذهنی دارد، در این صورت می‌توان از ممنوعیت امری در تکوین به ممنوعیت در امر حقوقی رسید (صادقی نشاط، ۱۳۹۶، صص. ۴۵ و ۴۷).

۲-۱. نقد رویکرد استعلایی اعتبار قراردادی

رویکرد استعلایی مبتنی بر اراده نوعی انسان، اگرچه موجب ایجاد ثبات قراردادی می‌شود و رفتار قراردادی و نیز رفتار قضائی در رابطه با قرارداد را پیش‌بینی‌پذیر می‌کند، اما، با ایرادات ذیل مواجه است:

الف) انسان را به سمت فراغت مطلق از واقعیت‌ها سوق می‌دهد و وی را جدا از واقعیت‌ها می‌بیند و توجه ندارد که انسان موجودی اجتماعی است و به عنوان موجودی اجتماعی و در ساختار اجتماعی است که ضرورت انعقاد قرارداد را پیدا می‌کند.

ب) از آنجا که عقل انسان در مسیر تکامل است، امکان ادراک کلیه زوایا و پیش‌بینی آینده یک موضوع را بدون در نظر گرفتن واقعیت‌های خارجی ندارد. و خلق اعتباریات بر مبنای اراده محض انسان و بدون توجه به واقعیت‌های تجربی می‌تواند عدالت قراردادی را نیز با چالشی مواجه کند. اراده معیار عدالت خواهد بود و به همین دلیل، اگر اجرای تعهد به دلیل تغییر بنیادین اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، زیان‌آور باشد و موازنه قراردادی را به هم بزند، نمی‌توان از این اجرا امتناع ورزید (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳، صص. ۷۲ و ۸۶ و ۱۰۶ و ۱۰۷؛ شهیدی، ۱۳۹۱، صص. ۳۸ الی ۴۰ و ۱۴۳ الی ۱۴۶)؛ تردیدی نیست که در چنین وضعیتی، قاضی نیز محدود به عدالت مبتنی بر اراده است (Klass, 2009, pp. 1456, 1457).

ج) این رویکرد عملاً، دامنه و قلمرو اختیارات را مضیق خواهد کرد. بر اساس دیدگاه استعلایی، نمی‌توان خیار غبن را قاعده دانست و باید آن را استثناء تلقی کرد.

قرارداد قانون متعاقدين است و عدالتی نیز ورای اراده طرفین وجود ندارد تا بتوان با تکیه بر آن و با استناد به آن، قلمرو خیار غبن را بسط داد و در مورد غبن حادث نیز آن را جاری دانست.

۲. تبعیت محض قرارداد از واقعیت تجربی و اصول حاکم بر آن

۱-۲. مبنای نظریه تبعیت محض اعتبار قراردادی از واقعیت

در این نحو ارتباط، «قرارداد» تابع محض واقعیت تجربی - اجتماعی و اصول حاکم بر آن است؛ چرا که اساساً حقوق، امر واقعی تلقی می‌گردد (صادقی نشاط، ۱۳۸۶، صص. ۴۲ و ۴۳). بنیاد قرارداد بر واقعیت تجربی استوار است که فارغ از ذهن و ایده انسان موجودیت دارد (Paoletti, 2004, pp. 1, 3; Lehe, 1998, p. 27; Mulcahy, 2008, p. 27; 4, 5) در این رویکرد، قرارداد، بسان پدیده اجتماعی است که انعقاد آن، تابع نیازها و شرایط و مقتضیات اجتماعی است (صادقی نشاط، ۱۳۹۶، صص. ۴۳؛ Stuart Mill, 2005, p. 5) و فقط برای افراد آن جامعه کاربرد دارد و فی نفسه مستقل نیست (شهابی، ۱۳۹۶، صص. ۳۳). در تحلیل این نوع ارتباط می‌توان به دیدگاه جامعه‌شناسان حقوقی چون دورکیم استناد کرد که توجه ویژه به تجربه‌گرایی داشته‌اند (گورویچ، بی‌تا، صص. ۲۱ و ۲۳؛ Steven Green, 2005, p. 50; Paoletti, 2004, p. 3; Stuart Mill, 2005, p. 50). دورکیم به تعاون اجتماعی توجه دارد و به قرارداد نیز از همین زاویه می‌نگرد (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، صص. ۲۴۶ و ۲۵۹؛ Mulcahy, 2008, p. 30)؛ گویا، بدون تحقق تعاون اجتماعی، تحقق عدالت نیز در جامعه امکان‌پذیر نخواهد بود (Mulcahy, 2008, p. 30). عقد نکاح مصداق بارز تعاون اجتماعی است؛ زن و مرد مکمل یکدیگرند و این‌گونه است که تعادل و توازن در جامعه برقرار می‌گردد و روشن است که نکاح مبتنی بر همجنس‌گرایی نمی‌تواند چنین نقشی را ایفاء نماید. مقدمه تعاون اجتماعی، به رسمیت شناختن تفاوت‌هاست و تفاوت در خلقت نیز حقوق و تکالیف و اعتباریات متفاوت را اقتضا خواهد کرد (ر.ک: سروش، ۱۳۵۸، صص. ۱۸ و ۱۹؛ صادقی نشاط، ۱۳۹۶، صص. ۴۵؛ Paoletti, 2004, p. 21).

با استعلائی واقعیت بر قرارداد، نقش اصل حاکمیت اراده، کم‌رنگ شده و قرارداد تابعی از متغیرهای اجتماعی خواهد بود (ر.ک: سروش، ۱۳۵۸، صص. ۴۳ و ۴۵)؛ نه تنها

سنجش سود و زیان در زمان شکل‌گیری اراده انشایی، با لحاظ واقعیت‌های تجربی انجام خواهد شد، به‌گونه‌ای که تغییر در واقعیت به طور قطع، قرارداد را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد، بلکه واقعیت خارج از چهارچوب اراده و برای مثال از طریق اصل انصاف و اصل حسن نیت به قرارداد ورود پیدا می‌کند؛ بالطبع اصلی چون اصل انصاف، جایگاه قاضی را در کشف واقعیت و احراز عدالت تجربی و اعمال آن بر قرارداد ارتقاء خواهد داد (شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۷۳؛ شهابی، ۱۳۹۴، صص. ۶۰۴ و ۶۰۵). اصل حاکمیت اراده و اصل لزوم و نیز اصل التزام به مفاد عقد، اگرچه خود نمادی از واقعیت‌اند (صادقی نشاط، ۱۳۹۶، ص. ۴۶)، تابعی از اصل انصاف خواهند بود (شهابی، ۱۳۹۳، ص. ۷۳؛ Macmillan, 2012, p. 8). وانگهی، براساس رویکرد تبعیت محض، قرارداد، تابع محض اصول حاکم بر واقعیت‌های تجربی نیز خواهد بود؛ به‌گونه‌ای که متعاقبین باید در زمان انعقاد قرارداد، علاوه بر در نظر گرفتن اصول حاکم بر قراردادها، اصول حاکم بر واقعیت تجربی را موردنظر قرار داده و با لحاظ آن، قرارداد را منعقد نمایند. برای نمونه در عالم تکوین، امر مادی بین دو حالت وجود و عدم دوران دارد و تعلیق‌پذیر نیست (صادقی نشاط، ۱۳۹۶، صص. ۴۶ و ۴۷). بر همین مبنا، قرارداد هم بین دو حالت وجود و عدم دوران دارد و تعلیق آن مطرود است و یا در عالم تکوین، امکان جدایی بین علت و معلول وجود ندارد و به محض تحقق علت، معلول فوراً و بلافاصله تحقق می‌یابد. به همین ترتیب در قراردادها هم تعلیق، منتفی است و به محض تحقق انشاء، منشأ بلافاصله محقق خواهد شد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱، ج ۳، ص. ۳۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، صص. ۵۵ و ۵۶). نظریه نقل در تنفیذ عقد فضولی (انصاری، بی‌تا، ج ۳، ص. ۴۰۳؛ شهید ثانی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۱۵۸) نیز مصداق بارز تبعیت‌پذیری قرارداد از اصول حاکم بر واقعیت است؛ زیرا با ملحق شدن اجازه از سوی مالک به آن، عقد کامل و سبب انتقال است و چون در عالم واقع، امکان تقدم معلول بر علت وجود ندارد در عقد فضولی نیز، ابتدا تنفیذ به عنوان علت و سپس آثار عقد به عنوان معلول محقق می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۱۲۴) و نمی‌توان آثار عقد را به قبل از تنفیذ تسری داد. انتقال مالکیت در وصیت تملیکی پس از قبول موصی له (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۶، ص. ۱۲۵) و تنفیذ عقد اکراهی نیز همین وضعیت را دارد (انصاری، بی‌تا، ج ۳، ص. ۴۱۵).

۲-۲. نقد نظریه تبعیت محض اعتبار قراردادی از واقعیت

به نظر می‌رسد رویکرد تبعیت محض قرارداد (اعتبار) از واقعیت، با ایرادات ذیل مواجه باشد: الف) اگر اعتبار تابع محض واقعیت باشد، بر تفکیک این دو، یعنی اعتبار و واقعیت، فایده‌ای مترتب نخواهد بود؛ در حالی که، این دو، از ماهیت، خاستگاه و اصول شاخصی برخوردارند و تسری اصول حاکم بر یکی در مورد دیگری جای تأمل دارد و با ماهیت انسان به عنوان موجودی دارای اراده و اختیار هم‌خوانی ندارد. وانگهی، از لحاظ فنی نیز تبعیت محض اراده از واقعیت و اصول حاکم بر آن، می‌تواند نتایج نامطلوبی را به همراه داشته باشد؛ برای مثال، در عقد فضولی، نظریه نقل و تبعیت از اصل تقدم علت بر معلول، منتهی به این خواهد شد که تصرفات اصیل در منافع مال، قبل از تنفیذ، غیر صحیح بوده و او ضامن باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۱۴۱). این نتیجه غیرعادلانه زمانی نمود بیشتری پیدا می‌کند که اصیل، معوض را تحویل داده باشد، زیرا او ملتزم به عقد است ولی حق تصرف در عوض را ندارد. مطلوب این است که بتوان در عقد فضولی، قرارداد را اکنون تنفیذ نمود و اثر عقد (معلول) را به زمان قبل از تنفیذ (علت)، تسری داد. قانون‌گذار نیز در ماده ۲۵۸ قانون مدنی، آثار عقد فضولی را مانند عقد اکراهی، از زمان عقد، مستقر نموده است و یا برخلاف امور مادی که قابل تعلیق نیست، قراردادها را قابل تعلیق دانسته و در ماده ۱۹۴ بر آن، مهر تأیید زده است. البته، تأثیرپذیری از واقعیت، در حقوق ایران کاملاً منتفی نیست؛ زیرا حسب مواد ۱۲۱۳ و ۱۲۱۴ قانون مدنی، جنون و عدم رشد، از آنجا که مخلاً قصد انشاست بطلان یا عدم نفوذ قرارداد را به دنبال دارد. اشتباه در خود موضوع معامله و شخصیت طرف در صورتی که علت عمده عقد باشد و استقرار حکم بطلان بر عقد نیز، مصادیق دیگر رویکرد تأثیرپذیری قرارداد از واقعیت است (Capper, 2009, pp. 457, 458).

ب) با پذیرش این رویکرد، عملاً اصل حاکمیت اراده، با چالش جدی مواجه خواهد بود. وقتی شارع یا قانون‌گذار با طرح اصل عدم ولایت و اعطای قوه عقل، اختیار و آزادی، بشر را از سلطه شخص دیگری که او نیز دارای عقل و اراده است، رهانید تا خودش اعتباریات را خلق کند، نمی‌توان برای واقعیت که موجودی بی روح و جان است، ولایت و استعلای بر اراده انسان در نظر گرفت. بدیهی است که در اینجا

تأکید بر اصل عدم ولایت یک فرد بر دیگری نیز بی‌فایده خواهد بود؛ چراکه واقعیت تجربی وجود دارد که حاکم بر اراده است و ماهیت انسان به عنوان موجودی عاقل و مختار را به چالش کشیده است.

ج) اشخاص بر اموال خود سلطه دارند و می‌توانند هر گونه تصرف مادی و حقوقی به هر نحو و با هر کیفیت را در آن انجام دهند و ملزم به تبعیت از اصول حاکم بر واقعیت‌ها نیستند. از این روست که تصرف می‌تواند به نحو مشروط یا معلق باشد. اصل تسلیط که اصل مالکیت خصوصی می‌تواند بیان دیگری از آن باشد، با پذیرش این رویکرد اعتبار خود را از دست خواهد داد؛ انسان تابع محض واقعیت، توانایی عبور از ساختار مالکیت اشتراکی و یا ساختار فئودالیتته و مانند آن را ندارد.

د) با پذیرش این رویکرد، سرپیچی از اصول حاکم بر واقعیت‌ها، بی‌اعتباری قرارداد را به دنبال دارد و بی‌اعتباری قرارداد نیز موجب عسر و حرج برای انسان به عنوان موجودی اجتماعی خواهد بود؛ چراکه انسان اجتماعی، برای رفع نیازهای خود، دست به انعقاد قرارداد می‌زند.

ه) اراده قاضی یا داور، با استناد به اصول حامل واقعیت تجربی چون اصل انصاف، حاکم بر اراده طرفین رابطه قراردادی خواهد بود و اضافه کردن تعهدی به تعهدات قراردادی و یا تعدیل تعهدات قراردادی، مبنای خود را، نه در اصل حاکمیت اراده، بلکه در اراده قاضی یا داور - به عنوان نماد تشخیص و احراز واقعیت - جستجو می‌کند. به این ترتیب، خواسته متعاقدین به حاشیه خواهد رفت و نه ملاک شخصی، بلکه ملاک نوعی، معیار سنجش موازنه منافع قراردادی و سود و زیان قراردادی خواهد بود.

و) تبعیت محض قرارداد از واقعیت، حتی اگر پذیرفتنی باشد، نمی‌تواند در مورد کلیه عقود و به ویژه عقود غیرمالی، جاری باشد؛ زیرا، در مواردی، منتهی به اخلال در نظم عمومی خواهد شد؛ برای مثال جنون زوج، زوجه را مخیر به فسخ نکاح می‌کند، ولی اگر قائل به این نوع ارتباط باشیم، باید نکاح را باطل بدانیم و بطلان عقد، بی‌تردید، با نظم خانوادگی استقرار یافته و مطلوب اجتماعی و نیز با وضعیت زوجه و انتظارات او مطابقت ندارد. امکان فسخ نکاح، نشان از تأثیرپذیری از واقعیت دارد؛ اما بطلان، دال بر همان استعلای واقعیت بر اراده (اعتبار) است.

۳. استقلال اعتبار قراردادی از واقعیت تجربی؛ اما متأثر از آن

در این نحو ارتباط، که رویکردی اعتدالی یا میانه تلقی می‌شود، تعامل میان واقعیت و قرارداد از نوع استقلال، اما تأثیرپذیری است و ضمن پذیرش اصل حاکمیت اراده (اعتبار)، از تأثیر واقعیت بر قرارداد نیز غفلت نمی‌شود (مطهری، ۱۳۶۶، ص. ۱۱۶؛ ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۳۷)؛ اما در هر حال، این عدم غفلت، به معنای تبعیت محض از واقعیت و اصول حاکم بر آن نخواهد بود. این رویکرد از ایرادات وارد بر دیدگاه استعلا و نیز تبعیت محض مبراست. اما، به لحاظ اعتباری بودن قراردادها، اصل حاکمیت اراده جایگاه ویژه‌ای دارد. اتخاذ راه میانه اقتضا می‌کند که نحوه و تأثیر ارتباط قرارداد با واقعیت خارجی از یک سو و نیز اصول حاکم بر واقعیت را از سوی دیگر به طور جداگانه بررسی کنیم.

۳-۱. رابطه قرارداد و اصول حاکم بر واقعیت

قراردادها یا به عبارت بهتر امور اعتباری، اگرچه همانند علوم طبیعی چون فیزیک و شیمی از اصول منحصر به فردی برخوردارند، اما از اصول مربوط به واقعیت خارجی و محدودیت‌های آن فارغ‌اند و متعاقدين می‌توانند نسبت به ایجاد آن اقدام نمایند، بدون اینکه ملزم به تبعیت از اصول حاکم بر واقعیت‌ها و برای مثال اصل علیت و معلولیت باشند. ثمره اتخاذ این رویکرد، رهایی متعاقدين از اصول حاکم بر واقعیت‌های تجربی است که استفاده از آن، همان‌طور که اشاره شد، در باب قراردادها، منتهی به عسر و حرج متعاقدين خواهد شد؛ زیرا، امکان دارد قراردادی که فارغ از این اصول است بهتر بتواند نیاز افراد را مرتفع سازد تا قراردادی که فقط در چهارچوب این اصول، منعقد گردیده است. بنابراین، در رابطه با این اصول، بهتر است رویکرد اراده‌گرا را تقویت نمود. البته، نفی تبعیت‌پذیری از این اصول، به معنی انکار آنها نیست (یوئینگ، ۱۳۸۸، ص. ۲۱۴). متعاقدين می‌توانند در صورت تمایل، خود را تابع آن قرار دهند؛ زیرا ملاک، توافق اراده است؛ در هر حال، اگر در عالم واقع، الزاماً علت مقدم بر معلول است، در قراردادها این‌گونه نیست و متعاقدين می‌توانند با توافق خود، معلول را بر علت مقدم بدانند؛ زیرا امور اعتباری، فارغ از محدودیت‌های واقعیت تجربی است؛ به عنوان نمونه، می‌توان با توافق، اثر عقد را به قبل از تنفیذ عقد فضولی و از زمان توافق

تسری داد. نظریه کشف در عقد فضولی حکایت از الگوپذیری از رویکرد اراده‌گرا دارد (شهید ثانی، بی تا، ج ۳، ص. ۱۵۸). نهایتاً می‌توان گفت زمانی که سخن از رابطه میان اصول حاکم بر واقعیت و قرارداد می‌شود، در موارد تردید باید اصل را بر تبعیت قرارداد از اصول گذاشت، ولی منافاتی با این ندارد که بتوان خلاف این اصول، توافق نمود. البته، ترجیح بر این است که اراده‌گرایی را محدود به قانون الهی کنیم؛ زیرا، اتخاذ رویکرد کانتی مبنی بر اراده‌گرایی بدون توجه به قانون الهی، این نتیجه را در پی دارد که اراده انسانی، بدون محدودیت بوده، هر آنچه را بخواهد اعتبار کند، حتی اگر مخل اخلاق حسنه باشد؛ مانند اینکه، متعاقدين عقد نکاح را اکنون منعقد نمایند، ولی اثر عقد را به دو ماه قبل از عقد تسری دهند تا از این طریق، حکم مشروعیت را بر فرزندی که مولود رابطه نامشروع است جاری کنند و از این طریق فرزند نامشروع بتواند مانند فرزندان مشروع از قواعد ارث بهره‌مند شود.

۲-۳. رابطه اعتبار قراردادی و واقعیت

اگرچه در زمان انعقاد قرارداد، اصل حاکمیت اراده، نقش بنیادین دارد، اما در مرحله شکل‌گیری اراده انشایی، تأثیر واقعیت خارجی مشهود است، زیرا تدبیر و سنجش سود و زیان با لحاظ واقعیت خارجی انجام می‌شود. و اگر چنین نبود بر درج این مرحله فواید متعددی مترتب نبود. البته، تأثیرپذیری به معنای این نیست که حیات و ممات قرارداد را تابع محض واقعیت بدانیم، بلکه بقاء و زوال قرارداد، وابسته به اراده متعاقدين است، اما واقعیت خارجی می‌تواند در مرحله اجرای قرارداد و تغییر یا تعدیل قرارداد نقش مؤثر داشته باشد و این تعدیل نیز نه با استناد به اصل حاکمیت اراده، بلکه با استناد به اصل انصاف و یا اصل اجرای با حسن‌نیت قرارداد باشد (شهابی، ۱۳۹۳، صص. ۷۴ و ۷۳؛ Mulcahy, 2008, pp. 26, 27).

اصل نفی عسر و حرج و اصل لاضرر نیز می‌تواند مؤیدی بر رویکرد میانه باشد، درحالی که اگر با رویکرد ایدئالیستی به موضوع بنگریم، قرارداد در هر حال، لازم‌الوفاست. البته، تأثیرپذیری قرارداد از واقعیت متغیر، از طریق اصل حاکمیت اراده و با استناد به آن نیز می‌تواند مستدل و توجیه شود و طرح نظریه شرط ضمنی یا بنایی بر همین اساس است (آدامز و براونزورد، ۱۳۸۶: صص. ۲۸۲ و ۲۸۴؛ سعیدیان، ۱۳۸۹،

ص. ۹۲). باین حال، ادعای ساختگی و فرضی بودن این راه حل، یعنی شرط ضمنی، ادعای نادرستی نیست؛ به همین دلیل است که بر تأثیر واقعیت بر قرارداد از طریق اصولی غیر از اصل حاکمیت اراده و برای مثال اصل انصاف در حقوق فرانسه و اصل نفی عسر و حرج در حقوق ایران تأکید می شود.

ایرادی که بر نظریه تبعیت مطلق قرارداد از واقعیت وارد است، اینکه به محض تغییر در واقعیت، اعتبار فرو می ریزد (طباطبایی، بی تا، ص. ۲۷۸)؛ ولی، رویکرد میانه، با نگاه به واقعیت‌ها به دنبال ارتقاء و حرکت دادن قرارداد در مسیر درست و عادلانه است. براساس رویکرد میانه، اصل حاکمیت اراده برخاسته از عقل است؛ عقلی که مرتبط با واقعیت بوده و با لحاظ آن، قرارداد را خلق می کند نه عقل محضی که در هر شرایط زمانی و مکانی حکم واحد، صادر می کند. لذا، امکان دارد این عقل در ایران، قرارداد را به نحوی اعتبار کند که با قرارداد تنظیم شده در فرانسه متفاوت باشد. عقل در هر دو یکسان است، ولی چون متأثر از واقعیت‌ها و شرایط و مقتضیات زمانی و مکانی متفاوت است، قراردادهای متفاوتی را نتیجه می دهد. پس، اگر نظر به رابطه تابعیت و متبوعیت داشته باشیم، این نتیجه حاصل می شود که اگر در مرحله اجرای قرارداد، شرایط و واقعیت‌های موجود در زمان انعقاد قرارداد، دیگر وجود نداشت، قاضی حکم به بی اعتباری قرارداد می دهد؛ نتیجه‌ای که پذیرفتنی نیست؛ بلکه مقصود در رویکرد اعتدال‌گرا این است که قاضی می تواند در جهت تعدیل قرارداد و در عین حال، حفظ آن گام بردارد. در نهایت، باید در رویکرد میانه اصل را بر حاکمیت اراده گذاشت؛ ولی از تأثیر واقعیت نیز غافل نشد.

نتیجه گیری

پذیرش اراده نوعی انسان به عنوان مبنای اعتبار قرارداد و در چهارچوب رویکرد کانتی، استعلای اعتبار قراردادی بر واقعیت تجربی و اجتماعی را نتیجه می دهد؛ استعلایی که علاوه بر نادیده انگاشتن انسان به عنوان موجودی اجتماعی، نوعی عدالت صوری را موجب می شود. با این حال، تبعیت محض قرارداد از واقعیت تجربی و اجتماعی و عدم توجه به نقش اراده در قرارداد و تکیه بر تعاون اجتماعی به عنوان مبنای عقد، علاوه بر اینکه دوگانه اعتبار و واقعیت و جهان متفاوت آن دو را، با چالش جدی مواجه می کند،

بنیان اصولی چون اصل تسلیط و یا اصل مالکیت خصوصی و نیز اصل آزادی قراردادی را نیز زیر سؤال می‌برد و نقش و کارکرد تحولی و تکاملی حقوق در ساختار اجتماعی را نیز با بحران مواجه می‌سازد. تلاش برای اتخاذ راه‌حلی میانه، جز از مسیر قائل بودن به استقلال اعتبار قراردادی از واقعیت و البته تعامل آن دو نمی‌گذرد. نتیجه این استقلال، پذیرش امکان‌رهایی اعتبار قراردادی از اصول حاکم بر واقعیت است تا برای مثال اصل علیت، اعتبار قراردادی را در چنبره خود گرفتار نسازد. اما، معنای این رهایی، نفی تأثیرپذیری اعتبار قراردادی از واقعیت تجربی در مرحله اجرای قرارداد نیست؛ تأثیرپذیری‌ای که همیشه از مسیر اصل حاکمیت اراده نیست و می‌تواند، به صورت مستقیم و از طریق حاکمیت اصولی چون اصل انصاف و یا اصل نفی عسر و حرج قراردادی، تحقق پذیرد.

1. Subjective approach

کتابنامه

۱. آدامز، جان. ان و راجر براونزورد (۱۳۸۶). تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان (ترجمه مهدی موسوی). تهران: میزان.
۲. اشرف نظری، علی (۱۳۸۴). «مفهوم قدرت در اندیشه سیاسی هابز»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، (۶۹).
۳. اصغری، سید محمد (۱۳۷۰). قیاس و سیر تکوین آن در حقوق اسلام. تهران: کیهان.
۴. انصاری، مرتضی (بی تا). کتاب المکاسب. بی جا: بی نا.
۵. بجنوردی، محمدحسن (۱۳۸۶). القواعد الفقهیه. قم: منشورات دلیل ما.
۶. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۴). شناخت‌شناسی در قرآن. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷. خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۰ق). کتاب البیع. قم: اسماعیلیان، الطبعة الرابعة.
۸. خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۸ق). تنقیح الاصول. مؤلف: حسین التقوی الشتهاردی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه)، الطبعة الاولى.
۹. خوبی، سیدابوالقاسم (۱۳۷۸ق). مصباح الفقاهه. الجزء السادس، نجف: المطبعة الحیدریه، الطبعة الاولى.
۱۰. سروش، عبدالکریم (۱۳۵۸). دانش و ارزش. بی جا: بی نا.
۱۱. سعیدیان، فیصل (۱۳۸۹). «قلمرو نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه اسلامی و حقوق ایران». فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ششم، (۱۹).
۱۲. سندل، مایکل (۱۳۹۴). عدالت: چه باید کرد؟ (ترجمه افشین پاکباز). تهران: فرهنگ نشر نو.
۱۳. شریعتی سبزواری، محمدباقر (۱۳۸۵). تحریری بر اصول فلسفه و روش رئالیسم علامه سید محمدحسین طباطبایی. قم: مؤسسه بوستان کتاب.
۱۴. شهابی، مهدی (۱۳۹۳). «قرارداد به مثابه قانون هابزی یا کانتی تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در حقوق مدنی ایران و فرانسه». مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز. سال ششم، (۴).
۱۵. شهابی، مهدی (۱۳۹۴). «قرارداد به مثابه قانون طبیعی (عقلی). تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران و فرانسه». مطالعات حقوق تطبیقی، (۲)۶.
۱۶. شهابی، مهدی (۱۳۹۶). فلسفه حقوق. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه

اسلامی.

۱۷. شهرستانی محمد بن عبدالکریم (۱۴۲۵ق). *نهایه الاقدام فی علم الکلام*. بیروت: الطبعه الاولى.
۱۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی (بی تا). *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. بی جا: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۱۹. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶). *تشکیل قراردادها و تعهدات*. تهران: مجد.
۲۰. شهیدی، مهدی (۱۳۹۱). *آثار قراردادها و تعهدات*. تهران: مجد.
۲۱. صادقی نشاط، امیر (۱۳۹۶). «حقوق؛ واقعیت یا اعتبار (ماهیت حقوق)». *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، ۴۷(۱)، صص. ۳۷-۴۴.
۲۲. صفائی، حسین (۱۳۸۲). *دوره مقدماتی حقوق مدنی*. تهران: میزان.
۲۳. صلیبا، جمیل (۱۳۶۶). *فرهنگ فلسفی (ترجمه منوچهر صانعی دره بیدی)*. تهران: حکمت.
۲۴. طباطبایی حکیم، محسن (بی تا). *نهج الفقاهه*. قم: ۲۲ بهمن.
۲۵. طباطبایی، محمدحسین (بی تا). *اصول فلسفه و روش رئالیسم*. تهران: شرکت افست سهامی عام.
۲۶. طوسی، محمدحسن (۱۴۳۱ق). *العهده فی اصول الفقه*. تحقیق محمدرضا انصاری قمی، قم: مؤسسه بوستان کتاب.
۲۷. فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۳۸۱). *اصول فقه شیعه*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).
۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). *فلسفه حقوق*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۲. کانت، ایمانوئل (۱۳۸۹). *نقد عقل محض (ترجمه بهروز نظری)*. کرمانشاه: باغ نی.
۳۳. گورویچ، ژرژ (بی تا). *مبانی جامعه‌شناسی حقوقی (ترجمه حسن حبیبی)*.
۳۴. مطهری، مرتضی (۱۳۶۶). *نظام حقوق زن در اسلام*. تهران: صدرا.
۳۵. مطهری، مرتضی (۱۳۷۵). *عدل الهی*. تهران: صدرا.
۳۶. مطهری، مرتضی (۱۳۷۹). *اسلام و مقتضیات زمان*. تهران: صدرا.
۳۷. مظفر، محمدرضا (۱۳۸۱). *اصول الفقه (ترجمه علیرضا هدائی)*. تهران: حکمت.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق). *انوارالاصول*. احمد قدسی، قم: مؤسسه امام علی بن

ایطالب (علیه السلام).

۳۹. هابز، توماس (۱۳۸۰). لویاتان. تهران: نی.

۴۰. یوئینگ، آلفرد سیریل (۱۳۸۸). شرحی کوتاه بر نقد عقل محض کانت (ترجمه اسماعیل سعادت‌تی‌خمسه). تهران: هرمس.

41. Barnes, Wayne (2008). *The French Subjective Theory of Contract: Separating Rhetoric From Reality*.
42. Bix, Brian H. (2018). *Kelsen, Hart and legal normativity*, revus, 34.
43. Boldeman, Lee (2007). *The Cult Of the Market, Economic Fundamentalism and its Discontents*, ANU Press.
44. Boylet, James (1978). *Thomas Habbes and The Invented Tradition Of Positivism: Reflections On Language. Power, and Essentialism*, University Of Pennsylvania Law Review.
45. Capper, David (2009). Common Mistake in Contract Law, *Singapore Journal of Legal Studies*, pp. 457-473.
46. George, Robert P. (2000). *Kelsen and Aquinas on the Natural Law Doctrin*, 75 Notre Dame Law. Review.
47. Klass Gregory (2009). *Intent to Contract*, Georgetown University Law Cente, Faculty Publications.
48. Klass, Gregory (2017). *Contract Exposition and Formalism*, Georgetown University Law Center, February.
49. Lehe, Robert T. (1998). *Realism and Reality*, North Central College, *Journal of Philosophical Research*, xxiii.
50. Macmillan Catharin and Richard stone (2012). *Elements of the Law of Contract*, University of London, International Programmes.
51. Malaurie, P. L. & Aynès, P. Stoffel-Munck (2007). *Les obligations*, Paris, Defrénois, 3e édition.
52. Movsesian, Mark L. (2006). Formalism in American Contract Law: Classical and Contemporary, *Ius Gentum*, Volume 12, spring.
53. Mulcahy Linda (2008). *Contract Law In Perspective*, New York, Routledge. Cavendish.
54. Paoletti, Giovanni (2004). Durkheim and the Problem of Objectivity: a Reading of *Les Formes de la vie religieuse*, R. franç. sociol., 45, Supplement, pp. 3-25.
55. Perillo, Joseph M. (2000). The Origins of the Objective Theory of Contract, *Formation and Interpretation*, *Fordham Law Review*, Volume 69 | Issue 2 Article 4.
56. Rauscher, Frederick (2002). "kant's Moral Anti- Realism". *Journal of the History of Philosophy*, Vol. 40, No. 3 , pp. 477-499.
57. Stahl, Brend Carsten (2007). Positivism or Non-Positivism-Tertium Non Datur in A Critique of Ontological Syncretism in IS Research, pp. 115-142.
58. Steven Green, Michael 1915 (2005). *Legal Realism as Theory of Law*, 46 Wm. & Mary L. Rev.
59. Stuart Mill, John 1865 (release 2005). *Auguste Comte and Positivism*, A free ebook from <http://manybooks.net/>

دوفصلنامه علمی پژوهش نامه حقوق اسلامی، مقاله پژوهشی، سال بیست و دوم، شماره اول (پیاپی ۵۳)، بهار و تابستان ۱۴۰۰، صص. ۹۱-۱۱۴

مبانی و جلوه‌های جایگزین‌های دادرسی کیفری اطفال و نوجوانان

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۰۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۰۱

عباس منصورآبادی*

هادی کرامتی معز**

علیرضا کارگر شریف‌آباد***

چکیده

بهره‌مندی از اقدامات جایگزین در فرایند دادرسی کیفری امری است که در مراحل مختلف دادرسی و حتی قبل از آن می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد و کارآمد باشد. این اقدامات برای گروه‌های خاص همچون کودکان و نوجوانان بسیار ضروری است، زیرا، در محدوده سنی‌ای هستند که وارد کردن آنها به سیستم عدالت کیفری و رسیدگی قضائی می‌تواند اثرات منفی زیادی بر شخصیت فردی و اجتماعی آنان داشته باشد. به همین منظور بهره‌مندی از اقدامات جایگزین برای آنان، در قوانین بسیاری از کشورها گنجانده شده که می‌تواند موجبات توان‌بخشی و جلوگیری از تکرار بزهکاری را فراهم نماید. در این بین، پلیس ویژه اطفال با اقدامات تعاملی به عنوان ضابط و نخستین گروهی که با کودک بزهکار در ارتباط هستند، نقش اصلی را ایفا می‌کنند که نیازمند دادن اختیارات گسترده به آنان برای انجام اقدامات جایگزین می‌باشد. این اقدامات طیف وسیعی از فعالیت‌ها را شامل می‌شود که از جمله مهم‌ترین آنان، استفاده از عدم مداخله کیفری، نشست‌های خانوادگی، خدمات حمایتی، اخطار رسمی و بهره‌مندی از اختیارات پلیس تعاملی در بازپروری بزهکار است تا وی بتواند با درک رفتار اشتباه خود و پذیرفتن مسئولیت رفتار ارتكابی، به روش مناسبی اصلاح شود.

واژگان کلیدی: نشست‌های خانوادگی، عدالت ترمیمی، عدم مداخله کیفری، قضازدایی.

* دانشیار دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

behmansour@ut.ac.ir

** استادیار مدعو دانشگاه تهران، تهران، ایران.

keramatihadi@ut.ac.ir

*** دانشجوی دکتری تخصصی حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Alireza.sharif65@yahoo.com

مقدمه

کودکان و نوجوانان نیروهای سازنده فردای کشوری مترقی و بالنده و پیشرفته منطبق با تحولات سریع اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و به ویژه ارتباطات نوین می‌باشند. همان‌گونه که در ادبیات علوم جنایی و جرم‌شناسی ناظر به اطفال و نوجوانان به کرات مطرح شده است، در واقع کودک و نوجوانی که رفتار او در تعارض با قانون کیفری قرار می‌گیرد، همان فردی است که دولت، سازمان‌ها، جامعه مدنی و خانواده او در سابقه‌ای نه چندان دور از دوران تحول زندگی طبیعی نسبت به وی بی‌توجهی کرده‌اند؛ در معرض بزه‌دیدگی و یا بزه‌کاری بوده و به نیازهای اساسی زیست انسانی او توجهی نشده و امروز کودک و نوجوان معارض با قانون شناخته شده است (موذن‌زادگان، ۱۳۹۷، ص. ۲۱).

سال‌هاست که بزه‌کاری اطفال و نوجوانان فارغ از آنکه بزه‌کاری خاص آنان باشد و یا بزه‌کاری در اعمال معارض با قانون، یعنی جرم‌های مشترک با بزرگسالان، به معضلی بزرگ برای جوامع انسانی تبدیل شده است. با وجود آنکه ممکن است راه‌حل‌های متفاوتی برای واکنش جامعه علیه آنان به جهت بروز رفتارهای خشن و غیرقانونی، در سراسر جهان یافت شود اما به نظر می‌رسد بیشتر کشورها تحت تأثیر تجاربی که در این زمینه به‌دست آورده‌اند و همچنین در پرتو اسناد و مقررات بین‌المللی، حداقل به یک رویه صحیح در زمینه دادرسی اطفال بزه‌کار دست یافته‌اند و آن جداسازی مقررات دادرسی کیفری آنان از مقررات عمومی است (جهانی‌پور، ۱۳۹۷، ص. ۵).

پیشینه قانونی و قضائی در کشور ما نشان می‌دهد که در دوره پس از مشروطیت نهاد و نظام رسیدگی به بزه‌کاری اطفال و نوجوانان فراز و نشیب خاصی را پشت‌سر گذاشته است و در آخرین متن قانونی در سال ۱۳۹۲، سعی در ترمیم سیستم دادرسی و پُررنگ نمودن اقدامات تأمینی و تربیتی در حق اطفال و نوجوانان شده است. با این وجود، علی‌رغم تغییرات در آخرین متن قانونی، شاهد پابرجا بودن سیستم دادرسی شکلی همانند گذشته، البته با ملاحظات و تغییراتی در مورد آنها هستیم.

آنچه مسلم است قانون‌گذار ما، از یک‌سو، در ماده ۱۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ علی‌رغم صراحت بر اینکه افراد نابالغ واجد مسئولیت کیفری نیستند،

نهایتاً با آنها بر اساس اقدامات تأمینی و تربیتی رفتار خواهد شد که شیوه تعیین و اعمال آنها تفاوت بنیادین با کیفرها ندارد. از سوی دیگر، در فصل ششم قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ فرایند دادرسی و رسیدگی به بزهکاری اطفال و نوجوانان را همانند دادرسی بزهکاران بزرگسال در نظر گرفته است و تنها از جهت صلاحیت میان کم‌سالان و بزرگسالان تفکیک قائل شده است. بدین ترتیب، هر چند از جهت ماهوی آنها دارای مسئولیت کیفری نیستند ولی همانند بزرگسالان در معرض آسیب‌ها و چالش‌های سیستم دادرسی کیفری قرار خواهند گرفت.

اقدامات جایگزین، مزایای مختلفی در مقایسه با سیستم رسمی دادگستری کیفری دارد که بسیار سفت و سخت، دست و پاگیر، کند هستند و این اقدامات می‌تواند پاسخ‌گوی نیازهای کودکانی باشد که اغلب برای اولین بار مرتکب جرم می‌شوند یا جرمشان بسیار سبک است. اقدامات جایگزین، هزینه کمتری دارد. هدف این اقدامات آن است که به کودک بینشی در مورد عواقب عملکرد خود بدهند، مسئولیت رفتارشان را بپذیرند و آسیب‌های ناشی از آن را جبران کنند. به علاوه، سرعت روند اقدامات مزبور بهتر به مجرمان اجازه می‌دهد تا نتیجه فوری نقض قانون و واکنش جامعه را ببینند. انحراف، سوء پیشینه کیفری برای کودک به همراه ندارد، انگ ادعاهای مجازات رسمی کیفری را کاهش داده و فرصت بیشتری برای توان بخشی به او می‌دهد. اقدامات جایگزین، پرونده قضائی دادگاه‌ها را کاهش می‌دهد و به قاضی اجازه می‌دهد بهتر بر نیازهای کودکانی که در سیستم عدالت رسمی قرار دارند، تمرکز کند. اقدامات جایگزین، تعداد کودکانی را که در بازداشت موقت نگه داشته می‌شوند را کاهش می‌دهد و بنابراین شرایط را برای افرادی که در آنجا نگهداری می‌شوند را بهبود می‌بخشد. همچنین در مواردی که از اصول عدالت ترمیمی استفاده شود، امکان مشارکت بزه‌دیده و جامعه را فراهم می‌نماید و با جبران آسیب‌های ناشی از آن، کودک، با وضعیت بهتری به آغوش جامعه بازمی‌گردد. انعطاف‌پذیری اقدامات مزبور اجازه می‌دهد تا الزامات مختلف با هم در نظر گرفته شوند و در نتیجه وضعیت فردی و نیازهای کودک، بهتر مورد توجه قرار گیرد.

بنابر آنچه گفته شد یکی از موضوع‌های مهم در عرصه علوم جنایی در دنیای امروز،

رویگردانی از نظام سنتی دادرسی در رسیدگی به بزهکاری اطفال و نوجوانان و بهره‌مندی از جایگزین‌های مناسب در این زمینه است. به همین خاطر، انجام پژوهش درباره ابعاد مختلف این موضوع ضروری به نظر می‌رسد. برای این منظور بیش از همه روشن ساختن چرایی انتخاب جایگزین‌های دادرسی و الگوهای مناسب در این زمینه از اهمیت برخوردار است. مقاله حاضر عهده‌دار بررسی این دو موضوع می‌باشد. از این رو، پرسش‌های قابل طرح پیرامون آنها، از این قرار است: ۱. مبانی جایگزین‌های دادرسی کیفری اطفال و نوجوانان چیست؟ ۲. جلوه‌های این جایگزین‌ها کدامند؟

در پاسخ به این پرسش‌ها، می‌توان فرضیه‌های ذیل را مطرح کرد:

۱- برای توجیه لزوم و اثربخشی استفاده از جایگزین‌های دادرسی در رسیدگی به بزهکاری اطفال و نوجوانان می‌توان از اندیشه‌های مختلف فلسفی - اخلاقی، سیاسی - اقتصادی و جامعه‌شناختی - روان‌شناختی بهره برد. در این میان دو تئوری «فایده‌گرایی»^۱ به عنوان یک نظریه اخلاقی - اقتصادی و «برچسب‌زنی»^۲ به عنوان یک نظریه جامعه‌شناختی، در اینجا قابل طرح و بررسی می‌باشند. در کنار آنها می‌توان از پارادایم «عدالت ترمیمی»^۳ نیز به عنوان یکی دیگر از مهم‌ترین بنیان نظری جایگزین‌های دادرسی اطفال و نوجوانان در ادبیات و گفتمان علوم جنایی امروزی یاد کرد. تئوری خنثی‌سازی، اصل قضازدایی و کیفرزدایی، اصل رعایت منافع عالی اطفال و نوجوانان و پارادایم عدالت ترمیمی و حداقل مداخله در امور کیفری باشد.

۲- با برقراری یک سیستم غیررسمی و غیردولتی مبتنی بر مشارکت سازمان‌های عمومی و مردم‌نهاد و با نشست‌های خانوادگی بر پایه معیارهای روان‌شناختی - جامعه‌شناختی می‌توان از نظام دادرسی سنتی نسبت به بزهکاران کم‌سن‌وسال روگردان شد. افزون بر این، می‌توان از دیگر ظرفیت‌های اجتماعی در قالب فعالیت‌های جامعه‌محور و مشارکتی، امکان آگاه‌سازی و وادار ساختن اطفال و نوجوانان به مسئولیت‌پذیری و پاسخ‌گویی آنها در قبال جامعه و بزه‌دیدگان، در کنار منع ورود آنها به سیستم عدالت کیفری را فراهم آورد. هر کدام از این‌ها به نوبه خود جایگزین مناسبی برای رسیدن به اهداف تأمینی و تربیتی می‌باشند. بنابراین، مطالب موردنظر را می‌توان در دو بند ساماندهی کرد: مبانی جایگزین‌های

دادرسی کیفری اطفال و نوجوانان (بند نخست) و جلوه‌های جایگزین‌های دادرسی کیفری اطفال و نوجوانان (بند دو).

بند نخست: مبانی جایگزین دادرسی کیفری اطفال و نوجوانان

دور نگه داشتن مجرمان، به ویژه بزهکاران کم‌سن و سال، از سیستم عدالت کیفری باید به عنوان یک برنامه راهبردی مورد توجه قرار داده شود. در ماده ۱۱ «حداقل قواعد استاندارد سازمان ملل متحد برای اجرای عدالت نوجوانان (مقررات پکن)، به طور خاص پیش‌بینی شده است که «هر جا که لازم باشد، برخورد با مجرمان نوجوان بایستی بدون توسل به دادرسی رسمی، انجام گیرد». دور نگه داشتن اطفال از نظام دادرسی کیفری، فرایندی است که می‌خواهد با سوق دادن کودکان از سیستم عدالت رسمی و پیگرد قانونی به سمت حمایت‌های اجتماعی و ارائه خدمات یا مداخلات جایگزین، از برقراری تماس اولیه با سیستم عدالت کیفری جلوگیری کند. هدف از این فرایند آن است که اطمینان حاصل نماید کودک توسط سیستم رسمی دادرسی کیفری تعقیب و مورد رسیدگی قرار نمی‌گیرد.

اما پرسش این است که چرا باید این رویه و راهکار را در پیش گرفت و از وارد کردن اطفال و نوجوانان بزهکار به فرایند دادرسی کیفری خودداری کرد. همان‌طور که اشاره شد این رویکرد را می‌توان بر پایه دیدگاه‌های مختلفی توجیه کرد و ما می‌خواهیم با بهره‌گیری از دو تئوری فایده‌گرایی و برچسب‌زنی و پارادایم عدالت ترمیمی آن را بررسی کنیم. هر یک از این‌ها را جداگانه می‌آوریم: اندیشه فایده‌گرایی (نخست)، اندیشه برچسب‌زنی (دو) و پارادایم عدالت ترمیمی (سه).

یک. اندیشه فایده‌گرایی

سودگرایی بر مجموعه‌ای از نظریه‌های اخلاق هنجاری اطلاق می‌شود که اقدامات تأمین‌کننده حداکثر رفاه و خوشبختی را تجویز می‌کنند. از این دید، اخلاقی‌ترین عمل، عملی است که سودمندترین گزینه برای طرفین اثرپذیر در یک قضیه باشد. از نگاهی دیگر، این نظریه ما را به محاسبه هزینه - فایده در مورد هر کاری فرا می‌خواند و برای هر اقدامی ارزیابی میزان سودمندی آن را به عنوان معیار توصیه می‌کند (Blackburn, 2003, p. 75). بر پایه این اندیشه، در زمینه دادرسی و رسیدگی به جرایم اطفال و

نوجوانان باید به سود و زینانی که از این اقدام حاصل می‌شود، توجه کرد. تجربه‌های گوناگون، این باور را در درون ما تقویت می‌کند که بهره‌گیری از جایگزین‌های دادرسی کیفری در این زمینه سودمندتر است.

دور نگه داشتن کودک و نوجوان از روند رسیدگی دادگاه، مبتنی بر این نظریه است که اگرچه کودک و یا نوجوان اقداماتی خلاف قانون انجام داده است، اما اگر از طریق سیستم رسمی دادگستری کیفری دنبال شود، هم ضرر آن برای کودک بیشتر است و هم احتمال تکرار جرم وی بیشتر است و نیز هزینه‌های آن برای دولت و جامعه سنگین‌تر است. مطلوبیت اجتناب از گزینه تعقیب کیفری که به طور معمول با بهره‌گیری از جایگزین‌های دعوای عمومی (تعقیب کیفری^۵) همراه است و نیز ناکارآمدی بسیاری از تشریفات رسمی دادرسی، به ویژه بازداشت موقت، برای دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری به طور گسترده‌ای شناخته شده است. علاوه بر این، دور نگه داشتن کودک از روند رسیدگی دادگاه، از هزینه‌های گزاف نظام قضائی جلوگیری می‌کند که اغلب کند و به صورت طولانی است و از حجم پرونده‌های کیفری در دادگاه اطفال نیز می‌کاهد (Penal Reform International and United Kingdom, 2013, p. 46).

رفاه‌گرایی کیفری، به عنوان گرایشی از فایده‌گرایی، بر ضرورت بازپروری بزهکاران و پیش از آن، اتخاذ رویکردهای حمایت‌گرانه از گروه‌های آسیب‌پذیر و در معرض خطر تأکید می‌کند^۶، این گرایش که اولین بار توسط کوهن^۷ مطرح شد، بر سیاست‌های مختلفی از قبیل زندان‌زدایی، پرهیز از برخورد توسط نظام عدالت کیفری رسمی و استفاده از مسیرهای جایگزین به منظور اجتناب از فرایند انگ‌زنی، برچسب‌زنی مجرمانه بر بزهکاری نوجوانان تأکید می‌کند. رفاه‌گرایی بر این امر مهم تأکید دارد که هر گونه اقدام و یا تصمیمی که مسئولان حوزه نظام عدالت کیفری برای اطفال و نوجوانان اتخاذ می‌نمایند، می‌بایست بر مبنای رعایت منافع عالی‌ه آنان باشد (موذن‌زادگان و دیگران، ۱۳۹۵، ص. ۴۷).

محتوای این اندیشه به طور صریح و ضمنی در ماده ۲ و بندهای ۱ و ۳ ماده ۹، بند ۱ ماده ۱۸، بند ۱ ماده ۲۰، ماده ۲۱، بخش ج ماده ۳۷، بخش (ب) بند ۲ و بند ۳ ماده ۴۰ کنوانسیون حقوق کودک پیش‌بینی شده است. در دیگر اسناد بین‌المللی نیز بر این معنا تأکید شده است. برای نمونه، بند ۱-۱۷ حداقل قواعد استاندارد سازمان

ملل متحد برای دادرسی ویژه نوجوانان (مقررات پکن، ۱۹۸۵) مقرر می‌دارد: «مصلحت نوجوانان، عامل راهنمای در رسیدگی به پرونده وی خواهد بود». همچنین در بند ۳-۱۰ بخش دوم این مقررات، ذیل عنوان تعقیب و پیگرد قانونی، در این خصوص آمده است: «در برخورد بین دستگاه‌های مجری قانون و نوجوان احترام به جایگاه حقوقی نوجوان و رعایت مصلحت نوجوان در نظر قرار گیرد. از ورود آسیب به نوجوان اجتناب گردد».

دو. اندیشه برچسب‌زنی

الگوی نظری که بستر را برای گرایش جهانی به سیاست‌گذاری‌های تغییر مسیر (منحرف‌سازی یا قضازدایی)، حبس‌زدایی و کیفرزدایی و سرایت اندیشه‌های ترمیمی به حوزه بزهکاری کودکان، نوجوانان آماده‌سازی کرده، نظریه برچسب‌زنی و تفکرات «هوارد بکر» است. به باور وی، «نظام‌های رسمی عدالت کیفری همواره در کار دردرس‌سازی برای کودکان و نوجوانان بوده و با راه‌اندازی نمایشی رسواگر در قالب محکومیت و الصاق برچسب‌های معنادار، سبب تقویت و تکرار رفتارهای مجرمانه می‌شوند» (آقایی، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۷).

نظام دادرسی اطفال و نوجوانان به عنوان مجموعه افراد و نهادهایی که در برخورد با ارتکاب جرایم کودک و نوجوان مشارکت دارند به عنوان مرجع الصاق‌کننده برچسب مجرمانه، بیشترین نقش را در فرایند پیش گفته، بر عهده دارند چرا که فرد موردنظر را به خود وی و همچنین به محیط اطرافش به عنوان یک فرد بزهکار معرفی می‌کنند. هر چند نقش والدین، اولیاء مدارس و سایر افراد مرتبط با کودک و نوجوان نیز در تثبیت شخصیت مجرمانه و منحرفانه قابل توجه است، اما بیش از همه، در این ارتباط نحوه برخورد دستگاه عدالت کیفری با بزهکاران کم‌سن و سال اثرگذار است (سالاری، ۱۳۹۳، ص. ۱۶).

اسناد سازمان ملل در این زمینه پا را فراتر نهاده و برچسب‌زنی به هر عنوان را برای طفل خطرناک توصیف نمودند و در این زمینه اذعان می‌دارد: «باید آگاهی داشت که به عقیده کارشناسان برچسب‌زنی زیر عناوین منحرف، بزهکار و بزهکار بالفطره به یک شخص جوان غالباً موجب می‌شود که الگوی رفتاری ثابت و ناپسند برای جوانان پدید آید» (ماده ۵ مقررات ریاض) و تأکید می‌نماید که: «حق نوجوانان برای داشتن زندگی

خصوصی در همه مراحل باید مراعات گردد تا از ورود آسیب ناشی از پدید آمدن جاروجنجال‌های نابجا یا برچسب‌زدن جلوگیری شود» (ماده ۱-۸ قواعد پکن).
به همین منظور نیاز است که با عنایت به دستاوردهای نظریه برچسب‌زنی که در خصوص نظام دادرسی کیفری اطفال و نوجوانان، ارزشمند و حائز اهمیت دانسته شده به صورتی که در مقررات بین‌المللی مرتبط با نوجوانان انعکاس یافته، به طراحی سیستمی هدفمند، منضبط و هماهنگ و در راستای الگوی جایگزین دادرسی کیفری سنتی در باب رسیدگی به بزهکاری اطفال و نوجوانان پردازیم، به نحوی که از اولین مرحله، دغدغه هر یک از مسئولان و دست‌اندرکاران امر، ارائه متناسب‌ترین پاسخی باشد که از کمترین ظرفیت بدنام‌سازی اطفال و نوجوانان برخوردار باشد.

یکی از مهم‌ترین پیامدهای تئوری‌های یاد شده در زمینه دادرسی، قضازدایی در همه سطوح، به ویژه در رسیدگی به بزهکاری اطفال و نوجوانان است. به طور عموم، در ادبیات علمی - مدیریتی نظام عدالت کیفری ایران، «قضازدایی» به مثابه زدایش وصف حقوقی - قضائی و پرهیز از قضاانگاری امور معنا شده است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۹۵، ص. ۱۸)، تا از حجم قضائی شدن رسیدگی به اختلافات و تخلفات، کاسته شود و یا پرونده‌های قضائی شده به مسیری غیر از مسیر عادی، هدایت / منحرف گردد (صادقی، ۱۳۹۹، ص. ۷۴۹).

هر گونه قضازدایی و تغییر مسیر که متضمن رجوع به سازمان‌های خدمات اجتماعی یا سایر خدمات باشد، باید با رضایت کودک و نوجوان صورت پذیرد. مشروط بر آنکه چنین تصمیمی برای ارجاع یک مورد بر طبق تقاضا در معرض بررسی مقام صالحی قرار گیرد. اما این رضایت را نباید به طور معمولی بررسی نمود. زیرا، کودک و نوجوان گاهی از سر درماندگی محض، تن به رضایت می‌دهد و باید دقت نمود تا امکان استفاده از نیروی اجبار یا ارباب در همه سطوح در جریان تغییر مسیر پرونده و قضازدایی به حداقل کاهش یابد. نوجوانان نباید احساس کنند که برای مثال به لحاظ جلوگیری از حضور در دادگاه تحت فشار قرار می‌گیرند یا برای رضایت دادن به برنامه‌های قضازدایی گرفتار اجبار و فشار می‌شوند.^۸

در صورت قضازدایی باید مواردی را جایگزین نمود تا از آن طریق به مسئله رسیدگی شود و به منظور ایجاد تسهیلات جهت رسیدگی به امور نوجوانان از راه

صلاح‌دید و مصلحت‌اندیشی، باید تلاش شود تا برنامه‌های اجتماعی از قبیل راهنمایی و سرپرستی موقت، جبران خسارت و دادن غرامت به بزه دیدگان فراهم گردد.^۹ قضا‌دایی و تغییر مسیر، بستگی به نکات مثبتی دارد که در پرونده‌های افراد موجود است و حتی زمانی که شدیدترین جرم ارتکاب یابد، قضا‌دایی انجام می‌گیرد.^{۱۰} مقام صالح باید اختیار داشته باشد که ادامه دادرسی‌ها را در هر زمانی که بخواهد متوقف سازد و این قدرت و اختیار متوقف ساختن جریان دادرسی، یکی از خصوصیات ذاتی در پرداختن به امور مجرمان کودک و نوجوان، در مقابل بزرگ‌سالان است. در هر زمانی ممکن است اوضاع و احوالی برای مقام‌های صالح شناخته شود که معلوم سازد که توقف کامل مداخله، بهترین شیوه رسیدگی به موارد حقوقی است.^{۱۱}

سه. پارادایم عدالت ترمیمی

این رویکرد از اوایل دهه ۱۹۷۰ میلادی در برخی کشورهای توسعه یافته جهان نظیر کانادا و آمریکا رواج یافته است. تعاریف متفاوتی از عدالت ترمیمی ارائه شده است ولی یکی از تعاریف پذیرفته شده برای عدالت ترمیمی تعریفی است که از سوی تونی مارشال نویسنده و جرم‌شناس انگلیسی ارائه شده است. در این تعریف آمده است: «عدالت ترمیمی فرایندی است که در آن کلیه کسانی که در خصوص یک جرم خاص سهمی دارند گرد هم می‌آیند تا به طور جمعی درباره چگونگی برخورد با آثار و نتایج جرم و مشکلات ناشی از آن برای آینده تصمیم گرفته، راه‌حلی بیابند» (غلامی، ۱۳۹۸، ص. ۹).

این الگو بر ضرورت اتخاذ تدابیر متوازن برای تأمین نیازهای بزه‌دیدگان، توجه به مسئولیت بزه‌کاران و مشارکت جامعه محلی در فرایند رسیدگی و پاسخ به آثار و نتایج جرایم ارتكابی تأکید می‌کند (غلامی، ۱۳۹۲، ص. ۹۹) در این الگو به دلیل اینکه جرم، اقدامی علیه روابط انسانی به شمار می‌رود عدالت ترمیمی در تکاپو جهت ترمیم و تقویت این روابط مختل شده می‌باشد.

مطالعه کارنامه عدالت کیفری در ربع آخر سده بیستم میلادی - آغاز نیمه دوم سده چهاردهم خورشیدی - جنبه‌های سزادهی و بالینی آن را زیر سؤال برده و در نتیجه، سخن از بحران سیاست جنایی به میان آمد. این بحران، به نوبه خود منجر به رویکرد

انتقادی به مبانی علمی حقوق و عدالت کیفری، یعنی جرم‌شناسی، کیفرشناسی، جامعه‌شناسی و به طور کلی، به علوم جنایی شد؛ چندان که زمینه تولد رویکردهای مطالعاتی جدید مانند جرم‌شناسی صلح‌ساز یا صلح‌جو و بزهدیده‌شناسی فراهم آمد. مشارکت فعال بزهدیده در فرایند کیفری و تعیین‌گونه، میزان و نحوه پاسخ به جرم، با همکاری و گفت‌وگو با مرتکب، مبنای مفهوم‌سازی و سپس حقوقی‌سازی عدالت ترمیمی، به عنوان بدیل یا مکمل عدالت کیفری کلاسیک واقع گردید (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶، ص. ۸۰۱).

هدف اساسی عدالت ترمیمی، مشارکت دادن همه طرفین و ترمیم آثار روحی، جسمی، مالی و منزلتی بزهدیده است که در نتیجه وقوع و تحمل جرم، آسیب‌های گوناگونی دیده است. از آنجایی که یکی از اهداف دنبال شده در عدالت ترمیمی ممانعت از ورود بزهدیده به سیستم عدالت کیفری می‌باشد، به نوعی همین افراد را که در معرض خطر تکرار بزهکاری یا بزهدیدگی قرار می‌گیرند مورد حمایت قرار می‌دهد و استفاده از این الگوها توسط پلیس در فرایند رسیدگی می‌تواند ضمن جبران ضرر و زیان وارده به بزهدیده، از ورود اطفال و نوجوانان به فرایند رسمی دادرسی نیز جلوگیری نماید.

در پیوند با این پارادایم، می‌توان به نظریه خنثی‌سازی که توسط متزا^{۱۱} مطرح گردید، نیز توجه کرد. این نظریه، اثر قابل ملاحظه‌ای بر غنای عدالت ترمیمی و تکمیل اندیشه‌های عدالت ترمیمی داشت. این نظریه به ویژه در مورد دادرسی ترمیمی و میانجی‌گری کیفری و مدل‌های مختلف آن یک زیربنای فکری محسوب می‌گردد. تئوری فوق‌الذکر حاکی از آن بود که مجرمان به هنگام ارتکاب جرم، برای اینکه تصویر ذهنی قبیح جرم را از ذهن بزدايند و آسان‌تر مرتکب جرم گردند و همچنین آن را فراموش کرده یا از اثرات ذهنی آن بر خود بکاهند، از روش‌های خاص خنثی‌سازی استفاده می‌کنند (بارانی و یاراحمدی، ۱۳۹۶، ص. ۱۳۵).

در فرایندهایی مشابه آموزه‌های عدالت ترمیمی، نشست‌های خانوداگی و میانجی‌گری؛ با گفت‌وگوی متقابل بزهدیده و بزهکار و شرح داستان بزهدیدگی و شرح وقایع و حقایق مربوط به آن و شرح اثرات جرم بر بزهدیده و خانواده‌اش، تصویر واقعی و حقیقی بزهدیده در ذهن بزهکار، ترسیم شده و احساسات و وجدان، حس یکدلی و همدردی و حس

مسئولیت و پاسخ‌گویی را در وجود بزه‌کار احیاء و بازسازی می‌کند و باعث مسئولیت‌پذیری آگاهانه بزه‌کار و تصمیم‌وی به تصحیح و جبران خطاها می‌گردد (عباسی، ۱۳۸۲، ص. ۹۵).

با این اوصاف الگوهای جایگزین دادرسی کیفری اطفال و نوجوانان فرصتی است تا بر مبنای فنون خنثی‌سازی؛ طفل و نوجوان بزه‌کار دوباره با همان توجیحات پیشین به دنبال جرم نروند. در جریان این برنامه‌ها، طفل و نوجوان بزه‌کار متوجه می‌شود ضرری که مورد انکار وی بود، واقعاً وارد شده است؛ بزه‌دیده‌ای که وی منکر او بود، عملاً وجود دارد؛ مسئولیتی که او آن را انکار می‌کرد، قابل انکار نیست؛ محکوم‌کنندگانی که وی آنها را ناپاک و ریاکار می‌دانست، مبرا از این اتهاماتند و تعهدات و اعتقادات بالاتری که او به آنها استناد می‌کرد، از چنین جایگاه والایی برخوردار نیستند. همه اینها در طول فرایندهای خارج از سیستم دادرسی ممکن است رخ دهند.

بند دو: جلوه‌های جایگزین دادرسی کیفری اطفال و نوجوانان

ارزیابی اولین مرحله برای تعیین مناسب بودن مورد برای اقدامات جایگزین است. هر مورد باید به صورت جداگانه در نظر گرفته شود و عوامل مؤثر در رفتار متخلف باید ارزیابی شوند تا مشخص شود آیا استفاده از اقدامات جایگزین، مناسب است یا خیر. قبل از اقدامات جایگزین، باید تعدادی از معیارها در نظر گرفته شود:

۱- کسانی که ارزیابی را انجام می‌دهند باید بتوانند شرایط شخصی کودک، خود جرم و عواملی را که باعث ایجاد آن شده‌اند را ارزیابی کنند.

۲- این اقدامات نباید وسیله‌ای برای فرار از عدالت شود چرا که معمولاً به جرایم بار اول محدود می‌شود و به ندرت در خصوص کودکانی که برای بار دوم، جرمی انجام می‌دهند، صورت می‌گیرد اما در صورت تکرار جرم، اقدامات جایگزین انجام نمی‌گیرد.

۳- اقدامات جایگزین برای جدی‌ترین جرائم مانند قتل، تجاوز جنسی، یا سایر مواردی که کودک تهدیدی برای جامعه محسوب می‌شود، مناسب نیست.

۴- در مواردی که هیچ مورد معقولی علیه متهم وجود نداشته باشد، هیچ‌گونه اقدام قانونی یا جایگزین نمی‌تواند انجام شود و پرونده باید مختومه شود.

۵- اقدامات جایگزین، زمانی که کودک تمایل به پذیرش مسئولیت خود نداشته باشد

یا مایل به شرکت در اقدام پیشنهادی نباشد، مناسب نخواهد بود (Penal Reform International, 2013, p. 48).

در کشور جمهوری مالاوی، ارزیابی اقدامات جایگزین نسبت به کسانی که مرتکب جرمی می‌شوند، برای کمک به پلیس استفاده می‌شود. آنها، با والدین کودک و با خدمات اجتماعی ارتباط برقرار می‌کنند و با استفاده از فرم توافق شده با پلیس و مقامات قضائی، کودک را مورد تفحص قرار می‌دهند. مشاور قانونی با غربالگری اولیه، اعلام می‌دارد که اگر کودک، معیارهایی چون اولین مرتبه ارتکاب جرم، تخلف کوچک، اعتراف به گناه را داشته باشد، پیشنهاد استفاده از اقدامات جایگزین را می‌دهد که به دادستانی منتقل می‌شود تا او تصمیم می‌گیرد که در خصوص کودک اقدامات جایگزین صورت گیرد یا خیر. نقش مشاوران قانونی در مالاوی را مأموران خدمات اجتماعی و افسران مراقب بر عهده دارند. مشاوران قانونی همچنین برای اطمینان از محافظت از حقوق کودک در مصاحبه‌های پلیس شرکت می‌کنند (Penal Reform International, 2006).

برای مؤثر بودن اقدامات جایگزین، باید انواع مداخلات و الزامات برای رسیدگی به وضعیت فردی کودک در نظر گرفته شود. تمرکز باید بر روی توان بخشی، اتحاد دوباره و کاهش تکرار جرم باشد. بعضی اوقات، می‌توان تعدادی از این اقدامات جایگزین را به طور هم‌زمان اعمال کرد تا نسبت به کودکانی که مرتکب جرایم جدی‌تر شده‌اند یا به افزایش سطح خدمات، نظارت نیازمندتر هستند، کمک بیشتری بشود. در برنامه‌های جایگزین می‌توان از اقدامات متنوعی بهره‌مند شد تا اطمینان حاصل شود که هر کودک به صورت موردی و با مناسب‌ترین اقدامات برخوردار خواهد شد.

بر اساس تجربه‌هایی که کشورهای مختلف در این زمینه دارند، برای جایگزینی دادرسی در رسیدگی به بزهکاری اطفال و نوجوانان می‌توان گزینه‌های زیر را مورد توجه قرار داد: رویکرد عدم مداخله (نخست)، اخطار رسمی و عذرخواهی از بزه‌دیده (دو)، خدمات حمایتی (سه)، بهره‌مندی از اختیارات پلیس تعاملی (چهار) و نشست‌های خانوادگی (پنج).

یک. رویکرد عدم مداخله

رویکرد حداقل مداخله برگرفته از جرم‌شناسی واکنش اجتماعی^{۱۳} است. این نوع از

جرم‌شناسی با استفاده از رویکردهای چهارگانه خود با عناوین رویکرد تعامل‌گرا یا برچسب‌زنی، رویکرد جرم‌شناسی سازمانی با تشکیلاتی (مهندسی جرم)، رویکرد جرم‌شناسی رادیکال و رویکرد بزه دیده‌شناختی^{۱۴} تأکید بر این موضوع دارند که تا حد امکان از ورود اطفال و نوجوانان به فرایند دستگاه عدالت کیفری جلوگیری شود. در این نوع جرم‌شناسی جنبه‌های مختلفی نظیر عمل قانون‌گذاری (جرم‌انگاری و وضع مجازات)، کارکرد نهادهای پلیسی و ضابطین قضائی، کارکرد نهادهای قضائی، کارکرد نهادهای زندان و چگونگی اجرای مجازات مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرند (وروایی و عباسی، ۱۳۹۸، ص. ۹۲).

عدم مداخله یک تاکتیک جایگزین است و در جایی که بعید به نظر می‌رسد کودک، مرتکب جرم شود و رفتار ارتكابی خود را تکرار نکند و آن را ترک نماید، استفاده می‌شود. این تصمیم ممکن است توسط دادستان و یا دادرس دادگاه صورت گیرد. تکنیک عدم مداخله، ممکن است همراه با یک دوره آزمایشی اعمال شود و در طول این مدت، در صورتی که کودک به جرم دیگری محکوم نشود، هیچ اقدامی انجام نمی‌شود. در اتریش اگر جرمی که کودکان به آن متهم می‌شوند، مجازات بیش از پنج سال حبس ندارد، دادستان می‌تواند از تکنیک عدم مداخله بهره‌مند شود و رسیدگی به پرونده را متوقف کند، مگر اینکه اقدامات جدی‌تری، به ویژه از نوع اقدامات جایگزین مورد نیاز باشد. به همین ترتیب، در آلمان، در موارد جرایم کوچک، دور نگه داشتن کودک از سیستم عدالت کیفری بدون مجازات ضمیمه شده (یعنی عدم مداخله) در اولویت قرار دارد (Bruckmuller in Junger-Tas & Decker, 2006, p. 12).

بر این اساس، توسعه صلاحیت مراجع غیرکیفری مانند مدارس در رسیدگی به بزه‌های خرد اطفال و نوجوانان، پیشگیری از وقوع جرایم، افزایش امکان مشارکت خانواده‌ها در قالب نشست‌های گروهی خانوادگی، گسترش امکان اعمال صلاح‌دید پلیس و دادرس در عدم ارجاع برخی قضایای مربوط به بزهکاری اطفال به دادگاه، از جمله اقدامات مربوط به اجرای الگوی حداقل مداخله به شمار می‌رود (غلامی، ۱۳۹۲، ص. ۹۷).

بر مبنای این الگو، نظام عدالت کیفری حتی‌الامکان نباید به جرایم کم‌اهمیت اطفال و نوجوانان ترتیب اثر نشان دهد. زیرا هر چند که پلیس، دادرس و حتی دادگاه

تلاش‌هایی را در جهت تغییر مسیر فرایند رسمی دادرسی ایجاد نمایند لیکن استفاده از برنامه‌های جایگزین به منظور بازپروری اجتماعی نیز ممکن است منجر به گسترده‌تری شبکه‌های جرم شوند. این اقدامات شاید افراد را از سیستم قضائی دور نماید اما بیشتر وقت آنان را در کانون‌های اصلاح و بازپروری تلف می‌کند.

دو. اخطار رسمی و عذرخواهی از بزه‌دیده

اخطار رسمی یک گزینه جایگزین مؤثر برای مجرمان بار اول و غیرجدی است که بلافاصله به جرم خود اعتراف می‌کنند. این اقدام از مبادله بین کودک و پلیس تشکیل شده و در صورت وجود شواهد کافی برای حمایت از تعقیب قضائی، می‌تواند به صورت یک اخطار شفاهی غیررسمی یا یک اخطار رسمی‌تر باشند. مجرم (و یا والدین یا سرپرست وی) از عنوان قانونی مربوط به جرم و مجازات احتمالی در صورت تعقیب در سیستم عدالت رسمی مطلع می‌شوند.

طبق سیستم فرانسوی، دادستان می‌تواند کودک را از دادرسی رسمی دور نگه دارد و از پلیس بخواهد آن را انجام دهد. جایی که یک افسر پلیس حکم مجازات جرمی که کودک مرتکب شده است، را به او و والدینش اطلاع می‌دهد. این مورد معمولاً بیشترین اقدام جایگزین در فرانسه است که بین ۶۶ و ۷۰ درصد از کل پرونده‌های مشمول اقدامات جایگزین از پیگرد قانونی در سال ۲۰۰۶ را تشکیل می‌دهد (Dunkel et al. 2010).

از عذرخواهی می‌توان در محیط‌های عدالت کیفری بهره‌مند شد^{۱۰}، چرا که به دلیل مطرح کردن مستقیم بزه و جرم، می‌تواند به قربانیان و بزه‌کاران کمک شایانی بکند. همچنین مجرمانی که مستقیماً با یک عذرخواهی واقعی که شامل پذیرش مسئولیت است، جرم و عمل خطای خود را مطرح می‌کنند، در فرایند عذرخواهی با قربانیان ارتباط عاطفی برقرار کرده که به آنها امکان می‌دهد، آسیب‌های ناشی از آنها را درک کنند که به نوبه خود می‌تواند منجر به کاهش تکرار بزهکاری شود (Scheff, 1998, p. 7).

علاوه بر این، فرایند عذرخواهی یک ارتباط و فرصتی برای بزهکاران فراهم می‌کند تا با شنیدن داستان بزه‌دیده، متوجه صدمه‌ای که وارد کردند، بشوند. در ابتدا، شنیدن اینکه چه صدمه‌ای وارد کرده است، منجر به انتساب منفی جرم به خود شود که از طریق عذرخواهی، می‌توان این برچسب‌های منفی را با نسبت‌های مثبت جایگزین کرد،

این می‌تواند به نوبه خود به انگیزه مجرم برای بهتر شدن و عدم تکرار جرم و آزرده‌گی خاطر وی کمک کند. از طرفی دیگر، قربانیانی که از آنان عذرخواهی می‌شود و نسبت به مجرمینی که تقصیر جرم را به عهده گرفته‌اند، ممکن است بتوانند نگرش خود و احساس سرزنش نسبت به مجرم را اصلاح کنند و در پی آن، عصبانیت و خشونت خود را نسبت به مجرم کاهش دهند.

سه. خدمات حمایتی

در صورت ضروری یا مناسب دانستن، ممکن است کودکی به خدمات پشتیبانی محلی یا انواع خاصی از کمک‌ها ارجاع شود. این می‌تواند شامل مشاوره، درمان مصرف مواد یا کلاس‌های آموزشی، مهارت‌های آموزشی یا مقابله‌ای با رفتارهای رنج‌آور آنها مانند مدیریت خشم یا حل مسئله باشد. هدف از این اقدامات آن است تا علت رفتار کودک را مشخص و به روشی سازنده با آن مقابله کنند. جمهوری چک پروژه‌ای را برای مداخله زودهنگام برای افرادی که به موجب جرایم خرد جنایی دستگیر می‌شوند، اجرا کرده است. همکاری سریع بین پلیس، خانواده کودک و خدمات اجتماعی وجود دارد که مستقل از هر گونه فرایند کیفری، مشاوره و سایر خدمات را به کودک ارائه می‌دهند (European Crime Prevention Network, 2006).

در ایتوپی، برنامه اصلاح جامعه محور، از اقدامات جایگزین توسط پلیس در مواردی که کودک ۹-۱۵ ساله مرتکب تخلف اول یا کوچک شده است، پشتیبانی می‌کند. این برنامه، پلیس، مددکار اجتماعی، خانواده‌ها، کودک و دیگر افراد کلیدی (از جمله معلمان) را گرد هم می‌آورد تا از کودکان در مراکز اجتماعی به صورت فشرده و فردی پشتیبانی کند. پشتیبانی شامل کمک تحصیلاتی، فرصت‌های شغلی و حمایت از والدین در مهارت‌های خوب فرزندپروری و همچنین فرصت‌های تفریحی است. همچنین مراکزی وجود دارند که ارائه‌دهنده خدمات کارآموزی می‌باشند. هر مرکز به طور روزانه توسط یک داوطلب آموزش‌دیده، اداره می‌شود که تحت نظارت یک مددکار اجتماعی و رهبر تیم هستند. داوطلبان عمدتاً مردانی جوان هستند که حداقل تحصیلات دبیرستان خود را به پایان رسانده‌اند و از جمله وظایف آنها می‌توان به اطمینان از آمدن کودکان به برنامه‌های تعیین شده، حضور در مدرسه و کار برای بهبود

رابطه با خانواده و جامعه خود اشاره کرد. مدت زمانی که کودک در این برنامه می‌گذراند توسط مددکار اجتماعی به صورت موردی تعیین می‌شود. به طور متوسط، کودکان در روزهای هفته حدود سه ساعت در روز آخر هفته و از شش ماه تا دو و نیم سال در مرکز می‌مانند. ارزیابی توان‌بخشی کودک براساس حضور در مدرسه، عملکرد آموزشی، ارتباط با خانواده، حضور و مشارکت در مرکز و مراقبت و نگرش شخصی کودک است (Save the Children, 2005).

در هند مرکز ترک اعتیادی وجود دارد که تحت مدیریت انجمن حمایت از جوانان و توده‌ها، یک سازمان غیردولتی مستقر در دهلی، برای کودکانی طراحی شده است که در نتیجه اعتیاد به مواد مخدر و جرایم مرتبط با مواد مخدر، قانون را نقض می‌نمایند. در حالی که سازمان غیر دولتی (NGO) نزدیک به ۳۰ سال در این زمینه کار می‌کرد، مرکز ترک اعتیاد در سال ۲۰۱۱ تأسیس شد. از آن زمان این مرکز خدمات خود را به کودکان ۸ تا ۱۸ سال (هر چند عمدتاً آن‌هایی که از ۱۴ تا ۱۶ سال دارند) که با مصرف مواد که آنها را به فعالیت مجرمانه سوق می‌دهد، ارائه می‌دهد. کودکان پس از دستگیری از طریق شورای عدالت نوجوانان به این مرکز ارجاع می‌شوند. خدمات ارائه شده توسط این مرکز شامل سم‌زدایی، راهنمایی و مشاوره، مراقبت، سوادآموزی، روان‌درمانی، آموزش مهارت‌آموزی، فعالیت‌های تفریحی و جلسات ناشناس مواد مخدر و مشروبات الکلی است. این مرکز در ارائه خدمات، با سایر آژانس‌ها، به عنوان مثال، آموزش مهارت مکانیکی، آموزش تولید مواد غذایی نیز همکاری می‌کند (PRI blog post, 2013).

چهار. بهره‌مندی از اختیارات پلیس تعاملی

برنامه‌های خوب جایگزینی به پلیس اجازه می‌دهد تا از انواع این اقدامات استفاده کند تا اطمینان حاصل نماید که هر کودک مورد به مورد درمان می‌شود و مناسب‌ترین اقدامات برای تأمین نیازهای آنها و رسیدگی به تخلفی که مرتکب شده‌اند، در نظر گرفته شده باشد.

در هلند، پلیس اقدامات اختیاری زیادی دارد که می‌تواند برای دور نگه داشتن کودکان از سیستم رسمی دادرسی کیفری انجام دهد. آنها می‌توانند:

۱- اقدامات بعدی کیفری را متوقف کرده و پرونده کودک را به خدمات پشتیبانی

ارجاع دهند.

۲- اخطار کلامی یا کتبی صادر کنند و یا توبیخ نمایند و پرونده به همین جا ختم شود و دیگر اقدامی صورت نگیرد.

۳- اگر کودک به جرائمی مانند: تخریب، خسارت اموال یا سرقت‌های کوچک متهم شوند، پلیس می‌تواند آنها را به مراکزی خاص ارجاع دهند.

این کودک در یک سند مکتوب به وی پیشنهاد می‌شود که باید دقت کند که این برنامه داوطلبانه است که در آن حداکثر ۲۰ ساعت کار، جبران خسارت یا ترکیبی از این دو انجام می‌شود. در عمل، تعداد کمی از کودکان موظف به انجام بیش از ده ساعت کار هستند. پس از اتمام برنامه با بازخورد مثبت تیم مستقر در مرکز، پلیس به نوجوان و دادستانی اطلاع می‌دهد که اتهامات کودک منتفی است (Hauber, HALT, 2005).

در اوگاندا، بر اساس قانون کودکان ۲۰۰۰، بازداشت کودکان آخرین اقدام محسوب می‌شود و مطابق با این اصل، افسران پلیس اختیارات گسترده‌ای برای آزادی کودک بدون اتهام رسمی دارند و می‌توانند پرونده را بدون مراجعه به دادرسی رسمی دادگاه، حل و فصل نمایند. علاوه بر این، پلیس برای کمک به رسیدگی به پرونده‌های مربوط به مجرمین کودک، در هر کلانتری، یک واحد حمایت از کودک و خانواده ایجاد کرده است. این واحد با مشاوره و آزاد کردن کودکان پس از دریافت وثیقه، نقش مهمی در ترویج دورنگه‌داشتن کودکان از فرایند دادرسی کیفری بازی می‌کند. این عمل، همچنین در کاهش بار کاری دادگاه خانواده و کودکان با توجه به پرونده‌های کیفری در سطح جامعه تأثیر دارد (African Child Policy Forum, 2007).

