

## حکم اکراه در حدود؛ تحلیلی بر قسمت اخیر ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی

مجید صادق نژاد نائینی\*، سکینه خانعلی پور و اجارگاه\*\*

### چکیده

اکراه به عنوان یکی از موانع مسئولیت کیفری در ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی ذکر شده است. مطابق این ماده، در جرایم موجب تعزیر، اکراه کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می شود. در جرایم موجب حد و قصاص طبق مقررات مربوط رفتار می شود. با اینکه این ماده حکم اکراه در حدود را به مقررات مربوطه ارجاع داده است اما در جایی از قانون مجازات اسلامی به این فرض اشاره نشده است و در واقع قانون در این زمینه ساکت است. پرسش اصلی این تحقیق عبارت است از این امر که مجازات فرد اکراه کننده در جرایم حدی (برای نمونه، اکراه دیگری به شرب مسکر) چیست؟ در این نوشتار با روش تحلیلی - تفسیری به بررسی نظرات حقوق دانان و فتاوی فقها در این خصوص می پردازیم. نتایج تحقیق حاکی از این است که به دلیل سکوت قانون گذار در این خصوص و همچنین فقدان نص یا فتوای صریح فقهی در این مورد، رهیافت های مختلف برای مجازات فرد مکره قابل تصور خواهد بود و در نهایت رهیافت معاون تلقی نمودن فرد مکره و مجازات وی بر اساس ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی پذیرفته و تقویت می گردد.

واژگان کلیدی: جرم حدی، معاونت، اکراه، تعزیر، مسئولیت کیفری

\* استادیار گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار، ایران (نویسنده مسئول)  
m.sadeghnejad@hsu.ac.ir

\*\* استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران  
khanalipour@soc.ikiu.ac.ir

## مقدمه

برای آنکه شخصی در قبال رفتارهایی که از وی سر می‌زند، مسئول تلقی شود باید دارای شرایطی باشد. در نظام‌های کیفری مختلف وجود این شرایط افراد را در معرض پاسخ‌گویی قرار می‌دهد. یکی از این شرایط، وجود اختیار است. یعنی فرد باید با میل خود و فارغ از هرگونه تهدید یا ارباب یا کوچک‌ترین فشاری جرم را مرتکب شود. در واقع، شخص باید آزادانه این مسیر را برگزیند. بنابراین، موانعی که آن را با ایراد مواجه کنند یا سلامت آن را از بین ببرند، مانع از ایجاد مسئولیت در شخص خواهند شد. یکی از این موانع اکراه است.

در واقع، برای آنکه بتوان شخصی را از منظر کیفری مسئول شناخت، باید علاوه بر تحقق اراده ارتکاب و سوءنیت و یا تقصیر جزایی، از اراده آزاد (اختیار) یعنی رضایت و میل باطنی برای انجام رفتار برخوردار باشد. نقطه مقابل این وضعیت را اصطلاحاً اکراه می‌خوانند (حاجی تبار فیروزجانی و فلاح، ۱۳۹۶: ۷۲؛ قهرمانی، ۱۳۸۴: ۱). اکراه عبارت است از وادار کردن فرد بر انجام کاری که اگر بیم از زیان مادی، معنوی و یا جسمی ناشی از تهدید اکراه‌کننده نبود، آن را انجام نمی‌داد. (تاتاری بله‌سور، ۱۳۹۹: ۱۱۷)؛ تحقق اکراه منوط به چهار شرط است: یک، تهدید اکراه‌کننده (مکره) نسبت به مال، جان یا آبروی اکراه‌شونده (مکره) یا بستگان او. دو، باور مکره به توانایی مکره بر عملی ساختن تهدید خود. سه، عارض شدن بیم بر مکره از ناحیه مکره. چهار، عدم سلب قصد فعل از مکره (جعفری لنگرودی، ۱/۱۳۸۶: ۵۶۸). نکته قابل ذکر در خصوص مطلب اخیرالذکر این است که اکراه علاوه بر موارد مذکور منوط به تحقق شرایط دیگری نیز هست. یکی دیگر از نویسندگان (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۷۵ به نقل از: رضایی و برنازاده، ۱۳۹۵: ۶۴) این شرایط را به‌نحو کامل‌تری به شرح ذیل بیان نموده است:

۱. تهدید مکره از سوی اکراه‌کننده که باید شرایط و اوصاف تهدید مانند ملجی بودن و... را به‌طور نوعی دارا باشد.
۲. فعلیت داشتن یا قریب الوقوع بودن تهدید
۳. قدرت و توانایی مکره بر عملی کردن تهدیدات خود
۴. غلبه ظن مکره در خصوص اینکه در صورت امتناع، تهدیدات اکراه‌کننده علیه وی عملی خواهد شد. اگر دفع تهدید مکره از طریق دیگری غیر از انجام عمل مورد درخواست وی مقدور باشد دیگر اکراه به معنای آن تحقق نیافته است.
۵. عدم توانایی مکره در دفع تهدیدات اکراه‌کننده. یعنی مکره باید ناچار از ارتکاب فعل حرام بوده تا اکراه صورت گیرد.

۶. عدم مشروعیت تهدید: آنچه مکره به آن تهدید می‌شود باید در حق وی نامشروع باشد. وضعیت دیگری که از جهاتی مشابهت‌هایی با اکراه دارد، اجبار است. با این حال، باید گفت که اکراه با اجبار فرق دارد. مکره هرچند از عمل مورد اکراه ناخشنود است، لیکن آن را با اراده و قصد انجام می‌دهد؛ بدین معنا که برای دفع ضرر، دست به عمل اکراهی می‌زند؛ هرچند اختیار به مفهوم خشنودی از عمل، از وی سلب شده و به تعبیری در رضای فرد محدودیت ایجاد شده است (امیدی و دیگران، ۱۳۹۸: ۶۹؛ غلامی، ۱۳۹۱: ۵۳)، در حالی که در اجبار، اراده و قصد نیز از فرد مجبور سلب می‌گردد. مانند ریختن شراب در حلق کسی یا فرو بردن سر روزه‌دار در آب با قهر و غلبه. افزون بر این، تحقق اکراه منوط به تهدید و حصول خوف است، برخلاف اجبار (حاجی تبار فیروزجانی و فلاح، ۱۳۹۶: ۷۴؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام؛ ۱/۱۳۹۵: ۶۳۰).<sup>۱</sup>

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قانون‌گذار مقررات مربوط به اکراه را در ماده ۱۵۱ به صورت کلی بیان نموده و حکم اکراه در جرایم تعزیری را در خود ماده بیان کرده و در خصوص حدود و قصاص به «مقررات مربوط» ارجاع داده است. در مورد اکراه در قصاص، فصل هفتم از بخش اول کتاب قصاص، حکم قضیه و چگونگی برخورد با مکره و مکره را ذکر کرده است. اما در مورد حدود، نه در کتاب حدود و نه در سایر ابواب در قالب یک قاعده مشخص، واکنشی در قبال رفتار مکره در جرایم حدی، مقرر نگردیده است. برای مثال، چنانچه فرد الف دیگری را به شرب مسکر اکراه نماید یا فرد ثانی را به زنا با دختری اکراه نماید، مجازات مکره مشخص نیست. بدین ترتیب، برخلاف اکراه در جرایم موجب قصاص که قانون‌گذار به تفصیل و در مواد قانونی مختلف (مواد ۳۷۵ تا ۳۸۰ قانون مجازات اسلامی) به نتایج آن اشاره نموده است، در جرایم موجب حد علی‌رغم آنکه ذیل ماده ۱۵۱ قانون‌گذار توصیه نموده که باید طبق مقررات مربوطه رفتار شود، در قانون مجازات اسلامی هیچ حکم صریحی جهت تعیین تکلیف اکراه در جرایم موجب حد وجود ندارد.

از منظر فقهی، شارع مقدس در خصوص اجبار و اکراه بر برخی جرایم، مجازات‌های خاصی قرار داده است، مانند اینکه اگر کسی با عنف و اکراه با زنی زنا کند، مجازات مرگ برای او مقرر شده است.

۱. در این خصوص برخی حقوق‌دانان معتقدند که اکراه موضوع قانون مجازات اسلامی، اکراهی است که به حد الجاء رسیده باشد و اختیار را از فاعل سلب کند. بنابراین، اکراه و اجبار در مقررات کیفری از نظر آثاری که در شخص پدید می‌آورند برابر ولی در صورت متفاوت هستند (نک: اردبیلی، ۱۳۹۳: ۱۷۳).

فقیهان بر این فتوا اجماع دارند (النجفی، ۴۱/۱۴۰۴: ۳۱۵).<sup>۱</sup> مستند این فتوا، روایات بسیار است (الحرّ العاملی، ۲۸/۱۴۰۴: ۱۰۸). همچنین اگر کسی دیگری را اکراه بر قتل کند - چنان‌که در ماده ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی آمده است<sup>۲</sup> - محکوم به حبس ابد خواهد بود (الموسوی الخویی، ۴۲/۱۴۲۲: ۱۳). اما درباره اجبار یا اکراه بر برخی جرایم حدی مانند اجبار یا اکراه بر شرب مسکر مجازات خاصی در شریعت قرار داده نشده است. فقها پس از بیان احکام کلی راجع به اکراه و رفع مجازات از فرد مکروه، به‌رغم بیان احکام مبسوط در حوزه اکراه در جنایات (اعم از نفس و مادون نفس)، درخصوص حکم اکراه در جرایم حدی حکم خاصی را بیان نکرده‌اند. البته، می‌توان این‌گونه نیز تفسیر کرد که این مورد مشمول عمومات قرار می‌گیرد. باتوجه به اینکه مشمول هیچ‌یک از عناوین حدی موجود نمی‌شود، می‌بایست به سراغ عمومات تعزیر رفت. زیرا، مجازات حدی باید از نظر کمیت و کیفیت در شرع تعیین شده باشد. اما، از آنجا که فرد مکروه مرتکب عمل حرام دارای مفسده شده است، به نظر می‌رسد که تعزیر وی بلاشکال باشد. درواقع، تنها مجازات قابل اعمال بر وی مجازات تعزیری بیدالحاکم خواهد بود. پس اگر قرار باشد مجازاتی برای اکراه بر جرایم حدی از جمله اکراه بر شرب مسکر ثابت باشد باید از سنخ مجازات‌های تعزیری باشد، زیرا تعزیر مجازاتی است که کمیت و کیفیت آن در شرع تعیین نشده و تعیین آن به قاضی سپرده شده است (المحقق ابی القاسم، ۴/۱۴۰۸: ۱۳۶؛ احمد بن محمد بن فهد الحللی، ۵/۱۴۰۷: ۵؛ فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۳/۱۳۹۵: ۲۵۱).<sup>۳</sup>

در همین راستا، ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به‌موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق،

۱. و کذا یقتل من زنی بامرأة مکرها لها بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل المحکی منهما مستفیض کالنصوص المعتره.

۲. ماده ۳۷۵: «اکراه در قتل مجوز قتل نیست و مرتکب، قصاص می‌شود و اکراه کننده، به حبس ابد محکوم می‌گردد. تبصره ۱- اگر اکراه شونده طفل غیر ممیز یا مجنون باشد فقط اکراه کننده محکوم به قصاص است.

تبصره ۲- اگر اکراه شونده طفل ممیز باشد عاقله او دیه مقتول را می‌پردازد و اکراه کننده به حبس ابد محکوم می‌شود.»  
 ۳. حدود جمع حد، در اصطلاح به مجازات‌هایی اطلاق می‌شود که شارع مقدّس برای برخی جرایم با تعیین کمّ و کیف آن در همه مصادیق آن جرم تشریح کرده است. گاهی نیز در معنای اعمّ، یعنی مطلق کیفر - که تعزیر (تعزیر) را نیز در بر می‌گیرد - به کار رفته است. در اینکه کاربرد واژه حدّ در روایات معنای خاص آن است یا معنای عام، دو احتمال مطرح است. تفاوت حد به معنای خاص با تعزیر آن است که در تعزیر بر خلاف حد کمّ و کیف آن بستگی به نظر حاکم دارد و از سوی شارع مشخص نشده است.

سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می شود...». بر این اساس، بر آنکه بتوان برای اکراه در حدود پاسخ مناسبی یافت باید به مجموعه قوانین موجود مراجعه کرد؛ زیرا، مطابق این ماده موجب و کیفر جرایم تعزیری باید در قانون مشخص شود. اما، در بادی امر قوانین در این حوزه ساکت اند و پس از ارجاع کلی در ماده ۱۵۱، در جای دیگری از قانون مجازات اسلامی نمی توان حکمی در این خصوص پیدا کرد.

از این رو، این سؤال مطرح می گردد که حکم اکراه در حدود از لحاظ حقوقی چیست و مجازات فردی که دیگری را به ارتکاب جرم حدی اکراه می کند چه می باشد؟ آیا چنین فردی مستوجب مجازات است یا به دلیل سکوت قانون گذار باید وی را رها کرد؟ برای تبیین این وضعیت و یافتن پاسخ مناسب، رهیافت های مختلفی که در دکترین به چشم می خورد بیان و ارزیابی می شود و در انتها نظر مختار ذکر خواهد شد.

#### ۱. بررسی دکترین حقوقی و رهیافت های قابل ارائه در خصوص مجازات فرد مکروه

در نظرات حقوق دانان، رهیافت های شش گانه ای برای مجازات فرد اکراه کننده ارائه شده است که در این مبحث بیان می شود. شایان ذکر است که با تبعی که در کتب حقوق دانان سرشناس صورت گرفت، این نتیجه حاصل شد که برخی از حقوق دانان اساساً وارد بررسی و تحلیل موضوع نشده اند و برخی دیگر هم به ذکر مطلب و ایراد قانون گذار در این خصوص اکتفا کرده اند (توجهی، ۱۳۹۴: ۲۱۲) و حکم نهایی مقرر نکرده اند. تنها تعداد معدودی از حقوق دانان به تحلیل مسئله مزبور پرداخته و اظهار نظر کرده اند که در ادامه به این رهیافت ها می پردازیم.

#### ۱-۱. مستوجب تعزیر بودن فرد مکروه در پرتو اصل ۱۶۷ قانون اساسی

یکی از رهیافت های قابل ارائه در این خصوص، مراجعه به اصل ۱۶۷ برای تعیین کیفر برای مرتکب است. از این منظر مکروه مستوجب تعزیر است اما چون مقنن به نوع و میزان تعزیر اشاره نکرده است لذا خلأ قانونی در این خصوص را باید با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مراجعه به منابع معتبر و فتاوی فقهی رفع کرد. بدین صورت که در این حالت، فرد مکروه به دلیل ارتکاب عمل حرام دارای مفسده، مستوجب تعزیر است اما، چون نوع و میزان آن مشخص نیست، مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی باید به منابع و فتاوی فقهی مراجعه کرد. در تأیید این امر می توان به استفتائاتی که از مراجع تقلید معاصر به دست آمده است، اشاره کرد. در این استفتائات که البته موضوع آن اکراه بر زنا بوده، مراجع قائل به تعزیر شده اند (نرم افزار گنجینه استفتائات قضائی: سؤال های ۴۵۹ و ۵۷۸۹ و ۵۸۱۱؛ مجموعه استفتائات جدید، ۱/۱۳۷۵: ۳۵۱). هر چند موضوع استفتاء اکراه بر زنا بوده است اما به نظر این امر خصوصیتی ندارد و در سایر حدود نیز می توان به کار بست.

به این رهیافت می‌توان این ایراد مهم را وارد کرد که مقنن در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی به‌صراحت بیان داشته است که نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به‌موجب قانون تعیین می‌شود. بنابراین، تعزیرات باید به‌صراحت در قوانین موجود جرم‌انگاری و کیفرانگاری شود و اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها بر آن حاکم است (نک: اردبیلی، ۱۳۹۳: ۱۸۲). حتی مفاد ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی خود می‌تواند قرینه‌ای بر این باشد که ارجاع به اصل ۱۶۷ تنها در خصوص حدود پذیرفته شده است. بنابراین، در تعزیرات نمی‌توان به مواردی غیر از موارد مذکور در قانون مراجعه کرد. زیرا در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی قانون‌گذار سه بار از واژه قانون استفاده و تأکید کرده است که تعزیرات باید به‌موجب قانون باشد. قانون ظهور در قانون موضوعه دارد و در نتیجه در تعزیرات نمی‌توان به فقه مراجعه نمود و برای اعمال حرامی که در فقه به تعزیر پذیر بودن آن‌ها اشاره شده است، اما در قانون برای آن‌ها مجازات تعیین نشده است باید حکم برائت صادر نمود. در مقابل، برخی معتقدند که اگر ماده ۱۸ مانع رجوع به فقه در تعزیرات باشد، اصل ۳۶ قانون اساسی، بهتر مانع رجوع به فقه در کل حقوق کیفری اعم از حدود، قصاص و تعزیرات است و دیگر نباید بین حد و تعزیرات تفاوت گذاشت زیرا اصل مزبور هم بر الزام و هم بر انحصار دلالت دارد (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۵: ۲۷۷). لذا ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مانع از رجوع به فقه در تعزیرات نیست. با وجود حاکمیت اصل ۴ قانون اساسی بر همه قوانین و اصل ۱۶۷ قانون اساسی، جایی برای این اشعار باقی نمی‌ماند (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۵: ۲۸۷).

جالب آنکه شورای نگهبان در مقام تطبیق قانون مجازات اسلامی با قانون اساسی و شرع مقدس انحصار جرایم تعزیری غیرمنصوص به موارد مندرج در قانون را پذیرفته که اساساً به دست حاکم است اما در خصوص حدود که طبعاً ماهیت مشخصی در فقه دارند و در عین اختلاف نظر فقها از تعداد مشخصی خارج نیستند به قضات اجازه رجوع به منابع و فتاوی معتبر شرعی را داده است که طبیعی است این‌گونه قانون‌گذاری مشکلات جدی را به دنبال خواهد داشت. بنابراین همان‌طور که برخی نویسندگان (احمدزاده و الهام، ۱۳۹۷: ۲۶۹) نیز بیان داشته‌اند، قانون‌گذار باید تلاش کند با اصلاح ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی سیاست جنایی تقنینی یکپارچه‌ای در اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی کشورمان در خصوص حدود و تعزیرات اختیار کند.

## ۱-۲. مستوجب مجازات نبودن فرد مکره (عدم مسئولیت کیفری فرد مکره)

دسته دوم، نویسندگانی هستند که معتقدند فرد مکره در جرایم حدی دارای مسئولیت کیفری نیست و مستوجب مجازات نمی‌باشد! آنچه طرف‌داران این رهیافت را به این نظر می‌رساند، توجه به اصل اباحه، برائت و قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است. در واقع، از نظر آنان، با سکوت قانون‌گذار در

تعیین حکم مشخصی در این خصوص، اصول پیش گفته اقتضاء می‌کند که در اکراه به جرایم حدی، مکره مسئولیتی نداشته و مجازاتی در مورد وی اعمال نشود (منصورآبادی، ۱۳۹۶: ۲۶۸).

اگرچه، با نگاه به ظاهر مسئله کلام درستی است و تعزیرات باید به دقت در قوانین جرم‌انگاری و کیفرانگاری شوند، اما این نظر کاملاً بزه‌دیده را نادیده انگاشته و بدون توجه به آثاری که از ارتکاب جرم به بار نشسته است، صورت مسئله را پاک می‌کند. زیرا، در این فرض، مکره نیز به دلیل نبود شرایط مسئولیت کیفری در قبال رفتار مادی خود پاسخ‌گو نیست (نک: منجمی، ۱۳۹۴: ۸۶). از این جهت، بزه‌دیده با دو نفر (مکره و مکره) مواجه است که اولی به دلیل نبود یکی از شرایط مسئولیت کیفری (اختیار) ملزم به پاسخ‌گویی نیست و نفر دوم نیز به دلیل سکوت قانون‌گذار از کیفر رهایی می‌یابد. از این رو، به نظر می‌رسد که این رهیافت قابل پذیرش نباشد؛ زیرا به طور قطع، فرد مکره مرتکب عمل حرامی شده است که دارای تبعات و آثار زیادی است و این امر سرزنش وی را قابل توجیه می‌کند. اگرچه این نظر با اصل عدم ایذاء مردم و ایجاد محدودیت در اعمال کیفر در اسلام هم‌سو است، با این حال، به دلیل اینکه رفتارهایی که از مکره سر زده است، بی‌شک موجب آزار مردم، اختلال در نظام، هتک حیثیت، فساد امور، اختلال در امنیت عمومی و اعتماد مردم به یکدیگر می‌شود (نک: حسینی، ۱۳۸۳: ۱۴۸-۱۴۷)، مجرای اعمال تعزیر بر فرد در فرض مورد بررسی فراهم است. در واقع، مبنای تعزیر چنین شخصی با توجه به تبعات منفی و مفسادتی که از رفتار وی بر جامعه عارض می‌شود، موجود است و رهایی وی بدون هیچ پاسخی می‌تواند بر این مفساد دامن زند. بنابراین، کفه ترازو به سمت تعزیر فرد سنگینی می‌کند یا حداقل نمی‌توان به راحتی وی را رها کرد و قاطعانه حکم به برائت وی صادر نمود.

### ۳-۱. معاون تلقی شدن فرد اکراه‌کننده

یکی از رهیافت‌هایی که در پی تعقیب و به کیفررسانی مکره می‌باشد، بر آن است تا احکام معاونت در جرم را بر وی بار کند. بر این اساس، فرد مکره در جرایم حدی، از باب معاونت در جرم قابل تعقیب و مجازات است. از این منظر با توجه به اینکه در حدودی نظیر شرب خمر و زنا نمی‌توان مکره را به مجازات مباشر جرم محکوم کرد و کیفر تنها بر خود مرتکب تحمیل می‌شود، وی را می‌توان به استناد ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی، حداقل به مجازات معاونت در ارتکاب جرم حدی محکوم نمود؛ زیرا قانون‌گذار با عبارت (طبق مقررات مربوطه رفتار می‌شود) وجود مقررات مربوطه را مفروض دانسته است و تنها مقرره‌ای که برای مجازات اکراه‌کننده به جرایم حدی می‌توان به آن تمسک کرد، استناد به ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی است. به باور طرف‌داران این رهیافت، استناد به ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی برای مجازات اکراه‌کننده به جرم مستوجب حد از باب قیاس

اولویت نیز قابل قبول است؛ چراکه، وقتی معاونت در این جرایم دارای مجازات‌های مندرج در ماده ۱۲۷ است به طریق اولی اکراه به جرایم مستوجب حد نیز حداقل مجازات معاون در جرایم مستوجب حد را خواهد داشت. در همین راستا اگر شخصی، نابالغی را به ارتکاب جرم مستوجب حد اکراه نماید، به نظر می‌رسد برای مجازات مکره باید به ماده ۱۲۸ قانون مجازات اسلامی استناد نمود (الهام و برهانی، ۱۳۹۴: ۲۸۵-۲۸۴).

از این منظر، چون در اکراه نوعی تهدید به چشم می‌خورد و در بند الف ماده ۱۲۶ نیز تهدید یکی از رفتارهای مادی معاونت می‌باشد، می‌توان وی را حداقل معاون در جرم ارتكابی تلقی کرد. زیرا اکراه کننده با «تهدید» موجب وقوع جرم از سوی تهدیدشونده می‌شود و در بند الف این ماده نیز هرکس که دیگری را «تهدید» به ارتکاب جرم کند، معاون جرم می‌داند. با پذیرش این رهیافت، فرد اکراه کننده را باید از مصادیق معاون در جرم محسوب و مطابق مواد ۱۲۶ و ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی با او رفتار و وی را مجازات کرد.<sup>۱</sup>

بر اساس بند پ ماده ۱۲۷<sup>۲</sup> قانون مجازات اسلامی، در صورتی که در شرع یا قانون، مجازات خاصی برای معاون تعیین نشده باشد و مجازات قانونی جرم ارتكابی، شلاق حدی باشد، معاون به

۱. ماده ۱۲۶: «اشخاص زیر معاون جرم محسوب می‌شوند:

الف- هرکس، دیگری را ترغیب، تهدید، تطمیع، یا تحریک به ارتکاب جرم کند یا با دسیسه یا فریب یا سوء استفاده از قدرت، موجب وقوع جرم گردد.

ب- هرکس وسایل ارتکاب جرم را بسازد یا تهیه کند یا طریق ارتکاب جرم را به مرتکب ارائه دهد.

پ- هرکس وقوع جرم را تسهیل کند.

تبصره- برای تحقق معاونت در جرم، وحدت قصد و تقدم یا اقتران زمانی بین رفتار معاون و مرتکب جرم شرط است. چنانچه فاعل اصلی جرم، جرمی شدیدتر از آنچه مقصود معاون بوده است مرتکب شود، معاون به مجازات معاونت در جرم خفیف تر محکوم می‌شود.»

۲. ماده ۱۲۷: «در صورتی که در شرع یا قانون، مجازات دیگری برای معاون تعیین نشده باشد، مجازات وی به شرح زیر است:

الف- در جرائمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات یا حبس دائم است، حبس تعزیری درجه دو یا سه

ب- در سرقت حدی و قطع عمدی عضو، حبس تعزیری درجه پنج یا شش

پ- در جرائمی که مجازات قانونی آنها شلاق حدی است سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش

ت- در جرائم موجب تعزیر یک تا دو درجه پایین تر از مجازات جرم ارتكابی



سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. از آنجا که تعداد زیادی از حدود مستوجب شلاق هستند لذا در بسیاری از موارد، معاون مشمول همین بند می‌گردد. برای نمونه، اکراه کننده بر مصرف مسکر مصداق این بند است، زیرا مجازات مصرف مسکر - همچنان که در ماده ۲۵۶ قانون مجازات اسلامی آمده است<sup>۱</sup> - شلاق حدی است. در سایر حدود هم باید به همین ترتیب عمل نمود.

نکته مثبت این دیدگاه آن است که به صراحت تعیین تکلیف نموده است و رهیافت مجازات مکره به عنوان معاون را برای برون رفت از این مشکل ارائه نموده است و از این حیث قابل تقدیر است. اما ایرادی که در خصوص این نظریه وجود دارد و برخی اساتید (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵) نیز به آن تصریح نموده‌اند آن است که منظور اکراه در ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی اکراه غیر قابل تحمل است و مانع مسئولیت کیفری می‌گردد. حال آنکه تهدید مندرج در ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی که از مصادیق معاونت تلقی شده است به نوعی اکراه قابل تحمل است. در غیر این صورت، نمی‌تواند مصداق معاونت باشد. در نظریه فوق به این نکته توجه نشده است. در واقع، وجه تمایز تهدید تشکیل دهنده اکراه (موضوع ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی) و تهدید به عنوان معاونت (بند الف ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی) آن است که اکراه و تهدید قابل تحمل، معاونت است و اکراه غیر قابل تحمل، موضوع ماده ۱۵۱ است. در نظریه فوق، اکراه غیر قابل تحمل، مصداق معاونت تلقی شده است در حالی که تهدید موضوع معاونت، تهدید قابل تحمل است نه تهدید غیر قابل تحمل. بنابراین، از نظر برخی از نویسندگان نمی‌توان مکره در حدود را معاون جرم تلقی کرده و مطابق ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی او را مجازات کرد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵: ۱۶۵-۱۶۴). از این منظر، اجرای حکم واحد بر دو وضعیت متفاوت امری ناصواب است.

#### ۴-۱. شمول ماده ۶۶۹ قانون تعزیرات (تهدید) بر عمل فرد مکره

از دیگر راهکارهایی که برای مجازات فرد اکراه کننده می‌توان در نظر گرفت این است که عمل فرد را مشمول تهدید موضوع ماده ۶۶۹ قانون تعزیرات تلقی نمود و مطابق ماده مزبور فرد را مجازات

تبصره ۱- در مورد بند (ت) این ماده مجازات معاون از نوع مجازات قانونی جرم ارتكابی است مگر در مورد مصادره اموال، انفصال دائم و انتشار حکم محکومیت که مجازات معاون به ترتیب جزای نقدی درجه چهار، شش و هفت است.

تبصره ۲- در صورتی که به هر علت قصاص نفس یا عضو اجراء نشود، مجازات معاون بر اساس میزان تعزیر فاعل اصلی جرم، مطابق بند (ت) این ماده اعمال می‌شود.»

۱. ماده ۲۶۵: «حد مصرف مسکر، هشتاد ضربه شلاق است.»

کرد. مطابق این ماده: «هر گاه کسی دیگری را به هر نحو تهدید به قتل یا ضررهای نفسی یا شرفی یا مالی و یا به افشاء سری نسبت به خود یا بستگان او نماید، اعم از اینکه به این واسطه تقاضای وجه یا مال یا تقاضای انجام امر یا ترک فعلی را نموده یا ننموده باشد به مجازات شلاق تا (۷۴) ضربه یا زندان از دو ماه تا دو سال محکوم خواهد شد». رفتار مرتکب در این ماده، تهدید نمودن به هر نحو است و با توجه به قید اخیر، قانون‌گذار عملاً تمامی مصادیق اعم از تهدید مادی و معنوی را در شمول این عنوان قرار داده است. مضافاً بر اینکه وسیله نیز نقشی ندارد (آقائی نیا، ۱۳۹۲: ۱۹۴). از این رو، برخی تهدید مندرج در این ماده را مصداق اکراه معنوی دانسته‌اند؛ زیرا، موضوع آن آبرو و حیثیت مکروه است (غلامی، ۱۳۹۱: ۶۲).

با این حال به این رهیافت نیز ایراداتی وارد است؛ نخست آنکه، جرم تهدید موضوع ماده ۶۶۹ معمولاً هنگامی مطرح می‌شود که آنچه به آن تهدید شده است، عملی نشده باشد. در واقع، در صورت عملی شدن تهدید، دیگر نمی‌توان آن را تهدید دانست و ذیل عنوان مجرمانه دیگری قابل تعقیب است. در واقع، تهدید موضوع ماده ۶۶۹ مطلق است و مقنن در مواردی که تهدید عملی شود به همان نتیجه نظر داشته است مانند ماده ۶۶۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)<sup>۱</sup> که مقنن تهدیدی را که منجر به نتیجه یعنی دادن سند یا نوشته شده است را بیان کرده و همان طور که روشن است در این مورد فقط با یک اتهام مواجه هستیم آن هم تهدید عملی شده (اخذ نوشته یا سند). در غیر این صورت در اغلب موارد، در کنار جرایم علیه اشخاص، تهدید نیز وجود دارد و در هر پرونده باید قائل به تعدد مادی میان تهدید و جرایم رخ داده شد. حال آنکه این امر با فلسفه جرم‌انگاری جرایم ناقصی نظیر تهدید منافات دارد. در واقع، ممکن است اصلاً رفتاری ارتکاب نیابد یا اقدامی که انجام می‌شود مجرمانه نباشد.

به‌علاوه، آنچه از منظر قانون مجازات اسلامی عاملی برای رفع مسئولیت کیفری خوانده شده است، اکراه غیرقابل تحمل است که معادل اجبار می‌باشد. بنابراین، سخن از اکراه در قانون مجازات اسلامی به‌عنوان رافع مسئولیت کیفری، اکراه عادی نیست تا بتوان در فرض سکوت، احکام تهدید را بر آن بار نمود. باید توجه داشت که بر همین اساس، در نظام‌های حقوقی همه کشورهای دو اصطلاح تهدید و اکراه و به‌ویژه اکراه غیرقابل تحمل (اجبار) مجزا از تهدید قرار گرفته است و قانون‌گذاران از

۱. ماده ۶۶۸: «هر کس با جبر و قهر یا با اکراه و تهدید دیگری را ملزم به دادن نوشته یا سند یا امضاء و یا مهر نماید و یا سند و نوشته‌ای که متعلق به او یا سپرده به او می‌باشد را از وی بگیرد به حبس از سه ماه تا دو سال و تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد.»

بنا گذاشتن آن‌ها در پی مقاصدی بودند. از این رو، قرار دادن حکم اکراه کننده به اکراه غیر قابل تحمل ذیل احکام و مقررات تهدید این تقسیم را نادیده می‌گیرد و حکم را بسیار تقلیل می‌دهد و مشخص است که اگر بنا بود تهدید برای چنین وضعیتی کافی باشد، قانون‌گذار به همان اکتفا می‌کرد و دیگر نیازی به تقنین در خصوص اکراه نبود.

همچنین، محدود کردن فرد به کیفر جرم تهدید افزون بر ایرادات مطرح شده، موجب رهایی مرتکب از تبعات رفتاری می‌شود که واقع شده است. به ویژه آنکه به سبب اکراهی بودن رفتار مکره وی نیز فاقد مسئولیت کیفری است و می‌تواند بزه‌دیده را در مقام طرح شکایت با مانع مواجه کند. زیرا، اگر مخاطب تهدید خود بزه‌دیده نباشد، در عمل امکان شکایت از کسی را نخواهد داشت و در این فرض تنها مکره به استناد تهدیدی که از سوی مکره تحمل کرده، می‌تواند از وی شکایت کند. بنابراین، تمامی مسیرهای کیفری پیش روی بزه‌دیده بسته است.

#### ۵-۱. اعمال مجازات مباشرت در جرم حدی برای فرد مکره

یکی دیگر از راهکارهای قابل‌ارائه در این خصوص آن است که در صورت انتساب عرفی، مجازات مباشر جرم حدی بر فرد مکره اعمال شود. در این خصوص دو نوع تفسیر را می‌توان ارائه نمود. یکی، عدم ثبوت مجازات حدی بر اکراه کننده است. بدین توضیح که مجازات‌های حدی فقط برای مرتکب جرم حدی ثابت است و احکام مجازات‌های حدی شامل اکراه کننده بر جرم حدی نمی‌شود. به بیان دیگر، موضوع مجازات‌های حدی، فرد مرتکب یا مباشر است که در عملیات اجرایی آن جرم شرکت داشته است و جرم بدون تردید به او مستند است و مباشر مادی جرم تلقی می‌گردد (نک: شمس نتری و دیگران، ۱۳۹۳: ۳۷۸). از این رو، موضوع مسئولیت کیفری در جرایم حدی در ماده ۲۱۷، «مرتکب» قرار داده شده است و اکراه کننده، مرتکب نیست. بر اساس این ماده: «در جرایم موجب حد، مرتکب در صورتی مسئول است که علاوه بر داشتن علم، قصد و شرایط مسئولیت کیفری به حرمت شرعی رفتار ارتكابی نیز آگاه باشد». بنابراین، چون فرد اکراه کننده، مباشر مادی جرم حدی محسوب نمی‌گردد، لذا مجازات حدی بر او بار نمی‌شود؛ زیرا موضوع مجازات‌های حدی، فرد مرتکب یا مباشر مادی است و بر فرد اکراه کننده چنین اطلاقی نمی‌توان کرد. گرچه، به این نظر ایراد وارد شده است که محدود کردن کیفر جرایم حدی بر مباشر جرم تنها از باب اجماع است (نک: کلانتری و دیگران، ۱۳۹۸) و دلیل دیگری در این خصوص وجود ندارد و اگر این تحلیل در حدود پذیرفته شود، باید به تعزیرات نیز تسری پیدا کند و حکم قانون‌گذار در قسمت نخست ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی مبنی بر اینکه مکره به جرایم تعزیری، کیفر فاعل جرم را تحمل می‌کند، دارای ایراد می‌شود.

تفسیر بعدی آن است که در جرایم حدی که قابلیت انتساب جرم حدی به فرد اکراه کننده وجود دارد مانند سرقت یا قوادی، می توان مجازات جرم حدی را بر اکراه کننده اعمال کرد. این رویکرد در واقع، معیار را امکان سنجی انتساب بزه ارتكابی به مکره قرار داده است. بر این اساس، در صورت استناد عرفی عمل به اکراه کننده، وی مستوجب مجازات حدی است. مؤیدی که بر این دیدگاه می توان ارائه نمود، استناد به ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در خصوص مجازات سردستگی است. مطابق این ماده، هر کس سردستگی یک گروه مجرمانه را برعهده گیرد به حداکثر مجازات شدیدترین جرمی که اعضای آن گروه در راستای اهداف همان گروه مرتکب شوند، محکوم می گردد مگر آنکه جرم ارتكابی موجب حد یا قصاص یا دیه باشد که در این صورت به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می شود. در محاربه و افساد فی الارض زمانی که عنوان محارب یا مفسد فی الارض بر سردسته گروه مجرمانه صدق کند حسب مورد به مجازات محارب یا مفسد فی الارض محکوم می گردد. به موجب قسمت اخیر این ماده، فرد سردسته که ممکن است در عملیات اجرایی شرکت نکرده باشد، به دلیل صدق عنوان محارب یا مفسد بر وی، حسب مورد به مجازات محارب یا مفسد فی الارض محکوم می گردد. یعنی در اینجا، فرد سردسته با اینکه در عملیات اجرایی جرم یعنی در تجرید السلاح لاخافة الناس شرکت نکرده است اما به دلیل انتساب عرفی عمل محاربه به وی، به عنوان مرتکب تلقی و مجازات می گردد. این امر می تواند قرینه ای بر صحت برداشت دوم باشد.

بنابراین، به نظر می رسد که قانون گذار در مواردی به رغم وجود این نظر که مباشرت در ارتكاب جرم حدی شرط است، مجازات مباشر جرم حدی را بر افرادی که در رفتار مادی جرم دخالت نداشتند، جاری می داند. بدین ترتیب، می توان میان وضعیت مکره در جرایم مختلف قائل به تفصیل شد و در جرایمی که امکان استناد عمل به مرتکب وجود دارد، کیفر را بر مکره بار نمود و در مواردی مانند جرایم جنسی که این امکان منتفی است، از شیوه دیگری برای به کیفر رساندن مکره استفاده کرد. در واقع، حکم ماده ۱۳۰ را قرینه ای بر جواز قانون گذار برای برخورد متفاوت در جرایم حدی مختلف دانست.

البته، این نظر هم ایراداتی دارد. برای اجرای این رهیافت نیاز است تا قانون گذار به مانند ماده ۱۳۰ حکم مجزایی در خصوص هر یک از حدود را بیان کند. در غیر این صورت موجب تشتت آرا و نظرات خواهد بود و با توجه به سنگین بودن کیفر برخی از حدود، از احتیاط به دور است. به علاوه، اجرای ملاک ماده ۱۳۰ بر مورد اکراه، نوعی قیاس خواهد بود که قابل پذیرش نیست.

## ۶-۱. تعیین مجازات جایگزین حبس برای فرد مکروه به استناد ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

رهیافت دیگر این است که چه بسا بتوان فرد اکراه کننده در جرایم حدی را بر طبق ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی محکوم و مجازات نمود. این ماده مقرر می‌دارد: «مرتکبان جرایمی که نوع یا میزان تعزیر آن‌ها در قوانین موضوعه تعیین نشده است به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند». توضیح آنکه، تردیدی نیست که فرد اکراه کننده مرتکب فعل حرام مفسده آمیزی شده است که مستوجب تعزیر است و چون نوع و میزان تعزیر او در قانون مشخص نشده است لذا باید مطابق ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی برای او جایگزین حبس تعیین نمود.

این نظر هم ایرادات خود را دارد؛ نخست، کلمه (مرتکب) در ماده منصرف به مباشر مادی جرم است و فرد اکراه کننده مباشر محسوب نمی‌شود. از سوی دیگر، تعیین مجازات جایگزین حبس که نوعاً خفیف و ملایم است برای فرد اکراه کننده منطقی و بازدارنده نیست و خلاف اصل تناسب میان جرم و کیفر است. اگرچه، مواردی نیز وجود دارد که قانون گذار تناسب را رعایت نکرده است، اما، در جایی که قطع و یقین وجود نداشته باشد و در مقام تفسیر لازم است که اصل تناسب رعایت شود و به این استناد رویکرد مورد بحث قابل رد است. سوم، در جرایم جایگزین در وهله نخست باید نوع مجازات مشخص باشد تا بتوان احکام مجازات جایگزین مناسب را بر آن بار کرد. در این فرض کیفری وجود ندارد تا بتوان مطابق با آن کیفر جایگزین را تعیین نمود. بنابراین، به دلیل آنکه نوع و میزان تعزیر مشخص نیست، چگونگی تعیین مجازات‌های جایگزین حبس و به ویژه تخلف محکوم از انجام آن‌ها چالش‌های بعدی است که قاضی هم در مرحله تعیین مجازات و هم در مرحله اجرای مجازات با آن‌ها مواجه خواهد بود. هرچند می‌توان این نظر را نیز مطرح کرد که ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی به منظور فائق آمدن بر این مشکلات و نقص قوانین موجود در خصوص میزان تعزیر وضع شده است. با این حال به این نظر می‌توان این ایراد را وارد کرد که معمولاً قانون گذار به منظور برخورد با رفتارهای مجرمانه سنگین، کیفر مورد نظر را ذکر می‌کند و کمتر از این امر غفلت ورزیده است. این مورد معمولاً نسبت به رفتارهایی که چندان اهمیت ندارند یا به تعبیری چندان سنگین نباشند، بیشتر محتمل است که در خصوص آن‌ها می‌توان این نظر را وارد دانست و به این استناد این نقص را برطرف نمود. اما، در خصوص کیفر اکراه در جرایم حدی باید گفت که شیوه مقنن در به کیفر رساندن مرتکب اکراه در جرایم تعزیری، خود اماره‌ای بر این است که بنای مقنن بر شدت عمل نسبت به این افراد است؛ زیرا، در جرایم تعزیری مطابق ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی، کیفر مکروه، مجازات فاعل جرم است. بنابراین، سیاست قانون گذار بر شدت عمل کیفری نسبت به اکراه کنندگان

است. بنابراین، چگونه کیفر مکره به جرایم حدی با توجه به اهمیت این جرایم تنها کیفر جرم تهدید باشد. لذا این رهیافت، نیز از منظر منطقی قابل پذیرش نمی‌باشد.

## ۲. نظریه مختار

به منظور بررسی رهیافت‌های مختلف و تعیین مناسب‌ترین مورد باید پیش از هر چیز به وضعیت مکره توجه کرد. در واقع، مسئولیت مکره و چگونگی تعیین کیفر برای وی به وضعیت مکره مربوط می‌شود؛ زیرا، رفتار مادی از سوی مکره انجام شده است. بنابراین، ارزیابی موقعیت کسی که وی را به این رفتار سوق داده است، در گرو تعیین حکم قانونی برای اوست.

مطابق عموماً حقوق کیفری و به استناد ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی، مکره در این خصوص هیچ گونه مسئولیت کیفری ندارد. مطابق ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی: «مسئولیت کیفری در حدود، قصاص و تعزیرات تنها زمانی محقق است که فرد حین ارتکاب جرم، عاقل، بالغ و مختار باشد به جز در مورد اکراه بر قتل که حکم آن در کتاب سوم «قصاص» آمده است». بر این اساس یکی از شرایط مسئولیت کیفری در جرایم حدی از جمله شرب مسکر، اختیار است و اکراه‌شونده چون فاقد این شرط است، هیچ گونه مجازاتی اعم از حد و غیرحد متوجه او نیست. با وجود این ماده و صراحتی که در آن وجود دارد، قانون‌گذار مجدداً در فصل مربوط به حدود و در مقررات عمومی آن به این امر پرداخته و بار دیگر بر آن تأکید نموده است. مواد ۲۱۷ (به‌طور خاص) و ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی در این باره مقرر می‌دارند:

«ماده ۲۱۷: در جرایم موجب حد، مرتکب در صورتی مسؤول است که علاوه بر داشتن علم، قصد و شرایط مسئولیت کیفری به حرمت شرعی رفتار ارتكابی نیز آگاه باشد.  
ماده ۲۱۸: در جرایم موجب حد هرگاه متهم ادعای فقدان علم یا قصد یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم نماید در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شود و اگر ادعاء کند که اقرار او با تهدید و ارباب یا شکنجه گرفته شده است ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود.»

از این رو، قانون‌گذار همچنان که در فصل مربوط به شرایط مسئولیت کیفری و همچنین در مقررات عمومی مربوط به حدود، اکراه‌شونده را به جهت فقدان شرط اختیار، فاقد مسئولیت کیفری دانسته است در فصل مربوط به موانع مسئولیت کیفری نیز، بار دیگر طی ماده ۱۵۱ تصریح می‌کند که اکراه مانع مسئولیت کیفری است و اکراه‌شونده مجازات نمی‌گردد. بنابراین، چون یکی از شرایط مسئولیت کیفری در همه جرایم و از جمله حدود، داشتن اختیار است و فرد اکراه‌شونده فاقد این شرط است، پس هیچ گونه مجازاتی اعم از حد و غیرحد متوجه او نیست.

اما در خصوص مجازات فرد اکراه‌کننده به جرم حدی، قانون‌گذار، جرم‌انگاری خاص و جداگانه‌ای ننموده و بالتبع برای آن مجازات خاصی نیز مقرر نکرده است. از طرفی هم نمی‌توان جمله ابتدایی ماده ۱۵۱ را در مورد حدود و قصاص جاری دانست و مجازات اکراه‌کننده بر جرایم موجب حد و قصاص را مجازات فاعل جرم دانست. چراکه، اگر مقصود قانون‌گذار این چنین بود دیگر نیازی به تفکیک این دو جمله و بیان آن‌ها در دو حکم جداگانه نبود. از این رو، باید دارای مقررات دیگری باشد که از دیگر مواد قانون فهمیده می‌شود. در واقع، مفهوم مخالف این قسمت از ماده این تفسیر را ایجاب می‌کند. نکته دیگری که در تفسیر این ماده و تعیین قانون مقرر برای تعیین حکم اکراه در جرایم حدی باید از نظر گذراند این است که مقصود از عبارت اخیر ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی این نیست که درباره اکراه‌کننده بر جرم حدی، طبق مقررات کتاب حدود رفتار می‌شود و سپس اشکال کنیم که در کتاب حدود، مقرراتی برای اکراه‌کننده ذکر نشده است. اگر در عبارت اخیر ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی دقت کنیم ملاحظه می‌کنیم که بیان شده است: «در جرایم موجب حد و قصاص طبق مقررات مربوط عمل می‌شود» نه «طبق مقررات مربوط در کتاب حدود». از این رو نباید انتظار داشت ضرورتاً مقررات مربوط به اکراه‌کننده بر جرم حدی در کتاب حدود بیان شده باشد، بلکه ممکن است این مقررات در سایر بخش‌های قانون مجازات اسلامی مانند کتاب کلیات ذکر شده باشد.

اما، پیش از آنکه بتوان مقررات مناسب برای به کیفررساندن مرتکب را یافت، باید در ابتدا مشخص کرد که آیا رفتار وی قابلیت پاسخ را دارد؟ و اگر این چنین است این پاسخ در چه قالبی می‌گنجد؟ به نظر می‌رسد کسی که زمینه ارتکاب یک گناه یا جرمی را فراهم می‌کند یا دیگری را به ارتکاب آن سوق می‌دهد یا برای ارتکاب تهدید و در یک وضعیت خاص قرار می‌دهد، اگر بیشتر از مباشر رفتار قابل سرزنش نباشد، کمتر از وی نیست. در اکراه به جرایم حدی که در زمره گناهان مهم و سنگین هستند نیز به نظر می‌رسد که فرد اکراه‌کننده به جرم حدی، از منظر فقهی مرتکب فعل دارای مفسده شده است و از این باب، مستوجب تعزیر است. فرد مکره هم علی القاعده مسئولیتی اعم از حد و غیر آن ندارد. افزون بر این، مجازات حدی را هم نمی‌توان بر فرد مکره اعمال نمود؛ زیرا فرد مکره مباشر محسوب نمی‌شود و مجازات‌های حدی صرفاً بر مباشر مادی جرم قابل اعمال هستند و شیوه تقریر ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی و تفکیک میان جرایم تعزیری از یک سو و حد و قصاص از سوی دیگر نیز بیانگر این است که قانون‌گذار بر آن بوده که حکم اکراه در حدود و قصاص متفاوت از تعزیر باشد. بنابراین، نمی‌توان قاعده مربوط به کیفرهای تعزیری را بر مکره جرایم حدی بار نمود و وی را به کیفر فاعل جرم رساند. لذا فرد اکراه‌کننده از باب ارتکاب فعل حرام قابل کیفر است ولی با توجه به مبانی موجود می‌توان وی را به تعزیر رساند. اگرچه فقهای متقدم در خصوص

مجازات فرد مکروه در جرایم حدی مطلب خاصی را بیان نکرده‌اند اما، پاسخ مراجع معاصر در استفتائاتی که از ایشان شده است تأکیدی بر قابل‌تعزیر دانستن مکروه در جرایم حدی است. در این استفتائات بر این نکته تصریح شده است که مجازات تعزیری بر اکراه کننده بر جرم حدی زنا ثابت است و از جهت ثبوت مجازات تعزیری فرقی میان اکراه بر زنا با اکراه بر شرب مسکر وجود ندارد. در استفتایی که از مراجع تقلید به عمل آمد، در پاسخ به این پرسش «مجازات فردی که دیگران را به زنا اکراه می‌کند چیست؟»، تمامی آنان به تعزیر اکراه‌کننده قائل بودند و حتی برخی در پاسخ آن را مستوجب تعزیر شدید می‌دانستند.<sup>۱</sup>

در پرسش دیگری دال بر اینکه اگر زنی، مردی را با اسلحه یا به نحوی دیگر تهدید کند که اگر با وی زنا نکند چنین و چنان می‌کند و مرد واقعاً مکروه واقع شود، آیا حکم مکروه در اینجا نیز ثابت است؟ آیت‌الله مکارم شیرازی در پاسخ فرموده‌اند: «در فرض مسئله، حکم زنای به عنف که اعدام است در مورد زن جاری نمی‌شود، فقط حد دارد (رجم یا جلد به اختلاف موارد)» (مجموعه استفتائات جدید، ۱/۱۳۷۵: ۳۵۱). در واقع، در این مورد نیز مکروه فاقد مسئولیت، اما مکروه با توجه به وضعیت ارتکاب جرم به کیفر مناسب می‌رسد.

۱. آیت‌الله محمد تقی بهجت: به نظر حاکم تعزیر می‌شود مگر این که داخل در عنوان محارب بشود (۱۳۸۱/۰۲/۲۶). آیت‌الله سید علی سیستانی: تعزیر می‌شود مگر آن که جمع کند بین زانی و زانیه که حدّ قیادت دارد (۲۶ ربیع‌الاول ۱۴۲۵ق).

آیت‌الله لطف‌الله صافی گلپایگانی: در فرض سؤال تعزیر می‌شود به مقداری که حاکم شرع صلاح بداند (۱۳۸۰/۱۲/۰۷).

آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی: تعزیر شدید دارد (۱۳۸۰/۱۲/۰۸).

آیت‌الله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: تعزیر می‌شود (۱۳۸۳/۰۴/۱۴).

آیت‌الله حسین نوری همدانی: تعزیر می‌شود (۱۳۸۰/۱۱/۱۴).

نرم افزار گنجینه استفتائات قضائی، سؤال ۵۷۸۹.

آیت‌الله محمد تقی بهجت: مربوط به حاکم شرع می‌شود (۱۳۸۱/۰۵/۰۱).

آیت‌الله لطف‌الله صافی گلپایگانی: تعزیر می‌شود به مقداری که حاکم شرع مصلحت بداند و دون الحد باشد والله العالم (۱۳۸۰/۱۲/۰۷).

آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی: تعزیر شدید دارد (۱۳۸۱/۰۱/۱۷).

آیت‌الله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: به حسب مصلحت و مورد، باید تعزیر شود (۱۳۸۱/۰۱/۲۱).

آیت‌الله حسین نوری همدانی: بر اساس نظر حاکم شرع وی را تعزیر می‌کنند (۱۳۸۰/۱۲/۲۵).



همچنین در این خصوص سؤالی مطرح شده است که هر چند موضوع نوشتار حاضر نیست اما از مناظ آن می توان استفاده نمود. سؤال بدین شرح است: چنانچه کسی دیگری را اکراه یا امر به امساک و یا نظارت بر قتل کند حکم هر کدام از امر و اکراه کننده بر امساک و نظارت و حکم ممسک و ناظر در این فرض چیست؟

آیت الله صافی گلپایگانی: حکم تعزیر است. والله العالم. (۱۳ رمضان المبارک ۱۴۲۷ هـ ق) (گنجینه استفتانات قضایی، سؤال ۴۵۹).

آیت الله فاضل لنکرانی: امر و اکراه کننده بر امساک را، به مقداری که حاکم شرع صلاح بداند تعزیر می کنند و حکم حبس ابد نسبت به آنان محل اشکال است. ممسک زندان ابد می شود تا در زندان بمیرد. و ناظر را نابینا می کنند (۱۳۸۵/۰۹/۱۷) (گنجینه استفتانات قضایی، سؤال ۴۵۹).

آیت الله مکارم: حکم هر سه حبس است (۱۳۸۵/۰۷/۲۹) (گنجینه استفتانات قضایی، سؤال ۴۵۹).

آیت الله موسوی اردبیلی: به نظر اینجانب بعید نیست امر و مکره بر امساک که لولا الامساک مباشر قادر بر قتل نباشد مشمول حکم حبس ابد شود. ولی امر و مکره بر نظارت تعزیر مناسب می شود (۱۳۸۵/۰۷/۲۹) (گنجینه استفتانات قضایی، سؤال ۴۵۹).

از مجموع پاسخها می توان دریافت که در این مورد هم مجازات اصلی (کور کردن چشم یا حبس ابد) بر فرد مکره اعمال نمی گردد و مستوجب تعزیر خواهد بود. بنابراین، از مجموع ادله وارده و استفتانات صورت گرفته در این خصوص، تعزیر مکره وارد است و شرعاً اکراه کننده بر جرم حدی تعزیر می شود. اما، این پرسش در اینجا قابل طرح است که با توجه به عدم ذکر حکمی در این خصوص چه کیفری برای وی مقرر می شود و به عبارتی از کدام مقررات می توان برای به کیفر رساندن مرتکب بهره برد. زیرا، از سویی نمی توان کیفر مباشر جرم را بر او اعمال کرد و از سوی دیگر با توجه به تبعات منفی رفتار ارتكابی نمی توان وی را رها کرد. از منظر حقوقی، هیچ یک از رهیافت های موجود کامل و بدون ایراد نیستند. اما، به منظور فائق آمدن بر این مشکل باید یک رویکرد را برگزید. در نهایت با توجه به جمیع جهات، به نظر رهیافت معاون تلقی کردن فرد اکراه کننده بر جرایم حدی با ایراد و اشکال کمتری مواجه است و تا زمانی که مقنن به طور صریح در این خصوص تعیین تکلیف نکند، استناد به مواد ۱۲۶ و ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی برای مجازات فرد اکراه کننده، به عنوان معاون در جرم، با اشکال و ایراد کمتری مواجه خواهد بود. البته، برای تقویت این دیدگاه می توان به قرائنی که در قانون مجازات اسلامی وجود دارد نیز اشاره کرد. حکم ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی برای به کیفر رساندن سردسته در جرایم موجب حد یا قصاص یا دیه که حداکثر مجازات معاونت در همان

جرم است، می‌تواند قرینه‌ای برای پذیرش این دیدگاه از سوی مقنن باشد و به تعبیری با سیاست قانون‌گذار در مجازات اسلامی هماهنگ‌تر به نظر می‌رسد.

به‌علاوه، تسری احکام معاونت بر این وضعیت می‌تواند فایده‌دیگری را برای مجریان به همراه داشته باشد و آن‌ها را با نظام نسبتاً کاملی مواجه کند؛ زیرا، علاوه بر اینکه ایراد اصلی قانونی بودن را مرتفع می‌کند، احکام فرعی موجود ذیل فصل معاونت در جرم، امکانات بیشتری برای اجرای این رهیافت در اختیار مجریان امر قرار می‌دهد. برای مثال، وجود قسمت انتهایی تبصره ماده ۱۲۶ مبنی بر اینکه اگر فاعل اصلی جرم، مرتکب رفتاری شدیدتر از آنچه مقصود معاون بوده شود، کیفر معاون مطابق آنچه مقصود وی بوده تعیین می‌گردد، می‌تواند عدالت را برقرار کند و مکره نمی‌تواند به ادعای اکراه، مرتکب هر رفتاری شود. از سوی دیگر، معاون تلقی کردن مکره ویژگی دیگری نیز دارد و آنکه چون اکراه از جهات شخصی محسوب می‌شود، عدم تعقیب مکره به استناد این جهت مانع از تعقیب مکره نخواهد بود. در این خصوص مقررات ماده ۱۲۹ قانون مجازات اسلامی قابل توجه است. اگرچه، همان گونه که پیش از این گفته شد، این رهیافت نیز مشکلات خود را دارد.

#### نتیجه

اکراه به‌عنوان یکی از عوامل رافع مسئولیت کیفری در ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی بیان شده است. اگر شرایط اکراه وجود داشته باشد، بدون تردید فرد مکره مسئولیت کیفری ندارد و در جرایم موجب تعزیر، اکراه‌کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می‌شود. البته در مورد اکراه به قتل، مطابق نظر مشهور فقها و همچنین ماده ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی مجوز ارتکاب قتل نیست و مرتکب قصاص می‌شود و اکراه‌کننده به حبس ابد محکوم می‌گردد. حکم مربوط به سایر جرایم موجب قصاص نیز در کتاب قصاص و مواد ۳۷۶ تا ۳۸۰ قانون مجازات اسلامی ذکر شده است. اما، حکم اکراه در جرایم حدی مشخص نیست و به جز مواردی که به‌صورت پراکنده در قانون مجازات اسلامی ذکر شده است مانند اکراه فردی به زنا یا لواط با وی، در سایر موارد، حکم اکراه به ارتکاب جرایم حدی ساکت است. در این خصوص رجوع به عمومات نیز مشکل را حل نمی‌کند.

حکم عمومی اکراه در ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی بیان شده، اما، در این ماده ابهامی وجود دارد. در حالی که، قانون‌گذار در خصوص اکراه در حدود، تکلیف نوع و میزان مجازات شخص مکره را بیان ننموده است، آن را به مقررات مربوطه ارجاع داده است در حالی که در هیچ جای قانون مجازات اسلامی در این خصوص حکم صریح و مشخصی وجود ندارد. این امر محمل نظرات گوناگونی در این خصوص شده است که هر یک از این نظرات از جهتی دارای ایراد است و نمی‌توان نظر کامل و بدون نقصی را یافت. با این حال، به دلیل نوع رفتار ارتكابی از سوی مکره در جرایم حدی

که اغلب جرایم مهم و سنگینی هستند، نمی‌توان نسبت به این امر سکوت کرد و با نادیده گرفتن پیامدهای سوءرفتار وی به موضوع بی‌توجهی کرد. بنابراین، باید به ناگزیر یک رهیافت را برگزید. از مجموع نظرات بیان شده در نوشتار حاضر به نظر می‌رسد که دیدگاه مبنی بر معاون تلقی کردن مکره با ایراد کمتری مواجه است.

به‌ویژه آنکه دقت در مقررات موجود در قانون مجازات اسلامی، می‌تواند این نظر را تقویت و آن را هم‌سو با سیاست‌های مقنن در سایر موارد مانند سردستگی قرار دهد. افزون بر این، با توجه به اینکه معاونت از مقررات خاصی برخوردار است و نظام حاکم بر آن مشخص شده است، قرار دادن این وضعیت ذیل عنوان معاونت می‌تواند مجریان را با یک نظام نسبتاً کاملی که کم‌ترین ابهام در آن وجود دارد، مواجه کند و از این جهت مجریان بهتر تجهیز می‌شوند.

اما، با توجه به ایراداتی که بر این دیدگاه وارد است، لازم است که قانون‌گذار به‌صراحت حکم اکراه در حدود را حتی در قالب چند ماده بیان کند. در واقع، اگرچه فقها در این خصوص سکوت کرده و حکم خاصی را مگر در برخی از انواع حدود بیان نکرده‌اند، اما، با توجه به وجود مبانی محکم برای تعزیر این رفتار، لازم است قانون‌گذار کیفر یا قاعده‌مناسبی برای مکره در جرایم تعزیری بیان کند و تمسک به رهیافت معاون تلقی کردن مکره نظر تنها از باب رفع محذور است و باید در این خصوص قانون‌گذار به‌صراحت حکم قضیه را مشخص کند.