پنج. نشست‌های خانوادگی

شایان ذکر است که، مخالفان انتقال اطفال و نوجوانان به فرایند دادرسی کیفری بر این باورند که، نه تنها این نحوه از برخورد منجر به اصلاح رفتار آنان نخواهد شد، بلکه در بسیاری از موارد اثرات نامطلوب ناشی از برچسب‌زنی، موجب بدتر شدن شرایط آنان خواهد شد و ممکن است منجر به بی‌اثر شدن واکنش‌ها و در نتیجه، روی آوردن آنها به تکرار بزهکاری گردد (رضوانی و طاهریان، ۱۳۹۵، ص. ۳۰۷).

از همین رو، در برخی از نظام‌های حقوقی تلاش می‌کنند: برنامه نشست‌های گروهی

خانوادگی، محلی، مدرسه‌ای و امثال آنها را جایگزین نظام سنتی دادرسی و رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان نمایند.^{۱۶} در این راستا، سازمان ملل متحد به عنوان یکی از نهادهای مؤثر و الهام‌بخش سیاست جنایی در عرصه بین‌المللی، در سال ۲۰۰۲ قطعنامه اصول بنیادین استفاده از برنامه‌های ترمیمی و غیردادرسی در امور کیفری را به تصویب رساند و در این سند، بر ضرورت استفاده از برنامه‌های مذکور در امور کیفری به ویژه نسبت به اطفال بزهکار تأکید شده است.

از میان برنامه‌های مختلف عدالت ترمیمی برای بزهکاری اطفال و نوجوانان؛ میانجی‌گری کیفری، نشست خانوادگی^{۱۷}، برنامه صلح و سازش؛ ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و آیین‌نامه میانجی‌گری در امور کیفری مصوب ۱۳۹۵، صرفاً میانجی‌گری کیفری و صلح و سازش را به رسمیت شناخته است. در حالی که بسیاری از نظام‌های حقوقی از جمله در استرالیا و نیوزیلند، علاوه بر آن، برنامه‌های دیگری را مانند نشست خانوادگی پیش‌بینی کرده و قانون‌گذار در قوانین متعدد مثل قانون کودکان، نوجوانان و خانواده‌ها ۱۹۸۹ نیوزیلند، با نهادینه کردن برنامه‌های ترمیمی، تمرکز اصلی را بر کودکان قرار می‌دهد. کنفرانس‌ها، که بر اساس سنت‌های مائوری ساخته می‌شوند، معمولاً متشکل از بزه دیده، حامی بزه‌دیده، بزهکار، اعضای خانواده و حامیان بزهکار، نماینده پلیس و هماهنگ‌کننده عدالت جوانان است که به عنوان یک تسهیل‌کننده عمل می‌کند. هدف از این کنفرانس‌ها کمک بیشتر به خانواده‌ها در روند کار، شناخت نیازهای بزه‌دیده و کمک به برقراری هماهنگی در کل جامعه است. مجازات‌های احتمالی شامل خدمات اجتماعی، عذرخواهی، جبران خسارت یا شرکت در یک برنامه درمانی یا مشاوره‌ای است که در صورت توافق، هیچ اتهامی علیه مجرم مطرح نمی‌شود (Penal Reform International and United Kingdom, 2013, p. 53).

اجرای برنامه نشست خانوادگی، به ویژه برای اطفال و نوجوانان بزهکار قابلیت‌هایی دارد که آن را نسبت به برنامه میانجی‌گری، برتری می‌دهد. نخست آنکه رویکرد نشست، به دلیل امکان مشارکت گسترده و مستقیم کلیه اعضای جامعه محلی و متأثر از جرم ارتكابی، با توجه به نقش مؤثر خانواده در اجرای تصمیمات اتخاذ شده راجع به کودکان بزهکار، موفقیت‌آمیزتر از اجرای برنامه میانجی‌گری کیفری بوده و موجب پاسخگو نمودن اطفال و نوجوانان بزهکار راجع به عمل ارتكابی، به شکل مناسب‌تری می‌شود

(غلامی، ۱۳۹۱: ۱۴۳).

کنفرانس یک فضای محترمانه را برای قربانیان و بزهکاران فراهم می‌کند تا در مورد رفتار متخلف گفتگو کنند. همچنین فرصتی به مجرمان می‌دهد تا اذعان کنند که هنجارهای اجتماعی را نقض کرده‌اند و با قربانیان، برنامه‌هایی را تنظیم نمایند تا آسیب وارده به رابطه آنها و جامعه را، ناشی از رفتار مجرمانه خود، ترمیم نمایند، به عنوان مثال می‌توان فرایند کنفرانس، از عذرخواهی بهره‌مند شد و بزهکار از بزه‌دیده، عذرخواهی نماید.

مزیت روش مذکور این است که به دلیل حضور و حامیان بزه‌دیده، او از مشاوره کافی و حمایت‌های لازم برخوردار است و خود را تنها حس نمی‌کند. از طرف دیگر، بزهکار نیز در همین وضعیت به سر می‌برد. حضور اعضای خانواده و حامیان وی نیز به او در جهت بازپذیری دوباره به اجتماع کمک می‌کند و در صورت ناتوانی بزهکار جهت جبران آسیب‌های وارده به بزه‌دیده، در جهت جبران این آسیب‌ها به او کمک خواهند کرد؛ بنابراین، این نشست‌ها، توانایی بسیار زیادی در حل اختلاف و ایجاد سازش و جبران آسیب‌های وارده به بزه‌دیده و بازپذیری به اجتماع، خواهد داشت. ضمن اینکه این‌گونه نشست‌ها نسبت به میانجی‌گری میان بزه‌دیده و بزهکار تأثیر بیشتری بر اصلاح خواهد داشت؛ از این‌رو امکان ارتکاب بزه در آینده را نیز کاهش می‌دهد (شیری، ۱۳۹۷، ص. ۳۵۳).

در رویه قضائی^{۱۸} هر چند بعضاً ویژگی‌های عدالت‌ترمیمی مشاهده می‌شود، اما آنچه که باعث دستیابی سریع‌تر به اهداف عدالت‌ترمیمی و بازپذیری بزهکار و بزه‌دیده خواهد شد و آرای قضائی ما ملاحظه نمی‌شود، اجرای برنامه میانجی‌گری است، آن هم دور از فضای رسمی دادگاه، با حضور ارکان عدالت‌ترمیمی و هماهنگ‌کننده برنامه میانجی‌گری در مرحله رسیدگی، تا بزهکاران اطفال و نوجوانان بتوانند در مقایسه با دادگاه اطفال، حضور فعال‌تری در آن داشته باشند.

نتیجه‌گیری

عدالت کیفری کودکان و نوجوانان در کشور ما با تصویب قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهدکار در سال ۱۳۳۸، یعنی حدود شصت سال پیش، در ایران متولد شد. لیکن در دهه آغازین انقلاب اسلامی، بر پایه ملاحظات فقهی و در چهارچوب خیزش‌های انقلابی، سیاست‌گذاران جنایی جدید، آن قانون و نیز رویکرد افتراقی به بزهدکاری و عدالت کیفری این قشر از اعضای جامعه را کنار گذاشتند. قانون‌گذار بیش از سی سال بعد، این بار با یک رویکرد علمی و در پرتو تجربه‌های قضائی، آموزه‌های جرم‌شناختی، کیفری و اسناد بین‌المللی سازمان ملل که ایران عضو آنها می‌باشد، با تصویب دو قانون آیین دادرسی کیفری و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در واقع حقوق کیفری کودکان و نوجوانان ایران را به طور نسبی احیا نمود، به گونه‌ای که اکنون مسئولیت کیفری، اقدامات تأمینی، ضمانت اجرای کیفری، مراجع کیفری، آیین دادرسی کیفری و تقنینی به خود گرفته است. با این وجود، علی‌رغم تغییرات در آخرین متن قانونی، شاهد پابرجا بودن سیستم دادرسی شکلی همانند سابق، البته با ملاحظات و تغییراتی در مورد آنها هستیم. اما دغدغه نگارندگان فقدان تأثیر کافی واکنش‌های شکلی تاکنون است که از این رو بر این وا داشته است تا با رویگرداندن از دادرسی کیفری در مورد اطفال و نوجوانان بتوانند هر چه بیشتر این تناسب و نتیجه را برقرار نمایند.

در این مقاله، از یک‌سو، مبانی جایگزین‌های دادرسی اطفال و نوجوانان را مورد بررسی قرار دادیم، و از سوی دیگر، جلوه‌های جایگزین‌ها را برشمردیم. جایگزین‌های دادرسی در رسیدگی به بزهدکاری افراد کم‌سن‌وسال از ضرورت‌های زندگی اجتماعی است و بر پایه اندیشه‌ها و پارادایم‌های مختلف در عرصه علوم جنایی این ضرورت قابل اثبات است. کودکان و نوجوانان از گروه‌هایی هستند که رسیدگی به بزهدکاری آنان، توجه ویژه‌ای را می‌طلبد. درگیر شدن آنان در فرایند رسیدگی قضائی، اثرات مخربی به همراه دارد که می‌توان از راهکارهای جایگزین در مقابله با رفتارهای آنان بهره‌مند شد. استفاده از اقدامات جایگزین در مرحله دستگیری و دوره نگه‌داشتن

کودکان از روند رسیدگی قضائی مورد بررسی قرار گرفت. این اقدامات در قوانین بسیاری از کشورها، پیش‌بینی شده و صورت‌های مختلفی دارد. بهره‌مندی از خدمات حمایتی و روش‌های عدالت ترمیمی به عنوان بخشی از اقدامات جایگزین، می‌تواند از درگیر شدن کودکان در فرایند کیفری جلوگیری کند و با ارائه راهکارهای مختلف به بهبود عملکرد کودک در جامعه پذیری وی و اصلاح رفتارش کمک مؤثری کند.

یادداشت‌ها

1. Utilitarianism
2. Labeling
3. Restorative justice
4. Minimum UN Standard Rules for The Administration of Juvenile Justice (Beijing Rules)
5. Alternatives to criminal prosecution
6. برای اطلاعات بیشتر در زمینه رفاه‌گرایی کیفری: ر.ک: غلامی، ۱۳۹۲، ص. ۹۱؛ مقدسی و فرجیها، ۱۳۹۲، ص. ۱۲۰؛ کم و هادی‌تبار، ۱۳۹۸، صص. ۱۲۴-۱۲۵.
7. آلبرت کوهن منبع اصلی نظریه ترس اخلاقی بود و کارهایش در راستای جرم‌شناسی فرهنگی است. تلاشی که کوهن در راستای زدودن تضادها و پویایی‌های فردی و اجتماعی و پیوند زدن آنها به عمل آورد شایسته تقدیر است و درستی ادعانه‌های که علیه «نظریه چندعاملی» تنظیم کرده است اکنون بیش از همیشه است. مهم‌تر از همه به تعهد خود به درک فرهنگی جرم پایبند بود و پیوسته پیش‌تاز این جریان ماند (هیوارد و دیگران، ۱۳۹۹، ص. ۱۹۸).
8. Beijing Rules, Article(3-11) and (Commentary)
9. Beijing Rules, Article(4-11)
10. Beijing Rules, Article(4-11) and (Commentary)
11. Beijing Rules, Article(4-17) and (Commentary)
12. David matza 1964
- دیوید متزا جرم‌شناس و استاد گروه جامعه‌شناسی دانشگاه کالیفرنیا برکلی می‌باشد. او به عنوان جرم‌شناسی مطرح به مطالعه ویژگی‌های رفتاری مردان جوان پرداخت. بررسی‌های وی در خصوص نوجوانان و جوانان، منجر به شکل‌گیری نظریه بی‌اثری با همکاری گرشام سایکس (Gresham Sykes) گردید (الستی، ۱۳۸۸، ص. ۱۶۵).
13. Social Reaction Criminology

۱۴. برای اطلاعات بیشتر در زمینه بزه‌دیده‌شناسی و انواع آن، ر.ک: کرامتی‌معز، ۱۳۹۹، صص. ۴۲-۴۳.
۱۵. برای اطلاع نقش عذرخواهی در مسئولیت مدنی می‌توانید، ر.ک: اکبری آرائی و دیگران، ۱۳۹۹، صص. ۲۵۱-۲۷۰.
۱۶. کشور نیوزیلند یکی از این کشورها است که از طریق برگزاری جلسات گروه خانوادگی، هشداردهی و قضازدایی مانع از انتقال اطفال و نوجوانان به فرایند دادرسی کیفری می‌شود (نک: (Institute of Criminology Research Team, 2001, pp. 10-28).
17. Family Group Conferencing
۱۸. در آرای قضائی نظیر رأی شعبه ۱۱۸۸ مورخ ۱۳۸۴/۴/۲۱ دادگاه اطفال شهر تهران، متهم ۱۷ ساله‌ای به اتهام ترویج فساد موضوع ماده ۶۳۹ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ دستگیر شده بود. اما دادگاه اطفال با توجه به نوجوانی و اظهار ندامت وی به جبران عملکرد، دستور داد که متهم به جهت آشنایی وی با مباحث رایانه‌ای، در هفته یک روز ملزم به ارائه خدمات رایانه‌ای در معاونت آموزش قوه قضائیه گردد (آشوری، ۱۳۹۹، ص. ۲۳۱).

کتابنامه

۱. آشوری، محمد (۱۳۹۹). عدالت کیفری (۲): مجموعه مقالات. تهران: انتشارات دادگستر.
۲. آقایی، سارا (۱۳۹۵). کاربست ادبیات عدالت ترمیمی در نظام عدالت جهانی کودکان و نوجوانان: مبانی نظری، موانع و ظرفیت‌ها. چکیده مقالات دومین همایش دوسالانه بین‌المللی عدالت ترمیمی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۳. اکبری آرائی، منصور و دیگران (۱۳۹۹). «عذرخواهی به عنوان یکی از شیوه‌های جبران خسارت معنوی در مسئولیت مدنی». فصلنامه حقوقی دادگستری، ۸۴(۱۰۹).
۴. الستی، ساناز (۱۳۹۵). جرم‌شناسان پیشرو. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۵. بارانی، محمد و یاراحمدی، مسعود (۱۳۹۶). ارزیابی اصول عدالت ترمیمی در میانجی‌گری پلیس، دانش‌نامه عدالت ترمیمی (مجموعه مقاله‌های همایش بین‌المللی عدالت ترمیمی و پیشگیری از جرم). زیر نظر محمد فرجیها، تهران: انتشارات میزان.
۶. جهانی‌پور، محمدعلی (۱۳۹۷). دادرسی کیفری اختصاصی «اطفال و نوجوانان بزهکار». تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی.
۷. رضوانی، محمد و طاهریان، میلاد (۱۳۹۵). قضازدایی در عدالت کیفری کودکان و نوجوانان با تأکید بر اسناد بین‌المللی و نظام کیفری ایران، به کوشش حسین‌پور محی‌آبادی،

- مجموعه مقالات در سیاست کیفری کودکان و نوجوانان بزه‌دیده و بزه‌کار، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۸. سالاری، آزلیا (۱۳۹۳). مبانی، اصول و راهکارهای منع برچسب‌زنی در دادرسی کیفری کودکان و نوجوانان معارض قانون. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی). دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.
۹. شیری، عباس (۱۳۹۷). عدالت ترمیمی. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۱۰. صادقی، ولی‌اله (۱۳۹۹). قضازدایی. دانشنامه سیاست‌گذاری حقوقی، به کوشش لعیا جنیدی و امیرحسن نیازپور، تهران: معاونت حقوقی رییس جمهور.
۱۱. عباسی، مصطفی (۱۳۸۲). «عدالت ترمیمی دیدگاه نوین عدالت کیفری». فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، (۹).
۱۲. غلامی، حسین (۱۳۹۱). عدالت ترمیمی. علوم جنایی: مجموعه مقالات در تجلیل از استاد محمد آشوری، تهران: انتشارات سمت.
۱۳. غلامی، حسین (۱۳۹۲). «الگوها یا گونه‌های عدالت کیفری اطفال». آموزه‌های حقوق کیفری، (۶).
۱۴. غلامی، حسین (۱۳۹۸). عدالت ترمیمی. تهران: انتشارات سمت.
۱۵. کرامتی معز، هادی (۱۳۹۹). بزه دیده‌شناسی کودکان در شبکه‌های مجازی. تهران: انتشارات دادگستر.
۱۶. کم، بهروز و هادی تبار، اسماعیل (۱۳۹۸). «الگوهای حاکم بر دادرسی اطفال و نوجوانان در حقوق کیفری نوین ایران». فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، ۲۴ (۸۵).
۱۷. مقدسی، محمدباقر و فرجیها، محمد (۱۳۹۲). «بسترهای ظهور عوام‌گرایی کیفری». مجله حقوق تطبیقی، (۲۵).
۱۸. مؤذن‌زادگان، حسنعلی (۱۳۹۷). دیباچه در دانشنامه عدالت کیفری اطفال و نوجوانان: دیدگاه‌ها، مدل‌ها و گرایش‌های بین‌المللی. به کوشش تیمورث بشیریه، تهران: نشر نگاه معاصر.
۱۹. مؤذن‌زادگان، حسنعلی؛ کوشکی، غلامحسین؛ بارانی، محمد و یاراحمدی، حسین (۱۳۹۵). «قضازدایی پلیسی در قبال اطفال و نوجوانان بزه‌کار مطالعه تطبیقی نیوزیلند کانادا و ایران». فصلنامه پژوهش‌های دانش انتظامی، سال هجدهم، (۳).
۲۰. نجفی ایرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۶). بسترهای اجتماعی و حقوقی عدالت ترمیمی در ایران. دانش‌نامه عدالت ترمیمی (مجموعه مقاله‌های همایش بین‌المللی عدالت ترمیمی و

- پیشگیری از جرم). زیر نظر محمد فرجیها، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۲۱. وروایی، اکبر و عباسی، نیکنژاد (۱۳۹۸). سیر تحول حقوق کیفری اطفال و نوجوانان در ایران. تهران: انتشارات خرسندی.
۲۲. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۹۵). قضازدایی. قم: انتشارات بنیاد فقه و معارف اهل بیت (علیهم السلام).
۲۳. هیوارد، کیت و دیگران (۱۳۹۹). پنجاه متفکر جرم‌شناسی (ترجمه ایوب اسلامیان و دیگران). تهران: انتشارات ثالث.

24. African Child Policy Forum (2007). *Realising Rights for Children: Good Practice, Eastern and Southern Africa*.
25. Blackburn, Simon (2003). *Ethics: A Very Short Introduction*, 1th Ed, Oxford: Oxford University Press.
26. Bruckmuller in Junger-Tas & Decker (eds) (2006). *International Handbook of Juvenile Justice*.
27. Dunkel et al. (2010). *Juvenile Justice Systems in Europe: Current Situation and Reform Developments*, Junger-Tas et al, International Handbook of Juvenile Justice.
28. European Crime Prevention Network (2006). *A Review of good practices in Preventing Juvenile Crime in the European Union*.
29. Hauber, A. HALT (2005). *An alternative intervention for light-delinquent juveniles in the Netherlands, 2007*; IPJJ, Protecting the rights of children in conflict with the law.
30. Institute of Criminology Research Team (2001). *Police Youth Diversion: Report to Youth Aid Officers*. New Zealand.
31. Minimum UN Standard Rules for The Administration of Juvenile Justice (Beijing Rules).
32. Penal Reform International, and United Kingdom (2013). *Protecting Children's Rights in Criminal Justice Systems: A Training Manual and Reference Point for Professionals and Policymakers*.
33. Penal Reform International, Index of Good Practices in Reducing Pre-trial Detention, (2006). *Penal Reform International*. Index of Good Practices in Providing Legal Aid Services in the Criminal Justice System.
34. PRI blog post (2013). *Sahyog De-addiction Centre: Holistic rehabilitation for Delhi's children in contact with the law*, March.
35. Save the Children (2005). *The Right Not to Lose Hope: Children in conflict with the law-a policy analysis and examples of good practice*.
36. Scheff, T. J. (1998). *Therapeutic Jurisprudence Forum: Community Conference: Shame and Anger in Therapeutic Jurisprudence*, Revista Juridica Uuniversidad de Puerto Rico, 67.

دوفصلنامه علمی پژوهش نامه حقوق اسلامی، مقاله پژوهشی، سال بیست و دوم، شماره اول (پیاپی ۵۳)، بهار و تابستان ۱۴۰۰، صص. ۱۱۵-۱۵۴

تحلیلی بر مجازات تبعی ارتداد از دیدگاه فقه اسلام و قوانین کیفری ایران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۲۲

مرضیه ناصری*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۳۰

داود داداش نژاد دلشاد**

مرتضی براتی***

چکیده

براساس قانون مجازات اسلامی و دیدگاه حقوق دانان مجازات‌ها به سه دسته تقسیم می‌شوند. مجازات اصلی مجازاتی است که قانون برای هر جرمی در نظر گرفته و باید در حکم دادگاه قید شود. مجازات تکمیلی که عمدتاً به صورت اختیاری است. بدین نحو که در صورت عدم کفایت مجازات اصلی مجرم را به مجازات تکمیلی محکوم می‌نماید. مجازات تبعی که این مجازات‌ها به تبع مجازات اصلی در مورد مرتکب اعمال می‌گردد و در دادنامه قید نمی‌شود و قاضی در اعمال مجازات تبعی دخالتی ندارد و این قانون‌گذار است که در برخی موارد و محکومیت‌ها قائل به اعمال مجازات تبعی می‌باشد. از منظر قانون مجازات اسلامی برای اعمال مجازات تبعی علاوه بر قطعی بودن محکومیت کیفری اجرای آن نیز شرط می‌باشد. به عبارت دیگر اعمال مجازات تبعی پس از اجرای مجازات اصلی در جرایم عمدی می‌باشد. مجازات تبعی برگرفته از حقوق عرفی است و در فقه جزایی اسلام و حقوق کیفری آن بابتی تحت عنوان مجازات تبعی پیش‌بینی نشده است. اما در کتب فقه جزا در برخی از جرایم شرعی علاوه بر مجازات اصلی به مجازات تبعی نیز پرداخته است که محرومیت از ارث و محرومیت‌های ناشی از ارتداد از جمله اهم مصادیق خاص مجازات تبعی در نظر گرفته شده است که مقاله مورد نظر به بررسی مجازات تبعی ارتداد از دیدگاه فقه اسلام و نظام جزایی ایران می‌پردازد.

واژگان کلیدی: مجازات تبعی، مجازات تبعی در فقه اسلام، اصول مجازات تبعی، مفهوم ارتداد، ارتداد در فقه اسلام.

* دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی دامغان، دامغان، ایران.

Naseri8757.m@gmail.com

** استادیار دانشگاه آزاد اسلامی دامغان، دامغان، ایران (نویسنده مسئول).

dadashnejaddavood@yahoo.com

*** استادیار دانشگاه آزاد اسلامی دامغان، دامغان، ایران.

mortezabarati@gmail.ir

مقدمه

در نظام فقهی اسلام مجازات‌ها به حدود، قصاص دیات و تعزیرات تقسیم‌بندی شده‌اند و مجازات‌ها در حقوق موضوعه که به اصلی و تکمیلی و تبعی می‌باشد در نظام کیفری فقهی به این نحو وجود نداشته است که یکی از موارد افتراق مجازات‌ها شرعی و عرفی می‌باشد هر چند که مجازات تبعی از مصادیق حقوق عرفی است ولی در فقه اسلام به طور مستقل با بی‌تحت‌عنوان مجازات تبعی وجود ندارد و این مقاله در صدد است تا به مفهوم مجازات تبعی و پیشینه آن و ماهیت و علل پذیرش مجازات تبعی و بررسی یکی از مصادیق آن در فقه اسلام و تمایز آن با حقوق موضوعه بپردازد.

۱. تعریف مجازات تبعی

مفهوم لغوی کیفر تبعی، به این معنا است که مجازات مزبور تابعی از کیفر اصلی است و از ملحقات آن به حساب می‌آید. این مجازات در مفهوم اصطلاحی، کیفری است که پس از صدور حکم اصلی و اجرای آن، به خودی خود اعمال می‌گردد و نیازی به ذکر آن در حکم نیست. مجازاتی که به طور خودکار به بعضی از مجازات‌های اصلی بار می‌شوند، ولو اینکه صریحاً در رأی قید نشده باشند. در تعریفی دیگر آمده است، مجازات تبعی از آثار مترتبه بر محکومیت جزایی است که بدون ذکر در دادنامه، شخص محکوم به حکم قانون ناچار از تحمل آن است. مجازاتی که بدون ذکر آنها در حکم دادگاه به خودی خود به حکم قانون و به تبع مجازات اصلی، محکوم علیه باید آن را تحمل نماید (گلدوزیان، ۱۳۸۰، ص. ۳۹۴).

به نظر می‌رسد در خصوص تعریف مجازات تبعی بین حقوق‌دانان اتفاق نظری وجود ندارد و از سوی دیگر در مقررات تقنینی حاکم در جمهوری اسلامی ایران نیز تعریف لازم‌الاجرائی وجود ندارد. می‌توان گفت «مجازات تبعی باید به مجازات‌هایی اختصاص داشته باشد که به طور خودکار به بعضی از مجازات‌های اصلی بار می‌شود، به طوری که مجازات‌های تبعی آنها را تعقیب می‌کنند و لو اینکه صریحاً در رأی قید نشده باشد».

«مجازات‌های تبعی بدون آنکه نیازی به قید آنها در حکم دادگاه باشد به تبع مجازات اصلی در مورد محکومین اجرا می‌شود (صانعی، ۱۳۷۴، ص. ۲۱۶).

در فقه اسلام به صراحت از مجازات تبعی تعریف نشده است اما از نظر فقهای اسلام، کیفر تبعی «اثر طبیعی حکم به مجازات (است که) دامنگیر متهم می‌شود». به تعبیر دیگر مجازات تبعی بار شده نه بر مجازات اصلی که بر حکم محکومیت بر مجازات اصلی است. از این رو مجازات تبعی به صرف محکومیت شخص به مجازات اصلی بر شخص بار خواهد شد.

برخی از فقهای معاصر معتقدند «کیفر تبعی، کیفری است که مجرم قهراً و خودبه خود بدان می‌رسد و نیازی به حکم حاکم شرع ندارد، چون محرومیت قاتل از ارث و عدم قبول شهادت قذف‌کننده و فسخ نکاح مرتد فطری و تقسیم اموال او بین ورثه» (فیض، ۱۳۶۲، ص. ۲۷). این تعریف را می‌توان موسع‌ترین تعاریف دانست که در آن مجازات تبعی فرع بر کیفر یا تحمل کیفر و یا فرع بر محکومیت به کیفر نیست و حتی می‌تواند فرع بر ارتکاب جرم باشد، مشروط بر اینکه مجازات قهراً و خودبه‌خود و بدون نیاز به درج در حکم بر مرتکب بار شود.

۲. پیشنهاد تقنینی مجازات تبعی

سابقه قانون‌گذاری در مورد مجازات‌های تبعی، به فصل سوم از قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ برمی‌گردد. در ماده ۱۵ همین قانون، ذیل عنوان مجازات‌ها، اقدامات تأمینی، تبعی و تکمیلی موضوع مجازات‌های تبعی به صراحت مقرر شد. مصادیق انحصاری حقوق اجتماعی که در پی محکومیت کیفری، از بزه‌کاران سلب می‌شد، در تبصره ۲ ماده مذکور، بیان گردید. محرومیت از حق انتخاب شدن و انتخاب کردن در مجالس مقننه، محرومیت از عضویت در کلیه انجمن‌ها و شوراهایی که با آرای مردم اعضای آن انتخاب می‌شوند، محرومیت از استخدام در سازمان‌های دولتی و مؤسسات مأمور به خدمات عمومی و... نمونه‌هایی از آنها بودند.

قانون‌گذار در ماده ۱۹ قانون مزبور در خصوص مجازات‌های تبعی ناشی از محکومیت به حبس جنایی و برخی از حبس جنحه‌ای (سرقت - کلاهبرداری و خیانت در امانت)، مقرراتی را به تصویب رسانده بود. در تبصره‌های پنج‌گانه همین ماده، مقررات مرتبط با مجازات‌های تبعی بیان شده بود. مضافاً به اینکه در مواد ۵۷ و ۵۸ قانون مجازات عمومی، نیز مدت زمانی که با گذشت آنها، آثار تبعی محکومیت‌های

کیفری زایل می‌گردید، پیش‌بینی شده بود که در صورت تحقق آن، از محکوم علیه، اعاده حیثیت به عمل آید.

در سال ۱۳۱۸ قانون دادرسی و کیفر ارتش به تصویب رسید. در این قانون هم مقنن موادی را به موضوع مجازات‌های تبعی اختصاص داد. از جمله این مقررات، ماده ۲۹۷ بود که مقرر می‌داشت: خلع درجه و علامات نظامی متضمن عواقب مشروحه پایین است:

- ۱- محرومیت از درجه و حق استعمال علائم آن و لباس نظامی و کلیه نشان‌ها و امتیازات.
- ۲- محرومیت از حق استخدام در ارتش مطلقاً و سایر محرومیت‌هایی که در ماده ۱۵ قانون کیفر عمومی مقرر است.

۳- محرومیت از حقوق بازنشستگی

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، قانون راجع به مجازات اسلامی در سال ۱۳۶۱ به تصویب رسید و جایگزین مواد عمومی قانون مجازات اسلامی ۱۳۰۴ گردید. علی‌رغم اینکه عنوان فصل سوم این قانون به مبحث مجازات‌ها، اقدامات تأمینی و تربیتی، تبعی و تکمیلی اختصاص یافته بود، ولی هیچ‌گونه ذکری از مجازات‌های تبعی به میان نیاورده بود. صرفاً قانون‌گذار در باب تعلیق اجرای مجازات، بند الف ماده ۴۰ قانون مذکور به موضوع محکومیت مؤثر کیفری، به پیروی از بند الف ماده یک قانون تعلیق اجرای مجازات ۱۳۴۶ اشاره کرده بود، اما در این قانون به نحو مشخص، محکومیت‌های مؤثر را تعریف نکرده بود. به همین دلیل، سرانجام قانون‌گذار در سال ۱۳۶۶ در قانون تعریف محکومیت‌های مؤثر، آنها را تبیین نمود.^۱ فقدان تعریف مجازات‌های تبعی و تعیین مصادیق آن، در خصوص اعاده حیثیت نیز ضوابط قانونی وضع نگردید. از این‌رو، نظام سبج کیفری و ثبت سوابق محکومیت‌های جزایی دست‌خوش نابسامانی و آشفتگی شدید گردید.

در سال ۱۳۷۰ با تصویب قانون مجازات اسلامی، باب دوم از کتاب اول به موضوع مجازات‌ها به شکل کلی پرداخته شد. مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی بدون اشاره به اصلی یا فرعی بودن آنها ضمن مواد ۱۲ تا ۲۱ در قانون مزبور به تصویب رسید. در این مواد ضابطه‌ای در خصوص مجازات‌های تبعی بیان نشده بود. از این شیوه استنباط می‌گردید که چه‌بسا قانون‌گذار هنوز به نسخ مجازات‌های تبعی پایبند است. علی‌رغم اینکه قانون تعریف محکومیت‌های مؤثر کیفری، نقش کم‌رنگی از محرومیت‌های

اجتماعی را به نحو محسوسی، دست‌کم در ضوابط تعلیق و آزادی مشروط، ایفا می‌کرد. مقنن برای نخستین بار پس از انقلاب، در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۷۱ مجازات تبعی را به تصریح مقرر کرد. ماده ۴ قانون مزبور، اثر تبعی اخراج از خدمت، در صورت محکومیت شخص نظامی به برخی مجازات‌ها را پیش‌بینی کرده بود. که مقرر می‌داشت پرسنل کادر نظامی که به موجب احکام قطعی دادگاه‌ها به مجازات‌های زیر محکوم شوند از خدمت در نیروهای مسلح اخراج خواهند شد:

- محکومیت یا محکومیت‌های (در صوت تعدد) به حبس غیر تعلیقی زاید بر دو سال،
- محکومیت به حدود،

- محکومیت به سبب ارتکاب جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی،

- محکومیت به سبب ارتکاب جرایم عمدی مستوجب قصاص نفس یا عضو.

تبصره: در صورت وجود شرایط خاص خدمتی و عدم مصلحت اخراج، با تقاضای فرمانده مربوط، دادگاه می‌تواند با ذکر دلایل و تصریح در متن حکم از اجرای اثر تبعی حکم جلوگیری نماید.

در برخی مقررات خاص، از جمله مقررات استخدامی و یا اشتغال، بعضاً به فقدان سابقه محکومیت اشاره شده بود که اساساً با توجه به قانون تعریف محکومیت‌های مؤثر کیفری، سابقه محکومیت به مجازات‌های مندرج در آن قانون؛ امکان داشت از سوی برخی نهادهای عمومی یا دستگاه‌های اداری برخلاف نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری^۲، لحاظ گردد. بنابراین، قانون‌گذار در سال ۱۳۷۷ بر آن شد تا نسبت به اصلاح مقررات موضوع مجازات‌های تبعی، اقدام نماید. وضع ماده ۶۲ مکرر قانون مجازات اسلامی به همین منظور صورت گرفت. به این ترتیب مقنن پس از حدود ۱۶ سال به صراحت مجازات‌های تبعی را پذیرفت و جایگاه این مجازات را در سیاست‌های کیفری، روشن ساخت.

در سال ۱۳۸۲ مقررات قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح، مورد بازنگری قرار گرفت. از جمله اصلاحات صورت گرفته در این قانون، ضوابط مربوط به مجازات‌های تبعی است. در ماده ۱۲ این قانون، اثر تبعی محکومیت نسبت به وضعیت استخدامی

کارکنان نظامی پایور و قراردادی، سیاست‌گذاری شد. به موجب این مقررات کارکنان ثابت که در جرایم عمدی به مجازات حبس غیر تعلیقی بیشتر از پنج سال و یا به مجازات جرایم حدی، جرایم علیه امنیت و یا قصاص محکوم شوند، از زمان قطعیت حکم از خدمت اخراج می‌شوند. در تبصره‌های ۲ و ۳ الحاقی به این ماده با توجه به نوع رابطه استخدامی فرد نظامی، آثار تبعی متفاوتی مقرر شده است.

ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ - محکومیت قطعی کیفری در جرایم عمدی، پس از اجرای حکم یا شمول مرور زمان در مدت زمان مقرر در این ماده محکوم را از حقوق اجتماعی به عنوان مجازات تبعی محروم می‌کند:

الف) هفت سال در محکومیت به مجازات‌های سالب حیات و حبس ابد از تاریخ توقف اجرای حکم اصلی؛

ب) سه سال در محکومیت به قطع عضو، قصاص عضو در صورتی که دیه جنایت وارد شده بیش از نصف دیه مجنی علیه باشد، نفی بلد و حبس تا درجه چهار؛

پ) دو سال در محکومیت به شلاق حدی، قصاص عضو در صورتی که دیه جنایت وارد شده نصف دیه مجنی علیه یا کمتر از آن باشد و حبس درجه پنج.

تبصره ۱: در غیر موارد فوق، مراتب محکومیت در پیشینه کیفری محکوم درج می‌شود لیکن در گواهی‌های صادره از مراجع ذی‌ربط منعکس نمی‌گردد مگر به درخواست مراجع قضایی برای تعیین یا بازنگری در مجازات.

تبصره ۲: در مورد جرایم قابل گذشت در صورتی که پس از صدور حکم قطعی با گذشت شاکی یا مدعی خصوصی، اجرای مجازات موقوف شود اثر تبعی آن نیز رفع می‌شود. یعنی نیازی به سپری شدن مدت مقرر نمی‌باشد.

تبصره ۳: در عفو^۳ و آزادی مشروط، اثر تبعی محکومیت پس از گذشت مدت‌های فوق از زمان عفو یا اتمام مدت آزادی مشروط رفع می‌شود. محکوم در مدت زمان آزادی مشروط و همچنین در زمان اجرای حکم نیز از حقوق اجتماعی محروم می‌گردد.

ماده ۲۶ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد حقوق اجتماعی موضوع این قانون به

شرح زیر است:

الف) داوطلب شدن در انتخابات ریاست جمهوری، مجلس خبرگان رهبری، مجلس

شورای اسلامی و شوراهای اسلامی شهر و روستا؛

- (ب) عضویت در شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام یا هیئت دولت و تصدی معاونت رئیس جمهور؛
- (ج) تصدی ریاست قوه قضائیه، دادستانی کل کشور، ریاست دیوان عالی کشور و ریاست دیوان عدالت اداری؛
- (د) انتخاب شدن یا عضویت در انجمن‌ها، شوراها، احزاب و جمعیت‌ها به موجب قانون یا با رأی مردم؛
- (ه) عضویت در هیئت‌های منصفه و امناء و شوراهای حل اختلاف؛
- (و) اشتغال به عنوان مدیر مسئول یا سردبیر رسانه‌های گروهی؛
- (ز) استخدام و یا اشتغال در کلیه دستگاه‌های حکومتی اعم از قوای سه گانه و سازمان‌ها و شرکت‌های وابسته به آنها، صدا و سیما، جمهوری اسلامی ایران، نیروهای مسلح و سایر نهادهای تحت نظر رهبری، شهرداری‌ها و مؤسسات مأمور به خدمات عمومی و دستگاه‌های مستلزم تصریح یا ذکر نام برای شمول قانون بر آنها؛
- (ح) اشتغال به عنوان وکیل دادگستری و تصدی دفاتر ثبت اسناد رسمی و ازدواج و طلاق و دفتریاری؛
- (ی) انتخاب شدن به سمت قیم، امین، متولی، ناظر یا متصدی موقوفات عام؛
- (ک) انتخاب شدن به سمت داوری یا کارشناسی در مراجع رسمی؛
- (م) استفاده از نشان‌های دولتی و عناوین افتخاری؛
- (ل) تأسیس، اداره یا عضویت در هیئت مدیره شرکت‌های دولتی، تعاونی و خصوصی یا ثبت نام تجارتي یا موسسه آموزشی، پژوهشی، فرهنگی و علمی.
- تبصره ۱: مستخدمان دستگاه‌های حکومتی در صورت محرومیت از حقوق اجتماعی، خواه به عنوان مجازات اصلی و خواه مجازات تکمیلی یا تبعی، حسب مورد در مدت مقرر در حکم یا قانون، از خدمت منفصل می‌شوند.
- تبصره ۲: هر کس به عنوان مجازات تبعی از حقوق اجتماعی محروم گردد پس از گذشت مواعده مقرر در ماده (۲۵) این قانون اعاده حیثیت می‌شود و آثار تبعی محکومیت وی زایل می‌گردد، مگر در مورد بندهای (الف)، (ب) و (ج) این ماده که از حقوق مزبور به طور دائمی محروم می‌شود.

۳. ماهیت مجازات تبعی در فقه اسلام

در نظام کیفری اسلامی که در آن مجازات حسب مورد ممکن است حد، قصاص، دیه و تعزیر باشد این سؤال مطرح می‌شود که با فرض پذیرش مجازات تبعی این نوع مجازات جزء کدام یک از دسته‌بندی‌های مجازات‌های فقهی قرار خواهد گرفت. با توجه به ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی محکومین به قطع عضو در جرایم حدی تا ۳ سال، محکومین به شلاق در جرایم مشمول حد تا دو سال و محکومین به حبس تعزیری تا درجه ۵ غیر از حبس ابد تا دو سال پس از اجرای حکم از حقوق اجتماعی محروم می‌شوند. علاوه بر آن به موجب قوانین مختلف اشخاصی که دارای سابقه محکومیت کیفری مؤثر هستند از یکسری حقوق منع شده‌اند که به موجب قانون تعریف محکومیت‌های مؤثر در قوانین جزایی از جمله موارد محکومیت مؤثر، محکومیت به حد، محکومیت به قطع یا نقص عضو موضوع ماده ۲۵ قانون فوق‌الذکر است و این موارد سلب حقوق جزء کدام یک از انواع مجازات شرعی تلقی می‌شود؟ بی‌شک این نوع محرومیت‌ها را نمی‌توان از باب قصاص و یا دیه دانست و در مجازات‌های حدی نیز با توجه به اینکه نوع و میزان عقوبت در شریعت مشخص شده است در محدوده‌های معین محصور است از این رو حاکم شرع نمی‌تواند از آن محدوده پا را فراتر نهاده و یا کوتاهی کند (محقق داماد، ۱۳۷۵، صص. ۲۰۸ و ۲۰۷). تنها گزینه‌ای که باقی می‌ماند که آن را از بابت تعزیر دانست.

فقه‌های اسلام مجازات اصلی را به چهار قسم حد، قصاص، دیه و تعزیر تقسیم نموده است اما مشخص ننموده‌اند که مجازات تکمیلی و تبعی چه نوع مجازات شرعی محسوب می‌شوند. با عدم تحدید مجازات تعزیری به شلاق می‌توان این قسم از مجازات‌ها را مجازات تعزیری دانست.

در صورتی که مجازات تبعی را از نوع مجازات تعزیری بدانیم ممکن است در جمع آن با مجازات‌های غیر تعزیری اشکال شود. از منظر تقسیم‌بندی مجازات‌ها، به مجازات‌های چهارگانه، این مجازات‌ها در عرض هم هستند و به این معنا خواهد بود که امکان جمع آنها با یکدیگر وجود نداشته باشد و یا تعاریف ارائه شده در خصوص تعزیر به این معنا که «تعزیر در لغت به معنای تأدیب است و از نظر شرع... کیفری است برای پیشگیری از ارتکاب معصیتی که فاعل آن خواه مکلف و غیر مکلف مستحق

حد نبوده و اصولاً مقدار آن تعیین نشده است» (گرجی، ۱۳۸۱، ص. ۱۰۵) و یا «ان کل ذنب لا یوجب الحد فهو موجب للتعزیر» (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۹) می‌تواند دلالت بر عدم قابلیت جمع بین مجازات تعزیری با سایر مجازات‌ها نماید و عده‌ای مطرح کرده‌اند که این امر که قاعده «التعزیر فی کل معصیه» مخصوص گناهانی است که حد ندارد مورد اتفاق همه فقهای امامیه است (کدخدایی، ۱۳۸۷، ص. ۱۳۱).

عدم قابلیت جمع مجازات تعزیر با سایر مجازات‌ها از مسائل نظام کیفری ایران در سال‌های اولیه انقلاب اسلامی بوده است. از این رو است که در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ که در مقام تعیین مجازات تعزیری برای مرتکب قتل عمدی که شاکی نداشته و یا شاکی گذشت نموده است آن را منوط به این دانسته که «اقدام وی موجب اخلال در نظم جامعه یا خوف شده و یا بیم تجری مرتکب بادیگران گردد»، در حالی که به موجب ماده ۲۲۰ «پدر یا جد پدری که فرزند خود را بکشد قصاص نمی‌شود و به پرداخت دیه قتل به ورثه مقتول و تعزیر محکوم خواهد شد» که به موجب ماده اخیر قانون‌گذار جمع بین دیه و تعزیر را منوط به احراز یکی از شرایط مقرر در ماده ۲۰۸ ندانسته است. این امر به این دلیل است که در روایات و کتب فقهی به صورت خاص به تعزیر پدر و جد پدری اشاره شده است ولی در خصوص گذشت شاکی یا مدعی خصوص تصریحی صورت نگرفته است.

البته عده‌ای در خصوص مجازات قصاص به این امر قایل هستند که حق قصاص حقی است که شرع برای مجنی علیه منظور نموده است و به هیچ‌وجه مانع مجازاتی که حکومت برای حفظ نظام اجتماعی برای مرتکبین جرایم منظور می‌کند نمی‌شود و در مقام استدلال نیز چنین مطرح کرده‌اند که جرایم مستوجب قصاص از محرمات الهی هستند و مشمول قاعده «عموم التعزیر لکل عمل محرم» می‌شوند و از طرف دیگر ادله ثابت‌کننده حق قصاص برای مجنی علیه خود مستقل است. ما در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ تا حدودی مجازات تعزیری را در کنار قصاص و حدود پذیرفته است.

از دیدگاه فقهای اهل سنت آن دسته از معاصی که برای آنها حد معین شده نیازی به مجازات تعزیر نیست اما رد صورت اقتضای مصلحت مجازات تعزیر می‌تواند با حد جمع شود (عوده، ۱۹۹۴م، ص. ۱۳۰). در شیعه در مواردی جمع بین حد و تعزیر به

استناد به روایت «سئل ابو عبدالله (علیه السلام) عن نصرانی قذف مسلماً، فقال له: یا زان فقال «یجلد ثمانین جلده لحق المسلم و ثمانین سوطاً الا سوطاً لحرمة الاسلام و یحلق راسه و یطاف به فی اهل دینه لکی ینکل غیره» (حرعاملی، ۱۳۹۱ق، ج ۱۸، ص. ۴۵۰).

در روایتی دیگر نقل شده است: «اتی امیرالمؤمنین بالنجاشی (الحارثی) الشاعر قد شرب الخمر فی شهر رمضان فضربه ثمانین، ثم حبسه ليله، ثم دعا به من الغد فضربه عشرين فقال له: یا امیرالمؤمنین هذا ضربتني ثمانین فی شرب الخمر و هذه العشرون ما هی؟ قال: هذا لتجرؤک علی شرب الخمر فی شهر رمضان» (طائی، ۱۳۸۱، ص. ۱۰).

در ماده ۲۵۲ قانون مجازات اسلامی که به موجب آن سخنی ممکن است هم نسبت به یک شخص قذف نسبت به شخص دیگری توهین و به این امر سبب مجازات حدی و تعزیر با یکدیگر جمع شوند.

۴. اهداف مجازات تبعی

در اسلام مجازات هدف اصلی نیست، بلکه یک وسیله بازدارنده برای مجرم و یا مردم است. به همین جهت در مواردی مجازات علنی است تا اثر بازدارندگی خود را در جامعه ببخشد و نیز از همین روست که در مجازات‌های تعزیری، هر گاه مجرم از طریق دیگری از گناه خودداری و توبه کند مجازات از بین می‌رود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳، ص. ۱۷۷). در مورد مجازات‌ها در اسلام نباید یک هدف و غایت خاص را در خصوص تمامی مجازات‌ها بیان نمود. چهارگونه کیفر پیش‌بینی شده در فقه با توجه به ویژگی‌های خاص خود می‌تواند هر کدام هدف و یا اهداف خاص داشته باشند.

بنابراین هدف اسلام از مجازات گناهکار و جنایتکار زجر و تعذیب او و مجرد تشفی خاطر اولیای دم و مانند این امور نیست (گرجی، ۱۳۸۱، ص. ۶)، چرا که اگر هدف صرف انتقام از مجرم بود بی‌شک با توجه به اعتقاد به جهان‌واپسین در آن جهان امکان اجرای عادلانه‌ترین مکافات‌ها وجود داشته است.

از اعمال مجازات‌های تبعی اهداف متعددی مدنظر است که از مهم‌ترین آنها می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۴-۱. جلوگیری از خطر تکرار جرم

یکی از مهم‌ترین اهدافی که مجازات تبعی دنبال می‌کند تأمین دفاع جامعه در برابر خطر تکرار جرم است. قانون‌گذار با این تدابیر تلاش می‌کند جامعه را در برابر مجرمین خطرناک حفظ کند، زیرا در اینجا فرض بر این است که وجود شخصی که مرتکب جرم شده، در برخی از موقعیت‌های اجتماعی، سیاسی یا مدنی و دخالت او در امور سرنوشت‌ساز جامعه، به جهت دارا بودن حالت خطرناک دفاع جامعه را آسیب‌پذیر می‌سازد. لذا قانون‌گذار سعی می‌نماید با یک اقدام پیش‌دستانه تا حد امکان دست این افراد را از مشاغل و مناسب حساس جامعه کوتاه نماید. اگر مجرمین بتوانند بلافاصله پس از ارتکاب به مثابه افراد ناکرده بزه وارد جامعه شوند و در عرصه اجتماع به ایفای نقش بپردازند ممکن است به علت ضعف فضایل اخلاقی و شایستگی اجتماعی به مصالح و منافع جامعه لطمه وارد نمایند. به این ترتیب قانون‌گذار با پیش‌بینی کیفرهای تبعی در قانون که از مصادیق عمده آن محرومیت از حقوق اجتماعی است اقدام به پیشگیری از تکرار جرم از طریق خنثی‌سازی و طرد مجرمین از جامعه می‌کند. در واقع مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی به عنوان یکی از مهم‌ترین مصادیق مجازات تبعی چه به عنوان مجازات اصلی مورد استفاده واقع شود و چه به عنوان مجازات تبعی و تکمیلی، در هر حال ماهیت آن یک «اقدام تأمینی خنثی‌ساز» می‌باشد. بدین ترتیب در صورت تحقق چنین امری، جنبه حفظ امنیت و مصلحت جامعه بر مصلحت فرد برتری پیدا می‌کند (رهامی، ۱۳۸۰، ص. ۱۲) که نتیجه آن محرومیت مجرم از حقوق خویش است.

۴-۲. حمایت از جامعه

مجرم پس از تحمل کیفر بطور طبیعی باید مدتی کم و بیش در انتظار پذیرش مجدد جامعه به سر برد تا خاطره ناگوار جرم از ذهن جامعه زودده شده و جامعه آن واقعه مجرمانه را به دست فراموشی بسپارد (شکوری نجفی، ۱۳۵۹، ص. ۲۴). فرد مجرم در اثر محکومیت به مجازات خود به خود اعتماد جامعه را از دست می‌دهد تا وقتی که خاطره خیانتش از یادها نرفته، جامعه آمادگی پذیرش وی را نخواهد داشت و طبیعی است که بزهکار از لحاظ صلاحیت اخلاقی و اجتماعی نمی‌تواند با افراد ناکرده بزه در

یک کفه ترازو قرار گیرد، چرا که او با ارتکاب جرم به نوعی باعث بدبینی جامعه به خود شده است.

۴-۳. ارباب شخص مجرم و دیگران

عدالت اقتضاء می‌کند که بین شخصی که برای اولین بار محکوم به مجازات می‌شود و شخصی که برای چندمین بار محکوم به مجازات می‌شود تفاوت وجود داشته باشد. مهمتین هدف در اعمال مجازات‌های تبعی را باید ناتوان‌سازی مجرم دانست که البته در کنار آن می‌توان به اهداف دیگری چون بازدارندگی و نیز اعمال مجازات بر مبنای استحقاق مجرم اشاره کرد. در یک تقسیم‌بندی کلی در سیاست کیفری اسلام برخی از مجازات‌ها به دنبال مبارزه با جرم هستند و به شخصیت بزه‌کار توجه چندانی ندارند و در مقابل برخی دیگر در کنار مبارزه با جرم به شخصیت مجرم نیز نظر دارند. در مجازات‌های گروه نخست هدف عمده حمایت از منافع جامعه است، در حالی که در مجازات‌های گروه دوم علاوه بر منافع جامعه، منافع شخص مجرم نیز مدنظر است. مجازات‌های حدی با ویژگی گروه نخست و مجازات‌های تعزیری با ویژگی‌های گروه دوم مطابقت دارد. مجازات‌های تبعی در فقه بیشتر در قالب مجازات تعزیری شرعی و حکومتی قابل توجیه است و این در حالی است که در فقه «التعزیر بید الحاکم» است و قضات باید از امکان فردی‌سازی مجازات برخوردار باشند. اعمال مجازات‌های تبعی به صورت قهری بر مجرم زمینه را برای فردی‌سازی کیفر از بین می‌برد و با ماهیت مجازات‌های تعزیری در تناقض قرار می‌گیرد و به تعبیر دیگر از حیث اوصاف مجازات‌های تبعی با مجازات‌های حدی قرابت بیشتری دارند.

۵. مبانی پذیرش مجازات تبعی در فقه

آیات و روایاتی در این خصوص وجود دارد که بدون نیاز به ذکر توسط حاکم شرع آثاری را بر محکومیت و یا مجازات شخص بار می‌کنند و یا در مواردی به صرف ارتکاب جرم توسط شخصی و حتی بدون نیاز به صدور حکم توسط حاکم، آثاری بر ارتکاب جرم بار می‌شود اشاره نمود. به عنوان مثال به موجب آیه ۴ سوره مبارکه نور، مرتکبین جرم کذب از حق ادای شهادت محروم خواهند شد که این محرومیت با توجه

به نص آیه «ولا تقبلوا لهم شهاده ابدا» محرومیتی ابدی خواهد بود و یا در مورد محاربی که حکم به تبعید او داده می‌شود او حق معاشرت و مراوده با دیگران را نخواهد داشت و بر حاکم اسلامی است که به مردم محل تبعید محارب اطلاع دهد که از هر گونه معاشرت با او خودداری کنند یا از حضرت علی (علیه السلام) نقل شده است که در مورد کارمندانی که مرتکب خیانت می‌شوند و به بیت‌المال دست‌درازی می‌کنند فرموده‌اند که علاوه بر اینکه باید آنها را به مقام ذلت و مذلت کشاند باید او را از مقام خود خلع نمود و دیگر مقامی نیز به او داده نشود و عار تهمت به دلیل سابقه سوء بر گردن او گذارده شود. «نصبتہ بمقام المذله و وسمتہ بالخیانه و قلّدتہ عار التهمه» (نهج البلاغه، نامه ۵۳).

مضافاً اینکه پیش‌بینی مجازات تبعی برای افرادی که مرتکب جرایم مهمی می‌شوند و بیم ارتکاب جرم در آینده نیز توسط او وجود دارد امری است که اکثریت نظام‌های حقوق کیفری در راستای تأمین امنیت جامعه پذیرفته شده است و این امر می‌تواند مبنایی برای مشروعیت مجازات تبعی تلقی شود. در این راستا دولت اسلامی نیز جهت تنظیم و اصلاح امور جامعه و رعایت نظم عمومی و مصلحت اجتماع و اداره حکومت به نحو احسن با برکنار ساختن بعضی از اشخاص از مشاغل و موقعیت‌های مجرمانه‌ای که امکان ارتکاب جرم را تسهیل می‌کند از ارتکاب جرایم پیشگیری می‌نماید. در جامعه اسلامی انجام برخی از امور و اشتغال به برخی از مناصب به جهت اهمیتی که دارد مستلزم داشتن عدالت است و به تبع آن کسی که فاقد این وصف باشد نمی‌تواند به آن مشاغل مشغول باشد. ارتکاب معصیت می‌تواند منتهی به زوال وصف عدالت شده و در نتیجه آن شخص نتواند متصدی امور مذکور باشد.

عدالت در دو معنا به کار می‌رود: نخست، معنی‌ای که مانند علم، حلم، وقار و... از جمله صفات فاضله انسانی است. این معنا بیشتر در میان علمای علم اخلاق کاربرد دارد. در این معنا عادل کسی است که دارای این خوی فاضله است و در مقابل آن ظالم قرار دارد که دارای خوی ستمگرانه است. دوم معنایی که به مثابه احسان، احترام و... از افعال انسان است و در بساری از موارد با لفظ انصاف به کار می‌رود و احیاناً در مقابل فسق قرار می‌گیرد. در این معنا مقصود از عدل رعایت امثال تکالیف و وظایف است

(گرجی، ۱۳۷۰، ص. ۱۰۰). اکثریت فقها معتقدند عدالت ملکه انجام واجبات و ترک محرمات است، یعنی انسان به سبب ممارست در انجام واجبات و ترک محرمات به مرحله‌ای از تقوا برسد که در نفس او نیروی قوی و مستحکمی به وجود آمده که او را برانجام تکالیف خود وادار می‌سازد. در صورتی که فسق و گناه از او مشاهده نشده باشد. از نظر آیت‌الله خوئی عدالت همان حُسن ظاهر است (خوئی، ۱۳۶۲، ص. ۸۸). عدالت با ارتکاب معصیت زایل خواهد شد مگر در موردی که منظور از عدالت حسن ظاهر باشد که در این صورت ارتکاب جرمی موجب سقوط عدالت خواهد شد که به نحوی علنی بوده و موجب خدشه به حسن ظاهر شخص شود. بنابر نظر مشهور فقهای امامیه که قائل به قابلیت تعزیر هر فعل حرامی هستند، ارتکاب هر جرمی موجب سقوط عدالت خواهد بود، مگر آن دسته از فقهایی که صرف ارتکاب گناه صغیره را موجب سقوط عدالت ندانند. فقهای شیعه در تمام مواردی که فعل شخص یا قول او حجت و مسقط تکلیف از غیر محسوب شده و نیز در تصدی امانات عدالت را معتبر شمرده‌اند، از قبیل شهادت، قضاوت، رهن و دین، عامل زکات، کارشناسی اموال، تقسیم، نیابت در عبادات، حفظ اموال یتیم غائب و مجانین، قبض حقوق شرعی مالی، تولیت و نظارت در وقف، وصایت اموال یتیم و امامت در مراتب مختلف (عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ص. ۸۷) که در همه مواردی که شخص به عنوان امین در اموال و حقوق عمومی عهده‌دار مسئولیت می‌شود عدالت به عنوان شرط لازم معتبر خواهد بود. اما در اموال و حقوق خصوصی از آنجا که اختیار در دست صاحب مال یا حق است اعتبار عدالت موکول به نظر صاحب مال یا حق است.

برخی فقها برای تجویز تصرفات مالی، عدالت را در کنار رعایت مصلحت شرط دانسته و با فقدان هر کدام از آن دو رشد را منتفی و جواز تصرف را ممنوع دانسته است (طوسی، ۱۴۱۱ق، ص. ۲۸۳). بر این مبنا تصرف در مال غیر اعم از اینکه ناظر به امور خصوصی و یا عمومی باشد با فقدان شرط عدالت ممکن نخواهد بود.

۶. اصول اساسی مجازات تبعی

۶-۱. محرومیت‌های اجتماعی

محکومیت‌های خاص کیفری، دارای آثای تبعی معینی است که به شکل سلب حقوق اجتماعی، نمایان می‌شود.

۶-۱-۱. حقوق اجتماعی

انسان به لحاظ ابعاد وجودی فردی و اجتماعی، از حقوق دوگانه فردی (شخصی) و جمعی برخوردار است. طبیعی است که مفهوم حق یا امتیازی که هر شخص از آن برخوردار است یا به اصطلاح توانایی شخصی بر کسی یا چیزی یا هر گونه ملکیت یا امتیاز که توسط قانون به شخص داده می‌شود و به رسمیت شناخته شده و مورد حمایت قرار دارد.

به این ترتیب، حقوق افراد دارای دو شعبه اساسی است: نخست حقوقی که از لوازم اولیه زندگی جمعی محسوب می‌شود به نحوی که بدون آنها زندگی غیر ممکن است، مثل حق حیات، آزادی، حق مالکیت، تشکیل خانواده و... دوم حقوقی است که به لحاظ اینکه هر شهروند عضوی از جامعه می‌باشد از آن برخوردار است، مانند حق رأی دادن، انتخاب شدن، تجمع و احزاب، عضویت در مجامع و... و از حقوق دسته نخست با نام حقوق مدنی تعبیر می‌شود. حقوق مدنی در معنای سنتی به حقوق ناشی از روابط خصوصی افراد اطلاق می‌گردد، اما در معنای امروزی به مجموعه حقوقی گفته می‌شود که فرد شهروند در مقابل دولت متبوع خود دارد مانند حق تشکیل گروه و جمعیت، حق اشتغال و... از حقوق مدنی به حقوق اجتماعی نیز تعبیر شده است که اساساً شامل حقوق سازمان‌های دولتی در رابطه با افراد جامعه و در ارتباط با یکدیگر، مانند حق انتخاب شدن به وکالت مجلس، حق وزارت و رسیدن به مناصب قضائی.

مقنن در تعریف حقوق اجتماعی، به شرح مندرج در تبصره ماده ۶۲ مکرر قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۷ مقرر داشته است، حقوقی که قانون‌گذار برای اتباع کشور جمهوری اسلامی ایران و سایر افراد مقیم در قلمرو حاکمیت، منظور نموده است و سلب آن به موجب قانون یا حکم دادگاه صالح می‌باشد و صلاحیت‌های خاصی که با ارتکاب جرم، موقتاً از بین می‌رود. صلاحیت‌های مزبور به قابلیت و شایستگی اجتماعی محکوم، مربوط می‌شود. اساساً سلب صلاحیت به معنای ممنوعیت محکوم علیه از

مداخله در فعالیت‌هایی است که قویاً خصیصه عمومی و جمعی دارند. به عبارت دیگر، مداخله در اموری که فاقد خصیصه مزبور بوده و یا صبغه عمومی آنها چندان با اهمیت نیست، منطقاً نباید ممنوع شود. نتیجه اینکه، سلب صلاحیت محکوم علیه: اولاً، موقتی است و ثانیاً، مطلق نیست. نتیجه آنکه، محرومیت‌های اجتماعی در شکل مجازات تبعی، نباید به سلب کلیه حقوق اجتماعی منجر شود. به لحاظ زمانی هم سلب صلاحیت باید موقتی و کوتاه مدت باشد. سلب دائمی حق آثار نامطلوب فزاینده‌ای بر محکوم خواهد داشت. بنابراین، سلب کلیه حقوق اجتماعی و یا سلب دائمی حق واحد، نه مصلحت فرد محکوم است و نه به مصلحت جامعه. از این رو، ضرورت دارد تا قانون‌گذار با تعیین مصادیق مشخص حقوق اجتماعی، سلب همین موارد به عنوان اثر تبعی کیفر، مجاز اعلام دارد، موقتی و نه دائمی بودن آنها را، شرط غیرقابل تردید سلب حقوق مزبور مقرر نماید؛ زیرا کاهش تعاملات جمعی محکوم علیه، به منظور منزوی ساختن وی سیاست‌گذاری نشده است، بلکه هدف عمده، تحصیل تدریجی صلاحیت‌های خاصی است که شخص با ارتکاب جرم و تحمل مجازات، آن را از دست داده است.

«حقوق اجتماعی عبارتست از حقوقی که قانون‌گذار برای اتباع کشور جمهوری اسلامی ایران و سایر افراد مقیم در قلمرو حاکمیت آن منظور نموده و سلب آن به موجب قانون یا حکم دادگاه صالح می‌باشد...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص. ۲۳۰).

باتوجه به اینکه یکی از مصادیق عمده مجازات تبعی در قالب محرومیت از حقوق اجتماعی است این امر موجب شده که عده‌ای در تعریف مجازات تبعی مطرح کنند که «بعضی مجازات‌ها به صورت محرومیت از حقوق اجتماعی اعمال می‌شود، مثل محرومیت از استخدام دولتی یا محرومیت از حق انتخاب کردن یا انتخاب شدن در مجالس مقننه یا عضویت در هیات منصفه یا روزنامه نویسی و این قبیل کیفرها را کیفر تبعی گویند و تعریف آن اثر ناشی از حکم است» (مصاحب، ۱۳۸۳، ص. ۲۶۵۷).

در نقد این تعریف باید گفت که محرومیت از حقوق اجتماعی لزوماً به معنای مجازات تبعی نیست و بین این دو مفهوم رابطه عموم و خصوص من‌وجه وجود دارد و محرومیت از حقوق اجتماعی ممکن است که در قالب مجازات اصلی و تکمیلی نیز صورت بگیرد و از سوی دیگر نیز آن‌گونه که از مباحث بعدی نیز مشخص خواهد شد مجازات تبعی منحصر در محرومیت از حقوق اجتماعی نیست.

۶-۱-۲. محکومیت مؤثر کیفری

اصطلاح دیگری که در ارتباط با مجازات تبعی مطرح می‌شود، اصطلاح محکومیت کیفری مؤثر است که در تبیین آن گفته شده است: «اگر محکومیت آثار کیفری داشته باشد مؤثر است» (ابوالحمد، ۱۳۷۶، ص. ۱۱۰). در اینکه هر محکومیت کیفری می‌تواند واجد اثر یا اثراتی باشد که یکی از آنها تحمل مجازات است جای تردیدی نیست و به نظر می‌آید مقصود از این بیان آثاری غیر از مجازات و یا اقدامات تأمینی و تربیتی مدنظر است، یعنی اگر حکم محکومیت تبعات و آثار قانونی در آینده محکوم داشته باشد آن محکومیت مؤثر به حساب می‌آید. چنین برداشتی از محکومیت کیفری مؤثر با آن دسته از تعاریف مجازات تبعی که مجازات تبعی را فرع بر محکومیت مجرم می‌دانند نزدیک است، با این تفاوت که در محکومیت کیفری مؤثر اشاره صریحی به قهره بودن آن وجود ندارد.

عده‌ای نیز معتقدند که محکومیت مؤثر است که این محکومیت جزء سابقه کیفری محسوب می‌شود و عدم صلاحیت‌هایی از حکم ناشی شده و این محکومیت در تکرار جرم به حساب آید (گارو، بی‌تا، ص. ۷۴۲).

باتوجه به مطالبی که پیرامون تعاریف مطرح شده در مورد مجازات تبعی و مفاهیم مرتبط با آن ارائه شد، این نتیجه حاصل می‌شود که اینکه مجازات تبعی مجازاتی است که خودبه‌خود و بدون لزوم ذکر در حکم دادگاه بر مرتکب جرم اعمال می‌شود مورد اتفاق است که هر چند که محرومیت از حقوق اجتماعی می‌تواند یکی از مصادیق مجازات تبعی باشد ولی مجازات تبعی منحصر به آن نخواهد بود و نکته دیگر آنکه مجازات تبعی می‌تواند به سبب ارتکاب جرم خاص و یا محکومیت به جرم و یا مجازات خاص و یا به سبب تحمل مجازات خاص بر شخص اعمال شود. از این‌رو می‌توان مجازات تبعی را مجازاتی دانست که «به موجب قانون و بدون نیاز به حکم مقام قضایی به سبب ارتکاب جرم خاص یا محکومیت به ارتکاب جرم و یا مجازات خاص و یا تحمل مجازات خاص بر شخص بار می‌شود».

۶-۲. محکومیت اصلی معین

محکومیت به هر نوع مجازاتی دارای آثار تبعی نیست. محرومیت‌های اجتماعی به

عنوان مجازات تبعی، به دنبال محکومیت‌های قطعی معینی اعمال می‌شود. بنابراین، روشن شدن نوع محکومیت، از لوازم اساسی سلب صلاحیت محکومان کیفری است. از طرف دیگر، محکومیت مورد نظر الزاماً باید ناشی از ارتکاب به جرایم عمدی باشد؛ زیرا کسانی که آگاهانه و با سوءنیت اقدام به نقض قانون می‌کنند در قیاس با افرادی که به لحاظ خطا و تقصیر جزایی محکومیت کیفری پیدا می‌کنند، از قابلیت سرزنشی بیشتری برخوردارند. ماده ۶۲ مکرر در خصوص تعیین نوع محکومیت مقرر می‌دارد: ... محکومیت‌های قطعی کیفری در جرایم عمدی به شرح زیر، محکوم‌علیه را از حقوق اجتماعی محروم می‌نماید:

۱- محکومان به قطع عضو و شلاق در جرایم مشمول حد،

۲- محکومان به حبس تعزیری بیش از سه سال،

۳- محکومان به اعدام در صورت توقف اجرای آن.

نوع محکومیت، قانون‌گذار به ناچار از ملاک و معیار مشخص و قابل درکی باید استفاده کند. گاه از ملاک نوع جرم ارتكابی استفاده می‌شود و گاه نوع و میزان مجازات شاخص قرار می‌گیرد. بعضاً هم ممکن است، میزان خطر یا صدمه‌ای که از رفتار ارتكابی بروز می‌کند، معیار قرار گیرد. در ماده ۶۲ مکرر، سیاست کیفری قانون‌گذار به نحوی تنظیم نشده است که نشان دهد از چه معیار مشخصی، پیروی کرده است. از مجموع طبقات پنج‌گانه جرایم، فقط به مجازات حدی و تعزیری اشاره کرده است. در گروه جرایم حدی نیز منحصراً به ماهیت دو نوع مجازات توجه نموده، که شامل قطع عضو و شلاق می‌باشد. حبس بیش از سه سال هم در گروه جرایم تعزیری، مورد حکم قرار گرفته است. از انواع مجازات‌ها نیز به اعدام اشاره شده است.

به این ترتیب، قطع عضو به عنوان مجازات حدی، دارای آثار تبعی است، ولی همین مجازات در مقام قصاص عضو، فاقد چنین آثاری است. تحمل شلاق حدی توسط شخصی که به دیگری نسبت ناروای زنا یا لواط داده است، اثر تبعی دارد، در حالی که تحمل شلاق به واسطه محکومیت به روابط جنسی غیر از زنا یا لواط، فاقد چنین اثری است. صرف نظر از این مطالب، ابهاماتی نیز در خصوص شمول واژه اعدام به قصاص نفس و یا حبس تعزیری به مجازات بازدارنده وجود دارد. با تصویب ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ماده ۶۲ مکرر نسخ گردیده است.

۳-۶. عدم تصریح در حکم

یکی از ویژگی‌های مجازات تبعی، تحمیل آن بر محکوم علیه، بدون ذکر در متن دادنامه محکومیت است. خصیصه مزبور از تعریف این ضمانت اجرا به خوبی قابل استنباط است. عدم تصریح مجازات مذکور، در متن حکم سبب می‌شود تا محکوم علیه پس از ابلاغ رأی، بلافاصله از آن آگاه نشود. چه بسا محکومانی که از وجود چنین کیفری، پس از تحمل مجازات اصلی مطلع خواهند شد.

بنابراین، اعمال کیفر دیگری در قالب محرومیت‌های اجتماعی، پس از تحمل مجازات اصلی، ممکن است نوعی مجازات مضاعف محسوب شود. به موجب اصل ۳۶ قانون اساسی حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد. مجازات تبعی گرچه به واسطه محکومیت به کیفر اصلی و تابع آن مجازات است، اما به دلیل عدم ذکر در دادنامه از جهت انطباق با شرایط اصل ۳۶ محل تردید است.

۴-۶. اجرای محکومیت‌های اصلی

شرط دیگر اعمال مجازات تبعی، اجرای محکومیت اصلی است. بدین توضیح که محکوم علیه نخست باید مجازات مندرج در حکم محکومیت را تحمل کند و سپس مجازات تبعی که همان محرومیت‌های اجتماعی است، به اجرا گذاشته شوند. این ویژگی به صراحت در متن ماده ۲۵ ق.م.ا قید شده و در بندهای سه‌گانه، عبارت «پس از اجرای حکم» به تصریح آمده است. به این ترتیب زمان شروع مجازات تبعی، لحظه پایان محکومیت‌های اصلی خواهد بود. اگر محکومیت اصلی به اجرا گذاشته شود، شروع مجازات تبعی بی‌اشکال است، ولی سؤال این است که، چنانچه محکومیت اصلی به دلایلی اجرا نشود یا مشمول گذر زمان گردد یا درحین اجرا به لحاظ گذشت شاکی و یا استفاده از آزادی مشروط یا عفو، اجرای باقیمانده مجازات متوقف بماند، تکلیف چیست؟ قانون‌گذار در تبصره ۲ و ۳ ماده ۲۵ ق.م.ا در پاسخ به این سؤالات مقرر داشته «در مواردی که عفو مجازات، آثار کیفری را نیز شامل می‌شود، همچنین در آزادی مشروط آثار محکومیت، پس از گذشت مدت مقرر از زمان آزادی محکوم‌علیه، رفع می‌گردد». عفو عام که با وضع قانون همراه است، سبب زوال و سقوط مجازات اصلی و آثار تبعی ناشی از آن می‌شود. اما عفو خاص تنها اجرای حکم را متوقف می‌سازد و تأثیری بر

مجازات تبعی ندارد. مگر اینکه در فرمان عفو به زوال آثار تبعی هم اشاره شده باشد. در خصوص مرور زمان، هر گاه حکم صادر گردیده، ولی اجرا نشده باشد، پس از انقضای موعده مقرر از تاریخ قطعیت حکم، اجرای آن موقوف می‌گردد و در هر حال آثار تبعی حکم به قوت خود باقی خواهد بود. در مورد گذشت شاکی در تبصره ۲ ماده ۲۵ ق.م.ا. مقرر شده «در جرایم قابل گذشت در صورتیکه پس از صدور حکم قطعی با گذشت شاکی، اجرای مجازات متوقف شود، اثر محکومیت کیفری زایل می‌گردد».

نکته دیگر اینکه شرط اجرای مجازات، بیانگر این معنا است که محکوم علیه در حال تحمل کیفر از حقوق اجتماعی محروم نخواهد بود؛ زیرا هنوز زمان پس از اجرای فرا نرسیده است. از آنجا که اجرای مجازات قطع عضو یا شلاق، کوتاه این موضوع در مورد آنها صدق نمی‌کند. اما در خصوص مجازات زندان این سؤال مطرح است که آیا زندانی در حین تحمل کیفر از حقوق اجتماعی محروم است؟ عبارت «پس از اجرای مجازات» ظهور در سلب حقوق اجتماعی به دایره زمانی پس از اتمام کیفر زندان دارد.

۶-۵. مدت محرومیت

محرومیت از حقوق اجتماعی به عنوان مجازات تبعی، نمی‌تواند همیشگی و نامحدود باشد. سلب صلاحیت اجتماعی از بزهکار، حیات جمعی محکوم علیه را به شدت تحت تأثیر قرار می‌دهد. سلب دائمی حقوق مزبور محکوم را دچار مرگ مدنی خواهد ساخت و احتمالاً زمینه‌ساز تکرار جرم خواهد شد. متقابلاً امید به اعاده اعتبار و کسب مجدد صلاحیت‌های اجتماعی، نقش مؤثری در پیشگیری از تکرار جرم خواهد داشت. با امعان نظر به اصل تناسب جرم و کیفر، موقتی و محدود بودن محرومیت‌های اجتماعی، توجیه‌پذیر است.

در ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲ مدت زمان محرومیت اجتماعی اشخاص محکوم به تناوب یک سال، پنج سال و هفت سال مقرر شده است.

۷. مجازات تبعی ارتداد در فقه اسلام

۷-۱. مفهوم ارتداد

۷-۱-۱. ارتداد در لغت

«ارتداد» که از واژه «رد» گرفته شده، در لغت به معنای «بازگشت» است. در فرهنگ دینی، بازگشت به کفر، «ارتداد و رده» نامیده می‌شود (راغب اصفهانی، ۱۳۶۵، صص. ۱۹۲ و ۱۹۳). تمام مذاهب اسلامی از دین برگشتگی را عبارت از کافر شدن از روی عمد و آگاهی می‌دانند و ارتداد را با انکار آن دسته عقاید و احکامی که در اسلام ثابت هستند؛ یعنی رفتارهایی چون اهانت به ساحت مقدس خداوندی یا به پیامبر اکرم (صلی‌الله‌وعلیه‌وآله‌وسلم) و یا مباح شمردن حرام‌ها یا انکار واجبات و همانند آن می‌پذیرند. مذهب تشیع علاوه بر انکار اصول دین، انکار اصول مذهب یعنی انکار امامت و معاد را نیز جزء ارتداد می‌داند.

۷-۱-۲. ارتداد در اصطلاح

یعنی انکار با علم به حقانیت آن ملاک است، بنابراین در صورتی که شخص چیزی از اصول یا ضروریات دین را انکار کند، هر چند چنین انکاری صرفاً در دل باشد و آن را اظهار نکند، ارتداد تحقق می‌یابد و اظهار و اعلام شعار کفر شرط تحقق و ثبوت ارتداد نیست، اما اگر نسبت به اصول دین یا ضروریات آن شک و شبهه داشته باشد، ولی انکار نکند، ارتداد محقق نمی‌شود (صرامی، ۱۳۸۲، ص. ۲۸۱).

۷-۱-۳. ارتداد در قرآن

چند آیه از قرآن موضوع ارتداد مطرح شده است از جمله: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا مَنْ يَرْتَدَّ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَسَوْفَ يَأْتِي اللَّهَ بِقَوْمٍ يُحِبُّهُمْ وَيُحِبُّونَهُ أَذِلَّةٌ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ أَعِزَّةٌ عَلَى الْكَافِرِينَ يُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَأَ يَخَافُونَ لَوْمَةَ لَائِمٍ ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ»؛ «ای کسانی که ایمان آورده‌اید هر کس از شما از دین خود برگردد، به زودی خدا گروهی دیگر را می‌آورد که آنان را دوست می‌دارد و آنان [نیز] او را دوست دارند [اینان] با مؤمنان فروتن [و] بر کافران سرفرازند، در راه خدا جهاد می‌کنند و از سرزنش هیچ ملامت‌گری نمی‌ترسند این فضل خداست، آن را به هر که بخواهد

می‌دهد و خدا گشایشگر داناست» (مائده / آیه ۵۴) و «إِنَّ الَّذِينَ ارْتَدُّوا عَلَيَّ أَدْبَارِهِمْ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُمُ الْهُدَىٰ الشَّيْطَانُ سَوَّلَ لَهُمْ وَأَمْلَىٰ لَهُمْ»؛ «بی‌گمان کسانی که پس از آنکه [راه] هدایت بر آنان روشن شد [به حقیقت] پشت کردند، شیطان آنان را فریفت و به آرزوهای دور و درازشان انداخت» (محمد (صلی‌الله‌وعلیه‌وآله‌وسلم) / آیه ۲۵) که در آنها ارتداد مورد نکوهش قرار گرفته است.

همچنین در آیه «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا يَزَالُونَ يَقَاتِلُونَكُمْ حَتَّىٰ يَرُدُّوكُمْ عَن دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَن دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَٰئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ»؛ «از تو درباره ماهی که کارزار در آن حرام است می‌پرسند، بگو کارزار در آن گناهی بزرگ و بازداشتن از راه خدا و کفر ورزیدن به او و بازداشتن از مسجدالحرام [حج] و بیرون راندن اهل آن از آنجا نزد خدا [گناهی] بزرگ‌تر و فتنه [شرک] از کشتار بزرگ‌تر است و آنان پیوسته با شما می‌جنگند، تا اگر بتوانند شما را از دینتان برگردانند و کسانی از شما که از دین خود برگردند و در حال کفر بمیرند، آنان کردارهایشان در دنیا و آخرت تباه می‌شود و ایشان اهل آتش‌اند و در آن ماندگار خواهند بود» (بقره / آیه ۲۱۷).

۷-۱-۴. ارتداد در روایات

در منابع روایی، اعم از کتب حدیث شیعه و اهل سنت احادیثی چند از قول و فعل پیامبر و دیگر بزرگان دینی درباره مجازات مرتد نقل شده است (محقق داماد، ۱۳۷۵، ج ۷، صص. ۴۴۳ و ۴۴۴).

الف) روایات اهل بیت (علیهم‌السلام)

موتقه عمار ساباطی از امام صادق (علیه‌السلام): «کل مسلم بین المسلمین ارتد عن الاسلام و جحد محمداً نبوته و کذبته، فان دمه مباح»؛ «هر مسلمانی بین مسلمانان از اسلام برگردد و انکار عالمانه پیامبر کند و او را تکذیب نماید، خون او مباح است» (محقق داماد، ۱۳۷۵، ج ۷، صص. ۴۴۳ و ۴۴۴).

ب) روایات اهل سنت

ترمذی با سند صحیح از نظر عامه از سهل بن حنیف از عثمان بن عفان از رسول الله (صلی الله علیه و آله وسلم) نقل می‌کند: «لایحل دم امرئ مسلم إلا باحدی ثلاث: زناً بعد احصان، أو ارتد بعد اسلام، أو قتل نفس بغیر حق» (ترمذی، ۱۳۷۲، ج ۴، ص. ۴۶۰).

۲-۷. انواع مرتد

۱-۲-۷. مرتد فطری

کسی است که پدر یا مادرش، هنگام انعقاد نطفه وی مسلمان بوده‌اند و او بعد از بلوغ، آیین اسلام را پذیرفته و سپس به کفر روی آورده است؛ برخی از فقها مانند شهید ثانی در «مسالك الافهام» اسلام حکمی به علاوه کفر بعد از بلوغ را برای تحقق مرتد فطری کافی دانسته‌اند (صاحب جواهر، ۱۳۷۰، ج ۶، صص. ۴۸۸ و ۴۸۹؛ ج ۴۱، ص. ۶۰۱). منظور از اسلام حکمی این است که فرزند نابالغ از جهت اسلام و کفر تابع پدر و مادر است. پس اگر حداقل یکی از آن دو مسلمان باشند، فرزند نیز در حکم مسلمان است، ولی نظر غالب فقها مخالف این است و اسلام حکمی را برای جریان حکم ارتداد کافی نمی‌دانند.

۲-۲-۷. مرتد ملی

کسی است که پدر و مادرش، هنگام انعقاد نطفه وی کافر بوده‌اند و او بعد از بلوغ، اظهار کفر کرده است. سپس مسلمان شده و بعد از آن دوباره به کفر بازگشته است (خمینی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص. ۴۹۹).

۳-۷. مجازات ارتداد

۱-۳-۷. در فقه امامیه

الف) کیفرهای مرتد فطری از نظر امامیه

امامیه مجازات‌های مرد و زن مرتد فطری را متفاوت می‌دانند؛ زیرا به نظر ایشان اگر مرتد فطری مرد باشد، احکامی از قبیل نداشتن ولایت در به ازدواج درآوردن دختر (امینی، ۱۳۷۵، ص. ۱۱۶) و گسسته شدن پیوند ازدواج بدون نیاز به صیغه طلاق را

دارد و همسر وی عده وفات نگه می‌دارد و پس از سپری شدن عده، اگر خواست ازدواج می‌کند و کیفرهایی مثل کیفر مالی که بعد از آنکه دیون اموالش پرداخت شد، اموال وی بین ورثه شرعی‌اش تقسیم می‌شود، هر چند که زنده باشد. از کیفرهای دیگر مرد مرتد فطری، آن است مرد مرتد فطری از مسلمان ارث نمی‌برد و چنانچه وارثی نداشته باشد، امام وارث وی خواهد بود (امینی، ۱۳۷۵، ص. ۱۲۰). از کیفرهای دیگر مرد مرتد فطری اعدام وی و عدم پذیرش توبه‌اش می‌باشد. با این وجود بعضی از فقهای امامیه از قبیل ابن جنید اسکافی، صاحب مسالک (ر.ک: شهید ثانی، ۱۳۴۲، ج ۷، ص. ۳۸۸؛ صاحب جواهر، ۱۳۷۰، ج ۳۰، ص. ۴۷) و صاحب عروه به پذیرش توبه مرتد فطری معتقد هستند (طوسی، ۱۳۷۰، ج ۷، ص. ۲۱۷).

در این باره گفته‌اند: «عموم ادله معتبره فقهی دلالت بر قبول توبه مرتد دارد و تخصیص زدن عموم و مقید ساختن مطلقات این ادله خالی از اشکال نیست» (بزدی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص. ۱۷۸). به نظر امام (رحمت‌الله‌علیه) در برخی از موارد توبه مرتد فطری ظاهراً نیز پذیرفته می‌شود، همان‌گونه که امکان قبول عبادات، طهارت و پاکی بدن وی و تملک اموال جدید، که از راه‌های شرعی مثل تجارت و حیازت وارث به دست آورده، وجود دارد و نیز جایز است که با زنان مسلمان یا زن سابق خود ازدواج کند (خمینی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص. ۲۳۵). در فرضی که برای مرتد فطری حکم اعدام در نظر گرفته می‌شود، چنانچه مرد مرتد فطری پس از ارتدادش مجنون شود، جنون وی باعث سقوط حکم اعدامش نخواهد شد (خمینی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص. ۲۳۵).

در فقه امامیه برای زنی که مرتد فطری است، کیفرهایی از قبیل زندان و ضرب و سخت‌گیری در نظر گرفته شده است. بدین ترتیب زنی که مرتد فطری است، اموالش در ملکیت خودش باقی می‌ماند و به ورثه‌اش منتقل نمی‌شود، مگر با مرگش و در صورتی که دخول صورت نگرفته باشد، بدون طلاق از همسرش جدا می‌شود و از زمان ارتدادش عده نگه می‌دارد. چنانچه زن در اثنای عده توبه کند، بدون نیاز به عقد مجدد، با شوهرش زندگی می‌کند. زن هر چند که مرتد فطری باشد، اعدام نمی‌گردد، بلکه زندان ابد می‌شود و در اوقات نماز او را می‌زنند و او را به سخت‌ترین کارها می‌گمارند و زبرترین جامه‌ها را بر او می‌پوشانند و به او بدترین خوراکی‌ها را می‌خورانند، تا توبه کند یا بمیرد. اگر مرتد شدن زنی تکرار شود، در چهارمین بار، اعدام خواهد شد و توبه وی باید با اقرار به آنچه که انکار کرده همراه باشد و با نماز خواندن کفایت نمی‌کند.

ب) کیفرهای مرتد ملی از نظر امامیه

بر این اساس چنانچه ارتداد مرد یا زن مرتد ملی پیش از دخول تحقق یافته باشد، عقد ازدواج آنها فسخ می‌گردد، اگر ارتداد ایشان پس از دخول صورت گرفته باشد، فسخ ازدواج ایشان متوقف بر انقضای مدت عده خواهد بود؛ یعنی اگر مرتد، در هنگام عده توبه کند، ازدواج وی با همسرش به حال خود باقی می‌ماند و چنانچه ایام عده سپری شود و توبه‌ای صورت نگیرد، زن و مرد از یکدیگر جدا خواهند شد. در فرضی که ارتداد، پیش از دخول تحقق یافته، چنانچه مرد مرتد شده باشد، باید نصف مهریه را به زن بپردازد و چنانچه زن، مرتد شده باشد، مهریه‌ای نخواهد داشت. اگر ارتداد، پس از دخول صورت گرفته باشد، مرد باید همه مهریه زن را به زن بپردازد و چیزی از مهریه زن ساقط نمی‌شود. یادآور می‌شود که اموال مرد و زن مرتد ملی به وارثان منتقل نمی‌شود. از زن و مرد مرتد ملی خواسته می‌شود که توبه کنند، چنانچه مرد توبه نکند، به اعدام محکوم می‌شود. اگر زنی که مرتد ملی است، توبه نکند، در زندان می‌ماند. مدت زمان توبه خواهی از مرتد سه روز است و به قولی مدت توبه خواهی از مرتد به اندازه‌ای است که امید می‌رود مرتد در آن مدت توبه کند (خمينی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص. ۴۳۱).

چنانچه توبه خواهی از مرد مرتد ملی تکرار شود (یعنی پس از توبه و برگشت به اسلام دوباره کافر شود و از وی خواسته شود که توبه کند)، در بار چهارم و به قولی در بار پنجم کشته می‌شود. چنانچه مرتد ملی پس از ارتدادش مجنون شود، به خاطر ارتدادش اعدام نمی‌شود؛ چون اعدام وی مشروط به آن است که وی از توبه امتناع کند و می‌دانیم که در حال جنون امتناع از توبه معنی ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۱۹۴).

۲-۳-۷. مجازات مرتد در فقه مذاهب اهل سنت

الف) کیفرهای مرتد از نظر حنفیه

۱- کیفرهای مرتد از نظر حنفیه: مردی که مرتد شده کیفرهایی همچون گسستن پیوند زناشویی، ممنوعیت ازدواج، کیفرهای مالی و زندان و اعدام را در پی خواهد داشت. بدین صورت که به نظر ایشان اگر مرد مسلمانی مرتد شود، زن وی چه کتابی باشد و چه مسلمان از وی جدا خواهد شد، خواه ارتداد پیش از دخول تحقق یافته باشد و خواه پس از دخول و چنانچه شوهر پیش از دخول رجوع نموده باشد، زنش

حق دارد که نفقه ایامی که در عده بوده را از وی بگیرد و چنانچه زن و مرد هر دو مرتد شوند بر ازدواجشان باقی خواهند ماند (قرطبی، ۱۳۷۸ق، ج ۸، ص. ۲۰۶). در خصوص کیفر ممنوعیت ازدواج، حنفیه گفته‌اند: «مردی که مرتد شده مجاز نیست که با زنی که مرتد و یا مسلمان است، ازدواج کند» (قرطبی، ۱۳۷۸ق، ج ۸، ص. ۲۰۶).

به نظر حنفیه از جمله کیفرهای مرد مرتد، کیفرهای مالی است، بدین صورت که گفته‌اند: اگر مرتد مسلمان شود. اموالش از آن خودش خواهد بود. ولی اختلاف نموده‌اند در اینکه از چه هنگامی ملکیت مرتد نسبت به اموالش زایل می‌شود. برخی از ایشان زوال ملکیت مرتد را متوقف بر وضع خودش دانسته‌اند و گفته‌اند که در صورت ارتداد، ملکیت وی زائل می‌شود و برخی دیگر معتقدند که ملکیت مرتد به محض تحقق ارتدادش زائل نمی‌شود، بلکه زوال ملکیتش متوقف بر اعدام وی یا ملحق شدنش به دارالحرب است، در این صورت اگر مرتد بمیرد، یا روشن شود که به دارالحرب گریخته، یا به خاطر ارتدادش کشته شود، اموالی که در زمان مسلمان بودنش به دست آورده، فیء خواهد بود، البته در هر صورت باید دیون وی پرداخت شود (غروی و دیگران، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۱۹۷).

به نظر حنفیه، از جمله کیفرهای مرد مرتد، زندان و اعدام است، به این صورت که گفته‌اند: مستحب است که قاضی، اسلام را بر مرتد عرضه کند و شبهه‌ای که موجب ارتداد وی شده را بزدايد، چنانچه ارتدادش به خاطر شبهه‌ای باشد که برایش پیش آمده، اعدام نمی‌شود و به قولی چنانچه مرتد درخواست مهلت کند، قاضی سه روز به وی مهلت می‌دهد و در این سه روز وی را زندانی و اسلام را بر او عرضه می‌کند. چنانچه مسلمان نشد، به قتل وی حکم می‌کند. اما اگر مرتد مهلتی را درخواست نکند، بی‌درنگ کشته می‌شود (غروی و دیگران، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۱۹۹)؛ یعنی قاضی به وی مهلتی نمی‌دهد. اسلام آوردن مرتد بدین ترتیب است که شخص مرتد شهادتین را بر زبان جاری می‌کند و از همه ادیان به جز دین اسلام و از ارتدادش بیزار می‌جوید. اقرار زبانی شهادتین تنها (بدون تبری جستن از دیگر ادیان و ارتداد) کفایت نمی‌کند و توبه به حساب نمی‌آید و چنانچه مرتد، ارتداد خویش را انکار کند و به توحید و نبوت و دین اسلام اقرار و اعتراف کند، توبه تلقی می‌شود.

اگر توبه نکرد، وی را به شدت می‌زنند و به زندان می‌اندازند، تا اینکه با اخلاص

توبه کند. اگر پس از رهایی از زندان دوباره مرتد شود، این کار (زندان و زدن به شدت) را تا زمانی که مسلمان نشده، تکرار خواهند نمود و کشته نمی‌شود، مگر آنکه از پذیرش اسلام سر باز زند (مرغینانی، ۱۴۳۵ق، ص. ۱۸۴).

۲- کیفرهای زن مرتد از نظر حنفیه: برای زن مرتد کیفرهایی همچون کیفرهای مالی و زندان و زدن را بیان نموده‌اند، به این صورت که به نظر ایشان اگر زنی مرتد شود، حق گرفتن مهریه و نفقه را نخواهد داشت، اما ملکیت وی نسبت به اموال خودش زائل نمی‌شود؛ چون در دیدگاه ایشان، زنی که مرتد شده کشته و اعدام نمی‌شود، به همین دلیل ارث هم می‌برد. زنی که مرتد شده، به زندان افکنده و در هر روز زده می‌شود، تا آنکه مسلمان شود و کشته نمی‌شود؛ چون از نظر ایشان پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) از کشتن زنان نهی نموده‌اند. با این وجود حنفیه معتقدند اگر زنی که مرتد شده، توسط مردی کشته شود، مردی که آن زن را کشته، ضامن نیست (کاسانی، ۱۳۷۸ق، ص. ۴۷۱).

ب) کیفرهای مرتد از نظر مالکیه

کیفرهایی از قبیل ممنوعیت غسل و کفن و جلوگیری از تدفین در گورستان مسلمانان، انحلال پیوند ازدواج و کیفرهای مالی و تعزیر و اعدام را برای فرد مرتد اعم از زن و مرد، بیان نموده‌اند. از جمله کیفرهای دیگر ارتداد در دیدگاه مالکیه کیفرهای مالی است؛ یعنی برخی از تصرفات مالی فرد مرتد پذیرفته نمی‌شود، به نظر ایشان ارتداد موجب بطلان وصیت مرتد مشروط به آن است که در حال ارتداد بمیرد. اما اگر مسلمان شود و بعد بمیرد، وصیت وی باطل نمی‌شود. همچنین مالکیه معتقدند که در سه صورت مال مرتد، بعد از مرگش متعلق به وارثش است (نمری قطبی، بی‌تا، ص. ۳۴۰):

۱- در صورتی که پس از ارتداد نزد قاضی توبه کند.

۲- در صورتی که پس از ارتداد، خودش توبه کند.

۳- در صورتی که ارتداد وی ثابت نشود، مگر پس از مرگش.

مالکیه برای فرد مرتد حتی کشتن و اعدام را نیز قائل می‌شوند، بدین ترتیب که به مدت سه شبانه روز از مرتد می‌خواهند که توبه کند، ولی وی را تشنگی و گرسنگی نمی‌دهند، بلکه از دارایی خودش به وی آب و غذا می‌دهند و با زدن و مشابه آن وی را مجازات نمی‌کنند. چنانچه مرتد در ظرف این مدت توبه نکند، با شمشیر کشته خواهد شد.

کیفرهای مالی و اعدام در انتظار زن مرتد است. به اعتقاد آنها به زن مرتد نباید نفقه پرداخت شود و همانند مرد مرتد، سه شبانه‌روز به وی مهلت داده می‌شود، چنانچه ظرف این مدت توبه نکرد، کشته می‌شود. اما اگر زن مرتد، طفل شیرخوار داشته باشد، اعدام وی تا سپری شدن مدت شیرخواری فرزندش به تأخیر می‌افتد (شیرازی فیروزآبادی، ۱۳۸۵ق، ص. ۴۱۲).

ج) کیفرهای مرتد از نظر شافعیه

شافعیه کیفرهایی از قبیل ممنوعیت ازدواج، انحلال پیوند زناشویی و ولایت نداشتن در امر ازدواج و کیفرهای مالی و اعدام را برای شخص مرتد در نظر گرفته‌اند. به اعتقاد شافعیه مرد مرتد مجاز به ازدواج با زن بت‌پرست نیست (مروارید، ۱۳۷۳، ص. ۳۴۷).

در مورد کیفر انحلال پیوند زناشویی باید گفت که به نظر شافعیه اگر زن و شوهر یا یکی از آن دو مرتد شوند، چنانچه ارتداد ایشان پیش از دخول باشد، از یکدیگر جدا خواهند شد و اگر ارتداد ایشان پس از دخول تحقق یافته باشد، جدایی آنها از یکدیگر متوقف بر سپری شدن عده است، چنانچه پیش از سپری شدن عده، هر دو به اسلام برگردند، بر ازدواجشان باقی خواهند ماند و اگر یکی از آن دو مسلمان شود و دیگری مسلمان نشود، از یکدیگر جدا خواهند شد (شافعی، ۱۴۱۵ق، صص. ۴۶۰-۴۶۷).

از جمله کیفرهای مرتد از دیدگاه شافعیه، کیفرهای مالی است به این صورت که گفته‌اند: مرتد از ارث محروم می‌شود، هر چند که پس از فوت مورث خویش مسلمان شود. بنابراین دارایی وی به عنوان فیء به بیت‌المال می‌رسد، چه در زمان مسلمان بودنش آن دارایی را به دست آورده باشد و چه در زمان ارتدادش، ولی هنگامی که مرتد بمیرد، بیت‌المال استحقاق این دارایی را پیدا خواهد کرد؛ زیرا در زمان حیات مرتد، اموالش توقیف می‌شود تا چنانچه مسلمان شد، به وی مسترد گردد و چنانچه در زمان ارتداد مرد، بیت‌المال در آن تصرف کند.

شدیدترین کیفر مرتد از نظر شافعیه کیفر اعدام است، البته اگر مرتد توبه کند، توبه‌اش پذیرفته می‌شود. برخی از شافعیه توبه‌خواهی از مرتد را واجب و برخی مستحب دانسته‌اند. برخی از ایشان معتقدند به مدت سه روز از مرتد خواسته می‌شود که توبه کند و برخی از ایشان گفته‌اند که به مرتد مهلتی داده نمی‌شود، بلکه از وی

خواسته می‌شود که بی‌درنگ توبه کند، چنانچه از توبه سر باز زند، کشته نمی‌شود. اگر فردی مرتد شود و سپس مسلمان شود و این ارتداد و مسلمان شدن پس از آن را مکرراً انجام دهد، اسلام وی پذیرفته می‌شود. اما به قول دیگری که از ایشان نقل شده، اسلام وی مقبول و پذیرفته نیست. چون مرتد پس از ارتدادش اقرار به شهادتین کند، به مسلمان بودنش حکم می‌شود. به نظر شافعی چنانچه زن مرتد شود و توبه نکند، قتلش واجب خواهد بود (ابن‌قدامه، ۱۳۶۴، ص. ۶۲۲).

شافعی از اهل سنت می‌گوید: «با اینکه قاتل مرتد را مستحق قصاص نمی‌داند، اما تعزیر را لازم می‌شمارد». نیز می‌گوید: «قتل مرتد از کارهای حاکم اسلامی است. حاکم اسلامی هم به شرط طلب توبه و امتناع مرتد، اختیار قتل او را دارد» (شیرازی فیروزآبادی، ۱۳۸۵ق، ص. ۴۱۱). احمد بن حنبل از ائمه چهارگانه اهل سنت می‌گوید: «تمام فقها، اجرای مجازات ارتداد را از اختیارات حاکم می‌دانند» (ابن‌قدامه، ۱۳۶۴، ص. ۶۲۳).

د) کیفرهای مرتد از نظر حنابله

حنبلی‌ها برای فرد مرتد کیفرهای مالی و نیز کیفر اعدام را در نظر گرفته‌اند. براساس اعتقاد آنان، دارایی مرتد از هنگام ارتدادش فیء تلقی می‌شود و طبق نظری دیگر دارایی مرتد را از هنگام مرگش فیء به حساب می‌آورند. البته در هر صورت معتقدند که ابتدا دیون مرتد پرداخت می‌شود و پس از آن دارایی‌اش فیء تلقی می‌گردد. بر همین اساس به نظر حنابله باید اموال فرد مرتد را نزد شخص موثقی از مسلمانان یا در بیت‌المال یا نزد حاکم شرع قرار داد.

حنابله کیفر اعدام را نیز برای فرد مرتد، چه زن و چه مرد، قائل شده‌اند: هر که مرتد شود، مرد باشد یا زن، اگر بالغ باشد، سه روز به او مهلت داده می‌شود، چنانچه ظرف این سه روز از ارتداد خود بازگردد و توبه کند، توبه‌اش پذیرفته می‌شود و چنانچه توبه نکند، اعدام می‌شود (صبحی، ۱۳۷۳، ص. ۲۳۳).

از احمد بن حنبل نقل شده که به موجب آن توبه‌خواهی از مرتد واجب نیست، بلکه مستحب می‌باشد و باید توبه مرتد با میل و رغبت باشد. ولی اگر مسلمانی مرتد شود و بر بازگشت به اسلام مجبور گردد و با اجبار مسلمان شود، ظاهراً به مسلمان

بودن وی حکم می‌شود؛ زیرا اکراه و اجبار وی به حق است. همچنین از او نقل شده است: توبه کسی که ارتدادش مکرر شود، به دلیل آیه «إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ أزدَادُوا كُفْرًا لَمْ يَكُنِ اللَّهُ لِيُغْفِرَ لَهُمْ وَلَا لِيُهْدِيَهُمْ سَبِيلًا» (نساء / آیه ۱۳۷)، پذیرفته نمی‌شود. همان‌گونه که اشاره شد، از نظر حنابله زن و مرد مرتد یک حکم دارند و در صورت اصرار بر ارتداد، قتل هر دو واجب است.

البته علمای اهل سنت در مسئله ارتداد و جهاد، به نقل روایاتی پرداخته‌اند که بیان می‌دارند: آیاتی مانند «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ...» (بقره / آیه ۲۵۶)، نسخ شده و در برابر آنها آیات دیگری چون «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ جَاهِدِ الْكُفَّارَ وَالْمُنَافِقِينَ وَاغْلُظْ عَلَيْهِمْ وَمَأْوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَبئسَ المصير» (توبه / آیه ۷۳) و «قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ» (توبه / آیه ۲۹) آمده است. در نتیجه آنچه در آیات پیشین رسیده که با کفار و مشرکان مدارا شود و اصولاً کفار نیز حق حیات و زندگی دارند. با این دسته از آیات نسخ شده است، پس باید بگوییم مسئله انحراف از عقیده چه در ابتدا و چه در انتها، موجب کیفر دنیایی و قتل می‌باشد و بنابراین مرتدی که تغییر عقیده می‌دهد، محکوم به اعدام است، گرچه توطئه و فتنه‌گری نکند. البته ما قائل به منسوخ بودن این آیات نیستیم؛ یعنی دلیل استواری بر منسوخ بودن این دسته از آیات نداریم و اصولاً آیه «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ...» قابل نسخ نیست؛ زیرا خبر از امر واقعی و تکوینی می‌دهد و می‌گوید در عقیده و دین، اکراه قابل تحقق و امر تکوینی قابل برداشتن نیست (غفاری، ۱۳۷۴، ج ۴، ص. ۱۹۵).

۸. در نظام کیفری ایران

۸-۱. اصل قانونی بودن جرم و مجازات

یکی از اصول مسلم حقوق جزا، اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که در نظامهای حقوقی دنیا، پذیرفته شده است. طبق این اصل هیچ عملی جرم نیست مگر اینکه در قانون، برای آن مجازات تعیین شده باشد. ماده دوم قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون مجازات داشته باشد، جرم محسوب می‌شود». در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی آمده است: «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون

برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم محسوب می‌شود».

در قانون مجازات اسلامی که بسیاری از مواد قانونی آن در رابطه با حدود، قصاص و دیات، از کتب فقهی مانند شرایع و تحریرالوسیله گرفته شده ارتداد را به عنوان جرم معرفی نکرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۰، صص. ۱۰-۱۱).

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱، زمانی که برخی از فقهای شیعه درصدد تدوین مباحث حدود، قصاص و دیات برآمدند، اسمی از ارتداد نبردند همچنین قانون مجازات اسلامی در تاریخ ۱۳۷۰/۵/۸ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که با توجه به ایراد شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، آن را با اصلاحاتی تصویب کرد ارتداد به عنوان جرم معرفی نشده است.

برخی از محققین با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو مصوب آذر ۱۳۶۸، ماده ۵۱۳ قانون مجازات اسلامی، ماده ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، ماده ۲۸۹ اصلاحی قانون آیین دادرسی کیفری و مواد دیگری از قوانین موضوعه، درصدد اثبات این مطلب هستند که ارتداد را از نظر قانونی، جرم به حساب آورند و حتی نوشته‌اند: «جرم دانستن ارتداد به معنای نادیده گرفتن قانون اساسی نیست» (نشریه بازتاب اندیشه، نقد مقاله سعید درودی، ۱۳۸۰، ص. ۶۷).

اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیاید و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد. اصل ۱۶۷ به گونه‌ای تنظیم شده که به دلیل وجود برخی اصطلاحات تخصصی (از قبیل: دعوی، منابع معتبر اسلامی، فتاوی معتبر، قضیه و...) تفسیر بردار است.

تاکنون تفسیری رسمی از این اصل توسط شورای نگهبان صورت نگرفته است، اما شاید بتوان گفت قاضی مجتهد می‌تواند به منابع اسلامی (کتب فقهی مانند کتاب شرایع، شرح لمعه، مکاسب، تحریرالوسیله و...) مراجعه کند و قاضی غیرمجتهد فقط می‌تواند به فتاوی معتبر استناد نماید و این مطلب را از مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (مورخ ۵۸/۸/۱۴) می‌توان استنباط کرد. اصل ۶۷ قانون اساسی که رجوع به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مجاز می‌داند، با اصل ۳۶ حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد، تعارض دارد، پس نمی‌توان ارتداد را از نظر موازین حقوقی، جرم محسوب کرد و اصل ۱۶۷ هرگز مغایر با اصل قانونی بودن جرم نبوده، بلکه احکام شرعی در زمره قانون محسوب می‌شود و همان آثار را داراست (صادقی، ۱۳۷۸، ص. ۲۲).

اگرچه با عنایت به اطلاق کلمه دعوی در اصل ۱۶۷، همه دعاوی (اعم از حقوقی و کیفری) به ذهن متبادر می‌شود و با دقت در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در خصوص اصل ۱۶۷، ماده ۲۸۹ اصلاحی قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱، ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو مصوب ۱۳۶۸ و ماده ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مصوب ۱۳۷۳ شمسی، شاید نتوانیم به طور رسمی اصل ۱۶۷ را به امور مدنی و دعاوی حقوقی، محدود کنیم که «اصل ۱۶۷ ناظر به امور مدنی است نه کیفری، زیرا امکان استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر با اصل قانونی بودن مجازات‌ها، که در اصل ۳۶ اعلام شده است، تعارض دارد. پس جمع بین دو اصل، بدین گونه است که حکم عام اصل ۱۶۷ در اثر حکم خاص اصل ۳۶ در امور کیفری، مخصوص به مواردی می‌شود که دادگاه حکم به مجازات نمی‌دهد.» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۳۴). در بررسی اصل ۱۶۷ و قانون ۳۶ قانون اساسی، وقتی عبارت «تعارض» را به کار می‌بریم، منظور ما تعارض ظاهری است نه تعارض اصطلاحی و اصولی. به تعبیر صاحب کفایه: تعارض یعنی «تنافی الدلیلیین او ادله بحسب الدلالة و مقام الاثبات علی وجه التناقض اوالتضاد» (آخوند خراسانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۴۹۷) و باتوجه به اینکه در مقام صدور و تشریح بین این دو اصل تعارض نبوده و با عنایت به امکان جمع بین حکم عام اصل ۱۶۷ و حکم خاص اصل ۳۶، بر اساس قاعده جمع عرفی «الجمع مهما امکن اولی من التّرك»، عام را بر خاص حمل می‌کنیم و خاص را مقدم می‌داریم.

در ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱ می‌خوانیم: «احکام دادگاه‌های کیفری باید مستدلّ و موجّه بوده، مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که براساس آن، حکم صادر شده است. دادگاه‌ها مکلفند حکم هر قضیه را

در قوانین مدوته بیابند و اگر قانونی نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی مشهور و معتبر، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدوته، از رسیدگی به شکایات و دعوی و صدور حکم، امتناع ورزیده. به موجب ماده ۲۹ قانون، تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو مصوب آذر ۱۳۶۸: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و موجّه بوده، مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است. دادگاه‌ها موکل‌فند حکم هر قضیه را در قوانین مدوته بیابند و اگر قانونی نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر، حکم قضیه را صادر نمایند.

قانون‌گذار در ماده ۸ قانون تشکیل داده‌های عمومی و انقلاب، مقرر می‌دارد: «قضات دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مکلفند به دعاوی و شکایات و اعلامات، موافق موضوعه و اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، رسیدگی کنند و حکم قضیه مطروحه را صادر نمایند.

برخی از حقوق‌دانان (نوربها، ۱۳۷۵، ص. ۱۷۰) ماده ۲۸۹، ماده ۲۹ و ماده ۸ قوانین ماز الذکر را تأکیدی بر عمومیت و اطلاق ۱۶۷ قانون اساسی می‌دانند ولی این تأکید، نمی‌تواند مجوزی باشد برای این که قاضی از نظر قوانین حقوقی، ارتداد را جرم اعلام کند زیرا این مواد با اصل ۳۶ تعارض دارند و در صورت قانون عادی با قانون اساسی تعارض داشته باشد، قانون اساسی مقدم است. پس اصل ۳۶ بر ماده ۲۸۹، ۲۹ و ۸ تقدم دارد و از سوی دیگر تعمیم اصل ۱۶۷ به حقوق کیفری قابل تامل بوده و ظاهراً محدود به حوزه حقوق مدنی است و به نظر می‌رسد نتوان ارتداد را از نظر موازین حقوقی (کیفری)، جرم محسوب کرد.

از نظر حقوقی قاضی نمی‌تواند به استناد منابع فقهی یا فتاوی معتبر و مشهور، قول یا عملی (مانند ارتداد) را که در قانون، برای آن مجازات تعیین نشده است جرم بشناسد و مرتکب را مجازات نماید بلکه در مورد حکم به مجازات، شخص دادرس محدود به متن قانون است.

البته از نظر فقهی، در صورت ثبوت ارتداد، شخص مرتد، مجرم و محکوم به مجازات است اما آیا در نظام حقوقی ایران - که نوعاً مبتنی بر قانون است - قاضی می‌تواند با توجه به نظر اجتهادی خویش یا طبق نظر فقها و مراجع تقلید، حکم ارتداد را

صادر و اجرا کند؟

قانون در این باره ساکت است، ضمن آنکه قاضی بخواهد از مواد قانونی تفسیری ارایه کند باید برابر با موازین حقوقی باشد. اگرچه ظاهراً اصل ۱۶۷ حاکی از قبول تفسیر موسّع توسط قاضی حتی در قوانین جزایی است اما براساس اصل قانونی بودن جرم و مجازات و سایر اصول مسلم حقوق جزا، تفسیر در قوانین کیفری باید محدود و مضیق باشد. یکی از بدیهیات اصول حقوق جزا این است «قانون جزا به نفع متهم تفسیر می‌شود» یا دست‌کم طوری تفسیر کند که سکوت یا ابهام قانون به ضرر متهم، تمام نشود.

۸-۲. رابطه حکم سَابِ النَّبِيِّ با ارتداد

حکم سَابِ النَّبِيِّ در ماده ۵۱۳ قانون مجازات اسلامی تصریح شده و مقرر داشته است: «هر کس به مقدّسات اسلام یا هر یک از انبیای عظام یا ائمه طاهرين (علیهم‌السلام) یا حضرت صدیقه طاهره (سلام‌الله‌علیها) اهانت نماید اگر مشمول حکم سَابِ النَّبِيِّ باشد، اعدام و در غیر این صورت به حبس از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد».

آیا می‌توان مرتدّ را نیز طبق این ماده به اعدام یا حبس محکوم کرد؟ ماده قانونی ساکت است و چون در این ماده، نامی از ارتداد برده نشده است به ظاهر در قانون نمی‌توان مرتدّ را به مجازات مذکور در این ماده محکوم کرد.

ناگفته نماند در برخی از قوانین فعلی کشور از جمله قانون مطبوعات و قانون شوراها به ارتداد، اشاره شده که متن مواد قانونی آن به شرح زیر است: ماده ۲۶ قانون اطلاعات مصوب ۱۳۶۴ اصلاحی ۱۳۷۹:

«هر کس به وسیله مطبوعات، به دین مبین اسلام و مقدّسات آن اهانت کند در صورتی که به ارتداد منجر شود، حکم ارتداد، در حق وی صادر و اجرا و اگر به ارتداد نینجامد، طبق نظر حاکم شرع براساس قانون تعزیرات، با وی رفتار خواهد شد. این ماده بر دو قسم است:

۱- صدور حکم ارتداد در صورتی که اهانت، به ارتداد منجر شود؛

۲- مجازات شخص براساس قانون تعزیرات در صورتی که اهانت وی به ارتداد نینجامد. در این ماده، مبنای قانونی حکم نیامده است. در قسمت دوم (اگر به ارتداد نینجامد)

نیز به طور کلی به قانون تعزیرات اشاره کرده است، ولی از ماده یا مواد مربوط به آن و میزان مجازات، چیزی ذکر نگردیده است و مشخص نیست که در چنین مواردی چه باید کرد؟ آیا باید به سراغ مجازات‌های شرعی رفت یا اینکه می‌توان مجازات قانونی از جمله مجازات مقرر در ماده ۲۰ لایحه قانونی مطبوعات مصوب شورای انقلاب ۱۳۵۸/۵/۲۵، را اعمال نمود؟ در ظاهر باتوجه به ماده ۴۸ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۷۹ که کلیه قوانین مغایر با این قانون از جمله لایحه قانونی مطبوعات مصوب ۱۳۵۸ را لغو و نسخ اعلام کرده، امکان استناد به ماده ۲۰ وجود ندارد. (ماده ۲۰- هر کس به وسیله مطبوعات به دین مبین اسلام و مقدسات آن با سایر مذاهب رسمی کشور اهانت کند، به ۶ ماه تا ۲ سال جرنجه‌ای محکوم می‌شود).

شاید مراد قانون‌گذار از عبارت «قانون مطبوعات» در ماده ۲۶ قانون مطبوعات، فصل دوم از کتاب پنجم قانون تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده باشد که تحت عنوان «اهانت به مقدسات مذهبی و سوء قصد به مقامات داخلی» تنظیم شده است. در این ماده نیز حکم «ساب النبی» مطرح شده است و همان‌طور که پیش از این گذشت، نمی‌توان درباره ارتداد به این ماده استناد کرد.

در ماده ۲۹ قانون شوراها (قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵)، یازده گروه از داوطلب شدن برای عضویت در شوراها، محرومند که در بند «ه» محکومین به ارتداد از جمله آنها هستند در نهایت اگرچه در قانونی که به تازگی نوشته شده و قانون مطبوعات، به ارتداد اشاره گردیده و حتی عبارت «حکم ارتداد» نیز آمده است ولی در قوانین فعلی کشور، مجازاتی را برای ارتداد تعیین نکرده‌اند و در ظاهر طبق ماده ۲ قانون مجازات اسلامی و اصل ۳۶ قانون اساسی، از نظر قانونی نمی‌توان ارتداد را جرم محسوب و برای آن حکم مجازات صادر و اجرا کرد.

نتیجه‌گیری

یکی از مهم‌ترین تقسیم‌بندی مجازات‌ها در نظام کیفری عرفی تقسیم مجازات‌ها به مجازات اصلی، تکمیلی، تبعی و رابطه بین آنها می‌باشد در تعریض که بتواند مجازات تبعی را شامل شود مجازاتی است که به موجب قانون و بدون نیاز به حکم قضایی به

سبب ارتکاب جرم خاص و محکومیت نسبت به آن بر شخص تحمیل می‌گردد که این موضوع مورد پذیرش فقه اسلام در مواردی بوده و محرومیت از ارث در قتل عمد و انفساخ زوجیت به سبب ارتداد از مصادیق آن می‌باشد.

یکی از موضوعاتی که در فقه اسلام نسبت به آن مجازات تبعی اعمال می‌شود مرتد است که به مفهوم بازگشت از دین و تضعیف باورهای مسلمانان است که در صورت اثبات آن در فقه اسلام مجازات اصلی شدیدی بر آن وضع شده است و آن هم ناشی از تضعیف باورهای دینی است و به عنوان مجازات حدی بیان شده است ولی مقنن حکم آن را در قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی ننموده است و با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات در نظام کیفری ایران ارتداد جرم تلقی نشده است و در مواردی که در متن قانون عبارت حکم ارتداد بیان گردیده است مانند قانون مطبوعات ولی مجازاتی برای آن تعیین نشده است و این موضوع منطبق با ماده ۲ قانون مجازات اسلامی و اصل ۳۶ قانون اساسی نمی‌باشد.

یادداشت‌ها

۱. الف) محکومیت به حد؛ ب) محکومیت به قطع یا نقص عضو؛ ج) محکومیت لازم‌الاجرا به مجازات حبس از یک سال به بالا در جرایم عمدی؛ د) محکومیت به جزای نقدی به مبلغ دو میلیون ریال و بالاتر؛ ه) سابقه محکومیت لازم‌الاجرا دو بار یا بیشتر به علت جرم‌های عمدی مشابه با هر میزان مجازات.

۲. نظریه شماره ۷۰/۳/۱۳۷/۱۲۹۷ اداره حقوقی قوه قضائیه

... قانون محکومیت‌های مؤثر کیفری ارتباطی به مجازات‌های تبعی ندارد ... به عبارت دیگر، سابقه مؤثر کیفری باعث محرومیت از حقوق اجتماعی نیست (شهری، ۱۳۷۲، ج ۱، ص. ۱۷۴).
۳. به استناد ماده ۹۸، عفو همه آثار محکومیت را زایل می‌کند؛ منظور از عفو در این ماده، صرفاً عفو عمومی است زیرا جمع ماده ۹۸ با تبصره ۳ ماده ۲۵، اقتضا می‌نماید که عفو خصوصی، هیچ‌گاه آثار محکومیت را زایل نکند، بلکه حتی زمان اعطای عفو خصوصی مبدأ مجازات‌های تبعی یعنی زمان شروع محرومیت از حقوق اجتماعی است. لذا عفو عمومی مجازات تبعی را زایل می‌کند، اما عفو خصوصی بر مجازات‌های تبعی بی‌تأثیر است.

۴. شامل موقوفات خاص نمی‌شود.

۵. یعنی هفت، سه و یا دو سال.

۶. یعنی سوء سابقه رفع می‌شود.

کتابنامه

۱. قرآن کریم
۲. نهج البلاغه
۳. آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۱۲ ق) کفایه الاصول. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴. ابن قدامه، عبدالله ابن احمد (۱۳۶۴). المقنع. تهران: المیزان.
۵. ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۷۶). حقوق اداری ایران. تهران: حیدری
۶. امینی، علیرضا (۱۳۷۵). فقه استدلالی. قم: مؤسسه فرهنگی طه.
۷. ترمذی (۱۳۷۲). سنن ترمذی. تهران: امیرکبیر.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). ترمینولوژی حقوقی. تهران: گنج دانش.
۹. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۳۹۱ ق). وسائل الشیعه. بیروت: بی‌نا.
۱۰. خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۶۳). تحریرالوسیله. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۱. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۲). مبانی تکمله المنهاج. قم: صدرا.
۱۲. راغب اصفهانی، حسین ابن محمد (۱۳۶۵). المفردات فی الغریب القرآن. قم: جامعه مدرسین.
۱۳. رهامی، محسن (۱۳۸۰). «ماهیت آثار و مبانی شرعی مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی». مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال سوم، (۱۱).
۱۴. شافعی، محمد بن ادريس (۱۴۱۵ ق) الام. بیروت: دارالفکر.
۱۵. شکوری نجفی، احمد (۱۳۵۹). بررسی تطبیقی کیفرهای تبعی و تکمیلی در حقوق ایران و فرانسه. (رساله دکترای حقوق کیفری و جرم‌شناسی)، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران.
۱۶. شهری، غلامرضا (۱۳۷۲). نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری. تهران: انتشارات روزنامه رسمی.
۱۷. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة. قم: المكتبة العلمیه الاسلامیه.

۱۸. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۳۴۲). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*. بیروت: دارالعلم الاسلامی.
۱۹. شیرازی فیروز آبادی، ابراهیم بن علی (۱۳۸۵ق). *المهذب فی فقه الامام شافعی*. مصر: انتشارات مصطفی البانی.
۲۰. صاحب جواهر، محمدحسن (۱۳۷۰). *جواهرالکلام فی شرایع الاسلام*. قم: صدرا.
۲۱. صادقی، میر محمد (۱۳۷۸). *حقوق جزای اختصاصی*. تهران: میزان.
۲۲. صانعی، پرویز (۱۳۷۴). *حقوق جزای عمومی*. تهران: گنج دانش.
۲۳. صبوحی، صالح (۱۳۷۳). *الاسلام و مستقبل الحضاره*. بیروت، دارقنبیه.
۲۴. صرامی، سیف‌الله (۱۳۸۲). *احکام مرند از دیدگاه اسلام و حقوق بشر*. تهران: میزان.
۲۵. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴). تهران: مجلس شورای اسلامی.
۲۶. طائی، یحیی (۱۳۸۱). *التعزیر فی فقه اسلامی*. قم: بوستان کتاب.
۲۷. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۷۰). *المبسوط فی فقه امامیه*. تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه.
۲۸. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۱ق). *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*. قم: قدس.
۲۹. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۶). *قواعد فقه بخش حقوق عمومی*. تهران: سمت و مؤسسه مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی.
۳۰. عوده، عبدالقادر (۱۹۹۴م). *تشریح الجنایی اسلامی*. بیروت: مؤسسه الرساله.
۳۱. غروی، سید محمد (۱۴۱۹ق). *الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)*. بیروت: دارالتقلین.
۳۲. غفاری، علی‌اکبر (۱۳۷۴). *تهذیب الاحکام*. قم: انتشارات صدوق.
۳۳. فیض، علیرضا (۱۳۶۲). *مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۳۴. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸ (تجدیدنظر در سال ۱۳۶۸).
۳۵. قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۶۱/۶/۶.
۳۶. قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مصوب ۱۳۸۳/۴/۱۵.
۳۷. قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو، مصوب آذرماه ۱۳۶۸.
۳۸. قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، مصوب ۱۳۵۷/۳/۱.

۳۹. قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات بازدارنده)، مصوب ۱۳۷۵/۳/۲.
۴۰. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۰/۹/۷.
۴۱. قانون مطبوعات، مصوب ۱۳۴۴/۵/۱۰.
۴۲. قانون مطبوعات، مصوب ۱۳۶۴/۱۲/۲۸ و طرح اصلاحی مصوب ۱۳۷۹/۱/۳۰.
۴۳. قرطبی، محمد (۱۳۷۸ق). الجامع الاحکام القرآن. بیروت: دارالکتاب العربی.
۴۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران: گنج دانش.
۴۵. کاسانی، ابی بکر (۱۳۷۸ق). بدائع الصنائع فی ترتیب. بیروت: دارالکتاب عربی.
۴۶. کدخدایی، محمدرضا (۱۳۸۷). «بررسی فقهی و حقوقی قاعده التعزیر فی کل معصیه». مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)، (۵۴).
۴۷. گارو، رنه (بی تا)، مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا (ترجمه ضیاءالدین نقابت). تهران: بنگاه مطبوعاتی تهران.
۴۸. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۸۱). مقالات حقوقی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۴۹. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۰). «عدالت». فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، (۲۷).
۵۰. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۸۱). حدود تعزیرات و قصاص. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۵۱. گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۰). بایسته‌های حقوق جزای عمومی. تهران: نشر میزان.
۵۲. لایحه قانونی مطبوعات، مصوب شورای انقلاب مورخ ۱۳۵۸/۵/۲۵.
۵۳. محقق داماد، مصطفی (۱۳۷۵). دایرةالمعارف بزرگ اسلامی (ارتداد). تهران: بنیاد دایرةالمعارف بزرگ اسلامی.
۵۴. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۰). «چشم‌اندازی بر حدود و اجرای علنی آن». گفتمان حقوقی (مجله تخصصی هیات و حقوق دانشگاه رضوی)، (۲).
۵۵. مرغینانی، ابوالحسن، ابن ابوبکر (۱۴۳۵). الهدایه شرح بدایه المبتدی. پاکستان: مکتب البشری.
۵۶. مروارید، علی اصغر (۱۳۷۳). المصادر النقیه. تهران: انتشارات مجد.
۵۷. مصاحب، غلامحسین (۱۳۸۳). دایرةالمعارف اسلامی فارسی. تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی.
۵۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۳). تعزیر و گستره آن. قم: مدرسه امام علی ابن ابی طالب (علیه السلام).

۵۹. موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۴۱۳ق). *فقه الحدود و التعزیرات*. قم: مکتب امیرالمؤمنین.
۶۰. نمری قطبی، یوسف بن عبدالله (بی تا). *الکافی فی فقه اهل المدینه*. قم: جامعه مدرسین.
۶۱. نوریها، رضا (۱۳۷۵). *زمینه حقوق جزای عمومی*. تهران: انتشارات کانون وکلای دادگستری.
۶۲. یزدی، محمد (۱۳۷۴). *فقه القرآن*. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.

امکان اعمال جایگزین‌های تعقیب کیفری نسبت به اشخاص حقیقی و حقوقی در حقوق ایران و فرانسه

عرفان باباخانی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۰۶

افشین عبداللہی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۲۵

چکیده

تحقیق پیش‌رو با رویکرد توصیفی - تحلیلی (انتقادی) جایگاه جایگزین‌های تعقیب عمومی در دو نظام حقوقی ایران و فرانسه را مورد بررسی قرار داده است. نکته قابل ذکر اینکه در جایگزین‌های مذکور، دادستان مستقیماً با مرتکب وارد مذاکره شده و بعد از پذیرش مجرمیت از طرف وی و انجام برخی اقدامات مشخص شده توسط دادستان، پرونده منجر به توقف تعقیب عمومی و حل و فصل اختلاف در همان مرحله تعقیب می‌شود. این جایگزین‌ها به دو دسته کیفری و هشداردهنده - ترمیمی تقسیم و در خلال آن، دو نظام حقوقی مذکور با یکدیگر مقایسه شده و شباهت، تفاوت و کاستی‌های آنها به صورت مزجی تحلیل شده است. همچنین در خلال بحث، با توجه افزایش شمار اشخاص حقوقی و احتمال ارتکاب جرم از سوی آنها، به امکان استفاده از جایگزین‌های تعقیب عمومی در مورد اشخاص حقوقی نیز پرداخته شده است. در پایان این نتیجه حاصل شد که قانون‌گذار ایرانی موضع نظام‌مند و مشخصی نسبت به جایگزین‌های تعقیب عمومی در خصوص اشخاص حقیقی و حقوقی ندارد و با توجه به مطالعه تطبیقی پیشنهاد شده که با در نظر گرفتن اصل اقتضای تعقیب، اعتماد بیشتری به دادستان‌ها شود و جایگزین‌های مذکور، طی فصلی جداگانه و با اهداف از پیش تعیین شده در قانون، وضع شوند.

واژگان کلیدی: جایگزین‌های تعقیب، بزه‌دیده، اشخاص حقوقی حقوق ایران، حقوق فرانسه.

* دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی و عضو مرکز مطالعات حقوقی دانشگاه پاریس نانتر.

babakhani_erfan@yahoo.com

** استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران (نویسنده مسئول).

a.abdollahi@uok.ac.ir

مقدمه

برای مؤثر واقع شدن و درک بهتر عدالت بایستی اختلافات در مدت زمانی معقول حل و فصل شود که اقتضای عدالت نیز همین است. هزینه‌های کلان رسیدگی کیفری، تورم جمعیت کیفری، حجم فراوان پرونده‌های قضائی و لزوم تسریع بخشی به رسیدگی‌ها، از مهم‌ترین دغدغه‌هایی هستند که نظام کیفری کشورهای مختلف را برای یافتن راه‌حلی مناسب به چاره‌اندیشی واداشته است که یکی از آنها پیش‌بینی جایگزین‌های رسیدگی کیفری است. در جایگزین‌های مذکور، عملاً تلاش می‌شود که از نهاد یا اقدامی غیر از رسیدگی‌های معمول کیفری استفاده شود تا در مرحله تعقیب یا تحقیق با توافق دادستان، متهم و بزه‌دیده، اختلاف و دعوی حل و فصل می‌شود. از این سازوکارها با عنوان جایگزین تعقیب عمومی نیز یاد می‌شود.

جایگزین‌های رسیدگی کیفری را می‌توان مجموعه سیاستی قلمداد کرد که براساس آن دادستان می‌تواند به جای تعقیب کیفری و ارسال پرونده به دادگاه، با در نظر گرفتن اصل اقتضای تعقیب و فردی کردن تعقیب، شرایط بزه‌دیده و منفعت جامعه به سازوکارهای جایگزین تعقیب متوسل شود که تعقیب کیفری را در مرحله دادسرا متوقف می‌کند (Valinejad, 2017, p. 113). جایگزین‌های تعقیب عمومی با حذف تمام یا قسمتی از فرایند کیفری به ویژه مرحله دادرسی ماهوی (ساقیان، ۱۳۹۸، ص. ۱۹۲) بدون آنکه منجر به محکومیت شود موجب امکان اجرای تعهدات ناشی از قانون و یا درخواست از مرتکب جهت جبران خسارت ناشی از جرم می‌شود.

جایگزین‌های تعقیب عمومی جلوه بارز اصل اقتضای تعقیب عمومی با هدف تضمین حقوق مرتکب و بزه‌دیده جرم هستند (Stefani; Levasseur & Bouloc, 2019, pp. 150-151). در حقوق فرانسه مدت‌ها مفهوم اقتضاء یا مصلحت تعقیب تحت عنوان اختیار دادستان در ارزیابی تعقیب یا عدم تعقیب عمومی به چالش کشیده شده بود؛ به شکلی که طرفداران قانونی بودن تعقیب (الزام به تعقیب و اقامه دعوی عمومی) اصرار بر عدم وجود مبنای حقوقی برای آن در قوانین فرانسه داشتند؛ در حالی که طرفداران اقتضای تعقیب در نظر داشتند که عدم پیش‌بینی در قانون نباید دادستان عمومی را برای ارزیابی نتیجه دادرسی کیفری و استفاده از نهادهای جایگزین محروم کند. رأی دیوان عالی کشور فرانسه در تاریخ ۲۱ سپتامبر ۱۹۹۳^۱ تأیید کرد که اصل

مصلحت تعقیب خلاف بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی (راجع به حق دسترسی منصفانه به فرایند دادرسی) نیست. لازم به ذکر است که اکنون اصل اقتضای تعقیب با تصویب در شورای قانون اساسی در رأی ۲۲ ژوئیه ۲۰۱۶ مبنای حقوقی را نیز به دست آورده است.^۲

قانون‌گذار ایرانی نیز نمی‌توانست در مواجهه با بحران کیفری، تورم قضائی و وضعیت خاص بزه‌دیده بی‌تفاوت باشد. از این‌رو، به دنبال ناکارآمدی و بحران نظام عدالت کیفری در حصول اهداف خود از جمله اصلاح، بازپروری و برقراری امنیت در جامعه و انتقاد جدی بر رویکرد حداکثری شیوه‌های سنتی تعقیب دعوای عمومی، سعی کرد ایده ترمیم و جایگزین‌های تعقیب در سال ۱۳۹۲ با هدف محدود کردن تعدیل ازدحام کیفری و توسعه اختیارات دادستان هرچند به گونه‌ای قابل انتقاد گسترش دهد. در این راستا، ق.آ.ک مصوب ۱۳۹۲ با پیش‌بینی سازوکارهای انعطاف‌پذیر همچون تعلیق تعقیب، بایگانی کردن پرونده، میانجی‌گری و صلح میان طرفین، سیاست ترمیمی و قضازدایی را بر اساس اصل عدم مداخله کیفری در پیش گرفته است (باباخانی؛ پرسته و جیمی، ۱۳۹۷، ص. ۶) و درصدد است علاوه بر پیش‌بینی جایگزین‌های حبس در ق.م.ا مصوب سال ۱۳۹۲، به سمت جایگزین‌های تعقیب عمومی نیز حرکت نماید و موجب تقویت اختیارات دادستان در راستای عدم تعقیب و در پیش گرفتن اصل اقتضای تعقیب شده است.

لازم به ذکر است با توجه به میزان تأثیر اهداف مذکور می‌توان میان اقدامات جایگزین تعقیب تمایز قائل شد. برخی از اقدامات جایگزین تعقیب عمومی بیشتر با هدف جبران خسارت ناشی از ارتکاب جرم به اجرا در می‌آید و برخی دیگر، هدف تحمیل رنج و مجازات مجرم را دنبال می‌کنند (Aubert, 2010, p. 21). بر این مبنای، طبقه‌بندی سازوکارهای جایگزین تعقیب عمومی را می‌توان به دو دسته اصلی تقسیم کرد. دسته اول جایگزین‌های تعقیبی (کیفری) که با توجه به هدف کلی مجازات و ماهیت سنگین می‌توان آن را «کیفری» عنوان کرد. دسته دوم، جایگزین‌های به اصطلاح «ترمیم‌کننده» یا «هشداردهنده» به این معنا که عموماً در جهت ترمیم خسارت وارده به بزه‌دیده یا هشدار به مجرم در جهت عدم تکرار جرم و آگاه ساختن بزه‌کار از جرمی

است که مرتکب شده هستند. از جایگزین‌های کیفری تعقیب عمومی می‌توان از توافق کیفری، معامله اتهام و قرارداد قضائی نام برد که محور توجه مرتکب جرم و رفتار وی می‌باشد (قسمت ۱). در حالی که جایگزین‌های ترمیمی تعقیب عمومی بزه‌دیده‌محور بوده و جبران خسارات وی و عدم تکرار جرم را اولویت می‌داند؛ از این سازوکارها می‌توان به اقدامات هشداردهنده و میانجی‌گری کیفری (قسمت ۲) اشاره نمود. در واقع، اقدامات مذکور اصول عدالت ترمیمی و ضرورت جبران خسارت بزه‌دیده در آنها آشکارتر است، اما اقدامات جایگزینی‌های کیفری مجرم‌محور بوده و جنبه سخت‌گیرانه آنها بیشتر می‌باشد. با توجه به مطالعه تطبیقی تحقیق پیش‌رو، ضرورت دارد بررسی شود که رویکرد کدام یک از دو نظام حقوقی ایران و فرانسه مترقی‌تر است؟ مضافاً با توجه افزایش روزافزون شمار اشخاص حقوقی و فراوانی جرایم ارتكابی از سوی آنها، حجم زیادی از پرونده‌های دادگستری را به جرایم اشخاص مزبور اختصاص یافته است. لذا این سؤال مطرح می‌شود که چه رویکردی در خصوص اعمال جایگزین‌های تعقیب عمومی نسبت به اشخاص حقوقی اتخاذ شده است؟

۱. جایگزین‌های تعقیب عمومی مبتنی بر کیفر با رویکرد سزاگرایانه

در فرانسه قبل از قانون ۱۹۹۹ راجع به جایگزین‌های تعقیب، دادستان عمومی براساس ماده ۱-۳۹ قانون آیین دادرسی کیفری، دو امکان برای مواجهه با جرم ارتكابی داشت؛ یا تصمیم به اجرای فرایند تعقیب کیفری و ارسال پرونده به یک مرجع محاکمه و یا تصمیم به طبقه‌بندی آن می‌گرفت. اما این دو مسیر (تعقیب کیفری و یا طبقه‌بندی پرونده) دیگر برای پاسخ به جرایم خرد و متوسط کارآمد نبود و منجر به ظهور راه سوم یعنی جایگزین‌های تعقیب در قوانین کشور فرانسه شد. بر این اساس، در حال حاضر سه گزینه در دسترس دادستان عمومی است که در مواد ۴۰ و بعدی قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه پیش‌بینی شده است: ۱- تعقیب قانونی مقابل مراجع تحقیق یا محاکمه؛ ۲- طبقه‌بندی یا بایگانی پرونده؛ ۳- اجرای روشی جایگزین برای تعقیب عمومی که در صورت اجرا منجر به طبقه‌بندی پرونده می‌شود. این اقدامات جایگزینی که به طور مؤثر با هدف پاسخ‌گویی کیفری به جرایم ساده اجرا می‌شود اجازه تصمیم‌گیری سریع و بدون ابهام در اثبات جرایم و آسیب‌های احتمالی بزه‌دیده را به مقامات قضائی

می‌دهد. اقدامات جایگزین با توجه به کارکرد قضازدایی که برای جامعه دارند، برای بزه‌دیده و همچنین بزه‌کار نقش اساسی قائل خواهند بود و منجر به تقویت عملکرد مقامات قضائی و دادن فرصت به دادستان برای انتخاب ابزاری کارآمد می‌شود (Cario, 2014, p. 26). از سازوکارهای جایگزین تعقیب که جنبه کیفری دارند می‌توان به معامله اتهام، توافق کیفری، قرارداد قضائی و تعلیق تعقیب اشاره کرد.

۱-۱. معامله اتهام

معامله اتهام^۳ به یک نوع توافق در زمینه حل و فصل دعوی بین مدعی علیه و مقام تعقیب گفته می‌شود. در این فرایند متهم می‌پذیرد که از طریق پذیرش مجرمیت خود یا شهادت علیه همدستان و شرکای خود به طور کلی، ارائه هر گونه اطلاعات در مورد جرم، یا هر گونه همکاری دیگر با مقام تعقیب، او را از وظیفه اثبات جرم متهم معاف کند؛ در مقابل نیز مقام تعقیب، متعهد به تخفیف مجازات یا صرف نظر کردن از برخی جرایم و یا کاهش بار مسئولیت وی خواهد شد (موسوی مجاب و مرادی، ۱۳۹۴، ص. ۳). رسیدگی پذیرش زود هنگام مجرمیت با الهام از سازوکار معامله اتهام در سیستم حقوقی کشورهای کامن‌لا در سال ۲۰۰۴ با هدف سرعت در رسیدگی و کاستن هزینه‌های اقتصادی و تراکم پرونده‌های محاکم وارد زردخانه قانونی کشور فرانسه شد. این رسیدگی در حقوق فرانسه بر تمام جنحه‌ها یعنی جرایم تا ده سال حبس قابل اعمال می‌باشد که عمدتاً جرایم نیمه‌سنگین و خرد را شامل می‌شود در حالی که در کشورهای کامن‌لایی برای تمام اتهامات قابل اجرا است (Pradel, 2005, p. 480). نکته جالب آنکه مستنبط از ماده ۷-۴۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، معامله اتهام در مورد اشخاص حقوقی نیز قابل اعمال است (حیدری، ۱۳۹۵، ص. ۴۸). یعنی دادستان می‌تواند ضمن توافق با نماینده شخص حقوقی در صورت پذیرش اتهامات مجازات خفیف تری در توافق‌نامه در نظر بگیرد. به بیان دیگر، قانون‌گذار فرانسوی در کنار پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و احصای مجازات‌ها، از جایگزین‌های تعقیب عمومی نسبت به این اشخاص غافل نمانده است و سعی نموده که اشخاص مزبور نیز از منافع چنین مواردی بی‌بهره نمانند که خود تحولی بزرگ در راستای تساوی اشخاص حقیقی و حقوقی در برابر قانون محسوب می‌شود.

علی‌رغم اینکه قانون‌گذار در ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ سعی کرد که متأثر از مطالعات جرم‌شناسی نهادهای مساعدتی مختلفی را به نفع متهم و جامعه پیش‌بینی نماید، اما معامله اتهام را به عنوان یک سازوکار جایگزین تعقیب عمومی پیش‌بینی نکرده است که در مقایسه با حقوق کشورهای مترقی جای خالی چنین نهادی احساس می‌شود؛ زیرا بسیاری از افراد که مرتکب تعدد جرم شده‌اند چنانچه آگاه باشند که در صورت پذیرش یکی از اتهامات، از اعمال مقررات تعدد جرم‌رهایی می‌یابند و به مجازات کمتری محکوم می‌شوند، چنین فرایندی را قبول و آن را به عنوان یک فرصت تلقی می‌کنند. با وجود بی‌توجهی ق.آ.د.ک ۱۳۹۲، اما نظام حقوقی ایران با فرایند معامله‌ای با متهم بیگانه نیست و در قوانین ماهوی می‌توان مواردی یافت که نتیجه مشابه به معامله اتهام دارد. برای نمونه، مطابق ماده ۵۰۷ ق.م.ا ۱۳۷۵ هرگاه مرتکب در جرایم امنیتی، قصد جنایت و اسامی اشخاص دخیل در فتنه و فساد را اعلام نماید یا اینکه پس از شروع به تعقیب همکاری مؤثری به عمل آورد، از مجازات معاف و فقط به مجازات جرایمی که شخصاً مرتکب شده است، محکوم خواهد شد. در ماده مذکور، اعلام اسامی سایر متهمین یا همکاری مؤثر با ضابطین و مقامات تعقیب به نوعی حالت معامله‌ای دارد که در مقابل آن، الزاماً مجازات از مرتکب ساقط می‌شود.^۴ اشاره شد که در معامله اتهام نیز وضعیت به همین منوال است و در صورتی که توافق صورت بگیرد، می‌تواند مجازات جرم خفیف‌تر اعمال و سایر جرایم ساقط می‌شود. هر چند معامله مذکور در جرایم امنیتی پیش‌بینی شده است، اما به شکل ضعیف‌تری در بندهای «ب» و «ت» ماده ۳۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲ به صورت همکاری و اقرار مؤثر پیش‌بینی شده است، با این تفاوت که باعث سقوط مجازات نخواهد شد، بلکه به اختیار دادگاه می‌تواند موجب تخفیف شود. بدیهی است در صورت استحقاق تخفیف، دادستان می‌تواند به دادگاه پیشنهاد تخفیف بدهد یا اینکه استحقاق تخفیف را به دادگاه اعلام کند. حالت معامله‌ای مذکور محدود به قوانین ماهوی نیست و در قوانین شکلی از جمله ماده ۱۹۵ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ نیز انعکاس یافته است. مطابق این ماده بازپرس در مرحله تحقیق به متهم اعلام می‌کند اقرار یا همکاری مؤثر وی می‌تواند موجبات تخفیف مجازات وی را در دادگاه فراهم کند.^۵ هر چند از لحاظ اخلاقی عادلانه و منطقی نیست که مراتب فوق از سوی بازپرس به متهم اعلام شود و متعاقب آن وی همکاری یا اقرار کند، اما در دادگاه از تخفیف محروم شود، با

این وجود، دادگاه قانوناً مکلف به تخفیف نیست. لذا پیش‌بینی دادوستد فوق تحت عنوان معامله اتهام به عنوان یک نهاد جدید و الزامی قانونی ضروری به نظر می‌رسد تا تکلیف مرتکبین مشخص باشد. زیرا در حالت فعلی، علی‌رغم اقرار و همکاری مؤثر، ممکن است تلاش مرتکب جهت برخورداری از مجازات خفیف‌تر به‌جایی نرسد.

۲-۱. توافق کیفری

توافق کیفری^۶ به معنای خاتمه دادن به تعقیب عمومی است که سعی در پایان دادن به آشفته‌گی‌های ایجاد شده در نظم عمومی، جبران خسارات بزه‌دیده و افزایش آگاهی مجرم از شدید بودن عمل مجرمانه وی دارد (Giacoppeli, 2012, p. 519). طبق ماده ۴۱-۲ قانون آیین دادرسی کیفری، نهاد توافق کیفری در مورد جنحه قابل مجازات با جزای نقدی یا حبس برای مدت زمان کمتر از پنج سال و همچنین جرایم خلاف قابل اجراست. یعنی توافق کیفری در موارد بزهکاری کوچک و متوسط قابل اجرا می‌باشد. در این فرایند، توافق کیفری منجر به تعقیب عمومی یا محاکمه و مجازات نمی‌شود و یا اینکه به طور مستقیم موجب محرومیت از آزادی نمی‌شود؛ بدین معنی که دادستان با اجرای این سازوکار نمی‌تواند به مجازات حبس متوسل شود به همین جهت درجه پایین‌تری از مجازات کیفری حبس را دارد. بعد از قانون ۲۳ مارس ۲۰۱۹ توافق کیفری به عنوان یکی از جایگزین‌های تعقیب عمومی برای شخص حقوقی پیش‌بینی شده است که نماینده قانونی آن به نمایندگی هیئت رئیسه مسئولیت کیفری اعمال مجرمانه ارتكابی توسط شخص حقوقی را به رسمیت می‌شناسد و مجرمیت را می‌پذیرد.^۷ دادستان عمومی فرانسه می‌تواند با توسل به این جایگزین به جای تعقیب عمومی، شخص متخلف را صرفاً به مجازات‌های ۱۹گانه مقرر در ماده ۴۱-۲ از جمله پرداخت جریمه نقدی، انجام کارهای خدمات اجتماعی رایگان و همچنین به یک دوره آموزش آگاهی در مورد خطرات استفاده از مواد مخدر یا انجام فرایند دستورالعمل درمانی ترک اعتیاد با هزینه شخصی محکوم کند.^۸ همچنین بزه‌دیده در اجرای این سازوکار نقش فعال داشته و بایستی از حق درخواست معاضدت وکیل مطلع شود.^۹ این سازوکار توسط دیوان عالی کشور فرانسه تأیید شده و موافق اصول قانون اساسی این کشور شناخته شده است.^{۱۰} همچنین دادستان در خصوص اشخاص حقوقی حداکثر مبلغ

جریمه نقدی را می‌تواند پیشنهاد کند که در این صورت پنج برابر جریمه‌ای است که می‌توان بر اشخاص حقیقی اعمال شود.^{۱۱}

در حقوق ایران می‌توان به تعلیق تعقیب به عنوان نهاد مشابه توافق کیفری اشاره کرد. در راستای اصل الزامی بودن تعقیب، دادستان به عنوان مدعی‌العموم و به نمایندگی از جامعه وظیفه تعقیب جرایم ارتكابی را به عهده دارد. اما در برخی موارد مصلحت اقتضاء می‌کند که وی منوط به وجود شرایطی از تعقیب عمومی صرف‌نظر نماید. به عبارتی، قانون‌گذار ایرانی برای تعدیل قاعده قانونی بودن تعقیب کیفری، نهاد قرار تعلیق تعقیب را پیش‌بینی کرده و اختیارات دادستان را در مرحله پیش‌دادرسی افزایش داده است (عباسیان و عالی‌پور، ۱۳۹۴، ص. ۷۱۳). ماده ۸۱ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ برای صدور این قرار شرایطی مانند فقدان سابقه کیفری مؤثر، فقدان شاکی یا گذشت یا موافقت وی، تعزیری و خفیف بودن جرم، تشخیص و اختیار دادستان و در نهایت موافقت متهم را مقرر کرده است. با توجه به دو شرط اخیر باید گفت که تعلیق تعقیب مشابهت بسیاری با توافق کیفری دارد، زیرا هر دو ضمن یک قرارداد یا گفتگوی حین تحقیقات، صورت می‌گیرد و متهم با رضایتی که می‌دهد نقش فعالی در تعیین سرنوشت پرونده‌اش خواهد داشت و تعقیب کیفری در همان بدو امر متوقف خواهد شد.

به بیان دیگر، ق.آ.د.ک مصوب سال ۱۳۹۲ با پیش‌بینی نهاد مذکور نیم‌نگاهی به جایگزین‌های تعقیب کیفری داشته باشد و سعی نموده احکام و ضوابط نظام‌مندی را مقرر نماید. اما با این وجود نمی‌توان آن را به عنوان یک سیاست تقنینی مشخص تلقی کرد و ایرداتی قابل طرح است. ایراد مهمی که می‌توان به نهاد تعلیق تعقیب وارد کرد، عدم قابلیت اعمال نسبت به اشخاص حقوقی است. همانگونه اشخاص حقوقی مانند اشخاص حقیقی، دارای حق و تکلیف هستند و در صورت ارتكاب جرم به مجازات محکوم می‌شوند، باید امکان بهره‌مندی آنها از نهادهای مساعدتی مانند جایگزین‌های تعقیب وجود داشته باشد. اما نهاد تعلیق تعقیب این کارایی را ندارد؛ زیرا مخاطب پیش‌فرض قانون‌گذار در قانون مذکور، اشخاص حقیقی بوده و شرایط و دستورات تعیین شده در ضمن نهادهای فوق مانند موارد ماده ۸۱ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ این شائبه را مطرح می‌کند که قانون‌گذار اشخاص حقیقی مورد خطاب قرار داده است. برای نمونه، دستورات ضمن ماده مذکور از قبیل خودداری از رفت‌وآمد به محل یا مکان معین،

معرفی خود در زمان مشخص، شرکت در کلاس‌ها و جلسات آموزشی، عدم رانندگی، عدم حمل سلاح و ممنوعیت خروج از کشور این دیدگاه را تأیید می‌کند. با این وجود، در مقابل ممکن است به درستی استدلال شود که به صرف عدم امکان اعمال موارد مذکور نمی‌توان قائل به این موضوع شد که قرار تعلیق تعقیب نسبت به اشخاص مذکور قابلیت صدور ندارد؛ زیرا دستوراتی از جمله ارائه خدمات به بزه‌دیده در جهت رفع یا کاهش آثار زیانبار جرم، خودداری از اشتغال به کار یا حرفه معین و انجام دادن کار عام‌المنفعه در خصوص اشخاص حقوقی قابل اجراست و نیازی نیست که تمامی موارد قابل تعیین باشد.

ایراد دیگر اینکه، اگر تعلیق تعقیب را به عنوان یک نهاد جایگزین تعقیب عمومی در نظر بگیریم، مطابق ماده ۸۱ ق.آ.د.ک سال ۱۳۹۲ تنها در جرایم تعزیری درجه ۶ در دادسرا و توسط دادستان اعمال می‌شود.^{۱۲} مطابق تبصره ۵ ماده مذکور در مواردی که پرونده به طور مستقیم در دادگاه مطرح می‌شود، دادگاه مقررات تعلیق تعقیب را اعمال می‌کند. در حالی که در حقوق فرانسه در تمامی مواردی که توافق کیفری اعمال می‌شود، دادستان طرف تصمیم‌گیرنده و امضاکننده آن است. مضافاً اینکه دایره شمول توافق کیفری گسترده‌تر از تعلیق تعقیب در ایران است، به نحوی که جرایم تا ۵ سال حبس را شامل می‌شود، اما تعلیق تعقیب جرایم تا دو سال حبس را در بر می‌گیرد.

۳-۱. قرارداد قضائی به نفع منافع عمومی

نظام کیفری ایران به طور کلی در قوانین ماهوی^{۱۳} مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و مجازات‌های خاص آن را پیش‌بینی کرده است (موسوی‌مجاب و رفیع‌زاده، ۱۳۹۴، ص. ۱۴۹)، اما نسبت به تقنین نهادهای جایگزین تعقیب عمومی و آثار مثبت آن در قوانین شکلی به صورت یک فصل جداگانه اقدام نکرده است. نگاه برابرانه به اشخاص حقیقی و حقوقی ایجاب می‌کند که نه تنها در مجازات، بلکه در نهادهای مساعدتی و تخفیفی نیز سازوکارهای خاص اشخاص حقوقی مقرر شود تا در موارد متناسب از آنها استفاده شود. در این راستا، نظام حقوقی فرانسه، قانون نهم دسامبر سال ۲۰۱۶ سازوکار «قرارداد قضائی به نفع عمومی» را در ماده ۲-۱-۱۱ ق.آ.ک تصویب کرد که میان دادستان و شخص حقوقی در جرایم اقتصادی منعقد می‌شود. به این معنی تا زمانی که اقدام به

تعقیب عمومی به مرحله اجرا در نیامده باشد، دادستان عمومی می‌تواند به یک شخص حقوقی که برای یک یا چند جرم اقتصادی - مالی پیش‌بینی شده در قانون مجازات و همین‌طور جرایم مرتبط (رشوه‌خواری، اعمال نفوذ غیرقانونی بر کارمندان دولت، فرار مالیاتی و پولشویی و جرایم مرتبط)، قرارداد قضائی با منافع عمومی^{۱۴} را با تحمیل چند مورد از تعهدات مندرج در قانون منعقد کند. در واقع این قرارداد می‌تواند سه نوع تعهد را برای شخص حقوقی ایجاد کند یعنی پرداخت جریمه نقدی «منافع عمومی»، جبران خسارات بزه‌دیده‌های احتمالی و در نهایت اجرای یک برنامه انطباق با مقررات قانونی^{۱۵} زیر نظر مرکز مبارزه با فساد فرانسه قابل اعمال است.

این نهاد کیفری صرفاً مختص اشخاص حقوقی برای جرایم اقتصادی - مالی می‌باشد که مطابق آن دادستان، علاوه بر دیگر جایگزین‌های تعقیب می‌تواند سازوکار قرارداد قضائی به نفع عمومی علیه شخص حقوقی را به کار گیرد و بعد از اعمال آن، تعقیب عمومی متوقف خواهد شد تا عدالت کیفری فرانسه ابزاری کارآمد برای مبارزه با فساد فراملی را در اختیار داشته باشد. با توجه به اصل تساوی مسئولیت کیفری و عدم تبعیض، ضرورت دارد در قانون آیین دادرسی کیفری ایران چنین نهادهایی در مورد اشخاص حقوقی نیز پیش‌بینی شود. با توجه به توانایی مالی اشخاص حقوقی، استفاده از چنین نهادهایی به جای تحمیل هزینه‌های رسیدگی، تبدیل به منبع درآمدزایی برای دولت می‌شود. قرارداد قضائی نمایانگر یک ابزار عدالت «استراتژیک» است که از یک سو موجب پر کردن سریع و کارآمد صندوق‌های خزانه عمومی و متضمن نفع حتمی دولت می‌شود و از سوی دیگر مانع اجرای فرآیند کیفری و طولانی با نتیجه نامشخص می‌شود. این قرارداد که در ابتدا برای فساد، اعمال نفوذ و پولشویی از کلاهبرداری مالیاتی پیش‌بینی شده بود، از پاییز ۲۰۱۸ به جرایم فرار مالیاتی نیز توسعه یافت (Brigant, 2018, p. 122).

۲. جایگزین‌های هشداردهنده و ترمیمی تعقیب عمومی

در نظام حقوقی فرانسه و ایران تورم پرونده‌های قضایی، تورم جمعیت کیفری زندانیان و افزایش گرایش‌ها به دیدگاه‌های نوین جرم‌شناختی سبب شده است تا سیاست‌گذاران جنایی و قانون‌گذاران بیش از پیش خود را وقف چاره‌جویی و یافتن راه‌حلی برای این

موضوع نمایند. ناکارآمدی برخی از کیفرها در حقوق دو کشور سبب شده است تا در آخرین تحولات قانون‌گذاری جنایی در مواردی هرچند به طور ناقص به مسأله جایگزین‌های رسیدگی کیفری توجه گردد (Stefani; Lvasseur & Bouloc, 2019, p. 155). در این میان، سازوکارهای هشداردهنده در سطح اجتماعی با هدف بازپذیری مرتکب جرم و آگاهی وی از پیامدهای نقض قانون و همچنین از نظر حقوقی به منظور جلوگیری از هر گونه تکرار جرم اجرا می‌شود. جالب آنکه دادستان برای اجرای آنها نیازی به موافقت مرتکب جرم ندارد و مرتکب عموماً قادر به مخالفت با آن نیست؛ گاهی بزه‌دیده نیز در اجرا یا عدم اجرای این سازوکار نقشی ندارد. نظر به اینکه جایگزین‌های هشداردهنده در کنار سایر موارد جایگزین تعقیب عمومی، اختیارات دادستان را در راستای اصل اقتضاء تعقیب بهبود می‌بخشد و باعث حذف قسمتی از فرایند کیفری به ویژه دادرسی ماهوی می‌شود، در ادامه جایگاه اقدامات جایگزین هشداردهنده در نظام حقوقی ایران و فرانسه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. تذکر قانونی

«تذکر قانونی»^{۱۶} تنها نهاد «منفعلی» است که به عنوان سبک‌ترین اقدام ممکن توسط دادستان عمومی اعمال می‌شود^{۱۷} و چیزی بیش از یادآوری متن قانون و بلکه یک اقدام آموزشی است که با هدف تبدیل کردن مرتکب به عضوی از جامعه که از قوانین آن پیروی کند، اعمال می‌شود؛ به نحوی که می‌توان برای آن جنبه اصلاحی و تربیتی قائل شد. نمایندگان قضائی نیز چرایی اجرای این اقدام را توجیه می‌کنند که چرا رعایت آن مهم است و چگونه نقض بعدی آن می‌تواند عواقب جدی‌تری داشته باشد. اصلی‌ترین مزیتی که دادستان‌ها به تذکرهای قانونی متوسل می‌شوند افزایش سرعت پاسخ به جرم است بدون اینکه مجازات کیفری را اعمال کنند و هیچ‌گونه ضمانت اجرای دیگری ندارد و حتی در پرونده کیفری وی نیز ثبت نمی‌شود. تذکر قانونی در بند یک ۱-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه انعکاس یافته است که مطابق آن به مرتکب اخطار و تفهیم می‌شود قوانین را نقض کرده و عمل مجرمانه وی مجازات‌های اعمالی را در پی خواهد داشت؛ به گونه‌ای که از اقدامات خود آگاه شده و از تکرار جرم جلوگیری کند در غیر این صورت فوراً تحت تعقیب قرار می‌گیرد. بخشنامه ۱۶ مه ۲۰۰۴ اجرای این

اقدام جایگزینی را برای امتناع توقف راننده^{۱۸}، فرار راننده از صحنه تصادف^{۱۹} و رانندگی تحت تأثیر الکل^{۲۰} مستثنی کرد. در مقابل برای جرایم کوچک و بدون بزه‌دیده یا بزه‌دیده‌ای که خسارات وارد شده به وی ناچیز باشد، اعمال می‌شود (Glotova, 2016, p. 62).

در نظام حقوقی ایران، از اقدامات هشداردهنده جایگزین تعقیب عمومی می‌توان به قرار بایگانی کردن پرونده در ماده ۸۰ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ اشاره کرد. این نهاد که ریشه در قاعده مقتضی بودن تعقیب دارد (جمشیدی و نوریان، ۱۳۹۲، ص. ۱۵۱) با توجه به محتویات آن شباهت زیادی با تذکر قانونی دارد. در قرار مذکور در صورت لزوم، از مرتکب التزام کتبی گرفته می‌شود تا مقررات قانونی را رعایت نماید. گرفتن التزام برای رعایت قانون، به نوعی تذکر به مرتکب برای آگاهی به عواقب عمل خودش است که هیچ تعهدی به بار نمی‌آورد و ضمانت‌اجرائی هم در ضمن قرار اعمال نمی‌شود (مانند تذکر قانونی در بند یک ماده ۱-۴۱ ق.آ.د.ک فرانسه). قرار بایگانی کردن پرونده مانند تذکر قانونی در فرانسه به عنوان محکومیت یا سوءسابقه محسوب نمی‌شود و منوط به فقدان سابقه کیفری مؤثر در جرایم خرد یعنی تعزیری درجه ۷ و ۸ اعمال می‌شود و در صورت عدم رضایت شاکی، دادستان مجاز به صدور آن نیست. با این وجود، نقض قرار بایگانی کردن پرونده ضمانت‌اجرائی ندارد. یعنی در صورت نقض التزام کتبی از سوی مرتکب، دادستان نمی‌تواند تعقیب عمومی را از سر بگیرد، اما در تذکر قانونی، مرتکب در صورت نقض آن فوراً تحت تعقیب قرار می‌گیرد. همچنین ضرورت دارد در قرار ماده ۸۰ به نحو بارزتری، حالت اخطار و تذکر در نقض قانون به عنوان وظیفه مقام قضائی به مرتکب اعلام شود تا جنبه اثرگذاری و آموزشی داشته باشد. نکته دیگر اینکه همانگونه که در قرار تعلیق تعقیب اشاره شد هدف از پیش‌بینی سازوکارهای جایگزین تعقیب عمومی جلوگیری از تراکم پرونده‌ها در محاکم قضائی است که در راستای قاعده مقتضی بودن تعقیب به عنوان یک تصمیم اداری در دادسرا اعمال می‌شود (بوریکان و سیمون، ۱۳۸۹، ص. ۴۶)؛ اما در قرار بایگانی کردن پرونده حالت عکس دارد و قانون‌گذار نقض غرض نموده است. یعنی دادستان نقشی ندارد و اتفاقاً پرونده به دادگاه ارسال می‌شود^{۲۱} تا قاعده مقتضی بودن تعقیب را اعمال نماید، در حالی که هدف از جایگزین‌های تعقیب جلوگیری از ورود پرونده به دادگاه است. انتقاد دیگر

وارد بر قرار بایگانی پرونده اینکه این امکان و مساعدت قانونی صرفاً برای یکبار قابل استفاده توسط مقام قضائی است و در صورتی که شخص گرچه با گذشت مدت طولانی از انجام رفتار مشابه خودداری نکند، از این امکان بی‌بهره می‌گردد. ارزش‌گذاری چنین موضعی قدری سخت می‌نماید چراکه تعهد متهم به رعایت قوانین سبب می‌گردد تا وی بتواند از این مزیت برای یکبار بهره‌مند گردد و در صورت تکرار از آن محروم شود. به نظر می‌رسد این میزان از تحمل نزدیک به صفر به ویژه در خصوص جرم ارتكابی غیرعمدی قابل توجیه نباشد و محدودیت آن به یکبار منطقی به نظر نرسد.