## منابع

## فارسی

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۳)، *حقوق جزای عمومی*، جلد دوم، چاپ سی و هفتم، تهران: انتشارات میزان.
- احمدزاده، رسول و غلامحسین الهام (۱۳۹۷)، «قبض و بسط اصل ۱۶۷ قانون اساسی در قلمرو کیفری»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، سال ۲۵، شماره ۹۵.
- الهام، غلامحسین و محسن برهانی (۱۳۹۴)، *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*، جلد اول، تهران: انتشارات میزان.
- امیدی، جلیل، مرتضی جوانمردی صاحب و ژیلاد مرادپور (۱۳۹۸)، «نقش علم قاضی در احراز عنف و اکراه در جرایم منافی عفت: بررسی‌های نظری و تجربه‌های عملی»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال ۱۱، شماره ۲۰.
- تاتاری بله‌سور، اسماعیل و افسانه تاتاری بله‌سور (۱۳۹۹)، «بررسی اکراه و اجبار در قانون مجازات اسلامی»، *فصلنامه دانش انتظامی کردستان*، سال یازدهم، شماره دوم (پیاپی ۴۲).
- توجهی، عبدالعلی (۱۳۹۴)، *آسیب‌شناسی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، *میسوط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
- حاجی تبار فیروزجانی، حسن و امین فلاح (۱۳۹۶)، «حکم اکراه به قتل و مستندات آن در فقه امامیه و حقوق ایران»، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، سال سیزدهم، شماره ۴۷.
- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۵)، «نقد کتاب درآمدی بر حقوق جزای عمومی تألیف دکتر الهام و دکتر برهانی»، *فصلنامه فقه و حقوق*، سال دوم، شماره ۵.
- حسینی، سیدمحمد (۱۳۸۱)، *سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران*، تهران: انتشارات سمت.
- شمس‌ناتری، محمدابراهیم، حمیدرضا کلانتری، ابراهیم زارع و زینب ریاضت (۱۳۹۳)، *قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان.
- غلامی، علی (۱۳۹۱)، «اضطرار، اجبار و اکراه؛ از ترادف تا تفاوت»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، سال سیزدهم، شماره اول (پیاپی ۳۵).
- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۵)، «حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ قانون اساسی در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، *مجله پژوهش‌های فقهی*، دوره ۱۲، شماره ۲.
- جمعی از محققان (۱۳۸۲-۱۳۹۵)، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی.
- قهرمانی، رضا (۱۳۸۴)، *مسئولیت کیفری مکره در حقوق جزای ایران*، کارشناسی‌ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران: واحد علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی.
- کلانتری، حمیدرضا، محمدابراهیم شمس‌ناتری و احمد حاجی ده‌آبادی (۱۳۹۸)، «مجازات مکره ثالث در جرایم مستوجب حد»، *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۲۰.
- مجموعه استفتائات جدید (۱۳۷۵)، جلد اول، قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب (ع).

- منجمی، سیدمحمدعلی (۱۳۹۴)، اصل تناسب در اکراه رافع مسئولیت کیفری، پایان نامه برای اخذ مدرک کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۸۵)، قواعد فقه، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- رضایی، جمال و پژمان برنازاده (۱۳۹۵)، «بررسی اکراه و اجبار از دیدگاه فقه و حقوق»، مجله فقه و حقوق، شماره ۴.
- منصورآبادی، عباس (۱۳۹۶)، حقوق جزای عمومی ۲، تهران: انتشارات میزان.
- نرم افزار گنجینه استفتائات قضائی، مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، قوه قضائیه، سؤال های ۵۷۸۹ و ۵۸۱۱.

#### عربی

- احمد بن محمد بن فهد الحلّی (۱۴۰۷ق)، المهدّب البارع فی شرح المختصر النافع، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
- الحرّ العاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۴ق)، وسائل الشیعة [تفصیل وسائل الشیعة]، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- المحقق ابی القاسم نجم الدین جعفر بن الحسن الحلّی (۱۴۰۸ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
- الموسوی الخوی، السید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق)، موسوعة الخوئی (مبانی تکملة المنهاج)، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوی.
- النجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.



## حواله کیفری به مجازات حدی در تعزیرات با تأکید بر انجام اعمالی به قصد براندازی نظام

افشین عبداللهی\*

### چکیده

برای اینکه عملی جرم شناخته شود لازم است جرم‌انگاری و مجازات آن عمل در یک ماده قانونی به صراحت ذکر شود تا تکلیف تابعان حقوق کیفری مشخص باشد. با وجود این، گاه قانون‌گذار بنا به برخی ملاحظات از حواله کیفری استفاده می‌کند؛ به این معنی که عمل را در یک ماده جرم‌انگاری می‌کند و برای تعیین مجازات، آن را به مجازات جرم دیگری حواله می‌دهد. این شیوه تعیین مجازات هر چند در تعزیرات به دلیل مقتضیات حکومتی تا حدودی قابل پذیرش است، اما در حواله به مجازات جرایم حدی که در شرع مقدس تعیین شده‌اند، ذهن مخاطبین قانون کیفری را با تردید مواجه می‌کند که موضوع این مقاله است. در این راستا، این تحقیق با روش توصیفی - تحلیلی (انتقادی)، امکان احاله برخی اعمال «با قصد براندازی نظام یا مقابله با حکومت» را که هیچ سابقه‌ای در شرع مقدس به عنوان جرم حدی ندارند، به مجازات جرایم حدی مورد بررسی قرار داده است و در پایان این نتیجه به دست آمد که حواله کیفری به مجازات جرایم حدی خلاف مبانی جرم‌انگاری جرایم حدی، قواعد فقهی و اصول مسلم حقوق کیفری است. از این رو، ضرورت دارد قانون‌گذار جداگانه این اعمال را در قالب جرایم تعزیری پیش‌بینی نماید.

واژگان کلیدی: حواله کیفری، قصد براندازی نظام، مجازات حدی، شفافیت قوانین

## مقدمه

حقوق کیفری ابزاری برای حفاظت از جان، ناموس، مال، آزادی و آبروی شهروندان است و به همین دلیل جایگاهی مهم در میان سایر شاخه‌های حقوق دارد. این جایگاه ایجاب می‌کند که قوانین مربوطه آن در نهایت دقت و صراحت وضع شوند و اختیارات دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری به‌طور دقیق تعیین شود تا جایی برای برداشت‌ها و تفسیرهای متفاوت از مواد آن وجود نداشته باشد و حقوق شهروندان در پرتو آن تضییع نشود. برای این منظور، تحت تأثیر آموزه‌های مکاتب مختلف کیفری اصولی مانند اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری، اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل شفافیت قوانین، قاعده درء و... پدیدار و به تدریج وارد قوانین کیفری شدند. بارزترین هدف اصول مذکور، تعیین تکلیف شهروندان در خصوص اعمال ممنوعه و مباح، جلوگیری از سرگردانی آنان و خودکامگی حکومت‌ها است تا سرخود کسی را محاکمه و مجازات نکنند. برای نمونه، اصل قانونی بودن جرم و مجازات، حاکمان را مقید می‌کند تا فقط در خصوص اعمالی مردم را مجازات کنند که قبلاً در قانون جرم‌انگاری و برای آن تعیین مجازات شده باشد و یا اینکه اگر در مورد عمل ارتكابی از سوی شهروندی، شک وجود داشته باشد که آیا مشمول فلان قانون کیفری است یا خیر، به استناد اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری و قاعده درء، باید از مجازات عمل مزبور خودداری کرد.

به‌رغم اصول فوق، قانون‌گذاران برخی کشورها در امور جزایی از حواله کیفری استفاده می‌کنند. بدین معنی که گاه قانون‌گذار، پاره‌ای مقررات را که پیش‌تر وضع کرده است به موارد و موضوعات مشابه سرایت می‌دهد و به‌جهت اینکه تکرار آن مقررات ملال‌آور نباشد، طی عبارتی کوتاه به مقررات پیشین ارجاع می‌دهد و بدین منظور اعلام می‌کند ترتیب مقرر در فلان قانون و یا حکم ماده‌های آن قانون در این موارد نیز لازم‌الرعایه است (میرزایی، ۱۳۹۳: ۱۲۴) یا اینکه عملی را جرم‌انگاری نموده و برای تعیین مجازات آن به ماده‌ای دیگر ارجاع می‌دهد. مصداق بارز مورد اخیر که به قوانین قبل از انقلاب برمی‌گردد، ماده یک قانون راجع به انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸ است. مطابق این ماده «کسی که مال دیگری را با علم به اینکه مال غیر است به‌نحوی از انحاء، عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند، کلاهبردار محسوب» و به مجازات کلاهبرداری مقرر در ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس و ارتشاء و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ محکوم می‌شود.<sup>۱</sup> در این‌گونه موارد که می‌تواند مشکل‌زا باشد و به تشتت آرا بیانجامد، قانون‌گذار

۱. مصادیق مختلف دیگری از حواله کیفری در تعزیرات را می‌توان قبل و بعد از انقلاب ذکر کرد. برای نمونه، مطابق ماده ۹ قانون تصدیق انحصار وراثت «هر کس با علم به عدم وراثت خود تحصیل تصدیق وراثت نموده و یا با علم به



ضمانت اجرا را به قانون دیگری ارجاع نموده و در واقع کیفر را حواله داده است (بشیریه، ۱۳۸۹: ۶-۷). به‌رغم انتقادات وارده، حواله کیفری در مقررات جزایی بعد از انقلاب، نه تنها در جرایم تعزیری نیز پیش‌بینی شده است، بلکه وارد حوزه جرایم حدی نیز شده است. قانون‌گذار در مواردی کیفرهای شرعی را که دارای تعریف و شرایط خاصی هستند، به اعمالی که خارج از تعریف فقهی است، تسری داده است. یکی از عناوینی که به‌صورت وسیع و گسترده توسط قانون‌گذار ایران استعمال شده است عنوان محاربه است، در حالی که برخی جرایمی که با مجازات محاربه پاسخ داده می‌شوند از نظر عناصر تشکیل‌دهنده و شرایط و اوضاع و احوال، ارتباطی با جرم محاربه ندارند (آقابابایی، ۱۳۸۵: ۱۱۹). برای مثال، مطابق ماده ۵۰۴ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات ۱۳۷۵) چنانچه تحریک مؤثر نیروهای رزمنده به فرار، عصیان، تسلیم یا عدم اجرای وظایف نظامی به قصد براندازی نظام یا شکست نیروهای خودی در مقابل دشمن<sup>۱</sup> باشد، مرتکب به مجازات محارب محکوم می‌شود ولو اینکه این قصد در عمل محقق نشود. همچنین مطابق ماده ۶۷۵ این قانون، اگر آتش زدن کشتی، هواپیما، کارخانه، محل مسکونی و غیره با قصد مقابله با حکومت اسلامی باشد، مجازات محاربه اعمال خواهد شد. حواله کیفری به جرایم حدی به‌ویژه در جرم محاربه به میزان گسترده‌تری در قانون

وجود وارثی غیر از خود تحصیل تصدیق بر خلاف حقیقت کند، به مجازات کلاهبرداری محکوم می‌شود.» همچنین در ماده ۱۱ قانون مذکور برای متصرفین مال متعلق به اشخاص مجهول‌الوارث و یا مدیونین به اشخاص مزبور تحت شرایطی به مجازات خیانت در امانت احاله داده است. نمونه دیگر مواد ۳۴۹ و ۵۵۵ قانون تجارت است که در صورت سوءنیت دلال یا تخلف مدیر تصفیه، به مجازات خیانت در امانت حواله داده شده است. مورد دیگر، کارشناسان رسمی دادگستری است که هرگاه با سوءنیت ضمن اظهار عقیده در امر کارشناسی برخلاف واقع چیزی بنویسند و یا در اظهار عقیده کتبی خود راجع به امر کیفری و یا حقوقی تمام موقوف را ذکر نکنند و یا برخلاف واقع چیزی ذکر کرده باشند جاعل در اسناد رسمی محسوب می‌گردند که در ماده ۳۷ قانون کارشناسان به مجازات جعل در اسناد رسمی حواله داده است. جالب آنکه حواله کیفری در قوانین یک دهه اخیر (دهه نود) نیز مشهود است؛ برای مثال، مطابق ماده ۶۰ قانون بیمه اجباری ... مصوب ۱۳۹۵ فروش هر نوع بیمه‌نامه یا مبادرت به عملیات بیمه‌گری یا نمایندگی بیمه بدون مجوز قانونی، در حکم کلاهبرداری و مستوجب مجازات آن است. برای دیدن نمونه‌های دیگری از حواله کیفری در تعزیرات به ویژه جرایم در حکم کلاهبرداری و خیانت در امانت (نک: حبیب‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۶۷-۱۷۹ و ۲۸۵-۲۸۹) و میر محمدصادقی، ۱۳۹۹: ۱۵۳-۱۳۹).

۱. قانون‌گذار در این زمینه از عبارات متعددی مانند براندازی نظام، مقابله با حکومت، شکست نیروهای خودی مقابل دشمن، اقدام برای جدا کردن قسمتی از قلمرو حاکمیت ایران، برهم زدن امنیت کشور برای افراد نظامی استفاده کرده است که جهت اطاله کلام و رعایت اختصار در این تحقیق از عبارت «قصد براندازی نظام» استفاده می‌شود و مطالبی که گفته می‌شود در مورد سایر عبارات نیز صدق می‌کند.

مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۱ پذیرفته شده است. به عنوان مثال، مطابق ماده ۱۷ این قانون «هر نظامی که برنامه براندازی به مفهوم تغییر و نابودی اساس نظام جمهوری اسلامی ایران را طراحی یا بدان اقدام نموده و به این منظور جمعیتی تشکیل دهد یا اداره نماید یا در چنین جمعیتی شرکت یا معاونت مؤثر داشته باشد محارب محسوب می شود.»<sup>۱</sup> این در حالی است که حواله کیفری قواعد خاصی دارد و به ویژه در جرایم حدی باید با احتیاط بیشتری عمل کرد؛ زیرا با توجه به مقررات شرعی، عملی را می توان به عنوان جرم حدی پیش بینی نمود که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای مجازات آن در شرع مقدس مقرر شده باشد، اما در حواله کیفری انجام یک عمل به قصد براندازی نظام به مجازات حدی چنین مواردی با تردید جدی مواجه است. چنین تردیدی، به ویژه با توجه به اهمیت جرایم حدی مانند محاربه که مجازات آن در بیشتر موارد اعدام است، اهمیت انجام پژوهش را نشان می دهد. از این رو، ضرورت دارد که بررسی شود آیا حواله به مجازات حدی در جرایم مشابه با اصول حاکم بر احاله و حقوق کیفری امروزی مانند اصل شفافیت و تفسیر مضیق قوانین کیفری مطابقت دارد؟ بر این مبنا در تحقیق پیش رو، نظر به اینکه جهت اعمال حواله کیفری باید شرایطی وجود داشته باشد، ابتدا امکان حواله به مجازات حدی در پرتو اصول حاکم بر احاله بررسی می شود که در آن به طور مصداقی جرایم محاربه، افساد فی الارض و بغی با توجه به انعکاس آن ها در قوانین و همچنین سایر جرایم حدی تحلیل شده است (قسمت اول). در ادامه با توجه به اینکه امروزه یکی از اصول نوین حقوق کیفری، شفافیت و قابل فهم بودن قوانین است، در قسمت دوم به میزان شفافیت قوانین و احتمال نقض آن در موارد مربوط به حواله کیفری به مجازات حدی پرداخته شده است. سپس از آنجا که در حواله کیفری به مجازات حدی، به مواردی اشاره شده است که سابقه تقنین در شرع ندارند، لذا احتمال نقض تفسیر مضیق قوانین کیفری و به تبع آن توسل به قیاس یا عدم توجه به قاعده در وجود دارد، از این رو، در قسمت سوم، استفاده از حواله کیفری و امکان نقض تفسیر مضیق قوانین کیفری مورد بحث قرار می گیرد و در پایان با توجه ایرادات مطروحه، ضرورت جرم انگاری برخی اعمال به قصد براندازی نظام پیشنهاد شده است (قسمت چهارم) که حاکی از هدف این تحقیق نیز است؛ زیرا در تحدید حقوق و آزادی شهروندان و همچنین حفظ خون آن ها باید محتاطانه تر عمل کرد و در مواردی که سابقه یقینی در شرع موجود نیست و یا اینکه قانون، صراحت

۱. همچنین رجوع کنید به مواد ۱۹ الی ۲۴ قانون فوق الذکر.

کامل در مصداق و مفهوم ندارد، نباید قاعده درء نقض شود و راه را برای تفسیر موسع قوانین کیفری هموار نمود.<sup>۱</sup>

### ۱. اعمال مجازات حدی در پرتو اصول حاکم بر احاله

با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، احکام دادگاه کیفری برای محکوم کردن بزهکاران باید مستند به مواد قانونی باشد که از بدیهیات حقوق کیفری است. در برخی موارد جرم و مجازات در یک ماده قانونی پیش‌بینی شده است و جهت محکوم کردن مرتکب، استناد به همان ماده کفایت می‌کند. برای مثال، برای محکوم کردن شخصی به اتهام کلاهبرداری، استناد به ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ کفایت می‌کند که در آن ماده هم عمل جرم‌انگاری شده است و هم مجازات وجود دارد. اما برای محکوم کردن به اتهام سرقت حدی، حداقل باید به سه ماده ۲۶۷، ۲۶۸ و ۲۷۸ از قانون مجازات اسلامی استناد کرد؛ زیرا تعریف این جرم در ماده ۲۶۷ و شرایط آن در ماده ۲۶۸ و ضمانت‌اجرای آن در ماده ۲۷۸ بیان شده است. به سخن دیگر، در جرم کلاهبرداری، عنصر قانونی بسیط است و در مورد دوم، عنصر قانونی مرکب است. در قسمت دوم گاه اتفاق می‌افتد که مواد در یک متن و در جوار هم وضع می‌شوند که ایراد خاصی نمی‌تواند داشته باشد زیرا مواد در کنار هم وجود دارد و شهروندان به راحتی از مضمون آن آگاه می‌شوند، اما گاه مواد مورد بحث در متون قانونی پراکنده تصویب می‌گردند. همان طور که گفته شد این شیوه که قانون‌گذار در یک ماده قانونی خاص، جرم‌انگاری و در ماده دیگر، کیفرگذاری می‌کند، حواله کیفری می‌گویند (شاگری و فتحی، ۱۳۹۲: ۱۵۴). این شیوه قانون‌گذاری تا حدودی در جرایم تعزیری با توجه به ماهیت آن در مقررات شرعی و قانونی امروزی پذیرفته شده است، اما سؤال قابل طرح اینکه می‌توان این شیوه را در خصوص جرایم حدی نیز اعمال نمود؟ یعنی عملی را

۱. در خصوص پیشینه تحقیق به طور کلی نوشته‌هایی در مورد ارجاع به قانون دیگر، حواله کیفری، ارجاع کیفری و از این قبیل وجود دارد، اما هیچ یک مشابهتی با موضوع این تحقیق ندارند؛ به ویژه آنکه موضوع مقاله، حواله به مجازات حدی در اعمالی است که به قصد براندازی نظام ارتکاب یافته است. برای نمونه، در مقاله ارجاع قانون به قانون دیگر و دشواری‌های ناشی از آن، بیشتر به مباحث حقوق مدنی این موضوع پرداخته شده است (میرزایی، ۱۳۹۳: ۱۲۳). در مقاله‌ای دیگر تحت عنوان حواله کیفری؛ بررسی کیفر جرم موضوع ماده ۵۱۶ قانون مجازات اسلامی، ماده مذکور تحلیل شده است (بشیریه، ۱۳۸۹: ۳). مقاله دیگری نیز در خصوص رویکردی نوین بر ارجاع کیفری در پرتو اصل وصف‌گذاری منصفانه نگاشته شده است که ضمن بررسی مفهوم ارجاع کیفری به عنوان یکی از شیوه‌های پرکاربرد در فرآیند تقنین، این تکنیک در پرتو اصل وصف‌گذاری منصفانه مورد ارزیابی و تحلیل قرار گرفته است (میرمحمدصادقی و لکی، ۱۳۹۸: ۲۵۵).

که سابقه‌ای به‌عنوان جرم حدی در شرع ندارد، جرم‌انگاری کرد و به مجازات حدی حواله داد. جرایم حدی شرایط و اقتضانات خاص خود را دارد که نیازمند بررسی بیشتر است.

### ۱-۱. امکان احاله به مجازات محاربه و شرایط آن

هر چند در مواد متعدد قانونی بیشتر به مجازات محاربه ارجاع شده است، اما با توجه به اینکه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ جرم بغی به‌عنوان یک جرم جدید حدی پیش‌بینی شده است و از جرم افساد فی الارض نیز تعریفی نو ارائه گردیده، ممکن است شباهت‌هایی بین جرایم مذکور با «اعمال به قصد براندازی نظام یا مقابله با حکومت» وجود داشته باشد، از این رو، امکان حواله کیفری در هر سه جرم حدی مورد بررسی قرار می‌گیرد. لازم به ذکر است چون در بیشتر مواد قانونی از جمله قانون مجازات اسلامی (تعزیرات مصوب ۱۳۷۵) و قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ بیشتر به مجازات محاربه احاله داده شده است، اصول و آثار حاکم بر احاله با توضیحات بیشتری در خصوص جرم محاربه ارائه می‌شود که در مورد سایر جرایم حدی نیز صدق می‌کند.

#### ۱-۱-۱. وحدت در عناصر هر یک از دو جرم

برای احاله مجازات یک فعل یا ترک فعل به جرم دیگر، باید شباهت‌هایی بین آن دو وجود داشته باشد که از جمله آن، یکسانی در عناصر آن‌هاست. وقتی قانون‌گذار عملی را جرم‌انگاری می‌نماید برای تحقق آن شرایطی پیش‌بینی می‌کند که با احراز آن‌ها، جرم را واقع شده تلقی و مطابق آن، مجازات را اعمال می‌کند. برای مثال، شروط لازم در عنصر مادی برای تحقق کلاهبرداری استفاده از مانور متقلبانه، اغفال و فریب بزه‌دیده و بردن مال دیگری است. در جرم انتقال مال غیر که به مجازات کلاهبرداری حواله داده شده است تا حدودی این شرایط یکسان است. در این جرم نیز، هم مرتکب باید از نوعی تقلب، استفاده و مال دیگری را به‌عنوان مال خود قلمداد کند و از این طریق وی را فریب داده و مالش را ببرد. عنصر معنوی جرایم مذکور نیز تا حدی مشابه به نظر می‌رسد؛ سوءنیت عام در هر دو جرم، عمد و آگاهی در اعمال ارتكابی یعنی استفاده از مانور متقلبانه است و سوءنیت خاص همان قصد بردن مال دیگری و محروم کردن دائمی بزه‌دیده از مال متعلق به خود است.

اما این عناصر، در جرم حدی محاربه و افعال با قصد براندازی نظام متفاوت است. عنصر مادی در جرم محاربه کشیدن عمدی سلاح به مقاصد جان، مال، ناموس مردم یا ارباب آن‌هاست که با توجه به مقررات فقهی، از شرایط لازم و ضروری تحقق آن است (محقق حلی، ۱۴۰۹/۴: ۹۸۶ و خویی، بی تا/۱: ۳۱۸)؛ به‌گونه‌ای که اگر در نتیجه وقوع جرایمی مانند درگیری و حمله به شهروندان، امنیت، جان، مال و ناموس مردم به خطر بیافتد بدون اینکه از سلاح استفاده شده باشد، مقام قضایی نمی‌تواند جرم محاربه را به متهم تفهیم یا بررسی نماید. به‌ویژه اینکه محاربه یک جرم حدی است و

کمترین شبهه در آن باعث انتفای تحقق جرم و اعمال مجازات می‌شود. علی‌رغم این حساسیت در وقوع جرایم حدی در شرع مقدس اسلام، مواد متعددی در بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ و قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲، ارتکاب برخی اعمال را در حکم جرم محاربه دانسته است و به مجازات آن حواله داده است. تحریک نیروهای رزمنده به قصد براندازی حکومت یا شکست نیروهای خودی در مقابل دشمن در ماده ۵۰۴، آتش زدن کشتی، هواپیما، منازل مسکونی، انبار یا جنگل و غیره به قصد مقابله با حکومت اسلامی در ماده ۶۷۵ یا خرابکاری در وسایل و تأسیسات مورد استفاده عمومی به منظور اختلال در نظم و امنیت جامعه و مقابله با حکومت اسلامی (ماده ۶۸۷ قانون مجازات اسلامی) و یا مشارکت نظامیان در جمعیت به منظور نابودی نظام (ماده ۱۷ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح) نمونه‌های بارزی هستند که مرتکب در صورت انجام آن‌ها به مجازات محارب محکوم خواهد شد. در حالی که ارکان و شرایط موارد مذکور هیچ مشابهت و یکسانی‌ای با جرم محاربه ندارد. برای مثال، در جرم آتش زدن منازل مسکونی یا عمارت یا بنا به قصد مقابله با حکومت اسلامی، عنصر مادی جرم، آتش زدن اموال است که با یک کبریت هم واقع می‌شود و نیازی به استفاده از سلاح ندارد و لزوماً هم منتهی به رعب و وحشت نمی‌شود، اما همان طور که اشاره شد، شرط تحقق محاربه کشیدن سلاح است.

در مورد جرم تحریک مؤثر نیروهای رزمنده به فرار نیز چنین حالتی وجود دارد. مطابق ماده ۵۰۴ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) صرف تحریک مؤثر نیروها به قصد براندازی حکومت یا شکست در مقابل دشمن، موجب حواله به مجازات محاربه و اعمال مجازات آن خواهد بود. در حالی که عنصر مادی این جرم، تحریک است که معمولاً با بیان الفاظ یا نوشته و نهایتاً ایما و اشاره واقع می‌شود و نیازی به استفاده از سلاح ندارد. همچنین شرط آن، تحریک به شیوه مؤثر به نافرمانی، فرار، تسلیم یا عدم اجرای وظایف نظامی است و قصد جان و... لازم نیست. در جرم اقدام جدا کردن قسمتی از خاک ایران در ماده ۱۹ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح نیز حالت مشابهی وجود دارد؛ این جرم می‌تواند مسلحانه یا بدون حمل سلاح باشد. اگر بدون حمل سلاح ارتکاب یابد مشابهتی با جرم محاربه ندارد. اگر هم مسلحانه باشد قصد جان و غیره وجود ندارد تا بتوان محاربه را تفهیم کرد. همچنین جرم موضوع ماده ۱۷ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح بدین شرح که هر نظامی که برنامه براندازی به مفهوم تغییر و نابودی اساس نظام جمهوری اسلامی ایران را طراحی یا بدان اقدام نموده و به این منظور جمعیتی تشکیل دهد یا اداره نماید یا در چنین جمعیتی شرکت یا معاونت مؤثر داشته باشد محارب محسوب می‌شود. در این حالت نیز، صرف تشکیل گروه، هیچ‌یک از شرایط و ارکان جرم محاربه را ندارد.

همچنین در عنصر معنوی نیز متفاوت هستند. سوءنیت خاص در موارد «قصد مقابله با حکومت اسلامی» یا «قصد براندازی نظام» از بین بردن حکومت است که با سوءنیت خاص جرم محاربه یعنی قصد مال، جان ناموس و ارباب مردم متفاوت است. این دو عمل حتی در سوءنیت عام هم با هم تفاوت دارند؛ بدین شرح که در جرم محاربه، سوءنیت عام، عمد و آگاهی در کشیدن سلاح است، یعنی مرتکب بداند که توسل به سلاح کرده است. اما در جرم آتش زدن، عمد و آگاهی در حریق است که با هر وسیله‌ای ممکن است انجام شود. یا در جرم اقدام برای جدا کردن قسمتی از خاک ایران توسط یک نظامی، سوءنیت خاص می‌تواند استقلال‌طلبی یا ضربه به تمامیت ارضی کشور باشد.

### ۱-۱-۲. وحدت در آثار هر یک از دو جرم

از دیگر شروط احاله اینکه نتیجه جرمی که به مجازات آن احاله شده و جرم موضوع احاله باید یکسان باشد و گرنه حواله کیفری بی‌مورد خواهد بود. برای نمونه، نتیجه در جرایم کلاهبرداری و انتقال مال غیر، بردن مال دیگری و محروم کردن دائمی مالک از مالش است. با وجود این، در جرم محاربه و ارتکاب اعمالی با قصد براندازی حکومت، به نظر نمی‌رسد آثار و نتایج مشابهی داشته باشند. مطابق ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی نتیجه محاربه، ایجاد ناامنی در محیط است. به دیگر سخن، محاربه یک جرم مقید به نتیجه است و تا وقتی که نتیجه مذکور یعنی ناامنی واقع نشده است، وقوع آن، منتفی خواهد بود و این نتیجه باید در اثر کشیدن سلاح تحقق یابد. اما، عمل تحریک مؤثر به قصد براندازی حکومت یا اقدام برای جدا کردن قسمتی از خاک ایران، یک جرم مطلق است و اساساً نیازی به تحقق نتیجه ندارد. مطابق ماده ۵۰۴ قانون مجازات اسلامی ظاهراً مرتکب به صرف داشتن چنین قصدی باید به مجازات محاربه محکوم شود و نیازی به تحقق نتایجی مانند وقوع ناامنی یا براندازی نظام یا شکست نیروهای خودی نیست. چنین احاله‌ای خلاف مقررات شرعی در خصوص جرایم حدی، اصول حاکم بر احاله و نیز اصول اولیه و بدیهی حقوق کیفری (که در ادامه به آن اشاره می‌شود) است. همچنین است اعمالی مانند ایجاد حریق در بنا و عمارت و غیره یا خرابکاری در تأسیسات مورد استفاده عمومی به قصد مقابله با حکومت اسلامی که نیازی به مقابله کردن با حکومت یا وقوع ناامنی ندارد، بلکه صرف اینکه اعمال مذکور با این قصد واقع شود، موجب محکومیت مرتکبین به مجازات محاربه خواهد بود، هر چند در عمل ناامنی ایجاد نشود. در جرایم نیروهای مسلح، حتی موضع سخت‌گیرانه‌تری اتخاذ شده است؛ بدین شرح که صرف اینکه یک نظامی برنامه براندازی نظام و نابودی آن را طراحی کند به مجازات محاربه محکوم می‌شود هر چند اقدام خاصی انجام ندهد.

موضوع مهم دیگر در خصوص آثار جرایم ارتكابی است. برای نمونه، در جرایم کلاهبرداری و انتقال مال غیر، سبیل مرتکب، مال است. اما در جرم محاربه و قصد براندازی نظام، سبیل متفاوت

است. از یک سو در اثر جرم محاربه، همان طور که اشاره شد با کشیدن سلاح، در محیط، ناامنی ایجاد می‌شود و منظور از آن، محیط اجتماعی است؛ یعنی بزه‌دیده این جرم، مردم آن جامعه هستند و هدف از جرم‌انگاری آن، حمایت از شهروندان یک جامعه است. قانون‌گذار با جرم‌انگاری محاربه درصدد است امنیت را تأمین یا آن را به جامعه برگرداند. به‌طور خلاصه، محاربه یک جرم ضداجتماعی است. از سوی دیگر، ارتکاب رفتاری به قصد براندازی نظام یک اقدام علیه حکومت است و بزه‌دیده آن حاکمیت اسلامی است و لزوماً مردم، بزه‌دیده واقع نمی‌شوند. از این رو، محاربه و قصد براندازی نظام، هم از نظر ارکان و شرایط و هم از نظر آثار با هم تفاوت اساسی دارند، لذا حواله کیفری به مجازات محاربه جهت تعیین حکم قصد براندازی نظام با اصول حاکم بر احاله مطابقت و هم‌خوانی ندارد و نیازمند بازنگری جامع و دقیق‌تری است.