نمود دیگری از اخطار و تذکر را می‌توان در پاسخ به جرایم اطفال و نوجوانان زیر ۱۸ سال مشاهده کرد. مطابق ماده ۸۸ ق.م.ا.مصوب ۱۳۹۲ دادگاه در صورت ارتكاب جرم، می‌تواند تصمیم به اخطار و تذکر یا اخذ تعهد کتبی نسبت به اطفال و نوجوانان نه تا پانزده سال تمام شمس بگیرد. چنین تصمیمی مانند تذکر قانونی در فرانسه جنبه آموزشی و هشداردهنده دارد، با این تفاوت که اخطار و تذکر در قانون مجازات اسلامی نه به عنوان یک جایگزین تعقیب عمومی، بلکه به عنوان پاسخ به جرم و در حکم دادگاه قید می‌شود و اساساً قانون‌گذار ایرانی در ماده مذکور درصدد پیش‌بینی جایگزین‌های تعقیب عمومی به عنوان یک رویکرد جدید نبوده بلکه «در راستای کیفرزدایی است» (نوروزی و دیگران، ۱۳۹۶، ص. ۱۶۱). به همین دلیل در صورت حکم به یکی از اقدامات ماده ۸۸ باید دادگاه جلسه رسیدگی تشکیل داده و تمامی قواعد حاکم بر دادرسی را رعایت نماید، در حالی که اشاره شد که در جایگزین‌های تعقیب عمومی قسمت زیادی از دادرسی ماهوی حذف و مرتکب سریع‌تر از فرایند کیفری خارج می‌شود. با توجه به غفلت قانون آیین دادرسی کیفری نسبت به اعمال جایگزین‌های تعقیب کیفری در خصوص جرایم اطفال و نوجوانان، بهتر آن است که برخی اقدامات ماده ۸۸ و موارد مشابهی به عنوان جایگزین‌های تعقیب کیفری در مورد آنها پیش‌بینی شود. به ویژه اینکه در مورد افراد ۱۵ تا ۱۸ سال هیچ اقدام مشابهی مقرر نشده است و بیشتر به صورت نگهداری در کانون اصلاح و تربیت است که جنبه جایگزین تعقیب عمومی ندارد.^{۲۲}

۲-۲. تنظیم وضعیت مرتکب مطابق قوانین و مقررات

اقدام مذکور در مواردی اعمال می‌شود که مرتکب به طور مداوم مقررات قانونی موجود را نقض کرده یا عنوانی (مانند گواهینامه یا مدرک...) که توسط قانون یا آیین‌نامه مقرر شده است را در اختیار ندارد (بند سه ماده ۱-۴۱ ق.آ.د.ک. فرانسه). مرتکب سپس توسط مامور پلیس قضائی یا نماینده دادستان احضار می‌شود تا به وی توضیح داده شود که او بایستی وضعیت خود را با هدف اصلاح، در مدت معینی با قانون منطبق نماید که با مصالح قانونی سازگار است. هنگامی که مرتکب وضعیت خود را با هزینه شخصی با توجه به قانون یا مقررات تنظیم کرد، آنگاه نهادِ مسئول انجام این اقدامات باید گزارشی تهیه کند که در آن مانع تعقیب عمومی شود. در عمل این سازوکار به طور گسترده در رابطه با جرایم راهنمایی و رانندگی از قبیل نداشتن گواهینامه رانندگی یا نداشتن بیمه توسط دادستان عمومی مورد استفاده قرار می‌گیرد با این هدف که مرتکب را در مدت تعیین شده مجبور به پایان دادن به رفتار غیرقانونی خود کند، در غیراین صورت تعقیب کیفری وی آغاز می‌شود.

در ق.آ.د.ک مصوب سال ۱۳۹۲ چنین راهکاری به عنوان یک پاسخ مشخص یا حتی یک اقدام الزام‌آور ضمن تعلیق تعقیب یا سایر نهادهای مشابه مقرر نشده است. مطابق بند «چ» ماده ۸۱ قانون مذکور، دادستان می‌تواند مرتکب را مکلف به شرکت در جلسات آموزشی به مدت یک سال بنماید یا اینکه در بند «ح» به مدت یک سال وی را به تحویل گواهی‌نامه و عدم اقدام به رانندگی ملزم کند. هیچ‌یک از دو اقدام مذکور مفهوم منطبق نمودن وضعیت غیرقانونی با مقررات را ندارد. منظور از اقدام منطبق نمودن خود با قوانین و مقررات به عنوان یک جایگزین تعقیب عمومی این است که اگر شخصی عملی را انجام داده اما فاقد شرایط قانونی آن است (و به این دلیل جرم است)، مکلف باشد به عنوان یک ضمانت اجرا، آن شرایط را در مدتی مشخص کسب نماید؛ در حالی که هیچ‌یک از اقدامات مقرر در ماده ۸۱ چنین رویکرد یا الزامی به وجود نمی‌آورد. برای نمونه، مرتکب جرم رانندگی بدون گواهی‌نامه را مکلف نمی‌کند که گواهی‌نامه اخذ نماید. مزیت اقدام مذکور این است که مرتکب با رضایت کامل آن را انجام می‌دهد، چون علاوه بر اثرات اصلاحی آن، در پایان کار به نتیجه یا هدفی دست یافته است که اتفاقاً مورد نیاز وی بوده است؛ یعنی خروجی ضمانت اجرای

مذکور، هم اجرای قانون و عدالت است و هم رسیدن مرتکب به هدفی که یقیناً در آینده وی را از تکرار جرم مشابه جلوگیری می‌کند. اما نظر به اینکه اقدامات ماده ۸۱ به صورت یک‌طرفه از سوی مقام قضائی تعیین می‌شود و در عمل منتهی به تنظیم وضعیت با مقررات قانونی نمی‌شود و مشکل پیشین متهم را رفع نمی‌کند، ممکن است این ذهنیت را در متهم ایجاد کند که چنین اقداماتی بیهوده است، از این‌رو، از روی اجبار آنها را انجام دهد که فاقد اثر اصلاحی خواهد بود. برای نمونه، منع از رفت‌وآمد به مکان یا محل معین و یا خودداری از اشتغال به کار یا حرفه خاص به جای اینکه مشکل قانونی مرتکب را حل کند، بیشتر جنبه تنبیهی دارد که متهم علاقه‌ای به رعایت آن نخواهد داشت.

۲-۳. جبران خسارت ناشی از جرم

اگرچه غالباً فرض بر این است که بزه‌دیده انتقام‌گیر و تلافی‌جو است، اما در پرونده‌هایی که شاکی خصوصی وجود دارد، طرح شکایت اغلب به منظور گرفتن خسارات و صدمات ناشی از جرم است (عظیم‌زاده و هدایت، ۱۳۹۵، ص. ۳۳)؛ به گونه‌ای که الزام به جبران خسارات ناشی از جرم در همان بدو کار می‌تواند بدون ارسال پرونده به دادگاه، آن را مختومه کند. در این راستا، نظام حقوقی ایران در ماده ۸۱ ق.آ.د.ک به طور عام «ارائه خدمات به بزه‌دیده در جهت رفع یا کاهش آثار زیان‌بار مادی یا معنوی ناشی از جرم» را در اولین بند به عنوان یکی از پاسخ‌های مهم جایگزین تعقیب عمومی مقرر کرده است. نکته مهم اینکه نحوه جبران خسارت شامل هر دوی آثار مادی یا معنوی خواهد شد که باید با رضایت بزه‌دیده باشد. با توجه اهمیت چنین موضوعی، ماده ۸۲ قانون مذکور نیز امکان اعطای فرصت دو ماهه (که یک بار دیگر قابل تمدید است) به متهم را جهت جبران خسارات ناشی از جرم را مقرر کرده است. همچنین مقام قضائی می‌تواند با توافق طرفین، موضوع را به میانجیگری یا شورای حل اختلاف ارجاع دهد و اگر متهمی به جبران خسارت یا توافق در مورد آن شود، با شرایطی امکان صدور قرار تعلیق تعقیب فراهم وجود دارد. در این صورت، در بدو پرونده در دادسرا به نتیجه مدنظر خواهد رسید و موجب هدر رفتن بودجه و نیروی انسانی در دادگستری نخواهد شد.

البته شیوه جبران خسارت به روش فوق محدود نمی‌شود، بلکه نهادهای دیگری مانند ترک تعقیب پیش‌بینی شده است که در ضمن آن جبران خسارت می‌تواند اعمال شود. ترک تعقیب بدین معنی که ممکن است شاکی و متهم در خارج از فضای رسمی در جرایم قابل گذشت در مورد خسارات و غیره توافق کنند تا در مدت مشخصی متهم مکلف باشد اقدام به جبران نماید، در غیراین صورت تعقیب مجدد از سر گرفته خواهد شد. هر چند در نهاد مذکور، جایگزینی برای تعقیب اعمال نمی‌شود اما از لحاظ کارکرد، اثر جبرانی خواهد داشت.

در حقوق فرانسه نحوه اجرای جبران خسارت بزه‌دیده ناشی از اعمال مجرمانه توسط مرتکب در بخشنامه وزارت دادگستری ۱۶ مارس ۲۰۰۴ تشریح شده است. این اقدام فقط برای جرایم مالی و غیرخسارت‌آمیز اعمال می‌شود که موجب آسیب به نیروهای پلیسی نشده و یا نظم عمومی را مختل نکرده باشد. علاوه بر این، مرتکب جرم باید بتواند صدمات و خسارات «مشخص و قابل ارزیابی» بزه‌دیده را جبران کند و به وضوح ابراز تمایل کند که این آسیب‌ها را ترمیم می‌کند. به طور کلی این سازوکار مقرر در بند ۴ ماده ۱-۴۱ آئین دادرسی کیفری توسط انجمن ثالثی تحت نظر دادستان نظارت می‌شود که مرتکب جرم را احضار و وی را از این سازوکار مطلع می‌کند. انجمن مذکور در مورد روش‌های جبران خسارت (که اغلب از جبران خسارت مالی تشکیل می‌شود)، یا بازگرداندن یک شیء سرقت شده و یا عذرخواهی از بزه‌دیده با مرتکب توافق می‌کنند. اما در حقوق ایران، در فرایند جبران خسارت مقررات نظام‌مندی وضع نشده است و نهاد خاصی نظارت نمی‌کند؛ به ویژه آنکه قرار تعلیق تعقیب در جرایم درجه شش در داسرا و درجه هفت و هشت در دادگاه صادر می‌گردد و معمولاً مقام بر اجرای آن نظارت می‌کند. مضافاً اینکه جبران خسارت نه به عنوان یک اقدام مستقیم جایگزین عمومی، بلکه به عنوان یک دستور ضمن قرار مذکور تعیین می‌گردد، در حالی که در حقوق فرانسه، جبران خسارت یک پاسخ جایگزینی محسوب می‌شود.

۲-۴. اخراج مرتکب خسونت از خانه زوج/زوجه

در چند دهه اخیر که زندگی شهرنشینی و به ویژه آپارتمانی فزونی یافته است اعضای خانواده در محیط‌های کوچک و با تعداد کمتر سکونت دارند؛ در چنین مواردی احتمال

تنش و اختلاف به مراتب بالاتر می‌رود که یکی از نتایج معمول آن، افزایش شمار خشونت‌های خانوادگی و به تبع آن جرم علیه همدیگر در خانه است. خشونت اعم از اینکه به صورت جسمانی (ضرب و جرح) یا روانی (توهین و فشار روحی) باشد جنبه کیفری دارد و در صورت شکایت بزه‌دیده، پرونده کیفری طرح خواهد شد. اینکه در این پرونده‌ها کدام نوع از پاسخ کیفری داده شود، تأثیر زیادی در سرنوشت زندگی خانوادگی و اعضای ساکن خواهد داشت. در نظام حقوقی ایران راهکار ویژه خاصی در این موارد مقرر نشده است و قانون‌گذار، مانند سایر جرایم، پاسخ‌های صرفاً کیفری پیش‌بینی نموده است. برای نمونه، اگر پدری علیه فرزندان و حتی همسر خود، خشونت‌های فوق را انجام دهد، مانند سایر مرتکبین در صورت ضرب و جرح به حبس و دیه و در صورت توهین به جزای نقدی محکوم خواهد شد. و جالب آنکه حکم صادره برای همسر می‌تواند دلیلی برای گرفتن حکم طلاق و متلاشی شدن زندگی مشترک باشد.

در حقوق فرانسه سازوکار ترمیمی اخراج از خانه در بند ۶ ماده ۱-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری با تصویب قانون ۱۲ دسامبر ۲۰۰۵ راجع به برخورد با تکرار جرم کیفری و با قانون ۴ آوریل ۲۰۰۶ راجع به پیشگیری از مجازات خشونت خانوادگی یا علیه فرزندان وارد شد.^{۳۳} این اقدام جایگزین تعقیب، شامل امکان اخراج مرتکب از اقامتگاه همسر یا شریک زندگی فعلی یا سابق یا از فرزندان آنها زمانی که ارتکاب جرم علیه این اشخاص است، می‌باشد. مرتکب مقابل نماینده دادستان یا نهاد دیگری احضار و از وی خواسته می‌شود که از محل سکونت خانواده خارج شود یا همین‌طور از حضور در نزدیکی آنها خودداری کند (Perrocheau, 2010, p. 58). این امر به بزه‌دیده اجازه می‌دهد تا بدون مرتکب خشونت محل سکونت خانواده را در اختیار داشته باشد و همین‌طور با حلقه خانواده پیوند برقرار کند. مجدداً هنگامی که اقدام تحمیل شده به مرتکب صرفاً به دلیل رفتار او صورت نگرفته باشد یا نقض شود دادستان می‌تواند تصمیم به آغاز تعقیب کیفری یا اجرای توافق کیفری بگیرد. نهاد مسئول اجرای این اقدامات همچنین باید بر نحوه پیشرفت این جایگزین و به ویژه بر پیروی مرتکب از تعهدات خود نظارت داشته باشد.

در نظام حقوقی ایران در قوانین کیفری اقدام مشابهی که تضمین‌کننده امنیت روانی و جسمانی سایر اعضای خانواده باشد، وجود ندارد و هر چند در ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی ایران تمهیداتی در اینخصوص پیش‌بینی شده است، اما چون به عنوان یک پاسخ جایگزین تعقیب عمومی یا حتی پاسخ کیفری در قوانین شکلی و ماهوی کیفری وضع نشده است، نمی‌توان آن را به عنوان یک جایگزین در مراجع کیفری به کار برد، بلکه اقدام مذکور یک پاسخ مدنی است که در دادگاه‌های خانواده مورد استفاده قرار می‌گیرد. مطابق ماده فوق «اگر بودن زن با شوهر در یک منزل، متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن می‌تواند مسکن علی‌حده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه‌ی ضرر مزبور، محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد...» نکته دیگر اینکه در ماده مزبور، مرتکب خشونت از منزل مشترک اخراج نمی‌شود، بلکه شوهر مکلف می‌شود که برای همسر، منزل جداگانه تهیه نماید. مضافاً اینکه در خصوص سایر اعضای خانواده اقدام مشابهی وجود ندارد. لازم به ذکر است در بند ب ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی، اقدامی با عنوان صدور دستور اقامت یا عدم اقامت در مکان معین توسط مقام قضائی پیش‌بینی شده است که البته در دادگاه و در ضمن قرارهای تعویق و تعلیق صادر می‌شود. در نهایت، اگر دادسرا مجاز باشد در تحقیقات مقدماتی به جای صدور کیفرخواست و ارسال پرونده به دادگاه، به عنوان جایگزین تعقیب عمومی از اقدام «اخراج مرتکب خشونت از منزل مشترک» استفاده کند، نه تنها اختلافات تشدید نمی‌شود، بلکه پرونده کیفری نیز به سمت راهکارهای غیرکیفری و ترمیمی هدایت می‌شود.

۲-۵. ارجاع به میانجی‌گری کیفری

مهم‌ترین سازوکار جایگزین تعقیب با وصفی ترمیمی بی‌تردید میانجی‌گری کیفری است که در هر دو نظام حقوقی ایران و فرانسه، از سازوکارهای مشابهی برخوردار است. ماده ۱-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه در خصوص میانجی‌گری کیفری اشعار می‌دارد که «اگر به نظر دادستان چنین اقداماتی احتمال اینکه جبران خسارت وارده به بزه‌دیده را تضمین کند و به اختلال ناشی از جرم پایان داده و کمک به بازپذیری مرتکب جرم کند، وی می‌تواند قبل از تصمیم خود در مورد اقدام عمومی، به طور

مستقیم یا از طریق یک افسر پلیس قضائی، نماینده یا یک میانجیگر با درخواست یا با رضایت بزه‌دیده، به مأموریت میانجیگری میان مرتکب جرم و بزه‌دیده متوسل شود». میانجی‌گری اختلافات طرفین را حل و فصل کرده و مداخله را به سمت رفع نیازها و خواسته‌های طرفین اصلی عمل مجرمانه هدایت می‌کند که راه‌حل‌های خروج از منازعه را با اجماع مشترک فراهم می‌کند (Mincke, 2013, p. 85). با این حال، در رویه عملی این اقدام ترمیمی برای مرتکبین جرایم خرد قابل اجرا است و دادستان در این موارد در صورتی که نخواهد تعقیب عمومی را آغاز کند تصمیم به ارجاع پرونده به میانجیگری می‌گیرد. بدیهی است که میانجیگری کیفری فقط در مواردی قابل اجرا است که مرتکب مجرمیت خود را انکار نکند در غیر این صورت اگر ادله قابل قبولی نباشد اصل برائت جاری می‌شود.

در کنار میانجی‌گری کیفری می‌توان به میانجیگری غیرقضائی نیز اشاره نمود که خارج از مرحله تحقیقات و دادرسی کیفری صورت می‌پذیرد. غالباً در شهرداری‌های فرانسه ارگان‌هایی ایجاد شده است که با مشارکت بین جوامع محلی، پلیس ملی و ژاندارمری خدمات میانجیگری را اعمال می‌کنند (Jullion, 2019, p. 4). در واقع عدم پاسخ به جرایم تحت عنوان «رفتارهای ناپایدار» که از اهمیت کم و خرد برخوردارند (تخریب‌های کوچک، سرقت‌های خرد، خشونت کوچک، تهدیدات، توهین‌ها و...)، ممکن است احساس ناامنی و بی‌توجهی را ایجاد کنند. از این‌رو، در رویه عملی هنگامی که این نوع شکایات مورد توجه پلیس یا خدمات ژاندارمری قرار می‌گیرند، به ندرت موضوع رسیدگی کیفری قرار می‌گیرند و با در نظر گرفتن خصوصاً بخشنامه‌های مرتبط با سیاست کیفری، دادستان غالباً مدیریت این شکایات «کوچک» را به پلیس واگذار می‌کند. در این موارد پلیس می‌تواند با فعال کردن مکانیسم میانجی‌گری بر اساس توافق‌نامه‌های مشارکتی که معمولاً با مشارکت سایر بازیگران محلی (خدمات اجتماعی، انجمن‌ها و غیره) اجرا می‌شوند میانجیگری را آغاز کنند. این میانجیگری خارج از رسیدگی - کنترل قضائی صورت می‌پذیرد (Jullion, 2019, p. 4). در حقوق ایران می‌توان به دفاتر - دوایر مشاوره و مددکاری مستقر در بعضی کلاتری‌ها، واحدهای صلح و سازش مستقر در بعضی دادگستری‌ها یا حل‌وفصل اختلافات از

طریق کداخدا منشی به ویژه در روستا به عنوان میانجیگری غیرقضائی - یا خارج از آیین دادرسی کیفری - اشاره نمود.

در ماده ۸۲ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ ارجاع به میانجی‌گیری تحت شرایطی به عنوان یکی از جایگزین‌های تعقیب عمومی پیش‌بینی شده است. مطابق این ماده مقام قضائی می‌تواند برای حصول سازش بین طرفین، موضوع را با توافق آنان به شورای حل اختلاف یا شخص یا مؤسسه‌ای برای میانجیگری ارجاع دهد که به نظر می‌رسد فرایند کیفری را به سمت یک فرایند سازشی هدایت می‌کند (نیازپور، ۱۳۹۰، ص. ۶۲). در این فرایند، در جرایم قابل گذشت اگر شاکی گذشت کند، قرار موقوفی تعقیب صادر می‌شود و در جرایم غیرقابل گذشت در صورت گذشت شاکی یا جبران خسارات وی، به شرط فقدان سابقه کیفری مؤثر متهم و موافقت وی، مقام قضائی قرار تعلیق تعقیب را صادر می‌کند. در ادامه چنانچه متهم تعهدات مورد توافق را اجرا نکند و یا به درخواست شاکی، تعقیب عمومی از سر گرفته می‌شود؛ در حالی که در حقوق فرانسه اگر فرایند میانجیگری با موفقیت طی نشود، دادستان میان ادامه تعقیب عمومی یا توافق کیفری مخیر است.

لازم به ذکر است مطابق ق.آ.د.ک سال ۱۳۹۲ نه تنها نهاد میانجیگری دایره کوچکی از جرایم تعزیری را شامل می‌شود (مه‌دی‌زاد پایدار و عظیم‌زاده، ۱۳۹۶، ص. ۱۵۹)، بلکه دادستان نیز صرفاً در جرایم تعزیری درجه شش اختیار استفاده از آن را به عنوان جایگزین تعقیب عمومی دارد. به بیان دیگر در حقوق ایران، صرف‌نظر از اینکه به جایگزین‌های تعقیب عمومی به عنوان یک سرفصل یا راهکار قانونی و الزام‌آور توجه نشده است، در مواردی هم که مقرر شده است، دادستان به عنوان مدعی‌العموم و طرح‌کننده دعوی عمومی اختیارات محدودی دارد که تنها شامل جرایم تعزیری درجه شش می‌شود. اما دادگاه که نقش مدعی‌العموم ندارد با اختیارات بیشتر در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت جایگزین‌های تعقیب را اعمال می‌کند و جالب آنکه بایگانی کردن پرونده نیز در حوزه اختیارات دادگاه است. از این‌رو، با توجه اینکه به مهم‌ترین وظیفه دادستان در راستای اصل الزامی بودن تعقیب و به عنوان مدعی‌العموم، تعقیب عمومی است، لذا با توجه به قاعده مقتضی بودن تعقیب، وی باید به طور تام در تمامی جرایمی که امکان قانونی دارد اختیار اعمال جایگزین‌های تعقیب را نیز داشته

باشد و در صورت عدم اقدام به چنین امری، پرونده‌هایی که باید مستقیماً در دادگاه مطرح شود، به دادگاه ارسال گردد.^{۲۴} در رویه عملی هم چنین فرایندی به راحتی امکان‌پذیر است. برای مثال، بعد از آنکه از طریق دفاتر خدمات قضائی پرونده کیفری برای دادرسی ارسال شد، چنانچه دادرسی تمایلی به استفاده از نهادهای جایگزین‌های تعقیب نداشته باشد، بلافاصله پرونده را به دادگاه می‌فرستد. در این راستا، قوه قضائیه می‌تواند با صدور بخشنامه‌ها به کارگیری چنین نهادهایی را در عمل به مقامات قضائی گوشزد کند. اقدام اخیر قوه مزبور در خصوص برگزاری آزمون‌های میانجیگری و سعی در راه‌اندازی آن، اقدامی مفید به نظر می‌رسد.

نتیجه‌گیری

جایگزین‌های تعقیب شامل حل و فصل اختلافات ناشی از جرم است که قبل از شروع تعقیب عمومی و با هدف اصلی مصلحت و اقتضای عدالت به اجرا در می‌آید که اصولاً با هدف تسریع و ساده‌سازی رسیدگی کیفری، سیاست‌گذاران کیفری را به سمت رویکرد کمینه‌ای و حداقلی تعقیب کیفری متمایل کرده و در این راستا به پهنه قانونی ایران و فرانسه نیز وارد شده است. در این میان، قانون‌گذار فرانسوی با توسعه اختیارات دادستان، ابزارهای مختلفی را برای تعدیل ازدحام وظایف کاری محاکم کیفری، پلیس و جبران فقدان مؤثر بودن عدالت کیفری و سرعت در واکنش قانونی به اجرا در آورده است. رسیدگی‌های جایگزین در این کشور، انواعی دارد و با اهداف مختلف با توجه به اوضاع و احوال پرونده می‌تواند اجرا شود. برای نمونه، مواردی همچون معامله اتهام و توافق کیفری به عنوان جایگزین‌های کیفری تعقیب عمومی مورد استفاده قرار می‌گیرند که تا حدودی رنگ و بوی مجازات و سزادهی دارد بدون آنکه برای مرتکب سابقه کیفری محسوب شود. در مواردی هم، جایگزین‌های تعقیب عمومی، نقش هشداردهنده و صلح و سازش دارند که مرتکب را نسبت به عمل مجرمانه خود آگاه می‌کنند و یا اینکه یک تعهد غیر کیفری را به وی تحمیل می‌کنند. مجموعه این موارد، قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه را به عنوان یک قانون هدفمند و دارای برنامه در خصوص جایگزین‌های تعقیب عمومی معرفی می‌کند که در جای خود تکلیف مقامات تعقیب را نیز در رویه عملی مشخص می‌کند و به آنها اعلام می‌کند که نهادهای مزبور به عنوان

تکلیف قانونی در موارد مناسب باید مورد استفاده قرار بگیرند.

در نظام حقوقی ایران و به ویژه در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۴ چنین رویکردی قابل استنباط نیست. قانون مزبور ضمن تأثیرپذیری از نظام حقوقی فرانسه سعی نموده که نیم‌نگاهی به جایگزین‌های تعقیب عمومی داشته باشد و در آن مواردی مانند بایگانی کردن پرونده، تعلیق تعقیب و ارجاع به میانجیگری پیش‌بینی شده است و از این لحاظ گامی مثبت و رو به جلو تلقی می‌شود، اما چون تمامی زوایای جایگزین‌های تعقیب تقنین نشده و به صورت یک فصل مشخص نیست، در عمل چندان اعمال نمی‌شود. برای نمونه چون جایگزین‌های حبس در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به عنوان یک سرفصل تعریف شده است، به روشنی این موضوع درک می‌شود که قانون‌گذار جهت کاهش جمعیت زندان‌ها و آثار حبس، قضات دادگاه‌ها را به سمت استفاده از این جایگزین‌ها سوق می‌دهد. در عمل نیز مشاهده می‌شود که آرای دادگاه‌ها در این موارد انتشار بیشتری دارد. در حالی که در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ فصل خاصی تحت عنوان جایگزین‌های تعقیب عمومی پیش‌بینی نشده است و در عمل دادستان‌ها چندان احساس تکلیف نسبت به اعمال جایگزین‌های تعقیب نمی‌کنند، به ویژه آنکه اختیار آنها محدود به جرایم تعزیری درجه شش است و جالب آنکه جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸ که مستقیماً در دادگاه مطرح می‌شود، در عمل قضات دادگاه بیشتر از جایگزین‌های حبس استفاده می‌کنند تا جایگزین‌های تعقیب عمومی.

نکته دیگر اینکه شمار و تنوع جایگزین‌های تعقیب عمومی در نظام حقوقی ایران محدود به تعلیق تعقیب و نهایتاً میانجیگری کیفری شده است که بیشتر رنگ و بوی کیفری دارد، به ویژه آنکه نتیجه میانجیگری کیفری در جرایم غیرقابل گذشت منتهی به تعلیق تعقیب می‌شود. ایراد دیگر آنکه در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ تفکیک خاصی میان جرایم نشده است، بلکه نسبت به همه جرایم فقط موارد فوق قابل اعمال است؛ در حالی که نظام حقوقی فرانسه انواع مختلفی از جایگزین‌های تعقیب عمومی را با اهداف کیفری و هشداردهنده/ترمیمی پیش‌بینی کرده است که هر کدام در جرایم خاصی قابل اعمال است. به بیان دیگر، دادستان مانند یک پزشک برای هر جرم به خصوص، داروی خاصی تجویز می‌کند، نه اینکه مانند نظام حقوقی ایران برای تمامی

جرائم فقط یک نهاد را اعمال کند.

مضافاً در نظام حقوقی فرانسه در مقایسه با قوانین شکلی ایران، امکان استفاده از جایگزین‌های تعقیب عمومی در خصوص اشخاص حقوقی است. چنانچه نهادهای جایگزین تعقیب و سایر موارد قضازادایی تنها نسبت به اشخاص حقیقی قابل اعمال باشد، توفیقی در مورد کاهش پرونده‌های دادگستری حاصل نخواهد شد؛ زیرا شمار اشخاص حقوقی در کشورهای مختلف و از جمله ایران در حال افزایش است؛ به گونه‌ای که امروزه در بسیاری موارد اشخاص مزبور جایگزین اشخاص حقیقی در فعالیت‌های مختلف مانند قراردادها شده‌اند و به تبع آن امکان ارتکاب جرم از سوی آنها فزونی می‌یابد که کمترین نتیجه آن افزایش پرونده‌های دادگستری است. از این‌رو، امکان اعمال برخی نهادهای جایگزین تعقیب عمومی مانند معامله اتهام، توافق کیفری و به طور اختصاصی قرارداد قضائی به نفع عمومی در خصوص اشخاص مزبور در قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه مقرر شده است که جای خالی چنین مواردی در قوانین شکلی و حتی ماهوی ایران احساس می‌شود. متأسفانه قانون‌گذار ایرانی با توجه به نوپا بودن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی تنها به بحث مجازات آنها پرداخته است و نسبت به سایر جنبه‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و اعمال نهادهای تخفیفی و مساعدتی مقرراتی وضع نکرده است.

موضوع دیگر، عدم امکان اعمال جایگزین‌های تعقیب عمومی نسبت به اطفال و نوجوانان است. بیان شد که قانون‌گذار ایرانی در مواردی برخی مصادیق جایگزین‌های تعقیب عمومی را در مورد بزرگسالان پیش‌بینی کرده است، اما نسبت به اطفال و نوجوانان سکوت کرده است. در حالی که با توجه به شخصیت آسیب‌پذیر این افراد ضرورت بیشتری اقتضاء می‌کند که جایگزین‌های تعقیب عمومی نسبت به آنها اعمال شود. عملاً در قوانین کنونی، پرونده اطفال زیر ۱۵ سال به طور مستقیم در دادگاه مطرح و افراد ۱۵ تا ۱۸ سال بعد از کیفرخواست دادرسی به دادگاه ارسال می‌شود و در هر دو حال دادگاه به استناد یکی موارد مواد ۸۸ و ۸۹ حکم محکومیت صادر می‌کند. اما جایگزین‌های تعقیب عمومی ضمن تذکر و هشدار و حتی تحمیل مجازات خفیف به مرتکب از محکومیت وی جلوگیری می‌کند که در جای خود می‌تواند آثار جرم‌شناختی

و روان‌شناختی مختلفی بر روان طفل یا نوجوان داشته باشد. لازم به ذکر است با توجه به اطلاق مواد قانونی مربوط بایگانی کردن پرونده، تعلیق تعقیب و ارجاع امر به میانجیگری منعی نسبت به اعمال این نهادها در مورد اطفال و نوجوانان وجود ندارد، اما چون مانند قانون مجازات اسلامی، جایگزین‌های تعقیب در کنار سایر مواد شکلی مربوط به اطفال و نوجوانان ذکر نشده است در رویه قضائی، دیدگاه غالبی نسبت به اعمال نهادهای مذکور وجود ندارد. بر این مبنا، امید می‌رود قانون‌گذار ایرانی ضمن پیش‌بینی یک فصل جداگانه در خصوص جایگزین‌های تعقیب عمومی، آن را به عنوان یک برنامه هدفمند جهت کاهش پرونده‌های دادگستری و جلوگیری از برچسب‌زنی دنبال کند. همچنین نسبت به اشخاص حقوقی و اطفال و نوجوانان نیز نهادهای مخصوص این اشخاص را مقرر نماید تا ضمن رعایت عدالت کیفری نسبت به همگان، آثار مثبت آن در نهایت به سمت نظام عدالت کیفری سرازیر شود.

یادداشت‌ها

1. Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 21 septembre 1993, 92-85.452.
2. Le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2016-555 QPC du 22 juillet 2016, M. Karim B.
3. La plaider coupable
4. لازم به ذکر است که این مصداق در حقوق ایران ذیل عنوان معافیت از مجازات بحث می‌شود و ارتباط آن با معامله اتهام از این جهت است که در اینجا نیز مرتکب در قبال اعلام هم‌دستان خود (اشخاص دخیل در ارتکاب جرم) یا ارائه هر گونه اطلاعات در خصوص جرم یا هر گونه همکاری مؤثر از برخی مساعدت‌ها برخوردار می‌شود. البته ماده ۵۰۷ متهم در مرحله دادگاه از آن بهره می‌برد نه دادرسی.
5. همچنین می‌توان به ماده ۵۳۱ قانون تعزیرات نیز اشاره نمود؛ در این زمینه اعلام جاعل به مقامات قضائی موجب معافیت یا تخیف مجازات مرتکب می‌شود.
6. La composition pénale
7. Article 41-3-1 A du Code de procédure pénale français
8. مطابق ماده مذکور ۱۹ نوع اقدام ممکن است در قالب توافق کیفری باشد اما برای اشخاص حقوقی صرفاً دو مورد قابل اعمال است. از این اقدام نوزده‌گانه می‌توان به بند ۶ و ۱۶ اشاره کرد که به نفع اشخاص حقوقی حقوق عمومی می‌باشد. بند ۶. «انجام خدمت به نفع جامعه

به ویژه برای شخص حقوقی حاکم بر قانون عمومی یا یک شخص حقوقی تحت نظارت حقوق خصوصی با مأموریت انجام خدمات عمومی یا یک انجمن مجاز، انجام خدمات اجتماعی رایگان حداکثر شصت ساعت در مدت زمانی که بیش از شش ماه نمی‌تواند باشد؛ بند ۱۶. انجام یک اقدام فعالیت روزانه شامل اجرای فعالیت‌های بازپرورانه حرفه‌ای یا ارتقاء تحصیل یا در مجاورت یک شخص حقوقی عمومی، یا با یک شخص حقوقی حاکم بر حقوق خصوصی که یک مأموریت خدمات عمومی به آن واگذار شده یا یک انجمن مجاز به اجرای چنین اقدامی».

9. Article R15-33-45 du Code de procédure pénale français

10. Cons. Const. 21 Mars 2019, 2019-778 DC

11. Article R15-33-45 du Code de procédure pénale français

۱۲. لازم به ذکر است در جرایم تعزیری ۷ و ۸ که مستقیماً در دادگاه مطرح می‌شود با توجه به تبصره ۵ ماده ۸۱ قانون مذکور دادستان دخالتی ندارد.

۱۳. از جمله قانون مجازات اسلامی و قانون جرایم رایانه‌ای.

14. La convention judiciaire d'intérêt public

15. Article. 131-39-2 du code pénal

از اقدامات مذکور در این ماده می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

- ایجاد آیین‌نامه‌ای برای تعریف و نشان دادن انواع مختلف رفتار ممنوعه که احتمالاً توصیف اقدامات فساد یا تجارت با اعمال نفوذ می‌باشد.
- ایجاد سیستم هشدار داخلی به منظور جمع‌آوری گزارش از کارمندی که رفتار یا شرایطی مغایر با آیین‌نامه ناظر بر شخص حقوقی دارند.
- رویه‌های کنترل حسابداری، داخلی یا خارجی با هدف اطمینان از اینکه دفترها، ذخایر اطلاعاتی و حساب‌ها برای استفاده از اقدامات فساد یا تجارت با اعمال نفوذ استفاده نمی‌شوند.
- یک سیستم آموزشی برای مدیران و کارمندان که بیشتر در معرض خطرات فساد و تجارت با نفوذ قرار دارند.
- یک رژیم انضباطی مجاز به تنبیه کارمندان شخص حقوقی در صورت نقض قانون رفتار شخص حقوقی...

16. Le rappel à la loi

17. Selon l'expression de S. DETRAZ, note sous Crim., 21 juin 2011, n° 11-80.003, D. 2011. 2379

18. Le refus d'obtempérer

19. Le délit de fuite

20. La conduite sous l'empire d'alcool

۲۱. ماده ۸۰ از واژه مقام قضائی استفاده کرده است و با توجه به اینکه جرایم تعزیری درجه هفت و هشت مستقیماً در دادگاه مطرح می‌شود، منظور از مقام قضائی همان قاضی دادگاه است. تبصره ماده نیز همین مطلب را تأیید می‌کند؛ زیرا قرار بایگانی کردن صادره از دادگاه را در دادگاه تجدیدنظر قابل اعتراض اعلام کرده است.

۲۲. لازم به ذکر است تذکر قانونی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ سابقه تقنین داشت. ماده ۵۴ در این زمینه مقرر می‌داشت «در جرائم موضوع مجازات‌های تعزیری یا بازدارنده هر گاه کسی بر اثر اجبار اکراه که عادتاً قابل تحمل نباشد مرتکب جرمی گردد مجازات نخواهد شد. در این مورد اجبارکننده به مجازات عامل جرم با توجه به شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب جرم و مراتب تأدیب از وعظ و توبیخ و تهدید و درجات تعزیر محکوم می‌گردد».

۲۳. اجرای این سازوکار جایگزینی بعد از قانون ۴ آگوست ۲۰۱۴ راجع به برابری واقعی میان زنان و مردان، مستلزم آن است که دادستان عمومی نظر بزه‌دیده را در مورد مناسب بودن این اقدام جلب کند. میزان این اخراج بیش از یک دوره ۶ ماهه نمی‌باشد.

۲۴. لازم به ذکر است به موجب قانون مصوب ۱۵ آگوست فرانسه در هر مرحله از دادرسی کیفری حتی در مرحله اجرای احکام، بزه‌کار و بزه‌دیده حق استفاده و دسترسی به تدابیر ترمیمی را دارند (کاریو، ۱۳۹۵، ص. ۸۰)، اما در حقوق ایران چنین امکانی در مرحله اجرای احکام وجود ندارد (حسینوند، ۱۳۹۴، ص. ۱۵۲-۱۵۳).

کتابنامه

۱. باباخانی، عرفان؛ پرسته، مهران و هرنگ، جیمی (۱۳۹۷). *ارزیابی عدالت ترمیمی در مرحله پلیسی در نظام کیفری ایران و فرانسه*. ارائه شده در همایش بین‌المللی پلیس و عدالت ترمیمی (مقاله برتر)، تهران: دانشگاه علوم انتظامی امین.
۲. بوریگان، ژان و سیمون، آن ماری (۱۳۸۹). *آیین دادرسی کیفری* (ترجمه عباس تدین). تهران: انتشارات خرسندی.
۳. جمشیدی، علیرضا و نوریان، علیرضا (۱۳۹۲). «متناسب بودن تعقیب کیفری، مفهوم، مبانی و جلوه‌ها در حقوق ایران و انگلستان». *پژوهش حقوق کیفری*، سال دوم، (۳)، صص. ۱۴۳-۱۶۱.
۴. حسینوند، موسی (۱۳۹۴). *میانجیگری کیفری در پرتو آموزه‌های عدالت ترمیمی با جستارهایی در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲*. تهران: انتشارات مجد.

۵. حیدری، الهام (۱۳۹۵). «معامله اتهام در حقوق کامن‌لا و نهادهای نزدیک به آن در دادرسی کیفری ایران». *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، ۳(۱)، صص ۴۱-۶۲.
۶. ساقیان، محمدمهدی (۱۳۹۸). «حقوق دفاعی متهم در جایگزین‌های تعقیب کیفری». *آموزه‌های حقوق کیفری*، ۱۶(۱۷)، صص. ۱۹۱-۲۱۸.
۷. عباسیان، عطیه و عالیپور، حسن (۱۳۹۴). «ظرفیت‌های تعمیم نهاد معامله اتهام به نظام کیفری ایران». *مطالعات حقوق تطبیقی*، ۶(۲)، صص. ۶۹۹-۷۲۴.
۸. عظیم‌زاده، شادی و هدایت، هدیه (۱۳۹۵). «از جبران خسارت ناشی از جرم علیه کودک تا نحوه ترمیم خسارات؛ با نگاه تطبیقی به قوانین کشورهای اروپایی، آمریکایی و اسناد بین‌المللی». *پژوهش حقوق کیفری*، سال پنجم، (۱۷)، صص. ۳۱-۶۵.
۹. کاریو، رابرت (۱۳۹۵). *عدالت ترمیمی در فرانسه؛ قوانین و اقدامات*. کتاب چکیده مجموعه مقالات عدالت ترمیمی و پیشگیری از جرم، تهران: انتشارات میزان.
۱۰. موسوی‌مجاب، سیددرید و مرادی، فرزانه (۱۳۹۴). «مطالعه تطبیقی نهاد دادوستد اتهام در نظام کامن‌لا و حقوق نوشته». *اندیشه‌های حقوق کیفری*، سال اول، (۱)، صص. ۱-۱۷.
۱۱. موسوی‌مجاب، سیددرید و رفیع‌زاده، علی (۱۳۹۴). «دامنه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی». *پژوهش حقوق کیفری*، سال چهارم، (۱۳)، صص. ۱۴۷-۱۵۹.
۱۲. مهدیزاد پایدار، مهدیه و عظیم‌زاده، شادی (۱۳۹۶). «بایسته‌های میانجیگری کیفری در بوتہ سیاست تقنینی نوین ایران». *فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم*، (۴۳)، صص. ۱۵۱-۱۸۵.
۱۳. نوروزی، بهروز؛ مهرا، نسرین؛ صفاری، علی و مهدوی ثابت، محمدعلی (۱۳۹۶). «اصل اقتضاء تعقیب در قلمرو جرایم اطفال و نوجوانان در حقوق ایران و انگلستان». *فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری*، (۳۴)، صص ۱۵۳-۱۸۴.
۱۴. نیازپور، امیرحسن (۱۳۹۰). «از حقوق کیفری تا حقوق کیفری قراردادی شده». *آموزه‌های حقوق کیفری*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، (۱)، صص. ۴۹-۶۶.

15. Aubert, L. (2010). *Systématisation pénale et alternatives aux poursuites en France: une politique pénale en trompe-l'œil*, Editions juridiques associées | "Droit et société".
16. Brigant, Jean-Marie (2018). *Le risque de corruption*. Dalloz, Paris.
17. Cario, R. (2014). *Justice restaurative. Principes et promesses*, Les Cahiers Dynamiques.
18. Giacomelli, M. (2012). *Les procédures alternatives aux poursuites*. RSC.
19. Glotova, E. (2016). *Le rappel à la loi pour les mineurs : une expérience*

- personnelle, Association jeunesse et droit, *Journal du droit des jeunes*. 1 N° 351-352.
20. Jullion, D. (2019). *La médiation pénale entre utopie et contrainte ... Un défi possible?!*. in La lettre des Médiations, ISSN non exigé.
 21. Mincke, C. (2013). La médiation pénale, contre-culture ou nouveau lieu-commun? Médiation et idéologie, In: Beckers C. & Burssens D. Jonckheere A. et Vauthier A. (dir.), *Médiation pénale: la diversité en débat*. Anvers : Maklu.
 22. Perrocheau, V. (2010). La composition pénale et la comparution sur reconnaissance de culpabilité: quelles limites à l'omnipotence du parquet?, Editions juridiques associées | "*Droit et société*".
 23. Pradel, J. (2005). Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français, *Revue internationale de droit comparé*.
 24. Stefani, G.; LEVASSEUR, G. & BOULOC, B. (2019). *Procédure pénale*. 27e édition, Dalloz, Paris.
 25. Valinejad, Veliani, Y. (2017). *La médiation pénale en droit français et iranien*. Thèse, Université de Poitiers.

احسان بر خود

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۳۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۰۸

حسین هوشمند فیروزآبادی*

احمد احسانی فر**

سید محمدحسن سیادت***

رضا پورموسوی****

چکیده

به موجب قاعده احسان، شخص محسن در قبال خسارتی که به محسن‌الیه وارد می‌آورد تا از وی دفع ضرر کند به دلیل احسانش از ضمان معاف است. یکی از مسائل مهم ذیل این قاعده این است که اگر محسن و محسن‌الیه یک نفر باشند یعنی شخصی برای دفع ضرر از خود یا ایصال منفعت به خودش به دیگری زیان وارد آورد آیا قاعده احسان چنین شخصی را نیز از ضمان معاف می‌سازد یا خیر؟ در این مقاله با رد دیدگاه فقهای که احسان بر خود را رافع ضمان دانسته‌اند اثبات گردید احسان بر نفس موضوعاً احسان نیست چون تبادر و صحت سلب هر دو علامت حقیقت هستند و متبادر از احسان، احسان بر غیر است و سلب عنوان احسان از «احسان بر خود» صحیح است و حتی اگر هم قائل به خروج موضوعی احسان بر نفس از شمول قاعده احسان نشویم به دلیل لزوم وجود حُسن فعلی جهت جریان قاعده احسان و عدم وجود چنین حُسنی در «احسان بر خود» نسبت به زیان‌دیده و نیز به دلیل اینکه آیه شریفه «ما علی المحسنین» امتنانی است و نباید به ضرر زیان‌دیده منجر شود فلذا باید قائل به خروج حکمی «احسان بر نفس» از شمول قاعده احسان شویم.

واژگان کلیدی: احسان به خود، احسان، ضمان، احسان بر نفس، مسئولیت مدنی، دفاع مشروع، اضطرار.

* استادیار گروه حقوق پژوهشگاه حوزه و دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول).

hooshmand@rihu.ac.ir

** استادیار پژوهشگاه قوه قضائیه، تهران، ایران.

ehsanifarahmad@gmail.com

*** استادیار گروه حقوق دانشگاه آیت‌الله بروجردی، لرستان، ایران.

smhsiadat@gmail.com

**** کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آیت‌الله بروجردی، لرستان، ایران.

rezapourmosavi@gmail.com

مقدمه

بنابر نظر فقها چنانچه شخصی که بر دیگری زیان وارد می‌آورد محسن باشد این احسان رافع ضمان محسن در قبال محسن‌الیه است و خسارت زیان‌دیده نیاز نیست جبران گردد (ر.ک: بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶ق، ص. ۲۸۲). این قاعده در ماده ۵۱۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تبلور یافته^۱ و حقوق‌دانان نیز احسان را از علل موجهه و از عوامل رافع مسئولیت مدنی بر شمرده‌اند (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷، ص. ۲۳۴). پرسش مطرح در این مقاله این است که چنانچه مخاطب احسان، شخص محسن باشد یعنی جایی که محسن و محسن‌الیه واحد هستند آیا کماکان ضمان از دوش شخص محسن برداشته می‌شود یا خیر؟

در تلاقی قواعد احسان و اتلاف چهار قسم احسان را می‌توان به تصویر کشید. اول احسان بر غیر با اضرار بر همان غیر؛ دوم احسان بر غیر با اضرار بر خود؛ سوم احسان بر غیر با اضرار بر دیگری و چهارم احسان بر خود با اضرار به غیر.

قسم اول یقیناً محل جریان قاعده احسان است و فقهای امامیه در خصوص این قسم اتفاق نظر دارند که احسان رافع ضمان است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۷۹). قسم دوم نیز به تفصیل مورد بررسی قرار گرفته و مشمول قاعده احسان دانسته شده است (مصطفوی، ۱۳۸۴، صص. ۶۳-۸۸). قسم چهارم محل اختلاف است و محل بحث مقاله پیش رو در خصوص همین قسم است. در جایی که وحدت میان محسن و محسن‌الیه موجود است جریان یافتن قاعده احسان با اصولی چون اصل جبران کامل خسارت زیان‌دیده در تعارض قرار می‌گردد و این مسئله مطرح می‌شود که محسن به عنوان محسن بودنش باید از ضمان و جبران خسارت معاف گردد یا به عنوان محسن‌الیه بودنش باید از وی جبران خسارت خواسته شود.

در قسم سوم هر چند فعل محسنانه صورت گرفته است اما از محل جریان قاعده احسان مصطلح فقهی قطعاً خارج است هر چند برخی حقوق‌دانان به اشتباه این قسم را هم مشمول قاعده احسان دانسته‌اند. از جمله در بحث اضرار به غیر برای دفع ضرر دیگری دکتر کاتوزیان بعد از ذکر مثال‌هایی مانند اینکه آتش‌نشانی برای جلوگیری از سوختن شخصی پارچه دیگری را که در دسترس است برای خاموش کردن آتش استفاده کند و پارچه بسوزد یا پزشکی برای نجات جان بیماری داروی بیمار دیگری را

به او بخوراند مسئولیت را در این موارد منتفی می‌داند و می‌گوید: «هیچ‌کس را که به قصد نیکی کردن و برای پیشگیری از ضرر دیگران یا جامعه اقدامی می‌کند نباید ضامن شمرد (قاعده احسان) قانون باید از کسانی که در جامعه احساس مسئولیت می‌کنند و سرنوشت خود را با دیگران مربوط می‌بینند حمایت کند...» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص. ۳۳۵).

البته در جایی که احسان به یک جمع صورت گرفته باشد و زیان‌دیده نیز از محسن‌الیهم و یکی از آنها باشد می‌توان قاعده احسان را جاری ساخت (ر.ک: حکمت‌نیا و فیاضی، ۱۳۹۳، صص. ۹۹-۱۱۵). یعنی در مواردی که اضرار به غیر برای دفع ضرر از جامعه باشد چنانکه شخصی قسمتی از ملک دیگری را برای جلوگیری از ورود سیلاب به شهر و دفع ضرر از ساکنان آن تخریب کند می‌توان عامل زیان را از باب احسان از مسئولیت مدنی معاف دانست زیرا در این فرض عامل، با قصد احسان به جمع که زیان‌دیده نیز از آنان است موجب ضرر شده است. معافیت او از مسئولیت با عدالت نیز سازگارتر است...» (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵، ص. ۱۸۶).

در این نوشتار به روش توصیفی تحلیلی ضمن بررسی کلمات فقها در خصوص انتفای ضمان محسن به خود، نهاد «احسان بر خود» را با نهادهای مشابهی چون «دفاع مشروع» یا «اضطرار» مورد مقایسه قرار می‌دهیم و مسئله را از جهت مقاصدی بودن یا حکمی بودن قاعده احسان مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱. مفهوم‌شناسی لغوی احسان

بررسی شمول احسان بر احسان بر خود مستلزم بررسی مفاهیم لغوی و اصطلاحی احسان است تا مشخص شود که به لحاظ لغوی و اصطلاحی آیا می‌توان احسان را بر احسان بر خود صادق دانست یا خیر.

۱-۱. مفهوم لغوی احسان

احسان را در لغت «ضد اسائه» معنی کرده‌اند (واسطی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸، ص. ۱۴۲؛ همچنین ر.ک: اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۱۹). از دیگر لغویونی که در معنای احسان سخنان دقیقی دارد حسن بن عبدالله عسکری است.

ایشان در کتابی با نام «الفروق فی اللغه» به بررسی تفاوت (فرق) معانی کلماتی می‌پردازد که به ظاهر مترادف و هم‌معنی هستند. ایشان در تفاوت میان انعام و احسان می‌نویسد:

«انعام [متصور] نیست مگر از سوی شخص منعم به غیر خودش. چراکه انعام متضمن شکر است. [چراکه شکر] واجب می‌شود [همچنان] که قضای دین واجب است و مجاز است احسان انسان بر خودش. چراکه [برای مثال] اگر از کسی پرسیده شود برای چه کسی علم می‌آموزی؟ [او می‌تواند پاسخ دهد] که به خودش احسان می‌کند و نمی‌گوید که به خودش انعام می‌کند. و احسان متضمن حمد است و حمد و ستایش انسان از خودش جایز [و ممکن و منطقی] است. در حالی که نعمت و انعام متضمن [و مستلزم] شکر است و تشکر انسان از خودش [منطقی و] مجاز نیست. چراکه شکر جایگزین دین است [و منطقی] و مجاز نیست که انسان [به خودش مدیون باشد و] دینی به خودش بپردازد» (عسکری، ۱۴۰۰ق، ص. ۱۸۷).

از مجموعه کلام لغویون در معنای احسان می‌توان این نتیجه را گرفت که استخراج مفهوم «احسان به خود» از مفهوم احسان، حداقل به لحاظ لغوی غیرممکن نیست. چراکه بنا بر آنچه گفته شد برای مثال اگر احسان را «ضد اسائه» در نظر بگیریم هر عملی که اسائه نباشد می‌تواند متصف به حُسن شود و تفاوتی نمی‌کند که محسن الیه این احسان، خود محسن باشد یا شخصی غیر از او. همچنین در تفاوت انعام و احسان مشاهده شد که از نظر برخی اهل لغت مفهوم احسان می‌تواند محمل «احسان به خود» نیز باشد. هر چند تعاریفی از احسان که مفهوم احسان را منحصر در «احسان به غیر» دانسته‌اند کم نیستند.

۲-۱. مفهوم اصطلاحی احسان

شیخ طوسی در تعریف احسان می‌نویسد: احسان، رساندن نفع عاری از قبیح به غیر است. تا وی از آن منتفع شود (طوسی، بی‌تا، ص. ۲۷۹). در این تعریف قید «الی الغیر» در کلام ایشان حائز اهمیت است.

سید مرتضی در معنای احسان می‌نویسد: «احسان عبارت است از نفعی را به دیگران رسانیدن بدون اینکه او مستحق دریافت آن نفع باشد» (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص. ۴۴۳). تعریف دیگری که از احسان ارائه شده عبارت است از: «احسان صدور قول یا فعل

زیبایی نسبت به غیر است. گاهی با رساندن نفع مالی یا اعتباری به غیر است و گاهی با دفع ضرر مالی و اعتباری از غیر» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ص. ۱۰).

در تعریف دیگر از احسان گفته شده: «مراد از احسان عملی است با قصد کمک به دیگری» (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص. ۲۸).

حقوق‌دانان نیز احسان را مفهوم‌شناسی کرده‌اند. به اعتقاد برخی: «احسان به کار مشروعی می‌گویند که برای جلب منفعت یا دفع ضرر از دیگران انجام شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص. ۱۷۶).

تعریف دکتر لنگرودی از احسان بدین شرح است: «احسان در اصطلاح عبارت است از هر عمل نسبت به غیر که عدوان نباشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص. ۱۸۳). این تعریف قلمرو وسیعی را برای احسان در نظر گرفته و هر عمل نسبت به غیر و عاری از عدوان احسان تلقی شده است.

با دقت در تعاریف فوق مشاهده می‌شود که تقریباً تمام تعاریفی که توسط فقها و حقوق‌دانان از احسان ارائه شده، تحقق احسان را ناظر به انتفاع غیر دانسته‌اند. بنابراین اگر هر کدام از این تعاریف که تحقق احسان را منوط به انتفاع غیر از احسان دانسته‌اند بپذیریم، موضوع «احسان به خود» تخصصاً از قاعده احسان خارج است، و برای توجیه عدم ضمان محسن در مثال‌هایی که خودش منتفع احسان است باید در پی دلایل دیگری باشیم.

۲. اقوال فقها در خصوص احسان بر خود

در عبارات فقها مواردی یافت می‌شود که برخی قائل به رفع ضمان در احسان بر خود شده‌اند و مواردی که آن را نپذیرفته‌اند که در ادامه به مرور آنها می‌پردازیم:

۲-۱. دیدگاه رفع ضمان به استناد «احسان به خود»

اهم مواردی که فقها با استناد بر احسان به خود قائل به رفع ضمان شده‌اند عبارت است از:

۲-۱-۱. عدم ضمان قاتل حیوان

شیخ طوسی ذیل مسئله‌ای تحت عنوان «حکم القاتل للبهیمه دفعاً لمضرتها»؛ یعنی حکم

شخصی که حیوانی را برای «دفع ضرر از خودش» به قتل می‌رساند - این‌گونه می‌نویسد: «اذا صالت البهيمه على الانسان فلم يتمكّن بدفعها الا بقتلها فلا ضمان عليه...»؛ هر گاه حیوانی به انسان حمله‌ور شود و جز با کشتن حیوان نتوان آن را دفع کرد، بر قاتل حیوان ضمانتی نیست (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص. ۵۰۹).

ایشان سپس در مقام بیان دلیل، برای این مسئله می‌نویسند:

«دلینا اجماع الفرقه و براهه الذمه وايضاً قوله تعالى «ما على المحسنين من سبيل» وهذا محسن لانه فعل ما يجب عليه فعله لانّ دفع المضره عن النفس واجب و على قول الآخرین انه مستحب له فعله» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص. ۵۰۹) دلیل ما برای این حکم [اولاً] اجماع [ثانیاً] اصاله البرائه و همچنین فرموده خداوند متعال است که «بر محسنین سبیل نیست» و این شخص محسن است چراکه عملی را انجام داده، انجام دادنش بر وی واجب بوده است. چراکه دفع ضرر از نفس واجب است و یا مطابق قول برخی مستحب.

گرچه تمسک شیخ به اصل براهت که یکی از اصول عملیه است با وجود ادله‌ای مانند آیه قرآن و اجماع می‌تواند مورد خدشه قرار بگیرد به دلیل الاصل دلیل حیث لا دلیل اما ملاحظه می‌شود که در اینجا برای عدم ضمان شخصی که در جهت دفع ضرر از خودش حیوانی را به قتل رسانده است به قاعده احسان استناد شده است و این بدین معنی است که شیخ طوسی رفع ضمان به استناد «احسان به خود» را جایز دانسته است.

۲-۱-۲. عدم ضمان رم دهنده حیوان در قبال خسارت وارده به صاحبش

ابن ادریس حلی در بابی تحت عنوان «باب ضمان النفوس و غیرها» مطرح می‌کند اگر حیوانی به شخصی حمله‌ور شد، و به سوی او هجوم آورد، چنانچه این شخص برای جلوگیری از صدمه دیدن و برای «دفع ضرر از خودش» حیوان را رم دهد و از خود براند و در اثر این عمل حیوان به راکب خود جنایتی وارد کند، شخصی که حیوان را از خود رانده است ضمانتی در قبال خسارات وارده به راکب حیوان ندارد چراکه در عمل خود محسن بوده است.^۲

۲-۱-۳. عدم ضمان قاتل مجنون

جناب ابن ادریس در خصوص کشتن مجنون نیز با استناد به قاعده احسان معتقد است: «ومن قتل مجنوناً عمداً فان كان اراده فدفعه عن نفسه فاذی ذلك الی قتله لم یکن علیه شیء، لانه محسن بفعله علی ما قلناه فیما مضی و حرراه وکان دمه هدراً...»؛ یعنی کسی که مجنونی را عمداً به قتل برساند، اگر مجنون به سوی او آمده - و احتمال آسیب رسیدن به شخص مدافع وجود داشته است - و او مجنون را از خود رانده باشد، اگر این عمل به قتل مجنون منجر شود، قاتل ضمانی ندارد و خون مجنون هدر است. چراکه شخص مدافع در عمل خود محسن بوده چنانکه قبلاً گفته شد (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص. ۳۶۸).

۲-۱-۴. عدم ضمان قاتل سارق

همین فقیه در یکی از فصول کتاب خود تحت عنوان «باب حد المحاربین و هم قطع الطریق و النبش و المختلس و الخناق و المبتج و المحتال» این چنین می‌نویسد: «و اللص حکمه عندنا حکم المحارب، فاذا دخل علی الانسان جاز له ان یقاتله و یدفعه عن نفسه، مادام مقبلاً علیه فان اذی الدفع الی قتل اللص لم یکن علی قاتله شیء من قود ولا دیه ولا کفاره لانه محسن و قد قال تعالی «ما علی المحسنین من سبیل»...»؛ یعنی حکم سارق [مسلح] نزد ما همان حکم محارب است. هر گاه وارد بر [خانه] انسان شود [صاحب‌خانه] مجاز است که با او مقاتله کند و او را دفع کند مادامی که [سارق] در حال فرار کردن نباشد. و اگر این مقاتله به قتل سارق منجر شود ضمانی از قصاص و دیه و کفاره بر شخص مدافع نخواهد بود، چراکه او محسن بوده و خداوند فرموده است «بر محسنین سبیلی نیست» (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص. ۵۰۷).

۲-۱-۵. عدم ضمان ضارب حیوان

این فقیه (ابن ادریس) در مسئله دیگری که در «باب ضمان النفوس و غیرها» مطرح می‌کند در خصوص ضارب حیوان معتقد شده که هر گاه حیوانی به هیجان درآید بر صاحبش واجب است که آن را حفظ و حبس کند. حال اگر صاحب حیوان این کار را نکرد یا در حفظ و حبس حیوان مرتکب تقصیر شد و حیوان ضرری به کسی وارد کرد،

صاحب حیوان ضامن خساراتی است که حیوان وارد کرده است. اما اگر صاحب حیوان نمی‌دانست که حیوان به هیجان درآمده یا در حفظ آن مرتکب تقصیر نشده است، صاحب حیوان نسبت به خسارات وارده بر غیر، ضمانی ندارد (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، صص. ۳۷۱-۳۷۲).

ایشان پس از ذکر این مسئله به نقل قول از شیخ طوسی می‌پردازد و می‌نویسد: «شیخ طوسی در کتاب نه‌ایه خود می‌گوید: اگر کسی که حیوان به او جنایتی وارد کرده - در حالی که صاحب حیوان به هیجان حیوان عالم بوده و یا در حفظ حیوان مرتکب تقصیر شده - به حیوان ضربه‌ای بزند و آن را بکشد و یا جراحی به حیوان وارد کند به مقداری که از قیمت حیوان کاسته می‌شود ضامن است» (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، صص. ۳۷۱-۳۷۲) و سپس این‌گونه به نقد آن می‌پردازد که این سخن شیخ طوسی غیرواضح است و آنچه اقتضای مذهب ماست این است که ضمانی بر ضارب حیوان نباشد چراکه او در عمل خود محسن بوده و خداوند می‌فرماید «بر محسنین سبیلی نیست».

۲-۱-۶. عدم ضمان صاحب ناودان و بالکن

نمونه دیگری که ابن ادریس در «باب ضمان النفوس و غیرها» مطرح می‌کند و با نمونه‌های قبلی متفاوت است بدین شرح است:

[اگر کسی] در راه، چیزی احداث یا نصب کند مانند میزاب (ناودان) یا روشن (بالکن) که ضرری برای عابران نداشته باشد و [اتفاقاً موجب خسارت شود] ضمانی بر وی نیست چراکه او در عمل خود و احداث و نصبش محسن بوده و مئسئ نبوده است و خداوند می‌فرماید: «بر محسنین سبیلی نیست». پس اگر کسی ضمانی بر وی بار کند مخالف آیه عمل کرده است و چیزی را بر وی واجب کرده که خداوند آن را واجب نکرده است» و همچنین [دلیل دیگر برای عدم ضمان] اصل برائت است پس اگر کسی بخواهد ضمانی بر صاحب میزاب بار کند به دلیل، نیاز دارد. شیخ طوسی در این مسئله صاحب میزاب را ضامن دانسته است. در حالی که دلیلی بر این [ضمان] از کتاب و سنت و اجماع وجود ندارد و نظری را که ما برگزیدیم، نظر شیخ مفید در کتاب مقنعه است که می‌فرماید: «هر کس در راه مسلمین چیزی احداث کند و به واسطه آن ضرری به شخصی وارد شود، احداث‌کننده ضامن جنایتی است که به این واسطه وارد شده

است اما اگر آنچه احداث کرده چیزی باشد که خداوند آن را مباح کرده ضامن نیست چراکه به امر واجبی تعهدی نکرده و این آخرین کلام شیخ مفید است. [و می‌دانیم که] همه مسلمین نصب و قرار دادن میزاب را مباح می‌دانند و هیچ کس آن را انکار نمی‌کند» (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، صص. ۳۷۰-۳۷۱).

علاوه بر ابن ادریس در سرائر (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۳۷۰) شبیه این نظر را فقهای دیگری نیز به صراحت داده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۲۵۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۲۷) و همان‌گونه که در کلام ابن ادریس مشاهده شد از ظاهر کلمات برخی فقهای دیگر مانند شیخ مفید و سلار نیز قابل برداشت است (مفید، ۱۴۱۳ق، ص. ۷۴۹؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴ق، ص. ۲۴۲).

ملاحظه می‌شود که نمونه فوق متفاوت با نمونه‌های قبل است. از این حیث که این نمونه را دیگر نمی‌توان با دفاع مشروع و ارتکاب جرم در شرایط اضطراری تطبیق داد. در اینجا صاحب سرائر عدم ضمان شخصی که میزابی را (برای منفعت خانه خود) نصب کرده به این دلیل می‌داند که عمل او حسن و غیرعدوانی بوده است و او این دسته از اعمال را نیز داخل در احسان می‌داند. ملاحظه می‌شود که همان‌طور که قبلاً و در ابتدای بحث اشاره شد ایشان معنی وسیع‌تری از احسان را ملاک قرار داده که این معنی به معنای لغوی احسان نزدیک‌تر است تا به معنای اصطلاحی آن. البته این نظر مورد انتقاد برخی از فقها قرار گرفته است. تفصیل این تفسیر از احسان و انتقادات وارد بر آن در ادامه خواهد آمد.

۲-۱-۷. جواز أخذ (تقاص) طلب وصی، از اموال موصی

یکی از مسائلی که در برخی کتب فقهی به آن پرداخته شده است، این است که آیا اگر وصی از متوفی طلبکار بود می‌تواند طلب خود را از ترکه بردارد یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال میان فقها اختلاف نظر است. بعضی گفته‌اند: به طور مطلق جایز است. یعنی حتی با داشتن توان اثبات نزد حاکم نیز وصی می‌تواند طلب خود را بدون رجوع به دادگاه بردارد.

صاحب سرائر در این باب (باب الاوصیاء) پس از اینکه نظر شیخ طوسی در کتاب نهاییه را، مبنی بر اینکه وصی مجاز به برداشت طلب خود از ترکه نیست مگر با اقامه

بینه، نقل می‌کند، این‌گونه به نقد این نظر می‌پردازد:

«آنچه اصول مذهب ما اقتضا می‌کند این است که [وصی] بتواند [طلبش] را از آنچه در دستش هست بردارد. چراکه هر کس از دیگری طلبی دارد و بینه‌ای [برای اثبات مدعای خویش] ندارد در حالی که نمی‌تواند [از طریق مراجعه به دادگاه (حاکم)] طلبش را بگیرد می‌تواند طلبش را از اموال مدیون تقاص کند چراکه او در أخذ طلبش (به همان مقدار که بوده و نه بیشتر) محسن بوده و مسئ نیست و خداوند فرموده است «بر محسنین سبیلی نیست»^۳».

ملاحظه می‌شود که احسان، در نظر این فقیه به هر عمل مشروع و مأذون و قانونی و به عبارت فقهی «سائغاً شرعاً» اطلاق می‌شود. و این دیدگاه گستره بحث در مورد قاعده احسان را وسیع می‌کند. جالب توجه است که صاحب سرائر تنها فقیهی نیست که از چنین منظری به احسان می‌نگرد. شهید ثانی در مسالک الافهام نظر صاحب سرائر را در این باب برمی‌گزیند و آن را اقوی می‌داند و می‌نویسد: «قائل به جواز [أخذ طلب از مال متوفی] به طور مطلق ابن ادریس است و این نظر اقوی است... چراکه او در قضای دین محسن است و «بر محسنین سبیلی نیست» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۲۶۱).

۲-۲. دیدگاه عدم پذیرش رفع ضمان به استناد احسان بر خود

علامه حلی پس از نقل سخن ابن ادریس در سرائر در مسئله‌ای که «میزاب‌خانه شخصی سقوط کند و سبب جنایت بر دیگری شود» دلیل صاحب سرائر برای عدم ضمان که عبارت است از «مباح بودن نصب میزاب و مانند آن» را نمی‌پذیرد و سخن صحیح را کلام شیخ طوسی می‌داند که قائل به ضمان صاحب میزاب است و می‌گوید:

نظر ما (علامه حلی) این است که او (صاحب میزاب) سبب اتلاف بوده است و ضامن خسارات وارده می‌باشد و [اینکه ادعا شود] سبب تلف (نصب میزاب) مباح بوده، ضمان را ساقط نمی‌کند مانند طبیب و بیطار و مودّب [که جایز بودن عملشان از نظر شرعی] سبب سقوط ضمانشان نمی‌شود.... سپس ایشان می‌افزاید: «و قوله: انه محسن، لیس بشئ، لان احسانه فی حق نفسه لا یتلزم احسانه فی حق المقتول، بل هو مسئ فی حقه، اذ لو لا نصب المیزاب لما سقط علیه. و لو سلم معنا عموم الآیه لانهما مخصوصه بالطیب و المودّب و غیرهما» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، صص. ۳۶۲-۳۶۳).

۳۶۳). سخن ابن ادریس که گفته است صاحب میزاب ضامن نیست چون محسن است، صحیح نیست. چراکه احسان این شخص در حق نفسش (خودش) بوده است نه در حق مقتول (در فرضی که سقوط میزاب سبب قتل کسی شده باشد) بلکه او در حق او (مقتول) مسئی بوده است. چراکه اگر او میزابی نصب نمی‌کرد روی کسی نمی‌افتاد. حتی اگر بخواهیم این سخن را بپذیریم عموم آیه مانع ما می‌شود. چراکه این آیه اختصاص به طیب و مودب و مانند آنها دارد.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود از جملات پایانی علامه می‌توان فهمید، فرض علامه در کتاب شریف مختلف بر این است که احسان باید در حق غیر باشد و اینکه طیب و مودب علی‌رغم اینکه احسانشان در حق غیر است باز هم در مواردی ضامن هستند پس به طریق اولی نمی‌توان احسان فی حق نفس را مانع ضمان دانست و این نظر علامه حلی بر خلاف نظری است که قبلاً از ایشان در کتاب ارشاد الازهان ذکر گردید (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۲۷).

فاضل هندی نیز در فصلی از کتابشان تحت عنوان «فی اجتماع العله والشرط» ذیل مسئله‌ای که به سقوط میزاب بر شخصی که سبب قتل یا جرح وی می‌شود یا سبب تلف کالایی می‌شود می‌گوید در ضمان صاحب میزاب دو قول است. اول: ضمان و دوم: عدم ضمان.

ایشان ابتدا به تشریح ادله کسانی که صاحب میزاب را ضامن می‌دانند می‌پردازد و در آن بدین‌شکل تشکیک می‌کند که احتمال دارد فقط اقداماتی ضمان‌آور هستند که نوعاً و عرفاً برای طریق مسلمین مضر باشند و اقداماتی که ضرری برای طریق مسلمین ندارند اگر اتفاقاً موجب ضرر شوند، ضمان‌آور نباشند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص. ۲۶۸). سپس به بیان قول کسانی می‌پردازد که قائل به عدم ضمان صاحب میزاب هستند و این چنین می‌نویسد:

«قول دوم عدم ضمان است که آن را سرائر و شرایع و ارشاد و تخلص و ظاهر مفید و سلار اختیار کرده‌اند. اینان چیزهای مباحی را که در طریق مسلمین احداث شود ضمان‌آور نمی‌دانند به دلیل اصل برائت و اینکه این اعمال شرعاً مجاز هستند پس ضمان‌آور نیستند. و همچنین به دلیل اینکه صاحب میزاب [در عمل خود] محسن است

و «بر محسنین سبیلی نیست». ایشان پس از ذکر این دلیل این چنین به آن اشکال وارد می‌کند که صاحب میزاب محسن به نفس بوده نه به مجنی علیه [و نمی‌تواند از ضمان معاف باشد] چراکه طیب و مودب ضامن هستند هر چند قصدی جز احسان ندارند.^۴ از عبارت فاضل هندی بوضوح برداشت می‌شود؛ ایشان «احسان به خود» را احسان می‌داند اما آن را رافع ضمان و مسئولیت مدنی نمی‌داند.

یکی از محققین معاصر در رد نظریه عدم ضمان در استیمان با تمسک به قاعده احسان به صراحت می‌گوید: «هر چند بعضی از موارد ید امانی از مصادیق قاعده احسان است ولی تمام موارد ید امانی را نمی‌توان از مصادیق قاعده مزبور به حساب آورد. چراکه در عاریه شخص مستعیر برای انتفاع خویش مال دیگری را در دست دارد و نه به قصد خیرخواهی و خدمت به صاحب مال و ما در بحث قاعده احسان گفته‌ایم که مورد قاعده احسان فقط جایی است که شخصی هیچ‌گونه کسب نفع شخصی نداشته باشد» (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ص. ۹۳).

نمونه دیگری که در یکی از کتب فقهی ذیل یک فرض بسیار نادر در باب نکاح بیان شده بدین شرح است:

«در خصوص دو برادری است که دو خواهر را تزویج می‌کنند (به عنوان مثال حسن و حسین برادرند و با دو خواهر به نام‌های فاطمه و زینب ازدواج می‌کنند) و هر دو صاحب فرزند می‌شوند اما فرزند زوجین نخست دختر و فرزند زوجین دوم پسر است و این دو بچه را به تزویج یکدیگر درمی‌آورند. حال اگر مادر بزرگ بچه‌ها یکی را شیر بدهد عقد باطل و منفسخ شده و حرمت ابدی حاصل می‌شود. چون اگر مادر بزرگ ابی نوه را شیر دهد یعنی پسر حسن وقتی شیر مادر بزرگ خود را بخورد به منزله برادر حسن و حسین است. تبعاً عموی دختر حسین می‌شود و عمو نمی‌تواند با دختر برادر ازدواج کند. اما اگر یکی از این دو بچه شیر مادر بزرگ مادری را بخورند (شیر مادر فاطمه و زینب) در این صورت اگر پسر باشد برادر فاطمه و زینب و اگر دختر باشد خواهر فاطمه و زینب می‌شود و نسبت به بچه شیرخوار دیگر خاله یا دایی می‌شود و نمی‌تواند با او ازدواج کند. پس مسئله در واقع یک کبرای کلی بر مصادیق است و دلیل خاص نمی‌خواهد. نتیجه این شیر دادن این است که عقد باطل شده و صغیر و صغیره برای همیشه محرم می‌شوند» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، صص. ۷۸-۸۳).

در ذیل این مسئله سؤالی مطرح شده، حال که نکاح باطل شده آیا مهریه تعلق می‌گیرد یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال اختلاف نظر وجود داشته، عده‌ای قائل به تعلق مهر و عده‌ای قائل به عدم تعلق مهر شده‌اند. ذیل قول قائلین به تعلق مهر این سؤال مطرح شده که ضمان مهر با کیست؟ آیا کسی که بانی فسخ و بطلان نکاح شده (یعنی مادر بزرگ) ضامن است؟ ذیل پاسخ به این سؤال این فرض مطرح شده که اگر مادر بزرگ از باب اضطرار بچه را شیر داده (مثلاً بچه از شدت گرسنگی جانس در خطر بوده) آیا باز هم ضامن پرداخت مهر است؟

در پاسخ به این سؤال عده‌ای گفته‌اند چون اینجا شرایط اضطراری بوده مانند اکل در مخمضه است و چون شخصی که در چنین شرایطی واقع شده می‌تواند از مال غیر تناول کند اما در نهایت ضامن است، حکم این مسئله هم این چنین است و بانی فسخ نکاح در نهایت ضامن مهر است اما آیت‌الله مکارم به این پاسخ ایراد وارد کرده و معتقد است آکل در مخمضه گرچه به واجب شرعی عمل کرده ولی مصداق «ما علی المحسنین من سبیل» نیست چون به خودش احسان کرده اما در خصوص مادر بزرگ که به وظیفه شرعی خود عمل کرده و بانی فسخ نکاح هست قاعده احسان جاری می‌شود و قیاس این مسئله با اکل در مخمضه مع الفارق است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، صص. ۷۸-۸۳).

بنابراین از نظر ایشان نیز آکل در مخمضه چون به خود احسان کرده مشمول رفع ضمان به موجب قاعده احسان نمی‌گردد.

البته باید دقت داشت که در این مسئله اگر مادر بزرگ به صغیر (زوج) بخاطر شدت گرسنگی اش شیر داده باشد و بانی بطلان نکاح شده باشد و به دلیل این رضاع به وی ضرر رسانده باشد مسئله ذیل قاعده احسان قرار می‌گیرد چون محسن (مادر بزرگ) هم به محسن‌الیه (صغیر) سود رسانده و هم بر او ضرر وارد آورده است اما اگر مادر بزرگ به صغیره (زوجه) شیر داده باشد در این صورت مسئله از ذیل قاعده احسان خارج می‌شود چون محسن‌الیه صغیره است و زیان بر صغیر وارد گردیده است. در کل به نظر می‌رسد این مسئله دارای ابهام است چراکه بانی باطل شدن و جوب تعلق مهریه را بر ذمه زوج واجب نموده است بلکه نفس ازدواج این و جوب را باعث شده است.

۳. نسبت سنجی احسان بر خود با نهادهای حقوقی مشابه

«احسان بر خود» را می‌توان با برخی نهادهایی حقوقی مانند دفاع مشروع و اضطرار نسبت‌سنجی کرد و وجوه ممیزه میان احسان بر خود با این نهادها را تبیین کرد. به لحاظ قلمرو موضوعی باید قلمرو جامع و مانعی از مفهوم و موضوع احسان بر خود ارائه داد. از آنجا که در برخی نگاهشته‌های فقهی میان دو مفهوم احسان بر خود و دفاع مشروع خلط شده است و به همین دلیل باید با معرفی معیار و ضابطه‌ای مشخص از احسان بر خود، دفاع مشروع را از قلمرو موضوعی احسان بر خود خارج نمود تا تعریف مانعی از احسان بر خود ارائه گردد. همچنین به جهت آنکه ورود خسارت به منظور دفع ضرر حالات و شعب گوناگونی دارد که هر یک از این حالات و شعب موضوع قاعده‌ای خاص هستند، به نحوی که برخی موضوع قاعده اضطرار، برخی موضوع قاعده اقدام و برخی موضوع قاعده احسان هستند، و در برخی نگاهشته‌های فقهی میان دو قاعده احسان بر خود و اضطرار خلط صورت گرفته است، باید به منظور ارائه تمایز میان این قواعد، نسبت‌سنجی میان دو قاعده اضطرار و احسان به عمل آید تا قلمرو موضوعی این قواعد با یکدیگر خلط نگردد.

۳-۱. نسبت‌سنجی دو نهاد «احسان بر خود» و «دفاع مشروع»

چنانکه در مصادیق عدم ضمان در کلام برخی فقها گذشت مواردی وجود دارد که قابل تطبیق با دفاع مشروع هستند اما در آنها برای عدم مسئولیت فاعل، به قاعده احسان استناد شده است. یعنی منطبق بر همان فرضی است که ماده ۳۳۰ قانون مدنی مطرح می‌کند با این تفاوت که در نمونه‌های فقهی به قاعده احسان استناد شده و در ماده ۳۳۰ قانون مدنی دلیل عدم ضمان، دفاع از نفس دانسته شده. ماده ۳۳۰ قانون مدنی بدین شرح است: «اگر کسی حیوان متعلق به غیر را بدون اذن صاحب آن بکشد باید تفاوت قیمت زنده و کشته آن را بدهد ولیکن اگر برای دفاع از نفس، بکشد یا ناقص کند ضامن نیست».

و یا نمونه‌ای که از صاحب سرائر در عدم ضمان نسبت به جنایات حیوان گذشت همان فرض ماده ۵۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بخش دیات است که می‌گوید: «هر گاه شخصی عملی انجام دهد که موجب تحریک یا وحشت حیوان گردد

ضامن جنایت‌هایی است که حیوان در اثر تحریک یا وحشت وارد می‌کند مگر آنکه عمل مزبور مصداق دفاع مشروع باشد» همین موارد سبب شده است تا این گمان به وجود آید که برخی از فقها مبنای دفاع مشروع را احسان بر نفس می‌دانند. عده‌ای تطبیق دفاع مشروع بر احسان را نپذیرفته و گفته‌اند: «... استناد به قاعده احسان برای تجویز دفاع خالی از ایراد نمی‌باشد. چراکه بر اساس این قاعده، محسن کسی است که با قصد انجام نیکی به دیگری در جهت جلب منفعت و یا دفع ضرر از وی اقدام می‌نماید و هر گاه چنین شخصی در راستای احسان خود به ناچار ضرری را متوجه وی سازد، ضامن نخواهد بود. این در حالیست که مدافع ضمن صیانت از حقوق خود، قصد دفع تجاوز از خود - و نه دیگری - را داشته و در این راستا به طرف مقابل صدمه وارد می‌آورد و چه از لحاظ قصد و چه نتیجه عمل، با محسن متفاوت است. در نتیجه استناد به این قاعده برای توجیه اقدام مدافع صحیح نمی‌باشد» (شمس ناتری و عبدالله یار، ۱۳۸۹، ص. ۱۲۲).

امکان مساوی تمسک بر «احسان بر خود» با «دفاع مشروع» در صورتی ممکن است که: اولاً. ثابت شود قلمرو احسان فقط شامل دفع ضرر است و جلب منفعت را در بر نمی‌گیرد چراکه دفاع مشروع هم تنها جهت دفع ضرر است؛ ثانیاً. چون دفاع از جان و مال و ناموس تکلیفاً واجب است و وضعاً باعث رفع ضمان است، در صورتی امکان هم‌پوشانی احسان بر خود و دفاع مشروع وجود دارد که احسان نیز تنها در امر واجب ممکن باشد و احسان در امر مستحب یا مباح یا مکروه امکان‌پذیر نباشد.

در خصوص مطلب اول یعنی قلمرو قاعده احسان از جهت دفع ضرر و ایصال نفع بین فقها اختلاف نظر وجود دارد برخی احسان را جلب منفعت، برخی دیگر دفع ضرر و برخی هر دو مورد را احسان دانستند. نظریه صحیح‌تر شمول احسان بر هر دو مورد دفع ضرر و ایصال منفعت بدین دلیل است که یکی از ادله اصلی این قاعده حکم عقل است و امور عقلی همان‌گونه که برخی گفته‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ص. ۳۰۲) تخصیص‌پذیر نیست و عقل میان احسان دفعی و احسان ایصالی تفاوتی قائل نیست.

در نتیجه نمی‌توان «احسان بر خود» را که می‌تواند در قالب دفع ضرر از خود یا ایصال نفع برای خود باشد با نهاد حقوقی دفاع مشروع که تنها برای دفع ضرر است،

مشابه دانست و رفع ضمان در همه موارد احسان بر خود از نظر فقها را مستند به دفاع مشروع تلقی نمود.

دومین موضوعی که در مقایسه نهاد «احسان بر خود» با «دفاع مشروع» باید مورد بررسی قرار گیرد بحث از قلمرو قاعده احسان از جهت نوع حکم متعلق (عمل به واجب یا مباح یا مکروه یا مستحب) می‌باشد.

در این رابطه برخی گفته‌اند اگر امری تکلیف باشد دیگر احسان وجود ندارد و احسان مطلقاً منحصر در نیکی اختیاری (اعمال مستحب) است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۵، ص. ۱۶۲). مطابق این دیدگاه هیچ هم‌پوشانی میان دفاع مشروع و احسان بر خود نخواهد بود چراکه دفاع از جان و مال و ناموس واجب است و مطابق این نظریه بر واجب، احسان اطلاق نمی‌گردد. در مقابل برخی قلمرو گسترده‌ای برای احسان قائل شده و معتقدند بر فاعل اعمال غیر حرام محسن اطلاق می‌گردد (صفری، ۱۳۹۵، صص. ۱۸۴ و ۱۸۵) یعنی انجام هر یک از تکالیف پنجگانه تکلیفی (غیر از حرمت) می‌تواند احسان باشد.

کلمات فقها در مصادیقی مانند وجوب نقل مال مورد امانت (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ص. ۳۱)، و موت مجرم طی اجرای حد یا تعزیر واجب (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ص. ۵۶۲)، و برداشتن مال لقطه (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ص. ۱۸۸) مبین صحت دیدگاه دوم است.

نتیجه اینکه علاوه بر مغایرت نهاد «دفاع مشروع» با «احسان بر خود» به دلیل شمول احسان بر ایصال نفع و عدم شمول دفاع مشروع بر آن، میان این دو تأسیس حقوقی از جهت نوع حکم متعلق نیز مغایرت وجود دارد. حکم متعلق دفاع مشروع تنها وجوب است اما حکم متعلق احسان می‌تواند هر حکمی غیر از حرمت (به دلیل تنافی میان قبح فعل حرام با لزوم وجود حُسن فعلی در احسان) باشد.

۲-۳. نسبت سنجی دو نهاد «احسان بر خود» و «اضطرار»

در برخی مواردی که قاعده احسان جریان می‌یابد (به خصوص در حالت دفع ضرر) شرایطی اضطراری وجود دارد و از این جهت مقایسه این دو نهاد در فهم بهتر موضوع مؤثر است. فعل اضطراری به چهار شکل ممکن است صادر شود: اضرار به غیر برای

دفع ضرر از خود؛ اضرار به غیر برای دفع ضرر از همان غیر؛ اضرار به غیر برای دفع ضرر از دیگری و اضرار به خود برای دفع ضرر از غیر. از میان این چهار حالت مورد اول منطبق بر بحث اضطرار و نیز منطبق بر موضوع احسان به خود است و مورد دوم مجرای واقعی قاعده احسان در کتب قواعد فقه است؛ مورد سوم گرچه احسان بر غیر است اما مجرای مورد نظر قاعده احسان نیست و ذیل بحث اضطرار قرار می‌گیرد و مورد چهارم هم گرچه احسان به غیر است اما ذیل قاعده احسان قرار نمی‌گیرد و مجرای قاعده اقدام است.

با این توضیح افتراق بحث «احسان بر خود» با اضطرار از چند جهت منقح می‌گردد: اولاً. از شرایط اضطرار این است که انجام فعل اضطراری برای دفع ضرر ضرورت داشته باشد حال آنکه احسان همان‌گونه که گذشت از نظر مشهور منحصر به دفع ضرر نیست و شامل ایصال نفع نیز می‌گردد؛ ثانیاً. اضطرار از نظر فقها رافع ضمان و مسئولیت مدنی نیست و فقط حکم تکلیفی حرمت را رفع می‌کند اما فقهای که بحث احسان بر خود را طرح نموده‌اند قائل به رفع ضمان شده‌اند مگر اینکه با فرض پذیرش نظر فقهای که قائل به رافعییت ضمان در احسان بر خود هستند گفته شود مضطر دو نوع است مضطر محسن و مضطر غیرمحسن و مضطر محسن به دلیل احسانش و نه به دلیل اضطرارش از ضمان معاف است.

۴. تطبیق ادله قاعده احسان بر «احسان بر خود»

قبل از بحث از شمولیت ادله قاعده احسان بر احسان بر خود باید به نکته مهمی که ما را در استخراج بهتر حکم «احسان بر خود» یاری می‌دهد و جریان یافتن یا نیافتن قاعده احسان را بر این نوع احسان روشن‌تر می‌سازد توجه داشت و آن جایگاه قاعده احسان در نصوص دینی از جهت هدف و نتیجه وضع و تشریح آن می‌باشد. چنانکه می‌دانیم نصوص دینی در یک نگاه کلی دو نوع است: اول نصوصی که بیانگر شریعت و مقررات الهی است و در قالب گزاره‌ای انشایی یا خبری - ولی به انگیزه انشاء - حکم وضعی یا تکلیفی را بیان کرده و از ادله احکام شمرده می‌شوند مانند: «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» (مائده / آیه ۱) یا «المؤمنون عند شروطهم» دوم نصوص و آیات و روایاتی که بیانگر حکم وضعی و تکلیفی نیست بلکه مبین مقاصد کلی شریعت (علت

غایی تقنین) یا حکمت حکمی از احکام است مانند امر به تقوای الهی که مکرر در قرآن با عباراتی از قبیل «اتقوا الله» آمده است. روشن است که این فرمان از مقاصد کلی شریعت است و هیچ فقیهی مانند یک سند حکم شرعی با آن برخورد نمی‌کند» (علیدوست، ۱۳۸۱، صص. ۱۵۳-۱۵۴).

تمیز این دو دسته با معیار عقل و یا بنای عقلاست با این توضیح که عقل گزاره‌هایی را که به صورت شفاف، حکم عملی را بیان می‌کنند از نصوص مبین احکام شمرده ولی گزاره‌های مشتمل بر نتیجه را از نصوص مبین مقاصد شریعت می‌داند برای مثال گزاره «و اقیموا الصلوه» به روشنی بر حکم عملی دلالت دارد بر خلاف گزاره «الصلوه قربان کل تقی» که نتیجه برپا داشتن نماز را بیان می‌کند (علیدوست، ۱۳۸۱، صص. ۱۵۳-۱۵۴).

حال سؤالی که مطرح است این است که آیات مستند قاعده احسان جزء کدام دسته‌اند؟ نصوص بیانگر احکام و مقررات الهی یا نصوص مبین مقاصد شریعت؟ در مسئله ما یعنی «احسان بر خود» اگر احسان را همچون عناوین اعتباری دیگر از جمله عدالت بدانیم نمی‌توانیم به ادله آن برای کشف حکم رجوع کنیم اما چنانچه احسان را یک سند شرعی برای کشف احکام بدانیم لازم است به مدارک آن توجه شود تا در حدود ادله و مدرک قاعده نسبت به استخراج حکم اقدام شود.

در این خصوص برخی با اشاره بر اینکه برخی از آیات قرآن احسان را در کنار مقاصد شریعت آورده است مانند آیه ۱۷۲ سوره آل عمران که احسان در کنار تقوا بیان شده یا آیه شریفه «الذین احسنوا منهم و اتقوا اجر عظیم». که احسان در کنار تقوا قرار داده شده و وعده پاداش بزرگ برای کسانی که نیکی و پرهیزکاری کردند داده شده؛ معتقدند که گرچه با نگاه ابتدایی به ظاهر کلام بیشتر فقها برداشت می‌شود که قاعده احسان را به طور کلی به عنوان یک سند شرعی برای کشف احکام پذیرفته‌اند ولی دقت بیشتر نشان می‌دهد قاعده احسان استقلال ندارد و جریان آن به دلیل قاعده «اذن» مشکوک است چون در مواردی که فقها به قاعده احسان تمسک جستند قبل از آن صغرای قضیه (اذن به اقدام) از طریق ادله دیگر وجود داشته است و وقتی با دلیل معتبر مأذون بودن فرد در انجام عمل ثابت شد، عنوان محسن بر او صدق کرده و آثار احسان بر عملش بار می‌شود، بنابراین گزاره «احسان کنید» همانند گزاره «در نیکی به همدیگر یاری کنید» و «عدالت ورزید» از مقاصد شریعت است. ولی به گزاره «بر محسنین

سبیلی نیست» پس از تشخیص موضوع احسان از طریق ادله دیگر می‌توان استناد کرد (صفری، ۱۳۹۵، صص. ۲۰۰-۲۰۱).

اما باید دانست نظر صحیح‌تر با توجه به اشاره‌ای که در بحث مفهوم‌شناسی گذشت این است که احسان چون از فضائل اخلاقی محسوب می‌شود گاهی در نصوص دینی به عنوان مقصد شریعت مورد تأکید قرار گرفته و مردم به واجدیت آن دعوت گردیده‌اند و گاهی معنای مصطلح فقهی آن مدنظر است و کتب قواعد فقه در ذکر قاعده احسان به این معنای دوم احسان توجه داشته‌اند. این موضوع اختصاص به احسان ندارد بلکه در مورد نصوص دیگری نیز این اشتراک وجود دارد چنانکه فقها در خصوص «صلوة» از آیه شریفه «اقیموا الصلوة» حکم فقهی وجوب را استخراج نموده و علمای اخلاق از آیه شریفه «رب اجعلنی مقیم الصلوة و من ذریتی» (ابراهیم / آیه ۴۰) توصیه به تمنای کسب ملکه نماز برای مؤمن به عنوان یک فضیلت اخلاقی نموده‌اند.

ضمن اینکه چه در موضع تعارض قاعده احسان با علی الید و چه در موضع تعارض آن با قاعده اتلاف، احسان خود دلیل بر اذن و مقدم بر آنست و تخصیص بر اتلاف و بر علی الید محسوب می‌گردد نه برعکس و آلا اگر شخص محسن نباشد اذنی نخواهد بود و در نتیجه حکم ابتدایی حرمت اتلاف مال غیر و حرمت تصرف در مال غیر برقرار بوده و حکم وضعی ضمان نیز جاری می‌گردد.

با گذر از این بحث مبنایی چنانکه می‌دانیم مهمترین ادله وارد شده در مقام اثبات قاعده احسان آیه شریفه «ما علی المحسنین من سبیل» و دلیل عقلی است. در این آیه شریفه «سبیل» نکره در سیاق نفی است که دلالت بر عموم می‌کند و عبارت «المحسنین» هم که جمع محلی به لام است از نظر لغوی دلالت بر عمومیت و شمولیت و استغراق می‌کند و از نظر لغوی الف و لام که بر کلمه جمع وارد شود دلالت بر جمع مراتب جمع می‌شود. یعنی هیچ محسنی نباید در هیچ حرج و زحمتی بیافتد. مرحوم میرفتاح می‌گوید متبادر از آیه نفی جمیع افراد سبیل از عموم افراد محسن است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۷۴). بنابراین مطابق این عمومیت و استغراق کسی هم که برای دفع ضرر یا ایصال نفع به خود عملی انجام می‌دهد که مصداق شخص محسن محسوب می‌گردد و عملش محسنانه شمرده می‌شود نباید در اثر اقدام محسنانه‌اش

دچار زحمت شود.

اما باید توجه داشت که آیه شریفه مورد بحث از آیات امتنانی محسوب می‌شود و می‌توان این امتنان را یا به اعتبار علت حکم دانست چراکه از لسان آیه مشخص است که علت و خاستگاه حکم رفع ضمان از محسن این است که اراده خدا بر تخفیف و رفع مشقت از محسن است و یا این امتنان را می‌توان به اعتبار لسان دلیل حکم و توجه به قرائن و شأن نزول آیه شریفه دانست که خداوند اراده نموده است که برای محسن تسهیل نماید و بر وی سخت گرفته نشود. در هر صورت چه آیه شریفه را از جهت علت حکم و چه از جهت لسان دلیل حکم امتنانی بدانیم نتیجه این می‌شود که نباید نتیجه اجرای آن تحمیل ضرر به طرف مقابل باشد و در بحث احسان بر خود اگر محسن از ضمان معاف گردد نتیجه آن تحمیل زیان بر شخص زیان‌دیده است و این با امتنانی بودن آیه منافات دارد.

دلیل دیگری که برخی فقها آن را دلیل اصلی قاعده احسان دانسته‌اند حکم عقل است. مرحوم میرفتاح در عناوین بعد از بحث در خصوص دلالت آیه شریفه ما علی المحسنین... می‌گوید: «مع أن هذه الآية الكريمة قد سبقت مساق حکم العقل، فإنه قاض بعدم السبيل علی المحسن، و قد أشار إلى هذا المعنى قوله تعالى هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۷۵). برخی فقهای معاصر نیز ضمن پذیرش قاعده احسان، بر اصطیاد آن از آیات قرآن خدشه وارد کرده‌اند و از جمله دلالت آیه شریفه «ما علی المحسنین...» را بر قاعده احسان نپذیرفته‌اند (علیدوست، ۱۳۸۷، ص. ۷). واضح است که اگر دلیل قاعده احسان حکم عقل باشد در پذیرش دلیل لَبِّي باید به قدر متیقن اکتفا کرد و قدر متیقن در اینجا رفع ضمان از محسن به غیر است نه محسنی که بر خود احسان نموده است.

۵. نظریه مختار

همان‌گونه که گذشت قائلین به عدم جریان قاعده احسان و عدم رفع ضمان در موارد احسان به خود را می‌توان در دو گروه تفکیک کرد: برخی اصلاً احسان بر نفس را احسان نمی‌شناسند و در تعریفی که در احسان آورده‌اند قید «الی الغیر» را آورده‌اند یعنی در واقع قائل به خروج موضوعی «احسان بر خود» از شمول قاعده احسان می‌باشند

همانند شیخ طوسی (طوسی، بی تا، ص. ۲۷۹) و سید مرتضی در انتصار (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص. ۴۴۳) و برخی دیگر قائل به خروج حکمی هستند و گرچه احسان بر خود را احسان تلقی کرده‌اند اما حکم رفع ضمان را در خصوص آن جاری نمی‌کنند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص. ۲۶۸).

در تقویت دیدگاهی قائل به خروج موضوعی «احسان بر خود» از ذیل قاعده احسان است می‌توان به عبارتی از صاحب عناوین اشاره نمود. مرحوم میرفتاح مراغی در بحث از شمول قاعده احسان نسبت به موارد جلب منفعت علاوه بر موارد دفع ضرر عبارتی دارد که از قول استاد خود نقل می‌کند که: «الشیخ الوحید الاستاذ فی اثناء الدرس صرح فی اثناء الکلام ان قاعده الاحسان یختص بصوره دفع المضرة ولا تشمل صوره جلب المنفعة». اما خود ایشان در ادامه این انحصار را قبول نمی‌کند و با استناد به عموم جمله «ما علی المحسنین من سبیل»، تصریح اهل لغت، تبادر و نیز عدم صحت سلب، جلب منفعت را از مصادیق احسان می‌داند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۷۷).

ایشان به استناد تصریح اهل لغت، تبادر و عدم صحت سلب جلب منفعت را مشمول قاعده احسان می‌دانند. با توجه به این مقدمه باید گفت چنانکه می‌دانیم در علم اصول تبادر و صحت سلب از علائم حقیقت هستند و نه مجاز. متبادر از احسان، احسان بر غیر است نه احسان بر خود و سلب عنوان احسان از «احسان بر خود» صحیح است بنابراین می‌توان گفت احسان بر نفس موضوعاً احسان نیست چون تبادر و صحت سلب هر دو علامت حقیقت هستند و مطابق هر دو احسان بر خود احسان شمرده نمی‌شود.

حتی اگر از بحث خروج موضوعی هم صرف نظر شود و به تبعیت از کتبی مانند «الفروق فی اللغة» احسان را شامل «احسان بر خود» بدانیم (عسکری، ۱۴۰۰ق، ص. ۱۸۷). هنوز هم نمی‌توان «احسان بر خود» را مشمول قاعده احسان قرار داد و باید نظر فقهی پذیرفته شود که مطابق آن قائل به خروج حکمی احسان بر خود از ذیل قاعده احسان هستند بدین دلیل که:

اولاً. فقها برای جریان قاعده احسان قائل به لزوم حُسن فعلی و حُسن فاعلی به صورت توأمان هستند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۷۸؛ فاضل لکنرانی،

۱۶۱۴ق، ج ۱، ص. ۲۹۵) و در جایی که احسان بر خود صورت می‌گیرد در واقع برای صاحب مال یا نفسی که اضرار بر مال یا جسمش وارد می‌شود حُسن فعلی وجود ندارد در حالی که در جریان قاعده احسان که مُحسن برای احسان بر محسن الیه بر مال یا جسمش ضرری وارد می‌سازد اهمیت دفع ضرری که محسن آن را رفع می‌کند یا نفعی که محسن آن را برای محسن الیه جلب می‌کند بیشتر از ضرری است که بر مال یا جسمش وارد می‌گردد فلذا عمل محسن برای صاحب مال یا جسم یعنی زیان‌دیده، حُسن فعلی دارد.

ثانیاً. دلیل قاعده احسان اگر آیه شریفه «ما علی المحسنین من سبیل» باشد این آیه امتنانی است و نباید به ضرر زیان‌دیده منجر شود و حکم به رفع ضمان در احسان بر خود منجر به ضرر زیان‌دیده و خلاف امتنان است و اگر دلیل قاعده آن‌گونه که برخی محققین معاصر گفته‌اند (علیدوست، ۱۳۸۷، ص. ۷) آیات شریف قرآن نباشد و حکم عقل باشد و یا مانند صاحب عناوین بگوییم آیه شریفه هم در سیاق حکم عقل است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۷۵). در این صورت واضح است که عقلاً حتی اگر احسان بر خود را احسان تلقی کنند اما آن را رافع ضمان نمی‌دانند و عدم جبران خسارت زیان‌دیده را خلاف انصاف و عدالت می‌دانند و در استخراج حکم از دلیل لُبی نیز باید به قدر متیقن اکتفا نمود و در موضع شک نسبت به شمول حکم قاعده احسان قدر متیقن احسان بر غیر است و نه احسان بر خود.

ثالثاً. بسیاری از فقها مبحث وقف را ذیل کتاب عطایا آورده‌اند و آن را از سنخ احسان و بر دانسته‌اند و در برخی فروع به از جنس بر و احسان بودن وقف اشاره کرده‌اند از جمله در بحث امکان وقف بر کافر مطابق قولی دارای شهرت وقف برای کافر ذمی صحیح است اما برای کافر حربی صحیح نیست و در کنار ذکر ادله‌ای چون عدم اهلیت تمتع کافر حربی و عدم امکان تملیک از جانب وی (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۲، ص. ۵۰؛ عاملی، ۱۴۱۸ق، ج ۲۱، ص. ۶۱۷) یک دلیل آن هم از جانب برخی فقها منافات داشتن وقف برای کافر حربی با لزوم مباحثت و مجانبت دانسته شده (سیفی مازندرانی، ۱۴۳۰ق، ص. ۳۳۹) یا عموم نهی از موالات و مودت نسبت به کافر حربی (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۲۵) و برخی (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص. ۳۳۲) به آیه شریفه «لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَ

رَسُولُهُ وَ لَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ» استناد کرده‌اند و گفته‌اند چون وقف نوعی مودت است و مطابق آیه این مودت نسبت به حربی منهی عنه است.
با تبیین این نکته و توجه به این موضوع که وقف از مقوله احسان و بر است می‌توان میان حکم فقهی وقف بر نفس با بحث احسان بر نفس تنقیح مناط گرفت و چنین گفت که چون فقها وقف بر نفس که دیون یا عبادات واقف را بعد از فوت وی از محل تأمین کنند دارای اشکال دانسته^۶ و برخی آن را به صراحت باطل دانسته‌اند.^۶
علت بطلان وقف در این حالت این است که این وقف بر نفس محسوب می‌شود^۷ (فیاض کابلی، بی تا، ج ۲، ص. ۴۴۸؛ روحانی، بی تا، ج ۲، ص. ۴۵۲) پس چون وقف خصوصیتی ندارد لذا با تنقیح مناط می‌توان حکم وقف بر نفس را بر احسان بر نفس جاری ساخت.

نتیجه‌گیری

- ۱- در علم اصول تبادر و صحت سلب از علائم حقیقت هستند و نه مجاز. متبادر از احسان، احسان بر غیر است نه احسان بر خود و سلب عنوان احسان از «احسان بر خود» صحیح است بنابراین می‌توان گفت احسان بر نفس موضوعاً احسان نیست چون تبادر و صحت سلب هر دو علامت حقیقت هستند و مطابق هر دو احسان بر خود احسان شمرده نمی‌شود.
- ۲- دلیل قاعده احسان اگر آیه شریفه «ما علی المحسنین من سبیل» باشد این آیه امتنانی است و نباید به ضرر زیان‌دیده منجر شود و حکم به رفع ضمان در احسان بر خود منجر به ضرر زیان‌دیده و خلاف امتنان است.
- ۳- اگر دلیل قاعده احسان حکم عقل باشد و آیه شریفه «ما علی المحسنین» را در سیاق حکم عقل بدانیم، در این صورت نیز واضح است که عقلاً حتی اگر احسان بر خود را احسان تلقی کنند اما آن را رافع ضمان نمی‌دانند و عدم جبران خسارت زیان‌دیده را خلاف انصاف و عدالت می‌دانند و در استخراج حکم از دلیل لُبّی نیز باید به قدر متیقن اکتفا نمود و در موضع شک نسبت به شمول حکم قاعده احسان قدر متیقن احسان بر غیر است و نه احسان بر خود.

یادداشت‌ها

۱. «هر گاه شخصی با انگیزه احسان و کمک به دیگری رفتاری را که به جهت حفظ مال، جان، عرض یا ناموس او لازم است، انجام دهد و همان عمل موجب صدمه و یا خسارت شود در صورت رعایت مقررات قانونی و نکات ایمنی، ضامن نیست».
۲. و من غشیته دأبه و خاف ان تطأه فزجرها عن نفسه، فجنت علی الرأكب او علی غیره لم یکن علیه شیء، لآنه بفعله محسن، لآنه دفع الضرر عن نفسه وقد قال تعالی «ما علی المحسنین من سبیل» (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص. ۳۶۷).
۳. و الذی یقتضیه اصول مذهبنا، آنه یأخذ من ماله فی یده، لان من له علی انسان مال، ولا بینه له علیه، ولا یقدر علی استخلاصه ظاهراً، فله اخذ حقه باطناً لآنه یكون بأخذ ماله من غیر زیاده علیه محسناً لا مسیئاً وقد قال تعالی «ما علی المحسنین من سبیل» (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۹۲-۱۹۳).
۴. و عدم الضمان خیره السرائر والشرائع والارشاد والتخلیص و ظاهر المفید و سلار فانهما لم یضمنا بالمباح ممّا یحدث فی الطریق، للاصل و کونه سائغاً شرعاً فلا یستعتب ضماناً و لآنه محسن و «ما علی المحسنین من سبیل» و فیه: آنه محسن الی نفسه لا الی مجنی علیه، مع ان الطیب و المودب ضمانان و ان لم یقصدا آلا الاحسان (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص. ۲۶۸).
۵. إذا وقف عینا له علی وفاء دیونه العرفیة و الشرعیة بعد الموت ففی صحته کما قبل اشکال، و کذا فی الاشکال ما لو وقفها علی أداء العبادات عنه بعد الوفاة (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۴۵ و نیز رک: خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۳۶؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص. ۲۶۸).
۶. (سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۵۴): إذا وقف عیناً علی وفاء دیونه الشرعیة أو العرفیة بعد الموت لم یصح و کذا لو وقفها علی أداء العبادات عنه بعد الوفاة.
۷. إذا وقف عینا له علی وفاء دیونه العرفیة و الشرعیة بعد الموت، ففی صحته إشکال و الأظهر البطلان، و کذا فی ما لو وقفها علی أداء العبادات عنه بعد الوفاة؛ لآنه من الوقف علی نفسه.

کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۱۳ق). کتاب فی الوقف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

احسان بر خود / حسین هوشمند فیروزآبادی و دیگران پژوهش‌های حقوق اسلامی ۲۰۷

۳. ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: انتشارات اسلامی.
۴. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۹ق). الاجاره. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۵. بجنوردی، سید محمدحسن (۱۴۱۹ق). التواعد الفقہیہ. قم: نشر الہادی.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). مسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). الفارق. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۸. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق). العناوین. قم: جامعه مدرسین.
۹. حکمت‌نیا، محمود و فیاضی، مسعود (۱۳۹۳). «احسان به جمع (احسان جمعی) و نقش آن در مسئولیت مدنی». مجله مطالعات اسلامی فقه و اصول، (۱۰۱)، صص. ۹۹-۱۱۵.
۱۰. خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. قم: نشر مدینه العلم.
۱۱. روحانی، سیدصادق (بی تا). منهاج الصالحین. بی جا: بی نا.
۱۲. سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳ق). مہذب الأحکام. قم: مؤسسه المنار.
۱۳. سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز (۱۴۰۴ق). المراسم العلویة و الأحکام النبویة فی الفقه الإمامی. قم: منشورات الحرمین.
۱۴. سیدمرتضی، علی بن حسین (۱۴۱۵ق). الانتصار. بی جا: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۵. سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۴۳۰ق). دلیل تحریر الوسیله - الوقف. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
۱۶. سیستانی، سید علی (۱۴۱۷ق). منهاج الصالحین. ۴۴۴: دفتر حضرت آیت الله سیستانی.
۱۷. شمس ناتری، محمدابراهیم و عبدالله یار، سعید (۱۳۸۹). «دفاع مشروع و مبانی مشروعیت آن». مجله مطالعات حقوقی، (۳)، صص. ۱۰۳-۱۲۸.
۱۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافہام الی تنقیح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیہ.
۱۹. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب الله (۱۳۹۵). مسئولیت مدنی. تهران: انتشارات سمت.
۲۰. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب الله (۱۳۹۷). مسئولیت مدنی تطبیقی. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۲۱. صفری، اسفندیار (۱۳۹۵). «تبیین گستره و ناکارایی قاعده احسان». مجله فقه اهل البیت

۲۰. (علیهم‌السلام)، (۸۷)، صص. ۱۷۹-۲۰۵.
۲۱. طباطبائی حکیم، سید محسن (۱۴۱۰ق). *منهاج الصالحین*. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۲۲. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *الخلاص*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۳. طوسی، محمد بن حسن (بی‌تا). *التبیین فی تفسیر القرآن*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۴. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق). *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان*. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۵. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۶. عسکری، ابوهلال (۱۴۰۰ق). *الفروق فی اللغة*. بیروت: دارالآفاق الجدیده.
۲۷. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۱). «فقه و مقاصد شریعت». *مجله فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)*، (۴۱)، صص. ۲۷-۵۸.
۲۸. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۷). «قرآن کریم و قاعده احسان». *مجله حقوق اسلامی*، (۱۷)، صص. ۷-۳۷.
۲۹. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۶ق). *قواعد فقهی*. قم: ناشر چاپخانه مهر.
۳۰. فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). *کشف اللثام والایهام عن قواعد الاحکام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۳۱. فیاض کابلی، محمد اسحاق (بی‌تا). *منهاج الصالحین*. بی‌جا: بی‌نا.
۳۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). *الزام‌های خارج از قرارداد*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). *الزام‌های خارج از قرارداد*. جلد اول، قواعد عمومی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۴. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الاسلام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۵. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). *قواعد فقه*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۶. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
۳۷. مصطفوی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۱ق). *مائه قاعده فقهیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۳۸. مصطفوی، سیدمصطفی (۱۳۸۴). «احسان منبع مسئولیت». *نشریه فقه و حقوق*، سال دوم، (۶)، پاییز.

احسان بر خود / حسین هوشمند فیروزآبادی و دیگران پژوهشنامه حقوق اسلام ۲۰۹

۴۰. مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳ق). *المقنعه*. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (رحمت الله علیه).
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). *کتاب النکاح*. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب (علیه السلام).
۴۲. واسطی، زبیدی (۱۴۱۴ق). *تاج العروس*. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۴۳. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ق). *منهاج الصالحین*. قم: مدرسه امام باقر (علیه السلام).

سازوکار و کیفیت استناد به «سیاست‌های کلی نظام» در دیوان عدالت اداری

رضا بکشلو*

هادی طحان‌نظیف**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۲۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۳۰

چکیده

با توجه به خصائص ویژه نهاد «سیاست‌های کلی نظام» استناد به این سیاست‌ها، تا حدودی متفاوت از استناد به قوانین است. عدم التفات به این تفاوت‌ها منجر به انکار امکان استناد به این سیاست‌ها از سوی برخی از حقوق‌دانان شده است. پژوهش حاضر از بررسی ادله امکان و یا عدم امکان استناد به سیاست‌ها منصرف و در صدد استنادهای تبیین‌چگونگی این استناد، برداشت صحیح از استناد حقوقی به سیاست‌ها را روشن نماید. لذا بررسی سازوکار و کیفیت استناد به سیاست‌های کلی نظام در دیوان عدالت اداری مسئله اصلی این پژوهش خواهد بود که برای پاسخ به آن از روش توصیفی - تحلیلی استفاده شده و در نهایت الگویی کارکردگرا ارائه شده است. در ترسیم سازوکار مطلوب: اولاً، نگرانی‌های موجود در لسان حقوق‌دانان از محذورات عملی استناد قضائی به سیاست‌های کلی لحاظ شده است؛ ثانیاً، ضمن توجه به تحلیل حقوقی صحیح در خصوص نسخ قوانین و مقررات مغایر با سیاست‌ها، تلاش شده تا از ایجاد آشفتگی و گسست در نظام حقوقی جلوگیری شود؛ ثالثاً، تصریح شده که از منظر تحلیل حقوقی دیوان عدالت اداری می‌تواند مستقلاً به سیاست‌ها استناد نماید و الزامی به اخذ نظریه هیئت عالی نظارت وجود ندارد و رابعاً بر نقش جدی و تعیین‌کننده استناد به سیاست‌های کلی در مقام تفسیر قوانین و تعیین قانون حاکم در فرایندهای قضائی تأکید شده است.

واژگان کلیدی: استناد به سیاست‌های کلی، استناد قضائی، دیوان عدالت اداری، سیاست‌های کلی نظام، مقررات نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام.

* دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

Bakeshlou@isu.ac.ir

** استادیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.

Tahan@isu.ac.ir

مقدمه

بر اساس بند «۲» اصل ۱۱۰ «قانون اساسی» نظارت بر اجرای «سیاست‌های کلی نظام» یکی از وظایف و اختیارات رهبری است. برخی از حقوق‌دانان این نظارت را صرفاً از نوع نظارت سیاسی و ابزارهایی چون طرح سؤال، استیضاح و مانند این‌ها را برای تحقق آن کافی دانسته‌اند (مهرپور و دیگران، ۱۳۸۰، ص. ۳۸۴؛ گرجی ازندریانی، ۱۳۸۸، ص. ۲۹۲-۲۹۴؛ راسخ، ۱۳۹۶، ص. ۱۶۳-۱۶۴؛ جهانی، ۱۳۸۶، ص. ۱۵۲-۱۵۴). در مقابل، برخی دیگر ضمن اشاره به ماهیت هنجاری سیاست‌های کلی نظام در صدد شناسایی ضمانت‌اجراهای مختلف برای این سیاست‌ها بوده‌اند (مهرپور و دیگران، ۱۳۸۰، ص. ۴۰۲؛ طحان‌نظیف، ۱۳۹۶، ص. ۲۶-۲۸؛ غمامی، ۱۳۹۰، ص. ۲۲۱؛ موسی‌زاده، ۱۳۸۷، ص. ۱۷۴؛ حاجی‌علی‌خمسه، ۱۳۹۷، ص. ۳۱-۴۵؛ ویژه، ۱۳۸۸، ص. ۲۷). با این حال به نظر می‌رسد نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام همه اشکال مختلف نظارت را دربرمی‌گیرد^۱ و تجربه نیز ثابت کرده است که ابزارهای نظارت سیاسی برای تحقق کامل سیاست‌های کلی نظام مکفی نیستند. بر این اساس باید همه انواع مختلف نظارت‌های قانونی موجود در نظام حقوقی ایران با رعایت ملاحظات مربوط به سیاست‌های کلی نظام از جمله کلی بودن، عام بودن و غیره جهت تحقق کامل این سیاست‌ها به کار بسته شود.

از آنجا که همه نهادهای اساسی موجود در نظام حقوقی ایران مخاطب سیاست‌های کلی نظام هستند، گستره نظارت بر اجرای این سیاست‌ها نیز وسیع خواهد بود که از عهده یک یا دو نهاد خاص خارج است. البته در این میان نقش محوری و تعیین‌کننده «هیئت عالی نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام» - که از سوی رهبری جهت نظارت بر اجرای سیاست‌ها مسئولیت یافته است - حائز اهمیت می‌باشد، لکن این نظارت نمی‌تواند به معنای نفی نقش مؤثر سایر مراجع نظارتی باشد. در حال حاضر و از منظر رویه عملی، این هیئت، بر مصوبات مجلس شورای اسلامی نظارت داشته و بخش‌هایی از مصوبات مجلس را که بر خلاف سیاست‌های کلی نظام تشخیص دهد، جهت اصلاح از طریق شورای نگهبان به مجلس بازمی‌گرداند. لکن در سطح نظارت بر مقررات و مراحل اجرایی سازوکار مشخصی موجود نیست. این در حالی است که تبصره «۲» از ماده «۱» مقررات نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام^۲ به

شمول سیاست‌های کلی بر مقررات و مراحل اجرایی تصریح دارد (جهت مطالعه بیشتر ر.ک: بکشلو و طحان‌نظیف، ۱۳۹۹. الف، صص. ۳۰۵-۳۲۲).

یکی از طرق نظارت بر مقررات دولتی و اقدامات مأموران دولتی در نظام حقوقی ایران نظارت قضائی «دیوان عدالت اداری» است که به صورت پسینی صورت می‌پذیرد. از این رو به نظر می‌رسد تبیین جایگاه دیوان عدالت اداری در راستای نظارت بر این مقررات بر اساس سیاست‌های کلی نظام ضروری است. مع‌ذک هم‌چنان کیفیت این نظارت، مبهم است و هنوز در نظام حقوقی ایران تحلیلی روشن در این خصوص ارائه نشده است.^۳

تبیین حدود صلاحیت دیوان عدالت اداری در راستای نظارت بر اجرای سیاست‌ها، خود مستلزم بررسی امکان، سازوکار و کیفیت استناد به سیاست‌ها در آراء دیوان است. نیک روشن است که تحقق وظایف نظارتی نهادهای قضائی مانند دیوان عدالت اداری نسبت به هنجارهای مختلف، منوط به امکان استناد به آنها در آراء قضائی است، چراکه مهم‌ترین ابزار دیوان عدالت اداری در راستای نظارت بر اجرای سیاست‌ها، آرائی است که مستند به سیاست‌ها صادر شود و مقررات مغایر با سیاست‌ها را ابطال نماید. استناد به سیاست‌ها در دیوان عدالت اداری از موضوعات چالشی و بحث‌برانگیز حال حاضر نظام حقوقی ایران است و میان حقوق‌دانان محترم در این خصوص اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد. در این میان برخی از حقوق‌دانان با ادله گوناگون استناد به این سیاست‌ها را ممکن نمی‌دانند (معاونت آموزشی و پژوهشی دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۱، صص. ۱۸ و ۳۴ و ۵۲؛ پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۵، صص. ۶۰ و ۷۲؛ شیرزاد، ۱۳۹۵، ص. ۱۷۸؛ مرادخانی، ۱۳۸۹، ص. ۱۴۰؛ موسی‌زاده، ۱۳۸۷، ص. ۱۸۴) و برخی دیگر با امعان نظر به ابعاد مختلف مسئله و تحلیل‌های گوناگون از ماهیت نهاد سیاست‌های کلی نظام چنین استنادی را جایز و حتی لازم توصیف نموده‌اند (معاونت آموزشی و پژوهشی دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۱، ص. ۲۷؛ پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۵، ص. ۸۵؛ مولایی، ۱۳۹۵، ص. ۱۲۲؛ غمامی، ۱۳۹۰، ص. ۲۲۴؛ حاجی‌علی‌خمسه، ۱۳۹۷، ص. ۱۸۶؛ قطبی، ۱۳۹۶، ص. ۱۵۴).

با وجود این، پژوهش حاضر از نقد و بررسی ادله مربوط به امکان یا عدم امکان

استناد به سیاست‌های کلی در دیوان عدالت اداری منصرف است. پرداختن به این موضوع خود مجالی مستوفی می‌طلبد که فی‌الحال فراهم نیست (جهت مطالعه بیشتر ر.ک: بکشلو و طحان‌نظیف، ۱۳۹۹، ب، صص. ۵۷۷-۵۹۷). در واقع یکی از مفروضات این تحقیق امکان استناد به سیاست‌های کلی در دیوان عدالت اداری است. البته برای ارائه یک تصویر اجمالی از چرایی امکان استناد به سیاست‌ها به عناوین ادله مقبول نگارندگان در ابتدای مقاله فهرست‌گونه اشاره می‌شود.

پس از قائل شدن به امکان استناد به سیاست‌های کلی، سؤالاتی مطرح می‌شود، از جمله اینکه چنین استنادی چگونه و با چه کیفیتی است؟ چه شباهت‌ها و تفاوت‌هایی میان استناد به سیاست‌ها و سایر هنجارهای موجود در نظام حقوقی ایران وجود دارد؟ بر این اساس پرسش از سازوکار و کیفیت استناد به سیاست‌های کلی نظام در آراء دیوان عدالت اداری مسئله اصلی پژوهش حاضر است که تلاش می‌شود با روشی توصیفی - تحلیلی ابعاد مختلف آن بررسی شود.

استفاده از ظرفیت بالقوه دیوان عدالت اداری در راستای تحقق سیاست‌های کلی نظام به ویژه در سطح مقررات دولتی سبب رشد و ارتقاء نظام حقوقی خواهد شد و موجبات یک‌دستی هنجارهای موجود در نظام حقوقی را فراهم خواهد نمود. از سوی دیگر شناسایی مطلق امکان استناد به سیاست‌های کلی در آراء دیوان عدالت اداری ممکن است در مقام عمل مشکلاتی را ایجاد نماید. از این‌رو می‌توان گفت میان شناسایی امکان استناد به سیاست‌های کلی نظام و تبیین مؤلفه‌های یک استناد صحیح در سازوکاری روشن و صریح ملازمه وجود دارد. لذا رسالت اصلی این پژوهش پیشنهاد سازوکاری کارآمد برای تحقق این امر است.

در خصوص استناد به سیاست‌های کلی نظام در دیوان عدالت اداری دو نشست علمی (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۵؛ معاونت آموزشی و پژوهشی دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۱)، یک پایان‌نامه (فرخ، ۱۳۹۷) و یک مقاله (شیرزاد، ۱۳۹۵) به رشته تحریر درآمده است. لکن اغلب این آثار به امکان و یا عدم امکان استناد به این سیاست‌ها پرداخته‌اند و با توجه به اینکه غالباً مخالف امکان استناد به سیاست‌ها بوده‌اند، به موضوع کیفیت این استناد کمتر ورود کرده‌اند. پژوهش حاضر ضمن بهره‌گیری از تمامی آثار پیشین، تلاش دارد تا گامی در جهت تبیین دقیق‌تر موضوع بردارد. از این‌رو تبیین دقیق مقصود

از استناد قضائی به سیاست‌های کلی نظام، نقد نظرات موجود در خصوص سازوکار استناد دیوان عدالت اداری به سیاست‌های کلی نظام، ارائه یک سازوکار نوین در این خصوص با الگوگیری از استناد قضائی به هنجارهای عالی، بررسی تمامی نسبت‌های ممکن میان سیاست‌های کلی نظام و قوانین یا مقررات در مقام استناد به سیاست‌ها، تأکید بر نقش تفسیری سیاست‌ها در مقام استناد قضائی و اشاره به برخی از آراء دیوان عدالت اداری مستند به سیاست‌های کلی نظام وجه نوآوری این نوشتار است.

۱. امکان استناد به سیاست‌های کلی نظام در آراء دیوان عدالت اداری

چنانکه پیشتر اشاره شد، یکی از مبانی که پژوهش حاضر بر آن استوار است، پذیرش امکان استناد به این سیاست‌ها در آراء دیوان عدالت اداری می‌باشد، لکن به جهت تقریب به ذهن و جهت بهره‌برداری‌های بعدی فهرست دلایلی که مبتنی بر آنها استناد به سیاست‌های کلی در دیوان عدالت اداری موجه می‌نماید، ذکر می‌شود. اثبات هر یک از استدلال‌های مذکور مجال موسع می‌طلبد و در سایر آثار منتشرشده از این قلم تبیین شده است (بکشلو و طحان‌نظیف، ۱۳۹۹، ب، صص. ۵۷۷-۵۹۷). لازم به ذکر است پاسخ به اشکالات احتمالی خواننده محترم به این ادله نیز منوط به تبیین مقدماتی است که از حوصله این نوشتار خارج است و در جای خود تشریح شده است.

سیاست‌های کلی نظام به عنوان یکی از هنجارهای موجود در نظام حقوقی ایران ماهیت ویژه و منحصر به فردی دارد. پذیرش جایگاه این هنجار مهم و اثرگذار در سلسله‌مراتب هنجارهای موجود در نظام حقوقی، اقتضائات و لوازمی خواهد داشت. امکان استناد در محاکم از جمله این لوازم خواهد بود. اگر سیاست‌ها شأن هنجاری داشته، فی‌مابین قانون اساسی و قوانین عادی باشند و همچنین به عنوان یکی از الزامات تبعی قانون اساسی و یکی از مصادیق احکام حکومتی شناسایی شوند، طبیعی است که: اولاً. قوانین و مقررات باید مغایر با سیاست‌ها نباشند؛ ثانیاً. احکام عمومی ناظر بر هنجارهای فوق بر سیاست‌های کلی نظام نیز جاری خواهد بود.

اهمّ ادله چرایی امکان استناد به سیاست‌های کلی نظام در دیوان عدالت اداری در فهرست زیر ذکر شده است:

• امکان استناد به سیاست‌های کلی نظام از جهت شأن هنجاری این سیاست‌ها و توجه

- به اصل سلسله‌مراتبی بودن هنجارهای حقوقی،
- امکان استناد به عنوان یکی از الزامات تبعی قانون اساسی مبتنی بر بندهای «۱» و «۲» اصل ۱۱۰ قانون اساسی،
- امکان استناد از حیث شناسایی سیاست‌های کلی نظام در عداد مصادیق احکام حکومتی و موازین شرعی،
- استناد به سیاست‌های کلی به جهت خروج از صلاحیت دستگاه‌های دولتی.

۲. سازوکار استناد به سیاست‌های کلی نظام در دیوان عدالت اداری

برخی از محققین به تبع توجه به شأن هنجاری سیاست‌های کلی نظام، ضمن پذیرش امکان استناد به این سیاست‌ها، صلاحیت دیوان در امر نظارت بر اجرای سیاست‌ها را در تعارض با صلاحیت مذکور در بند «۲» اصل ۱۱۰ قانون اساسی دانسته‌اند (حاجی‌علی‌خمسه، ۱۳۹۷، ص. ۱۸۷). این دسته از حقوق‌دانان در مورد صلاحیت شورای نگهبان در بررسی مصوبات مجلس نیز همین رویکرد را داشته و قائل به عدم صلاحیت ذاتی شورای نگهبان می‌باشند. البته در این دیدگاه در فرضی که مقام صالح نظارت یعنی رهبری این صلاحیت را به دیوان عدالت اداری تفویض نماید، موضوع خالی از اشکال خواهد بود (موسی‌زاده، ۱۳۸۷، ص. ۱۷۴). لذا این محققین جهت حل مشکل مذکور چنین پیشنهادی را مطرح نموده‌اند که در مواردی که مغایرت یک مقرر با سیاست‌های کلی مطرح است، دیوان عدالت اداری ملزم به اخذ نظر از هیئت عالی نظارت به عنوان قائم مقام رهبری در امر نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام باشد (گودرزی، ۱۳۹۴، ص. ۱۴۶؛ حاجی‌علی‌خمسه، ۱۳۹۷، ص. ۲۲۰). در واقع فرایند پیشنهادی، سازوکاری شبیه به نظارت شرعی فقهاء شورای نگهبان بر مقررات را ایجاد خواهد نمود. این در حالی است که به نظر می‌رسد برخی از ادله قائلین به این رویکرد قابل‌خداشه است، لذا مطالب این قسمت در دو بند فرعی ارائه می‌شود. در بند اول نسبت میان دیوان عدالت اداری و هیئت عالی نظارت بررسی و در بند دوم سازوکاری نوین پیشنهاد می‌شود.

۲-۱. بررسی نسبت میان دیوان عدالت اداری و هیئت عالی نظارت

نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام، یکی از وظایف و اختیاراتی است که بر اساس بند «۲» اصل ۱۱۰، در صلاحیت رهبری است و بر اساس جزء ۱-۴ پیوست حکم اعضای دوره هشتم مجمع تشخیص مصلحت نظام (۱۳۹۶/۵/۲۳) این وظیفه از سوی مقام رهبری به هیئت عالی نظارت واگذار شده است. از سوی دیگر انواع مختلفی از نظارت‌های دیگر جهت تضمین اجرای سطوح مختلف هنجاری در نظام حقوقی ایران پیش‌بینی شده است. برای مثال شورای نگهبان، محاکم عام دادگستری، دیوان عدالت اداری، سازمان بازرسی کل کشور و غیره در حیطه صلاحیت خود وظایف نظارتی تعریف شده دارند. از این رو این سؤال مطرح می‌شود که نسبت میان این نظارت‌ها در خصوص نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام چیست؟

به طور کلی می‌توان نظرات موجود در خصوص مرجع صالح در امر نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی را به دو دسته کلی تقسیم نمود. دسته اول نظراتی است که اشعار می‌دارند علاوه بر رهبری، نهادهای دیگر نظارتی نیز در نظارت بر سیاست‌های کلی صالح هستند (انصاری، ۱۳۸۵، ص. ۱۹۵). این دسته از حقوق‌دانان بند «۲» اصل ۱۱۰ قانون اساسی را مخصص سایر انواع نظارت‌های موجود در قانون اساسی نمی‌دانند. در مقابل دسته دوم تنها رهبری و مآذونین ایشان را نهادهای ذی‌صلاح در امر نظارت می‌دانند (موسی‌زاده، ۱۳۸۷، ص. ۱۷۴) و بند «۲» اصل ۱۱۰ قانون اساسی را تخصیصی بر سایر انواع نظارت‌های موجود تلقی نموده‌اند. این در حالی است که مراجعه به مشروح مذاکرات جلسات شورای بازنگری نشان‌دهنده نفی صلاحیت سایر مراجع نظارتی نیست. یکی از مستندات این ادعا این است که برخی در جلسات شورای بازنگری ذکر صلاحیت رهبری را در نظارت بر اجرای سیاست‌ها خالی از وجه و وجود چنین صلاحیتی را برای رهبری بدیهی می‌دانستند.^۴ تصریح این صلاحیت در بند «۲» اصل ۱۱۰ بدین جهت بوده است که امکان نفی این صلاحیت در آینده از بین برود.^۵ با این حال آیا می‌توان گفت که مقنن اساسی در پی شناسایی صلاحیت اختصاصی برای رهبری و نفی سایر صلاحیت‌ها بوده است؟ به نظر می‌رسد، چنین نیست.

تبیین این مسئله و بررسی اطراف موضوع، از رسالت پژوهش حاضر خارج است. تمامی ادله قائلین به هر دو رویکرد در پژوهشی مستقل، تفصیلاً بررسی شده (بکشلو و طحان‌نظیف ۱۴۰۰، صص. ۵۹-۷۶) و در اینجا صرفاً اشاره‌ای اجمالی به نظر مختار می‌شود. به نظر می‌رسد تعیین نهادهای صالح در امر نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام در گرو برداشت صحیح از ماهیت این نهاد حقوقی است. سیاست‌های کلی نظام به عنوان هنجار حقوقی لازم‌الاتباع در جایگاهی فی‌مابین قانون اساسی و قوانین عادی در نظام حقوقی ایران تعریف شده‌اند. هم‌چنین سیاست‌های کلی نظام را می‌توان در زمره قوانین به معنی‌الاعم و احکام حکومتی و هم‌چنین یکی از الزامات تبعی قانون اساسی به شمار آورد. پس از قائل شدن خصائص مذکور به عنوان اوصاف و ویژگی‌های سیاست‌های کلی نظام باید به لوازم و اقتضائات این نظر نیز پایبند بود. اگر گزاره‌ای به عنوان هنجار حقوقی لازم‌الاتباع در نظام حقوقی شناخته شد، لازمه این شناسایی، پذیرش سرایت «احکام عمومی»^۶ موجود ناظر بر هنجارهای حقوقی بر نهاد مذکور خواهد بود، مگر اینکه به دلیلی خارجی، نهاد خاصی از حکمی مستثنی شده باشد. از جمله احکام موضوعه بر هنجارهای حقوقی، به رسمیت شناخته شدن نظارت نهادهای عام نظارتی است. لذا اگر دلیل دیگری نباشد نمی‌توان گفت، نظارت این نهادها بر سیاست‌های کلی بار نمی‌شود.

به نظر می‌رسد برداشتی که سیاست‌های کلی نظام را به عنوان یک هنجار حقوقی قابل نظارت توسط نهادهای نظارتی موجود در قانون اساسی می‌داند، با شأن هنجاری و قانونی سیاست‌ها هم‌خوانی بیشتری دارد. توضیح اینکه قانون در معنای عام آن قاعده‌ای لازم‌الاجرا برای همه نهادها و اتباع یک نظام حقوقی است. لازمه پذیرش این برداشت که فقط رهبری می‌تواند بر حسن اجرای این سیاست‌ها نظارت کند، پذیرش تفاوت ماهیت سیاست‌های کلی نظام با سایر هنجارهای حقوقی است که چندان قابل دفاع نیست. سیاست‌های کلی نظام به عنوان هنجاری لازم‌الاجرا، باید برای همگان مفهوم و برای نهادهای ناظر قابل نظارت باشد.

از سوی دیگر نامه مقام رهبری^۷ در پاسخ به دبیر شورای نگهبان و ذکر قید «ذاتی» به عنوان وظیفه شورای نگهبان در رسیدگی به مصوبات مجلس مؤید همین نظر می‌باشد. ایشان در این مرقومه تصریح نموده‌اند: «در مواردی که مجمع در این باره

اعلام نظر نکرده است، شورای نگهبان بر طبق وظیفه ذاتی خود درباره مغایرت و عدم انطباق مصوبه با سیاست‌ها عمل خواهد کرد».

به نظر می‌رسد برداشت مختار می‌تواند محذورات عملی موجود در نظام حقوقی ایران را تا حد خوبی کاهش دهد. یکی از نکاتی که مکرراً در جلسات شورای بازنگری قانون اساسی به آن اشاره شده است و میان اعضای شورا اجماعی است، عدم ایجاد تشکیلات وسیع و جدید برای امر نظارت بر اجرای سیاست‌ها ذیل نهاد رهبری است. نیک روشن است که امروزه و با گسترده شدن دایره قوانین، مقررات و اقدامات نهادهای مختلف، رسیدگی به امر نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام از عهده رهبری خارج است. لذا جهت برقراری نظارتی کارآمد و مؤثر بر اجرای سیاست‌های کلی نظام راهی به جز استفاده از نهادهای نظارتی موجود در قانون اساسی وجود ندارد.

در یک جمع‌بندی می‌توان گفت، به نظر می‌رسد بند «۲» اصل ۱۱۰ تخصیصی بر سایر انواع نظارت‌های موجود در قانون اساسی نیست، بلکه مبین صلاحیت رهبری نسبت به نظارت بر سطح کلان و کلی اجرای سیاست‌های کلی نظام است و این سطح از نظارت تعارضی با نظارت بر سیاست‌های کلی نظام به عنوان یکی از هنجارهای موجود در نظام حقوقی ایران نخواهد داشت. پذیرش خصائص مذکور برای نظارت مقام رهبری خود اقتضائاتی دارد که در پژوهش دیگری تبیین شده است (بکشلو و طحان‌نظیف، ۱۴۰۰، صص. ۵۹-۷۶).

۲-۲. تبیین فرایند پیشنهادی

با توجه به نکات فوق به نظر می‌رسد دیوان عدالت اداری در حیطه صلاحیت خودش و با لحاظ قیود پیرامونی استناد به سیاست‌های کلی که ناظر بر ماهیت سیاست‌ها می‌باشد، می‌تواند به این هنجار حقوقی استناد نماید و از نظرگاه تحلیل حقوقی الزامی به اخذ نظریه هیئت عالی نظارت وجود ندارد. در واقع سیاست‌های کلی نظام به عنوان یک هنجار قابل فهم در نظام حقوقی ایران، مشابه قانون اساسی قابلیت استناد در دیوان عدالت اداری را خواهد داشت. همان‌طور که اخذ نظر شورای نگهبان در موارد استناد به قانون اساسی برای دیوان عدالت اداری ضروری نیست و قانون اساسی به عنوان یک

قانون قابلیت فهم و تفسیر قضائی را خواهد داشت، مفاد سیاست‌های کلی نظام نیز به عنوان یکی از مصادیق عام قانون گزاره‌هایی قابل فهم و تفسیر قضائی خواهد بود. در توجیه مبنایی این رویکرد این نکته قابل ذکر است که از حیث استناد قضائی، سیاست‌های کلی متفاوت از موازین شرعی و شبیه به قانون اساسی هستند. توضیح اینکه فهم احکام و موازین شرعی جز از عهده فقیه جامع‌الشرایط برنخواهد آمد و قضات در مقام صدور رأی نمی‌توانند مبادرت به تشخیص حکم شارع نمایند. در مقابل ق.ا. در درجه اول یک قانون و قابل فهم برای همه افراد جامعه است. لذا امکان استناد قضائی به آن بدون احاله به نظر مرجع دیگر می‌تواند مقبول باشد. سیاست‌های کلی نظام از این حیث بیشتر شبیه به قانون اساسی هستند تا موازین شرعی. لذا از نظر مبنایی نیز به نظر می‌رسد این رویکرد موجه است.

پس از تبیین تحلیل حقوقی مختار در این زمینه باید به محذورات عملی و اجرایی این رویکرد نیز توجه نمود. یکی از اشکالاتی که ممکن است در این زمینه طرح شود، امکان بروز اختلاف میان نهادهای صالح در امر نظارت است. چنانکه در مقام نظارت بر مصوبات مجلس شورای اسلامی نیز برخی از محققین به این موضوع اشاره کرده‌اند که ممکن است این اختلاف باعث سردرگمی نهاد مکلف یعنی مجلس شورای اسلامی بشود که تغییر مصوبه در راستای تأمین نظر یکی از نهادهای صالح - یعنی شورای نگهبان و هیئت عالی نظارت - منجر به ایراد اشکال از سوی نهاد دیگر شود (مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۹۷، ص. ۴۲). در سطح مصوبات مجلس راهکاری که در حال حاضر مانع از بروز چنین اختلافی است، عدم ورود شورای نگهبان به موضوع در صورت ورود هیئت عالی نظارت است. در زمینه مقررات نیز ممکن است این اشکال مطرح شود که صلاحیت هم‌زمان چند نهاد - دیوان عدالت اداری و فقهاء شورای نگهبان - منجر به بروز اختلاف و ناکارآمدی نظارت و ایجاد آشفتگی در نظام حقوقی خواهد بود.

به نظر می‌رسد این اشکال تا حدی وارد است و باید برای آن تدبیری اندیشیده شود. صلاحیت هم‌زمان چند نهاد در امر نظارت، علاوه بر مشکلات مذکور باعث خواهد شد تا برداشت‌های مختلفی نیز از مفاد سیاست‌های کلی نظام ارائه شود که طبعاً نافی وصف یک‌دستی نظارت خواهد بود. یکی از پیشنهادات مطرح برای حل این

مشکل سازوکار ارجاع موضوع به هیئت عالی نظارت است تا پس از اخذ نظر این هیئت، دیوان عدالت اداری مبادرت به صدور رأی نماید. طبعاً جهت حفظ و انسجام برداشت از مفاد سیاست‌های کلی نظام باید نظر هیئت عالی نظارت برای دیوان لازم‌الاجرا باشد. باید توجه نمود ارجاع به هیئت عالی نظارت در این رویکرد، ناظر به تحلیل حقوقی از مرجع صالح بر نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نیست، بلکه پیشنهادی جهت مرتفع نمودن برخی از محذورات عملی می‌باشد. لذا این پیشنهاد اگرچه سابقاً در متن مقاله مورد اشاره قرار گرفته، اما به جهت تفاوت مبنایی مجدداً قابل بررسی است.

نسبت به این راهکار علی‌رغم وجوه مثبتی که دارد، اشکالاتی مطرح خواهد شد. اولاً. با وضعیت فعلی هیئت عالی نظارت این راهکار چندان عملی به نظر نمی‌رسد، چراکه رسیدگی به تعداد زیاد پرونده‌های موجود در دیوان از توان هیئت عالی نظارت، خارج خواهد بود؛ ثانیاً. ممکن است توسعه هیئت عالی نظارت در سطحی که بتواند به همه پرونده‌ها رسیدگی نماید، به نوعی ایجاد سازمان عریض و طویل جدید برای امر نظارت تلقی شود که این موضوع در جلسات شورای بازنگری قانون اساسی مورد نهمی واقع شده است.^۸ دقت شود که این محذور در خصوص استعلام از فقهای شورای نگهبان وجود ندارد، چون تصریح به عدم توسعه و گسترش نهاد ناظر، مختص به سیاست‌های کلی است، نه موازین شرعی. یعنی مقنن اساسی در پی عدم ایجاد تشکیلات عریض و طویل برای نهاد ناظر بر سیاست‌ها بوده است نه نهاد ناظر بر موازین شرعی. ثالثاً تشخیص موضوع و حکم موضوع در فرایندهای اجتهادی بر عهده فقیه جامع‌الشرائط است، با توجه به اینکه فقهاء شورای نگهبان سیاست‌های کلی را به عنوان یکی از احکام حکومتی به منزله احکام شرعی دانسته و نظارت بر مقررات را از این حیث در صلاحیت خود دانسته‌اند، به نظر می‌رسد الزام فقهای شورای نگهبان به تبعیت از تشخیص نهاد دیگر در راستای نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام اشکالاتی در این زمینه ایجاد خواهد نمود.^۹

به نظر می‌رسد می‌توان با شناسایی برخی از اختیارات برای نهادهای مسئول، مانع از اشکال مذکور شد. در واقع با الگوگیری از کیفیت نظارت شورای نگهبان بر اجرای

قانون اساسی می‌توان سازوکاری مانع بروز اختلاف تعریف نمود که با سطح کلی نظارت رهبری نیز همخوانی بیشتری داشته باشد. در روش پیشنهادی، دیوان عدالت اداری می‌تواند مستقلاً با استناد به سیاست‌های کلی مبادرت به صدور رأی نماید و الزامی به اخذ نظریه هیئت عالی نظارت وجود ندارد. در عین حال مقام رهبری به عنوان نهاد ناظر در هر موردی که برداشت از سیاست‌ها را صحیح تلقی نمود، می‌تواند با صدور نظریه تفسیری مانع از اجرای برداشت ناصواب گردد. صدور نظریه تفسیری با هماهنگی و مشورت مجمع تشخیص مصلحت نظام خواهد بود. طبعاً منظور از تفسیر در اینجا تفسیر رسمی است، نه تفسیر در مقام اجرا یا نظارت. چنانکه در حال حاضر تفسیر در مقام اجرا و نظارت از سوی نهادهای مذکور صورت می‌گیرد، لکن این به معنای تفسیر رسمی نیست. از سوی دیگر می‌توان سازوکاری تعریف نمود که اگر مجریان قانون در مقام اجرا نیازمند تفسیر سیاست‌ها بودند، بتوانند درخواست ارائه نظریه تفسیری بنمایند. این نظریه تفسیری برای همگان لازم‌الاجرا و سطح هنجاری آن در حکم سیاست‌های کلی نظام خواهد بود.

این راهکار مانع از ورود جزئی در پرونده‌های قضائی خواهد شد و با سطح کلی نظارت رهبری همخوانی بیشتری خواهد داشت و اختلافات مراجع گوناگون را کاهش خواهد داد. باید توجه نمود که مبتنی بر سازوکار پیشنهادی، دیوان عدالت اداری مبتنی بر برداشت خود از سیاست‌ها و البته با رعایت قیودی که در ادامه خواهد آمد، به وظیفه خود مبادرت خواهد نمود و صدور نظریه تفسیری صرفاً در مواردی است که اختلافی در برداشت از سیاست‌ها واقع شده باشد. این سازوکار بسیار شبیه نظارت شورای نگهبان بر قانون اساسی است.

ممکن است اشکال شود که اگر یک مقرر قانونی بر اساس یکی از مفاد سیاست‌های کلی نظام ابطال شد و سپس مشخص شد که برداشت عمومی دیوان عدالت اداری با برداشت رهبری متفاوت بوده است، تکلیف چه خواهد بود؟ پاسخ روشن است. تکلیف همانی است که در صورت ابطال یک مقرر بر اساس برداشت ناصحیح از قانون اساسی و یا حتی قوانین عادی رخ می‌دهد. لذا به نظر می‌رسد سیاست‌های کلی نظام خصوصیتی از این جهت ندارند. در این زمینه مطابق رویه‌ای که در مواد ۷۴، ۷۵، ۹۱ و ۹۴ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری ذکر

شده است، عمل خواهد شد. کیفیت این موضوع در برخی از منابع موجود تبیین شده است (مولایی، ۱۳۹۵، صص. ۲۶۸-۲۷۱).

در نهایت ذکر این نکته ضروری است که دیوان عدالت اداری در آرائی که به سیاست‌های کلی نظام استناد نموده است، خود را ملزم به اخذ نظریه هیئت عالی نظارت ندانسته و مستقلاً به مفاد سیاست‌ها استناد نموده است. برای نمونه دادنامه‌های شماره‌های ۴۵۱ در سال ۱۳۹۱، ۲۳۵۸ و ۲۳۵۹ در سال ۱۳۹۸ قابل مشاهده هستند.

۳. کیفیت استناد به سیاست‌های کلی نظام در دیوان عدالت اداری

پس از تبیین سازوکار پیشنهادی در خصوص استناد به سیاست‌های کلی نظام، لازم است کیفیت چنین استنادی نیز بررسی و فروض مختلف ممکن تحلیل شود. اما پیش از آن لازم است به موضوع نسخ قوانین و مقررات به وسیله سیاست‌های کلی نظام اشاره شود. پس از ابلاغ سیاست‌های کلی نظام احتمالاً قوانین و مقرراتی یافت خواهند شد که در نظم موجود حقوقی جاری هستند، لکن در مغایرت با سیاست‌های جدید هستند. این سؤال باید پاسخ داده شود که آیا با ابلاغ سیاست‌های کلی قوانین و مقررات مغایر سابق نسخ خواهند شد یا خیر؟ همچنین، ضروری است به نقش استناد به سیاست‌های کلی نظام، در مقام تفسیر قوانین و مقررات موجود تأکید شود. چنانکه اساساً کارکرد اصلی هنجارهای عالی در استنادات قضائی فهم صحیح از قوانین موجود و تمیز برداشت صواب از برداشت ناصواب است. لذا مطالب این بند در سه بند فرعی تقدیم می‌گردد...

۳-۱. امکان‌سنجی نسخ قوانین و مقررات به وسیله سیاست‌های کلی نظام

برخی از نویسندگان، از آنجا که سیاست‌ها را فاقد شأن هنجاری پنداشته‌اند، تعیین سیاست‌های جدید را مؤثر در قوانین موجود نمی‌دانند و نهایتاً چنین می‌پذیرند که اگر سیاست‌ها در حوزه تقنین در متن قوانین موضوعه جلوه‌گر شد، نسخ قوانین سابق مغایر منطقی خواهد بود (جهانی، ۱۳۸۶، ص. ۱۸۰). در مقابل برخی از حقوق‌دانان با استناد به ماده «۲» مقررات نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام^۱ قائل به نسخ قوانین سیاست‌ها شده‌اند (غمامی، ۱۳۹۰، ص. ۲۲۳). برخی دیگر نیز با اشاره به ماهیت هنجاری سیاست‌های کلی نظام و لزوم تبعیت قوای سه‌گانه نظر به نسخ قوانین مغایر

دارند (حاجی‌علی‌خمسه، ۱۳۹۹، صص. ۲۷۶-۲۷۹).

البته پرداخت دقیق به این موضوع، خود نیازمند بحث مجزا و مستوفایی است که در اینجا مجال اشاره به آن نیست. تمامی ادله هر دو رویکرد فوق به تفصیل در جای خود بررسی شده‌اند (برای مطالعه بیشتر ر.ک: بکشلو، ۱۳۹۸، صص. ۱۰۸-۱۱۵). اما با توجه به لزوم ارائه نظر مختار برای تبیین مباحث آتی، به نظر می‌رسد از نظرگاه تحلیل حقوقی، دلیل منطقی برای عدم امکان نسخ وجود ندارد، چراکه پذیرش معتبر بودن هنجار فرودین مغایر، علی‌رغم اصلاح هنجار فرازین موجه نخواهد بود. برای مثال آیا می‌توان پذیرفت که اگر قانون عادی بنا بر مصوبه جدید مجلس تغییر کرد، مقررات سابق مغایر با قانون جدید همچنان معتبر باشند؟

برخی از حقوق‌دانان با اشاره به محذورات موجود در آثار و نتایج محمول بر این رویکرد، در پذیرش آن تردید نموده‌اند (گروه حقوق عمومی و بین‌الملل مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۹، صص. ۸-۱۲). لذا باید اینجا توضیح داده شود که آنچه به عنوان نظریه مختار تبیین می‌گردد، مبتنی بر تحلیل حقوقی از اصل سلسله‌مراتبی بودن هنجارهای حقوقی و سایر قواعد حاکم بر نظام حقوقی است. در واقع باید میان مقام اثبات و ثبوت، تفکیک قائل شد. در مقام ثبوت به نظر می‌رسد اقتضاء پذیرش رویکرد مقبول در خصوص ماهیت و جایگاه سیاست‌های کلی نظام، قائل شدن به امکان نسخ قوانین و مقررات مغایر با سیاست‌های کلی نظام است. استدلال‌هایی مانند موجود نبودن سازوکار روشن برای نسخ قوانین و مقررات مغایر و ایجاد شکاف و بی‌نظمی در نظام حقوقی اگرچه در جای خود قابل درک است و باید برای آن چاره‌جویی شود، لکن تغییری در تحلیل ایجاد نخواهد کرد. در واقع رویکرد صحیح این است که اگر برای اجرای تحلیل صحیح، سازوکارهای لازم وجود ندارد، باید در پی ایجاد این سازوکارها بود نه اینکه چون در مقام اجرای تحلیل صحیح ابهام‌هایی وجود دارد، تحلیل تغییر نماید.

در این خصوص، شائبه‌ای مطرح شده است که در صورت قائل شدن به امکان نسخ قوانین و مقررات مغایر با سیاست‌های کلی نظام نظام حقوقی با معضل بی‌قانونی مواجه خواهد شد که مضرات متعددی دارد که شاید مضرات آن کمتر از منسوخ نشدن قوانین و مقررات مغایر با سیاست‌ها نباشد. به نظر می‌رسد در این برداشت خلطی صورت

گرفته است زیرا وقتی از نسخ مقررات و قوانین مغایر با سیاست‌ها صحبت به میان می‌آید، منظور نسخ همه قوانین یا تمام یک قانون نیست. بلکه نسخ احکام مغایر موجود در این قوانین با احکام موجود در سیاست‌هاست. لذا در اغلب موارد می‌توان تا زمان تصویب قانون جدید براساس حکم موجود در سیاست‌های کلی عمل نمود. اگر جزئیاتی در احکام قانونی وجود دارد که در سیاست‌ها روشن نشده است و برای رفع خلأ إلاً و لا بد تقنین مورد نیاز است، می‌توان مشکل را با استفاده از ظرفیت‌های موجود در نظام حقوقی ایران مانند اصول کلی حقوقی، اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مانند اینها مرتفع نمود (حاجی‌علی‌خمسه، ۱۳۹۹، ص. ۲۸۵). نکته‌ای که مهم به نظر می‌رسد اینک چنین اشکالی دقیقاً در فرض مغایرت مقررات دولتی با قوانین و ابطال مقررات دولتی نیز می‌تواند مطرح شود. از قضا مقررات دولتی بیشتر مشتمل بر احکام حوزه امور اجرایی و جزئیات امور هستند، لکن با تدابیری که در نظام حقوقی اندیشیده شده است، اشکال مواجه شدن نظام حقوقی با بی‌قانونی مرتفع شده است. از طرفی باید دقت شود که مواجه شدن با بی‌قانونی همان‌قدر مذموم است که عدم رعایت هنجار فرآیند در یک نظام حقوقی مذموم است. مفاد سیاست‌های کلی نظام مبین مسیر حرکت مجموعه نظام جمهوری اسلامی در راستای رسیدن به اهداف مذکور در قانون اساسی است. لذا نمی‌توان پذیرفت قوانین و مقررات با بی‌توجهی به این رویکرد، مسیری دیگر را دنبال کنند. اگر سیاست کلی در موضوعی ابلاغ شده باشد، لکن قوانین مغایر سابق همچنان مجری باشد، ممکن است خلأ بی‌قانونی احساس نشود ولی قطعاً آسیب بدقانونی محسوس خواهد بود.

حال باید دید که مقام تشخیص نسخ قوانین و مقررات به وسیله سیاست‌های کلی نظام کیست؟ این موضوع بلاواسطه با استناد به سیاست‌های کلی نظام در دیوان مرتبط است. در واقع باید سازوکار و مقامات ذی‌صلاح در شناسایی این نسخ مشخص باشد. در مورد سازوکار نسخ قوانین مغایر با سیاست‌ها موضوع کمی پیچیده است. در نظام حقوقی ایران، نظارت بر قوانین به صورت پیشینی و توسط شورای نگهبان اعمال می‌گردد. لذا اساساً فرض وجود قوانین مغایر با شرع و قانون اساسی منتفی است.^{۱۱} از طرفی به جهت ثبات و عدم تحول در قانون اساسی و ثبات موازین شرعی بازنگری در

قوانین به جهت تغییر هنجار فرازین نیز موضوعاً منتفی است.^{۱۲} اما در مورد سیاست‌های کلی نظام وضعیت متفاوت است. سیاست‌ها از آنجا که مصالح و مقتضیات روز جامعه را لحاظ می‌نمایند، ممکن است مبتنی بر اوضاع و احوال تغییر یابند و یا حتی سیاست جدیدی در موضوعی ابلاغ شود. لذا از این جهت سیاست‌ها با موازین شرعی و قانون اساسی متفاوت هستند و نمی‌توان گفت تأیید شورای نگهبان به منزله عدم مغایرت قانون با سیاست‌ها خواهد بود.^{۱۳} بر این اساس فرض مغایرت مصوبات مجلس با سیاست‌های کلی منتفی نخواهد بود. توضیح بیشتر اینکه ممکن است قانونی به تأیید شورای نگهبان رسیده باشد و مجری باشد، لکن پس از آن سیاست‌های جدیدی ابلاغ شود. در این فرض نمی‌توان گفت با بی‌اعتنایی به سیاست‌های جدید، قانون مسیر سابق را ادامه دهد.

در خصوص تعیین نسبت میان سیاست‌های کلی نظام و قوانین با توجه به وصف کلیت مفاد سیاست‌ها شناسایی ناسخ و منسوخ با دشواری‌هایی همراه خواهد بود. همین دشواری ممکن است باعث بروز اختلاف و ایجاد اختلال در نظم حقوقی شود. سیاست‌ها جهت‌گیری کلی را در موضوعی مشخص می‌نمایند و از این‌رو تشخیص اراده جدید مقنن نسبت به نسخ و یا عدم نسخ اراده سابق خود امری دشوار است، به نظر می‌رسد واگذاری امر تشخیص به مجریان قانون منجر به آشفتگی در نظام حقوقی خواهد شد. لذا در این زمینه بهتر است مسئولیتی بر عهده نهادهای مسئول در نظر گرفته شود تا با اعلام موضع، مانع آشفتگی و بی‌نظمی حقوقی بشوند.

به نظر نگارندگان در سطح قوانین، می‌توان مسئولیتی برای شورای نگهبان تعریف نمود تا پس از ابلاغ هر سیاست جدید ضمن شناسایی قوانین موجود مغایر با سیاست‌های کلی نظام نسبت به بلااثر کردن این قوانین اقدام نماید. به نظر می‌رسد می‌توان جهت کاهش آسیب‌های احتمالی، مهلتی برای تغییر یک قانون در نظر گرفت که پس از سپری شدن مهلت قانونی قانون مغایر خودبه‌خود بلااثر گردد. این مهلت می‌تواند متناسب با نوع قانون و در تعامل با مجلس شورای اسلامی تعیین شود. ضمناً این نکته حتماً باید لحاظ شود، در فرضی که شورای نگهبان قوانین را به صورت پیشینی براساس سیاست‌های کلی نظام بررسی نماید، صرفاً زمانی می‌توان اقدام به بلااثر کردن قوانین نمود که سیاست کلی مذکور هنگام تصویب قانون موجود نبوده است.

یعنی نمی‌توان پذیرفت رسیدگی به عدم مغایرت یک قانون با یک سیاست کلی در چند مرحله صورت پذیرد.

نکات فوق در یکی از آراء صادره از هیئت تخصصی اداری و استخدامی دیوان عدالت اداری به وضوح قابل مشاهده است. در این رأی با شماره دادنامه ۱۰۸ در سال ۱۳۹۶^{۱۴} از آنجا که مقرره مورد بررسی منطبق بر مفاد یکی از قوانین عادی بوده و قانون مورد نظر به تأیید شورای نگهبان رسیده است، با این پیش‌فرض که شورای نگهبان مصوبات مجلس شورای اسلامی را براساس سیاست‌های کلی بررسی می‌نمایند، مغایرت مفاد مقرره مذکور با سیاست‌های کلی را منتفی دانسته و لذا حکم به عدم ابطال مصوبه داده است. در اینجا باید توجه نمود که قانون مذکور مصوب سال ۱۳۹۵ است و سیاست‌های کلی مورد نظر در سال ۱۳۸۹ ابلاغ شده است. لذا هنگام تأیید قانون در شورای نگهبان سیاست‌های مذکور وجود داشته‌اند. در این رأی هیئت تخصصی اداری و استخدامی دیوان عدالت اداری به درستی مصوبه مورد شکایت را که مفاد کاملاً مشترک با قانون تأییدشده از سوی شورای نگهبان دارد، غیر مغایر با سیاست‌های کلی معرفی نموده است. در سطح مقررات نیز به نظر می‌رسد دشواری‌ها کمتر است که در ادامه مباحث به آن اشاره خواهد شد.