لازم به ذکر است قانون مجازات اسلامی به‌عنوان یک قانون مادر بعد از چندین دوره قانون‌گذاری درخصوص تعریف و مصادیق جرایم حدی، سرانجام در سال ۱۳۹۲ سعی نمود که تعریف جامعی از جرم محاربه ارائه نماید که این مهم در ماده ۲۷۹ محقق شده است. در چنین مواردی تمامی جرایم مشابه یا جرایم در حکم آن، چه در این قانون و چه در سایر قوانین باید با تعریف مزبور مطابقت داشته باشد، در غیر این صورت نقض غرض خواهد بود و نه تنها برداشت‌ها و تفاسیر متعددی به وجود می‌آید، بلکه آراء متعارض و متفاوتی درخصوص موضوع واحد صادر خواهد شد که چنین رویه‌ای درخصوص جرایم حدی که اصل بر تعیین موجب، نوع و میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس است، مطابقت ندارد.<sup>۱</sup> به بیان دیگر، اگر تعریف محاربه را در قانون مجازات اسلامی و در بحث حدود که متخذ از تعریف فقهی است، مبنای محاربه بشناسیم باید تمامی مصادیق را به آن ارجاع دهیم و در واقع عناصر این تعریف را در عموم این موارد، ملاک قرار دهیم؛ در حالی که بسیاری از مصادیق با این تعریف منطبق نیست (الهام، ۱۳۷۳: ۶۱). بنابراین، اگر در همان قانون مانند ماده ۲۸۱ یا در هر قانون دیگری، عملی به‌عنوان محاربه پیش‌بینی شود، باید شرایط خاص تعریف ماده ۲۷۹ را داشته باشد. مضافاً مطابق ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجراء آن در شرع مقدس پیش‌بینی شده است. پس اگر انجام عملی با «قصد براندازی نظام» یک جرم حدی است باید به کیفیت ماده ۱۵ مذکور در شرع مقدس تعیین شده باشد نه اینکه به مجازات جرمی دیگر، حواله داده شود.

۱. مطابق ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی، حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجراء آن در شرع مقدس پیش‌بینی شده است.

نکته قابل توجه دیگر اینکه فقها حتی در حواله به مجازات محاربه در جرم بغی تردید کرده‌اند؛ با این استدلال که معتقدند ظاهر آیه محاربه این است که جرم مذکور، از نوع جرم‌های انفرادی است که گاهی ممکن است یک شخص آن را انجام دهد و این برخلاف محاربه باغیان است. در این محاربه (بغی)، مناسب آن است که خطاب متوجه جماعت و طایفه و گروه باشد. زیرا چنان محاربه‌ای در حقیقت میان دو گروه انجام می‌گیرد. این بیان، صریح است در اینکه معنای محارب شامل باغی نمی‌شود، بلکه اختصاص دارد به کسی که برای گرفتن مال یا جان مردم سلاح بکشد. اما در چنین جرمی، آنچه از مجرم (باغی) خواسته می‌شود فقط این است که از در طاعت درآمد و به مسیر جماعت بازگردد. بدین ترتیب روشن می‌شود که عنوان محارب در آیه مبارکه، اختصاص دارد به کسی که به قصد افساد در زمین، سلاح می‌کشد و معنای افساد در زمین نیز عبارت است از اخلاف در امنیت مردم و ترساندن آن‌ها و تجاوز به مال و جان و ناموسشان، و این معنا، شامل باغی یا کافری که به جنگ با دولت اسلامی و قیام در برابر آن برخاسته است، مادام که مرتکب محاربه به معنای مذکور نشده باشد نمی‌شود (هاشمی، ۱۳۷۶).<sup>۱</sup>

علی‌رغم ایرادات فوق درخصوص احاله به قانون یا ماده‌ای دیگر جهت تعیین مجازات یک جرم حدی، قانون مجازات اسلامی پا را از این فراتر نهاده و احاله به فقه (منابع و فتاوی معتبر فقهی) را برای جرم‌انگاری و تعیین مجازات حدودی که در قانون ذکر نگردیده، به‌عنوان یک الزام قانونی تصویب کرده است.<sup>۲</sup> استخراج مجازات جرایم حدی از منابع متعدد فقهی، احاله دادن موضوع به منبعی نامعین و مبهم است که موضع قانون‌گذار را دوچندان قابل انتقاد می‌کند و نیز خلاف اصل شفافیت است که در ادامه بدان پرداخته می‌شود.

## ۱-۲. امکان احاله به مجازات بغی یا افساد فی الارض

جرایم بغی و افساد فی الارض مانند محاربه در زمره جرایم حدی هستند که تعاریف خاص خود را در فقه و به تبع آن در قانون مجازات اسلامی دارند. هرچند در اعمال به «قصد براندازی نظام» به مجازات محاربه احاله داده شده است، اما از آنجا که مبنای جرم‌انگاری هر سه جرم، مقررات اسلامی است و اعمال فوق به مجازات محاربه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ احاله داده شده بود و مضافاً اینکه در آن زمان بغی جرم‌انگاری نشده بود که در عمل اگر چنین جرمی واقع

۱. قابل دسترسی در: <http://ensani.ir/fa/article/75074>

۲. ماده ۲۲۰ در اینخصوص مقرر می‌دارد: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود.»



می‌شد مجازات محاربه یا افساد فی الارض مورد حکم قرار می‌گرفت و نیز اینکه برخی عقیده داشتند که عناوین محاربه و افساد فی الارض جدا از هم نیستند، بلکه با هم یک جرم واحد را تشکیل می‌دهند (امام خمینی، ۱/۱۴۲۱: ۸۹۰ و میرمحمدصادقی، ۱۳۹۸: ۵۹-۵۸) این شائبه مطرح می‌شود که چون در زمان تصویب قانون مذکور این جرایم مشابه بوده‌اند، لذا در صورت عدم امکان اعمال مجازات محاربه باید مجازات جرایم بغی یا افساد فی الارض مورد حکم قرار گیرد.

### ۱-۲-۱. بغی

بغی در فقه عنوانی است که همواره در کتاب جهاد بحث بوده است و اصطلاحاً به قیام علیه امام عادل گفته می‌شود (میرخلیلی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۴۶) اما، مطابق ماده ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی بغی وقتی واقع می‌شود که یک گروه در برابر اساس نظام جمهوری اسلامی ایران قیام مسلحانه کنند و اگر از سلاح استفاده کنند، اعضای گروه به اعدام محکوم می‌شوند. بدیهی است مطابق این ماده شرط محکومیت به اعدام، تعدد مجرمین بیش از دو نفر و استفاده از سلاح علیه اساس حکومت است. قیام مسلحانه در برابر اساس حکومت یعنی اینکه باغیان درصدد باشند با در دست گرفتن سلاح نظام اسلامی برانداخته شود (رحیمی‌نژاد و صفرخانی، ۱۳۹۳: ۱۱۷). پس، صرف قصد براندازی نظام بدون اینکه همراه با عنصر مادی قیام مسلحانه باشد، نمی‌تواند مستحق مجازات بغی یا احاله به مجازات آن باشد. به بیان دیگر، عنصر روانی جرم بغی، قصد براندازی نظام اسلامی به وسیله قیام مسلحانه است (جعفری و قهرمانی، ۱۳۹۳: ۶۸)، اما این جرم بدون وجود عنصر مادی تحقق نمی‌یابد؛ یعنی اگر گروهی صرفاً قصد براندازی نظام به طور مسلحانه داشته باشند و قبل از انجام هر گونه علمی دستگیر شوند، حتی شروع به بغی هم محقق نمی‌شود، نهایتاً مطابق ماده ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) جرم تبانی برای ارتکاب جرایم علیه امنیت واقع می‌گردد. از این رو، وقتی یک گروه مسلحانه که قصد براندازی نظام دارند و بدون انجام عملی به مجازات اعدام محکوم نمی‌شوند، منطقی نیست که انجام اعمالی به صرف قصد براندازی نظام موجب مجازات اعدام باشد، بدون اینکه شرایطی مانند تعدد مجرمین یا حمله مسلحانه وجود داشته باشد. نکته قابل ذکر اینکه هر چند در اعمال به قصد براندازی نظام به مجازات محاربه احاله داده شده است، اما این اعمال از لحاظ عنصر معنوی بیشتر به جرم بغی نزدیک تر است. زیرا قصد بغات از قیام مسلحانه برابر اساس نظام به نوعی همان قصد براندازی است که همین قصد در اعمال تحریک نیروهای رزمنده به فرار یا آتش زدن انبار و منازل نیز وجود دارد. با این تفاوت که در موارد اخیر تعدد مجرمین یا قیام مسلحانه‌ای وجود ندارد یا اینکه شرط وقوع آن نیست. به بیان دیگر، هر چند مقاصد

فوق از لحاظ عنصر معنوی تا حدودی مشابه جرم بغی هستند، اما چون در عنصر مادی و شرایط وقوع آن با هم تفاوت دارند، لذا احاله به مجازات بغی نیز امکان‌پذیر نیست.

لازم به ذکر است اگر اعمال آتش زدن بنا و غیره به قصد مقابله با حکومت از سوی یک گروه به صورت مسلحانه صورت گیرد، با احراز سایر شرایط می‌تواند جرم بغی و مستوجب مجازات اعدام باشد. هرچند در خصوص حدی بودن جرم بغی و نحوه تحقق آن در مطابقت قانون مجازات اسلامی با مقررات شرعی تفاوت زیادی وجود دارد (آقابابایی، ۱۳۹۵: ۲۹-۲۶)؛ به‌گونه‌ای که برخی حقوق‌دانان طرح براندازی (بغی) را هم از جهت طبیعت رفتار که علیه دولت و نظام سیاسی حاکم و هم از جهت قصد و انگیزه مرتکبان که به منظور سرنگونی نظام سیاسی مستقر انجام می‌شود، از مصادیق قطعی جرایم سیاسی تلقی کرده‌اند (آقابابایی، ۱۳۸۳ و ۱۳۸۴: ۱۵۰) و آن را جرم حدی نمی‌دانند. برخی فقها نیز اساساً بغی را یک جرم حدی محسوب نمی‌کنند، بلکه بغات را عده‌ای از مؤمنین می‌دانند که برای آن‌ها شبهه‌ای به وجود آمده است و ابتدا باید برای آنان روشنگری صورت گیرد و اگر علی‌رغم روشنگری، بغات شروع به قیام مسلحانه نمودند در حین درگیری می‌توان آنان را کشت. اما بعد از اتمام درگیری و غلبه حاکم اسلامی، نمی‌توان بغات را به قتل رساند (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۴۱) بلکه حاکم می‌تواند آنان را به تعزیر محکوم کند و بحثی از تحمیل مجازات حدی به میان نیاورده‌اند.<sup>۱</sup>

## ۲-۱-۲. افساد فی الارض

با توجه به ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی عنصر مادی جرم افساد فی الارض مواردی مانند مباشرت یا معاونت در جنایات علیه تمامیت جسمانی افراد، جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی، نشر اکاذیب، احراق و تخریب و غیره است. اگرچه ارتکاب این اقدامات در حالت عادی فی نفسه جرم بوده و مجازات خاص خود را در پی خواهد داشت، لکن هنگامی که این جرایم به‌نحو گسترده و با نتایج زیان‌بار وسیع اتفاق بیافتد، رکن مادی جرم مذکور را تشکیل می‌دهد (رهبرپور و نورمحمدی، ۱۳۹۷:

۱. فقهای دیگری نیز چنین عقیده‌ای دارند: «باغی کسی است که با امامی که مسلمانان با او بیعت کرده‌اند بیعت نکند، یا بیعت خود را با او بشکند. هر کس را که امام برای جنگ با باغیان فراخواند، بر او واجب است که همراه امام شد و چون جنگ با باغی آغاز شود به پایان نمی‌رسد تا اینکه یا او از در اطاعت درآید و به جرگه مسلمانان بپیوندد و یا کشته شود. اگر باغی گروهی داشته باشد و نزد گروه خود باز گردد، باز باید جنگ را با او ادامه داد چه رویه‌رو با او و چه در تعقیب او و زخمیان آنها را نیز باید کشت، اما در غیر این صورت نباید به تعقیب او پرداخته شود» (هاشمی، ۱۳۷۶، قابل دسترسی در: <http://ensani.ir/fa/article/75074>).

(۲۱۴). از لحاظ عنصر معنوی نیز، مرتکب باید قصد اخلال گسترده<sup>۱</sup> در موارد فوق را داشته باشد؛ در صورت احراز این دو رکن مرتکب یا مرتکبین به مجازات اعدام محکوم می‌شوند. سؤال این است که آیا آتش زدن بنا و غیره به قصد مقابله با حکومت یا تشکیل گروه توسط نظامیان به منظور تغییر و براندازی نظام می‌تواند مصداقی از افساد فی الارض باشد؟ در پاسخ می‌توان گفت اگر آتش زدن بنا به طور گسترده و شدید ایجاد شود (عنصر مادی) و مرتکب نیز قصد اخلال گسترده داشته باشد (عنصر روانی) جرم افساد فی الارض واقع شده است. اما نکته قابل ذکر اینکه در اعمال مواد ۶۷۵ یا ۶۸۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) یا مواد ۱۷ و ۲۱ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مرتکب قصد براندازی یا مقابله با نظام دارد و در این موارد قصد اخلال گسترده مطرح نیست یا اصلاً چنین قصدی ندارد. یعنی هرچند ممکن است اعمال مواد مذکور به قصد اخلال شدید در نظم عمومی یا ناامنی ارتکاب یابند، اما قصد اخلال گسترده با قصد براندازی نظام یکی نیست. پس عنصر روانی این دو جرم با هم تفاوت دارد، لذا نمی‌توان به مجازات افساد فی الارض احاله داد. همچنین از لحاظ عنصر مادی نیز ممکن است مرتکب تنها یک یا دو بار مصداق جرایم مندرج در مواد مذکور را انجام دهد و نتوان شروط گسترده بودن و نتایج زیان‌بار را احراز کرد که در نهایت عنصر مادی این دو جرم نیز مشابه نخواهد بود. از این رو، ارتکاب برخی اعمال با مقاصد براندازی نظام یا مقابله با حکومت از لحاظ عنصر مادی و معنوی به ترتیب شباهت‌هایی با جرایم افساد فی الارض و بغی دارد اما به طور کامل به هم شبیه نیستند، لذا نه تنها احاله به این مجازات‌ها امکان ندارد، بلکه خلاف مقررات مهم شرعی مانند قاعده درء و منع توسل به قیاس نیز است.

### ۳-۱. امکان احاله مجازات در سایر حدود

هرچند ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی تنها مجازات جرم حدی را تعریف کرده است، اما به این معنی نیست جرمی که مستوجب مجازات حدی است، ضابطه‌ای ندارد و قانون‌گذار به طور مطلق می‌تواند هر جرمی را به مجازات حدی حسب مورد احاله دهد. منابع معتبر فقهی از جمله احادیث، روایات و کتب فقهی ابتدا ارکان جرم حدی را به طور کامل تشریح، سپس مجازات آن را بیان کرده‌اند. برای نمونه، شهید ثانی در باب جرم حدی شرب خمر، ابتدا تعریف و شروط آن را بیان و در ادامه به میزان مجازات آن اشاره کرده است (شهید ثانی، ۱۴۱۹: ۴۶۸). واژه «موجب» در ماده ۱۵ قانون

۱. چنین عباراتی «مقول به تشکیک است و احراز موضوع را برای قاضی دچار قبض و بسط می‌کند. در حالی که در گزاره‌های کیفری موضوع، باید مرزبندی دقیق داشته باشد. چنین مواردی باعث سردرگمی قاضی می‌شود» (سالارزائی و افروشته، ۱۳۹۸: ۱۸۳).

مذکور نیز چنین مفهومی را به ذهن متبادر می‌کند؛ یعنی جرم ارتكابی یا همان موجب و علت چنین مجازاتی باید در شرع تعیین شده باشد. پس احاله به مجازات حدی برای یک جرم دیگر غیر ممکن و خلاف شرع است. به همین دلیل است در خصوص مصرف مواد مخدر که مانند مشروبات الکلی اثر مستی و بیهوش‌کننده و غیره دارد، قانون‌گذار حد شرب خمر تعیین نکرده یا اینکه به مجازات آن احاله نداده است. زیرا موجب و میزان آن در شرع تعیین نشده است، هرچند این دو جرم از نظر آثار مشابه هستند. جالب آنکه ماده ۱۵۴ قانون مجازات اسلامی جهت رفع مسئولیت کیفری و مساعدت به نفع مرتکب اثری مانند شرب خمر بر مصرف مواد مخدر روان‌گردان بار نموده است، اما در جهت تشدید مجازات به دلیل حدی بودن مسکرات، در خصوص مصرف مواد مخدر به حواله کیفری توجهی نکرده است.<sup>۱</sup> چنین برخوردی در سرقت‌های تعزیری نیز قابل مشاهده است. برخی سرقت‌های تعزیری مانند سرقت مقرون به پنج شرط ماده ۶۵۱ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) با وجود آنکه از نظر شرایط و آثار جرم ارتكابی بسیار شدیدتر از سرقت حدی هستند، اما به مجازات سرقت حدی حواله داده نشده است.<sup>۲</sup> از این رو، در هیچ‌یک از سایر جرایم حدی نمی‌توان موردی از حواله کیفری به مجازات آن‌ها در منابع فقهی یافت، چون تعریف حد در شرع و به تبع آن در قانون مجازات اسلامی مشخص است. در حالی که جرم محاربه و انجام اعمالی با قصد براندازی نظام حتی با وجود آنکه آثار و نتیجه مشابهی نیز ندارند، اما قانون‌گذار برای آن‌ها مجازات مشابه مقرر نموده و از حواله کیفری استفاده کرده است.

لازم به ذکر است در پاره‌ای موارد در جرایم تعزیری منصوص شرعی به قسمتی از مجازات حدی به عنوان تعزیر احاله داده شده است. برای نمونه، «اگر شخصی کنیزی را به عقد خود درآورده و قبل از کسب اذن از همسر مسلمانش با او نزدیکی کند به میزان یک هشتم حد زانی (دوازده و نصف) تعزیر خواهد شد» (محقق حلی، ۱/۱۴۱۸: ۲۱۸). از جمله روایاتی که مستند این نظر قرار گرفته می‌توان به روایت حذیفه بن منصور از امام صادق (ع) اشاره کرد که در آن راوی بیان می‌کند از امام در موردی پرسیدم که بدون اذن گرفتن از همسر مسلمانش با کنیزی ازدواج کرده است. امام فرمودند باید جدا شوند. راوی پرسید که آیا این عمل مجازاتی هم دارد یا خیر؟ امام پاسخ می‌دهند که مرد یک هشتم حد زانی، مجازات می‌شود (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۵۱۱). به نظر می‌رسد این نوع احاله،

۱. مستی و بی‌ارادگی حاصل از مصرف اختیاری مسکرات، مواد مخدر و روان‌گردان و نظایر آن‌ها، مانع مجازات نیست مگر اینکه ثابت شود مرتکب حین ارتکاب جرم به‌طور کلی مسلوب‌الاختیار بوده است.

۲. همچنین است در جرایم سب‌النبی و قذف

بیشتر در راستای تخفیف و مساعدت نسبت به مرتکب است تا تشدید مجازات. به بیان دیگر، برخی فقها جهت پرهیز از اینکه چنین جرمی حد محسوب نشود به قسمتی از مجازات حد زنا احاله داده‌اند که در نهایت مساعدت و به نفع مرتکب است.

## ۲. حواله کیفری به مجازات حدی در پرتو اصل شفافیت

اصل شفافیت قانون با توجه به اهمیت آن در کشورهای اروپایی جایگاه بالایی دارد به گونه‌ای که معمولاً این اصل نه در قوانین عادی، بلکه در قانون اساسی پیش‌بینی می‌شود. اما در حقوق ایران، این اصل نه تنها در قانون اساسی به آن اشاره نشده است بلکه در قوانین عادی نیز جایگاهی ندارد که موضع حقوق ایران را از این نظر قابل انتقاد می‌کند. بدیهی است نقض چنین اصلی در فرایند قانون‌گذاری و در رویه قضایی نیز ضمانت‌اجرائی ندارد. با وجود این، اقتضات سیاسی و اهمیت جرایم اقتصادی بر آن شده مقنن و دولتمردان به ناچار به اصل مذکور روی بیاروند و حتی در پرونده‌های کیفری به استناد برخی مواد قانونی در پاره‌ای موارد حریم خصوصی شهروندان را نقض کرده‌اند. برای مثال، در سال‌های ۱۳۹۷ و ۱۳۹۸ در مجلس شورای اسلامی موضوع اصل شفافیت آراء نمایندگان به صحن علنی مجلس آمد و در خصوص قانونی کردن آن رأی‌گیری شد. همچنین اصل شفافیت داریی‌های مقامات، باعث شده که در این خصوص قانون رسیدگی به داریی‌های مقامات، مسئولان و کارگزاران جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۹۴ تصویب شود و مسئولان رده‌بالای کشوری مکلف شوند که لیست داریی‌های خود را در سامانه خاصی ثبت کنند. همچنین اصل شفافیت در معاملات اقتصادی ایجاب می‌کند که مطابق ماده ۱۶۹ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم بتوان حساب‌های افراد مظنون را مورد بررسی قرار داد. توجه به موارد فوق نشان می‌دهد که نظام حقوقی ایران نیز اهمیت اصل شفافیت درک کرده است و بعید نیست در سال‌های آینده، این اصل در امور مختلف حقوقی پیش‌بینی شود.

آنچه از دیدگاه حقوق کیفری مهم است اینکه با توجه به اصل مذکور، متن قانون باید شفاف و گویا باشد به گونه‌ای که عموم شهروندان با خواندن آن، مقصود قانون‌گذار را درک کنند. این اصل که در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر اروپا استخراج شده است بدین معنی است که قانون باید دارای کیفیت باشد تا از صدور آراء متعارض و ناعادلانه پرهیز شود. از منظر دیوان اروپایی حقوق بشر تنها مقرره‌ای را می‌توان قانون دانست که با وضوح و دقت کافی تدوین شده باشد، به شکلی که شهروندان را قادر سازد علاوه بر فهم کامل آن، رفتار خود را تا حد امکان بر اساس موازین قانونی تنظیم نموده و به عبارتی زندگی خود را قانونمند سازند (مؤذن‌زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷: ۲۰۶). این اصل سه نتیجه مهم در پی دارد. نخست، قابلیت دسترسی قانون است؛ قوانین باید در دسترس مردم باشند تا بتوانند به مناسبت عملی که انجام داده‌اند یا در اوضاع و احوال مربوط به پرونده خود

با مراجعه به ماده قانونی مربوطه، اطلاعات کافی را در مورد آن عمل کسب کنند (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۱: ۱۱۴۱). این مورد بیشتر ناظر به اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که باید به سهولت در دسترس شهروندان باشد. با وجود این، در حواله برخی اعمال به مجازات محاربه چنین کیفیتی وجود ندارد و قانون در دسترس نیست. وقتی که قانون‌گذار در قسمت مربوط به جرایم تعزیری به مجازات یک جرم از جنس و نوع دیگر احاله می‌دهد نمی‌توان گفت که مرتکب اطلاعات مربوط به جرم محاربه یا حتی بغی را از ماده مورد نظر کسب می‌کند و حتی با مراجعه به ماده مربوط به محاربه نیز در قسمت جرایم حدی این اطلاعات وجود ندارد، زیرا عمل انجام شده (به قصد براندازی نظام) با تعریف این جرم در قسمت جرایم حدی مطابقت ندارد. به‌ویژه اینکه در جرایم حدی، عدم دسترسی به قانون موجب ایجاد شبهه می‌شود. دوم، صراحت قانون است که بیشتر ناظر به عناصر مادی و معنوی می‌باشد؛ بدین شرح که وقتی قانون‌گذار عملی را جرم‌انگاری می‌کند باید به‌گونه‌ای شفاف و گویا، شرایط تحقق عنصر مادی و نحوه احراز عنصر معنوی با هم در یک ماده قانونی بیان شود. اما، با احاله به مجازات محاربه در یک جرم شبه‌تعزیری نه تنها این به این عناصر به‌طور شفاف اشاره نشده است، بلکه اساساً در ماده مربوطه وجود ندارد. برای نمونه، در هیچ‌یک از مواد ۶۷۵ و ۶۸۷ قانون مجازات اسلامی یا مواد ۱۷ الی ۲۴ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح عناصر مادی یا معنوی تشریح نشده است، بلکه صرفاً مجازات محاربه مورد حکم قرار گرفته است. این مواد صراحتی ندارند بلکه عملی را با توجه به مقتضیات حکومتی جرم‌انگاری کرده‌اند، اما جهت تشدید برخورد به مجازات محاربه حواله داده است. به نظر می‌رسد آنچه مدنظر قانون‌گذار بوده شدت در برخورد و نشان دادن قبح چنین مقاصدی است که سبب نادیده گرفتن صراحت در قانون شده است. سوم، آثار قانون قابل‌پیش‌بینی باشد. افرادی که درصدد ارتکاب عملی مجرمانه هستند باید مجازات و تبعات عمل خود را بدانند. وقتی که جرم‌انگاری در یک ماده و عناصر مادی، معنوی و مجازات در ماده‌ای دیگر ذکر می‌شود، قابلیت پیش‌بینی آثار عمل منتهی است و مضافاً اینکه تفاسیر و برداشت‌های متعددی از نحوه مجازات می‌شود. به‌عنوان مثال، شهروندان در صورت ارتکاب عملی به قصد براندازی نظام با این برداشت که عمل ارتكابی آن‌ها شرایط محاربه یا بغی را ندارد، تصور می‌کنند که به مجازات چنین جرایمی محکوم نخواهند شد، اما در عمل خلاف این تصور واقع می‌شود که در متن قانون به صراحت قابل‌پیش‌بینی نیست. مضافاً اینکه ممکن است یک قاضی چنین اعمالی را در حکم محاربه بداند و دیگری چنین عقیده‌ای نداشته باشد.

نتیجه اینکه عدم پیش‌بینی اصل شفافیت قوانین به‌ویژه در جرایم حدی، منجر به نوعی استبداد قانونی خواهد شد که حقوق شهروندان را در پرتو برداشت‌های شخصی به مخاطره می‌اندازد. اتخاذ

چنین سیاستی در مجازات‌های احاله‌ای از تعزیرات به حدود عوامل متعددی می‌تواند داشته باشد. یکی از این موارد، عدم انسجام درون قانونی است. بدین معنی که فصول و مواد متعدد قانون مجازات اسلامی در چندین مرحله نوشته شده است به گونه‌ای که مقنن نتوانسته ارتباط منطقی بین آن‌ها برقرار کند یا از برقراری آن غافل مانده است. به عنوان مثال، بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی که برخی جرایم در حکم محاربه در آن پیش‌بینی شده، در سال ۱۳۷۵ به تصویب رسیده است؛ در حالی که قسمت حدود، قصاص و دیات این قانون در سال ۱۳۹۲ وضع شده است و اتفاقاً قانون‌گذار در این قسمت سعی نموده تعریف جامعی از جرم محاربه یا بغی بنماید تا ملاک عمل قرار گیرد، اما ظاهراً از جرایم در حکم محاربه در قسمت تعزیرات غافل مانده است یا اینکه واقعاً خواسته است جرایم مذکور با همان کیفیت در بخش تعزیرات باقی بماند که کاملاً در تعارض با اصل شفافیت قرار دارد. مثال دیگر، در این رابطه قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح ۱۳۸۲ به عنوان یک قانون تعزیری است که در آن جرایم بسیاری تحت عناوین حدی محاربه یا افساد فی الارض وضع شده است؛ در حالی که در قانون مزبور نیازی نبود جرایم حدی پیش‌بینی شود، زیرا تعریف و ملاک وقوع جرم حدی در شرع و قانون مجازات اسلامی مشخص شده است.

مورد دیگر، سازماندهی نامطلوب جرایم در قانون مجازات اسلامی است. بدین شرح که وقتی قانون‌گذار عنوان بخش پنجم را «جرایم تعزیری» قرار داده است، تمامی جرایم مندرج در آن باید تعزیری باشند. اما قانون‌گذار جرایم حدی متعددی را در قسمت تعزیرات پیش‌بینی کرده است که به این بی‌سامانی دامن زده است. در قوانین تعزیری متعدد دیگری نیز مانند قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس و ارتشاء و کلاهبرداری ۱۳۶۷ و قانون اخلاص در نظام اقتصادی کشور ۱۳۶۹ و غیره ارتکاب برخی اعمال مجرمانه، محارب یا در حکم محارب و یا تحت عنوان جرم حدی «مفسد فی الارض» وضع شده است که شماره آن‌ها از ۷۰ مورد فراتر می‌رود. بدیهی است این‌گونه قانون‌گذاری مبهم خصوصاً در مسائل جزایی صحیح نبوده و جز مشکل عملی، ثمری ندارد (الهام، ۱۳۷۳: ۵۱-۶۱).

چنین وضعیتی در نهایت باعث سردرگمی شهروندان و خدشه به اصل شفافیت قانون خواهد شد. برای رفع این مشکل مهم‌ترین راه، ساده‌نویسی قوانین به نحوی است که هم برای شهروندان قابل فهم و درک باشد و هم از بار حقوقی و علمی قانون کاسته نشود. از این نظر قانون باید به شکلی نگارش یابد که به طور صریح بر نظر مقنن دلالت کند. قانون باید به زبان و ساختاری نوشته شود که برای همه مردم قابل فهم و در دسترس بوده و در مرحله اجرا نیز قاضی را با سرگردانی مواجه نسازد. در قانون‌نویسی از هر چیزی که سبب اجمال و ابهام معنای قانون باشد باید پرهیز نمود (مؤذنان و رهدارپور، ۱۳۹۷: ۲۰۰؛ بکاریا، ۱۳۹۷: ۴۷).

### ۳. حواله کیفری و تفسیر مضیق قوانین کیفری

با توجه به اینکه نقض قوانین کیفری، تعرض به نفس، جان، عرض، مال و آزادی‌های شهروندان را در پی دارد، تفسیر موسع این قوانین خطراتی مانند استبداد، گسترش دامنه شمول قوانین کیفری، نقض آزادی‌های مشروع و در نهایت توسل به قیاس را در پی دارد. از این رو، گفته شده که با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات که از اصول برجسته و مسلم حقوق جزا است، قوانین جزایی را باید به‌طور مضیق و محدود تفسیر نمود. در این معنا تفسیر مضیق، تفسیری است که منحصر در چهارچوب الفاظ قانون بوده و از منطوق صریح آن تجاوز نمی‌کند (رحیمی‌نژاد، ۱۳۷۶: ۳۷). پس این تفسیر مانع از توسل به قیاس و تسری دادن حکم قانون‌گذار به مواردی است که در زبان قانون‌گذار یا در جرایم حدی در شرع صریحاً پیش‌بینی نشده است. با این توضیح سؤال این است آیا احاله به مجازات محاربه یا حدود مشابه (که در شرع تعریف معین و محدودی دارد) در قسمت تعزیرات، نقض اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری و نوعی توسل به قیاس نیست؟ همچنین بیان شد که مطابق قاعده درء، حدود به معنای عام مجازات و به معنای خاص آن یعنی جرایم حدی به‌ویژه در کلام فقها با کمترین شبهه رفع می‌شود، آیا حواله مجازات به ترتیب فوق به نوعی نقض قاعده درء نیست؟

#### ۳-۱. توسل به قیاس در احاله مجازات

قیاس عبارت است از سرایت دادن حکمی مصرح در قانون به موضوعی مسکوت‌الحکم به دستاویز علتی مشترک (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴: ۷۵۲). مطابق نظری دیگر، قیاس مبتنی بر مشابهت میان رفتارهای مخاطره‌آمیز است. بدین معنی که رفتارهای ضداجتماعی پیش‌بینی نشده در قانون با جرایم پیش‌بینی شده در آن مقایسه می‌شوند و پس از احراز مشابهت میان آن‌ها، اوصاف قانونی و آثار جزایی یکی به دیگری تعمیم داده شود (امیدی، ۱۳۷۷: ۲۳). به‌عنوان مثال، شرب خمر به علت مسکر بودن، جرم و مستوجب حد است. اما، مصرف مواد مخدر که آن نیز موجب مستی و بی‌ارادگی می‌شود (ماده ۱۵۴ قانون مجازات اسلامی) به‌عنوان یک جرم حدی مسکوت است. تفسیر قیاسی به استناد مشابهت اثر و نتیجه این رفتارها، مصرف مواد مخدر را نیز مستوجب حد می‌داند. علی‌رغم اینکه فقه امامیه توسل به قیاس را به استناد احادیث<sup>۱</sup> در متون فقهی و به طریق اولی در تفسیر قوانین، به‌ویژه حقوق جزا مردود می‌دانند، اما به نظر می‌رسد قانون مجازات اسلامی در احاله به

۱. برای نمونه، فقهای امامیه به حدیثی از امام صادق (ع) استناد می‌کنند بدین شرح که ابان از امام صادق (ع) می‌پرسد: نظر شما درباره مردی که یکی از انگشتان زنی را قطع کند چیست و چه مقدار دیه بر او واجب است؟ امام فرمود: ده شتر، ابان می‌گوید: پرسیدم چنانچه دو انگشت او را قطع کند؟ فرمود: بیست شتر، سه انگشت: فرمود: سی شتر و اگر



مجازات محاربه قیاس را قبول کرده است. زیرا ارتکاب اعمالی با قصد «براندازی نظام» را مانند عناصر مادی و معنوی در جرم محاربه (یا بغی) فرض کرده و چون عقیده داشته که مقاصد فوق مانند جرم محاربه و بغی نتیجه مشابه دارند، مجازات محاربه را برای آنها مقرر کرده است. در حالی که حتی اگر قیاس هم پذیرفته شود گفته شد که باید علت آنها مشترک باشد تا بتوان قیاس کرد. در اینجا، علت همان حکمی است که سبب تشریح حکم شده است (اردبیلی، ۱۳۹۸: ۲۲۹). علت جرم‌انگاری محاربه و تعیین مجازات‌های اعدام و غیره کشیدن سلاح به مقاصد جان، مال، ناموس مردم یا ارباب و در نهایت وقوع ناامنی در محیط است؛ همچنین علت جرم‌انگاری بغی، قیام مسلحانه توسط یک گروه علیه اساس نظام است. اما، در انجام یک عمل به «قصد براندازی نظام» توسل به سلاح یا ایجاد ناامنی یا قیام مسلحانه گروهی شرط وقوع آن نیست، بلکه صرف قصد مرتکب برای مقنن مهم است. پس هیچ علت مشترکی بین این دو وجود ندارد تا بتوان قیاس کرد. جالب آنکه قانون‌گذار در موارد مذکور نه به مجازات قانونی، بلکه به مجازات محاربه به‌عنوان یک مجازات شرعی احواله داده است، زیرا گفته شد که مطابق ماده ۱۵ مجازات حد در شرع مقدس تعیین شده است؛ در حالی که در شرع چنین قیاسی اساساً از سوی فقها صورت نگرفته و مطلقاً وجود ندارد و باطل است. لازم به ذکر است که فقهای شیعه از بین انواع قیاس، قیاس منصوص‌العله را حجت و قابل استناد می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۱۶۸-۱۶۹) یعنی قیاسی که علت حکم به‌صراحت در اصل بیان شده است. زیرا این نوع قیاس موجب قطع و یقین است (اردبیلی، ۱۳۹۸: ۲۳۰). البته در خصوص احواله به مجازات محاربه وقتی که در قیاس عادی، علت مشترکی وجود ندارد، طبیعی است مطرح کردن آن در خصوص قیاس منصوص‌العله سالبه به انتفای موضوع است.<sup>۱</sup> به بیان دیگر، هر چند قانون‌گذار مجازات و کیفر برخی

چهار انگشت؟ فرمود: بیست شتر. گفتم سبحان الله! چگونه است که سه انگشت سی شتر دیه دارد ولی چهار انگشت بیست شتر وقتی در عراق بودیم این حکم را شنیدیم و از گوینده آن دوری می‌جستیم و می‌پنداشتیم کسی که این گفتار را آورده شیطان بوده است، امام فرمود: آرام باش ای ابان! این حکم رسول خدا (ص) می‌باشد که زن تا یک سوم دیه مانند مرد است اما همین که دیه‌اش به یک سوم رسید به نصف کاهش می‌یابد، ای ابان تو مرا به قیاس گرفتی و بدان اگر سنت مورد قیاس واقع شود دین محو می‌گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۹: ۴۶۵؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۴۱).

۱. لازم به ذکر است حقوق‌دانان کیفری در پذیرش قیاسی که به نفع متهم باشد و نتایج مساعدی برای وی در بر داشته باشد، تردید نکرده‌اند. برای مثال، با توسل به قیاس، موارد مساعدتی مانند علل رافع مسئولیت، یا کیفیات مخففه و ... که در برخی جرایم وجود داد را به جرایمی که در قانون برای آنها پیش‌بینی نشده است، می‌تواند تسری داد (امیدی، ۱۳۷۷: ۳۰). اتفاقاً در اینجا در خصوص اعمال فوق می‌توان به قیاس استناد کرد و اعلام نمود که چون بین این اعمال و جرم محاربه علت مشترکی وجود ندارد، لذا باید به نفع متهم تفسیر کرد و گفت که مجازات محاربه در این خصوص

اعمال را ملحق به حد محاربه کرده است، اما به دلیل توقیفی بودن حدود، چنین الحاق‌هایی محتاج نص و تصریح شارع است که در محل مورد بحث چنین نصی وجود ندارد (آقابابایی، ۱۳۸۵: ۱۲۹) و نمی‌توان با قیاس مشکل را حل نمود.

### ۲-۳. نقض قاعده درء

به استناد قاعده درء، حدود با شبهه برداشته می‌شوند و مجازات حدی تنها در صورتی جاری می‌شود که هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای در میان نباشد (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۴: ۳۴). در توضیح قاعده درء گفته شده که «مفاد اجمالی قاعده درء، آن است در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم و یا مسئولیت و استحقاق مجازات وی، به جهتی محل تردید و مشکوک باشد، به موجب این قاعده باید جرم و مجازات را منتفی دانست (محقق‌داماد، ۱۳۹۱: ۴۳). قانون مجازات اسلامی با اندکی تغییرات همین دیدگاه را مورد پذیرش قرار داده و آن را در ماده ۱۲۰ منعکس کرده است که مطابق آن، قاعده درء علاوه بر سقوط مجازات، موجب عدم تحقق جرم یا برخی شرایط آن می‌شود. آن طور که از این ماده استنباط می‌شود واژه «جرم» به صورت مطلق ذکر شده که شامل تمامی جرایم مستوجب حد، قصاص، دیه یا تعزیر می‌شود. با وجود این، سؤال قابل طرح اینکه آیا با وجود قاعده درء در قانون مجازات اسلامی و اینکه مجازات‌ها به‌ویژه از نوع حدی، با کمترین شبهه برداشته می‌شود، می‌توان جهت تعیین مجازات یک عمل که سابقه‌ای در شرع ندارد، به مجازات حدی احاله داد و آن را قابل اجرا دانست؟ آنچه مشخص است با توجه به ماده ۱۲۰ قانون مذکور قاعده درء هم شامل وقوع جرم (عنصر مادی) و شرایط و اوضاع و احوال این جرم و هم شامل عنصر معنوی می‌شود. برای نمونه شخصی به قصد براندازی نظام، یک منزل مسکونی را آتش می‌زند؛ در عمل مزبور، آتش زدن عنصر مادی جرم است و نیازی نیست حتماً با سلاح انجام شود، یا اینکه یک نظامی مطابق ماده ۱۷ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح گروهی را به منظور تغییر و نابودی اساس حکومت تشکیل می‌دهد که عنصر مادی آن، صرفاً تشکیل گروه است. در حالی که عنصر مادی در جرم محاربه، کشیدن سلاح است. همچنین در تطبیق شرایط آن‌ها نیز شبهه ایجاد می‌شود که ایجاد نامنی در یکی لازم نیست ولی در دیگری شرط است. یک قاضی نوعی اگر بخواهد فعل «آتش زدن محل مسکونی به قصد براندازی نظام» را با تعریف محاربه در ماده ۲۷۹ یا بغی در ماده ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی مطابقت دهد این شبهه در ذهنش ایجاد می‌شود که این جرایم به وقوع نپیوسته است، زیرا عنصر مادی آن‌ها با هم متفاوت است، لذا ملزم کردن

قابل اعمال نیست. همچنین نگاه کنید به ماده ۱۵۴ قانون مجازات اسلامی که سیاست مشابهی را در خصوص رفع مسئولیت کیفری به علل شرب خمر و استعمال مواد مخدر و روان‌گردان اتخاذ کرده است.

وی به صدور حکم به مجازات محاربه یا بغی خلاف ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی است. مضافاً همان طور که بیان شد، وقوع ناامنی به دلیل کشیدن سلاح یا قیام مسلحانه به ترتیب مهم ترین شرط وقوع جرم محاربه یا بغی است. اما وقوع این شرط در فعل مذکور که هیچ سلاحی در آن به کار نرفته است، به طور جدی محل تردید و شبهه است. از این رو، در حواله کیفری به مجازات محاربه یا بغی هم در وقوع جرم و هم در شرایط آن تردید و شبهه وجود دارد، به ویژه آنکه پیش تر گفته شد که در عناصر مادی، شرایط و آثار این دو فعل هیچ تشابهی وجود ندارد.

در خصوص عنصر روانی نکته قابل ذکر اینکه مطابق ماده ۱۲۰ و تبصره ۱ ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی در جرم محاربه، صرف ادعا در فقدان علم یا قصد یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری در زمان ارتکاب جرم، مسقط حد نیست. وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری که موضوع بحث نیست، اما در خصوص فقدان علم باید گفت در اینجا منظور قانونگذار این نیست که قاعده درء جاری نمی شود، بلکه اگر در عنصر روانی جرم محاربه (یا افساد فی الارض) شبهه ایجاد شود، چون این جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی هستند، دادگاه باید تحقیق و بررسی کند که آیا مرتکب عنصر روانی در ارتکاب این جرایم داشته است یا خیر؟ یعنی آیا در عمل قصد خاص ایجاد ناامنی یا اخلال گسترده را داشته است؟ و اگر بعد از تحقیق و بررسی وجود سوءنیت مرتکب یا عدم آن مشخص نشد، باید قاعده درء جاری شود. اما در سایر جرایم حدی مانند شرب خمر، زنا و غیره ادعای متهم به فقدان علم یا قصد در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شود، پذیرفته می شود. جالب آنکه در مانحن فیه نیز (یعنی انجام اعمالی با قصد براندازی نظام) شبهه در تحقق عنصر روانی محاربه به طور کامل وجود دارد؛ زیرا در انجام اعمالی مانند تشکیل گروه توسط یک نظامی یا آتش زدن اماکن به مقاصد براندازی نظام، این شبهه به وجود می آید که آیا وی از انجام این اعمال، قصد ایجاد ناامنی و ارتکاب جرمی مانند محاربه را داشته است یا اینکه به دنبال تحقق اهداف دیگری بوده است؟ همچنین آیا وی با انجام اعمال مذکور، آگاه و عالم بوده که اعمالش منتهی به ناامنی می شود یا وی با این قصد آن را انجام داده که عملش جنبه عمومی ندارد و در عمل منتهی به ناامنی نخواهد شد. همچنین حتی ممکن است در وجود قصد براندازی نظام شبهه وجود داشته باشد، چون غیر از خود مرتکب، شخص دیگری از قصد و نیت او خبر ندارد. به همین دلیل گفته شده که در صورتی که شبهه مربوط به قصد و اراده مرتکب جرم باشد، مجازات ساقط می شود، زیرا مجازات برای کیفر دادن افرادی است که حالت خطرناک داشته و این حالت خطرناک را بروز می دهند و در اصطلاح، دارای سوءنیت هستند (ساداتی، ۱۳۹۵: ۱۳۵). با این توضیح که سوءنیت عام و خاص در جرم محاربه به ترتیب علم و آگاهی در کشیدن سلاح و قصد جان و غیره و در بغی علم به قیام مسلحانه به قصد خاص علیه اساس نظام است. اما سوءنیت عام در عمل به قصد

براندازی نظام، علم و آگاهی در آتش زدن یا غیره است که نه تنها با محاربه بلکه با سوءنیت عام در بغی نیز مطابقت ندارد. سوءنیت خاص نیز قصد تغییر حکومت است که هرچند با بغی مشابه است، اما هیچ مطابقتی با قصد جان و غیره یا ارباب ندارد. از این رو، در علم و اراده مرتکب به انجام اعمالی مانند محاربه یا جرایم مشابه شبهه وجود دارد و به استناد مواد ۱۲۰ و ۲۱۸ نباید مجازات محاربه یا بغی اعمال شود و محل اجرای قاعده درء است.

#### ۴. ضرورت جرم‌انگاری مستقل

با توجه به مطالب پیش گفته مشخص شد که ارتکاب برخی اعمال به قصد براندازی نظام یا مقابله با حکومت، ویژگی‌های هیچ‌یک از جرایم محاربه، بغی و افساد فی الارض را ندارد و نمی‌توان به مجازات این جرایم احاله داد. همچنین از آنجا که جرایم حدی در شرع مشخص هستند، نمی‌توان آن را به عنوان یک جرم حدی دیگر پیش‌بینی کرد. به بیان دیگر، مجازات مجرمین که برای آن‌ها حد شرعی در نظر گرفته شده است، لازم است همان حدود در باره آن‌ها اجرا گردد و با توهمات بی‌اساس و تخلیات بی‌ارزش نمی‌توان احکام الهی را تغییر داد و مجازات‌های دیگری تحت عنوان محاربه یا افساد فی الارض برای آن‌ها در نظر گرفت، زیرا این نوع طرز تفکر موجب تغییر در احکام الهی و قوانین اسلامی است و از مصادیق «حکم بغير ما انزل الله» می‌باشد. اما مجازات آن دسته از مجرمینی که برای آن‌ها کیفر خاصی در نظر گرفته نشده است تعزیراً باید آنان را مجازات کرد (مرعشی ۱۳۷۰: ۵۵). از این رو، با توجه به آثار و خطرات ارتکاب چنین اعمالی، ضرورت دارد این اعمال به طور جداگانه به عنوان یک جرم تعزیری جرم‌انگاری شود. برای مثال، مطابق ماده ۶۷۵ قانون مجازات اسلامی آتش زدن بنا و غیره در حالت عادی دو تا پنج سال حبس دارد. مقنن به جای وضع تبصره یک می‌تواند مقرر نماید که «اگر اعمال ماده به قصد مقابله با حکومت اسلامی یا براندازی نظام باشد به حداکثر مجازات یا به مجازات تعزیری دیگری محکوم خواهد شد.»

لازم به ذکر است ماده ۲۸۸ قانون مجازات اسلامی تا حدودی اعمال مشابهی را جرم‌انگاری کرده است؛ با این بیان که هر گاه گروهی قصد قیام مسلحانه در برابر اساس نظام را داشته باشند اما قبل از درگیری و استفاده از سلاح دستگیر شوند، اگر سازمان و مرکزیت گروه وجود داشته باشد حبس تعزیری درجه سه و اگر از بین رفته باشد حبس درجه ۵ اعمال می‌شود. این ماده صرف‌نظر از اینکه مبهم است و معلوم نیست شامل کدام مرحله قبل از قیام مسلحانه می‌شود، با ارتکاب اعمالی به قصد براندازی نظام منطبق نیست. زیرا مصداق ماده ۲۸۸ گروه مسلحانه‌ای است که قبل از اقدام دستگیر می‌شوند، اما مصداق ارتکاب برخی اعمال به قصد براندازی نظام، قصد مجرمانه صرف نیست، بلکه اعمالی انجام شده است با سوءنیت خاص براندازی نظام که لزوماً هم مسلحانه نیستند. مضافاً همان طور که

گفته شد اگر منظور، دستگیری گروه قبل از اقدام به قیام مسلحانه باشد، چنین عملی در ماده ۶۱۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) جرم‌انگاری شده است و نیازی به ماده ۲۸۸ نبود. برخی نیز معتقدند اینکه قانون‌گذار در ماده ۲۸۸ در دو فرض بقای سازمان و مرکزیت گروه باغی یا از بین رفتن آن، مجازات‌های تعزیری متفاوتی را پیشنهاد کرده است، با این اشکال مواجه است که در حقوق اسلامی معمولاً مجازات‌های حدی، مجازات جایگزین ندارند. یعنی در صورت انجام مقدمات و عدم ارتکاب آن، مجازات نمی‌شوند، پس چگونه در بغی و برای کسانی که اقدامات مقدماتی انجام داده‌اند ولی هنوز دست به اسلحه نبرده‌اند، تعزیر تعیین شده است (آقابابایی، ۱۳۹۵: ۲۸). باید توجه داشت که صرف قصد براندازی نظام را نمی‌توان به تنهایی جرم‌انگاری کرد، زیرا به منزله مجازات اندیشه مجرمانه صرف است و در عمل ممکن است به تفتیش عقاید منجر شود.

### نتیجه

نخستین یافته حاصل از انجام پژوهش آنکه پس از بررسی شرایط حاکم بر احاله مشخص شد که در حواله انجام یک عمل به قصد براندازی نظام به مجازات حدی محاربه، بغی یا افساد فی الارض هیچ‌یک از شروط وحدت در عناصر جرم (مادی و معنوی) و همچنین آثار آن وجود ندارد و نمی‌توان به مجازات این جرایم احاله داد. همچنین از آنجا که جرایم حدی در شرع مشخص هستند، نمی‌توان آن را به‌عنوان یک جرم حدی دیگر پیش‌بینی کرد. یافته دوم، با توجه به تحلیل اصل شفافیت به دست آمد. بدیهی است یکی از نتایج مهم اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل شفافیت قوانین است. به موجب اصل شفافیت، جرم‌انگاری اعمال و مجازات آن‌ها باید به‌طور صریح و به دور از هر گونه ابهام در قوانین موضوعه قید شوند، به‌گونه‌ای که عموم شهروندان بتوانند بدون دانش حقوقی با خواندن مواد قانونی مقصود قانون‌گذار را درک کنند. این اصل حکم می‌کند که جرم و مجازات در کنار هم و در یک ماده قانونی ذکر شود تا برداشت‌ها و تفاسیر متعددی از یک عمل جرم‌انگاری شده نگردد و حقوق شهروندان در معرض تضییع قرار نگیرد. اما حواله مجازات دقیقاً خلاف این اصل بدیهی است و در اثر آن از شهروندان عادی انتظار می‌رود علاوه بر درک حالت احاله، مجازات جرم ارتكابی را در قانون دیگری جست‌وجو کنند که خود مستلزم فهم آن قانون و تطبیق عمل ارتكابی با عناصر جرم دیگری در قانون احاله داده شده است. نکته قابل توجه آنکه در احاله به مجازات حدی، موضوع از این هم پیچیده‌تر به نظر می‌رسد؛ زیرا مرتکب باید پس از انجام یک عمل عادی که سابقه‌ای در مقررات شرعی ندارد به دنبال مجازات آن در مقررات شرعی باشد که باعث می‌شود ابهامات و سؤالات بیشتری در ذهن وی ایجاد شود. بدین شرح که هر شهروند مکلفی بعد از بالغ شدن و کمال عقل، فرض بر این است که اجمالاً جرایم شرعی (جرایم مستوجب حد و قصاص و

دیات) و مجازات آن‌ها را می‌داند و بر این امر نیز واقف است که جرایم شرعی و میزان مجازات آن‌ها در شرع مقدس تعیین شده و غیرقابل افزایش یا کاهش است. از این رو، دلیلی نمی‌بینید در عملی که سابقه‌ای در شرع ندارد به مجازات یک جرم حدی در شرع حواله داده شود. یافته سوم امکان توسل به قیاس و نقض قاعده در صورت احاله به مجازات حدی است. از آنجا که جرایم حدی در شرع مقدس تعیین شده و تقریباً مورد اتفاق فقهای امامیه و عامه است، احاله به مجازات جرایم حدی در خصوص عملی که سابقه‌ای در مقررات شرعی ندارد، یکی از مصادیق بارز قیاس و خلاف قاعده در شرع است. در حالت احاله به مجازات حدی، این سؤال مطرح می‌شود چگونه با وجود قاعده فقهی «تدرئوا الحدود بالشبهات»، در عملی که با هیچ‌یک از جرایم حدی مشابهتی در عناصر مادی و روانی ندارد، می‌توان مجازات جرایمی مانند محاربه یا بغی را اعمال نمود؟ آنچه از سیره ائمه و مقررات اسلامی استنباط می‌شود این است که فقها در خصوص خود جرم حدی با کمترین شبهه، مجازات حدی را مرتفع دانسته‌اند، چه رسد به اینکه بخواهند با قیاس عمل دیگری را جرم‌انگاری نموده و به مجازات جرم حدی احاله دهند. لازم به ذکر است همان طور که اشاره شد معمولاً قانون‌گذاران کشورها تحت شرایطی مانند مشابهت در عناصر و ارکان و آثار یک جرم، از حواله کیفری استفاده می‌کنند که هرچند در جای خود قابل انتقاد است، اما با توجه به اینکه تعزیر به نظر حاکم اسلامی واگذار شده است، شاید بتوان آن را در جرایم تعزیری قبول کرد، اما جرایم حدی و مجازات آن به نظر حاکم واگذار نشده است تا بتوان احاله را در آن قبول کرد. مضافاً برای حواله مجازات اعمال به قصد براندازی نظام به مجازات محاربه یا سایر حدود شرط وحدت در عناصر و ارکان وجود ندارد. در نهایت همان گونه که بیان شد هدف از انجام این تحقیق، احتیاط بیشتر در تعیین جرایم با مجازات حدی است و حتی الامکان با در نظر گرفتن منابع معتبر فقهی از توسعه این جرایم به استناد حواله کیفری خودداری شود و ارائه پیشنهاداتی در این زمینه است. از این رو، با توجه به عدم امکان احاله به مجازات محاربه یا سایر حدود و نظر به اینکه قصد براندازی نظام سوءنیت خاص و قسمتی از عنصر روانی در اعمال ارتكابی است و جدا از جرایمی مانند آتش زدن بنا، عمارت و غیره می‌باشند، لذا ضرورت دارد قانون‌گذار چنین اعمالی یا ارتكاب هر عمل دیگری با قصد براندازی نظام یا مقابله با حکومت را با توجه به آثار و خطرات آن، جداگانه جرم‌انگاری نماید. در هر صورت باید این نکته را در نظر داشت که صرف قصد براندازی نظام یا قصد مقابله با حکومت اسلامی یا قصد شکست نیروهای خودی بدون هیچ اقدامی نمی‌تواند جرم‌انگاری یا مجازات شود، حتی اگر مرتکب به آن اقرار نماید، زیرا قصد مجرمانه صرف قابل مجازات نیست.

## منابع

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۸)، حقوق جزای عمومی، جلد اول، چاپ پنجاه و هشتم، تهران: نشر میزان.
- الهام، غلامحسین (۱۳۷۳)، «بررسی جرم محاربه و افساد فی الارض در فقه و قوانین موضوعه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره دهم.
- امیدی، جلیل (۱۳۷۷)، «قواعد تفسیر قوانین جزایی»، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره چهل و یکم، صص ۵۷-۷.
- آقابابایی، حسین (۱۳۸۳ و ۱۳۸۴)، «طرح براندازی در حقوق کیفری ایران، مصر و انگلستان»، مجله رهنمون، شماره‌های نهم و دهم.
- آقابابایی، حسین (۱۳۸۵)، «تحلیل جرم براندازی در حقوق کیفری ایران»، مجله فقه و حقوق، سال سوم، شماره دهم، ۱۳۷-۱۱۳.
- آقابابایی، حسین (۱۳۹۵)، «دکترین مقابله با بغی در اسلامی و نحوه انعکاس آن در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۱۵.
- بشیری، تهمورث (۱۳۸۹)، «حواله کیفری؛ بررسی جرم ماده ۵۱۶ قانون مجازات اسلامی»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۳.
- بکاریا، سزار (۱۳۹۷)، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، چاپ نهم، تهران: نشر میزان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۴)، دائره‌المعارف علوم اسلامی، جلد سوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری، فریدون و مسعود قهرمانی (۱۳۹۳)، تحلیل جرم بغی در سیره علوی و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، فصلنامه پژوهشنامه نهج البلاغه، سال دوم، شماره ۸، صص ۷۸-۶۳.
- حاجی‌ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۴)، «قاعده درأ در فقه و حقوق امامیه»، مجله حقوق اسلامی (فقه و حقوق)، شماره ۴، صص ۶۲-۳۳.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۹۵)، حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه اموال)، چاپ هفتم، تهران: انتشارات سمت.
- رحیمی‌نژاد، اسمعیل (۱۳۷۶)، «روش تفسیر در قوانین کیفری»، مجله نامه مفید، شماره دوازدهم.
- رحیمی‌نژاد، اسمعیل و محدثه صفرخانی (۱۳۹۳)، بررسی جرم بغی در فقه امامیه و حقوق ایران، مجله حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۴۰.
- رهبرپور، محمدرضا و حسین نورمحمدی (۱۳۹۷)، «چالش‌های حقوقی-قضایی جرم افساد فی الارض در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال ششم، شماره ۲۲.
- ساداتی، سیدمحمد مهدی (۱۳۹۵)، «شرایط اعمال قاعده درأ در فقه و قانون مجازات اسلامی»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۱۴.
- سالارزانی، امیرحمزه و جمیله افروشته (۱۳۹۸)، «تحلیل تفکیک بین محاربه و افساد فی الارض در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران با تکیه بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، مجله جستارهای فقهی و اصولی، سال پنجم، شماره ۱۴.

- شاکری، ابوالحسن و مرتضی فتحی (۱۳۹۲)، «از اصل قانونمندی کیفری تا آیین نامه‌ای شدن آن؛ بررسی آیین نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی ۱۳۸۸» فصلنامه حقوق، دوره ۴۳، شماره ۴.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۱)، قواعد فقه؛ بخش جزایی، جلد چهارم، چاپ بیست و پنجم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۴)، مباحثی از اصول فقه، دفتر دوم، چاپ هفدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مرعشی، سیدمحمدحسن (۱۳۷۰)، «افساد فی الارض از دیدگاه قرآن و روایات عقل»، مجله حقوقی دادگستری، شماره دوم.
- مؤذن زادگان، حسنعلی و حامد رهدارپور (۱۳۹۷)، «اصل شفافیت و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، شماره ۸۱.
- میرزایی، اقبال‌علی (۱۳۹۳)، «ارجاع به قانون دیگر و دشواری‌های ناشی از آن»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، شماره ۶۵.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۹)، حقوق جزای اختصاصی؛ جرایم علیه اموال و مالکیت، چاپ پنجاه و هفتم، تهران: انتشارات میزان.
- میرمحمدصادقی، حسین و زینب لکی (۱۳۹۸)، رویکردی نوین بر ارجاع کیفری در پرتو اصل وصف گذاری منصفانه، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۷، شماره ۲۷.
- میرخلیلی، سیداحمد، عباس کلانتری خلیل‌آباد و محمد نظری ندوشن (۱۳۹۵)، «چالش‌های میان بغی فقهی و قانونی»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضائی، شماره ۷۶ و ۷۵.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۱)، تقریرات درس جرم‌شناسی، ویرایش ۶، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
- هاشمی، سید محمود (۱۳۷۶)، «محارب کیست؟ و محاربه چیست؟ (بحثی در شناخت موضوع حد محارب)»، مجله فقه اهل بیت، شماره یازدهم و دوازدهم.

### عربی

- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل‌البیت، چاپ اول.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱ق)، تحریرالوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- خوئی، ابوالقاسم (بی تا)، مبانی تکمله المنهاج، نجف، مطمعه الآداب.
- شهید ثانی (۱۴۱۹)، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، جلد پانزدهم، چاپ دوم، قم: انتشارات مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شهید ثانی (۱۴۱۹)، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، جلد چهاردهم، چاپ دوم، قم: انتشارات مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷)، تهذیب الاحکام، جلد دوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- محقق حلی، محمد بن حسن (۱۴۱۸)، مختصر المنافع، جلد اول، بیروت: مؤسسه مطبوعات الدینییه.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۹ق)، شرایع الاسلام، چاپ دوم، تهران: نشر استقلال.