۲-۳. تفسیر قوانین موجود مبتنی بر سیاست‌های کلی نظام

یکی از مهم‌ترین کارکردهای استناد به سیاست‌های کلی نظام استفاده از جهت‌گیری‌های تبیین‌شده در این نهاد حقوقی در راستای فهم صحیح قوانین موجود، تفسیر قوانین و البته تعیین قانون حاکم خواهد بود. توضیح اینکه به طور کلی هنجارهای عالی مانند قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام در فرایند صدور حکم قضائی در مرحله فهم صحیح از قوانین موجود و تعیین قانون حاکم اثر جدی دارند. تشخیص اینکه کدام یک از احکام قانونی در مورد این موضوع حاکم است، مرحله بسیار مهمی در فرایند صدور رأی می‌باشد. در چنین مواردی، قانونی که بیشتر نظر سیاست‌گذار را تأمین می‌نماید، اولی خواهد بود. باید توجه نمود آنچه در اینجا ذکر می‌شود به معنای نفی قواعد عمومی ناظر بر تعارض قوانین مانند نسخ، تخصیص و مانند این‌ها نیست، بلکه صرفاً بر یکی از راه‌های تعیین قانون حاکم که همان توجه به هنجارهای فرازین می‌باشد، تأکید می‌گردد.

برای نمونه رأی صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری^{۱۵} به شماره دادنامه‌های ۲۳۵۸ و ۲۳۵۹ در سال ۱۳۹۷، در این زمینه بسیار جالب توجه است. بر اساس بند «۹» از اصل سوم قانون اساسی «رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه، در تمام زمینه‌های مادی و معنوی» یکی از اهداف قانون اساسی است. از این رو هیئت عمومی دیوان عدالت اداری همه مقررات استخدامی را که دلالت بر بومی‌گزینی داشت، با این استدلال که عدم امکان استخدام برای غیربومی‌ها از مصادیق تبعیض نارواست، ابطال می‌نمود. در این میان این سؤال مطرح بود که آیا بومی‌گزینی برای مناطق محروم نیز از مصادیق تبعیض نارواست یا می‌توان آن را به عنوان یکی از مصادیق تبعیض مثبت تحلیل نمود و به تعبیری آن را به عنوان یک امتیاز برای افراد ساکن مناطق کمتر برخوردار شناسایی نمود.

عدم توجه به مذاق سیاست‌گذار، باعث شده بود تا دیوان عدالت اداری تفاوت معناداری میان انواع بومی‌گزینی قائل نبوده و این تبعیض مثبت را برای مناطق محروم به رسمیت نشناسد. این در حالی است که با ابلاغ سیاست‌های کلی نظام اداری در سال ۱۳۸۹ سیاست‌گذار صراحتاً «زمینه‌سازی جذب و نگهداری نیروهای متخصص در استان‌های کمتر توسعه‌یافته و مناطق محروم» را به عنوان یکی از اهداف سیاستی خود اعلام نموده بود. این رأی بر این برداشت ناصواب پایان داد و با الهام از بند «۷» سیاست‌های مذکور این امتیاز را برای بومیان مناطق محروم به رسمیت شناخت.

به نظر می‌رسد رأی فوق یکی از بهترین مصادیق استناد هیئت عمومی به سیاست‌های کلی نظام است که نشان می‌دهد که دیوان می‌تواند با صدور آراء منطبق بر سیاست‌های کلی نظام در تحقق هرچه بیشتر این سیاست‌ها نقش‌آفرینی نماید و در جهت پیشرفت کشور در حوزه‌های گوناگون اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و غیره مؤثر باشد. ابطال مصوبات ناظر بر بومی‌گزینی در مناطق محروم و کمتر توسعه‌یافته در سال‌های اخیر از موضوعات چالشی در دیوان عدالت اداری بوده است. این رأی با استفاده از ظرفیت بالقوه سیاست‌های کلی نظام یکی از مشکلات موجود در نظام حقوقی را مرتفع نموده و نشان می‌دهد استفاده از این ظرفیت غنی می‌تواند آثار و برکات متعددی داشته باشد. البته انتقاداتی به این رأی نیز وارد است. از جمله اینکه مفاد سیاست‌های کلی با واژه «بند» از یکدیگر تفکیک می‌شوند که در این رأی از واژه «ماده»

استفاده شده است که غالباً برای قوانین عادی استفاده می‌شود. لازم به ذکر است که استفاده از ظرفیت سیاست‌های کلی نظام برای تفسیر قوانین صرفاً محدود به آراء دیوان و استناد قضائی نیست و اساساً یکی از طرق بسیار مهم تفسیر قوانین در نظام حقوقی ایران، توجه به سیاست‌های کلی نظام است که باید مورد توجه همه دستگاه‌های اجرایی و نظارتی باشد. در همه مواردی که از سیاست‌های کلی برای تفسیر قوانین استفاده می‌شود، نمونه‌ای از استناد به سیاست‌ها مشاهده می‌شود. برای مثال در انتخابات اخیر مجلس شورای اسلامی این سؤال حقوقی مطرح شد که با توجه به اینکه اعضای شوراهای اسلامی شهرها از شرکت در انتخابات محروم هستند، این محرومیت شامل اعضای علی‌البدل هم می‌شود یا خیر، عبارت بند «۲۹» از ماده «۲۹» قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی تاب تفسیر داشت و هر دو برداشت ممکن به نظر می‌رسید. شورای نگهبان به درستی با استناد به بند ۴-۱۰ از سیاست‌های کلی انتخابات که دلالت بر کاهش محرومیت‌های انتخاباتی دارد، عنوان مذکور را شامل اعضای علی‌البدل شوراهای اسلامی شهرها ندانست که این برداشت، خود استنادی مستقیم به سیاست‌های کلی نظام در راستای تفسیر است که در مرحله اجرای قوانین به چشم می‌خورد.

۳-۳. بررسی فروض ممکن در استناد به سیاست‌های کلی نظام

بررسی ادله قائلین به عدم امکان استناد به سیاست‌های کلی نظام در دیوان عدالت اداری مبین این موضوع است که نگرانی‌های موجود در واگذاری اختیار استناد به سیاست‌های کلی به دیوان عدالت اداری باعث شده تا نظریه عدم امکان استناد به این سیاست‌ها در نگاه این حقوق‌دانان مرجح باشد. اغلب این نگرانی‌ها ناظر بر مقام عمل می‌باشد. در این قسمت تلاش می‌شود تا با ترسیم ذهنی حالات مختلفی که در استناد به سیاست‌های کلی نظام ممکن است رخ دهد، نظر مختار تبیین شود.

قاضی دیوان عدالت اداری در مقام صدور رأی در هر پرونده ملزم به فحص حکم در قوانین موضوعه می‌باشد. بر اساس اصل ۱۶۶ قانون اساسی رأی هر پرونده باید مستند به قوانین و اصول صادر شود. به نظر می‌رسد اطلاق واژه قانون در این اصل، شامل سیاست‌های کلی نظام هم می‌شود^{۱۶}، لذا حالات متصور از نتیجه فحص قاضی در

مقام صدور رأی از موارد زیر خارج نیست (در تمامی موارد زیر، نکات مذکور ذیل بند سوم مقاله در خصوص تفسیر قوانین و مقررات مبتنی بر سیاست‌های کلی نظام مجری خواهد بود):

الف) ممکن است حکم موضوع در قالب یک قانون عادی بروز یافته باشد در این وضعیت میان قانون عادی و سیاست‌های کلی نظام یکی از سه نسبت زیر برقرار خواهد بود:

• قانون مذکور منطبق بر سیاست‌های کلی نظام تدوین شده باشد: این وضعیت مطلوب‌ترین حالت ممکن است که قوانین عادی منطبق بر سیاست‌های کلی نظام تدوین شوند و در این فرض اساساً نیازی به استناد به سیاست‌های کلی نظام نخواهد بود و استناد به قانون عادی همان نتیجه مورد انتظار سیاست‌گذار را محقق می‌نماید.

• قانون مذکور منطبق با سیاست‌های کلی نظام نیست، لکن مغایرتی هم ندارد. این وضعیت در فرضی متصور خواهد شد که احکام مورد اشاره قانون عادی در سیاست‌های کلی ذکر نشده باشد و سیاست‌ها متعرض این موضوع نشده باشند. در این حالت نیز رأی دیوان مستند به قانون مذکور صادر می‌شود.

• فرض سوم زمانی است که قانون، مغایر سیاست‌های کلی باشد. با این پیش‌فرض که مصوبات مجلس شورای اسلامی توسط شورای نگهبان و هیئت عالی نظارت بر اساس سیاست‌های کلی نظام مورد بررسی قرار می‌گیرند، این فرض صرفاً در حالتی متصور است که ابلاغ سیاست‌های کلی متأخر بر تأیید قانون توسط شورای نگهبان باشد. در این فرض به نظر می‌رسد بر اساس تحلیل حقوقی نمی‌توان علی‌رغم تغییر هنجار فrazین، قائل به ادامه حیات هنجار فرودین مغایر شد، لکن با توجه به موصوف بودن مفاد سیاست‌های کلی نظام به وصف کلیت، واگذاری اختیار تعیین ناسخ و منسوخ در این زمینه به قضات و مجریان قانون، منجر به آشفتگی و از بین رفتن نظم حقوقی خواهد شد. لذا با لحاظ این مصلحت، در این فرض هم به نظر می‌رسد باید رأی قاضی بر اساس قانون صادر شود. اما توجه به این نکته لازم است که برای چنین حالتی باید سازوکاری تعبیه شود که قاضی پرونده بتواند تشخیص خود مبنی بر مغایرت قانون مذکور با سیاست‌های کلی را به مراجع ذی‌صلاح اعلام نماید. به نظر می‌رسد می‌توان برای این مراجع نیز سازوکاری تعریف کرد تا در مورد قوانینی که قبل از ابلاغ سیاست‌های کلی نظام تأیید شده‌اند، نقش‌آفرینی

نمایند و نظر خود مبنی بر مغایرت قانون با سیاست‌های کلی نظام را به نهادهای مسئول اعلام نمایند. پیش‌تر توضیح داده شد که در این زمینه باید سازوکاری برای نقش‌آفرینی شورای نگهبان در نظر گرفته شود.

ب) فرض دوم حالتی است که حکم موضوع در مقررات (مادون قوانین) ذکر شده باشد. در این فرض نیز حالت‌های مختلفی ممکن است رخ دهد:

- اگر حکم مقرر منطبق با سیاست‌های کلی نظام باشد، رأی مستند به مقرر صادر می‌شود.
- اگر حکم مقرر منطبق با سیاست‌های کلی نباشد، لکن مغایرتی هم نداشته باشد، در این حالت نیز رأی بر اساس مقرر مذکور صادر می‌شود.
- اگر حکم مقرر مغایر با سیاست‌های کلی نظام باشد، به نظر می‌رسد نمی‌توان به استمرار حیات مقرر علی‌رغم مغایرت با سیاست‌های کلی قائل شد. لذا در این حالت مستند به اصل ۱۷۰ قانون اساسی رأی بر اساس مقرر مغایر با سیاست‌های کلی صادر نمی‌شود و مقرر جهت ابطال به هیئت عمومی دیوان ارجاع می‌شود. ممکن است درخواست‌دهنده ابطال قاضی دیوان و یا هر فرد دیگری باشد. لازم است توجه شود که آنچه در این بند ذکر شده است به معنای در نظر نگرفتن قواعد عمومی مانند نسخ قانون سابق مغایر و غیره نیست. بلکه صرفاً چنین بیان شده که در صورت امکان، مقررهای که بیشتر نظر سیاست‌گذار را تأمین می‌نماید، دارای اولویت باشد.

ج) حالت سوم، فرضی است که حکم موضوع، در دو یا چند قانون ذکر شده است و امکان جمع میان این احکام وجود ندارد. در این فرض سیاست‌های کلی نظام در تعیین قانون حاکم نقش‌آفرینی خواهند کرد و می‌توانند مستند واقع شوند. باید توجه نمود آنچه در اینجا ذکر می‌شود به معنای نفی قواعد عمومی ناظر بر تعارض قوانین مانند نسخ و تخصیص نیست، بلکه صرفاً بر یکی از راه‌های تعیین قانون حاکم که همان توجه به هنجارهای فزاین می‌باشد، تأکید می‌گردد. لذا سیاست‌های کلی نظام به عنوان هنجار بالاتر قوانین در زمینه تعیین قانون حاکم و تفسیر متون قانونی اثر خود را نشان خواهند داد. در مورد قوانین مغایر با سیاست‌های کلی در فرضی که ابلاغ سیاست‌ها مؤخر بر تأیید قانون باشد، مشابه بند ۳-۱ عمل خواهد شد.

د) ممکن است حکم در سطح دو مقررده ذکر شده باشد، مثلاً در دو آیین‌نامه مختلف ذکر شده باشد. در این حالت نیز دقیقاً مشابه آنچه در بند ۳ ذکر شد، محقق خواهد بود. البته این تفاوت وجود دارد که در صورتی که قاضی مقرره‌ای را خلاف سیاست‌های کلی تشخیص دهد، باید آن را به هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ارجاع نماید. (ه) حالت آخر نیز فرضی است که حکم در قانون و مقرره‌ای ذکر نشده باشد:

- اگر حکم در سیاست‌های کلی نظام مذکور باشد، بر اساس سیاست‌های کلی رأی صادر می‌شود.

- اگر حکم در سیاست‌های کلی ذکر نشده باشد، رأی مبتنی بر سایر ادله موجود از جمله اصول کلی حقوقی و یا منابع معتبر فقهی صادر خواهد شد.

فروض دیگری ممکن است به این تقسیم‌بندی اضافه شود که چون تکلیف آن با بیان حالات فوق روشن است، از توضیح آنها خودداری می‌شود. در خصوص هیئت عمومی دیوان نیز به نظر می‌رسد وضعیت مشابهی با موارد فوق‌الذکر وجود دارد. صرفاً در خصوص استناد به مقررات باید توجه نمود که به جز آراء وحدت رویه و آراء ایجاد رویه که امکان استناد به مقررات در هیئت عمومی وجود دارد، در مورد رسیدگی به درخواست ابطال مقررات تنها فرضی که متصور خواهد بود این است که مقرره‌ای که مستند واقع می‌شود، سطح بالاتری از مقرره مورد بررسی داشته باشد که در این حالت هم فروض فوق جاری خواهد بود. نمودار ذیل تمامی فروض فوق‌الذکر را نمایش می‌دهد.



۴. رویه دیوان عدالت اداری در استناد به سیاست‌های کلی نظام

بررسی رویه دیوان عدالت اداری نشان می‌دهد، قضات دیوان در مواردی سیاست‌های کلی نظام را مستند آراء خود قرار داده‌اند. این استناد گاه به صورت مستقل و گاه به عنوان مؤید بوده است. البته در برخی از موارد این استناد با واسطه فقهاء شورای نگهبان مبنی بر نظارت شرعی بوده است. در این قسمت تلاش می‌شود به برخی از این آراء اشاره شود:

۱- رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه‌های ۲۳۵۸-۲۳۵۹ و کلاسه پرونده‌های: ۳۲۷۴/۹۷، ۲۵۷۵/۹۷ در تاریخ ۱۳۹۸/۰۷/۳۰ با موضوع ابطال مواد ۲۷ و ۲۹ بخشنامه شماره ۱۳۹۳/۷/۱۹-۲۰۰/۹۳/۹۷۵۷ معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور و ابطال بندهای مربوط به شرایط بومی بودن در دفترچه راهنمای آزمون‌های استخدامی در قسمت امتیازات و سهمیه‌های قانونی و

ابطال بند (الف) بخش چهارم دفترچه راهنمای ثبت نام پنجمین آزمون استخدامی دستگاه‌های اجرایی در تیر ماه سال ۱۳۹۷: این رأی یکی از بهترین مصادیق استناد هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به سیاست‌های کلی نظام است که در متن مقاله و ذیل عنوان تفسیر قوانین موجود مبتنی بر سیاست‌های کلی نظام بررسی شد.

۲- رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۴۵۱ و کلاسه پرونده ۴۵۴/۸۷ در تاریخ ۱۳۹۱/۰۷/۰۳ با موضوع عدم ابطال آیین‌نامه نحوه تعیین کارشناسان رسمی دادگستری موضوع مصوبه شماره ۴۹۳۲۷/ت/۳۹۰۴۰ هـ - ۱۳۸۷/۴/۵ هیئت وزیران: در متن این رأی نیز صراحتاً به بند ۱۳ سیاست‌های امنیت قضائی ابلاغی سال ۱۳۸۱ استناد شده است. در خصوص این رأی چند نکته محل توجه است: اولاً. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری چنانکه در متن رأی تصریح نموده است، خود را صالح در رسیدگی به مقررات خلاف سیاست‌های کلی نظام دانسته و به موضوع ورود کرده است. در واقع دیوان بدون واسطه - اعم از شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام و هیئت عالی نظارت - خود را صالح در این امر تشخیص داده و به موضوع رسیدگی نموده است؛ ثانیاً. علت عدم ابطال مصوبه هیئت وزیران، عدم مغایرت مصوبه مذکور با بند ۱۳ سیاست‌های امنیت قضائی ابلاغی سال ۱۳۸۱ می‌باشد. در واقع اگر در تشخیص مصداق، نظر دیوان چنین بود که این مصوبه خلاف سیاست‌های کلی نظام است، رأی به ابطال آن می‌داد؛ ثالثاً. این رأی نشان‌دهنده این است که در حال حاضر امکان شکایت از مقررات براساس سیاست‌های کلی نظام در دیوان عدالت اداری وجود دارد و رویه عملی چنین امکانی را شناسایی کرده است.

۳- رأی هیئت تخصصی اداری و استخدامی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۱۰۸ و کلاسه پرونده هـ ع / ۹۵/۱۲۱۰/۰۱ در تاریخ ۱۳۹۶/۰۶/۰۱ با موضوع درخواست ابطال بند دو ضوابط مربوط به عضویت و حقوق و مزایای مدیران عامل و اعضاء هیئت مدیره بانک‌ها و بیمه‌های دولتی: (بخشنامه ابلاغی طی شماره ۱۲/۱۳۹۴۹/مورخ ۹۵/۷/۱۳ وزیر امور اقتصاد و دارایی خطاب به بانک کشاورزی): این رأی از چند جهت می‌تواند محل توجه باشد. اولاً. هیئت تخصصی اداری و استخدامی دیوان عدالت اداری خود را صالح به رسیدگی به مغایرت آیین‌نامه با سیاست‌های کلی نظام

تشخیص داده است؛ ثانیاً. چون مصوبه مذکور منطبق بر قانون ممنوعیت به‌کارگیری بازنشستگان بوده است، با این پیش‌فرض که شورای نگهبان و هیئت عالی نظارت مصوبات مجلس شورای اسلامی را براساس سیاست‌های کلی بررسی می‌نمایند، مغایرت قانون با سیاست‌های کلی را منتفی دانسته و لذا حکم به عدم ابطال مصوبه داده است. در اینجا باید توجه نمود که قانون اخیرالذکر مصوب سال ۱۳۹۵ است و سیاست‌های کلی نظام اداری در سال ۱۳۸۹ ابلاغ شده است. لذا هنگام تأیید قانون در شورای نگهبان سیاست‌های مذکور وجود داشته‌اند. در این رأی هیئت تخصصی اداری و استخدامی دیوان عدالت اداری به درستی قانون تأییدشده از سوی شورای نگهبان را غیرمغایر با سیاست‌های کلی معرفی نموده است.

۴- رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۶۶۴ و کلاسه پرونده ۸۲/۸۱ در تاریخ رأی ۱۳۸۱/۱۲/۲۵ با موضوع ابطال بند یک و تبصره بند ۱۰ قسمت الف و بند یک قسمت ب و بند ۵-۳/۱۴ از مقررات و ضوابط شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی: اولین نکته‌ای که در مورد متن این رأی باید توجه شود اینکه ذکر سیاست‌های کلی نظام به عنوان یکی از مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام چندان موجه به نظر نمی‌رسد. مجمع تشخیص مصلحت نظام بازوی مشورتی مقام رهبری جهت تعیین سیاست‌های کلی نظام است و تعبیر از سیاست‌ها با عنوان مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام نمی‌تواند دقیق باشد. نکته دوم هم اینکه بخشی از این رأی مستند به فرمان رهبری صادر شده است و از این حیث مصداق استناد به سیاست‌ها نیست، لکن بخشی که مقرر مزبور را در چهارچوب سیاست‌های کلی ابلاغی تشخیص و رأی به عدم ابطال داده شده است به نوعی استناد به سیاست‌های کلی نظام خواهد بود. لازم به ذکر است بخشی از عبارات متن رأی، کاملاً مشابه بند یک از سیاست‌های کلی در خصوص شبکه‌های اطلاع‌رسانی می‌باشد. توجه به این نکته ضروری است که این رأی نیز از مصادیق آرائی است که در صورت تشخیص به مغایرت مصوبه با سیاست‌های کلی نظام، ابطال صورت می‌پذیرفت.

۵- رأی هیئت تخصصی فرهنگی، آموزشی و پزشکی دیوان عدالت اداری به شماره

دادنامه‌های ۳۳۴، ۳۳۱، ۳۳۰، ۳۲۹، ۳۲۸، ۳۲۷، ۳۲۶، ۳۲۵، ۳۲۴، ۳۲۳، ۳۲۲، ۳۲۱، ۳۲۰، ۳۱۹، ۳۱۸، ۳۱۷، ۳۱۶، ۳۱۵، ۳۱۴، ۳۱۳، ۳۱۲، ۳۱۱، ۳۱۰، ۳۰۹، ۳۰۸، ۳۰۷، ۳۰۶، ۳۰۵، ۳۰۴، ۳۰۳، ۳۰۲، ۳۰۱، ۳۰۰، ۲۹۹، ۲۹۸، ۲۹۷، ۲۹۶، ۲۹۵، ۲۹۴، ۲۹۳، ۲۹۲، ۲۹۱، ۲۹۰، ۲۸۹، ۲۸۸، ۲۸۷، ۲۸۶، ۲۸۵، ۲۸۴، ۲۸۳، ۲۸۲، ۲۸۱، ۲۸۰، ۲۷۹، ۲۷۸، ۲۷۷، ۲۷۶، ۲۷۵، ۲۷۴، ۲۷۳، ۲۷۲، ۲۷۱، ۲۷۰، ۲۶۹، ۲۶۸، ۲۶۷، ۲۶۶، ۲۶۵، ۲۶۴، ۲۶۳، ۲۶۲، ۲۶۱، ۲۶۰، ۲۵۹، ۲۵۸، ۲۵۷، ۲۵۶، ۲۵۵، ۲۵۴، ۲۵۳، ۲۵۲، ۲۵۱، ۲۵۰، ۲۴۹، ۲۴۸، ۲۴۷، ۲۴۶، ۲۴۵، ۲۴۴، ۲۴۳، ۲۴۲، ۲۴۱، ۲۴۰، ۲۳۹، ۲۳۸، ۲۳۷، ۲۳۶، ۲۳۵، ۲۳۴، ۲۳۳، ۲۳۲، ۲۳۱، ۲۳۰، ۲۲۹، ۲۲۸، ۲۲۷، ۲۲۶، ۲۲۵، ۲۲۴، ۲۲۳، ۲۲۲، ۲۲۱، ۲۲۰، ۲۱۹، ۲۱۸، ۲۱۷، ۲۱۶، ۲۱۵، ۲۱۴، ۲۱۳، ۲۱۲، ۲۱۱، ۲۱۰، ۲۰۹، ۲۰۸، ۲۰۷، ۲۰۶، ۲۰۵، ۲۰۴، ۲۰۳، ۲۰۲، ۲۰۱، ۲۰۰، ۱۹۹، ۱۹۸، ۱۹۷، ۱۹۶، ۱۹۵، ۱۹۴، ۱۹۳، ۱۹۲، ۱۹۱، ۱۹۰، ۱۸۹، ۱۸۸، ۱۸۷، ۱۸۶، ۱۸۵، ۱۸۴، ۱۸۳، ۱۸۲، ۱۸۱، ۱۸۰، ۱۷۹، ۱۷۸، ۱۷۷، ۱۷۶، ۱۷۵، ۱۷۴، ۱۷۳، ۱۷۲، ۱۷۱، ۱۷۰، ۱۶۹، ۱۶۸، ۱۶۷، ۱۶۶، ۱۶۵، ۱۶۴، ۱۶۳، ۱۶۲، ۱۶۱، ۱۶۰، ۱۵۹، ۱۵۸، ۱۵۷، ۱۵۶، ۱۵۵، ۱۵۴، ۱۵۳، ۱۵۲، ۱۵۱، ۱۵۰، ۱۴۹، ۱۴۸، ۱۴۷، ۱۴۶، ۱۴۵، ۱۴۴، ۱۴۳، ۱۴۲، ۱۴۱، ۱۴۰، ۱۳۹، ۱۳۸، ۱۳۷، ۱۳۶، ۱۳۵، ۱۳۴، ۱۳۳، ۱۳۲، ۱۳۱، ۱۳۰، ۱۲۹، ۱۲۸، ۱۲۷، ۱۲۶، ۱۲۵، ۱۲۴، ۱۲۳، ۱۲۲، ۱۲۱، ۱۲۰، ۱۱۹، ۱۱۸، ۱۱۷، ۱۱۶، ۱۱۵، ۱۱۴، ۱۱۳، ۱۱۲، ۱۱۱، ۱۱۰، ۱۰۹، ۱۰۸، ۱۰۷، ۱۰۶، ۱۰۵، ۱۰۴، ۱۰۳، ۱۰۲، ۱۰۱، ۱۰۰، ۹۹، ۹۸، ۹۷، ۹۶، ۹۵، ۹۴، ۹۳، ۹۲، ۹۱، ۹۰، ۸۹، ۸۸، ۸۷، ۸۶، ۸۵، ۸۴، ۸۳، ۸۲، ۸۱، ۸۰، ۷۹، ۷۸، ۷۷، ۷۶، ۷۵، ۷۴، ۷۳، ۷۲، ۷۱، ۷۰، ۶۹، ۶۸، ۶۷، ۶۶، ۶۵، ۶۴، ۶۳، ۶۲، ۶۱، ۶۰، ۵۹، ۵۸، ۵۷، ۵۶، ۵۵، ۵۴، ۵۳، ۵۲، ۵۱، ۵۰، ۴۹، ۴۸، ۴۷، ۴۶، ۴۵، ۴۴، ۴۳، ۴۲، ۴۱، ۴۰، ۳۹، ۳۸، ۳۷، ۳۶، ۳۵، ۳۴، ۳۳، ۳۲، ۳۱، ۳۰، ۲۹، ۲۸، ۲۷، ۲۶، ۲۵، ۲۴، ۲۳، ۲۲، ۲۱، ۲۰، ۱۹، ۱۸، ۱۷، ۱۶، ۱۵، ۱۴، ۱۳، ۱۲، ۱۱، ۱۰، ۹، ۸، ۷، ۶، ۵، ۴، ۳، ۲، ۱، ۰.

۶- رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۸۸۲ و کلاس پرونده ۲۵۳/۹۵ در تاریخ ۱۳۹۶/۰۹/۱۴ با موضوع ابطال عبارتی از نامه‌های شماره ۱۳۹۳/۲/۲-۱۰/۱۷۲۰ و ۱۳۹۳/۲/۹-۳۲/۲۳۳۰ سازمان خصوصی‌سازی از تاریخ صدور نامه‌های مذکور: چنانکه در متن رأی ذکر شده است، ابطال بخشنامه‌های سازمان خصوصی‌سازی مبتنی بر سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و مستند بر بند (ب) از الزامات واگذاری بند (ج) این سیاست‌ها توسط فقهاء شورای نگهبان صورت پذیرفته است. استناد شرعی به سیاست‌های کلی نظام مبتنی بر لحاظ احکام حکومتی به عنوان یکی از موازین شرعی مذکور در اصل چهار مقبول و موجه است. در واقع استدلال دو بخش دارد، صغرای استدلال مفاد مذکور در بخشنامه سازمان خصوصی‌سازی را مغایر سیاست‌ها اعلام کرده است و کبرای استدلال مخالفت با سیاست‌های کلی را مخالفت با شرع دانسته و رأی به ابطال این بخشنامه داده است. بررسی صغرای استدلال از رسالت این پژوهش خارج است. در خصوص کبرای استدلال نیز با توجه به احتساب سیاست‌های کلی نظام به عنوان

یکی از مصادیق احکام حکومتی، به نظر نحوه استدلال خالی از اشکال است. ۷- رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۲۳۲۳ و کلاسسه پرونده ۱۰۰۵/۹۷ در تاریخ ۱۳۹۸/۰۷/۳۰ با موضوع ابطال اطلاق عبارت «و دفن افراد غیر شهید» در ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۱ قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران: نکته‌ای که باید مورد توجه قرار بگیرد این است که بررسی صغرای استدلال در این رأی مد نظر این پژوهش نیست و ممکن است نسبت به آن ابهاماتی وجود داشته باشد، چنانکه در نظریه کارشناسی پژوهشکده شورای نگهبان ناظر به همین موضوع آمده است: «شاکي در شکایت خود خواستار ابطال عبارت «و دفن افراد غیر شهید» در ماده پنج آیین‌نامه اجرایی ماده (۱۱) قانون جامع خدمات به ایثارگران شده که براساس این ماده دفن افراد غیر شهید در قطعات و حریم گلزار شهداء به اجازه بنیاد شهید منوط شده و مستند خود را نیز مغایرت این ماده با بندهای یک، دو و ۱۲ سیاست‌های کلی نظام در امور ترویج و تحکیم فرهنگ ایثار و جهاد و ساماندهی امور ایثارگران ابلاغی ۱۳۸۹/۱۱/۲۹ و در نتیجه مغایر با حکم ولی فقیه و عدم تبعیت از «اولی‌الامر» قرار داده است. این در حالی است که به نظر می‌رسد این ماده و عبارت مورد شکایت مغایرتی با سیاست‌های کلی مذکور ندارد. شایان ذکر است پیشتر شاکي، همین شکایت را به جهت مغایرت با قوانین طرح نموده بود که از سوی هیأت عمومی دیوان به جهت عدم مغایرت با قوانین رد گردیده است» (فتاحی زفرقندی، ۱۳۹۷، صص. ۵ و ۶). اما کبرای استدلال مورد توجه خواهد بود که منطبق بر نظر فقهاء محترم شورای نگهبان اگر مقررهای خلاف سیاست‌های کلی نظام باشد، خلاف شرع شناخته خواهد شد.

۸- نظریه فقهی فقهاء شورای نگهبان در راستای نظارت شرعی بر مصوبه هیئت وزیران در جلسه مورخ ۱۳۸۷/۸/۱۷ به شماره ۱۰۲۹۰/۱۶۷۲۷۶ مورخ ۱۳۷۸/۰۹/۱۷ کمیسیون تنظیم مقررات ارتباط (صورت جلسه شماره ۴۹) به شماره نامه: ۸۹/۳۰/۳۸۹۱۱ مورخ ۸۹/۴/۲۲: چنانکه از متن نظریه روشن است فقهاء شورای نگهبان در زمینه نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام از حیث نظارت شرعی خود را صالح دانسته‌اند. لکن از آنجا که مقررهای خلاف سیاست‌های کلی تشخیص

نداده‌اند رأی به عدم ابطال مصوبه داده‌اند.

۹- رأی هیئت تخصصی اقتصادی، مالی و اصناف دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۲۹۷ و کلاسه پرونده هـ/ع/۵۷۳/۹۴، ۹۴/۹۶۱، ۹۴/۱۲۱۱ در تاریخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۰ با موضوع عدم ابطال مواد دو، پنج و شش آئین‌نامه نحوه واگذاری سهام ترجیحی: در این رأی از سیاست‌های کلی اصل ۴۴ جهت تشخیص قانونی بودن یا نبودن یک مقرر شده است. در واقع چون مقرر مذکور مبتنی بر سیاست‌های کلی اصل ۴۴ به تصویب رسیده است، امکان ابطال آن منتفی اعلام شده است.

۱۰- رأی هیئت تخصصی فرهنگی، آموزشی و پزشکی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۹۷۰۹۹۷۰۹۰۶۰۱۰۱۱۷ و کلاسه پرونده هـ/ع/۹۶/۴۱۳ در تاریخ ۱۳۹۷/۰۵/۳۰ با موضوع عدم ابطال مصوبات نشست‌های هشتاد و چهارم و هشتاد و پنجم شورای آموزش پزشکی و تخصصی وزارت بهداشت: در این رأی نیز هیئت تخصصی فرهنگی، آموزشی و پزشکی دیوان عدالت اداری ضمن ورود به موضوع رسیدگی براساس سیاست‌های کلی، مصوبه مذکور را خلاف سیاست‌های کلی سلامت تشخیص نداده و لذا رأی به عدم ابطال داده است. در این رأی نیز سیاست‌های کلی هم‌سنگ قانون اساسی به عنوان هنجارهای بالادستی لحاظ شده‌اند که رویکردی صحیح و منطقی است.

۱۱- رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۴۰۲۳۱۳ صادره از شعبه چهار بدوی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۹ با موضوع انتقال محل خدمت زوجه به تبعیت از زوج: در متن این رأی به بند ۹ از سیاست‌های کلی نظام اداری مبنی بر «توجه به استحکام خانواده و ایجاد تعادل بین کار و زندگی افراد» اشاره شده است. البته ظاهراً مستند اصلی رأی، بخشنامه‌ای است که در متن رأی به آن اشاره شده و استناد به سیاست‌های کلی نظام از باب مؤید است، لکن باید توجه نمود که ممکن است استناد به این بخشنامه و ارجح دانستن آن از جهت تعیین قانون حاکم و صدور رأی براساس مقرر مطابق با سیاست‌های کلی نظام باشد. نکته جالب این رأی هم‌ترازی استناد به قانون اساسی و سیاست‌های کلی است.

نتیجه‌گیری

استناد به سیاست‌های کلی نظام در دیوان عدالت اداری مغایرتی با شأن نظارتی هیئت عالی نظارت ندارد و از این‌رو استعلام دیوان عدالت اداری از هیئت عالی نظارت جهت استناد به مفاد سیاست‌های کلی نظام ضرورتی ندارد. در این میان امکان برداشت‌های گوناگون و متفاوت از مفاد سیاست‌ها که متصف به وصف کلیت هستند، باعث بروز نگرانی‌هایی شده است. به نظر می‌رسد می‌توان با الگوگیری از کیفیت نظارت شورای نگهبان بر قانون اساسی و با شناسایی صلاحیت‌هایی برای برخی نهادها، نسبت به صدور نظریه تفسیری و غیره جهت حفظ انسجام در برداشت از مفاد سیاست‌های کلی نظام اقدام نمود. مبنای این الگوگیری در تشابه خصائص و اوصاف مفاد سیاست‌های کلی نظام و مفاد قانون اساسی و تفاوت‌های جدی میان کیفیت برداشت از مفاد سیاست‌های کلی نظام و کیفیت استنباط احکام و موازین شرعی نهفته است.

یکی از مهم‌ترین کارکردهای استناد به سیاست‌های کلی نظام استفاده از جهت‌گیری‌های تبیین‌شده در این نهاد حقوقی در راستای فهم صحیح قوانین موجود، تفسیر قوانین و البته تعیین قانون حاکم خواهد بود. چنانکه تبیین شد، استناد به سیاست‌های کلی در آراء دیوان عدالت اداری به هیچ‌عنوان به منزله بی‌توجهی به قوانین عادی و یا کنار گذاشتن آنها نیست. بلکه حتی در مواردی که قانونی مغایر سیاست‌های کلی باشد، دیوان باید مبتنی بر قانون موجود مبادرت به صدور رأی نماید. البته لازم است سازوکاری جهت نسخ قوانین مغایر با سیاست‌های کلی نظام طراحی شود تا نظام حقوقی با معضل بدقانونی مواجه نگردد. در این خصوص سازوکاری در متن مقاله پیشنهاد شد. همچنین بررسی حالات مختلف ممکن در استناد به سیاست‌های کلی نظام نشان می‌دهد، برخلاف تصور رایج چنین استنادی نه تنها موجب ایجاد آشفتگی نخواهد بود، بلکه به یک‌دستی هنجارهای حقوقی نیز کمک شایانی خواهد نمود. مبتنی بر آراء جمع‌آوری‌شده در مقاله می‌توان ادعا نمود که استناد به سیاست‌های کلی نظام در رویه دیوان عدالت اداری پذیرفته شده است.

در پایان اشاره به این موضوع نیز خالی از لطف نیست که بستر اصلی و اساسی ارتقاء کارآمدی سیاست‌های کلی نظام، اصلاح «مقررات نظارت بر اجرای سیاست‌های

کلی نظام» است که طبعاً باید از سوی مجمع تشخیص تهیه شود و به تأیید مقام رهبری برسد. لازم است در این مقررات به صورت مشخص به نقش و جایگاه دیوان عدالت اداری اشاره و حدود صلاحیت این دیوان در این خصوص ترسیم شود. البته این به معنای عدم امکان استناد به سیاست‌ها در وضعیت فعلی نیست، لکن اصلاح این مقررات به اختلاف نظرها در این خصوص پایان خواهد داد و رویه‌ای منسجم ایجاد خواهد نمود. همچنین پیش‌بینی تمهیدات لازم برای نقش‌آفرینی سایر نهادهای نظارتی باعث ارتقاء کارآمدی این نهاد مهم و غایت‌محور خواهد شد.

یادداشت‌ها

۱. اثبات این مدعا از حوصله نوشتار حاضر خارج است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: حاجی‌علی‌خمسه، ۱۳۹۷، صص. ۱۶۱-۱۷۱).
۲. تبصره ۲: نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی شامل نظارت بر اعمال سیاست‌های کلی در قوانین، مقررات و مراحل اجرایی است.
۳. البته باید توجه نمود برخی از طرق دیگر نظارت بر سطح مقررات دولتی نیز در نظام حقوق ایران وجود دارد - از جمله نظارت موضوع اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی - که از موضوع مورد بررسی پژوهش حاضر خارج است.
۴. «هاشمی: آن وقت خصوصاً اگر خواستید باید بگویید از اختیارات، یعنی اختیار نظارت، حق نظارت، این هم واقعاً یک چیز بی‌مزه‌ای است که ما بگوییم که رهبر حق داشته باشد که نظارت بکند که هیچ‌کس نمی‌تواند تردید بکند...» (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۹، ج ۳، ص. ۱۳۲۶).
۵. «امینی: ... اگر نیاز پیدا کرد رهبر مثلاً به یک پرونده‌ای که در وزارت خارجه است، یک کسی را خواست بفرستد آنجا که این پرونده را بررسی کند ببیند که در سیاست خارجی مثلاً چه جوری است. اگر قانوناً حق داشته باشد خوب می‌رود و به او می‌دهند پرونده را، اگر نداشته باشد در قانون حساب حضرت امام را نکنید که هیچ‌کسی تخلف نمی‌کرد، می‌گویند این پرونده به هر حال چیزی است و خیلی استقبال نمی‌کنند...» (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۹، ج ۳، ص. ۱۳۲۵).

۶. منظور از «احکام عمومی»، احکامی است که بر تمامی هنجارها به جهت ذات هنجار بودن و لازم‌الاجرا بودن بار می‌شود. این اصطلاح در مقابل احکام اختصاصی است که ممکن است برای هر یک از انواع مختلف هنجارها حکم خاصی وجود داشته باشد.

۷. برای مشاهده متن نامه ر.ک: ytire.ir/qi4

۸. می‌توان ادعاء نمود اصلی‌ترین دغدغه شورای بازنگری قانون اساسی در خصوص واگذاری صلاحیت نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام به مقام رهبری، ایجاد نشدن تشکیلات وسیع حقوقی جدید، موازی با همه سازمان‌های نظارتی موجود در نظام حقوقی ایران بوده است. چنانکه این دغدغه از سوی افراد مختلف با بیان‌های متفاوت مطرح شده است. برای نمونه: «امینی: بسم‌الله الرحمن الرحیم. نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی معنایش نیست که یک تشکیلات وسیعی درست کند در برابر تشکیلات دولت...» (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۹، ج ۳، ص. ۱۳۲۵) و حتی تصویب بند «۲» اصل ۱۱۰ قانون اساسی منوط به تبیین همین موضوع برای اعضای شورای بازنگری بوده است. نگارنده در پی آن نیست که اثبات کند، ایجاد تشکیلات گسترده جدید الزاماً خلاف قانون اساسی است، لکن این بیان را صحیح می‌داند که با توجه به نظرات موجود از مقنن اساسی، چنین تأسیس گسترده‌ای مطلوب نیست و اگر سازوکار نظارتی پیشنهادی بتواند میان این دغدغه مقنن اساسی و برقراری نظارت مطلوب جمع حاصل نماید، اقرب به صواب است.

۹. الزام فقهاء به تبعیت از نظرات ه.ع.ن. به معنای ورود به حیطه تشخیص موضوع فقهی است که خود یکی از مراحل فرایند اجتهاد است و مختص به خود فقهاء است.

۱۰. ماده «۲»: قوانین و مقررات شامل قانون برنامه حسب مورد باید در چهارچوب سیاست‌های کلی مرتبط با آن تنظیم شود، این مقررات در هیچ موردی نباید مغایر سیاست‌های کلی مربوط باشد.

۱۱. به جز قوانینی که قبل از تأسیس نهاد شورای نگهبان به تصویب رسیده‌اند و یا مصوباتی که براساس مصلحت در مجمع تشخیص مصلحت مصوب شده‌اند.

۱۲. به جز فرضی که قوانین براساس احکام ثانویه شرعی و یا احکام حکومتی به تصویب رسیده باشند، که در حال حاضر رسیدگی به این قوانین در نظام حقوقی ایران از موضوعات چالشی و مورد بحث است.

۱۳. این موضوع با لحاظ این نکته بیان شده است که در حال حاضر شورای نگهبان (یا هیئت عالی نظارت با واسطه شورای نگهبان) همزمان با بررسی مصوبه مجلس از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی و موازین شرعی، مصوبه مذکور را از جهت عدم مغایرت با سیاست‌های کلی نظام نیز بررسی می‌نمایند.

14. <https://divan-edalat.ir/nht-detail/10984>

15. <https://divan-edalat.ir/aho-print/12497>

۱۶. البته در این خصوص نظر مخالف نیز وجود دارد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: بکشلو، ۱۳۹۸، صص. ۲۳-۲۶).

کتابنامه

۱. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۹). صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۲ و ۳، تهران، چاپخانه مجلس شورای اسلامی.
۲. انصاری، مجید (۱۳۸۵). «جایگاه سیاست‌های کلی در نظام قانون‌گذاری در ایران». همایش یکصدمین سال قانون‌گذاری (مجموعه مقالات)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۳. بکشلو، رضا (۱۳۹۸). امکان‌سنجی استناد به سیاست‌های کلی نظام در دیوان عدالت اداری. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی)، دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)، تهران، ایران.
۴. بکشلو، رضا و طحان‌نظیف، هادی (۱۳۹۹.الف). «بررسی و تحلیل گستره و قلمرو نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام». فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی، ۶(۱)، صص. ۳۰۵-۳۲۲.
۵. بکشلو، رضا و طحان‌نظیف، هادی (۱۳۹۹.ب). «امکان‌سنجی استناد به سیاست‌های کلی نظام در دیوان عدالت اداری». فصلنامه سیاست‌های راهبردی و کلان، ۸(۳)، صص. ۵۷۷-۵۹۷.
۶. بکشلو، رضا و طحان‌نظیف، هادی (۱۴۰۰). «مرجع صالح در نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام، وحدت یا تعدد؟». فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۵۱(۱)، صص. ۵۹-۷۶.
۷. پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۵). نشست علمی «استناد به سیاست‌های کلی نظام در آراء دیوان عدالت اداری».
۸. جهانی، قاسم (۱۳۸۶). جایگاه سیاست‌های کلی نظام در جمهوری اسلامی ایران. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی)، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.
۹. حاجی‌علی‌خمسه، مرتضی (۱۳۹۷). الگوی مطلوب نظام حقوقی حاکم بر سیاست‌های کلی نظام در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. (رساله دکتری دانشکده حقوق)، دانشگاه

تهران، تهران، ایران.

۱۰. حاجی‌علی‌خامسه، مرتضی (۱۳۹۹). «امکان‌سنجی نسخ قوانین و مقررات توسط سیاست‌های کلی نظام». پژوهشنامه حقوق اسلامی، (۵۱)، صص. ۲۶۷-۲۹۰.
۱۱. راسخ، محمد (۱۳۹۶). نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی. تهران: دراک.
۱۲. شیرزاد، امید (۱۳۹۵). «بررسی جایگاه سیاست‌های کلی نظام در دادرسی اداری». سیاست‌های راهبردی و کلان، (۱۴)، صص. ۱۶۹-۱۸۳.
۱۳. طحان‌نظیف، هادی (۱۳۹۶). شرح بند «۱» اصل یکصد و دهم قانون اساسی. زیر نظر عباسعلی کدخدایی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۱۴. غمامی، سید محمد مهدی (۱۳۹۰). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
۱۵. فتاحی زفرقندی، علی (۱۳۹۷). «گزارش کارشناسی پرونده‌های دیوان عدالت اداری، در خصوص: ابطال عبارت «و دفن عبارت غیر شهید» در ماده پنج آئین‌نامه اجرایی ماده ۱۱ قانون جامع خدمات‌رسانی ایثارگران». پژوهشکده شورای نگهبان، (مسلسل: ۹۷۰۹۰۷۶).
۱۶. فرخ، سمیه (۱۳۹۷). امکان‌سنجی استناد به سیاست‌های کلی نظام در شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی)، دانشگاه قم، قم، ایران.
۱۷. قطبی، میلاد (۱۳۹۶). جایگاه و صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به نظرات شورای نگهبان. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۱۸. گرجی‌ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۸۸). در تکاپوی حقوق اساسی. تهران: جنگل - جاودانه.
۱۹. گروه حقوق عمومی و بین‌الملل مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۹). بررسی ماهیت و حدود نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام (ویرایش دوم). شماره مسلسل: ۸۹۸۲-۱.
۲۰. گودرزی، احمد (۱۳۹۴). ضمانت اجرای «سیاست‌های کلی نظام» در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی)، دانشگاه قم، قم، ایران.
۲۱. مجمع تشخیص مصلحت نظام (۱۳۹۷). جایگاه و صلاحیت‌های هیئت عالی نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام در نظام حقوقی ایران. تهران: کمیسیون مشترک دبیرخانه مجمع تشخیص مصلحت نظام با همکاری پژوهشکده شورای نگهبان.
۲۲. مرادخانی، فردین (۱۳۸۹). «مباحثی پیرامون مفهوم، جایگاه و اجرای سیاست‌های کلی نظام و نظارت بر آن». فصلنامه اطلاع‌رسانی حقوقی، (۲۷)، صص. ۱۲۱-۱۴۵.

۲۳. معاونت آموزشی و پژوهشی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۱). نشست علمی «استناد به قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام در آراء مراجع قضایی».
۲۴. موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۸۷). «تأملی در مفهوم، ماهیت و جایگاه حقوقی سیاست‌های کلی نظام، فقه و حقوق». (۱۷)، صص. ۱۷۸-۱۵۱.
۲۵. مولاییگی، غلامرضا (۱۳۹۵). صلاحیت و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری. تهران: جنگل.
۲۶. مهرپور، حسین؛ ارسطو، محمدجواد؛ امیرارجمند، اردشیر؛ زارعی، محمدحسین و هاشمی، محمد (۱۳۸۰). نشست علمی: «جایگاه حقوقی سیاست‌های کلی نظام». راهبرد، (۲۰)، صص. ۴۰۵-۳۷۵.
۲۷. ویژه، محمدرضا (۱۳۸۸). «تأملی بر سلسله مراتب هنجارها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران». راهبرد، (۵۰)، صص. ۳۸-۶.

تحلیل مفاد و آثار نظریه جعل و تقریر در تبیین ماهیت شرط

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۱۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۲۶

علیرضا عالی‌پناه*

سید حمیدرضا ملیحی**

چکیده

نظریات گوناگونی در تبیین ماهیت و مفهوم شرط پدید آمده که قبول هر کدام تأثیر مستقیمی بر احکام و آثار شرط برجای می‌گذارد و از جمله مهم‌ترین آنان نظریه‌ای است که اولین بار سید محمدکاظم طباطبایی یزدی آن را بنیان گذارد و به نام «جعل و تقریر» شناخته می‌شود. هدف از این نوشتار نیز شرح و بسط این نظریه، بیان وجوه تمایز، نقدها و همچنین آثاریست که بر پذیرش آن از حیث فقهی و حقوقی مترتب می‌گردد. در نهایت مشخص می‌شود که ماهیت شرط صرفاً اشاره به جعل و قراری دارد که اشخاص آن را می‌سازند و ادله شرعی بر اعتبار آن دلالت می‌کند. جعل مزبور در اقسام گوناگون شرط صورت متفاوتی به خود می‌پذیرد که به ترتیب عبارت است از جعل الزام و التزام، جعل تقییدی و جعل تقییدی توأم با التزام. متناسب با این ماهیت و اقسام آن حقوق مشروط له بر مشروط علیه در شروط صحیح و همچنین وضعیت معامله مشتمل بر شرط فاسد تعیین می‌شود.

واژگان کلیدی: شرط، جعل، تقریر، الزام، قید.

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

alipanah_a@sbu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

s.hamid.malihi@gmail.com

مقدمه

از مباحث مهم در حوزه «شروط قراردادی» بحث از ماهیت و مفهوم شرط است بدان جهت که پذیرش دیدگاهی خاص در این زمینه تأثیر مستقیمی بر احکام شرط و آثار مترتب بر آن می‌گذارد. این اهمیت سبب شده غالب صاحب‌نظران چه در فقه معاملات و چه در حقوق قراردادها درباره ماهیت شرط ابراز نظر کنند و به تبع نظریات فراوانی نیز پیرامون آن شکل گیرد.

از جمله این نظریات که سابقه چندانی نیز در فقه نداشته و می‌توان آن را رویکردی نوظهور در این بحث دانست نظریه «جعل و تقریر» است. گرچه این نظریه ابتدائاً توسط سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی (از این پس سید) طرح گردیده، شخصیتی که از اعتبار ویژه‌ای نزد فقیهان برخوردار است، با این همه نظریه مزبور از سوی سایر محققان چندان مورد توجه واقع نشده و کمتر در سایر کتب فقهی و همچنین تألیفات حقوقی به آن پرداخته شده است. در حالی که این نظریه، علاوه بر آنکه آثار شگرفی را در روابط حقوقی میان اشخاص موجب می‌شود از قوت استدلالی مطلوبی نیز برخوردار است و حتی بسیاری از اشکالاتی را که غالباً بر دیدگاه مشهور و مورد پذیرش از شرط، وارد می‌شود مرتفع می‌سازد.

در این نوشتار هدف آن است که در بخش اول با استفاده از آثار موجود در زمینه شرط به خصوص عبارات پراکنده سید در حواشی مکاسب پیرامون این موضوع، تقریری کامل و دقیق از نظریه «جعل و تقریر» صورت پذیرد و در ادامه برای شناخت دقیق‌تر این نظریه وجوه افتراق آن با نظریات مشهوری که مورد اقبال غالب صاحب‌نظران و همچنین قانون مدنی ایران است بررسی شود و همچنین اشکالات و نقدهای وارد بر نظریه «جعل و تقریر» مورد بحث قرار گیرد. نهایتاً ضروری است به آثاری که از پذیرش این نظریه در فقه و حقوق ایران ایجاد می‌شود نیز در بخش دوم پرداخته شود. بنابراین، در این تحقیق موارد آتی باید روشن گردد:

اولاً. مفهوم شرط و اقسام آن از منظر نظریه «جعل و تقریر» چیست و تا چه حد با دیدگاه پذیرفته شده در فقه امامیه و حقوق ایران متفاوت است؟
ثانیاً. چه اشکالات و انتقاداتی نسبت به این نظریه طرح شده و یا قابل طرح است و به کدام‌یک از آنان می‌توان پاسخ داد؟

ثالثاً، پذیرش این نظریه چه تأثیری بر احکام و آثار شناخته شده شروط در فقه و حقوق ایران می‌گذارد؟

لازم به ذکر است از تتبع در کتب فقهی و حقوقی فهمیده می‌شود که تحقیق مستقلی در شرح و تحلیل این نظریه مسبوق به سابقه نیست هر چند در لابلای برخی از تألیفات فقهی و حقوقی همانند اثر گران‌قدر سیدمحمدتقی خویی در زمینه شروط و همچنین کتاب نظریه شروط و التزامات در حقوق اسلامی نوشته استاد محقق داماد به طور مختصر از آن سخن به میان رفته است.

۱. طرح نظریه

در این بخش هدف آن است که تقریر دقیق و روشنی مطابق آنچه از کلمات پراکنده سید طباطبایی در تبیین این نظریه فهمیده می‌شود، ارائه گردد.

ماهیت شرط از دیدگاه او مترادف با جعل و تقریر است. مفهومی که در مقابل وعده صرف و قول اخلاقی قرار دارد و با اینکه حکم هر دو به فتوای وی وجوب و لزوم وفا از حیث شرعی و عرفی می‌باشد اما در مورد اول برخلاف دومی این وجوب برآمده از ذات و حقیقت شرط و منطبق با قصد مشترک جااعلان آن است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۴).

شاید بتوان عبارت «رابطه حقوقی» را که از ترکیبات متداول نزد حقوق‌دانان است برای تبیین «جعل و تقریر» مورد استفاده قرار داد. ایشان در توضیح این عبارت آن را رابطه‌ای میان دو یا چند شخص می‌دانند که به موجب آن ذی‌نفع یا ذی‌نفعان می‌توانند شناسایی و یا اجرای مفاد آن را از مراجع صالح عمومی برای خود مطالبه کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص. ۶۵). بنا بر این توضیح از رابطه حقوقی، «جعل و تقریر» سببی است ارادی که اشخاص با توسل به آن رابطه مزبور را فی‌مابین خود مقرر می‌کنند و به آن اعتبار می‌بخشند. شخصی که این رابطه برای او مقرر شده است، مشروط له و شخصی که شرط در جهت تضییق حقوق و منافع او جعل شده مشروط علیه نامیده می‌شود. بر این اساس به عموم روابط حقوقی که اشخاص میان خود برقرار کرده‌اند شرط اطلاق می‌شود. با این همه، برخی از اقسام شروط رواج بیشتری در میان مردم دارد و عرفاً آثار خاصی از آنان انتظار می‌رود. سید در جهت تبیین این شروط مطابق با نظریه خود اقسامی را برای جعل و تقریر ذکر می‌کند و هر کدام

را معرف‌گونه خاصی از آن شروط رایج عنوان می‌کند اما این بدان معنا نیست که طرفین شرط باید از این تقسیم‌بندی پیروی کنند بلکه تقسیمات او جنبه تفسیری از شروط متعارف میان مردم داشته و اشخاص می‌توانند این شروط خاص را به صورتی دیگر جعل نمایند تا آثار متفاوتی را ایجاد کنند (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۰۱).

به عنوان مثال، همان‌گونه که در آینده اشاره می‌کنیم، شرط فعل عرفاً به نحو تقيید توأم با التزام مقرر می‌شود اما جاعل می‌تواند آن را به نحو التزام صرف و یا تقيید صرف مقرر نماید. به دیگر سخن، مثلاً، چنانچه مشتری تسلیم مبیع در محل اقامت خود را بر بایع شرط کند، مراد عرفی از آن تقيید مبادله عوضین به انجام تسلیم در اقامتگاه مشتری و نیز تعهد بایع به تسلیم در محل مذکور است، گرچه می‌تواند مراد از آن، در قصد مشترک طرفین صرفاً تقيید مبادله به تسلیم در محل مذکور بدون هر گونه تعهد و التزام یا فقط تعهد بایع به تسلیم در آن محل بدون تقيید مبادله به فعل مشتری باشد.

با این توضیح به بیان اقسامی از «جعل و تقریر» می‌پردازیم که می‌تواند ماهیت شرط را تشکیل دهد و مبنای آثاری شود که حقوق و تعهدات طرفین را متأثر می‌سازد.

۱-۱. جعل الزام و التزام:

دو مصداق برای این قسم از مجعولات توسط سید مورد بحث قرار گرفته است:

۱-۱-۱. التزامات ابتدایی

مصداق اول عبارت است از مجعولاتی که استقلالاً و بدون ارتباط با قرار دیگر، مشروط علیه را مکلف به انجام فعلی به نفع مشروط له می‌کند. اصطلاح متداول از این دسته مجعولات در فقه «التزامات ابتدایی» است (علیدوست، ۱۳۹۵، ص. ۲۰۴).

در اطلاق یا عدم اطلاق شرط بر این دسته از مجعولات اختلاف فراوانی میان فقها پدید آمده تا جایی که برخی از آنان اطلاق لفظ «شرط» بر آن را از اساس نپذیرفته‌اند (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۱۴). در نقطه مقابل اما سید به واسطه تفسیر خود از ماهیت شرط، این التزامات را از مصادیق بارز شرط عنوان می‌کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹، ج ۳، ص. ۲۴۷). برخی از روایات نیز که در آن لفظ شرط استعمال شده از نظر او ظاهر در شروط ابتدایی است^۱ (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۵).

۱-۱-۲. شروط نتیجه

مصدق دومی که مطابق نظر سید از جمله موارد جعل الزام و التزام صرف می‌باشد «شروط نتیجه» است با این استدلال که شروط نتیجه نمی‌تواند در حین اینکه انشای عقد بوده مقیدکننده عقد اصلی یا لزوم آن شود بنابراین صرفاً به معنای التزام به آثار ناشی از شرط است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۱۳) در مباحث بعدی به سنجش این ادعا خواهیم پرداخت.

۱-۲. جعل تقیدی

جعل تقیدی همان‌گونه که از نامش پیدا است به معنی مقیدکردن قراری به قرار دیگر است. از نظر سید جعل تقیدی دو مصداق دارد شرط صفت و شرط فعل غیر (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۰۳). مراد از شرط فعل غیر نیز صورتی است که مشروط له از مشروط علیه می‌خواهد که شخص ثالثی را که طرف توافق نبوده راضی به انجام عملی نماید.

مطابق این نظریه، اشخاص می‌توانند ماهیت اعتباری ناشی از هر عمل حقوقی (منشا) را به سه لحاظ مقید سازند: وجود، عدم و استقرار (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۹).

در تقیید نوع نخست، طرفین در پی مقید ساختن وجود ماهیت اعتباری بر امری می‌باشند و در نتیجه عدم تحقق آن امر (شرط) موجب بطلان عقد می‌گردد. این صورت با ظاهر تعبیر اشتراط در کلام طرفین نیز سازگارتر است؛ زیرا آنان شرط را به نفس عقد متوجه می‌کنند. بنابراین، این نحوه از اشتراط به معنی تعلیق منشأ عقد مشروط است. با این همه، اگر طرفین صراحتاً شرط خود را به اصل وجود ماهیت اعتباری (منشا) معطوف کنند و تحقق آن را متوقف به تحقق شرط نمایند، این به معنای معلق ساختن عقد است و عقد معلق به سبب اجماع فقها بر بطلان آن، باطل خواهد بود (صاحب جواهر، ۱۴۳۲ق، ج ۲۲، ص. ۲۵۳).

در تقیید نوع دوم، عدم ماهیت مقید به امری می‌شود و لذا عدم تحقق شرط موجب انفساخ عقد می‌گردد. بر این اساس، این نحوه از اشتراط به معنی درج شرط فاسخ در عقد است. سید در رابطه با حکم شرطی که با تصریح طرفین، استمرار عقد را مقید

می‌سازد سخنی نگفته است، لکن این نوع شرط نیز به حق توسط برخی از اساتید نوعی عقد معلق دانسته شده است که از آن تحت عنوان تعلیق انفساخ عقد یا شرط فاسخ تعبیر کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۵۶).

در تقیید نوع سوم طرفین در پی مقید ساختن لزوم و استقرار ماهیت هستند و بنابراین ضمانت اجرای عدم تحقق شرط نیز اختیار مشروط له در انحلال عقد مقید می‌باشد. لذا، این نحوه از اشتراط هم به معنی جعل خیار معلق بر عدم تحقق شرط است. سید از میان این سه وجه، وجه اخیر را به عملکرد متعارف مردم نسبت می‌دهد، به این علت که اشخاص عرفاً در صورتی که ذینفع شرط باشند در صورت عدم تحقق شرط، عدم معامله (بطلان) را نمی‌خواهند بلکه عدم التزام به معامله و اختیار فسخ را با منافع خود سازگارتر می‌بینند و این تلقی عرفاً در اذهان رسوخ کرده و قصد مشترک متأثر از آن است. همین بیان می‌تواند قرینه قطعی بر عدول از ظاهر اشتراط و در تقدیر گرفتن لفظ لزوم باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۵۰).

۳-۱. جعل تقییدی توأم با التزام

از کلمات متفرق سید در حاشیه مکاسب می‌توان باور پیدا کرد که سید به قسمی از شروط با ماهیتی الزام‌آور و مقیدکننده معتقد است و شرط فعل طرف معامله را از مصادیق آن معرفی می‌کند با این حال کلمات وی در طرح این قسم از مجعولات خالی از تعارض و تهافت نیست.

در کتاب مذکور ابتدائاً شرط فعل، جعلی معرفی شده که به موجب آن طرف معامله باید مبادرت به انجام فعلی در برابر مشروط له نماید و سپس صراحتاً تأکید شده که اگر طرفین قصد کنند که شرط فعل تنها موجب مقیدشدن عقد شود شرط به استناد نامشروع بودن و مغایرت با حدیث «المؤمنون عند شروطهم» باطل است. در توضیح بیشتر این مطلب می‌توان گفت مطابق با تحلیل ابتدایی سید این روایت بر التزام مشروط علیه به انجام شرط در موارد امکان الزام وی به مفاد شرط دلالت می‌کند و تنها اگر به سبب ماهیت شرط، الزام مشروط علیه به انجام شرط ممکن نباشد، آن را باید خارج از قلمرو این روایت تحلیل کرد و صحت آن را با استناد به ادله دیگر اثبات نمود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۹). بنابراین شرط فعل اگر به نحو تقییدی

قصد شود با مفاد روایت مزبور در تعارض است و باید آن را به سبب مخالفت با کتاب و سنت بی‌اثر دانست. از آنچه گفته شد معلوم می‌گردد که مقصود از تقییدی واقع شدن شرط فعل آن است که عدم اجرای آن توسط مشروط علیه تنها موجب بطلان عقد (در صورت بازگشت قید به اصل معامله)، انفساخ آن (در صورت بازگشت قید به استمرار معامله) و یا پیدایش خیار (در صورت بازگشت قید به لزوم معامله) شود و مشروط علیه اصولاً مخیر در اجرا و عدم اجرای شرط باشد.

با این همه، سید در پاسخ به استفتائات و همچنین در بخش دیگر از حاشیه مکاسب که به احکام شروط صحیح می‌پردازد، در چندین موضع از این دیدگاه خود عدول کرده است و با پذیرش تفسیری از روایت که در آینده اشاره می‌کنیم تقییدی واقع ساختن شرط فعل را می‌پذیرد. لازمه این سخن آن است که اگر طرفین از جعل التزام را اراده کرده باشند، انجام فعل بر مشروط علیه واجب است، اما اگر تقیید را به صورت قید لزوم اراده کنند، تنها موجب ایجاد حق خیار برای مشروط له در صورت امتناع مشروط علیه خواهد بود. اما دو صورت دیگر تقیید، همچنان که در جعل تقییدی آمد، موجب بطلان عقد و شرط می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۱۴؛ ۱۳۹۰، ص. ۲۰۱).

وی در جای دیگر پا را فراتر نهاده است و هر شرط فعلی را عرفاً متضمن تقیید لزوم عقد مشروط به مفاد التزام (ملتزم به) و نه خود التزام می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۲۲). (به تفاوت میان این دو در بخش آثار تفصیلاً می‌پردازیم).

۲. مقایسه نظریه «جعل و تقریر» با دیدگاه مشهور

برای شناخت دقیق‌تر نظریه «جعل و تقریر» ضروری است آن را با نظریات مشهور در فقه و حقوق ایران مقایسه کنیم تا وجوه تمایز و افتراق و همچنین ابداعات آن مشخص شود. با تتبع در آرای فقیهان در مورد ماهیت شرط دو نظر را می‌توان دارای شهرت و اهمیت بیشتری دانست: شرط به مثابه التزام مندرج در ضمن عقد و شرط به مثابه مطلق الزام و التزام.

بر اساس نظر اول که شهرت آن به واسطه تبعیت فقها از قول اکثریت اهل لغت محرز است، شرط عبارت است از التزامی که در ضمن عقد بیع یا عقد دیگری غیر از آن درج شده باشد (جزایری مروج، ۱۴۳۵ق، ج ۱، ص. ۵۵۴). شیخ انصاری در

مکاسب نیز شهرت این نظر در فقه را پذیرفته است و شرط هشتم از شرایط صحت شرط را اندراج آن ضمن عقد معرفی می‌کند (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۲۱). این دیدگاه در نگارش قانون مدنی نیز مورد تبعیت نویسندگان این قانون قرار گرفته و در فصل چهارم از باب «عقود و تعهدات به طور کلی»، عنوان بحث، «در بیان شرایطی که در ضمن عقد می‌شود» انتخاب شده است. برخی از حقوق‌دانان ایرانی نیز شرط را به توافقی تعریف کرده‌اند که «... در شمار توابع عقد دیگری درآمده باشد» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۱۱۴). در ادامه از این نظریه به «التزام تبعی» تعبیر می‌کنیم.

رویکرد مشهور دیگر در فقه شرط را مطلق الزام و التزام می‌داند، اعم از آنکه مستقل یا ضمن عقد دیگری درج شده باشد (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۷۳). حقوق‌دانانی هم در حقوق ایران با ترجیح این دیدگاه آن را به عنوان قول صحیح در ماهیت شرط برگزیده‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۶۴).

به نظر می‌رسد نظریه جعل و تقریر دو تفاوت عمده با نظریات مشهور دارد: اول از حیث وسعت و گستره مفهومی آن و دوم از حیث تفکیک دقیق میان مصادیق شناخته شده شروط. در ادامه این دو تفاوت مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. سعه مفهومی

به نظر می‌رسد نسبت صدقی شرط طبق نظریه «جعل و تقریر» با شرط طبق دو نظریه مشهور عموم و خصوص مطلق است و شرط طبق این دیدگاه علاوه بر شمول نسبت به جمیع مصادیق شرط طبق دو نظریه دیگر، متضمن مصادیق دیگری نیز می‌باشد. علت عمومیت شرط طبق دیدگاه سید نسبت به نظریه التزام تبعی آن است که طبق نظریه اخیر التزامات ابتدایی از مصادیق شرط نمی‌باشند و شرط تنها به التزامی اطلاق می‌شود که در ضمن و متن معامله دیگر مورد تصریح و توافق طرفین قرار گرفته باشد. شیخ انصاری در تأیید این نظر، در ابتدای بحث خیارات و برخلاف آنچه در شروط بیان کرده است، تصریح می‌کند اطلاق شرط تنها بر التزامات تبعی حقیقی است و متبادر از لفظ شرط تنها این دسته از التزامات است (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۱۴). در مقابل سید با رد این عقیده، صدق شرط بر التزامات ابتدایی را پذیرفته است و آن را از مصادیق حقیقی شرط می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۳۷۷).

گرچه شرط طبق دیدگاه مشهور دوم (شرط به مثابه مطلق الزام و التزام) از حیث مصداقی نسبت به شرط از منظر نظریه التزام تبعی اعم و اوسع است، لکن نسبت به نظریه جعل محدودتر است. زیرا، مطابق این نظریه شرط تنها بر توافقاتی صدق می‌کند که موجب تعهد به معنی خاص (تعهد فعل یا ترک) برای یکی از طرفین یا هر دوی آنان باشد، در حالی که بسیاری از توافقات متعارف میان مردم تنها متضمن تملیک، اباحه یا سایر آثار حقوقی جز تعهد به معنی خاص است. از این رو یکی از محققان در حاشیه خود بر مکاسب اطلاق شرط به معنی مطلق التزام را بر بیع صحیح ندانسته است. چه، به عقیده وی بیع تملیک عین در برابر عوض است و شرط به معنی التزام بر تملیک قابل اطلاق نیست (آخوند خراسانی، ۱۳۹۴، ص. ۳۹۷).

به هر حال، سید با هیچ‌یک از این دو تفسیر از شرط موافق نیست و برای نشان دادن مفهوم وسیع آن از لفظ «جعل» و «تقریر» استفاده می‌کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۴). تعبیری که از عام‌ترین مفاهیم قانون مدنی در زمینه اعتبار اراده‌ی اشخاص، همانند قراردادهای خصوصی مندرج در ماده ۱۰ این قانون و عقد صلح نیز گسترده‌تر می‌باشد.

به نظر می‌رسد جعل و تقریر به معنی انشای یک ماهیت اعتباری مؤثر در حقوق و تکالیف انشاءکننده قابل استناد در برابر دیگران است و بر الزام و التزام مستقل و تبعی و حتی یک طرفه^۲ (ایقاعی) و طرفینی (عقدی)، اعم از آن که موجب تعهد و التزام به فعل یا ترک یا آثار حقوقی دیگر باشد، به یکسان صدق می‌کند.

۲-۲. تفکیک میان مصادیق

از مختصات نظریه «جعل و تقریر» آن است که میان مصادیق بارز شروط از حیث ماهیت تفکیک قائل شده است. این ویژگی مورد توجه برخی از نویسندگان قرار گرفته است تا جایی که این نظریه را نظریه «تفصیل میان شرط فعل و صفت» نامیده‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۷، ج ۲، ص. ۲۷). این در حالی است که دو نظریه مشهور همه اقسام شروط را به عنوان مصداقی از مطلق التزام یا التزام تبعی معرفی کرده و به تفاوت جوهری میان آنان قائل نشده‌اند. ناگفته پیداست که عدم تمایز ماهوی میان اقسام شرط اشکالات فراوانی ایجاد می‌کند تا حدی که تابعان دیدگاه مشهور برای حل آن نیازمند تسامحات

فراوان شده‌اند یا همانند مواد قانون مدنی و شارحان آن اساساً در جهت رفع این اشکال کوششی نکرده‌اند (امامی، ۱۳۹۱، ج ۱، ص. ۳۳۶). در صورتی که مطابق نظریه مورد بحث، اختلاف جوهری میان مصادیق شروط به خوبی منعکس می‌شود. در ادامه به برخی از این اشکالات اشاره می‌شود.

۲-۲-۱. رابطه میان التزام و شرط صفت

دیدگاه مشهور در توصیف ارتباط میان التزام و شرط صفت با مشکلاتی روبه‌رو شده است. چه، اگر در جوهره هر شرطی الزام و التزام وجود دارد، در شرط صفت که عبارت از شرط کیفیت و یا کمیت خاص در مورد معامله یا صفت خاص در شخص طرف معامله و ضمانت اجرای تخلف آن فقط پیدایش خیار برای مشروط له است و هیچ تعهدی به فعل یا ترک ایجاد نمی‌کند، این التزام چگونه قابل تصور است؟ این در حالی است که متبادر از ملتزم و متعهد بودن مشروط علیه آن است که فعل یا ترک فعلی به عهده او باشد و بتوان تحقق آن را از وی مطالبه کرد. ممکن است به ذهن این‌گونه خطور کند که اگر مورد معامله فاقد صفت مشروط بود، مشروط علیه می‌تواند در صورت امکان با ایجاد وصف مشروط مانع اعمال حق خیار شود و به این صورت بتوان بالتبع مشروط علیه را ملتزم به شرط صفت دانست. این دیدگاه را نمی‌توان پذیرفت. زیرا، همانطور که بسیاری از محققان به درستی اشاره کرده‌اند در صورت تحقق مبنای خیار، این حق برای دارنده آن ایجاد می‌شود و با از بین رفتن مبنای خیار از بین نمی‌رود (شهید ثانی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص. ۱۰۸ و برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۵، ص. ۱۲۳). بنابراین، اگر وصف مشروط موجود نباشد، خیار برای مشروط له ایجاد می‌شود و با ایجاد آن وصف خیار ساقط نمی‌گردد و لذا نمی‌توان مشروط علیه را ملتزم پنداشت.

برخی از فقها با قبول این اشکال در صدد توجیه آن برآمده و گفته‌اند التزام تنها بر شرط صفتی قابل صدق است که مبیع متصف به وصف مشروط باشد. چه، در این صورت بایع موظف است مبیع متصف به وصف را به مشتری تسلیم کند و بدین‌سان محملی برای توجیه التزامیت شرط صفت پیدا می‌شود (عراقی، ۱۴۲۱ق، ص. ۵۹۸). این توجیه توسط محقق بجنوردی به این نحو کامل شده است که در فرض عدم تحقق

وصف در شرط صفت، هر چند معامله به نحو صحیح میان طرفین واقع شده است، در واقع اجرای التزام مشروط علیه به تسلیم مورد معامله در حال اتصاف به صفت مشروط ممتنع می‌گردد و به همین دلیل التزام مشروط له نیز به آن معامله از بین می‌رود و می‌تواند معامله را فسخ نماید (بجنوردی، ۱۴۳۰ق، ج ۳، ص. ۲۹۵). رکن اصلی این توجیه را می‌توان درهم‌آمیختن شرط وصف با تعهد به تسلیم مورد معامله و سرایت التزام از دومی به اولی دانست.

از مطالبی که گذشت مسامحات فراوان این دو نویسنده که از قائلان به رأی مشهور هستند روشن می‌شود:

اولاً. صفت فارغ از وجود یا عدم آن در عقد درج می‌گردد و اگر ماهیت شرط التزام دانسته شود، اختصاص شرط صفت به حالت وجود وصف وجهی ندارد. ثانیاً. در این توجیه ظاهراً میان التزام به شرط و التزام به تسلیم مورد معامله خلط صورت گرفته است. زیرا التزام به شرط از نظر این نویسندگان التزام به تسلیم مورد معامله در حال اتصاف به صفت مشروط تعریف شده است، در حالی که این دو التزام ربطی به هم ندارند و به همین علت اگر مشروط علیه مورد معامله را بدون وصف مشروط به طرف دیگر تسلیم کند، تعهد به تسلیم موضوع بند ۳ و ۴ ماده ۳۶۲ قانون مدنی اجرا و ساقط شده است و آثار ناشی از عدم تسلیم از قبیل انفساخ معامله در صورت تلف مبیع قبل از قبض (مفاد قاعده تلف المبیع) و حق حبس مجرا نخواهد بود.

احتمالاً، همین ملاحظات سبب شده است که سید در حاشیه مکاسب التزام دانستن شرط صفت را تنها نوعی مجازگویی و همراه با مسامحه دانسته است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۹). این در حالی است که مطابق نظریه «جعل و تقریر»، همان‌گونه که گذشت، شرط صفت با اینکه همانند شرط فعل و نتیجه ماهیتی جعلی و اعتباری دارد، لکن برخلاف آن دو مشروط علیه را ملتزم به امری نمی‌کند و ماهیتی تقییدی دارد که لزوم عقد را به تحقق شرط در خارج مقید می‌سازد.

۲-۲-۲. رابطه میان التزام و شرط فعل

مطابق دیدگاه مشهور وضعیت رابطه عقد اصلی و شرط ضمن آن روشن نیست و این

نظریه روشن نمی‌کند که یک التزام در صورتی که ضمن یک عقد شرط شود با حالتی که به صورت ابتدایی مورد توافق قرار گیرد چه تفاوتی دارد؟ عبارات فقهی در این زمینه ابهام دارد. اما به دلایلی می‌توان عدم تقیید عقد اصلی به شرط ضمن آن را حداقل به برخی از صاحبان دیدگاه مشهور نسبت داد و مقصود ایشان از ضمنیت شرط نسبت به عقد اصلی را صرفاً همراهی شرط از حیث زمانی با عقد اصلی دانست.

اولاً. برخی از فقیهان در توضیح علت اندراج شرط در ضمن عقد بیان کرده‌اند که مقصود از این امر ضرورت اعلان شرط و توافق بر آن مابین ایجاب و قبول عقد اصلی است و سخنی از مقید ساختن عقد اصلی نمی‌کنند (قمی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۲۶۵). ثانیاً. آثار ناشی از شرط بودن در فتاوی این دسته از فقها به طور کامل پذیرفته نشده است. چه، مهمترین اثر قید بودن آن است که در صورت امتناع شرط، حق خیار مطابق قاعده برای مشروط له ایجاد شود؛ امری که توسط فقهای قائل به دیدگاه مشهور پذیرفته نشده است. صاحب جواهر صراحتاً بیان می‌کند شرط چیزی جز الزام و التزام نیست و به همین خاطر اگر اجماع و حدیث لاضرر دلالت بر وجود خیار برای مشروط له (در صورت مقذور نبودن اجبار مشروط علیه) نداشت، نمی‌توانستیم تزلزل عقد و وجود خیار برای مشروط له را بپذیریم (صاحب جواهر، ۱۴۳۲ق، ج ۲۳، ص. ۲۱۹).

این در حالی است که مطابق نظریه «جعل و تقریر»، همان‌گونه که سابقاً نیز به تفصیل پرداخته شد، هر شرط فعل علاوه بر این که مشروط علیه را به اجرای موضوع شرط ملتزم می‌کند، لزوم عقد را نیز مقید می‌سازد و از این‌رو، اگر شرط به هر دلیلی واقع نشود، مشروط له می‌تواند عقد اصلی را نیز فسخ کند. بنابراین، حکم مسلم فقهی مبنی بر وجود خیار برای مشروط له در صورت امتناع شرط موافق قاعده خواهد بود. با در نظر گرفتن مباحث فوق می‌توان نتیجه گرفت که جمع بین بعد التزامی و بعد تقییدی شرط فعل از مختصات نظریه «جعل و تقریر» است و در نظریه مشهور توجیه برخی از احکام و آثار مسلم شرط نیازمند پذیرش مسامحات فراوانی است.

۳. نقد نظریه «جعل و تقریر»

به نظر می‌رسد، علی‌رغم نوآوری‌های این نظریه در تبیین ماهیت شرط و اقسام آن و توانایی این نظریه در توجیه بسیاری از مسلمات فقهی که در گفتار پیشین به آن اشاره شد، اشکالاتی نیز می‌توان به این نظریه وارد کرد که در ادامه به این اشکالات و پاسخ آنها در مواقعی که به نظر وارد نباشد اشاره خواهد شد.

۳-۱. ناهمخوانی با نظرات عالمان لغت

اشکال عمده وارد بر نظریه سید آن است که با جستجو در کتب عالمان لغت شواهد اندکی دال بر وضع شرط در معنای جعل یا تقریر می‌توان یافت. چه، همچنان که در فصل گذشته اشاره شد، بسیاری از عالمان لغت شرط را به «الزام و التزام تبعی» تعریف کرده‌اند. از قائلان این دیدگاه می‌توان فیروزآبادی، ابن منظور و زبیدی را نام برد (خویی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۶). برخی هم همانند صاحب المنجد معنای شرط را مطلق التزام می‌داند (خویی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۷). بنابراین، قابل کتمان نیست که نظریه «جعل و تقریر» در میان لغویون طرفدار جدی ندارد و این امر نقطه ضعفی برای این نظریه در مقابل سایر نظریات است.

البته، از کلمات سید شاید بتوان دو پاسخ برای این اشکال یافت:

اولاً، ایشان از قول صاحب صحاح نقل می‌کند که شرط به معنای «عهد» است و «عهد» در معنای وسیع خود به معنی قرار و مرادف جعل و تقریر است. بنابراین، معنی کردن شرط به جعل و تقریر مخالف اجماع اهل لغت نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۴).