## تنزل جایگاه اصل قانونمندی کیفری در پرتو آیین نامه‌ای شدن رکن قانونی جرایم

علی صفاری\*، زینب لکی\*\*، راضیه صابری\*\*\*

### چکیده

قطعیت و شفافیت قانون کیفری از الزامات اصل قانونمندی بوده و مستلزم تعریف بزه با حداکثر صراحت و دقت توسط مقام تقنین است. با این حال، جرم‌انگاری بازبافت و دامنه‌دار و کیفری-اداری شدن پیکره بزه، دلالت بر روی‌گردانی از پایبندی به الزامات اصل قانونمندی دارد. با وجود اساسی‌سازی اصل قانونمندی جرم و مجازات در غالب نظام‌های حقوقی، جرم‌انگاری‌های باتلاقی و آیین‌نامه‌ای شدن حقوق کیفری، علاوه بر اینکه سیاست‌گذاران جنایی را از منظر پایبندی به الزامات حاکمیت قانون به چالش می‌کشد، فهم شهروندان از متون جرم‌انگار و همچنین نحوه اعمال قوانین کیفری را نیز تحت تاثیر قرار می‌دهد. پژوهش حاضر با اتکا بر روش توصیفی تحلیلی، به دنبال پاسخ به این پرسش‌ها است که بسترهای تنزل جایگاه اصل قانونمندی و تمایل قانون‌گذاران به ابهام‌گرایی تقنینی و اشتراک قانون و مصوبات اداری-اجرایی در تبیین مؤلفه‌های جرم چیست؟ این تدابیر چگونه پیش‌بینی‌پذیری آثار قانون را متأثر می‌سازند؟ یافته تحقیق نشان می‌دهد که امروزه به تاسی از اندیشه‌های نفی مطلق‌گرایی مانند فرانکوگرایی و عمل‌گرایی، حقوق کیفری به سمت نسبی‌گرایی، انعطاف‌پذیری و اجتماعی‌شدن پیش می‌رود. همچنین پیش‌آمدهای نوین مانند گسترش قلمرو حقوق کیفری در پرتو ظهور جرایم خارج از هسته مرکزی حقوق کیفری مانند جرایم پیشگیرنده و فنی، با ویژگی‌هایی نظیر عدم قطعیت، تخصصی و فنی بودن، زمینه‌ساز باتلاقی شدن قانون و

\* دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

alisaffary@gmail.com

\*\* دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

lakizeynab@gmail.com

\*\*\* دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

razihsaberi@gmail.com

آیین‌نامه‌ای شدن حقوق کیفری شده است. تحولی که بیش‌ازپیش به موازی‌سازی تقنینی، نقض شفافیت و قطعیت قانون و نیز هشدار منصفانه به شهروندان، منتهی می‌شود. در نهایت، جهت ایجاد توازن میان پویایی حقوق کیفری و حاکمیت قانون، رعایت ضابطه‌هایی مانند تعریف اصطلاحات (ترمینولوژی تقنینی) در متن قانون در راستای تعیین خط‌مشی مقامات اداری و نیز تعیین مدت اعتبار تفویض اختیار تعریف جرم به متون اداری-اجرایی، می‌تواند در کاهش چالش‌های انعطاف‌پذیری و آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی مؤثر باشد.

**واژگان کلیدی:** آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی، قانون بافت‌باز، باتلاق قانون، اداری شدن تعریف جرم، هشدار منصفانه

### مقدمه

رکن قانونی، جرم را ایجاد و ارکان و شرایط متشکله آن را اعلام می‌نماید. رکن قانونی از گذر ایجاد محدودیت برای کارگزاران حکومتی، تضمین‌کننده حقوق و آزادی‌های شهروندان است (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۱۸۵). در نتیجه از یک‌سو، فقط قانون می‌تواند عناصر متشکله جرم را تعیین نماید و از سوی دیگر، حق قانون‌گذاری کیفری فقط از آن قانون‌گذار است. عنصرمادی (پیکره جرم) در یک تقسیم‌بندی کلاسیک به سه بخش، رفتار مرتکب، اوضاع و احوال جرم و نتیجه مجرمانه تقسیم می‌شود (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲: ۷۶-۲۶)؛ اما در یک تحلیل جزئی‌تر شامل هشت مؤلفه؛ رفتار مرتکب، موضوع جرم، نتیجه مجرمانه، وسیله و نحوه ارتکاب جرم، زمان ارتکاب جرم، مکان ارتکاب، کنشگر و کنش‌پذیر جزایی و شخصیت آن‌ها است<sup>۱</sup>. (الهام و برهانی، ۱۳۹۷: ۲۳۹-۲۱۷). مطابق اصل قانونمندی و تفکیک قوا، مرجع تقنینی صالح باید تعیین‌کننده این مؤلفه‌های هشت‌گانه باشد و تفویض تعیین هر یک از این مؤلفه‌ها به غیر از مقام قانون‌گذار در قالب آیین‌نامه، مصوبات اداری و منابع فقهی و غیره، پراکندگی و تجزیه رکن قانونی را به همراه خواهد داشت. مسئله اصلی این است که با وجود اساسی‌سازی اصل قانونمندی جرم و مجازات در غالب نظام‌های حقوقی، جرم‌انگاری‌هایی انجام می‌گیرد که نه‌تنها سیاست‌گذاران جنایی را از حیث پایبندی به

<sup>۱</sup> لازم به ذکر است که تقسیم‌بندی فوق مانع و جامع نبوده و با جزئی‌نگری در تعریف جرایم مولفه‌های دیگری نیز قابل شناسایی است؛ مانند مولفه «طرف یا اطرافیان جرم» در تعریف جرم فعایت تبلیغی "به نفع گروه‌ها و سازمان‌های مخالف نظام". رفتار مرتکب و موضوع جرم در همه جرایم وجود دارد؛ اما شش بخش دیگر یا در تعریف یک جرم مدخلیتی ندارند، یا جزو ارکان جرم هستند و یا علل مشدده محسوب می‌شوند.

حاکمیت قانون به چالش می‌کشد، بلکه نحوه تفسیر و اعمال قوانین کیفری را در مرحله قضایی تحت تأثیر قرار می‌دهد. جرم‌انگاری دامنه‌دار و بازبافت یکی از جرم‌انگاری‌های چالش‌برانگیز است که بر اساس آن متن جرم‌انگار به دلیل کاربست واژگان مبهم، موسع بیش از حد تفسیرپذیر بوده و آزادی عمل دادرسان را در کیفری تلقی کردن رفتارهای گوناگون، افزایش می‌دهد. دیگری، جرم‌انگاری‌هایی است که از رهگذر اعطای اختیار تقنین به نهادهای غیر تقنینی و ورود متون اداری-اجرایی به قلمرو هنجارگذاری کیفری منجر به تقنینی-اداری شدن متن جرم‌انگار می‌شود. به جهت هم‌نشینی این دو مقوله از منظر بسترها و پیامدهای آن‌ها بر نقض اصول مختلف حقوق کیفری و نادیده‌انگاری حقوق و آزادی تابعان حقوق کیفری، در این پژوهش باتلاقی شدن (انعطاف) رکن قانونی و آیین‌نامه‌ای شدن آن توأمان مورد بررسی قرار می‌گیرد. آیین‌نامه‌ها و مصوبه‌ها بر پایه تکلیف مقرر در قانون، مؤلفه‌های یک عمل مجرمانه را تعیین می‌کنند و مخاطبان حقوق کیفری، در دو یا چندین متن جداگانه، توصیف جرم را درمی‌یابند. در «ارجاع آیین‌نامه‌ای»، رکن قانونی بزه، تلفیقی از متن تقنینی و اداری است؛ به‌عنوان نمونه، در قانون مدیریت پسماند مصوب ۱۳۸۳، جرم دفع پسماند به شکل منسجم توصیف نشده و باید این‌گونه تعریف شود: «هر گونه رهاسازی پسماندها بدون کسب مجوز لازم در زمان و مکان غیر مجاز» (فریادی، ۱۳۹۶: ۴۴۳). از آنجایی که زمان و مکان ارتکاب در جرم دفع پسماند، بخشی از عنصر مادی محسوب می‌شود؛ این مؤلفه‌ها توسط نهادهای غیر تقنینی و در متنی اداری پیش‌بینی شده است.

همچنین، مقنن در بسیاری از موارد به‌جای تبیین دقیق جرم و عنوان مجرمانه در متن قانون، از گذر به‌کارگیری مفاهیم بافت‌باز هرگونه تبیین مفهوم و تعیین مصداق را به مقام قضایی واگذار می‌کند. انعطاف‌پذیری رکن قانونی پیرو به‌کارگیری عبارات موسع و تفسیرپذیر، باتلاقی شدن<sup>۱</sup> قانون کیفری را به دنبال دارد. وجود عمق<sup>۲</sup> در قانون کیفری به مقامات قضایی این جایگاه را اعطا می‌کند که گستره وسیعی از رفتارها را مجرمانه تلقی کرده و افراد را تحت تعقیب کیفری قرار دهند؛ جایی که کنشگران عدالت کیفری در دادسرا و دادگاه قادر هستند تا خوانش‌های مختلفی از یک مفهوم مبهم ارائه دهند. بدین‌سان، دادرسان به‌جای «اعمال» قانون، اقدام به قاعده‌سازی و «خلق و ابداع» جرم می‌کنند. در این موارد برخلاف اصل قانونمندی و تفکیک قوا، فهم شهروندان از قانون و دریافت پیام قطعی مقنن از گذر مطالعه متن جرم‌انگار میسر نیست. از این‌رو ضروری است که اصول‌گرایی و لزوم پیش‌بینی

<sup>۱</sup>. Legal Swamp

<sup>۲</sup>. depth

عناصر جرم به شکل قطعی و در متن قانون، مورد بازبینی قرار گیرد. پرسش‌های پژوهش حاضر این است که زمینه‌های تنزل اعتبار اصل قانونمندی و تمایل قانون‌گذاران به ابهام‌گرایی تقنینی و آیین‌نامه‌ای شدن عنصر مادی جرایم کدام است؟ ابهام‌گرایی تقنینی و آیین‌نامه‌ای شدن، چگونه پیش‌بینی‌پذیری آثار قانون را متأثر می‌سازند؟

با اتکا بر روش توصیفی-تحلیلی و با مطالعه منابع نظری و پژوهشی مرتبط با موضوع، ابتدا زمینه‌ها و دلایل پراکندگی متن جرم‌انگار و کلی‌گویی تقنینی به‌عنوان دو مقوله مبین افول جایگاه اصل قانونمندی در جرم‌انگاری بررسی شد، سپس چالش‌ها و ایرادات آن تبیین می‌گردد. در نهایت از برایندها و چالش‌ها، ضابطه‌هایی در جهت ایجاد توازن میان حاکمیت قانون و تحولات حقوق کیفری، ارائه می‌شود.

### ۱. بسترهای نظری تحول در رکن قانونی جرایم

اصل‌گرایی در حقوق به معنای پایبندی به قواعد بنیادین آن است. اصل‌گرایی کیفری همان التزام به اصولی کلی است که شاکله حقوق کیفری بر آن بنا نهاده شده و منحصر به یک یا چند جرم خاص نیستند.<sup>۱</sup> در پناه اصول‌باوری کلاسیک، حقوق و آزادی‌های افراد در سایه هشدار پیش از ارتکاب جرم، تعریف جرایم و ضمانت‌اجراها، چارچوب‌بندی منطقه مجاز و غیرمجاز رفتاری، پیشگیری از سوءاستفاده مقامات حکومتی از قدرت علیه مردم با اتکا بر اصل قانونمندی، تضمین شد. اصل‌گرایی مطلق در وجود قوانین ثابت، غیرقابل تفسیر و قطعی متبلور شد. قانون باید مبتنی بر سادگی، انسجام<sup>۲</sup> و تمامیت<sup>۳</sup> (Damiano, C, 2009: 136-137)، تمامی فروزی که ممکن است نزد دادگاه مطرح شود را پیش‌بینی نماید. از این رو، راه حل بحران و مشکلات اجتماعی التزام به یک قانون از پیش موجودی است که قابل فهم، منسجم و صریح بوده و وظایف شهروندان را مشخص کرده باشد (Ashworth, 2006: 24) و عقلانیت پشتوانه انسجام و صراحت قوانین است.

تأکید افراطی بر ضرورت پایبندی به اصول موجب شد هرگونه تحول فکری و اندیشه‌های نوین پس زده شده و حقوق کیفری جنبه پویایی خود را از دست بدهد و رکود و افراط در سنت‌گرایی را تجربه نماید (پاک‌نیت، ۱۳۹۲: ۲۹-۲۷). التزام مطلق به قاعده حقوقی و تفسیر منطبق بر متن قانون، دادرسان را به افرادی فاقد اختیار تبدیل نموده بود که از انطباق قانون با واقعیات جامعه منع شده

<sup>۱</sup> اگرچه مفهوم «اصل‌گرایی» در نوشتگان اندیشمندانی نظیر بکاریا، مونتسکیو و غیره وجود نداشت؛

اما بازخوانی افکار آنان اصولی ثابت و غیرمنعطف مانند قانونمندی و تفکیک قوا را نمایان می‌سازد.

<sup>۲</sup>. Coherence

<sup>۳</sup>. Complete

بودند. با این حال، تحولات گوناگونی در پهنه حقوق کیفری به وقوع پیوست و دیدگاه‌های نظری ظهور کرد که به جای چهارچوب باوری و اصل محوری، کارایی و کارآمدی را دنبال می‌کنند. ظهور چنین اندیشه‌هایی، تعدیل اصل گرایی را به همراه داشت و اعتبار و قداست سنتی حاکمیت قانون تنزل یافت. در ادامه به نگرش‌های مؤثر در تعدیل اصل گرایی و نفی مطلق گرایی پرداخته می‌شود.

### ۱-۱. تنزل جایگاه اصل گرایی در پرتو نگرش فرانوگرا

از نقطه نظر تاریخی، مکتب تحقیقی از اولین مکاتبی است که بر مطلق‌اندیشی کلاسیک و اصل قانونمندی جرم و مجازات (رکن قانونی) تاخته و آن را مانعی برای مبارزه مقتضی با بزهکاری معرفی می‌کند. جرم‌شناسان مکتب تحقیقی معتقدند که رکن قانونی جرم باعث می‌شود که حقوق کیفری از تحول بزهکاری و رفتار بزهکاران همواره عقب بماند و در نتیجه عدالت کیفری نتواند بعضی حالت‌های خطرناک جرم‌شناختی را که هنوز توسط قانون‌گذار، جرم‌انگاری نشده است؛ اما برای جامعه خطرناک است، مجازات نماید (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۹۲: ۸۶۳).

متعاقباً، مکتب دفاع اجتماعی به فراتر از اصول غیرمنعطف کلاسیک می‌اندیشد (پرادل، ۱۳۹۴: ۱۱۷). این جنبش کنارگذاری بعضی قواعد یا ممنوعیت‌ها و یا دست‌کم میزانی انعطاف در قواعد به رسمیت شناخته شده را خواستار شد (آنسل، ۱۳۹۵: ۵۰). با وجود پذیرش اصل قانونمندی و حاکمیت قانون، نرمش در این اصول ضروری قلمداد می‌شود. مکاتب فوق، نقطه پایان تحولات اندیشه‌های کیفری و افول اقتدار اصولی همچون قانونمندی و تفکیک قوا نیستند. اندیشه‌های نفی مطلق گرایی و لزوم توجه به واقعیات و کارایی، ساختار ساده و یک‌دست حقوق کیفری را به سمت پیچیدگی و کثرت گرایی سوق داد.

از حدود دهه ۷۰ قرن بیستم میلادی جریان‌های انتقادی مختلفی در تئوری حقوقی پدید آمد و آموزه‌های حقوق کیفری مدرن و پایبندی به الزامات حاکمیت قانون، مورد تردید جدی قرار گرفت.<sup>۱</sup> نظریه‌های منتسب به فرانوگرایی<sup>۲</sup> به‌رغم پراکندگی و تنوع دیدگاه‌ها و حتی تعارض‌ها، بستر نوینی فراهم نمودند که رویکرد آن، کاربردی‌کردن علوم در عرصه‌های مختلف از جمله حقوق است (شاملو، ۱۳۹۲: ۱۲۲۰). انگاره‌های فرانوگرایانه به‌عنوان تفکری چارچوب‌ستیز و نسبی‌گرا در عرصه حقوق کیفری پایه‌های اصول بنیادین کیفری را متزلزل کرده و مسیر ترقیق این اصول را هموار ساخته است.

۱. آغاز تفکر انتقادی به دهه ۱۹۶۰ در فرانسه و به فیلسوفانی چون «ژاک دریدا»، «میشل فوکو» و «ژان فرانسوا لیوتار» منتسب است. (نک: رحیمی نژاد و صادقی، ۱۳۹۶: ۶۱).

عدم قطعیت، انکار فراروایت‌ها، فقدان مرکز و مرجع، پراکندگی و نگاه نسبی‌گرا و تکثرسالاری از ویژگی‌های نگرش فوق است. انکار فراروایت‌ها از شاخص‌ترین خصیصه‌های فرانوگرایی است. بدین معنا که برخلاف نوگرایی (مدرنیته) که در پی ارائه تحلیل‌ها و آموزه‌های کلان و جهان‌شمول است، فرانوگرایی در پی تحلیل‌های جزئی و موردی است. فرانوگرایی از گذر نفی حقیقت مطلق، نفی عقلانیت نوگرا (مرجعیت عقل) و انگاره‌های مطلق جزو نگرش‌های نسبی‌گرا - تکثرگرا محسوب می‌شود (Harno, 1951: 428) و این نسبی‌گرایی پیامد ناگزیر ناباوری به فراروایت‌هایی مانند عقل، قانون و غیره است. این نگرش چهارچوب‌ستیز، ضمن مخالفت با مرکزیت‌باوری و مرجع‌گرایی، هرگونه تنوع، انشعاب و پراکندگی را تأیید می‌کند (وارد، ۱۳۸۹: ۳۶). در این رویکرد ارزش‌های ثابت اعتبار ندارد و مقتضیات و تحولات زمانی و مکانی در تبیین مفاهیم حقوقی و اجتماعی نقش تعیین‌کننده‌ای دارد. از این‌رو، حقوق کیفری معاصر نسبت به دوره‌های ابتدایی شکل‌گیری، در قلمروهای مختلف تقنینی و اجرایی بیانگر تحولاتی در حوزه اصول حقوق کیفری است. نهادهای کاربردی، جای اصول و قواعد ثابت را می‌گیرد. نتیجه اینکه بدیهیاتی مانند اصل قانونمندی که منبع الهام‌بخش تنظیم و تفسیر قوانین بود، و نیز نگاه مطلق‌انگارانه به حاکمیت قانون، تعدیل گشته و از اعتبار سنتی آن کاسته شده است (شاملو، ۱۳۹۲: ۱۲۲۱). قانون‌گذاری مبتنی بر فرانوگرایی با دغدغه کارآیی و انطباق با واقعیت‌های اجتماعی، پایبندی کامل به اصول و ارزش‌های غیرقابل انعطاف ندارد. بدین ترتیب، حقوق مدرن حقوقی انعطاف‌ناپذیر<sup>۱</sup> و حقوق فرانوگرا حقوقی نرم<sup>۲</sup> و انعطاف‌پذیر تلقی می‌شود. حقوق فرانوگرا با تأکید بر کارکردگرایی، قصد دارد که خود را در مسیر تحولات اجتماعی قرار دهد (شهابی، ۱۳۹۲: ۶۵۷). اجتماعی‌شدن حقوق تحت تأثیر رویکردهای واقع‌گرا، حقوق مدرن را از یک امر متافیزیکی به حقوق کارکردگرا سوق داده است و رد و نفی اصل‌گرایی و چهارچوب‌باوری، کارکردگرایی را میسر می‌سازد. طرح نظریاتی در مبنای جرم‌انگاری مانند «دکترین مصالح حقوقی»، «یک بیان نظام‌مند از حقوق قابل دفاع و منافع مشروع حمایت‌پذیر است که از این حیث وجه کارکردی دارد؛ همه جوانب و شعب حیات اجتماعی از طریق جرم‌انگاری قابل حمایت‌اند» (محمودی جانکی، ۱۳۹۳: ۹۲). برخی از نویسندگان بر این باور هستند که این حرکت از سزاگرایی مبتنی بر نقض حق به پیشگیری از جرم و حمایت از منافع، نشان‌دهنده یک حرکت به سوی مفهومی عمیقاً اجتماعی و نسبی‌گرا از حقوق کیفری است (محمودی جانکی، ۱۳۹۳: ۹۲ به نقل از: Nuotio, 2010: 246).

1. Hard law

2. Soft law

در نگرش فرانوگرا، حقوق برخاسته از مناسبات اجتماعی و تحولات جامعه است و بر این اساس، تغییر آن هم‌پای تحولات اجتماعی ضروری است. از این رو، می‌توان تحول حقوق کیفری از اصل‌گرایی به کارآیی و تحول در عناصر متشکله جرایم و به‌طور کلی زوال فراروایت‌های کیفری را از جلوه‌های فرانوگرایی و انعطاف‌پذیری در حقوق کیفری دانست. گزاره‌هایی چون «لزوم رکن قانونی صریح و شفاف و تفکیک مطلق قوا»، واقعیات اجتماعی و تحولات روزافزون را نادیده می‌گیرد، در حالی که مفاهیم فرد، قرارداد اجتماعی، حق و غیره در آموزه‌های فرانوگرا زیر سؤال رفته تا واقعیات و منافع اجتماع دیده شود (Grossi, 2010: 85-86). از این رو، تأکید مطلق بر اصولی چون قانونمندی، لزوم صراحت و قطعیت قانون و تفکیک قوا، غیرقابل‌اعتنا انگاشته می‌شود. رکن قانونی از نگاه فرانوگرا، قانونی باز است، باز به روی تغییر و دور از دگم و جزمیت (نجفی ابرندآبادی و گلدوزیان، ۱۳۹۷: ۲۱).

اگرچه نظریه‌های فرانوگرایانه نتوانسته‌اند یک نظام حقوقی جدید ارائه نمایند؛ اما در چهارچوب نظام‌های حقوقی مبتنی بر انگاره‌های مدرنیته، زمینه اصلاح، تعدیل و بازنگری در معیارها و منطق حقوقی مدرن را ایجاد نموده است. کما اینکه گفته شده است: «تحلیل فلسفی و جامعه‌شناختی، نشان می‌دهد که آموزه‌های پست‌مدرن مبنی بر نفی مطلق‌گرایی بر تحولات اندیشه‌های کیفری تأثیر گذاشته و زمینه فاصله‌گیری از اصول حقوق کیفری مدرن را فراهم آورده است» (جعفری، ۱۳۹۵: ۲۶). بافت باز قوانین بر مبنای آموزه‌های فرانوگرا و نقد ساختار شکنانه قوانین، نمایانگر صحت ادعای این رویکردها در ناکافی بودن اصل قانونمندی، عدم امکان تعریف دقیق جرم و روی‌گردانی از اصول مطلق کلاسیک توسط نظام‌های مبتنی بر آموزه‌های مدرنیته است. افزون بر این، دومین نگرش مؤثر بر افول جایگاه اصل‌گرایی و تنزل اعتبار اصل قانونمندی، نگرش عمل‌گرا است.

## ۱-۲. تنزل جایگاه اصل‌گرایی در پرتو نگرش عمل‌گرا

مکتب فلسفی موسوم به عمل‌گرایی<sup>۱</sup> (پراگماتیسم) در اواخر قرن نوزدهم در آمریکا توسط اندیشمندانی چون ویلیام جیمز<sup>۲</sup>، جان دیویی<sup>۳</sup> و چارلز سندرس پیرس<sup>۴</sup> مطرح گردید. محور اندیشه این مکتب، فایده‌مندی و کارآیی محتوای اندیشه است. پراگماتیسم یا عمل‌گرایی در لغت به معنای مصلحت‌گرایی، عمل‌گرایی، پیامد و نتیجه‌گرایی است (بابایی، ۱۳۹۰: ۲۸). در این رویکرد، هرگونه مطلق‌گرایی در باب نظریه‌ها انکار می‌شود و عقاید و نظریه‌ها ابزاری برای رسیدن به هدف است که

1. pragmatism

2. William James

3. John Dewey

4. Charles Sanders Peirce

کارآیی آن در جریان تجربه مشخص می‌شود. در برخی نوشته‌ها، مصلحت‌جویی ترجمان دیگری از عمل‌گرایی است (بريجانيان، ۱۳۷۳: ۶۶۷-۶۶۶).

با توجه به مفهوم عمل‌گرایی، چندین شاخص برای آن قابل‌شناسایی است. نخست، واقع‌بینی: بر این اساس، تأکید اصلی بر دنیای واقع و واقعیت‌های جامعه است نه بر آنچه باید در یک دنیای آرمانی انجام پذیرد. دوم، نسبی‌گرایی: یکی از مهم‌ترین پیامدهای واقع‌بینی، نسبی‌گرایی است. در این رویکرد، قطعیت به‌عنوان یک هدف عقلانی طرد می‌شود و همین امر نگرشی نسبی به اصول می‌بخشد (آهی و مهربانی‌مدوح، ۱۳۹۳: ۶۷). بر این مبنا، هیچ اصل خاصی را نمی‌توان بدون توجه به اوضاع و احوالی که به آن اصل عمل شده‌است، برای همه اعصار و زمان‌ها الزام‌آور دانست. سوم، مصلحت‌گرایی. چهارم، ابزارانگاری: این شاخص تلقی کارکردی از مفاهیم، شیوه‌ها و نظریه‌ها است. عقاید به‌مثابه ابزار حل مسائل و مشکلات بشر هستند. یک نظریه ممکن است مدت‌های مدیدی کارا بوده در شرایط دیگری آن کارآیی را نداشته باشد.

نگرش عمل‌گرایانه در تقابل با دیدگاه‌های ناظر به حاکمیت قانون و قانونمندی، قرار می‌گیرد. در عمل‌گرایی به‌جای توجه به ارزش‌ها و آرمان‌های سیاسی و اخلاقی، بر کارآمدی و مصلحت‌سنجی تأکید می‌شود (مشکات، ۱۳۹۰: ۷۴) و اینکه چه چیزی در عمل موفق است (بیکس، ۱۳۸۹: ۲۴۹) بیش از پایبندی به اصول کلاسیک مورد توجه است. در این چشم‌انداز، رکن قانونی جرم، می‌تواند به شکلی منعطف و تجزیه شده به تصویب برسد و ارجاع به آیین‌نامه‌ها چنانچه در رسیدن به اهداف قانون‌گذار مؤثر باشد توجیه‌پذیر است؛ زیرا در نگرش عمل‌گرایی، وظیفه اصلی حقوق حل مسائل بشر است و اصول حقوق کیفری چنانچه به‌عنوان مانعی برای حل مشکلات باشد، منعطف می‌گردد. به‌عنوان نمونه، در جدال امنیت و حاکمیت قانون، امنیت و کارآیی در رویکردی عمل‌گرا، موجب زیر سؤال بردن بسیاری از اصول حقوق کیفری است. در این چشم‌انداز، خاستگاه انعطاف رکن قانونی و ترقیق اصل قانونمندی، تطبیق سیاست جنایی عمل‌گرا - امنیت‌مدار بر متن قوانین است که در فرایند قانون‌گذاری، رکن قانونی را با انعطاف بیشتری همراه می‌سازد.

یکی از راهبردهای مهم در جهت عینیت‌بخشی به اندیشه عمل‌گرایانه، انعطاف‌پذیری در تعریف جرایم است. از گذر طفره رفتن در خصوص انشای دقیق تعریف جرایم، به‌کارگیری اصطلاحات نسبتاً مبهم و کاستن از شفافیت و صراحت قوانین کیفری، می‌تواند به سیاست جنایی امنیت‌مدار جلوه عینی ببخشد. در واقع رویکرد امنیت‌مدار با تعاریف کیفری مبهم، به صورتی زیرکانه عینیت می‌یابد. بدین‌سان در نگاه عمل‌گرایانه، اصل‌گرایی حقوق کیفری، قضاوت قاعده‌محور، قواعد منبعث از قانون کنار گذاشته می‌شود و در انطباق اعمال ارتكابی با متن قانون، اختیارات گسترده‌ای به مقامات قضایی



اعطا می‌شود. تعریف انعطاف‌پذیر افساد فی الارض در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نمونه‌ای از اصل‌گریزی قانون‌گذار در جهت اعمال کیفر مرگ بر مصادیق متنوع است. عباراتی مانند «گسترده»، «اخلال شدید»، «ناامنی»، «خسارت عمده»، «در حد وسیع»، ذیل عنوان مجرمانه کلی افساد، با نگرشی عمل‌گرایانه همراه است؛ جایی که قصد قانون‌گذار برای ساده‌کردن عنوان‌های مجرمانه با هدف انطباق آن‌ها با اشکال مدرن بزهکاری و هم‌زمان دربرگرفتن تمام رفتارهایی که باید مجرمانه تلقی شوند، مخفی نمی‌ماند.

از نظر کارآیی سیاست جنایی که پیش از هر چیز داعیه «سرکوب‌گری» دارد، پیش‌بینی جرایم ابهام‌آمیز و منعطف معقول است؛ اما از نظر رعایت اصل قانونمندی قابل‌اعتراض است (لازرو، ۱۳۹۲: ۱۲۵)؛ زیرا موجب خودکامگی متن قانون می‌شود.

علاوه بر تأثیر نگرش‌های نفی مطلق‌گرایی بر تنزل جایگاه اصل قانونمندی، گسترش قلمرو حقوق کیفری نیز موجب تشدید این تنزل شده است که در قسمت بعد بررسی می‌گردد.

## ۲. بسترهای عملی تحول در رکن قانونی جرایم

تشخص سنتی اصل قانونمندی در پرتو پیشامد مهم «گسترش قلمرو حقوق کیفری»، تنزل یافته است. رکن قانونی جرم، پیورشد حقوق کیفری و توسعه جرم‌انگاری در حاشیه جرایم مرکزی، جهت تطبیق با تحولات حقوق کیفری، با عدم قطعیت و صراحت همراه گشته و آیین‌نامه‌ها بیش از پیش تبیین جرم را برعهده گرفته‌اند.

### ۲-۱. گسترش قلمرو حقوق کیفری متأثر از ظهور جرایم پیرامونی

زمانی که اندیشمندان حقوق کیفری کلاسیک از لزوم پابندی جزم‌اندیشانه و مطلق به قواعد ثابت سخن می‌گفتند، حقوق کیفری به‌طور عمده در حال تضمین ارزش‌های بنیادین بود و رکن قانونی حول‌محور جرایم مرکزی یا هسته‌ای تبیین می‌گردید. غالب مباحث و نظریه‌پردازی‌ها بر بخشی از حقوق کیفری است که سابقه طولانی دارد؛ اما پیرو پویایی جوامع، تحولات اجتماعی، صنعتی، فناوری و غیره و در نتیجه ورود حقوق کیفری به قلمروهای گوناگون، زمینه پیدایش جرایم پیرامونی (حاشیه‌ای) و جرم‌انگاری‌های متنوع ایجاد شده است. جرم‌انگاری‌هایی که کاملاً قابل تطبیق با اصول سنتی حقوق کیفری نیستند.

جورج فلچر<sup>۱</sup> با ادعای مرکزیت حقوق کیفری، اعلام کرد «حقوق کیفری دارای یک هسته مرکزی است (Fletcher, 2000: 135). در همین رابطه، ویلیام اشتوننتز<sup>۲</sup> معتقد است: «حقوق کیفری از دو

<sup>۱</sup>. George P. Fletcher

<sup>۲</sup>. William Stuntz

بخش تشکیل شده است. نخستین بخش از چندین جرم مرکزی شکل می‌گیرد. بخش دوم شامل هر چیز دیگری است. داده‌های مربوط به حقوق کیفری، ادبیات حقوق کیفری و مباحث عامه‌پسند درباره جرم، به شدت بر بخش نخست تمرکز دارند» (Stuntz, 2001: 505-512).

جرایم مرکزی، هر ویژگی مهم از دیدگاه برقراری عدالت را به همراه دارد. به‌عنوان مثال، در حقوق کیفری تحمیل مجازات به مرتکب مستلزم عنصر مادی و «لزوم قصد مجرمانه» است. در این چشم‌انداز، جرم‌انگاری هر رفتاری که از «قصد مجرمانه» ناشی نمی‌شود، ناعادلانه محسوب می‌شود. بدین ترتیب، جرایمی که قصد مجرمانه را با تحلیل مسئولیت مطلق کنار می‌گذارند، باید به حاشیه رانده شوند، حتی اگر ریشه تاریخی مستحکمی داشته یا انباشتگی کار نظام عدالت کیفری را به خود اختصاص دهد. در واقع طبق این معیار، جرایم خارج از محور یا پیرامونی، جرایمی هستند که از لحاظ اصولی مورد شک واقع شده‌اند؛ زیرا فاقد مشخصه یا ویژگی‌هایی هستند که بیشتر نظریه‌پردازان آن‌ها را ضروری می‌دانند (هوساک، ۱۳۹۰: ۵۷). بر این اساس، بزه‌های متعلق به هسته مرکزی حقوق کیفری همواره با خصیصه مجرمانه قرابت و پیوند داشته است. جرایمی مانند قتل، سرقت، تجاوز جنسی، رفتارهای مزورانه و غیره متعلق به هسته حقوق کیفری هستند و قانون‌گذاران امروزی تمایل کمی به جرم‌زدایی از این جرایم تاریخی دارند. در مقابل جرایم ساختگی یا پیرامونی، بر مبنای مصالح حقوقی و منافع اجتماعی به حقوق کیفری اختصاصی اضافه شده است که همواره می‌توانند موضوع جرم‌زدایی و کیفرزدایی باشند. «هسته مرکزی حقوق کیفری درصدد است که شمار مصالح حقوقی را در سطح پایینی نگه دارد و آن‌ها را به‌طور جزئی مشخص کند» (محمودی جانکی، ۱۳۹۳: ۹۵، به نقل از؛ Hassemer, 2014: 195-196)؛ اما «در حال حاضر زنجیره مصالح حقوقی جدید خارج از هسته اصلی حقوق کیفری طولانی شده و در این میان نقش صیانت از مصالح جمعی در این زمینه اساسی است. حلقه‌های این زنجیره انتزاعی، پیچیده، مبهم و از حیث محتوا فربه می‌باشند (محمودی جانکی، ۱۳۹۳: ۹۵، به نقل از؛ Hassemer, 2014: 195-196). توسعه جرایم پیرامونی با اقتضانات نوینی مانند مسئولیت اشخاص حقوقی، مسئولیت کیفری بدون تقصیر، اعطای اختیار تقنین به نهادهای اداری، جرم‌انگاری‌های کلی و دامنه‌دار و غیره همراه است.

جرایم پیرامونی شامل جرایم هم‌سان یا هم‌پوشان، جرایم تبعی (فرعی) و جرایم پیشگیرنده یا مانع است که هر یک از این جرایم در پیرامون جرایم کلاسیک ایجاد و رو به فزونی هستند (Husak, 2004: 755) و سهم زیادی در گسترش قلمرو حقوق کیفری داشته‌اند. ظهور جرایم پیرامونی، اصول جرم‌انگاری را متفاوت نموده است.

جرایم هم‌پوشان<sup>۱</sup>، جرم‌انگاری دوباره و مکرر رفتارهای مشابه است (Margaret Prebble, 54: 2018) و پویایی اجتماعی منشأ افزایش شمار این جرایم است. در شکل غالب این جرم‌انگاری‌ها، جرم اصلی قبلاً جرم‌انگاری شده و جرم جدید صرفاً رفتار مجرمانه را با ویژگی‌های دقیق‌تر و جزئی‌تری، توصیف کرده و در نهایت یا کیفر شدیدتری را پیش‌بینی می‌کند یا به جرم اصلی ارجاع داده می‌شود. به‌عنوان نمونه جرم کلاهبرداری به شکل عام تصویب می‌شود و در ادامه اشکال و گونه‌های مختلف کلاهبرداری مجدد جرم‌انگاری شده و به کلاهبرداری عام الحاق می‌گردد.

جرایم پیشگیرانه بدون آنکه ابتدا به ساکن آسیب‌زا و ذاتاً مضر باشند، برای کاستن از خسارات جدی، جرم‌انگاری می‌شوند. این دسته از جرایم پیرامونی مانند جرایم با موضوع سلامت، حوزه مصرف، محیط‌زیست، امنیت و غیره از نظر اصول جرم‌انگاری مورد تردید قرار می‌گیرند؛ زیرا عمدتاً فاقد پیامد آسیب‌زا یا نتیجه قطعی هستند و برای پیشگیری از آسیب‌های قریب‌الوقوع طراحی می‌شوند. بهره‌گیری از این منطق جرم‌انگاری در جامعه مخاطره‌آمیز به سرعت در حال فزونی است و افول حاکمیت قانون و اصل‌گرایی کیفری را به دنبال دارد که در ادامه به تفصیل به این موضوع پرداخته خواهد شد.

جرایم تبعی یا فرعی به جرایم اصلی وابسته بوده و از نظر کارکردی، جایگزین تعقیب جرایم اصلی می‌شوند. جایی که افراد مرتکب جرم اصلی شده‌اند؛ اما امکان تعقیب موفقیت‌آمیز آن کم است یا دولت نمی‌تواند ارتکاب جرم را ثابت کند یا شواهد جرم اصلی به طریق غیرقانونی به دست آمده و قابل قبول نیست؛ این موقعیت‌ها منتهی به تصویب شمار قابل توجهی از جرایم تبعی شده است که جرایم اصلی را محاصره کرده‌اند. به‌عنوان نمونه در جرم پولشویی جرم‌انگاری موسع و ارجاعات آیین‌نامه‌ای، اصولی بنیادین مانند اصل قانونی بودن و تفکیک قوا را منعطف می‌کند. از آنجایی که غالب این جرایم در میان عموم مردم نیز معنی قابل فهمی ندارند، قانون‌گذاران اختیارات گسترده‌ای دارند تا آن‌ها را به شکل توسعه‌طلبانه‌ای که می‌خواهند، تعریف کنند.<sup>۲</sup>

در هر یک از اقسام جرایم پیرامونی، تنزل اصل قانونمندی و تفکیک قوا به‌عنوان بخشی از اقتضانات این قبیل جرایم قابل مشاهده است.

<sup>۱</sup>. overlapping offenses

<sup>۲</sup>. در هر یک از تقسیم‌بندی‌های فوق نمی‌توان مدعی جامعیت و مانعیت بود، ای بسا جرایمی که در هیچ یک از دسته‌بندی‌های فوق قرار نگیرد و یا جرایمی که همزمان در هر سه تقسیم‌بندی باشد.

## ۲-۲. جلوه‌های تنزل اصل قانونمندی در پرتو ماهیت و اقتضانات جرایم پیرامونی

با ظهور جرایم مختلف در حاشیه جرایم محوری، الزامات اصل قانونمندی بیش از پیش در تقابل با اقتضانات و ماهیت جرایم پیرامونی قرار گرفته است. رفتارهای مخاطره‌آمیز و فنی - تخصصی، هریک به نوبه خود سهم چشمگیری در تنزل جایگاه اصل قانونمندی در هنجارگذاری کیفری دارند.

### ۲-۲-۱. انعطاف‌پذیری و آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی در جرایم مخاطره‌آمیز

خطرهای گوناگونی که به نقض سلامت و امنیت شهروندان دامن می‌زنند، جهت‌گیری ویژه به علوم مختلف از جمله حقوق کیفری بخشیده است. طبق نظریه جامعۀ مخاطره‌آمیز اولریش بک<sup>۱</sup> ریسک‌ها به دغدغه اصلی و تعمیم‌یافته‌ای تبدیل شده است تا آنجا که به نهادها و مؤلفه‌های معاصر سامان می‌دهد. مقابله با خطرات در پهنه حقوق کیفری به یکی از دغدغه‌های قانون‌گذاران تبدیل شده است. متأثر از منطق مخاطره‌آمیز و انتزاعی و کلی بودن موضوعات مورد حمایت، در تعریف مخاطره و ریسک همواره آشفتگی وجود دارد (صیقل، ۱۳۹۷: ۲). جرایم مخاطره‌آمیز بیش از گذشته شامل مفاهیم انتزاعی، دامنه‌دار و غیرشفاف هستند. کما اینکه به نظر هاسمر «با مدرن شدن حقوق کیفری مفاهیم جدید راهی برای ورود به نظام حقوق کیفری یافتند و بر پیچیدگی آن افزودند که همین امر سبب کاهش شفافیت آن شده است» (محمودی جانکی، ۱۳۹۳: ۹۹ به نقل از: Hassemer, 2014: 196). چنین مقرراتی با تغییر در اصول حقوق کیفری سنتی، در پرتو دو مقوله جرم‌انگاری بازبافت (کلی‌گویی تقنینی) و اشتراک قانون و آیین‌نامه، به شدت از اقتدار سنتی اصل قانونمندی کاسته است.

#### ۲-۲-۱-۱. قانون‌گذاری بافت‌باز در پهنه جرایم مخاطره‌آمیز

در جوامع حاضر مشخصه ریسک‌ها، عدم قطعیت، نامشخص بودن و دانش اتفاقی ما نسبت به آن‌ها است. منظور از عدم قطعیت، عدم امکان پیش‌بینی ریسک و مطمئن نبودن از وقوع قطعی ریسک می‌باشد. نتیجه عدم قطعیت ریسک، قوت‌گرفتن احتیاط‌گرایی در تصمیم‌ها است، تا از گذر آن علاوه بر رقم زدن سیاست جنایی کارا، عملکرد کنشگران قضایی - اجرایی را در مقابله با ریسک بهبود بخشد (صیقل، ۱۳۹۷: ۱۹۲).

ویژگی عدم قطعیت مخاطرات، به‌کارگیری قواعد مرتبط با آن را ضروری می‌سازد. قانون‌گذاران در تبیین رکن قانونی جرایم مخاطره‌آمیز در راستای تأمین سلامت و ایمنی افراد جامعه در پرتو ریسک، دچار مشکلات فراوان هستند. در واقع از یک‌سو، تمایل قانون‌گذاران به نگارش کلی و ابهام‌آمیز متن

<sup>۱</sup>Ulrich Beck

قانون است تا امکان آزادی تفسیر و شمول حداکثری وضعیت‌ها را فراهم سازد. از سوی دیگر، عدم گستردگی متون قانونی، احتمال عدم شمول وضعیت‌های ریسک‌زا و فرار بزه‌کاران را از شمول پاسخ کیفری فراهم می‌سازد (Geer & Jean, 2002: 357). بنابراین تقابل عدم قطعیت جرایم مخاطره‌آمیز و لزوم قطعیت قانونی مطرح می‌شود. اصل قطعیت قانونی به معنای این است که شهروندان بدانند چه نوع رفتاری جرم و مسمول تعقیب کیفری خواهد بود (بکاریا، ۱۳۹۵: ۲۳-۴۵). در حقوق کیفری سنتی حمایت از حقوق فردی مقتضی تعریف دقیق جرم و پیش‌بینی آثار قانون توسط شهروندان است؛ اما از نظر عملی حقوق کیفری سنتی به این جهت مناسب نیست که پاسخ به بزه بسیار دیر داده می‌شود و پاسخ‌دهی زمانی است که خسارت وارد شده است (دل‌ماس-مارتی، ۱۳۹۳: ۳۹۵)، در حالی که در جرم‌انگاری رفتارهای مخاطره‌آمیز با کارکرد پیشگیری از خطر، احتمالات غیرقطعی موضوع جرم‌انگاری است. به تعبیر دیگر، رویکردهای نوین در جهت مقابله با مجرمین بیش از آنکه سرکوبگرانه باشد، دارای جنبه پیشگیرانه به معنای عام و مدیریت و کنترل است (آقابابایی، ۱۳۹۰: ۷۷). دشواری ارائه تعریف از مفهوم جرم باعث می‌گردد که ابهام ویژگی مهم سیاست جنایی و سیاست کیفری در مفهوم خاص گردد. بنابراین، می‌توان شاهد بود که مفهوم جرم، آن هم با هدف شمول مصادیق مختلف نوین، انعطاف‌پذیر گردد؛ زیرا اگرچه تلاش بر این است که مصادیق ذیل مفهوم جرم مشخص شوند، اما مشخص کردن این محدوده دشوار می‌باشد.

در تقابل اصل عدم قطعیت در جوامع مخاطره‌آمیز با قطعیت حقوق کیفری، از گذر برتری دفاع از جامعه در مقابل حقوق فردی، نوعی ابهام در متون قانونی و انعطاف‌پذیری در پیش‌بینی ارکان جرایم شناسایی می‌شود. بدین‌سان، پیش‌بینی جرایم مخاطره‌آمیز، قانون‌گذاری بازبافت و ابهام‌گویی تقنینی را به دنبال دارد. پیش‌بینی مخاطراتی چون «پخش مواد خطرناکی چون سمی، میکروبی و...» دامنه‌دار بودن مصادیق مواد خطرناک، قصد اخلاص گسترده در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی، نمونه‌ای از تأثیر منطق مخاطره‌آمیز بر کلی‌گرایی تقنینی است.

## ۲-۲-۱-۲. اشتراک قانون و آیین‌نامه در راستای حمایت حداکثری از اجتماع

رکن قانونی جرم در جامعه مخاطره‌آمیز به دلیل متکثر شدن موضوعات مورد حمایت دچار تحول شده است. لزوم توجه به این مقوله‌های متکثر، اعطای جایگاه ویژه به آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و پروتکل‌ها در حقوق کیفری را به دنبال داشته که به تنزل جایگاه اصل قانونمندی جرم منتهی می‌شود.

## ۲-۲-۱-۲-۱. پاسخ‌دهی سریع به جرایم مخاطره‌آمیز

تحولات عمده قرن جدید و پیچیدگی مسائل اقتصادی، فرهنگی، زیستی و... زمان و حجم زیادی از فعالیت‌های مجالس قانون‌گذاری را به خود اختصاص داده‌اند. مدیریت این امور که

روزبه‌روز در حال دگرگونی است، مستلزم سرعت، فوریت و قابلیت‌های تخصصی و علمی قانون‌گذاران است تا همگام با این تحولات، قوانین را با چنین تغییراتی منطبق سازند. با این وجود، فرایند کند و ایستای پارلمانی و نیز ساختار و تشکیلات نامناسب داخلی آن، یارای پاسخ‌گویی به موقع و مقتضی به خواست‌ها و نیازهای اجتماعی، کیفری، حقوقی و... را ندارند. بدین‌سان، تقویض اختیار تعیین مؤلفه‌های عنصر مادی به آیین‌نامه‌ها، به دلیل عدم امکان پیش‌بینی تمامی ابعاد و مصادیق جرایم مخاطره‌آمیز در قانون و فرایند کند پاسخ‌دهی مقنن به مسائلی که مستلزم پاسخ و واکنش سریع است، توجیه می‌شود. گسترش مصادیق نوین رفتارهای مجرمانه مخاطره‌آمیز و پیچیدگی برخاسته از ماهیت غیرقطعی این جرایم، بیان ویژگی‌ها و جزئیات و شناسایی جامع این جرایم را در قانون دشوار می‌نماید (صیقل، ۱۳۹۷: ۲۶۶). قانون‌گذاران کیفری در راستای کارآمدسازی و تقویت ابزارهای کنترلی خود، با محدودیت‌های بسیاری در فرایند تعریف دقیق عناصر مشکله بزه در مبارزه با خطرهای مختلف مواجه هستند. در راستای تقویت کارکرد نظام عدالت مبارزه با رفتارهای مخاطره‌آمیز، با عدول از تلقی سنتی از رکن قانونی و تفکیک قوا، شاهد اشتراک قانون و آیین‌نامه در تعیین عناصر مشکله این جرایم هستیم و در تقابل منافع اجتماعی و حقوق فردی، اصول کلاسیک به شکل منعطف و نه مطلق مورد توجه است. با این توضیح که، معیار جرم‌انگاری بسیاری از جرایم مخاطره‌آمیز به‌ویژه جرایم حوزه بهداشت، مصرف و زیست‌محیطی، ضرری است که به منفعت عمومی وارد می‌شود (روستایی و رحمانیان، ۱۳۹۶: ۲۷۳-۲۷۲)، با پابندی سخت به اصل قانونمندی و پیش‌بینی دقیق، صریح و قطعی جرایم مخاطره‌آمیز، منفعت عمومی تأمین نمی‌گردد؛ زیرا عدم امکان پیش‌بینی تمامی مخاطرات در مرحله تقنین و تشریفات زمان‌بر تصویب قانون، موجبات فرار بزه‌کارانی را که در خلأ قانونی از حاشیه امنی برخوردارند، فراهم می‌آورد. بدین‌سان، ضرورت پاسخ‌گذاری به موقع، تخصصی و کارشناسانه به برخی امور و جلوگیری از فرار بزه‌کارانی که برخلاف مصالح و منافع اجتماع عمل می‌کنند؛ اما در پناه خلأ قانونی زیست می‌کنند، آیین‌نامه‌ای شدن مؤلفه‌های عنصر مادی را تبیین می‌نماید. بنابراین، یکی از راهبردهای پیش‌بینی سریع آسیب‌ها، اشتراک مساعی قانون و آیین‌نامه در تبیین رکن قانونی در راستای به‌روزرسانی سریع رفتارهای مجرمانه و گذر از خلأهای تقنین مانند تشریفات زمان‌بر قانون‌گذاری، عدم امکان پیش‌بینی تمامی مخاطرات، تخصصی بودن تعیین مؤلفه‌های عنصر مادی جرایم مخاطره‌آمیز و... است.

#### ۲-۲-۱-۲-۲. همگامی با تحول در استانداردهای پویا

در حقوق کیفری سنتی، قطعی بودن، دقیق بودن عنصر مادی جرم را ضروری می‌نماید. در حالی که در جرایم پیشگیرنده، شرایط و اوضاع و احوال جرم به‌عنوان بخشی از عنصر مادی، به سادگی

جرایم مرکزی نیست؛ بلکه پیچیده، گوناگون و به سرعت تغییرپذیر بوده و این امر، پیش‌بینی رفتار مجرمانه را در متن قانون با دشواری همراه می‌سازد. به‌جای استفاده از قواعد خاص و مشخص در قوانین، استفاده از استانداردهایی که در نگارش آن‌ها ابهام وجود دارد، افزایش می‌یابد. لزوم رعایت استانداردهای مختلف، خط‌مشی قانون‌گذاران را در مرحله جرم‌انگاری ترسیم می‌کند. استانداردهای مختلفی که در حوزه‌های گوناگون به رسمیت شناخته شده‌است و قانون‌گذاران در جرم‌انگاری در حوزه مخاطرات، نقض این استانداردها را واجد وصف مجرمانه می‌کنند. این استانداردها ممکن است به‌صورت مداوم تغییر کند و قانون‌گذاران این استانداردها را در متن قوانین مورد اشاره قرار نداده و به اسناد و آیین‌نامه‌ها ارجاع می‌دهد. این اسناد غیرتقنینی هستند که توضیح‌دهنده و نمایانگر اصلاحات نوین و شرایط مخاطره‌آمیز هستند. ارجاع رکن قانونی به متون اداری-اجرایی، در واقع پویایی استانداردها و احتمالی بودن نتیجه مخاطرات را تحت پوشش قرار می‌دهد. از این رو آیین‌نامه‌ای شدن حقوق کیفری از جمله پیامدهای جرم‌انگاری‌های نوین در جوامع حاضر است؛ به نوعی که تعریف برخی جرایم، وجه کیفری-اداری به خود گرفته است. بر همین اساس در تعریف جرایم زیست‌محیطی گفته می‌شود: «جرایم زیست‌محیطی، به رفتارهایی اطلاق می‌شود که ناقض قوانین و اساسنامه‌های زیست‌محیطی باشد و الزام و اجبار حقوقی به دنبال داشته باشد». (Clifford, 1998: 10) این جرایم غالباً از گذر عدم رعایت (ترک فعل) استانداردهای یکپارچه‌ای که در متون اداری و اساسنامه‌ها تعریف شده است، به وقوع می‌پیوندد. به‌عنوان نمونه، تبصره ۳ ماده ۱۲۰ قانون هوای پاک ۱۳۹۶، مقرر می‌دارد که میزان مجاز و استاندارد انتشار آلاینده هوا، توسط سازمان پیشنهاد و به‌تصویب هیئت وزرا می‌رسد. با تعیین میزان انباشت مجاز هر یک از آلاینده‌ها در آیین‌نامه، هرگونه عبور از مقادیر مقدر می‌تواند اشخاص را به چرخه عدالت کیفری وارد سازد.

## ۲-۲-۲. انعطاف‌پذیری و آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی در قلمرو جرایم مربوط به نقض هنجارگذاری‌های فنی-تخصصی

با مدرن‌سازی سیاست جنایی پیرو صنعتی‌شدن و پیشرفت جوامع و ظهور اشکال جدید بزهکاری که اغلب مرتبط با فناوری‌های نوین در حوزه فناوری‌های جدید هستند، حقوق کیفری به‌جای یکپارچگی، تجزیه شده است. تکنیک‌های جرم‌انگاری نیز متأثر از «خدماتی شدن حقوق کیفری» و «فنی شدن» جرایم متحول شده است. با ظهور ارزش‌های نوپدید که غالباً واجد ویژگی فنی-تخصصی هستند، حقوق کیفری از کارکردهای سنتی فاصله گرفته و به‌جای حفظ ارزش‌های بنیادین، از گذر تسری ضمانت‌اجرای خود به حمایت از ارزش‌ها و دستاوردهای دیگر رشته‌ها مانند

حقوق بانکی، حقوق محیط‌زیست، بورس و اوراق بهادار و غیره، به ابزار خدماتی تقلیل یافته است. در واقع، حقوق کیفری ضمانت اجرای خود را به رشته‌های مختلف اعطا کرده و نقش خدماتی حقوق کیفری به نام حمایت از ارزش‌های جدید، گسترش یافته است. خدماتی شدن موجب می‌شود که حقوق کیفری با اخذ مؤلفه‌ها و شرایط بزه از سایر رشته‌ها، ضمانت اجرای کیفری را جهت تضمین آن مؤلفه‌ها و ضوابط اعطا نماید. به‌عنوان مثال با اعطای ضمانت اجرای کیفری به حقوق گمرک و حمایت از درآمدهای دولت در عرصه ورود و خروج کالا، اقسام مختلفی از جرایم مرتبط با قاچاق کالا و ارز که ناشی از نقض تشریفات گمرکی و عدم اخذ مجوزهای اداری است، جرم‌انگاری شده است.

ورود رفتارهای کیفری مرتبط با فنون جدید که دارای ماهیت تخصصی هستند، در تقابل با ابزار حقوق کیفری سنتی، پایبندی ماهوی و شکلی به اصول حقوق کیفری را با دشواری همراه ساخته است. خلاقیت جنایی بزهکاران و روش‌های نوشونده ارتکاب جرم، همواره تدبیر قانون‌گذاران را در مبارزه با تمامی رفتارهای آسیب‌زا، ناکارآمد جلوه می‌دهد. با توجه به پویایی و نوشوندگی سریع جرایم پیرامونی، گردآوری تمامی روش‌ها و تکنیک‌های ارتکاب جرم در حوزه جرایم فنی به سختی امکان‌پذیر است و این امر، عجز قانون‌گذاران را در تعریف جرایم فنی - تخصصی، به دنبال دارد. از این رو مقنن اقدام به جرم‌انگاری موسع و تعریف باز جرایم با عبارات مبهم و کشدار می‌نماید تا میزان بیشتری از اعمال ارتكابی را در تعریف قانونی جرم، جای دهند. به‌عنوان نمونه، در تعریف جرایم حوزه بازار بورس انعطاف و ابهام در تعاریف کیفری مانند بزه «دستکاری در بازار بورس»، قابل مشاهده است. قانون‌گذار در رابطه با جرم مذکور، در بند ۳ ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار با عبارات کلی درصدد جرم‌انگاری تمامی اشکال مختلف متصور برای این جرم است. در رابطه با عدم امکان تعریف این جرم در پرتو توسعه خلاقیت جنایی و تکنیک‌های روزافزون ارتکاب این جرم، گفته شده است: «روش‌ها و تکنیک‌های دستکاری صرفاً به وسیله نوع انسان‌ها قابل شمار و محدودند... بنابراین، به تعداد روش‌هایی که به ذهن مبتکر مجرمین می‌رسد، انواع مختلفی از جرم دستکاری وجود دارد» (Pirrong, 2010: 3). این آشفتگی و ابهام در تعریف جرم دستکاری، در غالب نظام‌های حقوقی وجود دارد و حتی برخی مقامات قانون‌گذاری از تصویب قوانین شفاف در این حوزه ابراز ناتوانی کرده‌اند (دریانورد و صفاری، ۱۳۹۲: ۲۳۵).

بدین سان متغیر بودن و تخصصی بودن مصادیق جرایم پیرامونی، سهم بسزایی در افول تشخیص اصل قانونمندی دارد. از آنجایی که، در بسیاری از جرایم نوین، تعیین دقیق موضوع بزه و صراحت در جرم‌انگاری، آسان نیست، این امر به مصوباتی دیگر ارجاع داده می‌شود. آیین‌نامه‌ای شدن رکن



قانونی جرم عموماً در جرایم فنی مشاهده می‌شود و تخصص‌گرایی قانون‌گذاری به مؤلفه‌ای تبدیل شده است که ضمن تبیین جایگاه ویژه برای آیین‌نامه، بیانگر ورود متخصصان به مقوله تبیین مصادیق جرایم است. از آنجایی که این آیین‌نامه‌ها و مصوبه‌ها حاوی قواعد کلی حقوق کیفری است، باید یکی از جلوه‌های حقوق جزا محسوب شده (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۱۹۹-۱۹۸) و مورد استناد قرار گیرند. ماده ۲۵ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، از مصادیق جزیره‌ای شدن متن جرم‌انگار و آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی است؛ جایی که کیفر بزه اقدام به صدور حیوانات وحشی عادی، در معرض نابودی و کمیاب و... «بدون اخذ مجوز قانونی از سازمان محیط زیست» و «عدم رعایت ترتیبات پیش‌بینی شده در قوانین و مقررات» به مجازات قاچاق کالای ممنوع احاله شده است و مقرر می‌دارد: «تعیین مصادیق این حیوانات بر عهده سازمان حفاظت محیط زیست است». در خصوص حمایت کیفری از جانوران باید گفت ویژگی جانوران، تحول آنان است (جعفری و احمدی، ۱۳۹۷: ۱۱۳). از این رو ممکن است گونه جانوری در یک دوره‌ای «در معرض انقراض» محسوب شود و در دوره‌ای جزو «جانوران عادی» محسوب گردد و بالعکس. بنابراین، تشریک مساعی اسناد فروتقنینی می‌تواند سبب یکپارچگی سیاست کیفری در حمایت از حیوانات شود.

در نهایت علل آیین‌نامه‌ای - اداری شدن حقوق کیفری در ایران و روند روزافزون آن، در چند محور قابل طرح است. نخست، در برخی موارد، تعجیل در تصویب یک قانون باعث می‌شود در صحن قانون‌گذاری صرفاً به طرح و وضع کلیات یک قانون پرداخته شود و در جهت سرعت‌بخشی در تصویب آن، مؤلفه‌های جزئی به آیین‌نامه‌ها واگذار می‌شود. دوم، عدم تخصص نمایندگان مجلس در پیش‌بینی ابعاد مختلف موضوع و اعطای اختیار تعیین جزئیات جرم به نهادها و مراجع تخصصی. سوم، در پاره‌ای از موارد، مقنن از تطبیق قانون‌گذاری با مصادیق و موضوعات پویا و در حال تحول عاجز است. به‌عنوان نمونه در تصویب قانون جرایم رایانه‌ای، زایش روزافزون و متنوع رفتارهای مجرمانه در بستر فناوری و فضای مجازی، قانون‌گذار را از ورود به مقوله تعیین مؤلفه‌های جزئی و موردی مصادیق مجرمانه بازداشت و این امر به کمیته تعیین مصادیق مجرمانه واگذار شد. پس از تبیین عوامل و بسترهایی که باعث تنزل جایگاه اصل قانونمندی در نظام کیفری می‌شوند، در قسمت بعد چالش‌های این تنزل بررسی می‌شود.

### ۳. چالش‌های جرم‌انگاری بازبافت و آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی جرم

اگرچه اصول حقوق کیفری در پرتو تحولات و پویایی اجتماع دستخوش تغییر شده است؛ اما پایداری اصل قانونمندی، همچنان مقتضی برقراری موازنه میان تحولات حقوق کیفری و آزادی‌های فردی است. هرگونه گشاده دستی در جرم‌انگاری بازبافت و اعطای اختیار تقنین به مقامات اداری،

حاکمیت قانون را بی اعتبار جلوه می دهد. با قرارداد قانون گذاری بازبافت و آیین نامه ای در سنجه حاکمیت قانون و قواعد هنجارگذاری، تقابل میان تحولات حقوق کیفری و اصول حاکم بر جرم انگاری مشخص می گردد. مراجعه به اصول و قواعد قانون کیفری، ناشی از این باور است که ایده ال ها و اهدافی وجود دارند که اساس قواعد ماهوی را تشکیل می دهند. چنین اصولی عمدتاً به عنوان ابزارهای ارزیابی مورد استفاده قرار می گیرند (Child & Ormerod, 2019: 25-26) و می توانند به سنجه ای برای تقدیر از هنجارگذاری کیفری منعطف و آیین نامه ای شدن یا نقد آن تبدیل شوند. از آنجایی که وضع قوانین کاملاً شفاف، صریح و بدون هیچ ابهامی (به گستردگی مصادیق و عدم امکان تشخیص تمام مصادیق یک مقرر قانونی) خود منتهی به کاهش کارآمدی قانون کیفری می شود، انعطاف پذیری عنصر قانونی می تواند عجز متن تقنینی در پیش بینی همه فروض قابل طرح را کم رنگ کند. از رهگذر متن منعطف، دادرسان در تطبیق قانون با تحولات جامعه به کنشگری بپردازند و خلأهای قانون در پرتو عملکرد دادرسان و تفسیر متون منعطف تقنینی مرتفع شود. با وجود این، پیامدهای نامطلوب جرم انگاری باتلاقی و انعطاف پذیری عنصر قانونی جرم امکان پیش بینی پذیری آثار اعمال تابعان قانون را دشوار می سازد. به گونه ای که افراد علاوه بر تکلیف تبعیت از امر ونهی قانون گذار، تکلیف به تطبیق مصداق بر قاعده و تشخیص غیرقانونی بودن آن رفتار را نیز دارند.