ثانیاً، بسیار از اهل لغت دیده شده است که مصادیق یک معنا را به جای مدلول لفظ عنوان می‌کنند. در این جا هم ذکر مطلق التزام یا التزام مندرج در ضمن بیع به عنوان معنی شرط می‌تواند از باب بیان مصادیق این مفهوم باشد. حال، بر فرض پذیرش این کبرا و صحرای آن با اندک تأملی می‌توان دریافت که مخرج مشترک معنی‌هایی که توسط لغت شناسان برای شرط ذکر شده است، همان «جعل و تقریر» است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴).

علاوه بر این دو استدلال در رد این ایراد به جهات دیگر نیز می‌توان تمسک کرد که

در ادامه می‌آید:

ثالثاً. می‌توان گفت عالمان لغت در پی گردآوری استعمالات الفاظند و نه تعیین موضوع له آن و به همین خاطر خبرویت آنان در تشخیص موضوع له الفاظ نیست، بلکه در تشخیص آن دسته از معانی است که لفظ در آن استعمال می‌شود و تبعاً به علت عدم خبرویت در تشخیص موضوع له قول لغویون حجت نیست (آخوند خراسانی، ۱۳۸۹، ص. ۲۸۷). این جواب گرچه می‌تواند حجیت قول لغوی را با چالش مواجه کند، لکن برای تفصی از این اشکال کافی به نظر نمی‌رسد. زیرا، حتی اگر اهل لغت را صرفاً گردآورنده معانی مستعمله بدانیم، مصداق بارز این معانی خود موضوع له است و لذا اگر استعمال یک لفظ در یک معنی منتفی باشد، به نحو آنی می‌توان دریافت که آن معنی موضوع له نیست.

رابعاً. می‌توان حجیت قول لغوی را بالمره انکار کرد. گرچه برخی چنین دیدگاهی دارند، لکن باید توجه داشت که مبنای دیگری نیز در اصول وجود دارد که بر حجیت قول لغوی تأکید می‌کند و لذا احتمال حجیت را نمی‌توان ندیده گرفت. بر اساس مبنای دوم، چون لغت‌شناسان در این موضوع از خبرویت برخوردارند و ضرورت رجوع جاهل به عالم از بنائات مسلم عقلایی است، باید حجیت قول لغوی را پذیرفت (مظفر، ۱۳۹۳، ص. ۴۹۲). با این همه، باید توجه کرد که قدر مسلم از سیره در باب رجوع عالم به جاهل موردی است که قول عالم جنبه اخباری و حسی دارد و شمول سیره نسبت به رجوع جاهل به عالم در جایی که علم عالم در حدس و اجتهاد ریشه دارد، محل تردید بل منع است. بنابراین، به دشواری بتوان حجیت مطلق قول لغوی را به سیره عقلاء مستند کرد.

در پایان این بند به نظر می‌رسد که می‌توان پاسخ ریشه‌ای‌تری به این مستشکلان داد. چه، سید در صدد تبیین ماهیت اعتباری شرط یا حقیقت آن است، نه بیان معنی شرط و شرح الاسم. ناگفته پیداست که شناخت معنی هر لفظ در حیطه معنی‌شناسی و شناخت حقیقت هر ماهیت، اعم از حقیقی و اعتباری، در حیطه هستی‌شناسی است. بنابراین، معنی لغت، هرچه باشد، الزاماً بیانگر حقیقت آن نیست. زیرا، گرچه واضع در وضع لغت برای موضوع له مسامحه نمی‌کند، لکن اهل لغت در تبیین موضوع له مسامحه می‌کنند و لذا محذوری در تفاوت تبیین هستی‌شناسانه با تبیین لغت‌شناسانه وجود ندارد.

۳-۲. صحت سلب و عدم تبادل

برخی از محققان برای رد این نظریه، به علامات حقیقت همانند تبادل و عدم صحت سلب استناد کرده‌اند و با نشان دادن شواهدی درصددند که عدم وضع شرط برای مطلق جعل و تقریر را اثبات کنند. نمونه بارز بر عدم تبادل و صحت سلب عبارت است از اینکه هیچ‌گاه به جعل نشانه‌هایی مانند علائم راهنمایی و رانندگی شرط گفته نمی‌شود. ممکن است در پاسخ گفته شود که این نظریه تنها مجعولاتی را شرط می‌داند که موجب ضیق و تنگنا برای مشروط علیه شود. برخی از محققان در رد این پاسخ به یک دلیل نقضی تمسک کرده و گفته‌اند اگرچه امارات شرعیه جعل شده‌اند و مفاد آن‌ها نیز برای مکلفان ضیق و تنگنا در پی دارد، لکن بدان شرط اطلاق نمی‌شود. بنابراین، عدم وضع شرط برای مطلق جعل اثبات می‌شود (خیمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۱۳۳). به نظر می‌رسد که اگر به اطلاق کلام سید استناد و از روح حاکم بر نظریه وی چشم‌پوشی شود، می‌توان این نقد را وارد دانست، اما اگر مقصود از جعل در نظریه وی انشای ماهیت اعتباری توسط اشخاص برای تحت تأثیر قرار دادن حقوق فیما بین دانسته شود، این ایراد وارد نیست. زیرا نشانه‌ها و امارات شرعی از شمول مجعولاتی که اشخاص برای متأثر ساختن حقوق خود ایجاد کرده‌اند، خارج است. البته، باید توجه داشت که این پاسخ در کتب صاحب نظریه مورد تصریح قرار نگرفته است.

۳-۳. تعارض نظریه مزبور با اصل اولی

از کلام برخی از فقیهان معاصر دلیل دیگری بر رد نظریه «جعل و تقریر» استنباط می‌شود. بر پایه این استدلال مجموع دلایلی که گذشت نشان می‌دهد که سعه مفهومی واژه شرط به طور قطعی قابل تضمین نیست و به طور یقینی نمی‌توان دریافت که موضوع له شرط معنای اعم است یا اخص؟^۳ بی‌گمان، در صورت تحقق چنین تردیدی باید به قدر متیقن اکتفاء و شرط را بر مفهوم مضیق حمل نمود. چه، در این صورت پذیرفتن معنای اعم مصداق تمسک به عام در شبهه مفهومیه خود عام است که بطلان آن بدیهی است. بنابراین، شمول شرط بر عام‌ترین معنی ادعاشده، یعنی جعل و تقریر، مشکوک است و با وجود چنین شکی حمل شرط بر این معنی امکان ندارد (وحید خراسانی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۱۳۱).

۳-۴. اشکالات وارد بر تبیین سید از نظریه

بر فرض پذیرش اصل نظریه می‌توان بر تبیینی که سید از آن ارائه می‌دهد اشکالاتی را وارد دانست که با روح حاکم بر نظریه و حتی فتاوی سید در مباحث دیگر سازگار نیست که می‌توان در این زمینه به دو مورد اشاره کرد.

۳-۴-۱. تقییدی نبودن شرط نتیجه

همان‌گونه که سابقاً اشاره شد سید معتقد است که شروط نتیجه عقد اصلی را مقید نمی‌سازد و صرفاً مفاد این دسته از شروط التزام مشروط علیه به شناسایی آثار حقوقی ناشی از شرط نتیجه است. دلیل او را این‌گونه می‌توان خلاصه کرد: ماهیت شرط نتیجه، برخلاف شرط فعل و صفت، انشایی است و انشاء ذاتاً با تعلیق و تقیید سازگار نیست و لذا انشایی که مقیدکننده عقد اصلی باشد، قابل تحقق نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۱۳).

این ادعا قابل پذیرش نیست. زیرا، گرچه شرط نتیجه ماهیتی انشایی دارد، اما نفس این انشاء منجز و غیرمقید است. بنابراین، این شرط نتیجه نیست که مقید است، بلکه این عقد مشروط است که به شرط نتیجه مقید می‌شود.

تقیید عقد اصلی نیز حداقل از منظر سید با مانعی روبه‌رو نیست. زیرا، او خود معتقد است که شرط صفت و فعل نیز همین رابطه را با عقد اصلی دارند و سبب مقید شدن آن می‌شوند. بنابراین، می‌توان ادعا کرد سخن سید در رابطه با عدم امکان تقییدی بودن شرط نتیجه دقیق نیست، بلکه این شرط نیز می‌تواند مانند شرط صفت و فعل عقد اصلی را مقید سازد. بنابراین، برخلاف آنچه سید بدان ملتزم شده است، قرار دادن شرط نتیجه در دسته مجعولات تقییدی با روح حاکم بر نظریه «جعل و تقریر» سازگارتر است.

در حقوق ایران نیز با اینکه نظریه «جعل و تقریر» در آن تبیین نشده و تقییدی بودن شرط نسبت به عقد به صورتی که در این نظریه برجسته شده، مطرح نگردیده است، لکن بسیاری از حقوق‌دانان نتیجه‌ای را که ناشی از تقییدی بودن این‌گونه شروط است پذیرفته‌اند و آن عبارت است از وجود حق خیار برای مشروط له در صورتی که به هر علتی شرط نتیجه محقق نشده باشد (شهیدی، ۱۳۹۴، ص. ۱۳۹).

۳-۴-۲. بطلان شرط مقیدکننده اصل معامله

قبلاً اشاره شد که سید شرط صفت و شرط فعل ثالث را قید لزوم عقد می‌داند و در استدلال بر این که این شرط نمی‌تواند اصل معامله را مقید کند، می‌گوید چنین تقيیدی به تعلیق منجر می‌شود که به اجماع فقیهان مبطل عقد است. همان‌گونه که سابقاً گفته شد ظاهراً شاید بتوان بطلان عقد را در صورتی نیز که شرط قید استمرار منشأ باشد، به او نسبت داد.

به نظر می‌رسد، همان‌گونه که سید معتقد است، با توجه به قصد مشترک طرفین شروط مذکور در فرض اطلاق عقد قید لزوم محسوب می‌شوند، اما هیچ مانعی ندارد که طرفین بتوانند با تراضی آن را قید اصل معامله یا استمرار آن قرار دهند. چه، سید در حواشی خود بر مکاسب اجماع ادعا شده بر مبطل بودن تعلیق را به علت شک در تحقق آن نمی‌پذیرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۴۴۱). با این همه، مشخص نیست که چرا او در بحث شروط از آن دیدگاه عدول و با استدلال به اجماع به بطلان این دسته از شروط گرایش پیدا کرده است.

در حقوق ایران نیز غالب حقوقدانان با استناد به قرائن متعدد قانونی صحت عقد معلق و عقد مشروط به شرط فاسخ را پذیرفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۵۶۰). بنابراین، می‌توان ادعا کرد که در صورت پذیرش اصل نظریه در حقوق ایران متعاقدين می‌توانند شرط صفت یا فعل ثالث را قید اصل عقد یا استمرار آن قرار دهند، هر چند لازم است به این موضوع تصریح کنند.

۴. آثار نظریه «جعل و تقریر»

شرط از الفاظی است که هم در روایات مرتبط با معاملات و هم در قوانین و مقررات موضوع حکم شرعی و قانونی واقع شده است و به همین علت تفاوت دیدگاه در این زمینه تأثیر مستقیمی بر آثار حقوقی ناشی از آن دارد به طوری که می‌توان ادعا کرد یکی از دلایل اختلاف آراء و انظار میان فقیهان در مبحث شروط به علت تفاوت نگرشی است که در شناخت ماهیت آن راه پیدا کرده است. از این‌رو ضروری است برای شناخت کامل و درک اهمیت نظریه مزبور، آثار و نتایج ناشی از پذیرش آن بر فتاوی فقیهان و احکام قانون مدنی مورد مذاقه قرار گیرد.

به طور کلی می‌توان اثر اصلی این نظریه را در دو نکته خلاصه کرد:
الف) جعل و قرار اشخاص به هر شکل معتبر و مفاد آن الزام آور است.
ب) اقسام مختلف شرط بر مبنای قصد مشترک طرفین قابل تفسیر است.
به نظر می‌رسد این دو اثر در حوزه حقوق قراردادها بر سه موضوع اثرگذار است که تحت عنوان دایره نفوذ شروط، ضمانت اجرای ناشی از تخلف و تأثیر شرط فاسد بر عقد اصلی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۴-۱. دایره نفوذ شروط

مفاد روایت «المومنون عند شروطهم» که از منابع مهم استنباط احکام معاملات در فقه اسلامی است بنا به نظر بسیاری از فقیهان دلالت بر حکم وضعی دارد. به این معنا که شرط (به هر معنایی که باشد) در حقوق و تکالیف اشخاصی که آن را محقق ساخته‌اند معتبر، نافذ و مؤثر است (محقق داماد، ۱۳۸۰، ج ۲، ص. ۴۰). مصداق قطعی و غیرقابل تردید و مورد اجماع شرط، همان‌گونه که سابقاً گذشت، التزامات تبعی (شروط ضمن عقد) است، اما شمول این لفظ نسبت به شروط ابتدایی محل اشکال و تردید است و لازم است رویکرد نظریه «جعل و تقریر» به این امر بررسی و با دیدگاه مشهور فقها مورد مقایسه قرار گیرد.

۴-۱-۱. شروط ابتدایی

شروط ابتدایی، در معنای اعم خود، هم شامل تعهدات یک‌جانبه است و هم شامل توافقاتی است که خارج از عقود با نام و معین شکل گرفته است.
در اعتبار عقود غیرمعینی که با توافق بین اشخاص شکل گرفته است، در فقه امامیه و حقوق ایران تردیدی نیست. زیرا، نصوص وارد شده در قرآن و سنت حکم به وفای جمیع عقود و قراردادها کرده است و ماده ۱۰ قانون مدنی نیز طبق نظر مشهور در حقوق ایران متضمن چنین حکمی است. ناگفته پیداست که این استنباط از ماده ۱۰ قانون مدنی بر این انگاره استوار است که قید «در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد» در آن ماده حکم باشد، نه موضوع. چه، اگر قید مورد اشاره قید موضوع باشد که از قضا با ظاهر ماده نیز سازگارتر است، در مقام شک در صحت معامله به

عموم آن نمی‌توان تمسک کرد و در چنین مواردی عدم مخالفت صریح قرارداد با قانون باید احراز گردد و الاً قرارداد محکوم به بطلان خواهد بود. به دیگر سخن، طبق دیدگاه مشهور مفاد ماده عبارت از صحت هر قرارداد خصوصی جز در صورت احراز مخالفت صریح آن با قانون و طبق ظاهر ماده مفاد آن عبارت از صحت هر قرارداد غیر مخالف صریح با قانون است. بنابراین، طبق خوانش نخست اصل بر صحت حکمی هر قرارداد و طبق خوانش دوم اصل بر فساد حکمی هر قرارداد است. به هر روی، جای این پرسش وجود دارد که چرا استنباط خلاف ظاهر از ماده ۱۰ قانون مدنی در حقوق ایران شهرت یافته باشد. دلیل این امر شاید ارتكازی بودن اصل صحت حکمی باشد.

بالعکس در مورد تعهد یک‌جانبه قول مشهور میان فقیهان عدم صحت و اعتبار است، جز در مواردی که شارع صراحتاً ایقاعی را پذیرفته باشد. مطابق این قول اشخاص نمی‌توانند صرفاً به اراده خود خویشتن را در برابر دیگری متعهد سازند و به طریق اولی باعث تعهد دیگری در برابر خود شوند (محقق داماد، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۱۶۹). همین دیدگاه در حقوق ایران نیز وارد شده است؛ خصوصاً که هیچ ماده‌ای در قانون مدنی نفوذ و اعتبار ایقاعات را به طور کلی و به عنوان قاعده نپذیرفته است و برخی از حقوقدانان ایرانی نیز بر اصل بطلان و عدم اعتبار آن جز در موارد مصرح قانونی تصریح کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص. ۲۱).

حسب تتبع نگارندگان، سید هر چند در مورد این مسئله در حواشی مکاسب و سایر تألیفات خود سخنی به میان نیاورده است، اما به نظر می‌رسد که مطابق نظریه او، به دلیل حمل شرط بر مطلق جعل و تقریر، عموم صحت ایقاعات به شرط عدم مخالفت با شرع قابل پذیرش است. قرائن دیگری نیز در این باره وجود دارد. چه، از منظر او لفظ «شرط» بر نذر و عهد شرعی نیز صدق می‌کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۵)، در حالی که در ایقاع بودن این دو تردید نیست.

بنا به مطالب پیش گفته، اگر دایره مفهوم شرط ایقاعات را نیز دربرگیرد، روایت «المؤمنون عند شروطهم» پایبندی به آن و نفوذ و صحت آن را به رسمیت می‌شناسد و می‌توان با استناد به آن به صحت این‌گونه تعهدات حکم کرد. برداشت برخی از نویسندگان نیز با تفسیر مذکور از کلام سید موافق است و قول به صحت مطلق

ایقاعات به عنوان یکی از اسباب تعهد را به او نسبت می‌دهند (عبدی‌پورفرد، ۱۳۹۲، ص. ۵۴).

۴-۱-۲. شروط بنایی

متداول‌ترین حالت توافق درباره شرط مرتبط با عقد دیگر، آن است که توافق نسبت به شرط هم‌زمان با توافق نسبت به عقد حاصل شود. با این همه، این امکان وجود دارد که متعاقبین قبل از انعقاد عقد یا پس از آن نسبت به تحقق شرط تراضی کنند. دسته اول تحت عنوان شروط بنایی و دسته دوم با نام شروط الحاقی شناخته می‌شوند. از این دو قسم، شروط بنایی متأثر از نظریه سید واقع شده است و در حاشیه مکاسب به آن پرداخته است.

در اعتبار این شرط میان محققان و نویسندگان بحث‌های فراوانی در گرفته است. نظر غالب در فقه عدم اعتبار است و این امر تا آن اندازه مورد تأکید بوده که برخی همانند شیخ انصاری یکی از شرایط صحت شرط را اندراج آن در متن عقد عنوان و نسبت به آن ادعای اجماع کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۲۱). در کتاب القواعد و الفوائد شهید اول نیز این مهم تحت عبارت «هر شرطی که مقدم یا موخر است اثری برای آن نیست»، به عنوان قاعده‌ای مستقل مطرح شده است (به نقل از: محقق داماد، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۲۹۸).^۴

در حقوق ایران، قانون مدنی به طور صریح صحت یک شرط بنایی خاص را در ماده ۱۱۲۸ پذیرفته است لکن استنباط اصل صحت شروط بنایی از ماده مورد اشاره منوط به لغو خصوصیت از موضوع آن است که با توجه به ذکر این ماده در باب نکاح و سوابق فقهی امر، ممکن است محل اشکال باشد. در مقابل این اشکال ممکن است برخی فحوای خطاب را پیش کشند و از حکم به صحت شرط بنایی در نکاح به قیاس اولویت صحت این شرط را در دیگر قراردادها نتیجه بگیرند. البته، غالب حقوق دانان بدون عنایت به نحوه استدلال و اشکال مذکور و بر عکس فقیهان شرط بنایی را صحیح دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص. ۲۸۶).

سید صریحاً شرط بنایی را به عنوان یک شرط، در صورتی که متضمن انشاء باشد صحیح شمرده است و دلیل این فتوا را صدق شرط بر این مقدار از توافق می‌داند و با

تمسک به عموم «المؤمنون» صحت شرط بنایی را نتیجه می‌گیرد. اما در اینکه این توافق بنایی می‌تواند عقد اصلی را مقید نماید یا خیر، وی عقیده دارد عقد در صورتی با شرط بنایی مقید می‌شود که طرفین حین انعقاد عقد ملتفت به توافق پیشین خود باشند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۹۴).

بنابراین اگر شرط بنایی را عبارت از توافقات پیش از عقد بدانیم که در تحقق رضایت طرفین موثر است و حتی بدون التفات حین العقد موجب تقیید آن می‌شود باید گفت که سید به این صورت از شرط بنایی معتقد نیست.

ممکن است سوال شود که چرا در شرط بنایی سید التفات طرفین را به شرط حین انعقاد عقد علاوه بر تحقق شرط بنایی برای مقید ساختن عقد اصلی لازم می‌پندارد؟ پاسخ آن است که از نگاه سید، در آن شرط بنایی که طرفین حین عقد اصلی به آن ملتفت نبوده‌اند، صرف آن شرط عقلاً نمی‌تواند عقد را مقید سازد زیرا تقیید امر معدوم محال است و نقش التفات حین العقد هم آن است که به عنوان قید معنوی انشاء را مقید واقع می‌سازد نه آنکه به شرط بنایی اعتباری بیشتر دهد بلکه این اثر مستقیم التفات است و بلکه حتی اگر ذهن متعاقدین منصرف به معنایی بود که بر آن تبنایی قبل از عقد هم نداشته بودند عقد به صورت مقید واقع می‌شد.

از ملاحظه مطالب فوق معلوم می‌شود اگر ماهیت عقد هنوز به وجود نیامده باشد جعل نمی‌تواند آن معدوم را مقید سازد مگر به التفات حین تحقق عقد (التفات ماهیت انشایی ندارد) یا به جعل تقییدی حین العقد.

۴-۲. ضمانت اجرای تخلف از شرط

در تبیین ضمانت اجرای تخلف شرط فقیهان بین شرط صفت و نتیجه از یک‌سو و شرط فعل از دیگر سو تفصیل قائل شده و در شق اول به ثبوت خیار فتوا داده و در شق دوم دچار اختلاف عقیده شده‌اند. در خصوص ضمانت اجرای تخلف شرط فعل مثبت سه دیدگاه در فقه امامیه قابل شناسایی است:

الف) حق فسخ در طول حق الزام مشروط علیه

ب) حق فسخ در عرض حق الزام مشروط علیه

ج) حق فسخ بدون حق الزام مشروط علیه

قول مشهورتر آن است که مشروط له می‌تواند اجبار مشروط علیه را از حاکم درخواست نماید و اگر اجبار او ممکن نباشد، می‌تواند عقد اصلی را فسخ کند (خویی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۴۷). مطابق این رأی حق فسخ در طول حق الزام قرار دارد و تا الزام مشروط علیه به انجام فعل ممکن باشد، نوبت به فسخ نمی‌رسد و تنها اگر الزام ممتنع شود، حق فسخ برای مشروط له پدید می‌آید. البته، در شرط صفت و نتیجه که از همان ابتدا امکان الزام مشروط علیه وجود ندارد، مشروط له می‌تواند معامله اصلی را فسخ کند. همین دیدگاه در مواد ۲۳۵، ۲۳۷ و ۲۳۹ قانون مدنی نیز منعکس شده است.

این دیدگاه را به دو صورت می‌توان توجیه کرد:

توجیه اول این است که مجموع عقد و شرط، خواه به نحو وحدت مطلوب یا تعدد مطلوب، موضوع وجوب وفاء است و چون وجوب وفاء ریشه در حق طرفین عقد دارد، ذی حق می‌تواند الزام متخلف از وفا را از حاکم تقاضا نماید. بر این اساس، مقتضای ادله وجوب وفاء به عقد و ایجاب به وفاء آن است. حال، اگر، به هر علت، به عقد وفاء نشود و الزام هم، به هر علت، ممکن نگردد، خیار ثابت می‌شود. ثبوت این خیار قطعاً به تعبد محض مستند نیست و ریشه در ارتکاز عقلایی دارد و می‌تواند قسمی از اقسام خیار تعذر تسلیم تلقی گردد. بگذریم از اینکه حسب برخی از مبانی عموم نفی ضرر نیز می‌تواند مثبت خیار باشد.

توجیه دوم این است که ثبوت حق خیار در طول حق الزام به قصد مشترک طرفین مستند است. بر این اساس، شرط فعل موجب تقييد عقد در قصد مشترک طرفین است، اما این تقييد نه یک تقييد مطلق که یک تقييد مقيد به عدم امکان الزام است و لذا بر مبنای قصد مشترک طرفین ثبوت خیار تخلف شرط یا اشتراط منوط به عدم امکان الزام است.

در مقابل این دیدگاه، قول دیگری در میان فقیهان وجود دارد که قائل شاخص آن شهید اول است. بر اساس این نظریه اثر شرط مطلقاً تبدیل عقد مشروط به عقد خیاری در صورت تخلف شرط و تحقق حق فسخ برای مشروط له نسبت به معامله اصلی در فرض تخلف است. مطابق این نظر مشروط له حق الزام مشروط علیه را، حتی در صورتی که این امکان برای او وجود داشته باشد، ندارد و تنها راه ممکن برای او در فرض تخلف شرط فسخ عقد اصلی است (شهید اول، ۱۳۸۹، ص. ۱۱۰). این دیدگاه

جز بر مبنای استناد به قصد مشترک ممکن نیست. چه، اگر شرط فعل جزء مفاد عقد تلقی شود، در امکان الزام بدان نباید تردیدی روا داشت و این امر بدیهی چیزی نیست که بر مثل شهید اول پوشیده مانده باشد. بنابراین، به نظر می‌رسد که از نظر شهید اول شرط فعل در قصد مشترک طرفین جزء مفاد الزام‌آور عقد نیست و هدف از این شرط فقط تقیید لزوم عقد یا جعل خیار معلق بر تخلف شرط است. پس، می‌توان دریافت نظر شهید اول فقط بر تحلیل قصد مشترک استوار است.

برخلاف دو دیدگاه مذکور دیدگاه دیگر بر ثبوت حق فسخ در عرض حق الزام تأکید دارد.

این دیدگاه را نیز به دو صورت می‌توان توجیه کرد:

توجیه اول این است که حق الزام ریشه در عمومات و جوب وفاء به مثابه یک حکم دارد و حق فسخ بدون اناطه به عدم امکان الزام ریشه در قصد مشترک طرفین و این دو در عرض هم قرار دارند.

توجیه دوم این است که هم حق مطالبه و هم حق فسخ مدلول قصد مشترک طرفین است و وجود دو لحاظ برای یک امر در قصد مشترک با مانعی مواجه نیست. زیرا، این مفاد شرط فعل است که در قصد مشترک طرفین عقد را مقید می‌کند، نه التزام بدان. به نظر می‌رسد نظریه جعل و تقریر بر این توجیه مبتنی است.

از منظر نظریه «جعل و تقریر» نه می‌توان به طور مطلق حق الزام مشروط علیه را برای مشروط له شناسایی کرد و نه مطلقاً برای او اختیار فسخ معامله قائل شد، بلکه روایت «المؤمنون عند شروطهم» که منبع اصلی استنباط حکم در این موضوع است، تنها بر این دلالت دارد که اشخاص موظفند مجعولات خود را معتبر بشناسند و به آن ترتیب اثر دهند. بنابراین، برای آنکه حدود حق مشروط له روشن گردد لازم است به مفاد شرطی که از آن تخلف شده بازگشت (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۳۲). با این مقدمه می‌توان دریافت که مقتضای استظهار عرفی از شرط فعل آن است که مشروط له می‌تواند مشروط علیه را مجبور به انجام فعل کند. بنابراین، حق الزام برای او در این شروط وجود دارد. اما ظاهر از ضمنیت شرط برای عقد دیگر آن است که طرفین با جعل خود خواسته‌اند التزام خود به عقد را نیز منوط به تحقق شرط کنند و آن

را قید لزوم قرار دهند و لذا در صورتی که شرط محقق نشود، ذی نفع التزامی به عقد ندارد و می‌تواند آن را فسخ کند. توجه بدین نکته ضروری است که لزوم عقد، عرفاً، مقید به اصل شرط نیست بلکه مقید به مفاد شرط است. با این توضیح که آنچه مشروط له می‌خواهد تحقق مفاد شرط با تمام جزئیات آن است و نه صرفاً التزام به اصل شرط بدون لحاظ زمان تحقق آن. نتیجه این تحلیل آن است که اگر مفاد شرط با تمام جزئیات آن از جمله زمان مدنظر طرفین محقق نشود، حتی اگر بتوان مشروط علیه را مجبور به اجرای شرط کرد، قید منتفی است و در نتیجه مقید یا لزوم عقد نیز منتفی می‌شود و به محض تحقق کوچک‌ترین تخلف از مفاد شرط حق فسخ برای مشروط له ایجاد می‌شود. اما اگر لزوم عقد مقید به التزام ناشی از شرط بود و نه موضوع التزام یا ملتزم به، تا زمانی که امکان الزام مشروط علیه وجود داشت، حق فسخ برای مشروط له پدید نمی‌آمد. بنابراین، طبق این نظریه شرط فعل عرفاً به نحوی جعل می‌شود که در صورت تخلف برای مشروط له حق اجبار و حق فسخ در عرض هم و به صورت توأمان ایجاد می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۳۲). حاصل آنکه گرچه نظریه ثبوت حق فسخ در عرض حق الزام در تخلف شرط فعل مثبت را نمی‌توان از اختصاصات نظریه جعل و تقریر دانست، لکن باید پذیرفت که این نظریه مسیر هموارتری را برای اثبات آن پیش پای می‌نهد.

به نظر می‌رسد ماده ۴۹۶ قانون مدنی نیز که بیان می‌دارد: «...نسبت به تخلف از شرایطی که بین مؤجر و مستأجر مقرر است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد» با نتیجه حاصل از این نظریه هماهنگ است.

در شرط صفت و شرط فعل ثالث استظهار عرفی آن است که مشروط له عرفاً التزام مشروط علیه به اجرا را نمی‌خواهد. زیرا، تحقق آن از اختیار مشروط علیه خارج است. بنابراین، مفاد جعل این شروط تنها مقید ساختن التزام مشروط له به اجرای عقد اصلی است و در صورتی که مفاد شرط محقق نشود، قید منتفی است و در نتیجه مقید نیز منتفی و برای مشروط له اختیار فسخ نسبت به عقد اصلی ایجاد می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۰۳).

در شرط نتیجه سید مفاد شرط را تنها التزام مشروط علیه به ترتیب اثر می‌داند که به نظر قابل نقد می‌رسد. اما به نظر می‌رسد که شرط نتیجه تنها متضمن تقید لزوم عقد به

تحقق شرط بوده و التزام به آثار ایجاد شده نه ناشی از شرطیت بلکه ناشی از اعتبار ماهیت حقوقی است که ایجاد آن توسط متعاقدین اراده شده است و از همین رو در صورتی که شرط نتیجه، به هر علت، محقق نشود، تنها حقی که برای مشروط له ایجاد می‌گردد، حق فسخ خواهد بود (شهیدی، ۱۳۹۴، ص. ۱۳۹).

۴-۳. اثر شرط فاسد

قانون مدنی در تبعیت از دیدگاه برخی از فقها صرف فساد شرط را موجب بطلان عقد ندانسته است. در این زمینه ماده ۲۳۲ مقرر می‌دارد: «شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست...».

از جمله کسانی که بر عدم مفسدیت شرط فاسد استدلال کرده‌اند، شیخ انصاری است. او در تبیین این اندیشه بیان می‌دارد که قیود مؤثر در صحت عقد به دو گونه است: دسته اول قیودی که رکن عقد هستند و نبود آنان تراضی را منتفی می‌کند. به عنوان مثال، اگر توافق طرفین بر خرید یک خودروی متحرک باشد، تحرک رکن توافق است. دسته دوم قیودی که رکن توافق نیستند و تنها موجب مطلوب‌تر شدن موضوع می‌شوند، همانند سلامت و معیوب نبودن مورد معامله.

از منظر شیخ اعظم فقدان قیود نوع اول موجب بطلان معامله می‌شود، اما فقدان قیود نوع دوم خللی به صحت عقد وارد و آن را باطل نمی‌کند. وی نهایتاً ادعا می‌کند که شروط ضمن عقد همگی از نوع دوم هستند و لذا فساد آنان اصولاً خللی به صحت عقد نمی‌زند (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۳۷).

اما در نظریه «جعل و تقریر» این حکم به صورت کلی پذیرفته نشده است و از آن رو که ماهیت شرط جعل است، رکن بودن و نبودن آن نسبت به مورد معامله بسته به کیفیت جعلی است که واقع شده است. بنابراین، اگر شرط در نظر جاعل رکنیت داشت، فقدانش موجب بطلان عقد و الا معامله صحیح است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۷۲).

اما می‌توان ادعا نمود که شروط از منظر اثبات، غالباً در نظر مردم جنبه فرعی دارند و مطلوبیت عقد منوط به آن نیست. نتیجتاً در صورتی که طرفین به رکن بودن شرط تصریح کنند، آن شرط قید اصل معامله خواهد بود و نبودش موجب بطلان، اما در

صورت عدم تصریح، حسب متعارف، مقصود طرفین فرعی بودن شرط و همانند آنچه در گذشته آمد قید لزوم معامله است و لذا در صورتی که این قید به واسطه فساد منتفی شود، مقید نیز که لزوم عقد است در صورتی که مشروط له جاهل به فساد شرط باشد منتفی می‌شود (در صورت علم به فساد تقيیدی اراده نشده است) و مشروط له می‌تواند معامله را فسخ نماید. بنابراین، طبق نظریه سید وجود خیار برای مشروط له برابر این نظریه امری موافق قاعده است، در حالی که مطابق نظریه مشهور که شرط را صرفاً التزام می‌داند، دلیلی بر وجود حق خیار در فرض فساد شرط نیست.^۵ قانون مدنی نیز به تبعیت از مشهور حکمی مبنی بر ثبوت خیار برای مشروط له در فرض فساد شرط ندارد، ولی در صورت پذیرش این نظریه ثبوت خیار در این فرض موافق قاعده است و نیازمند تصریح قانون نیست.

نتیجه‌گیری

از دقت در مطالبی که در این نوشتار مطرح شد می‌توان نتیجه گرفت:

- ۱- طبق نظریه «جعل و تقریر» شرط را باید به معنای مطلق جعل و به تعبیر بهتر انشای هر ماهیت اعتباری تعبیر نمود که حقوق انشاکننده خود را متأثر می‌سازد.
- ۲- این جعل به اعتبار متعلق خود دارای اقسامی است که هر کدام نشان دهنده ی نوع خاصی از شروط متعارف میان مردم است. بر این اساس، جعل یا مستقل است یا تبعی و تقيیدکننده یک جعل دیگر. شق اول همان جعل الزام و التزام است که بر ماهیت شروط ابتدایی منطبق است. شق دوم یا جعل تقيیدی خود بر دو قسم است. چه، جعل تقيیدی یا مانند شرط صفت و شرط فعل غیر مطلق از التزام مشروط علیه به مفاد شرط است یا توام با التزام بدان که ماهیت شرط فعل مثبت بر خود مشروط علیه بر آن منطبق است.
- ۳- عمده تفاوت نظریه «جعل و تقریر» با دو دیدگاه مشهور، اعم از التزام تبعی یا مطلق التزام، تفاوت در سعه مفهومی شرط است و نظریه نخست مصادیق بیشتری را در خود جای می‌دهد. اما بر خلاف نظریه های مشهور که ماهیت تمام اقسام شرط را به الزام و التزام باز می‌گردانند، این نظریه، علی‌رغم پذیرش جنس مشترک میان اقسام شناخته شده شرط، تمایزاتی در بین این اقسام قائل است که باعث

تفاوت جوهری میان آنها می‌شود.

۴- مخالفت نظریه جعل و تقریر با قول مشهور لغویان و ادعای عدم تبادل جعل از شرط و صحت سلب آن از شرط از مهم‌ترین اشکالات وارد بر این نظریه می‌باشد. بر فرض اگر عدم تبادل و صحت سلب بطلان این نظریه را قطعی نسازد، لااقل موجب تردید در صحت آن می‌شود و از آن رو که این تعبیر از شرط عام‌ترین تعبیر از آن و مشتمل بر مصادیق مورد اختلاف است، نمی‌توان شمول عمومات نسبت به مصادیق مذکور را پذیرفت. با این همه به نظر نمی‌رسد که این اشکالات برای بطلان این نظریه کافی باشد.

۵- برخی از فروع مطابق با تبیین سید از این نظریه قابل اشکال است و با کلیت این نظریه و منطبق آن سازگار نیست. تقییدی نبودن شرط نتیجه و همچنین باطل و مبطل بودن شرط فعلی که تنها اثر آن مطابق خواست متعاقدين مقید ساختن اصل معامله یا دوام آن است، از مصادیق این فروع است.

۶- آثار نظریه مذکور عبارت است از شمول روایت «المؤمنون عند شروطهم» بر شروط ابتدایی و شروط ضمن عقد، تبعیت ضمانت اجرای تخلف شرط از نحوه جعل آن و علی‌القاعده بودن ثبوت خیار در صورت فساد شرط، مگر در صورت لحاظ آن به نحو رکنیت برای عقد.

۷- با این همه، به نظر می‌رسد که مهم‌ترین یافته سید، توضیح این مطلب است که حکم شرط از خارج از موضوع خود شرط نشئت نمی‌گیرد و این قصد مشترک طرفین است که محتوای شرط و حکم مترتب بر آن را رقم می‌زند.

یادداشت‌ها

۱. الظاهر أن قوله: «إن نکحت ... الخ، انما هو ابتداءً لا فی ضمن العقد».
۲. سید در حاشیه مکاسب و عد، نذر و عهد شرعی را که جملگی از ایقاعات هستند از مصادیق شرط برمی‌شمارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۵).
۳. گرچه این استدلال در تردید میان مطلق التزام و التزام تبعی طرح شده است، ولی مناط آن در مطلق جعل نیز که نسبت به آن دو معنا اعم است، قابل طرح است.
۴. کل شرط تقدم أو تأخر فلا اثر له.
۵. فالاقوی فی المقام عدم الخيار و إن کان یسبق خلافه (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۴۰).

کتابنامه

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۳۸۹). کفایه الاصول. تهران: خرسندی.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۳۹۴). حاشیه الاخوند علی المکاسب. قم: سماء قلم.
۳. امامی، میرسیدحسن (۱۳۹۱). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
۴. انصاری، مرتضی (۱۴۱۰ق). المکاسب. بیروت: مؤسسه نعمان.
۵. بجنوردی، محمدحسن (۱۴۳۰ق). القواعد الفقهیه. قم: دلیل ما.
۶. جزایری مروج، سیدمحمدجعفر (۱۴۳۵ق). هدی الطالب الی شرح المکاسب. قم: طلیعه نور.
۷. خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام خمینی.
۸. خویی، سیدمحمدتقی (۱۴۱۵ق). الشروط و الالتزامات التبعية فی العقود. قم: المنار.
۹. خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۸ق). منهاج الصالحین. قم: مدرسه الامام باقرالعلوم (علیه السلام).
۱۰. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۳۴ق). الروضه البهیة فی شرح المععه الدمشقیة. قم: نگین.
۱۱. شهیدی، مهدی (۱۳۹۰). سقوط تعهدات. تهران: مجد.
۱۲. شهیدی، مهدی (۱۳۹۴). شروط ضمن عقد. تهران: مجد.
۱۳. صاحب جواهر، محمدحسن (۱۳۸۵). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام. تهران: دارالکتاب الاسلامیه.
۱۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۹۰). سؤال و جواب. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۹ق). حاشیه المکاسب. قم: طلیعه نور.
۱۶. عبدی‌پور فرد، ابراهیم (۱۳۹۲). مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۷. عراقی، آغاضیاءالدین (۱۴۲۱ق). حاشیه المکاسب. قم: الغفور.

۱۸. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۵). فقه و حقوق قراردادها، ادله عام روایی. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۹. قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۹). جامع الشتات. تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۲۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). اعمال حقوقی. تهران: شرک سهامی انتشار.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). نظریه عمومی تعهدات. تهران: میزان.
۲۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرک سهامی انتشار.
۲۳. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۰). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۴. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۵. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۷). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۶. مظفر، محمدرضا (۱۳۹۳). اصول الفقه. قم: بوستان کتاب.
۲۷. وحید خراسانی، حسین (۱۳۹۱). بغیه الراغب فی میانی المکاسب. قم: مدرسه الامام باقرالعلوم (علیه السلام).

تأملی بر مفهوم برابری در نظام حقوقی ایران با رویکردی به اسناد فراملی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۳۱

معین صباحی گراغانی*

ابوالفضل رنجبری**

غلامحسین مسعود***

چکیده

شهروندان فارغ از ویژگی‌های فردی خویش (نظیر نژاد، جنسیت، مذهب، طبقه اجتماعی و...) باید تحت سیطره نظام حقوقی واحدی قرار گیرند. حکومت مدرن، جامعه‌ای برابر را رهبری می‌کند و اعضای این جامعه باید به گونه‌ای یکسان، مطیع قدرت عمومی باشند. بدیهی است که واسطه این روابط، قانون است که به مثابه خواست عمومی در جامعه حکم فرماست. نمود واقعی برابری در عرصه قراردادی، جایی است که شرایط برابر برای همه شهروندان برای دستیابی به قراردادهای اداری فراهم گردد. بنابراین تفاوت‌های ذاتی و اکتسابی شهروندان نمی‌تواند مانعی در دستیابی به قراردادهای دولت تلقی شود. در ایران نیز قانون اساسی در اصول اولیه خود، برابری شهروندان را از جهات خاصی پذیرفته است. بنابراین فرض تبعیض بین شهروندان از حیث نژاد، مذهب، عقیده سیاسی، موقعیت و... پذیرفته شده نیست. از آنجا که این امور نه حصری، بلکه تمثیلی است، می‌توان عنوان کرد که در دسترسی به خدمات عمومی که یکی از مهم‌ترین آنها حق انعقاد و استفاده از قراردادهای استخدامی است، این برابری باید حفظ گردد.

مفهوم برابری یکی از چالش‌برانگیزترین مفاهیمی است که در خصوص آن، تعاریف گوناگونی ارائه شده است. این دوگانگی و ابهام در مفهوم برابری، ارائه یک دسته‌بندی دقیق و متوازن از آن را نیز، با مشکل روبه‌رو می‌سازد. با این حال در یک تقسیم‌بندی کلی، برابری را به برابری حقوقی، برابری فرصت و برابری نتیجه، تقسیم کرده‌اند. در این مقاله نگارنده به روش توصیفی تحلیلی به بررسی مفهوم برابری در حقوق ایران و اسناد فراملی اشاره خواهد داشت.

واژگان کلیدی: برابری، عدم تبعیض، نظام استخدام، قرارداد دولت.

* دانشجوی دکتری گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد، واحد نجف‌آباد، ایران.

Moiensabahi@yahoo.com

** استادیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد، واحد نجف‌آباد، ایران (نویسنده مسئول).

a.ranjbari-1348@yahoo.com

*** استادیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد، واحد نجف‌آباد، ایران.

gh.masoud@iaun.ac.ir

مقدمه

امروزه در حقوق عمومی نوین، قوانین موضوعه باید به گونه‌ای عینی تدوین شوند تا زمینه برابری و عدم تبعیض افراد در قراردادهای استخدام را فراهم آورند. اعمال تبعیض در اعمال قانون نسبت به مشمولان آن باید امری استثنایی تلقی شود و از دلایل حقوقی و اجتماعی قوی برخوردار باشد. در فرانسه شورای قانون اساسی در یکی از تصمیم‌های خود مقرر نموده است که قانونگذار می‌تواند برخی از تمایزات را در مورد شهروندانی که در مقابل قانون قرار دارند، قائل شود، اما این تمایزات نباید ناروا باشد و موجب اعمال تبعیض بین افراد دارای وضعیت مشابه شود (ویژه، ۱۳۸۳، ص. ۲۳۸ به بعد).

یکی از رایج‌ترین باورهای موجود در رابطه با برابری، برابری حقوقی است که مطابق با آن، همه انسان‌ها به سبب برخورداری از گوهر انسانی، با یکدیگر برابرند. آن‌چنان‌که از این تعریف پیداست، منشأ این نوع از برابری حیثیت و ذات انسانی در برابری حقوقی و برخورداری از حقوق همه انسان‌هاست؛ لذا در برابری حقوقی، همه انسان‌ها با یکدیگر برابر بوده و باید در این زمینه با آنها یکسان برخورد شود.

برابری در مقابل قانون، جلوه عمده برابری حقوقی می‌باشد که بر اساس آن، قانون باید بدون در نظر گرفتن زمینه اجتماعی، دین، مذهب، نژاد، رنگ، پوست، جنسیت افراد و مانند آنها با هر شخصی، به عنوان یک فرد رفتار کند و برخورداری از حقوق برابر در شرایط عادی و انجام تکالیف برابر در همان شرایط را مدنظر خود قرار دهد. با این حال، گرچه برابری حقوقی رعایت اصل برابری را برای تمام آحاد یک کشور به رسمیت می‌شناسد و آن را از حقوق بنیادین بشر به حساب می‌آورد، اما این امر در عمل و به طور عمده، به برابری همگانی و تحقق عدالت در ابعاد مختلف از جمله دسترسی به منابع و فرصت‌ها و توزیع آنها منجر نمی‌شود.

الف) برابری فرصت

برابری فرصت که به نظام‌های تحرک و قشربندی اجتماعی وابسته است: اولاً، به این معناست که همه افراد جامعه، امکان رو به بالا یا پایین در طبقه یا نظام منزلت را وابسته به میزان توانایی فردی و به‌کارگیری آنها در این جهت، خواهند داشت و ثانیاً، متضمن این معناست که ویژگی‌های فردی از جمله جنس، نژاد و مذهب و... که بر توانایی‌های

طبیعی تأثیری ندارند، مانع هیچ شخصی نمی‌شوند تا آنچه را که می‌تواند بر حسب توانایی خود و دارا بودن صفاتی چون علاقه، اشتیاق و لیاقت، به‌دست آورد (Lyman Tower, 1990, pp. 51-52).

بر این اساس، برای همه افراد در جامعه، ورای ویژگی‌های انتسابی و وابستگی‌های صفاتی، فرصت برابر برای دسترسی به موقعیت‌های موجود در جامعه، وجود خواهد داشت. همان‌گونه که اعمال اصل برابری حقوقی، به تنهایی منجر به تحقق عدالت در ابعاد مختلف آن نمی‌شد، برابری فرصت نیز، گرچه مرهمی است در جهت جبران بی‌عدالتی‌ها و تبعیض‌های موجود در جوامع و رسیدن به برابری بیشتر اقتصادی و اجتماعی، اما به تنهایی قادر نیست که به این اهداف مترقی، جامعه عمل پوشاند.

ب) برابری نتیجه

برابری نتیجه، مغایر اصل شایسته‌سالاری و اصل استفاده از نخبگان و شایستگان است که فقط از راه نادیده گرفتن اصول عادلانه می‌توان به آن دست یافت (محمدی، ۱۳۹۲، ص. ۴۶).

در برابری نتیجه، که از آن به برابری عملی نیز می‌توان یاد کرد، به توانایی افراد در برخورداری از فرصت‌ها و امکانات که لازمه بهره‌مندی از برابری فرصت‌هاست، تکیه می‌شود. به بیانی دیگر، ممکن است در یک جامعه توزیع فرصت و امکان دسترسی به آنها به صورت برابر تقسیم شده باشد، اما عده‌ای از افراد به سبب وضعیتی که در آن قرار دارند، قادر به استفاده از آن نباشد؛ لذا این نابرابری‌ها که افراد مسئول آنها نیستند، غیرمنصفانه بوده و اقتضای جبران دارند.

در برابری نتیجه صحبت از لیاقت و شایستگی، در برخورداری عادلانه از فرصت‌ها بسیار دشوار است، چه آنکه همه افراد در وضعیتی مشابه با یکدیگر، قرار ندارند. و این در حالی است که از طریق دخالت و نادیده گرفتن اصول عادلانه می‌توان به آن دست یافت؛ اصولی که مغایر با اصل شایسته‌سالاری و استفاده از نخبگان است. به این ترتیب برابری نتیجه به آن معناست که همه دوندگان گذشته از خط شروع و سرعتی که می‌دوند، مسیر مسابقه را با هم به پایان برسانند. در چنین حالتی برابری نتیجه می‌تواند در تناقض با برابری حقوقی و برابری فرصت‌ها قرار گیرد.

در تعریفی ساده و روان از برابری نتیجه می‌توان گفت: برابری نتیجه یکی از انواع برابری است که با تکیه بر تفاوت‌ها و توانایی افراد در دسترسی و بهره‌مندی از فرصت‌های موجود در جامعه که به شکل برابر توزیع شده، سهمی در رفع نابرابری‌ها و تبعیض‌های موجود در آن، ایفا می‌کند، هر چند در این راه به ابزارهای ظاهراً ناعادلانه متوسل شود.

ج) برابری و تبعیض روا

در حالی که برابری از جمله ارزش‌ها و مطلوب‌های انسانی است که در تحقق آن تلاش‌های بسیاری، چه در زمینه نظری و چه در زمینه عملی به عمل آمده است اما نابرابری از جمله واقعیت‌های تلخ زندگی انسان‌ها در طی قرون متمادی بوده است. به دیگر سخن، برابری طبیعی همه انسان‌ها، امری غیرممکن است؛ چرا که انسان‌ها، بر اساس خلقت خویش، دارای استعداد‌های گوناگون و نا برابر هستند و بالتبع فرض برابری در این مورد، عین نابرابری بین انسان‌هاست. لذا می‌توان گفت برابری مربوط به طبیعت انسان نیست.

رونالد دورکین، حقوق انسانی را به دو دسته تقسیم می‌کند. دسته اول حقوقی هستند که همه شهروندان باید به صورت برابر از آن، بهره‌مند شوند. در این‌گونه از حقوق، رفتار برابر باید سرلوحه نظام حقوقی باشد و هر گونه نابرابری، غیرموجه خواهد بود. حق رأی نمونه‌ای از این حقوق است. دسته دوم حقوقی هستند که بر اساس آن باید، شهروندان برابر در نظر گرفته شوند. ماهیت این حقوق به گونه‌ای است که امکان توزیع آن به همه، وجود ندارد یا ضرورتی ندارد که آن را در اختیار همگان، قرار داد. لذا در این دسته به رغم شناسایی برابری افراد، ممکن است رفتار، نابرابر باشد. مطابق با این تحلیل از برابری، تبعیض مثبت در تعارض با اصل برابری قرار نمی‌گیرد.

۱. تبعیض جنسیتی

یکی از انواع تبعیض که مخصوصاً امروز در محافل بسیاری از آن گفتگو می‌شد تبعیض جنسیتی می‌باشد. جنسیت مجموعه‌ای از صفات و رفتارها است که به زن یا مرد نسبت داده می‌شود و ساخته و پرداخته جامعه است. تفاوت‌های جنسی ممکن است طبیعتاً

باشند، اما تفاوت‌های جنسیتی ریشه در فرهنگ دارند نه در طبیعت و از اینرو تغییرناپذیر باشند. تمایزها جنسیتی با تشکیل چهارچوبی بی‌چون و چرا که جامعه از دریچه آن به زن و مرد می‌نگرد به همه جوانب زندگی شکل می‌دهند و نظام سلطه مردان بر پایه همین تمایزها استوار شده است (آبوت و آلاس، ۱۳۹۱، ص. ۳۱۳).

بنابراین تبعیض جنسیتی به معنای نبود تساوی زنان و مردان در برخورداری از امکانات و فرصت‌ها است. عوامل مختلف فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی می‌تواند موجب بروز نابرابری جنسیتی شود. این نابرابری با محروم‌سازی زنان از فرصت‌ها و امکانات موجب تخصیص غیربهبینه منابع گردیده و بر رشد اقتصادی نیز اثر منفی دارد. نابرابری جنسیتی، قدرت سیاسی و اقتصادی زنان را محدود می‌سازد و این در حالی است که یکی از شاخص‌های مهم برای سنجش پیشرفت و توسعه هر کشور، وضعیت زنان آن کشور است. تبعیض جنسیتی می‌تواند در آموزش، درآمد، اشتغال و دسترسی به مناصب مدیریتی وجود داشته باشد. تبعیض جنسیتی در آموزش به معنای نبود تساوی زنان و مردان در برخورداری از امکانات آموزشی است. عوامل مختلفی مانند فقر خانواده و ناتوانی در تأمین مالی هزینه‌ها، موجب ترجیح آموزش پسران بر دختران می‌شود. در صورتی که تحصیلات زنان علاوه بر سلامت خودشان بر سلامت، تحصیل و کاهش مرگ‌ومیر فرزندان نیز مؤثر است و حتی آموزش و توزیع برابر آن در کاهش فقر هم مؤثر است. در کشورهایی که شکاف جنسیتی کمتر است، رشد اقتصادی سریع‌تر بوده و فساد کمتری وجود دارد. از این‌رو، رفع تبعیض نه تنها به نفع زنان، بلکه به نفع کل جامعه است و باید در سیاست‌گذاری کشورها به ویژه کشورهای در حال توسعه مورد توجه قرار گیرد (پناهی و دیگران، ۱۳۹۵، صص. ۴۴-۴۵).

با توجه به تعریف تبعیض روا باید گفت: افراد بشر به صرف جنس نمی‌توانند مورد اعمال تبعیضات حقوقی و محدودیت آزادی جنسیتی واقع گردند. این بدان معنا است که انتظار می‌رود زنان بتوانند همچون مردان، بر اساس شرایط عمومی یکسان و مجال‌های هم‌برابر به مناصب عمومی سیاسی، اجتماعی یا اقتصادی و فرهنگی دست یابند. به دیگر سخن، اراده مردم اعم از هر جنس و قوم و طبقه و دین و ملتی، اساس و منشأ ثروت و قدرت و منزلت هر جامعه‌ای بوده و بدون مشارکت آزادانه زنان در

عرصه‌های مختلف حیات انسانی و اجتماعی همچون مردان نمی‌توان به تحقق اهداف توسعه پایدار اجتماعی دل خوش داشت.

بر این اساس تضمین حقوق برابر زنان و مردان در بهره‌مندی از تمامی مواهب اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی معادل رفع تبعیض علیه زنان چونان مصادیق نقض اصول برابری حقوق و احترام به شخصیت بشر بوده و این مهم نیز متضمن رفع موانع شرکت زنان در شرایط مساوی با مردان در زندگی انسانی اجتماعی و تحقق سعادت اجتماعی آنان بر پایه شکوفایی قابلیت‌ها و استعدادهای جنس جنسیتی در خدمت به کل جامعه بشریت است. تحت این شرایط، اتخاذ تدابیر ویژه موقتی اقتصادی، سیاسی برای تسریع مساوات عملی جنس جنسیتی، تبعیضی مثبت است که منجر به تداوم نابرابری و جداسازی نمی‌گردد، بلکه چنین اقداماتی پس از تحقق رفتار و فرصت‌های برابر متوقف خواهد شد.

در ماده اول کنوانسیون منع تبعیض علیه زنان در بیان عبارت تبعیض جنسیتی مقرر نموده است: «عبارت تبعیض علیه زنان به معنی هر گونه تمایز، استثناء یا محدودیت بر اساس جنسیت قائل شدن؛ که نتیجه یا به منظور خدشه‌دار کردن یا بی‌اثر نمودن رسمیت و شناسایی، بهره‌مندی یا اعمالی که به وسیله زنان انجام می‌گیرد، صرف‌نظر از وضعیت تأهل آنها و بر مبنای برابری حقوق انسانی مردان و زنان و آزادی‌های اساسی در زمینه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، مدنی و یا هر زمینه دیگر توسط زنان صرف‌نظر از وضعیت زناشویی ایشان و بر اساس تساوی میان زنان و مردان اطلاق می‌گردد». منظور این ماده این است که هر گونه قانون، تصمیم، رویه عملی، فرهنگ و سنت رایج که بر شناسایی و استفاده و اعمال حقوق مساوی زن با مرد در تمام زمینه‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و غیره لطمه وارد آورد و زن را به لحاظ زن بودن از برخورداری از این حقوق مساوی محروم کند، تبعیض محسوب می‌شود (مهرپرور، ۱۳۹۰، ص. ۱۱۲).

کنوانسیون بین‌المللی رفع هر گونه تبعیض نژادی در بند ۱ ماده ۱ در تعریف تبعیض نژادی چنین اشعار می‌دارد: «در کنوانسیون حاضر اصطلاح «تبعیض نژادی» به هر نوع تمایز و ممنوعیت یا محدودیت و یا رجحانی که بر اساس نژاد و رنگ یا نسب و یا منشأ ملی و یا قومی مبتنی بوده و هدف یا اثر آن از بین بردن، در معرض تهدید و

مخاطره قرار دادن، شناسایی یا تمتع و یا استیفاء در شرایط متساوی از حقوق بشر و آزادی‌های بشر و آزادی‌های اساسی در زمینه سیاسی و اجتماعی و فرهنگی و یا در زمینه دیگری از حمایت عمومی باشد، اطلاق می‌شود».

کنوانسیون مبارزه با تبعیض در امر تعلیمات در بند «الف» ماده ۱ چنین بیان کرده: «در این کنوانسیون واژه «تبعیض» شامل هر گونه وجه تمایز خاص، محدودیت، تحدید و یا ترجیحی است که بر مبنای نژاد، رنگ، جنس، زبان، دین، عقیده سیاسی یا هر گونه عقیده دیگر، ملیت یا وضع اجتماعی اصلی، شرایط اقتصادی و یا تولد باشد و موضوع یا نتیجه آن از میان بردن تساوی رفتار نسبت به افراد در برخورداری از تعلیمات یا تحریف آن و به خصوص موارد مذکور در زیر باشد:

- محروم کردن یک شخص یا یک گروه از دسترسی به انواع و یا درجات مختلف تعلیمات؛
 - محدود کردن تعلیم و تربیت یک شخص یا یک گروه به حدی پایین‌تر؛
 - ایجاد و حفظ روش‌ها یا مؤسسات تعلیماتی جداگانه برای اشخاص یا گروه‌ها، به استثنای مورد که در ماده دوم این قرارداد بیان شده است.
 - قرارداد اشخاص یا گروه در وضعیتی که مغایر با شئون انسانی باشد».
- مقاله‌نامه شماره ۱۱۱ سازمان بین‌المللی کار در بند ۱ ماده ۱ در تعریف تبعیض چنین مقرر نموده: «از نظر این مقاله‌نامه تبعیض عبارت است از:
- هر گونه تفاوت، محرومیت یا تقدم که بر پایه نژاد، رنگ پوست، جنسیت، مذهب، عقیده سیاسی و یا سابقه ملیت آباء و اجداد یا طبقه اجتماعی برقرار بوده و در امور مربوط به استخدام و اشتغال کارگر را به طور کلی از میان برده و یا بدان لطمه وارد سازد؛
 - هر گونه تفاوت دیگر یا محرومیت و یا تقدم که نتیجه آن، از میان بردن یا محدودیت تساوی احتمالی موفقیت و شرایط سلوک و رفتار با کارگران باشد و پس از استماع نظریه سازمان‌های کارگری کارفرمایی از طرف مقامات صلاحیتدار به این عنوان شناخته و معرفی شود».

کمیته حقوق بشر در نظر تفسیری خود از بند ۱ ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق

مدنی و سیاسی گفته است: «اصطلاح تبعیض باید متضمن هر گونه تمایز، استثناء، محدودیت یا ترجیحی دانسته شود که مبتنی بر هر علتی همچون نژاد، رنگ، جنس، زبان، دین، دیدگاه سیاسی یا غیرسیاسی، منشأ ملی یا اجتماعی، وضعیت مالی، تولد یا وضعیت دیگر باشد و هدف یا اثر آن از بین بردن یا لطمه زدن به شناسایی، بهره‌مندی یا اعمال همه حقوق و آزادی‌ها توسط همه اشخاص بر پایه برابر باشد». کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز در نظر تفسیری خود از بند ۲ ماده ۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تصریح کرده: «تبعیض شامل هر نوع تمایز، محرومیت، محدودیت یا ترجیح یا رفتار متفاوت دیگری می‌شود که به طور مستقیم یا غیرمستقیم مبتنی بر علل ممنوع تبعیض است هدف یا اثر آن از بین بردن یا لطمه زدن به شناسایی، بهره‌مندی یا اعمال حقوق میثاق «در سطحی برابر» است. تبعیض همچنین شامل انگیزه تبعیض و اذیت و آزار می‌شود».

شبهات بسیاری میان تعاریف تبعیض وجود دارد و در واقع، تنها تفاوت موجود مربوط است به حوزه خاص موردنظر هر یک از اسناد. شبهات‌های این اسناد برخی از صاحب‌نظران را بر آن داشته است تا نتیجه بگیرند که یک «مفهوم مرکب» جهانی از تبعیض را می‌توان در اسناد گوناگون مشاهده کرد که واجد عناصر زیر است: ۱- تفاوت در رفتار، ۲- که مبتنی بر برخی علل ممنوع است، ۳- و هدف یا اثر معینی، ۴- در حوزه‌های گزینش شده دارد.

تعریف کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، علاوه بر چهار عنصر گفته شده، شامل دو جزء دیگر نیز می‌شود: اثرگذاری به طور مستقیم یا غیرمستقیم و انگیزه تبعیض و اذیت و آزار؛ بر اساس مورد اول، می‌توان به دو تبعیض مستقیم و غیرمستقیم قائل بود و بر اساس مورد دوم، لزومی ندارد که برای نسبت دادن تبعیض به یک شخص، عمل وی اثر خاصی در پی داشته باشد و بر حوزه موردنظر اثر خاصی گذاشته باشد، بلکه صرف انگیزه اعمال تبعیض برای نسبت دادن تبعیض به او کافی است. بنابراین در اکثر مواقع، تبعیض بر اساس عوامل خاص منع شده است، نه بر اساس هر عاملی.

بنابراین کارکرد اصلی تبعیض، جدا کردن گروه‌های مسلط از گروه‌های تحت سلطه و محدودسازی تماس و ارتباط میان آنها است. لذا سیاست‌های جداسازی و تفکیک با دشوارسازی طریق دستیابی گروه‌های فرودست به دانش و مهارت و شیوه‌های ارتقاء

پایگاه اجتماعی، به حفظ وضع نابرابر موجود یاری می‌رساند و روند همانندسازی را تضعیف می‌کند و شوق گروه فرودست جهت نیل به تحرک و کسب پایگاه‌های برتر اجتماعی را می‌کاهد. تبعیض تجلی آشکار تعصبی است که عملاً در مجزا نگه داشتن اعضای درون گروه از برون گروه یا «ما» از «آنها» صورت می‌گیرد.

۱-۱. تفاسیر به عمل آمده از اصل عدم تبعیض

از قاعده منع تبعیض می‌توان دو نوع تفسیر به عمل آورد. هر یک از تفاسیری که از این اصل به عمل می‌آید می‌تواند در نوع حقوق و مزایایی که توسط سیستم‌های حکومتی به اقلیت‌ها داده می‌شود مؤثر باشد.

۱-۱-۱. تفسیر شکلی قاعده منع تبعیض

در این نوع تفسیر تلاش بر آن است تا برابری قانونی شهروندان کشور اعم از افراد متعلق به گروه‌های اقلیت و گروه‌های اکثریت رعایت گردد. در این رهیافت هر نوع تمایز در رفتار میان گروه‌های اکثریت و اقلیت مغایر اصل برابری شهروندان می‌باشد و سعی می‌شود در بهره‌مندی شهروندان از حقوق ویژگی‌های خاص افراد از جمله نژاد، رنگ، زبان، مذهب و... در نظر گرفته نشود و این عوامل تأثیری در میزان برخورداری آنان از حقوق نداشته باشد.

این نوع تلقی از مفهوم برابری، بر این پیش‌فرض مبتنی است که در یک نظام حکومتی دموکراتیک، که موازین حقوق بشر را رعایت می‌نماید دولت نسبت به هیچ فرهنگ، زبان، مذهب و... خاصی تعصب ندارد. از این رو حداقل، تبعیض سیستماتیک در رفتار دولت میان گروه اکثریت و اقلیت مشاهده نمی‌شود. اما با کمی غور و تحقیق مشخص می‌شود که گزاره فوق‌الذکر از اساس درست به نظر نمی‌رسد. زیرا در غالب موارد زبان گروه قومی اکثریت به عنوان زبان رسمی کشور تعیین می‌شود و یا در بعضی از کشورهایی که دارای مذهب رسمی هستند، این عنوان به مذهب گروه اکثریت جامعه اختصاص خواهد داشت. به همین ترتیب، نهادهای رسمی حکومت اقدام به ترویج هنجارها و رسوم فرهنگ گروه اکثریت می‌نمایند. این واقعیت حتی در کشورهایی که سکولار بودن نظام حکومتی خود را رسماً اعلام می‌دارند نیز مشاهده

می‌گردد. به صورت کلی، می‌توان گفت که فرهنگ، زبان، و سنت‌های گروه اکثریت جامعه به شیوه‌های مستقیم و غیرمستقیم بر تمام افراد جامعه حاکمیت دارد.

۲-۱-۲. تفسیر ماهوی قاعده منع تبعیض

در تفسیر ماهوی منع تبعیض، مفهوم برابری ماهوی در درجه اول اهمیت دارد. به عبارت دیگر، حفظ هویت افراد در مرکز توجه قرار دارد. در این رهیافت گروه‌های اقلیت مذهبی، زبانی و نژادی حق دارند که متفاوت از گروه اکثریت جامعه بوده و خصایص ویژه خود را که در حقیقت هویت این گروه‌ها را تشکیل می‌دهد حفظ نمایند. در رهیافت اخیر، تنها کافی نیست که شهروندان در استفاده از مزایا و امتیازات مندرج در نظام حقوق داخلی و یا معاهدات حقوق بشری از برابری برخوردار باشند و تبعیض در مورد آنان اعمال نگردد بلکه اگر دولت به حفظ و یا حتی توسعه خصایص ویژه اقلیت‌ها از جمله مذهب و فرهنگ خاص آنان توجه ننماید برابری ماهوی و واقعی شهروندان نقض گردیده است.

برای مثال اگر دولت امکاناتی را در اختیار گروه‌های اقلیت قرار ندهد که از زبان مادری هم به موازات زبان رسمی در آموزش عمومی کودکان متعلق به خود استفاده نمایند حق اقلیت‌ها به مساوات و برابری با دیگران نقض خواهد شد. این نوع از تفسیر از قاعده منع تبعیض در نظریه دوان دادگستری بین‌المللی که در آوریل ۱۹۳۵ در قضیه مدارس اقلیت در آلبانی صادر گردید مورد تأکید قرار گرفته است. دیوان در این قضیه به تأمین امکانات همزیستی مسالمت‌آمیز اقلیت‌ها با سایر جمعیت‌ها ضمن حفظ ویژگی‌های خاص آنها نظر داشت و اعلام کرد برای نیل به این هدف باید نخست اقلیت‌ها را از تمام حقوق سایر اتباع دولت، در یک سطح کاملاً برابر بهره‌مند ساخت. به اعتقاد دیوان «این دو ضرورت با هم مرتبط هستند زیرا مساوات واقعی میان اکثریت و اقلیت به وجود نخواهد آمد مگر آنکه اقلیت‌ها از نهادهای خاص خود بهره‌مند باشند و در نتیجه مجبور نباشد از آنچه که هیئت آنها به عنوان اقلیت تشکیل می‌دهد صرف‌نظر نمایند». دیوان در این قضیه به واقعیت مهمی اشاره کرده است. ایجاد وضعیتی یکسان بر پایه مساوات میان اکثریت و اقلیت لزوماً به نتیجه‌ای مطلوب نمی‌انجامد؛ زیرا ویژگی‌های اقلیت‌ها به مرور در فرهنگ و سنت‌های اکثریت ادغام می‌شوند.

اصل منبع تبعیض از ارکان اساسی مقررات بین‌المللی حقوق بشر به شمار می‌رود و همچنین به عنوان یکی از اهداف مهم منشور سازمان ملل متحد از آن یاد می‌شود. منشور ملل متحد در بند ۳ ماده یک و بند ح ماده ۵۵ و همچنین ماده ۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر، تمام حقوق و آزادی‌های مندرج در این اسناد را برای همه افراد، بدون تبعیض از حیث نژاد، رنگ، زبان و... معتبر می‌شناسند. به طور کلی امروزه رفتار برابر و بدون تبعیض با همه آحاد مردم در مقابل قانون یکی از لوازم حکمرانی خوب تلقی می‌گردد (زارعی، ۱۳۹۲، ص. ۱۵). قلمرو تبعیض ممکن است در زمینه‌های آموزش، بهره‌مندی از امکانات، استخدام و... باشد که به شکل‌های مختلف در جوامع گوناگون نسبت به افراد و گروه‌های مختلف واقع می‌شود. در ایالات متحده آمریکا و انگلستان قومیت‌ها، در کانادا زبان، در ایرلند شمالی دین و در نروژ جنسیت معمولاً مبنای تبعیض می‌باشد.

همچنین حذف تبعیض در اشتغال و استخدام یکی از ارکان مفهوم کار شایسته می‌باشد. طبق مقاله‌نامه ۱۱۱ مصوب ۱۹۸۵ سازمان بین‌المللی کار، تبعیض در استخدام عبارت است از: هر گونه تفاوت و محرومیت یا تقدم که بر پایه نژاد، رنگ پوست، جنسیت، سابقه ملیت آباء و اجداد یا طبقه اجتماعی و... برقرار بوده و در امور مربوط به استخدام و اشتغال تساوی احتمال موفقیت و رعایت مساوات را به کلی از میان برده و با بدان لطمه وارد سازد. تعریف قانونی این مفهوم در بند الف قسمت ۱ ماده ۱ قانون راجع به الحاق دولت ایران به مقاله‌نامه بین‌المللی شماره ۱۱۱ مربوط به تبعیض در امور استخدام و اشتغال مصوب سال ۱۳۴۳ آمده است.

در کانادا، قوانین فدرالی یا استانی در زمینه منع تبعیض، تعریفی از مفهوم «تبعیض» ارائه نکرده‌اند و قواعد حقوقی کانادایی هم در این زمینه، ناشی از رویه قضائی در این کشور می‌باشد؛ در طول دهه ۱۹۷۰، دیوان‌های ویژه تبعیض در استان‌ها معروف به اداره بازرسی^۱ تشکیل شد که موجب توسعه قواعد حقوقی ضد تبعیضی شد. تا اینکه در ۱۹۸۵ دیوان عالی کانادا در پرونده Ontario Human Rights Commission and O Malley v. Simpsons Sears Ltd معروف به O Malley. یک نهاد حقوقی تحت عنوان "Adverse Effect Discrimination" (تبعیض با اثر معکوس) را از دیوان عالی ایالات متحده اقتباس نمود که به موجب آن دادگاه می‌تواند قوانین و مقررات مرتبط با تبعیض

را با توجه به اوضاع و احوال و آثار آن تفسیر نماید. به موجب این رأی اگر چنانچه عقاید مذهبی داوطلب استخدام (مثلاً ممنوعیت کار کردن در یکی از روزهای هفته) موجب عدم احراز یکی از شرایط کار گردد، علی‌رغم وجود مقررات ضد تبعیضی، عمل تبعیض‌آمیز مرجع استخدام‌کننده در ارتباط آن فرد ممنوع نخواهد بود. در واقع طبق این رأی، دیگر مفهوم تبعیض یک امر مطلق نبوده و در هر اوضاع و احوالی ممنوع نمی‌باشد. به نظر برخی از منتقدان این رویکرد ممکن است موجب تحقق تبعیض سازمان‌یافته^۲ شود. بعدها با تصویب قانون برابری استخدامی کانادا، ممنوعیت تبعیض در استخدام به طور جدی‌تری در حقوق کانادایی مطرح گردید. یکی از مهم‌ترین تعهدات ناشی از این قانون، شناسایی و حذف هر گونه ممانع و تبعیض در استخدام در قلمرو شمول آن می‌باشد (ماده ۵ قانون برابری استخدامی کانادا).

اما امروزه مفهوم تبعیض در استخدام، یک مفهوم گسترده شده و دامنه شمول آن افزایش یافته است. امروزه نویسندگان مفهوم تبعیض در استخدام را از جهات مختلف به اقسام متنوعی تقسیم می‌نمایند: تبعیض مستقیم^۳ و غیرمستقیم، انفرادی و گروهی، مثبت و منفی و اصلاحی یا حمایتی (Corrective Discrimination) مراجع عالی قضائی برخی از کشورها در احراز یک عمل تبعیض‌آمیز صرفاً به امور شکلی توجه نمی‌کنند بلکه با در نظر گرفتن اوضاع و احوال و تفسیر قواعد حقوقی، عمل انجام شده را اگرچه ظاهراً مصداق تبعیض نباشد را در برخی موارد، تبعیض قلمداد می‌نمایند به عنوان مثال پرونده Albemarle Paper Co. v. Mody در دیوان عالی ایالات متحده آمریکا در سال ۱۹۷۱.

در جمهوری اسلامی ایران مطابق بند ۹ اصل سوم قانون اساسی، «رفع تبعیض نا روا» یکی از وظایف دولت جمهوری اسلامی ایران برای رسیدن به اهداف مذکور خود در اصل ۲ این قانون می‌باشد. بنابراین، به طور کلی طبق قانون اساسی ایران، ممنوعیت تبعیض شامل همه انواع آن نمی‌گردد و به نظر می‌رسد در کشور ما، مانند سایر سیستم‌های حقوقی، تبعیض مثبت تفاوت حقوقی موقت در رفتار است که قانون‌گذار آن را به نفع یک گروه از اشخاص حقیقی یا حقوقی تجویز می‌نماید تا نابرابری پیشین آنها را جبران نماید وجود دارد. می‌توان گفت اعمال برخی از انواع تبعیض مانند

تبعیض حمایتی یا اصلاحی^۴ (به تصریح قانون اساسی کانادا این نوع از تبعیض ممنوع نمی‌باشد). از دیدگاه قانون اساسی ما نیز منعی نداشته باشد. همچنین مفهوم منع تبعیض، در ابعاد مختلف آن مورد توجه قانون‌گذار عادی ایران بوده و قوانین متنوعی در این ارتباط به تصویب رسیده است.

علاوه بر قانون راجع به الحاق دولت ایران به مقوله‌نامه بین‌المللی شماره ۱۱۱ مربوط به تبعیض در امور استخدام و اشتغال مصوب سال ۱۳۴۳، قوانین دیگری نیز در کشور ایران در این ارتباط به تصویب رسیده است: قانون مربوط به قرارداد بین‌المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی (۱۹۶۵) مصوب ۱۳۴۷ و پس از آن قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به اصلاحیه ماده ۸ کنوانسیون بین‌المللی رفع کلیه اشکال تبعیض نژادی (۱۹۹۲) مصوب ۱۳۸۴/۲/۲۷ مجلس که در تاریخ ۱۳۸۴/۳/۴ به تأیید شورای نگهبان رسید. و پس آن قانون تصویب کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت (۲۰۰۶) اخیراً در ۱۳۸۷/۹/۱۳ به تصویب مجلس و در تاریخ ۸۷/۱۰/۴ به تأیید شورای نگهبان رسیده است. عدم تبعیض و برابری فرصت‌ها از اصول کلی کنوانسیون اخیر می‌باشد (ماده ۳) و مفهوم «تبعیض بر مبنای معلولیت» در ماده ۲ این کنوانسیون تعریف شده است. ماده ۵ این کنوانسیون به طور ویژه به موضوع منع تبعیض اختصاص یافته است. به موجب این کنوانسیون، دولت‌های عضو از طریق اتخاذ اقدامات مناسب از جمله قانون‌گذاری، متعهد به ارتقای ممنوعیت تبعیض بر مبنای معلولیت در تمام امور استخدام از جمله جذب و اشتغال می‌باشند.

۲. موارد تقدم

برخی از مراجع قضائی بعضی از کشورها مانند کشور ایالات متحده آمریکا و کشور کانادا این امر را پذیرفته‌اند که روش انتخاب آزادانه و برابر از میان داوطلبان. در فرایند جذب نیروی انسانی توسط ارگان‌های استخدام‌کننده، به خوبی تأمین‌کننده عدالت نسبت به همه متقاضیان نمی‌باشد (Derlien, 2008, P. 134). در نظر گرفتن سهمیه برای برخی از گروه‌ها به عنوان یک عمل حمایتی،^۵ در رویه قضائی کانادا با اقتباس از برخی رویه‌های قضائی در ایالات متحده آمریکا (پرونده‌هایی مانند: Gregg v Duke) (Power, 1971; Steelworkers v. Weber, 1979; Bakke, 1978)، پذیرفته شده است.

این امر، در پرونده معروف به جانسون^۶ در سال ۱۹۸۷ در دیوان عالی کانادا، منوط به وجود ۴ شرط اساسی می‌باشد:

- ۱- این سهمیه باید به طور محدود باشد.
 - ۲- منبع انحصاری ورود به استخدام نباشد.
 - ۳- موجب ایجاد مانع برای ورود به خدمت سایر داوطلبان نگردد.
 - ۴- این امتیازات ویژه اصولاً برای یک مدت محدود و معین پیش‌بینی شده باشد.
- با توجه به پذیرش این امر در سیستم حقوقی کانادا، طبق ماده ۱۶ قانون استخدام کشوری، کمیسیون خدمات کشوری می‌تواند به متقاضیانی که جزء بازماندگان جنگ محسوب می‌گردند امتیازاتی بدهد. بند چهار همین ماده، مشمولین عنوان بازماندگان جنگ را در سه گروه، تعیین کرده است. در این قانون به طور کلی دو طریق جهت حمایت از ایثارگران در امر استخدام در حوزه خدمات کشوری مقرر شده است:

- ۱- معافیت از محدودیت‌های سنی و شرایط جسمانی و فیزیکی؛
 - ۲- اعطای امتیازات ویژه (ماده ۱۷ قانون استخدام خدمات کشوری کانادا).
- همان‌طور که در برخی از نظام‌های حقوقی، وجود تبعیض مثبت به رسمیت شناخته شده است و تعارضی با اصل برابری مندرج در قوانین اساسی نیافته است، در کشور ما نیز تبعیض مثبت وجود دارد. بر همین اساس، تبصره ۳ ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری ایران، استخدام ایثارگران و خانواده‌های آنها را بر اساس قوانین مصوب مربوط به خود می‌داند. به طور کلی، قوانین مصوب مربوط به استخدام ایثارگران و خانواده‌های آنها را می‌توان به چند دسته تقسیم‌بندی نمود. دسته‌ای از این قوانین بیان‌کننده برخی از معافیت‌ها برای این گروه از افراد هستند مانند ماده واحده «قانون راجع به معافیت آن عده از معلولین انقلاب اسلامی ایران که قادر به انجام کار می‌باشند همچنین افراد خانواده شهدا و معلولین از شرط بند ج ماده ۱۴ قانون استخدام کشوری» مصوب ۱۳۶۱. برخی از این قوانین نیز در مقام وضع یک اولویت در استخدام برای این گروه از افراد می‌باشند؛ مانند تبصره ۲ قانون گزینش معلمان و... که مقرر می‌دارد: «ایثارگران در گزینش دارای اولویت می‌باشند». دسته دیگر از این قوانین نیز بیانگر تکلیف دولت به استخدام این گروه از افراد می‌باشد؛ به عنوان مثال «قانون الزام دولت جهت استخدام ده درصد از پرسنل مورد نیاز خود از بین جانبازان انقلاب اسلامی و بستگان شهدا» (در

این قانون شرط محدود بودن میزان سهمیه از جانب قانون‌گذار رعایت شده است. و همچنین مطابق قوانین و مقررات استخدامی ایران، ورود به استخدام عمومی منحصر به دارندگان این سهمیه نمی‌باشد و مانعی برای ورود سایر داوطلبان محسوب نمی‌گردد (ماده ۴۱ و ۴۴ قانون مدیریت خدمات کشوری). مصوب ۱۳۶۴، تبصره ۲ ماده ۲ قانون گزینش معلمان و... علاوه بر بیان اولویت ایثارگران، ملاک‌هایی را از باب تمثیل به عنوان ملاک‌های تقدم مقرر کرده است. صرف‌نظر از ماهیت این ملاک‌ها، به نظر برخی نویسندگان، بیان کردن چنین مواردی می‌بایست با دقت بیشتری صورت گیرد. قوانین باید به نحوی تنظیم شوند تا قابلیت راهنمایی و تنظیم رفتار افراد جامعه را داشته باشند. رفع ابهام^۷ از قوانین و وجود نظام حقوقی قابل پیش‌بینی^۸ می‌تواند از نقض برخی از حقوق شهروندان جلوگیری نماید (زارعی، ۱۳۸۹، ص. ۲۹).

از حدود دو قرن پیش، به علت اهمیت یافتن تأمین برابری فرصت‌های استخدامی، معمولاً استخدام در بخش خدمات عمومی از طریق آزمون‌های رقابتی و بر اساس توانایی‌ها و سوابق افراد صورت می‌گیرد. اما برگزاری این آزمون‌ها نیز ممکن است آثار تبعیض‌آمیزی داشته باشد. از این رو، تعیین استانداردها برای برگزاری آزمون باید با بی‌طرفی انجام شود تا موجب تبعیض بین افراد نشود، لذا برای رسیدن به این هدف، با توجه به ارزش‌ها و فرهنگ خود راه‌حل‌های حقوقی مختلفی بر اساس قوانین و رویه قضائی در دو کشور ایران و کانادا پیش‌بینی شده است. به طور کلی طبق قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران، شرایط لازم برای استخدام عمومی را می‌توان به دو دسته شرایط عمومی استخدام و ضوابط عمومی گزینش تقسیم‌بندی نمود. برابری از آن جهت که اختلاف میان شخصیت انسان‌ها و فردیت آنها را نادیده می‌گیرد نه ممکن است و نه مطلوب و نه فقط موافق نظم نیست بلکه عین بی‌نظمی است در عمل همیشه برابری صوری بدین معنا است که باید از یک یا چند جهت خاصی با همه افراد به طور برابر برخورد کرد. برابری صوری به خصوص در زمینه برخی از حقوق بنیادین مطرح است و معمولاً مراد از برابری در قوانین اساسی و اعلامیه‌های حقوق همچنین برابری صوری در حقوق بنیادین و به ویژه برابری در آزادی است.

۲-۱. برابری نسبی یا هندسی

این برابری یک نوع تسهیم است که می‌خواهد حصه هر کسی را بر اساس ضابطه یا ضابطه‌های معینی معلوم گرداند. یکی از ضوابطی که اعلام شده است، این است که با هر کس به تناسب نابرابری رفتار کنیم. هر کس از صفت x بیشتر داشته باشد، سهم بیشتری به او داده می‌شود و در مقابل هر کس میزان کمتری از این صفت داشته باشد سهم کمتری به او تعلق خواهد گرفت (قلی‌پور و فتاحی، ۱۳۸۶، ص. ۴۵).

۳. پیدایش و تکامل نظام شایستگی

۳-۱. نظام‌های موروثی و جانبداری حزبی

تحولات حقوقی شیوه‌های ورود افراد به استخدام از طریق آزمون، در برخی از کشورها به حدود ۲۰۰ سال پیش باز می‌گردد که در ابتدا با هدف خارج نمودن مشاغل عمومی از حالت موروثی بود ولی امروزه اهمیت آن اصولاً از جهت تأمین «برابری فرصت‌های استخدامی»^۹، برای داوطلبان ورود به خدمت می‌باشد.

به طور کلی، در گذشته نظام‌های ورود به خدمات و مشاغل اعم از مشاغل عمومی و خصوصی مبتنی بر وراثت بود؛ به این معنا که شغل و منصب پدر پس از فوت او، همچون اموالش به ورثه به ویژه پسر او می‌رسید. پس از این دوران و رشد بیشتر جوامع بشری، این امر از حالت یک امر شخصی و خانوادگی خارج شد و با گروه‌های اجتماعی، وابستگی و ارتباط یافت که این امر خود در مقایسه با نظام وراثت یک پیشرفت برای بشر محسوب می‌شد.

در پی این تحولات، تا اوایل قرن بیستم در بسیاری از کشورها، استخدام دولت یا استخدام عمومی به مفهوم شناخته شده امروزی نبود بلکه این مستخدمان منصوب از جانب حزب اکثریت^{۱۰} در پارلمان بودند و شکست حزب آنها در انتخابات، انزال این مستخدمان از سمت خود را به همراه داشت. در واقع، ورود افراد به خدمات و کسب سمت و مشاغل عمومی، به مثابه پاداشی در قبال خدمات و تلاش‌های آنها در جهت اهداف تفکرات گروه حاکم بود.

۳-۱-۱. سیستم تاراج

در نظام جانبداری حزبی یا نظام تاراج^{۱۱}، مشاغل دولتی پاداشی برای فعالیت سیاسی افراد است نه بر اساس توانایی حرفه‌ای و شغلی، ضرب‌المثل «غنیمت متعلق به پیروزان است» گویای این وضعیت بود. در نتیجه، این امر منجر به پایین آمدن کارایی در بخش دولتی و بی‌کفایتی آن بود (رشیدی، ۱۳۸۵، ص. ۶۳).

سیستم تاراج، سیستمی است که در آن با نظام اداری و پست‌های مدیریتی آن به صورت غنایم جنگی برخورد می‌شود، با اجتناب و روی کار آمدن دولت منتخب جدید، کلیه مدیران تا سطوح میانی تعویض می‌شوند در چنین سیستمی، عدالت استخدامی و مبارزه با خویشاوندگرایی مطرح نیست.

جایگزینی یا حذف سیستماتیک منصوبین و مقامات حزب یا طرف مخالف از طریق کسب قدرت یا از طریق انتخابات است. در قرن ۱۹ این اقدام به ویژه در نظام فدرال ایالات متحده آمریکا رایج و مقبول بوده است. در حال حاضر شکل کم‌رنگی از آن اعمال می‌شود، بدین ترتیب که کلیه مقامات عالی فدرال با روی کار آمدن حزب مخالف کنار گذاشته می‌شوند. این واژه همچنین به سطوح اداری انتخابات نیز تسری دارد زیرا احزاب برنده پست‌های اجرایی عادی را نیز به عنوان پاداش به ازای حمایت و وفاداری طرفداران و همکاران حزبی به آنان واگذار می‌کنند (زارعی، ۱۳۸۹، ص. ۱۲).

۳-۱-۲. حامی‌گرایی

حامی‌گرایی یا موکل‌گرایی^{۱۲} ناظر بر نظامی است که در آن سیاستمداران پس از روی کار آمدن، بخشی از منافع به‌دست آمده مانند پست‌ها و مقامات دولتی، قراردادهای دولتی و یا امتیازات و مجوزها را به حامیان خود واگذار می‌کنند.

روابط حامی‌گرایی یا موکل‌گرایی مشتمل بر سه نوع از بازیگران است و در قالب روابط اصیل نماینده^{۱۳} فهم می‌شود. موکل یا حامی^{۱۴} معمولاً شخصی است که از نظر مالی و دارایی و تبلیغی و... از سیاستمداران حزبی حمایت می‌کند. منافع و منابع را به سیاستمداران منتقل می‌کند و سپس نماینده (سیاستمدار) منابع مالی به‌دست آمده را مجدداً به حامی خود انتقال می‌دهد. حامیان غالباً با ارجاع قراردادهای دولتی، موقعیت‌های شغلی و... مورد حمایت نماینده قرار می‌گیرند (زارعی، ۱۳۸۹، ص. ۱۲). اما امروزه

اصولاً در کشورهای متمدن، استخدام، بدون توجه به امور سیاسی و اکثراً از طریق آموزش‌های رقابتی و بر اساس توانایی‌ها و سوابق علمی و تجربی افراد صورت می‌گیرد.

۲-۳. نظام‌های مبتنی بر لیاقت و شایستگی

نظام شایستگی^{۱۵} یکی از بارزترین پدیده‌های خدمات عمومی قرن حاضر است. اداره امور عمومی و انجام دادن خدمات دولتی به نیکوترین وجه، مستلزم این است که شایسته‌ترین افراد در مناسب‌ترین مشاغل قرار گیرند.

پیدایش این پدیده پس از تجربه دوران حزبی یا نظام تاراج^{۱۶} است. امروزه استفاده از مشاغل دولتی به عنوان پاداش برای خدمات حزبی با دو شرط ذیل سازگار نیست:

۱- رعایت تساوی و برابری در دستیابی به مشاغل عمومی^{۱۷}؛

۲- ویژگی فنی و تخصصی بودن اکثر مشاغل.

همچنین موروثی بودن عنوان‌ها و شغل‌ها که مربوط به دوره‌های فئودالیسم بوده، اکنون در اکثر کشورها با پدید آمدن نهادهای قانونی رها شده است (ابوالحمد، ۱۳۸۹، ص. ۱۰۱).

تعاریف مختلفی با نگرش‌های مدیریت منابع انسانی، اجتماعی و حقوقی برای نظام شایستگی ارائه شده است. به لحاظ حقوقی، نظام شایستگی به معنای ایجاد فرصت‌های استخدامی برابر بدون توجه به معیارهای ذهنی و سلیقه‌ای و توجه به معیارهای عینی مانند دانش، تجربه، مهارت، رفتار و اطلاعات است. معیارهایی همچون طبقه اجتماعی، ثروت، وابستگی فامیلی و افکار و عقاید هیچ تأثیری در دستیابی به مشاغل و کسب فرصت‌ها ندارد. اصل برابری فرصت‌ها یکی از اصول زیربنایی این نظام کارآمد باید فرصت‌های برابر همه ایجاد کند.

تشخیص حاکمیت نظام شایستگی بر فرایند استخدام منابع انسانی، با توجه به معیارها و شاخص‌هایی امکان‌پذیر است. با توجه به سه شاخص کارایی^{۱۸}، کیفیت^{۱۹} و رقابت^{۲۰} می‌توان وجود یا عدم وجود نظام شایستگی را در یک سازمان یا جامعه بررسی نمود. در مباحث آینده معیارها و ضوابط استخدامی موجود در قوانین و مقررات اداری و استخدامی ایران را با این سه شاخص گفته شده مورد ارزیابی قرار می‌دهیم و خواهیم داد که با این معیارها سازگاری ندارند.

نتیجه‌گیری

بنابراین اصل بی‌طرفی و تساوی، هر گونه جانبداری از سوی مستخدمین دولت را که منجر به ایجاد تبعیض بین مردم در تأمین در ورود به عمومی شود منع می‌نماید. در این باب، نه باید امتیازی وجود داشته باشد و نه محدودیتی. البته محدودیت‌های قانونی در انتخاب مستخدم و ترجیح به هیچ‌عنوان تعارضی با این اصل ندارد. در ورود به خدمات عمومی رعایت بی‌طرفی و بی‌نظری و جانبداری نکردن از افراد و گروه‌های ذی‌نفوذ و صاحب قدرت، از مهم‌ترین اصول است. در مجموع باید از واگذاری انحصاری انجام خدمات عمومی به افراد و احزاب و گروه‌های خاص به موجب قوانین و نظام نظارتی کارآمد جلوگیری گردد؛ زیرا آنان قادر خواهند بود در یک تعامل نه‌چندان پیچیده، به تصاحب موقعیت‌های ممتاز دست یابند. وظیفه بی‌طرفی مستخدم دولتی، ناشی از وضعیت استخدامی او است که از اصول مسلم حقوق اداری است. از طرف دیگر، چون امور عمومی متعلق به عموم جامعه است، اصل تساوی، حکم می‌کند که تمام افراد به طور مساوی از مزایا و منافع امور خدمات عمومی که به منظور تأمین منافع عموم به وجود آمده‌اند، بهره‌مند گردند.

امروزه اصطلاح «نظام شایستگی» نه تنها برای القای معنی نوعی انتخاب برای ورود به خدمت مورد استفاده است، بلکه سایر جنبه‌های نظام امور استخدامی، از قبیل ترفیع بر اساس شایستگی و... را نیز در بر می‌گیرد. اما آنچه که در این پژوهش مدنظر ما است حاکمیت نظام شایستگی در مرحله انتخاب و استخدام از میان داوطلبان ورود به خدمت است ولی به هر حال نظام شایستگی نه تنها در فرایند ورود به خدمت بلکه در طول خدمت و ترقی در آن، قاعدتاً بر پایه طرح‌ریزی امتحانات مسابقه‌ای آزاد^{۲۱} پی‌ریزی شده است. استفاده از روش غیرمسابقه‌ای هر چند ممکن است به انتخاب افراد واجد شرایط منتج شود ولی دلیلی وجود ندارد که قبول کنیم عده منتخب، شایسته‌ترین آنها هستند. نظام شایستگی بر این فرض بنا می‌شود که شایستگی افراد را می‌توان با آزمون‌های استاندارد، به درستی مورد ارزیابی و سنجش قرار داد و استخدام از میان داوطلبان باید بر اساس نتایج حاصل از این ارزیابی باشد (رشیدی، ۱۳۸۵، ص. ۶۲).

1. Boards of Inquiry
2. Systemic Discrimination
3. Direct Discrimination
4. Corrective Discrimination
5. Affirmative Action
6. Johnson
7. Uncertain
8. Predictability
9. Equity Employment Opportunity
10. Majority Party
11. Spoils System
12. Clientelism
13. Principle-Agent
14. Client
15. Meritocracy
16. Spoils System
17. The right to take part in the government, The right to equal access to public service
18. Efficiency
19. Quality
20. Competition
21. Open Competitive Examination

کتابنامه

۱. آبوت، پاملا و آلاس، کلر (۱۳۹۱). *جامعه‌شناسی زنان* (ترجمه منیژه نجم عراقی). تهران: انتشارات نی.
۲. ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۸۹). *حقوق اداری ایران*. تهران: نشر طوس.
۳. پناهی، حسین و دیگران (۱۳۹۵). «تأثیر نابرابری جنسیتی در آموزش بر رشد اقتصادی ایران». *فصلنامه اقتصادی و توسعه*، (۵). صص ۴۳-۶۱.
۴. رشیدی، علی (۱۳۸۵). «شایسته‌سالاری کلید تحقق مردم‌سالاری». *مجله اطلاعات سیاسی اقتصاد*، (۲۲۶-۲۲۵)، صص ۶۲-۶۷.
۵. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۹). *تقریرات درسی حقوق اداری*. (کارشناسی ارشد)، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
۶. زارعی، محمدحسین (۱۳۹۲). «تبعیض روا در آموزش عالی ایران با تأکید بر سهمیه‌های خاص». *مجلس و راهبرد*، ۲۰(۶)، زمستان، صص ۵-۳۴.
۷. قلی‌پور، آرین و فتاحی، مهدی (۱۳۸۶). «تأثیر عدالت اجتماعی بر مهاجرت نخبگان». *مجله رهیافت*، (۴۰).

۸. محمدی، حمزه (۱۳۹۲). تبعیض روا در نظام حقوقی ایران. (رساله دکتری رشته حقوق عمومی)، دانشگاه تهران پردیس فارابی، تهران، ایران.
۹. مهرپور، حسین (۱۳۹۰). نظام بین‌المللی حقوق بشر. تهران: انتشارات اطلاعات.
۱۰. ویژه، محمدرضا (۱۳۸۳). «مفهوم اصل برابری در حقوق عمومی نوین». نشریه حقوق اساسی، (۲)، صص. ۲۱۳-۲۵۲.

11. Bakke v. (1978). Regents of the University of California.
12. Lyman Tower, Sargent (1390). "Contemporary political Ideologies: A comparative Analysis". (8 ed). brooks / cole.
13. Derlien, Hans-Ulrich, Peters, B. (2008). 15. The State at Work, Volume 1: Public Sector Employment in Ten Western Countries.
14. Power, Duke Co (1971). <https://www.britannica.com/event/Griggs-v-Duke-Power-Co>.
15. Steelworkers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979). United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC v. Weber.

تحلیل حقوقی حمایت از مالکین برند در برابر استفاده غیرمنصفانه

مصطفی مظفری*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۱۶

مریم امینیان**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۲۰

چکیده

مهم‌ترین راهکار حمایت حقوقی از افزایش اعتبار برند این است که به برند به عنوان یک ماهیت مستقل نگاه شود. در این شرایط برند تبدیل به یک کالای تجاری می‌شود که در شرایط مختلف حقوقی به راحتی می‌توان از آن حمایت کرد. استقلال برند به این معنا است که نیازی به ارتباط ضروری برند با کالا و خدمت حاوی آن علامت نمی‌باشد. از جمله مشکلات و چالش‌هایی که پیش روی برند است به این صورت بوده که برند ممکن است نشان‌دهنده ماهیت و کیفیت کالاها و خدمات معرفی‌کننده نباشد. با توجه به بررسی‌های انجام شده در این مقاله به این نتایج دست یافتیم که وصف استقلال برند دارای دو اثر مهم می‌باشد که یکی از آثار آن اشاره به قابلیت نقل و انتقال آن است و دومین اثر مهم این وصف، مربوط به انتقال اطلاعات همراه با برند می‌باشد که به نظر می‌رسد این اثر بیشتر جنبه اقتصادی و بازاریابی برند را نشان می‌دهد. وصف استقلال برند در بند ۴ ماده ۱۵ موافقتنامه تریپس مورد اشاره قرار گرفته و به عنوان یکی از شرایط قابل حمایت در این ماده عنوان شده است. علاوه بر این باید گفت که عدم رقابت منصفانه براساس آنچه که در کنوانسیون پاریس قید شده است قابلیت ارجاع و استناد دارد.

واژگان کلیدی: برند، وصف، استقلال، غیرمنصفانه، نقل و انتقال، رقابت.

* استادیار پژوهشکده خانواده دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

M_Mozafari@sbu.ac.ir

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

maminian1361@yahoo.com

مقدمه

امروزه اعتبار اصلی بسیاری از شرکت‌ها و تولیدکنندگان، برند آنها می‌باشد زیرا برند از جمله عوامل ترغیب مشتریان به خرید کالاها و خدمات دارنده آن برند است. جذابیت و گیرایی برند از دیدگاه مشتریان، آنان را به آزمودن و تصمیم‌گیری نسبت به خرید ترغیب می‌کند در اهمیت برند باید گفت بسیاری از مشتریان به دلیل وفاداری به برند، به کیفیت محصولات توجه چندانی نمی‌کنند زیرا آنها با اعتماد به برند، با خیالی آسوده اقدام به خرید کالاها می‌کنند. باید گفت مفهوم وفاداری به برند خاص، در تک‌تک طرح‌های نوین بازاریابی نهفته است به طوری که شرکت‌های بازاریابی با کشف ویژگی‌های یک برند، سعی در ایجاد ارتباط میان جذابیت یک برند و تولید کالاهای جنبی که بتواند از ویژگی‌های مطلوب برند برای جذب مشتریان و خرید کالاهای غیروابسته به برند استفاده کنند.

از این‌رو در نظام اقتصادی و حقوقی مقررات خاصی جهت حمایت از برند و تنظیم آثار اقتصادی و مالی آن صورت گرفته است به طوری که چهارچوب ضابطه‌مندی جهت تشخیص و تمایز برند در جهت حمایت از حقوق دارندگان آن ایجاد شده است. همچنین نظام قانون‌گذاری جهت شناخت بهتر ویژگی‌های خاص برند در برخی متون و تفاسیر به ویژگی‌های مهم این علائم اشاره داشته است. اما آنچه که باعث رشد و توسعه این نوع علائم شد، نظریه‌های اندیشمندان در این حوزه بوده است. این اندیشمندان برای ماهیت برند ویژگی‌های خاصی را تعیین کرده‌اند که آثار تفکر آنها در نظام قانونی نیز رسوخ کرده است. یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های برند وصف استقلال آنهاست که در این مقاله به بحث و بررسی آن می‌پردازیم. مهم‌ترین چالشی که در این مقاله موضوع بررسی قرار می‌گیرد، پاسخگویی به این سؤال است که وصف استقلال علائم تجاری چه اثری است؟ زیرا تبیین اثر استقلال علائم تجاری می‌تواند بسیاری از حقوق حاکم بر نقل و انتقال این گونه علائم و اعتباری که به مالک آن می‌دهد را توجیه کند. در همین راستا در تبیین این مسئله ابتدا به بررسی مفهوم استقلال علائم تجاری پرداخته شده و سپس به بیان آثار آن تأکید می‌شود.

۱. تحولات برند در عصر جدید

در گذشته عنوان «برند» برای بسیاری از ملت‌ها و دولت‌ها ناآشنا بوده از این‌رو از واژه «برند^۲» بسیار استفاده می‌شده است (Jobber, 2001, p. 72). برند از واژه brandr مشتق شده که به معنای داغ زدن و سوزاندن است. از زمان‌های بسیار دور تولیدکنندگان برای متمایز ساختن کالاهای خود از کالاهای سایر تولیدکنندگان از نام تجاری استفاده می‌کردند. برند وسیله‌ای بود که گله‌داران برای نام‌گذاری حیوانات و سایر دارایی‌های خود مورد استفاده قرار می‌دادند (Stobar, 1994, p. 1). با گذشت زمان افراد علاوه بر نام‌گذاری کالا و دارایی‌ها برای نام‌گذاری سایر اموال شخصی از برند استفاده کردند، به عنوان مثال سفالگران با گذاشتن اثر انگشت، ستاره، صلیب، دایره و... بر روی کوزه‌ها و گلدان‌های ساخت خود آنها را علامت‌گذاری می‌کردند. این علامت‌ها بیانگر اصل بودن محصول بود و اطلاعات مهمی را در مورد سازنده آنها به خریداران منتقل می‌کرد (Stobar, 1994, p. 1).

با توسعه استفاده از برند باید گفت یکی از تصمیم‌های بسیار مهم در بازاریابی محصولات، تعیین برند یا نام تجاری است (روستا و همکاران، ۱۳۷۷، ص. ۲۱۲). برند از نظر مصرف‌کنندگان جزء مهمی از کالا است و تعیین برند به فایده و ارزش کالا می‌افزاید (کاتلر، ۱۳۸۱، ص. ۳۵۱). گزینش و طراحی نام تجاری یکی از مهم‌ترین مراحل ایجاد تصویر محصول یا کالا و خدمات جدید است چرا که پیش از آنکه در مورد محصولی توضیح داده شود و مزایا و کارکردهای آن بیان گردد، نام تجاری خودنمایی می‌کند. از سوی دیگر نام تجاری می‌تواند به عنوان ابزاری قوی در اختیار شرکت قرار گیرد چرا که جزو معدود مواردی است که دیگران و رقبا نمی‌توانند آن را تصاحب یا کپی کنند (بیگلدو، ۱۳۸۱، ص. ۴۱). اکثر تولیدکنندگان در نهایت به این امر واقف می‌شوند که اهرم قدرت در اختیار شرکت‌هایی قرار می‌گیرد که کنترل اسامی تجاری را در دست دارند (کاتلر، ۱۳۸۱، ص. ۳۵۱). علائم تجاری به عنوان یکی از مهم‌ترین محرک‌های تجاری و اقتصادی در نظام حاکم بر تولید کالا و خدمات نقش اساسی ایفا می‌کند و مهم‌ترین نقشی که یک برند در طول زمان کسب کرده است به نظر می‌رسد جدا شدن آن از کالاها و خدماتی است که معرف آن می‌باشند زیرا در

گذشته این استقلال به نظر چندان محسوس نبود این در حالی است که در شرایط کنونی این امر کاملاً مشهود است.

۲. مفهوم وصف استقلال برند

در حقوق ملی بسیاری از کشورها از جمله ایران به وصف استقلال برند و برند اشاره نشده است این در حالی است که در بند ۴ موافقتنامه تریپس به این مسئله اشاره شده و وصف استقلال به عنوان یکی از شرایط برند و برند عنوان شده است.^۳ منظور از این اصل را می‌توان این‌گونه بیان کرد که همان‌گونه که از عنوان این اصطلاح برمی‌آید میان برند و یا برند کالاها و خدمات معرف آن می‌تواند هیچ ارتباط معنایی و مفهومی وجود نداشته باشد؛ به عنوان مثال می‌توان از عنوان «اسب آبی» برای برند یک مجموعه زنجیره‌ای رستوران‌های غذایی نام برد. در این مثال میان اسب آبی و ماهیت رستوران هیچ ارتباطی وجود ندارد اما از آنجایی که میان برند و ماهیت کالا و خدمات می‌تواند ارتباطی وجود نداشته باشد امکان ثبت و استفاده از این علامت وجود دارد. البته اشاره به این نکته ضروری است که از نظر دادگاه‌های فرانسه اگر برند بیانگر نوع محصول یا خدمات نباشد، معتبر است به شرط آنکه در اذهان عمومی اشتباه ایجاد نکند (شمس، ۱۳۸۲، ص. ۷۷). از این رو است که برای ثبت برند برخی محدودیت‌ها به این صورت قائل شده‌اند:

- علایم ضروری، جنسی (نوعی از محصول را مشخص می‌کند)، متداول (علامتی که به طور وسیع رایج شده)؛
- علایم توصیفی که یک یا چند ویژگی محصول یا خدمت را بیان می‌کنند.
- علایمی که صرفاً از شکل ناشی از سرشت یا کارکرد محصول تشکیل شده باشد (عبدالحمید، ۱۳۸۲، ص. ۷۷).

بر اساس مقررات حقوقی حاکم در نظام قانونی فرانسه برند نمی‌تواند دارای ویژگی‌های اخیر باشد که این شرایط به نوعی سلبی بوده و غیر از این برند قابلیت ثبت و بهره‌برداری دارد (کاتلر، ۱۳۸۱، ص. ۳۵۲). به نظر می‌رسد در حقوق کشورهای اروپایی، وصف استقلال برند به تنهایی موضوع بحث و بررسی قرار نگرفته است بیشتر تلاش‌های صورت گرفته در این رابطه در بند ۴ ماده ۱۵ موافقتنامه تریپس منعکس شده

است که نشان‌دهنده وصف استقلال برند نسبت به کالاها و خدمات معرف آنها است. بحث‌های مربوط به وصف استقلال برند عموماً همانند موافقتنامه تریپس در حوزه ثبت این علائم معطوف شده است به طوری که ارتباط برند با کالا و خدمات مبین آن، نشان‌دهنده یکی از شرایط لازم برای ثبت نمی‌باشد.

وصف استقلال برند ارتباط مستقیمی با استفاده اقتصادی از این علائم دارد زیرا اندیشه‌های نوین در عرصه مالکیت فکری ثابت کرده‌اند که بیشترین تلاش‌های صورت گرفته در حوزه قانون‌گذاری نسبت به آثار فکری جهت حمایت از خالق اثر صرفاً نمی‌باشد بلکه از آنجایی که این کالاها به دلیل کمیابی و ویژگی‌های دیگر دارای ارزش اقتصادی فراوانی است، مورد حمایت قانون‌گذار در عرصه ملی قرار می‌گیرد. به همین دلیل باید دلیل مهم وصف استقلال برند را رویکردی اقتصادی دانست که بر این‌گونه علائم حاکم است (Goldsmith, 1998, p. 9). هر چند ارتباط میان اقتصاد و مالکیت فکری از جمله مباحثی است که نمی‌توان برای آن مرزی را در نظر گرفت (Robbins, 1993, p. 14). پذیرش این نظریه که مبنای حمایت از اموال فکری، نگرش اقتصادی است؛ برای اثبات نیازمند ارائه مطالعات مفصل در حوزه اقتصاد دارد و نمی‌توان به طور سطحی به این نتیجه دست یافت (Kinsella, 2001, pp. 1-53). از نظر برخی حمایت از اموال فکری به دلیل ارزش اقتصادی آنها تنها در حوزه اطلاعات می‌تواند مورد تأیید قرار گیرد ولی در حوزه‌های دیگر نقش خالق اثر نیز برای قانون‌گذار پررنگ است و نگاهی صرفاً اقتصادی به حمایت از حقوق مالکیت فکری وارد نیست (George, 2005, p. 2).

۳. محدوده وصف استقلال برند

همان‌طور که گفته شد بند ۴ ماده ۱۵ موافقتنامه تریپس به وضوح اصل استقلال برند نسبت به ماهیت کالا و خدمات موضوع علامت را مشخص کرده است. یکی از نکات حائز اهمیت در این ماده اشاره به خدمات در کنار کالا می‌باشد. در رابطه با مفهوم علائم خدماتی می‌توان گفت در واقع رده‌ای از برند هستند که با گسترش و پیچیدگی نظام‌های اقتصادی حوزه نسبتاً وسیعی را یافته‌اند (نصرالهی آزاد، ۱۳۸۹، ص. ۸۸). علائم خدماتی توسط مؤسسات تجاری و خدماتی مختلف همچون بانک‌ها، شرکت‌های حمل و نقل و... مورد استفاده قرار می‌گیرند. این‌گونه علائم در ماده ۶

کنوانسیون پاریس مورد توجه واقع شد (نصرالهی آزاد، ۱۳۸۹، ص. ۸۸). وصف استقلال علائم تجاری صرفاً در بردارنده تولید کالا و حمایت از کالاهای به خصوص نیست بلکه این امر می‌تواند در حوزه‌های مختلف خدماتی از جمله ارائه خدمات فنی و فناوری و خدمات پیچیده نیز به کار رود به طوری که علامت‌های تجاری که نشانگر این شرکت‌های خدماتی می‌باشد، می‌تواند به طور مستقل قابل خرید و فروش باشد. به عنوان مثال یک شرکت خدماتی که به ارائه خدمات در حوزه پشتیبانی از سیستم‌های کامپیوتری می‌باشد می‌تواند برند خود را به دیگری واگذار کند ولی به نظر می‌رسد در این رابطه باید محدودیتی برای این‌گونه شرکت‌های خدماتی در نظر گرفت زیرا مشتریان به اعتماد ارائه خدمات این‌گونه شرکت‌ها با آنها وارد معامله می‌شوند که در این شرایط ممکن است این انتقال موجب گمراهی مراجعه‌کنندگان و مشتریان شود که در این رابطه موافقتنامه تریپس و بسیاری از کنوانسیون‌های مرتبط ساکت هستند.

۴. آثار وصف استقلال برند

وصف استقلال برند علاوه بر اینکه در شرایط ایجاد حق می‌تواند مورد تأکید و استفاده قرار گیرد در مرحله اثرگذاری نیز می‌تواند دارای آثاری باشد که بتواند به ماهیت این وصف در عرصه شناخت برند کمک فراوانی کند. آثار وصف استقلال برند را می‌توان در دو حوزه انتقال اطلاعات و انتقال حقوق این‌گونه علائم مورد بررسی و مذاقه قرار داد.

۴-۱. استقلال برند در انتقال اطلاعات

ماهیت جدای اموال فکری از اموال مادی کالاهایی که معرف آنها برند است، این امکان را فراهم می‌آورد که حقوق غیرمادی به راحتی قابلیت نقل و انتقال داشته باشند. پذیرش این نظریه در ابتدای امر ممکن است مشکلاتی را در پی داشته باشد به این صورت که بسیاری از حقوق معنوی جز انفکاک‌ناپذیر یک اثر محسوب می‌شود مثلاً، حقوق معنوی نویسنده یک کتاب جزء انفکاک‌ناپذیر آن اثر فکری است. به عبارت دیگر حقوق مربوط به شخصیت قابلیت نقل و انتقال نخواهد داشت. اما حقوقی که وابستگی آنها با شخصیت اندکی نسبت به دیگر آثار فکری متفاوت است همانند علائم تجاری می‌تواند به راحتی نقل و انتقال پیدا کند. به همین علت می‌توان گفت که وصف استقلال

علائم تجاری که در بردارنده استقلال در حقوق مادی و استقلال در حقوق معنوی است می‌تواند اثر مهمی در قابلیت نقل و انتقال این علائم داشته باشد. علاوه بر این باید گفت برند اساساً یک نشانه است (Giovanni & Silva, 2006, p. 943). بر طبق تعریفی که تا حد زیادی مورد پذیرش است یک نشانه چیزی است که بیانگر چیز دیگری باشد. علم نشانه‌شناسی نوین^۴، این ساختار را به صورت سیستمی مرکب از روابط بین دال، مدلول و مصداق نشان می‌دهد. دال یک نشانه قابل تشخیص می‌باشد. مدلول محتوای معنایی نشانه می‌باشد و به عبارت دیگر معنای آن است. مصداق چیزی است که هم دال و هم مدلول به آن اشاره کرده‌اند، به عبارت ساده می‌توانیم بگوییم که نشانه چیزی نیست جز نوعی برجسب^۵ که از نظر فنی یک وسیله نشانه‌ای است که بیانگر معنایی است که بر شیء خاصی دلالت می‌کند (Giovanni & Silva, 2006, p. 943).

از لحاظ استفاده مؤثر از منابع می‌توان گفت اقتصاد ریشه در نشانه‌ها دارد. در واقع یک نشانه به عنوان شکل خلاصه‌تری از یک مفهوم وسیع‌تر به کار می‌رود. برای مثال کلمه ماهی یا نقاشی. یک ماهی این امکان را فراهم می‌کند که معنایی را برساند که در صورت عدم وجود نشانه‌های مناسب یا به یک توضیح بسیار دشوار برای انتقال مفهوم نیاز است (مانند این توضیح: حیوانی است که در دریا زندگی می‌کند و دارای باله می‌باشد و غیره) و یا اینکه باید یک نمونه واقعی آن نشان داده شود. از این رو روشن است که نشانه‌ها نقش کاهش هزینه‌های ارتباط اجتماعی را بر عهده دارند و می‌توانند ایجاد صرفه‌جویی اطلاعاتی نمایند (Kirmani, 1993, p. 163).

مشکل اقتصادی ضمنی عدم تقارن اطلاعات به عنوان علت ناکامی بازار^۶ است. عدم تقارن اطلاعات زمانی به وجود می‌آید که سازنده و خریدار از نظر جغرافیایی دور از هم هستند و تولیدکنندگان مجبور می‌شوند نزدیک مصرف‌کنندگان باشند به طوری که این امر مانع به وجود آمدن شرکت‌هایی با تولید انبوه می‌گردد. در غیاب اطلاعات کافی، مصرف‌کنندگان قادر به تعیین کیفیت چیزی که می‌خواهند خریداری کنند نیستند و از این رو دست به انتخاب‌هایی می‌زنند که به طور کلی برای بازار مناسب نیست. مهم‌ترین عاملی که به این روند دامن می‌زند وصف استقلال علائم تجاری از کالاهایی است که به خاطر آن ایجاد و ثبت شده‌اند.^۷

تأثیر متمایز شدن برند را می‌توان به دو عامل تقسیم کرد که در دو سطح مجزا (اما دارای ارتباط با یکدیگر) عمل می‌کنند. یکی از این عوامل خاص بودن منبع است که برای مشخص کردن اصل و منشأ یک کالا به کار می‌رود. عامل دوم خاص بودن از لحاظ تمایز می‌باشد که نشان می‌دهد یک برند چگونه متفاوت از سایر برندها است که هر دو عامل در بادی امر سعی در وابستگی برند به کالاهای معرف آن دارد این در حالی است که بند ۴ موافقتنامه تریپس به صراحت آن را به عنوان یک شرط اساسی جهت حمایت از برند معرفی نکرده است به نظر می‌رسد این امر توجیه اقتصادی دارد زیرا برند به طور مستقل قابلیت خرید و فروش دارد و نیازی نیست که این علامت حتماً با کالایی که معرف آن است منتقل یابد.

وقتی که عامل دوم وارد جریان می‌شود یک علامت را بارزتر از علایم رقیب می‌سازد. از لحاظ حقوقی به این امر قدرت برند گفته می‌شود که نهایتاً توانایی برند برای به دست آوردن ویژگی منحصر به فرد بودن از نظر مشتریان است. در بازاریابی این امر برجستگی یا آگاهی مشتری از نام و نشان تجاری نامیده می‌شود که موجب افزایش تمایل مصرف‌کننده به پرداخت پول برای کالایی خاص می‌شود که به نظر می‌رسد کسانی که به ایجاد یک برند تلاش کرده‌اند در نهان و به طور غیرمستقیم به ارزش اقتصادی این علامت نیز توجه داشته‌اند.

این دو سطح خاص بودن که اغلب توسط قانون برند به صورت واحد در نظر گرفته می‌شود، پیامدهای مختلفی از نظر اقتصادی دارد. در واقع خاص بودن منبع برای تعیین سازنده یک کالا به کار می‌رود و خاص بودن از لحاظ تمایز برای تغییر نظر مصرف‌کنندگان نسبت به برند خاصی در مقایسه با سایر علایم به کار می‌رود و از این رو از لحاظ اقتصادی ایجاد تمایز می‌کند به طوری که تمایز در محدوده معنایی ایجاد می‌شود و از طریق ویژگی‌های عینی کالای مورد مبادله پدید نمی‌آید. در این صورت افراد نشانه‌ها را چیزی بیش از صرفاً یک ارزش اطلاعاتی می‌دانند و تحت تأثیر معنای آنها قرار می‌گیرند. دو کالا ممکن است از لحاظ ظاهری شبیه به هم اما از لحاظ معنایی متفاوت باشند. در این صورت رقابت به عناصری غیر از قیمت انتقال می‌یابد. نتیجه این فرایند ایجاد برند به اصطلاح قدرتمند یا مشهور است که در آنها خاص بودن از لحاظ وجه تمایز به حداکثر رسیده است (Meyer, 2012, p. 82).

۴-۲. استقلال برند در انتقال حقوق آن

یکی از آثار مهم استقلال برند را باید در انتقال آن دانست به طوری که برند بدون وابستگی به کالای معرف خود می‌تواند قابلیت خرید و فروش داشته باشد. واگذاری برند^۴ ممکن است به صورت‌های مختلفی صورت پذیرد ولی آنچه که از جهت وصف استقلال برند اهمیت دارد، انتقال آن از طریق قرارداد می‌باشد. قراردادهای واگذاری که از آن به قرارداد خرید و فروش نیز تعبیر می‌شود، قراردادی است که به موجب آن دارنده حق مالکیت صنعتی کلیه حقوق انحصاری خویش را به شخص دیگری انتقال می‌دهد. عموماً قرارداد واگذاری زمانی منعقد می‌شود که دارنده حق توان بهره‌برداری از موضوع را نداشته و یا اینکه نمی‌خواهد خودش از حق خویش بهره‌برداری نماید، لذا آن را به طور کامل و بدون هیچ قید و شرطی به دیگری انتقال می‌دهد. قرارداد واگذاری موجب خروج حقوق مالکیت برند از مالکیت دارنده آن می‌شود و منتقل الیه به عنوان قائم مقام قبلی، حق هر گونه تصمیم‌گیری در رابطه با موضوع حق را خواهد داشت (Territten, 2001, p. 375). از آنجایی که واگذاری برند از نظر اقتصادی هم دارای اهمیت است باید اذعان کرد که بسیاری از دارندگان برندها و علائم تجاری با تلاش خود جهت لازم می‌باشد چه بسا بسیاری از دارندگان برندها و علائم تجاری با تلاش خود جهت معروف نمودن این گونه علامت‌ها با هدف فروش آنها جهت کسب سود بیشتر اقدام به واگذاری آنها کنند (Keller, 2005, p. 53). به نظر می‌رسد اگر وصف استقلال را به برند قائل نبودیم امکان واگذاری آنها به سختی امکان‌پذیر بود زیرا در این شرایط باید همراه با برند، کالایی که معرف آن نیز بود، انتقال پیدا می‌کرد که وصف استقلال برند این امکان را فراهم می‌کند که برند به تنهایی واگذار شود (Kathleen, 2012, p. 12).

ماده ۴۴ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری، کنترل انتقال‌دهنده بر کیفیت و مرغوبیت کالا و ارائه خدمات توسط منتقل الیه نیز از جمله شروط انتقال برند قید نشده است به نظر می‌رسد که این نظارت و کنترل تنها در قرارداد مجوز بهره‌برداری امکان‌پذیر است. در قراردادهای مجوز بهره‌برداری نیز برند به طور کامل منتقل نمی‌شود فقط حق بهره‌برداری از آن انتقال می‌یابد که این امر با انتقال کامل مالکیت برند تفاوت بسیاری دارد (باقری، ۱۳۹۰، ص. ۴۳۵). هر چند باید به این نکته

نیز اشاره کرد که واگذاری برند که در جریان آن تمام حقوق برند منتقل می‌شود از جمله تأثیرات نگرش اقتصادی به این نهاد می‌باشد و الا در گذشته انتقال برند جرم بوده است. اولین قانونی که استفاده از علامت دیگری را جرم تلقی کرد «قانون تولیدکننده، تولید و محل کار ۱۸۰۳» فرانسه بوده است (ماده ۱۶). همچنین «قانون کیفری ۱۸۱۰ فرانسه» نیز در ماده ۱۴۲ و «قانون کیفری ۱۸۲۴» در ماده ۴۳۳ سوءاستفاده از نام دیگری یا استفاده غلط از نام‌های مناطق تولیدی را جرم اعلام کرد. در سال ۱۸۵۷ نیز اولین قانون جامع علائم تجاری با عنوان «قانون علامت کالاها و تولید» در فرانسه به تصویب رسید که هر دو سیستم ارزیابی و ثبت علامت و سیستم به‌کار بردن علامت را شامل می‌شد. پیش از آن تنها سیستم به‌کار بردن علامت در فرانسه موجب حمایت بود. این قانون تا سال ۱۹۵۴ در فرانسه و مستعمرات آن حاکم بوده در قانون جدید ثبت علامت برای آغاز حمایت کافی بود ولی عدم استفاده از آن پس از ثبت موجب ابطال آن می‌شد. در نهایت قانون علائم تجاری سال ۱۹۹۱ به تصویب رسید که مشتمل بر مفاهیمی چون علائم تجاری مشهور، علائم سه‌بعدی، علائم صوتی و سیستم انتشار تقاضانامه‌ها بود. ماده ۱۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و برند ۱۳۱۰ نیز تنها به ذکر اصل قابلیت نقل و انتقال برند اشاره می‌کند، اما گونه‌های آن مورد اشاره قرار نمی‌گیرند (شمس، ۱۳۸۲، ص. ۱۷۱).

۵. استفاده غیر منصفانه از برند در قالب نقش نوع اول

نقض برند عبارت است از هر گونه استفاده بدون مجوز از یک برند یکسان یا مشابه برند مورد نقض در خصوص کالاها و خدمات یکسان یا مشابه که احتمال گمراهی یا فریب مصرف‌کنندگان در خصوص منشأ (تولید یا عرضه) کالاها یا خدمات می‌رود یا باعث ورود لطمه به شهرت علامت مورد نقض می‌گردد (WIPO, 2004, p. 84). حمایت‌هایی که در قانون از برند در مقابل نقض آن صورت می‌گیرد، متفاوت است. کارکرد اصلی برند ایجاد تمایز بین منشأ کالاها و خدمات می‌باشد که در این خصوص حمایت‌های قانونی لازم، از برند به عمل می‌آید و قانون از برند در مقابل چنین نقضی که محل کارکرد تمایز منشأ می‌باشد و ممکن است به صورت استفاده علامت یکسان یا مشابه در خصوص کالاها و خدمات یکسان یا مشابه نمایان شود، حمایت می‌کند و

در مقابل چنین نقضی، امکان اعمال ضمانت اجراهای موجود در قانون وجود دارد (ورمزیار ارزانفودی، ۱۳۸۸، ص. ۱۵۵).

حق انحصاری مالک برند، ارتباط نزدیکی با شرایط نقض و اثار آن دارد زیرا این حقوق انحصاری، دیگران را از هر گونه عملی که متضمن نقض^۹ یا تضعیف^{۱۰} حقوق انحصاری دارنده برند باشد منع می‌کند. نقض برند در شرایطی اتفاق می‌افتد که موجب گمراهی مصرف‌کنندگان شده و منتهی به رقابت مکارانه شود (اصلائی، ۱۳۸۹، ص. ۶۱). استعمال غیر مجاز از علائم تجاری که منجر به نقض حقوق علائم تجاری است می‌تواند شامل مصادیق زیر شود:

الف) استعمال و استفاده از علامت براساس مقررات ثبت نباشد.

ب) استعمال و استفاده از علامت بصورت واقعی نباشد.

ج) استعمال و استفاده از علامت براساس رضایت دارنده حق انحصاری نباشد.

د) استعمال و استفاده از برند به صورت تجاری باشد (استعمال غیر تجاری و محدود مشمول این عنوان نیست).

ه) استعمال علامت به منظور معرفی کالا یا خدمات باشد (اصلائی، ۱۳۸۹، ص. ۶۲). در کنار اعمال ممنوع و ناقض حق پاره‌ای اعمال وجود دارند که علی‌رغم اینکه اصولاً و ذاتاً جزء اعمال ممنوع می‌باشند لیکن بنا به پاره‌ای مصالح از سوی قانون‌گذاران مجاز شناخته می‌شوند. این موارد تحت عنوان استثنائات یا استفاده منصفانه^{۱۱} یا استفاده غیر مجاز قابل قبول^{۱۲} قابل بررسی می‌باشند. این‌گونه استثنائات صریحاً در موافقت نامه تریپس نیز به رسمیت شناخته شده و اصولاً در مواردی قابل اعمالند که علامتی به صورت منصفانه و با حسن نیت و از طریقی کاملاً توصیفی و برای اطلاع‌رسانی مورد استفاده قرار گرفته باشد. البته این‌گونه استفاده نباید از حدودی که برای شناساندن شخص، مؤسسه یا کالا و خدمات، لازم است فراتر رود. همچنین استعمال علامت نباید به گونه‌ای باشد که برای مخاطب این شبهه را ایجاد کند که استعمال‌کننده با دارنده اصلی علامت ارتباط داشته یا مورد حمایت وی می‌باشد. بدیهی است این‌گونه استثناها خصوصیتی ندارند تا به جهت آن فقط در دنیای واقعی اعمال شوند و لذا اعمال آنها در فضای مجازی نیز قابل تصور است. برخی دیگر از این

استثناها عبارتند از: استفاده غیر تجاری^{۱۳}؛ استفاده از علامت ثبت شده توسط دارنده علامت مشهور؛ استفاده از علامت برای انتقاد از کالاهای تولیدی تحت یک برند و... (اصلانی، ۱۳۸۹، ص. ۶۳).

نتیجه‌گیری

استقلال برند نسبت به کالاها و خدماتی که معرف آن هستند بیانگر ارزش و اهمیت اقتصادی این علائم می‌باشد. به طوری که بررسی‌های صورت گرفته حول محور استقلال برند به این نتیجه منتج شده است که ارزش اقتصادی این علائم موجب شده است که آنها جدا از کالاها و خدمات معرف علائم قابل خرید و فروش بوده و همچنین انتقال‌دهنده برخی اطلاعات جهت جذب مشتریان در نقاط مختلف یک کشور و یا حتی سراسر جهان هستند.

استقلال برند در بند ۴ ماده ۱۵ موافقتنامه تریپس معین شده است و بر این اساس به وضوح عدم ارتباط میان ماهیت کالا و خدمات با برند تعیین شده است. از آنجایی که این موافقت‌نامه یکی از بنیانی‌ترین اسناد و قواعد حاکم در این رابطه می‌باشد می‌تواند مورد توجه تئوریسین‌های حقوق مالکیت فکری قرار گیرد. همان‌گونه که در متن نیز به آن اشاره شد در گذشته نقل و انتقال برند نوعی تخلف محسوب می‌شده است. این در حالی است که اکنون قراردادهای واگذاری به دلیل ماهیت مستقل برند دارای اهمیت شده و در نظام ملی و بین‌المللی نه به طور صریح بلکه به طور ضمنی پذیرفته شده است.

یکی از نکات حائز اهمیت در رابطه با وصف استقلال برند این است که در موافقتنامه تریپس از جمله شرایط اساسی جهت حمایت که در ماده ۱۵ آن اشاره شده است، عدم ارتباط میان کالا و خدمات معرف برند نمی‌تواند موجب عدم حمایت قانون‌گذار از این نوع علائم باشد.

وصف استقلال علائم تجاری می‌تواند به محدوده قابلیت نقل و انتقال حقوق معنوی و حقوق مادی مرز مشخصی را تبیین و مقرر دارد. در این رابطه باید اذعان کرد که وصف استقلال برند موجب می‌شود که یک علامت که ماهیت اعتباری دارد بتواند بسیاری از حقوق معنوی که به دنبال خود ایجاد کرده است، به دارنده جدید انتقال دهد این در حالی است که حقوق معنوی مرتبط با شخصیت این قابلیت نقل و انتقال را ندارند.

1. Brand Loyalty

2. Brand

۳. ماده ۱۵ کنوانسیون تریپس مقرر می‌دارد: «۱- هر گونه علامت یا ترکیبی از علائم که بتواند کالاها یا خدمات یک فعالیت را از کالاها یا خدمات فعالیت‌های دیگر متمایز گرداند برند به‌شمار خواهد آمد. چنین علائمی، به ویژه کلمات شامل اسامی مشخص، حروف اعداد، عناصر تصویری و ترکیبی از رنگ‌ها و همین‌طور هر گونه ترکیبی از این علائم، واجد شرایط لازم برای ثبت به عنوان علائم تجاری خواهند بود. در مواردی که علائم ذاتاً نمی‌توانند کالا یا خدمات مربوط را متمایز گردانند، اعضا ممکن است قابلیت ثبت را به تشخیص تمایز از طریق موارد استعمال ثبت مربوط سازند. اعضاء به عنوان شرطی برای ثبت می‌توانند بخواهند که علائم از لحاظ بصری قابل مشاهده باشند. ۲- بدیهی است بند ۱ مانع یک عضو از عدم ثبت یک برند بنا به جهات دیگر نخواهد بود، مشروط بر اینکه این جهات به مقررات کنوانسیون پاریس خدشه وارد نیاورد. ۳- اعضاء می‌توانند قابلیت ثبت را به استعمال علامت مربوط سازند. البته استفاده علمی از یک برند شرطی برای تسلیم اظهارنامه ثبت به‌شمار نخواهد آمد. یک اظهارنامه را نمی‌توان صرفاً به این جهت رد کرد که استفاده منظور نظر، قبل از انقضای مدت سه سال پس از تاریخ اظهارنامه، صورت نگرفته است. ۴- ماهیت کالاها یا خدماتی که برند قرار است برای آن به‌کار رود به هیچ‌وجه مانعی برای ثبت برند مزبور محسوب نمی‌شود. ۵- اعضای هر برند را قبل از ثبت یا فوراً پس از تثبیت آن منتشر خواهند ساخت و فرصتی معقول را جهت قبول دادخواست‌های لغو ثبت در نظر خواهند گرفت. به علاوه، اعضای می‌توانند فرصتی را برای اعتراض به ثبت برند اعطا کنند».

4. modern semiology

5. Lable

۶. وقتی که سازوکار خودگردان و مستقل بازار در تخصیص منابع نمی‌تواند مطابق اهداف و الگوهای باشد که توسط اقتصاد هنجاری تعیین شده است، ما با نوعی نارسایی بازار مواجهیم. بنابراین شکست بازار به معنای انحراف از اصول اقتصاد هنجاری است که باید آن را با استفاده از اقداماتی خارج از سازوکار بازار اصلاح کنیم (باقری، ۱۳۸۷، ص. ۶۲).

۷. اگر افزایش فاصله بین تولیدکننده و خریدار باعث ایجاد مشکلات اطلاعاتی و ناتوانی بازار شود وجود و کارایی برند به عنوان یک نشانه می تواند ایجاد سازمان‌های تولیدی غیرمتمرکز و گسترده‌تر را ارتقا بخشد در مقایسه با نظام قبلی مغازه‌ها و صنعتگران قبلی. در واقع تصور تولید توده‌ای بدون برند به منظور ارائه چتر اطلاعاتی لازم برای حمایت از مصرف‌کنندگان بسیار دشوار است.

8. Assignment agreement
9. Infringement
10. dilution
11. Fair Use
12. Acceptable unauthorized use
13. Use in a non-commercial contex

کتابنامه

۱. اصلانی، حمیدرضا (۱۳۸۹). حقوق مالکیت صنعتی در فضای سایبر، تهران: انتشارات میزان.
۲. باقری، محمود (۱۳۸۷). «اقتصاد مبتنی بر بازار و کاستی‌های حقوق خصوصی». مجله پژوهش حقوق و سیاست دانشگاه علامه طباطبایی، سال هشتم، (۱۹)، صص. ۲۳-۴۳.
۳. باقری، محمود (۱۳۹۰). «شرط کنترل کیفیت در قراردادهای اجازة بهره‌برداری از علائم تجاری». مجله تحقیقات حقوقی، (۵۶)، صص. ۱۵-۳۵.
۴. بیگدلو، مهدی (۱۳۸۱). «نام تجاری». ماهنامه تخصصی بازاریابی، (۱۶)، صص. ۳۴-۴۸.
۵. روستا، احمد؛ ونوس، داور و ابراهیمی، عبدالحمید (۱۳۷۷). مدیریت بازاریابی. تهران: انتشارات سمت.
۶. شمس، عبدالحمید (۱۳۸۲). حقوق مالکیت بر برند و صنعتی. تهران: انتشارات سمت.
۷. کاتلر، فیلیپ (۱۳۸۱). اصول بازاریابی (ترجمه بهمن فروزنده). تهران: انتشارات آتروپات.
۸. نصرالهی آزاد، مرضیه (۱۳۸۹). ثبت بین‌المللی برند و کنوانسیون‌های مربوط. تهران: انتشارات خرسندی.
۹. ورمزیار ارزانفودی، محمد (۱۳۸۱). حقوق برند با لحاظ موافقت‌نامه تریپس (جنبه تجارتي حقوق مالکیت معنوی). (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

10. George, Macgregor (2005). "The Nature of Information in the 21st Century: Conundrums for the Informatics Community?". *Library Review, UK*, Vol.54, No.1, pp. 2-25.
11. Giovanni B., Ramello & Silva, Francesco, (2006). "appropriating signs and meaning: the elusive economics of trade mark". *industrial and corporate change*, vol. 15, pp. 32-56.
12. Goldsmith, Scott Takacs and Charles Hofacker (1998). "Information as a product: not goods, not services", *Journal of Marketing Intelligence & Planning*, Volume 16, Number 3, pp. 65-78.
13. Jobber, D. (2001). *principles & practice of marketing*. 1st Ed, Berkshir: McGraw-Hill.
14. Kathleen, Petrich (2012). licensing Trade mark, a spectrum of quality control where a licensor can get burned at the outer edge, *Licencin journal*.
15. Keller, K. L. (2005). *Building measuring and managing brand equity*, New Delhi.
16. Kinsella, Stephan (2001). Against Intellectual Property, *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 15, No. 2, Available at: www.mises.org.
17. Kirmani, A. & Sood, S. (1993). advertising, percivied quality and brand image, *journal of marketing research*, vol. 17.
18. Meyer, R. (2012). *a multiattribute model of consumer choice during product learning*, marketing science, vol. 4.
19. Robbins, Lionel (1993). *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, Macmillan.
20. Stobar, Paul (1994). *Brand power*, Macmillan press Ltd, London.
21. Territten, Guy (2001). *intellectual property in Europe*, oxford university press.
22. WIPO (2004). *Intellectual property hand book, policy, law and use*, wipo publication, No. 385.

درخواست اشتراک

دوفصلنامه علمی- پژوهشی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

الف) اطلاعات فردی:	
نام خانوادگی:	نام:
رتبه علمی (اختیاری):	آخرین مدرک تحصیلی (اختیاری):
ب) اطلاعات مربوط به مؤسسات و کتابخانه‌ها:	
نام مؤسسه / کتابخانه:	وابسته به:
ج) نشانی (برای ارسال مجله):	
آدرس:	
کد پستی:	تلفن:
تلفن همراه:	نمابر:
پست الکترونیک:	شماره اشتراک (در صورت داشتن اشتراک سابق):
اشتراک از شماره:	تا شماره:

بهای اشتراک سالانه (دو شماره):

مؤسسات: ۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال

افراد: ۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال

• اساتید و دانشجویان از تخفیف ۳۰٪ برخوردارند.

علاقه‌مندان می‌توانند بهای اشتراک سالانه را که شامل هزینه‌های جاری نیز می‌شود، به حساب ۰۲۴۳۱۲۲۸۵۶ نزد بانک تجارت، شعبه علامه طباطبایی (کد ۰۲۴۳۰) واریز و اصل فیش را به همراه برگ درخواست اشتراک به نشانی زیر ارسال نمایند. (لطفاً روی فیش، عنوان **پژوهش‌نامه حقوق اسلامی** ذکر شود)

تهران، بزرگراه شهید چمران، پل مدیریت، دانشگاه امام صادق (علیه السلام)،

اداره کل پژوهش و نشر، اداره توزیع و فروش

تلفن: ۵-۸۸۰۹۴۰۰۱ داخلی ۵۱۲ دورنگار: ۸۸۳۷۰۱۴۲

صندوق پستی ۱۵۹-۱۴۶۵۵

<http://law.journals.isu.ac.ir>

Legal analysis to protect brand owners against unfair use

Mostafa Mozafari*

Received: 2021/01/05

Maryam Aminian**

Accepted: 2021/05/10

The most important way to legally enhance brand credibility is to look at the brand as an independent entity. Under these circumstances, the brand becomes a commercial commodity that can be easily protected in various legal situations. Brand independence means that there is no need for the brand to necessarily communicate with the product or service that contains the brand. Among the problems and challenges facing the brand is that the brand may not reflect the nature and quality of the goods and services introduced. According to the studies conducted in this article, we came to the conclusion that the description of brand independence has two important effects, one of which is the ability to transfer and the second important effect of this description is related to the transfer of mobile information. It is with the brand that this effect seems to show more of the economic and marketing aspects of the brand. The description of brand independence is mentioned in paragraph 4 of Article 15 of the TRIPS Agreement and is mentioned as one of the conditions that can be upheld in this article. In addition, it should be noted that the lack of fair competition can be referred to and cited based on what is stated in the Paris Convention.

Keywords: brand, description, independence, unfair, transfer, competition.

* Assistant Professor, Family Research Institute, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
(Corresponding Author).

M_Mozafari@sbu.ac.ir

** Master of private law, Islamic Azad university, Tehran, Iran.

maminian1361@yahoo.com

Reflection on the concept of equality in the legal system's approach to transnational documents

Moiensabahi Goraghani*

Received: 2021/02/22

Abolfazl Ranjbari**

Accepted: 2021/06/21

Gholam Hossein masoud***

Citizens, regardless of their personal characteristics (such as race, gender, religion, social class, etc.) must be subject to a single legal system. The modern government manages an equal society, and the members of this society must be equally obedient to universal power. Obviously, the intermediary of these relations is a law that governs the will of the public in society. The real picture of equality in the area of contract is where the equal conditions for all citizens to obtain administrative contracts are provided. Therefore, the inherent and acquired differences of citizens can not be considered an obstacle to the achievement of government contracts. In Iran, the constitution in its original principles has accepted the equality of citizens in certain ways. Therefore, the assumption of discrimination between citizens in terms of race, religion, political opinion, position, and ... is not accepted. Since this is not an area, but an allegory, this equality should be maintained in access to public services, one of the most important of which is the right to conclude and use employment contracts.

The concept of equality is one of the most challenging concepts in which various definitions are given. This dichotomy and ambiguity in the concept of equality, giving a precise and balanced classification of it, also presents a problem. However, in a general division, they have divided equality into legal equality, equality of opportunity and outcome equality. In this article, the author will refer to the descriptive-analytical method to study the concept of equality in Iranian law and transnational documents.

Keywords: Equality, non-discrimination, employment system, government contract.

* Department of Law, Najafabad Branch, Islamic Azad University, Najafabad, Iran.

Moiensabahi@yahoo.com

** Department of Law, Najafabad Branch, Islamic Azad University, Najafabad, Iran
(Corresponding Author).

a.ranjbari-1348@yahoo.com

*** Department of Law, Najafabad Branch, Islamic Azad University, Najafabad, Iran.

gh.masoud@iaun.ac.ir

The Analysis of the Contents and Effects of the Theory of Ja'l & Taghrir in Clarification of the Nature of the Condition

Alireza Alipanah*

Received: 2021/03/09

Seyyed Hamidreza Malihi**

Accepted: 2021/06/16

There are various theories on explaining the nature and concept of "proviso" that accepting each of them, directly, effects on the rules which are governing "proviso".

One of the most important theories on nature of proviso is Mohammad Kazem Tabatabai Yazdi's theory that is known as "Ja'l"/"Taqrir" theory. This article seeks to explain this theory, it's jurisprudential and legal effects and it's criticisms and shows the differences between it and other theories. Finally, it becomes clear that a proviso, merely, refers to a promise made by individuals that shari'a law confirms it.

According to this theory, there are any types of "proviso" including pure promise, promise to bind the original promise and obligation. In proportion to the nature of proviso and its types, the rights of beneficiary against promisor determines as well as the status of the transaction including the voided proviso.

Keywords: condition, Ja'l, Taghrir, promise, proviso.

* Assistant professor, faculty of law, Beheshti university, Tehran, Iran.

alipanah_a@sbu.ac.ir

** PhD. student of private law, Tarbiat Modares university, Tehran, Iran (Corresponding Author).

s.hamid.malihi@gmail.com

Mechanism of Citation to The General Policies of The Government in The Administrative Justice Court

Reza Bakeshlou*
Hadi TahanNazif**

Received: 2021/02/15
Accepted: 2021/06/20

Citation to the general policies of the government as an existing norm in Iranian legal system in the administrative justice court is possible. According to the particular features of this norm, citation to the general these policies is nearly different from citation to the laws. So, this research tries to answer this question: What's the mechanism of citation to the general policies of the government in the administrative justice court? Therefore, with descriptive-analytical method the subject has been studied. Relationship between the senior council of supervision to implementation of general policies of the government as deputy of leader and the administrative justice court in supervision to implementation of general policies is other topic that been investigated in this research. Finally, according to the authoritative opinion about quiddity of the general policies and with patterning from how to judicial citation to high level norms like constitution try to suggest a mechanism and explain way of citation to the general policies in the administrative justice court.

Keywords: The general policies of government, The Administrative Justice Court, Citation to the general policies, The senior council of supervision to implementation of general policies of the government.

* PhD student in Public Law, Faculty of Islamic Science and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran (Corresponding Author).

bakeshlou@isu.ac.ir

** Assistant Prof, Department of Public and International Law, Faculty of Islamic Science and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.

tahan@isu.ac.ir

Self-Beneficence

Hossein Hooshmand*
Ahmad Ehsanifar**
S. Mohammadhasan Siadat***
Reza Purmusavi****

Received: 2021/01/19

Accepted: 2021/04/28

According to the rule of bona fide (Ehsan), beneficent person (Mohsen) is exempt from the Liability for the damage he/she brings on the person receiving the beneficence (Mohsen al-ELayh). One of the important issues under this rule is that if the beneficent person (Mohsen) and the one who receives beneficence are the same person, that is, a person harms another in order to avoid harm to himself or to transfer profit to himself, does the rule of bona fide (Ehsan), also exempt such a person from Liability or not? In this article, by rejecting the view of the jurists who have considered beneficence to self the resolver of Liability, it has been proved that beneficence to the self is not beneficence thematically. Because the origin and correctness of negation are both signs of truth and the origin of beneficence is beneficence over others, it is correct to negate the title of beneficence from "beneficence to oneself"; even if we do not believe in the thematic exclusion of beneficence from the self from the scope of the rule of bona fide (Ehsan), due to the necessity of good deed for the coming to the mind of the rule of bona fide (Ehsan), and the absence of such goodness in "beneficence to oneself" towards the injured party and also because the honorable verse "There is no cause for blaming the virtuous" is only for gratefulness and should not lead to harm to the injured person, therefore a verdict exclusion of "beneficence to oneself" is accepted from inclusion in rule of bona fide (Ehsan).

Keywords: Self-Beneficence, Beneficence, Liability, Beneficence to Oneself-Civil Liability, Legitimate Defense, Urgency.

* Assistant Prof. Law Department, Research Institute of Hawzeh and University, qom, Iran
(Corresponding Author).

hooshmand@rihu.ac.ir

** Assistant Prof, Research Institute of the judicial branch, Tehran, Iran.

ehsanifarahmad@gmail.com

*** Assistant Prof. Law Department, Ayatollah Boroujerdi University, Boroujerd, Iran.

Siadat@abru.ac.ir

**** Graduated of master, Ayatollah Boroujerdi University, Boroujerd, Iran.

rezapourmosavi@gmail.com

A comparative study of alternatives to criminal prosecution in Iranian and French legal system

Erfan babakhani*
Afshin abdollahi**

Received: 2021/01/25
Accepted: 2021/06/15

The high number of criminal dossier due to the limitations of the judiciary, both in terms of manpower and credit, and in terms of time, leads to inflation of the dossier and double pressure on judicial authorities and issuing wrong decisions, which prolongs the investigation process. Thus, in the legal systems of different countries, alternatives to criminal process have emerged over the last three decades to control the overcrowding and speed up the criminal response to petty crimes. In these alternative processes, the prosecutor enters into negotiations directly with the perpetrator, and after admitting their guilt and taking certain actions specified by the prosecutor, leads to the cessation of the public prosecution and the resolution of the case at the stage of the prosecution. In this regard, the leading research with a descriptive-analytical (critical) approach has examined the position of alternatives to public prosecution in the two legal systems of Iran and France. In the end, it was concluded that the Iranian legislature does not have a systematic and clear position on alternatives to public prosecution of natural and legal persons. According to the comparative study, it has been suggested that, considering the principle of the necessity of prosecution, more trust be placed in the prosecutors and that the mentioned alternatives be enacted in a separate chapter with the goals predetermined in the criminal code.

Keywords: Alternatives to prosecution, restoration, victim, Iranian legal system, French legal system.

* Doctoral student in criminal law and criminology, member of law at Paris-Nanterre University.

babakhani_erfan@yahoo.com

** Assistant Prof, law, Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran (Corresponding Author).

a.abdollahi@uok.ac.ir

An Investigation of the Substantial Punishment of Apostasy from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Iranian Penal Code

Marzieh Naseri*
Davood Dadashnejad Delshad**
Morteza Barati***

Received: 2021/03/12
Accepted: 2021/06/20

According to the Islamic Penal Code and the jurists' point of view, the penalties are divided into three categories: The main punishment is the punishment provided by law for any offense and must be stated in a court order. Supplementary punishment, which is mainly optional. In such a way that in the case of inadequacy, it will punish the offender with additional punishment.

Subordinate punishment. These penalties are applied in accordance with the main punishment for the offender and are not stated in the lawsuit and the judge is not involved in the application of the subordinate punishment. This is the legislator who in some cases and convictions applies the subordinate punishment. From the point of view of the Islamic Penal Code for the application of the subordinate punishment, in addition to the definite criminal conviction, it is also a condition for its execution. In other words, the punishment is subordinate to the punishment after the main punishment has been committed in deliberate crime.

Subsidiary punishment is derived from customary law and is not provided for in the penal jurisprudence of Islam and its criminal law as subsidiary punishment. However, in some penal jurisprudence books, in addition to the main punishment, it has also dealt with subordinate punishment, including deprivation of inheritance and deprivation of apostasy, including the importance of specific instances of subordinate punishment. Islamic jurisprudence and the penal system of Iran.

Keywords: Subordinate Punishment, Subordinate Punishment in Islamic Jurisprudence, Principles of Subordinate Punishment, The Concept of Apostasy, Apostasy in Islamic Jurisprudence.

* PhD Student in Islamic Jurisprudence and Law, Islamic Azad University of Damghan, Damghan, Iran.

Naseri8757.m@gmail.com

** Assistant Professor of Islamic Azad University of Damghan, Damghan, Iran (Corresponding Author).

dadashnejaddavood@yahoo.com

*** Assistant Professor of Islamic Azad University of Damghan, Damghan, Iran.

mortezabarati@gmail.ir

Principles and alternative effects of juvenile criminal proceedings

Abbas Mansour Abadi*

Received: 2020/12/29

Hadi Keramati Moez**

Accepted: 2021/04/21

Alireza Kargar Sharif Abad***

Benefiting from alternative measures in the criminal proceedings is something that can be used and effective in different stages of the trial and even before it. These measures are very important for certain groups, such as children and adolescents, because they are in the age range that their inclusion in the criminal justice and judicial system can have many negative effects on their individual and social personality. To this end, the benefit of alternative measures for them is included in the laws of many countries, which can provide rehabilitation and prevent the recurrence of crime. In the meantime, the juvenile police, with interactive actions as officers and the first group in contact with the delinquent child, play a key role that requires giving them broad powers to take alternative action. These measures include a wide range of activities, the most important of which are the use of non-criminal intervention, family meetings, support services, official warnings, and the use of interactive police powers in the rehabilitation of the offender so that he can understand Correct your wrong behavior and accept responsibility for the behavior committed in a proper way.

Keywords: family meetings, restorative justice, non-criminal intervention, adjudication.

* Associate Professor, University of Tehran, Tehran, Iran (Corresponding Author).

behmansour@ut.ac.ir

** Visiting Assistant Professor, University of Tehran, Tehran, Iran.

keramatihadi@ut.ac.ir

*** PhD student in Criminal Law and Criminology, University of Tehran, Tehran, Iran.

Alireza.sharif65@yahoo.com

Analysis of How Contractual Constructionality Is Influenced by Reality Contemplation About the Relation Between Constructionality and Socio-Empirical Reality in Law

Narges Khaleghipour*
Mahdi Shahabi**
Alireza Fasihizadeh***

Received: 2021/02/09
Accepted: 2021/05/28

Law has a constructed nature; the one which is distinguished from socio-empirical reality. Nevertheless, one can believe in dualism of constructionality and reality providing constructionality is independently thought to be different from reality and each of which has its distinct area. Furthermore, contract has a constructed nature. The question is whether there is an insist on its separation from reality; or what kind of effects would be followed by this independence? As long as this independence resulted in dominancy of contractual constructionality over reality, would it necessarily eventuate to have a fair contract? What are the challenges of pure dependency of contractual constructionality from reality? On the basis of this dependency, can one believe in the transformational and evolutionary function of law, particularly the contract? Denying both dominancy and pure dependency approaches, it sounds in all likelihood that it is the one and only way to keep the supremacy of will principle beside the principle of equity or the principle of the denial of distress and constriction; moreover, we should just emphasize how influenced the contractual constitutionality could be by the reality.

Keywords: Contract, Reality, Realism, Voluntarism, Constructions.

* Ph.D. Private Law, Department of Law, Islamic Azad University, Isfahan Branch, Isfahan, Iran.

nkhaleghipour@yahoo.com

** Visiting professeur, Department of Law, Islamic Azad University, Isfahan Branch; Associate Prof. (Faculty member), Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran (Corresponding Author).

m_shahabi@ase.ui.ac.ir

*** Visiting professeur, Department of Law, Islamic Azad University, Isfahan Branch; Assistant Prof. (Faculty member), Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran.

fasihizadeh@ase.ui.ac.ir

Grounds for assessing the role of the judge in proving civil litigation

Shole Hashemi*

Received: 2021/02/21

Seyed Mohamad taqi Alavi**

Accepted: 2021/06/08

Nasser Masoudi***

In Islamic jurisprudence, jurists have provided criteria and cited various legal rules and principles in order to determine the plaintiff. The reason for this distinction of the jurists is that they can determine the burden of proving the dispute on the recipient. However, it is not always the case that the plaintiff wants to be the only active member of the trial. Sometimes this view is accompanied by changes such as the judge's involvement in proving the dispute. Since civil litigation systems are divided into different legal systems, the role of the court in each legal system is different. In this case, in civil litigation, civil litigation is the property of the litigants, and the judge is merely a passive member who cannot play a role other than issuing a judgment based on the reasons given by the parties. However, in the inquiry system, the role of the judge in proving the lawsuit is active and plaintiff can, in parallel with the plaintiff, search for evidence to prove the lawsuit. In such a way that the activism of the judge reduces the role of the plaintiff in carrying out the burden of proof. This article examines the role of the judge in proving litigation.

Keywords: court, judge, proof, lawsuit, passive, active.

* PhD Student in Private Law, Islamic Azad University, East Azerbaijan Science and Research Branch, Tabriz, Iran.

hashemi_872@yahoo.com

** Professor of Islamic Jurisprudence and Law, University of Tabriz, Tabriz, Iran (Corresponding Author).

alavi@tabrizu.ac.ir

*** Assistant Professor of Private Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran.
dr.masoudi@iaut.ac.ir

The basis and scope of the rule of the necessity of oath in a lawsuit against the deceased Mahdi Hasanzadeh

Mahdi Hasanzadeh*

Received: 2020/12/21

Accepted: 2021/05/10

In jurisprudence and law, this rule is stipulated that the plaintiff in a lawsuit against a deceased person, in addition to proving the right, is required to oath on the survival of the right. The basis of this ruling needs to be analyzed, and its scope can be discussed in several aspects; including, whether it includes objective litigation and cases of proving the right with any proof, or whether it is dedicated to claiming debt and proving debt with witness, and whether this rule is inclusive to litigation over absentee, minor and insane, and Claimant's heirs claim and their parent or executor or assign it to the lawsuit against the deceased by plaintiff, and does it apply to the case of doubt in the survival of the right, or does it also include the case of the lack of doubt in the survival of the right? In these fields, various and different views have been presented in jurisprudence and law. The legislator's statement also has inconsistencies. From a legal point of view, the rule of the necessity of taking an oath in a lawsuit against the deceased includes objective lawsuits and can be extended to lawsuits against absentee, minor and insane, and it also includes the Claimant's heirs claim against the deceased, and condition of the necessity of such an oath is doubting the survival of the right.

Keywords: dispute over the deceased, oath, claimant, doubt in the survival of the right.

* Associate professor of Private Law, Law Faculty, University of Qom, Qom, Iran.
m.hasanzadeh@qom.ac.ir

The effects of the "dissolution" of the contract as an origin of debt upon assignment contract; Jurisprudential (Fiqh) and legal analysis of Article 733 of the Civil Code

Seyed Hossein Safaei*

Received: 2021/01/31

Mohammad Hadi Javaher Kalam**

Accepted: 2021/06/12

In this article, the effects of the "dissolution" of the contract as the origin of debt upon assignment contract have been analyzed with the aim of removing ambiguity from Article 733 civil code, emphasizing on Islamic jurisprudence. The main question here is whether with the dissolution of the contract relating to the origin of debt, the assignment contract is also dissolved or the assignment contract remains valid and the resulting obligations must be fulfilled? If either of these two solutions is accepted, what will happened to the price that the customer has paid directly or indirectly (through the third party assignee); That is, does the buyer, with the dissolution of the contract, have to recourse to the seller or to the assignee for returning the price? Also, what will be the status of the third party assignee's debt to buyer, and also what will be the status of the price received by assignee? With the method of descriptive-analytical research and with extensive study in Islamic jurisprudence and analysis of Article 733 civil code, it was concluded that the dissolution of the contract as the origin of debt does not cause the dissolution of the assignment contract, but the assignee takes the price from the third party assignee and the third party assignee has no obligation with respect to the assignor; The customer also refers to the seller fir returning the price. However, this ruling does not merely apply to the contract of sale, but any debt that is created as a result of a civil contract or non-contractual event and an assignment is issued based on it, and then the said contract is dissolved or the debt is revoked, the aforementioned provisions will be applied.

Keywords: Assignment contract, sale, contract as the origin of the debt, assignment by the customer, assignment by the seller, dissolution of the sale, termination of the assignment.

* Professor Of University Of Tehran, Faculty Of Law and Politics, Tehran, Iran.

Hsafaii@ut.ac.ir

** Member Of Scientific Board Of University Of Allame Tabatabaei, Faculty Of Law And Politics, Private Law Branch, Tehran, Iran (Corresponding Author).

dr.javaherkalam@Yahoo.Com

- **Mechanism of Citation to The General Policies of The Government in The Administrative Justice Court..... 211**
Reza Bakeshlou and Hadi TahanNazif
- **The Analysis of the Contents and Effects of the Theory of Ja'l & Taghrir in Clarification of the Nature of the Condition 245**
Alireza Alipanah and Seyyed Hamidreza Malihi
- **Reflection on the concept of equality in the legal system's approach to transnational documents 275**
Moien Sabahi Goraghani, Abolfazl Ranjbari and Gholam Hossein masoud
- **Legal analysis to protect brand owners against unfair use 297**
Mostafa Mozafari and Maryam Aminian
- **Abstracts of articles in English 3**

Contents

- **The effects of the "dissolution" of the contract as an origin of debt upon assignment contract; Jurisprudential (Fiqh) and legal analysis of Article 733 of the Civil Code 1**
Seyed Hossein Safaei and Mohammad Hadi Javaher Kalam
- **The basis and scope of the rule of the necessity of oath in a lawsuit against the deceased Mahdi Hasanzadeh..... 29**
Mahdi Hasanzadeh
- **Grounds for assessing the role of the judge in proving civil litigation .. 53**
Shole Hashemi, Seyed Mohamad taqi Alavi and Nasser Masoudi
- **Analysis of How Contractual Constructionality Is Influenced by Reality Contemplation About the Relation Between Constructionality and Socio-Empirical Reality in Law..... 73**
Narges Khaleghipoor, Mahdi Shahabi and Alireza Fasihizadeh
- **Principles and alternative effects of juvenile criminal proceedings 91**
Abbas Mansour Abadi, Hadi Keramati Moez and Alireza Kargar Sharif Abad
- **An Investigation of the Substantial Punishment of Apostasy from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Iranian Penal Code..... 115**
Marzieh Naseri, Davood Dadashnejad Delshad and Morteza Barati
- **A comparative study of alternatives to criminal prosecution in Iranian and French legal system 155**
Erfan babakhani and Afshin abdollahi
- **Self-Beneficence..... 183**
Hossein Hooshmand, Ahmad Ehsanifar, S. Mohammadhasan Siadat and Reza Purmusavi

In the Name of Allah the Compassionate the Merciful

Islamic Law Research 53

Bi-quarterly Journal Islamic Law Research, Research Article
Vol. 22, No. 1 (Serial 53), Spring & Summer 2021

Publisher: Imam Sadiq(a.s) University

Managing Director: Ali Gholami

Editor in Chief: Nejad Ali Almasi

Manager Editorial: Hamid Asadi

Editorial Board (In Alphabetical & Academic Rank Order):

Nejad Ali Almasi.....Professor (Expertise: Private Law)Tehran University
Abbas Karimi.....Professor (Expertise: Private Law)Tehran University
Sayyed Fazlollah Musavi.....Professor (Expertise: Public Law) Tehran University
Sayyed Hosein SafaeiProfessor (Expertise: Private Law)Tehran University
Sayyed Mostafa Saadat Mostafavi...Associate Professor (Expertise: Private Law)Imam sadiq(a.s) University
Ali Gholami...Associate Professor (Expertise: Criminal law and criminology)Imam sadiq(a.s) University
Tavakkol Habibzadeh.... Associate Professor (Expertise: Public Law)Imam sadiq(a.s) University

The Articles in this Publication do not Necessarily the Views of the
Imam Sadiq(a.s) University. The Quotes Are Only Full References

Printing: Imam Sadiq(a.s) University Press
346 Pages/ 500.000 RIS

Address: Imam Sadiq University, Modiriat Bridge, Shahid Chamran Highway, Tehran, Iran
P.O. Box: 14655-159

Management of Technical and Printing: Deputy of Research and Technology,
Telfax:+9821-88094915

Management of Scientific & Editorial Affairs: Islamic Studies & Law Faculty,
Telfax: +9821-88385118

Address of the Dedicated Journal System: <http://www.law.journals.isu.ac.ir>
Email: ilr@isu.ac.ir