### ۳-۱. نقض اصول ناظر بر پیش بینی پذیری قانون

طبق اصل قانونمندی، باید از پیش، خطوط ممنوعه و غیر مجاز برای افراد ترسیم گردد. تنها در این صورت است که شهروندان می توانند خارج از آن خطوط به استیفای حق و آزادی عمل بپردازند. این اصل صرفاً ناظر به ترسیم این خطوط نیست، بلکه این ترسیم باید از ویژگی هایی برخوردار باشد که امکان پیش بینی پذیری آثار عبور از خطوط را به صراحت و وضوح نمایان کند؛ زیرا «هیچ چیز مهم تر از آن نیست که مخاطبان قانون گذار به درستی تکلیف خود را بدانند تا بتوانند آن را دقیقاً ادا نمایند» (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۲۰۸). کما اینکه از نظر جرم شناسان صرفاً جرم بودن عمل در قانون کافی نیست، بلکه «برای اینکه یک عمل از نظر جرم شناسی نیز جرم باشد، باید مرتکب آن، عمل خود را مجرمانه (و جرم بودن آن را نیز) بداند و حس نماید» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲: ۸۶۴). به عبارت دیگر بزهکار عمل خود را به عنوان یک جرم درک نماید. درک یک رفتار به عنوان جرم مستلزم صراحت و دقت در جرم انگاری و به عبارت دقیق تر کیفی بودن قانون است. در نوشتگان حقوقی در بیان کیفیت قانون به مؤلفه هایی نظیر صراحت و دقت، شفافیت، در دسترس بودن و پیش بینی پذیری اشاره شده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۲: ۱۴-۱۳). به نظر می رسد غایت تمامی این مؤلفه ها، پیش بینی پذیر

نمودن متون کیفری، به معنای قابلیت پیش‌بینی عواقب و پیامدهای ناشی از یک عمل (حسینی، ۱۳۹۴: ۳۶) برای تابعان حقوق کیفری است. پیش‌بینی‌پذیری قانون در گرو دو اصل شفافیت و هشدار منصفانه است.

### ۱-۱-۳. شفافیت

یکی از لوازم اساسی اصل قانونمندی که زمینه‌پذیری و فهم قانون را فراهم می‌نماید، اصل شفافیت مقررۀ قانونی است که متضمن قطعیت، صراحت، وضوح و دقت در هنجارگذاری می‌باشد. بر این اساس، قاعده حقوقی باید از محتوایی کاملاً روشن و واضح برخوردار باشد تا همه اعضا جامعه بتوانند موارد اجرای آن را پیش‌بینی کنند. در این راستا، قانون‌گذاران مکلف به نگرارش متون حقوقی با حداکثر وضوح متن و تعیین عناصر جرایم هستند (Desportes & Francis, 2008: 128-129). در واقع، شرایط قانونی باید به‌طور کافی شفاف باشد تا به شخص اجازه بدهد که اثرات این قانون را پیش‌بینی کند. اصل شفافیت یکی از شاخص‌های کیفی قانون و زمینه‌ساز فهم و درک آن است. قوانین باید تا حد امکان رسا، جامع، صریح و قابل فهم برای عموم باشند (فلاحی، ۱۳۹۵: ۴۰۴-۴۰۳) و عبارات قانون‌گذار باید متضمن تعریف کاملی از رفتار مادی و عنصر روانی جرم باشد (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۲۰۸). هرگاه عملی ممنوع باشد، باید قانون‌گذار آن را صریح و واضح<sup>۱</sup> بیان کند و نتیجه منطقی این سخن آن است که هرگاه در مورد عملی شک شود که جایز است یا ممنوع، حکم به جواز عمل شود؛ زیرا آزادی‌ها نیاز به تذکر ندارد؛ بلکه ممنوعیت‌ها و جرم‌ها است که باید بیان شود. بدون امکان پیش‌بینی‌پذیری آثار عمل مجرمانه توسط شهروندان، اساساً غرض اصل قانونمندی در تضمین حقوق و آزادی افراد، دچار تردید خواهد شد.

اصل قطعیت قانون از آثار نظریه حاکمیت قانون و از دلایل توجیهی لزوم شفافیت قانون است (موذن‌زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷ [الف]: ۱۹۶). نتیجه مستقیم این اصل، لزوم وضع قوانین شفاف و دقیق است؛ به‌گونه‌ای که قانون باید در دلالتش قطعی و ثابت باشد و موضوعات قانون کاملاً مشخص و مسلم‌الصدور باشد تا حقوق و آزادی‌های افراد در برابر اقدامات خودسرانه تضمین شود. چنین تضمینی جهت تعیین دقیق مرز آزادی و محدودیت مستلزم تبیین و تعریف دقیق، صریح و

۱. تفکیک میان اصل وضوح (clarity) و اصل شفافیت (transparency) بسیار دشوار است و گاهی مترادف یکدیگر به کار می‌رود. با این حال گفته شده است: اصل وضوح مغایر با پیچیدگی بیش از حد قانون و عدم درک متن قانون در مقیاسی کلان و اصل شفافیت به ابهام نداشتن جز به جز قانون داشته و هر ماده‌ای در پرتو اصل شفافیت باید بررسی شود. بنگرید به: وحدانی، ۲۵-۳۴. به نظر می‌رسد تحقق شفافیت قانون در گرو وضوح و صراحت است و نقض وضوح و پیچیدگی بیش از حد عبارات قانونی به نقض اصل شفافیت می‌انجامد.

شفاف جرم و کیفر است. شخصی که مفاد قانون ابهام‌آمیز و موسع را می‌خواند، اطلاع‌رسانی مؤثری از نوع رفتاری که مجرمانه تلقی شده یا خواهد شد را ندارد. در این موارد احتمالاً افراد مجبور شوند که حدس بزنند در مورد اینکه آیا رفتار آن‌ها منع شده است یا خیر (Margaret Prebble, 2018: 56). پیچیدگی و عدم شفافیت قوانین ابهام‌آمیز و باتلاقی، به‌نحو فزاینده‌ای نحوه اعمال قوانین کیفری را در فرایند قضایی متأثر ساخته و از رهگذر تعیین ناپذیر کردن و تفسیر پذیری مضاعف قانون، گستره آزادی عمل دادرسان را در خوانش از این قوانین، افزایش می‌دهد.

جرم‌انگاری بازبافت و آیین‌نامه‌ای شدن جرم، اگرچه ظاهراً پایبندی مقنن به حاکمیت قانون را نمایان می‌سازد؛ اما شفافیت و پیش‌بینی پذیری قانون را مورد خدشه قرار می‌دهد.

### ۲-۱-۳. هشدار منصفانه<sup>۱</sup>

یک کارکرد مهم قانون کیفری، بازداشتن افراد از برخی فعالیت‌های زیان‌بار و خلاف، با مجازات کردن مرتکبانی است که اهداف زیان‌بار را بدون توجه به قانون دنبال می‌کنند. تحقق این کارکرد مهم بر این فرض ضمنی استوار است که عموم در وهله اول از چنین سرنوشتی مطلع هستند. اصل هشدار منصفانه برای تبیین و ارزیابی همین فرض است تا اطمینان حاصل شود که جرایم تا چه اندازه به‌طور مؤثر به اطلاع عموم رسانده می‌شوند<sup>۲</sup>. اصطلاحاتی که یک جرم را تعریف می‌کنند هر اندازه کلی و غیردقیق باشند، به همان اندازه راه برای سوءتعبیر از قانون کیفری و گستره شمول و دامنه آن برای مخاطبان آن و به‌ویژه اعمال صلاح‌دید دادستان بازتر خواهد بود. برای جلوگیری از وجود ابهام، اصل هشدار منصفانه به‌عنوان یکی از اصول تحدید مداخله کیفری و جرم‌انگاری مطرح است. مطابق این اصل، تعریف جرم باید بقدری مشخص، معین و دقیق باشد تا بتواند هشدار منصفانه را فراهم کند. این اصل با بیان اینکه، جرایم باید به‌طور شفاف معین شده و آگاهی‌رسانی شوند تا راهنمای عمل افراد جامعه قرار گیرند (Rush, 2017: 6)، خواهان انتقال شفاف قانون به عموم می‌باشد.

بر این اساس، «آن‌هایی که مشمول قانونند باید قادر باشند با اطمینان بدانند قانون چیست و بنابراین بتوانند پیش‌بینی کنند پیامدهای اعمالشان چیست، نه اینکه بعد از رخداد با تعجب متوجه این پیامدها شوند» (Card, 2014: 93). به تعبیر دیگر: «افراد نباید به حال خود رها شوند تا حدس

<sup>۱</sup>. Fair warning

<sup>۲</sup>. اگرچه بر مبنای اصل حاکمیت قانون و در راستای آگاهی از حق‌ها و تکالیف، قوانین باید در دسترس عموم قرار گیرد؛ اما صرف انتشار قانون مردم را از حق‌ها و تکالیف مقرر در قانون آگاه نخواهد کرد مگر اینکه محتوای قانون نیز برای مردم قابل فهم باشد. بنگرید به: خسروی، احمد و نوروزی، حامد، حق بر فهم قانون، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۱، پاییز ۱۳۹۹.

بزنند چه کاری می‌توانند بکنند یا نکنند بدون اینکه از قانون کیفری تخطی کرده باشند یا خود را مشمول مجازات کرده باشند» (Morrison, 2001: 74). هر قانون کیفری «باید به همه و به زبانی که همه می‌فهمند در رابطه با اینکه در صورت عبور از خط خاصی قانون چه خواهد کرد، هشدار منصفانه بدهد» (Morrison, 2001: 74).

اصل هشدار منصفانه چندین حوزه بحث و جدل را شامل می‌شود. نخست: اصل هشدار منصفانه در این استدلال که جرایم موجود در یک نظام حقوقی - سیاسی باید در قانون موضوعه و به‌طور ایده‌آل در قانون کیفری مدون شوند، نقشی کلیدی دارد. در این صورت دسترسی عموم به قانون بهبود خواهد یافت. دسترسی به قانون کیفری یکی از شاخص‌های مهم پیش‌بینی‌پذیری قانون است. در دسترس بودن قانون کیفری به معنای دسترسی فیزیکی به قوانین و نیز درک پیام و مفاد آن توسط سوژه‌های حقوق کیفری است. بدین‌سان، قانون باید روشن و بدون ابهام خلق گردد؛ به‌گونه‌ای که مدلول آن با کمترین تلاش قابل درک و فهم باشد (موذن زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷: ۱۹۵). در این راستا، وجود زبان تعریف‌کننده برای هشدار منصفانه در این موارد ضروری است (Rush, 2017: 6). از این‌رو، توصیف جرایم و کیفرها در متن قوانین مدون از الزامات این اصل محسوب می‌شود و ارجاع به رویه، عرف، منابع غیرتقنینی مانند آیین‌نامه‌ها یا منابع شرعی در تقابل با هشدار منصفانه است. از گذر هنجارگذاری آیین‌نامه‌ای نه‌تنها دسترسی فیزیکی و ملموس به مقرره‌های مختلف که عناصر جرم را تعیین نموده‌اند، دشوار می‌گردد، بلکه امکان درک و توجه تابعان حقوق کیفری نسبت به منظور و مراد قانون‌گذار نیز با ابهام همراه بوده و پیش‌بینی جرم را مشکل می‌نماید.

دوم، هشدار منصفانه مشخص می‌کند که جرایم چگونه باید مدون شوند. از یک‌طرف، جرایم و تهیه پیش‌نویس قانون باید به اندازه کافی مفصل و حاوی جزئیات باشد تا به عموم اجازه دهد بدانند دقیقاً چه چیزی جرم انگاشته می‌شود و اجازه دهند آن‌ها بر این اساس رفتارشان را تعدیل کنند. برای مثال، چنانچه جرمی تحت عنوان «تماس غیرقانونی با شخصی دیگر»<sup>۱</sup> جرم‌انگاری شود. چنین جرمی برای شخص الف این معنا را دارد که لگد زدن به شخص ب مجرمانه است؛ اما بدون تعریف اصطلاح «غیرقانونی» اساساً مفهوم و گستره تماس غیرقانونی بسیار مبهم است و این نمی‌تواند پیام ایده‌آلی باشد. از طرف دیگر، جرایم و تهیه پیش‌نویس مربوط به قانون نباید بیش از حد پیچیده باشند. برای مثال، در حقوق انگلستان چند جرم جنسی (مانند چشم‌چرانی) به طرز بسیار پیچیده‌ای تعریف شده‌اند. ماهیت پیچیده تهیه پیش‌نویس قانون کمک چندانی به هشدار منصفانه دادن به یک

<sup>1</sup>. It is a crime to make unlawful contact With another

متخصص حقوق نمی‌کند چه برسد به عموم مردم. در نتیجه، این اصطلاحات، به صورت منفرد یا ترکیبی، آن قدر مبهم و نامعلوم هستند که نمی‌توانند هشدار منصفانه بدهند و بنابراین، باعث خطر اعمال ناموجه قانون از طرف مقامات دادرسی و دادگاه می‌شوند. عناوینی مانند «تشویش اذهان عمومی»، «اخلال در نظام اقتصادی»، «تبانی برای اقدام علیه امنیت»، «تظاهر به عمل حرام»، «رابطه نامشروع»<sup>۱</sup> که فاقد مقیاس مشخص و قابل سنجش در متن قانون بوده و تعیین مصادیق آن‌ها به شکلی منعطف و قابل تفسیر، بر عهده دادرسی گذاشته شده، برخلاف هشدار منصفانه است.

آیین‌نامه‌ای شدن مؤلفه‌های بزه اگرچه از رهگذر تسریع هنجارگذاری کیفری، کارایی سیاست کیفری در مبارزه با جرم را بهبود می‌بخشد؛ اما تغییرات مکرر و با فاصله زمانی کوتاه در مصوبه‌های اداری خود منجر به عدم هشدار منصفانه نسبت مقررده‌ها می‌شود. رویه قضایی نیز بیانگر سردرگمی تابعان حقوق کیفری از تغییرات زود هنگام و متعدد مصوبات اداری است. به عنوان نمونه، در رابطه با جرم گران‌فروشی، به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۰۰۱۴۰۰۲۳۳۰۱۳۹۹۰۰ مورخ ۱۳۹۹/۳/۲۸ صادره از شعبه چهارم عالی تعزیرات حکومتی، صدور دو مصوبه مختلف در بازه زمانی کوتاه دو

۱. در اعمال جرایم تظاهر به عمل حرام و رابطه نامشروع که ابهام‌آمیزی جرم، منجر به آزادی عمل بالای دادرسان در تعیین مصادیق این جرایم می‌شود، سردرگمی رویه قضایی، زمینه «عدالت سلیقه‌ای» را فراهم آورده است. این امر ریشه در ابهام گفتمان تقنینی و مشخص نبودن گستره مصادیق این جرایم دارد. در یک دادنامه، حضور مرد غریبه در منزل متهمه مصداق عمل حرام دانسته شد (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۲۱۰۰۹۱۲ صادره از شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، در مجموعه آرای قضایی شعب تجدیدنظر استان تهران، پژوهشگاه قوه قضاییه، اداره انتشار رویه قضایی کشور، ۱۳۹۲) و متهم به تحمل ۹۹ ضربه شلاق محکوم شد اما در دادنامه دیگر (دادنامه شماره ۹۲۹۹۷۰۲۲۲۳۰۱۲۴۶ صادره از شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، منع پیشین) دادگاه بدوی آن را بزه ندانسته و تبرئه می‌کند ولی دادگاه تجدیدنظر آن را رابطه نامشروع دانسته به ۹۹ ضربه شلاق محکوم می‌نماید. در دادنامه‌های دیگر خلوت کردن زن و مرد نامحرم مصداق فعل حرام دانسته نشده (دادنامه شماره ۹۲۹۹۷۰۲۲۴۱۰۱۳۷۴ صادره از شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، منع پیشین) و مرجع قضایی با این استدلال که «تا زمانی که خلوت، موجبات رابطه نامشروع همانند مصادیق تمثیلی ماده ۶۳۷ یاد شده را فراهم نسازد، قابل مجازات نخواهد بود» (دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۴۰۰۴۲۷ صادره از شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور، در مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور، پژوهشگاه قوه قضاییه، اداره انتشار رویه قضایی کشور، ۱۳۹۲) در نتیجه عمل ارتكابی را جرم و قابل پاسخ کیفری نمی‌داند.

ماهه در خصوص قیمت خودرو، توسط کمیته تعیین قیمت خودرو سازمان حمایت - که از آثار اعطای تقنین در خصوص شرایط جرم‌گران‌فروشی به نهادهای غیرتقنینی اداری است - را مورد توجه قرار داده است و در راستای حفظ عدالت، قسمتی از جزای نقدی مورد حکم را تعلیق نموده است.<sup>۱</sup>

### ۲-۳. نقض اصل عدم تفویض قانون‌گذاری

اصل تفکیک قوا به‌عنوان یکی از مبانی اصل قانونمندی، بیانگر اعطای نمایندگی از طرف جامعه به نهاد تقنین جهت قانون‌گذاری و ایجاد محدودیت در حقوق و آزادی افراد است. نتیجه بدیهی این اصل اجتناب سایر قوا از جرم‌انگاری است. در حالی که ارجاع تشخیص برخی مفاهیم یا مصادیق به آیین‌نامه، کمیته‌های تخصصی، مقام تعقیب و غیره، در بعد نظری و اجرا، آسیب‌هایی را به دنبال دارد.

#### ۱-۲-۳. موازی‌سازی تقنینی

در غالب موارد، قانون به این بسنده می‌کند که قواعد کلی را مشخص و جرایم را تعریف کند؛ اما تبیین دقیق‌تر و تعیین مصادیق را یا به مجموعه مقرراتی ارجاع می‌دهد که در آینده مقامات اداری وضع خواهند کرد که معمولاً هدف آن‌ها تعیین دقیق و سریع عناصر سازنده جرایم خواهد بود، یا اساساً از گذر تعریف دامنه‌دار و عمیق جرم، مقامات قضایی مانند دادستان و دادرس را واجد اختیارات وسیعی در جرم دانستن طیف وسیعی از اعمال و رفتارها می‌نمایند. بدین‌سان، برخلاف اصل جدایی قوا، چندین نهاد به موازات یکدیگر در تبیین رکن قانونی جرم نقش‌آفرین بوده که مصداق بارز پدیده «قانون‌گذاری موازی» است. موازی‌سازی تقنینی، ارجاع تعیین مؤلفه‌های عنصر مادی به نهادهای غیرتقنینی اعم از اجرایی و قضایی است.

اگر اختیار تعریف جرم به قوه مجریه، کمیته‌های مختلف تعیین مصادیق و یا حتی از طریق تفسیرپذیری و تعرف عمیق و دامنه‌دار بزه، بر عهده مقامات قضایی گذاشته شود، یک عنصر اساسی از حاکمیت قانون، یعنی اصل تفکیک قوا، مفقود شده است. رخداد چنین امری و قانون‌گذاری

<sup>۱</sup> طبق دادنامه فوق، شرکت تجدیدنظر خواه با مونتاز و پیش فروش دو هزار دستگاه خودرو، براساس قیمت تعیین شده در تاریخ ۹۷/۸/۳۰ به موجب مصوبه شماره ۶۰/۲۲۶۰۴۷ پنجمین جلسه کمیته تعیین قیمت خودرو سازمان حمایت، به قیمت نهایی ۲/۲۶۴/۵۰۰/۰۰۰ ریال به تعدادی از مشتریانی که ثبت نام کرده بوده اند، اقدام می‌نماید. کمیته مذکور در جلسه دیگری به تاریخ ۱۳۹۷/۱۰/۲۹ قیمت همین خودرو را حدود پنجاه و دو میلیون تومان کاهش داده است. بدین‌سان، تعریف جرم‌گران‌فروشی و شرایط آن توسط متن اداری دچار تغییر زود هنگام و مکرر شده و موجبات سردرگمی شرکت خودروسازی را فراهم آورده است.

کیفری آیین‌نامه‌ای و واگذاری‌های نامحسوس و تدریجی اختیارات قانون‌گذاری کیفری به قوه مجریه یا قضائیه، حاکمیت قانون وجه‌المصالحه قرار می‌گیرد، بی‌آنکه وجه‌المصالحه قرار گرفتنش در هر مرحله از این سیر مشهود باشد.

در حقوق ایران چنین تفویضی به آیین‌نامه در قانون اساسی پیش‌بینی نشده است. بر اساس اصل ۷۱ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی حق وضع قانون دارد. مطابق اصل ۸۵ قانون اساسی نیز اصل بر این است که مجلس حق تفویض اختیار قانون‌گذاری به دولت یا هر مرجع دیگری را ندارد. به‌همین دلیل شورای نگهبان در موارد متعدد با این استدلال که تفویض موارد نیازمند تقنین مجلس به دولت، خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی است، مصوبات مجلس را مورد ایراد قرار داده است.<sup>۱</sup> با وجود این، در امور کیفری و تفویض تعیین مؤلفه‌ها و مصادیق رکن قانونی جرم در قالب آیین‌نامه اجرایی، مخالفت صورت نگرفته است و روزبه‌روز بر ارجاعات آیین‌نامه‌ای افزوده می‌شود.<sup>۲</sup>

علاوه بر مغایرت واگذاری تفویض قانون‌گذاری به مقامات اداری و قضایی با اصل عدم تفویض، قوه مجریه اصولاً ظرفیت و قابلیت تقنین را ندارد؛ زیرا برخلاف قوه مقننه که برای تقنین بنا شده و سازوکار متناسب با آن را دارد، قوه مجریه صرفاً برای اجرا و اعمال قانون و نه وضع و خلق آن ایجاد شده است. سازوکار قانون‌گذاری در مجلس به شکلی بسیار مفصل و با جزئیات تمام برای دستیابی به اهداف و اغراضی مشخص طراحی و سامان‌دهی شده است و دارای ساختار پیچیده‌ای جهت بحث و بررسی قوانین است و همگی به‌گونه‌ای است که کیفیت حاکمیت قانون را بهبود ببخشد (لو،

<sup>۱</sup>. از جمله بند آخر ماده ۱۰۱ لایحه تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰ که در آن شرایط و ضوابط سازمان‌های بخش خصوصی و غیره در مقابل تسهیلات دریافتی از دولت به آیین‌نامه محول شده بود، توسط شورای نگهبان مستلزم تقنین دانسته شد. بنگرید به: (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۲: ۲۴۷)

<sup>۲</sup>. در وادی عمل آیین‌نامه‌ها و نیز بخشنامه‌های صادره از رئیس قوه قضائیه از اعتبار متن تقنینی کاسته و هدف مقنن را به حاشیه رانده است. یکی از مهمترین جلوه‌های این موازی سازی تقنینی و تنزل اعتبار قانون را در رابطه با مقرره‌ای تحت عنوان استعجازه یا استیذان می‌توان مشاهده کرد. بدین سان، درخواست رئیس قوه قضائیه از رهبری جهت برخورد سریع و قاطع در مقابله با اخلاط‌گران و مفسدان اقتصادی در تاریخ ۹۷/۵/۱۹ تحت عنوان «استعجازه از رهبری»، بسیاری از مقررات مربوط به آیین دادرسی کیفری و تامین حقوق دفاعی متهم را بی اعتبار نمود.



۱۳۹۵: ۶۷-۶۶). محیط فیزیکی و ساختمان مجلس و سالن جلسات علنی به دقت بنا شده است و کمیسیون‌های متعدد و متنوعی را دربرمی‌گیرد. درحالی‌که نیز ماهیت وجودی کار مقامات اداری از اساس برای تصدی وظایف قوه مقننه نامناسب است. قوای اجرایی در راستای به اجرا درآوردن قوانین به کار گماشته می‌شوند و توان علمی و اجرایی تقنین را ندارند و همین امر می‌تواند خدشه جدی به حاکمیت قانون وارد نماید.

### ۲-۳. فرا رفتن از اختیارات و نقض حقوق و آزادی‌های فردی

انعطاف‌پذیری رکن قانونی و واگذاری تعیین جزئیات و مصادیق جرایم به نهادها، کمیته‌ها و آیین‌نامه‌ها، می‌تواند حاکمیت قانون را به انحراف کشانده و امکان سوءاستفاده از اختیار را بالا ببرد. به‌عنوان نمونه، مطابق ماده ۳۱ آیین‌نامه اجرایی قانون مدیریت پسماند، شاهد تشدید مجازات توسط آیین‌نامه هستیم که بر اساس آن، تخلیه‌کنندگان پسماندهای ویژه در اماکن غیرمجاز و همچنین خودروهای تخلیه‌کننده پسماندهای ویژه، به حداکثر مجازات‌های تعیین‌شده در قانون محکوم خواهند شد. در این موارد آیین‌نامه به‌جای تعیین سازوکار اجرایی قانون، از تعیین مؤلفه‌های عنصر مادی که توسط مقنن مورد تفویض قرار گرفته است فراتر رفته و با ورود به قلمرو کیفرگذاری، ضوابط ناظر به تعیین کیفر را تغییر داده است.

همچنین در قانون جرایم رایانه‌ای، ارجاع امر تعیین مصادیق به کمیته<sup>۱</sup> تعیین مصادیق مجرمانه نیز یکی از چالش‌های اساسی سوءاستفاده از اختیارات اعطایی به کمیته است. ارجاع مندرج در ماده ۲۲ قانون مذکور به‌دلیل عدم تعیین خط‌مشی کمیته دارای تالی فاسد است. کمیته تعیین مصادیق به‌دلیل سیاستی که در برخورد با فضای مجازی وجود دارد و ویژگی‌های این فضا که می‌تواند هر روزه شاهد زایش میلیون‌ها مصداق مجرمانه باشد، انجام گرفته است. اگرچه کارکرد کمیته تعیین مصادیق، جزئی‌نگری و تعیین دقیق محتوای مجرمانه است؛ اما در لیست ارائه شده از سوی کارگروه در سال ۱۳۹۰، مفاهیم کلی و انتزاعی به‌عنوان محتوای مجرمانه ذکر گردیده است که اساساً فاقد ویژگی بیانگری است و ارائه‌دهنده خدمات دسترسی، خود باید اقدام به تطبیق محتوا با مفهوم ارائه‌شده توسط کمیته نمایند. به‌عنوان مثال در بند (ب) مواردی چون محتوای الحادی! و مخالف موازین اسلامی، تبلیغ تشریفات و تجملات نامشروع و غیرقانونی، به‌عنوان مصداق محتوای مجرمانه و مستلزم پالایش، ذکر شده است. ابهام‌گویی توسط مرجعی که مکلف است مصداق‌یابی

۱. کمیته مکلف است به‌طور دوره‌ای تشکیل و مصادیق سایت‌ها و داده‌های مجرمانه را تعیین و به سرورها برای فیلتر کردن اعلام کند.

نماید، نه تنها ارائه‌کنندگان خدمات دسترسی را همواره به جهت عدم پالایش محتوای مجرمانه در معرض بزهکاری قرار می‌دهد، بلکه با اعطای اختیار عمل به ارائه‌کنندگان خدمات دسترسی در شناسایی محتوای الحادی و خلاف موازین شرع، تضییع حقوق و آزادی‌های شهروندان، امری بدیهی است. با این وجود، بخشی از اختیار گسترده این کمیته در تعیین مصادیق مجرمانه و لزوم پالایش آن توسط خدمات میزبانی، به عنوان و مفاهیم انتزاعی مجرمانه‌ای بازمی‌گردد که در متن قوانین کیفری پیش‌بینی شده است و ید مبسوطی برای مصداق‌زایی توسط کمیته ایجاد نموده است که موجبات نادیده گرفتن حقوق و آزادی افراد را فراهم آورده است.

### نتیجه

اهمیت انسجام در نظام جزایی، عدم پراکندگی رکن قانونی جرم و کیفر، تعیین دقیق رفتارهای مجرمانه در متن قانون و به‌طور کلی کیفی بودن قانون، از بایسته‌های قانون‌گذاری و قانون‌نویسی است. با این وجود، جرم‌انگاری‌های بازبافت و باتلاقی و اعطای اختیار تعریف جرم و مؤلفه‌های آن به مقامات اداری-اجرایی در نظام‌های حقوقی مختلف از جمله ایران، دلالت بر کنارگذاری اصل قانونمندی و تفکیک قوا است. با بررسی زمینه‌های دو مقوله انعطاف‌پذیری رکن قانونی و آیین‌نامه‌ای شدن آن در دوبرستر نظری و عملی دریافتیم که ظهور دیدگاه‌های نظری و پیش‌آمدهای نوین در پرتو تحولات ناشی از پویایی حقوق کیفری، بستر تنزل جایگاه اصول حقوق کیفری به‌ویژه اصل قانونمندی و تفکیک قوا را فراهم نموده است. در بعد نظری، انگاره‌های فرانگرایانه و عمل‌گرا به‌عنوان تفکری چارچوب‌ستیز و نسبی‌گرا در عرصه حقوق کیفری، مسیر ترقیق اصول را هموار ساخته است. بدیهیات عقلی مانند اصل قانونمندی که منشأ تنظیم و تفسیر قوانین کیفری است و نیز رویکرد مطلق و افراط‌گونه به حاکمیت قانون به تدریج تعدیل گشته است و «کارآیی» بیش از اصل‌گرایی مورد توجه قرار گرفته است.

همگام با رویدادهای نظری، نوآوری در جرم‌انگاری و کیفری‌سازی رفتارهای مختلف، منتج به پدیده «گسترش قلمرو حقوق کیفری» شده است. اقتضانات و ماهیت ویژه جرایم نوین مانند جرایم مخاطره‌آمیز و فناورانه، گونه‌های پیچیده و متنوعی از جرایم را رقم زده‌اند که با پایبندی مطلق به اصولی نظیر قانونمندی و تفکیک قوا، قابل پاسخ‌گویی نمی‌باشد. عدم قطعیت، فنی شدن و تخصصی شدن ویژگی‌های نوینی برای جرایم به شمار می‌آید و با تخصصی شدن قانون‌گذاری از گذر اعطای جایگاه ویژه به آیین‌نامه‌ها و مصوبات اداری، ورود متخصصان به مقوله تبیین مصادیق جرایم را نظاره‌گر هستیم.

جرم‌انگاری‌های افراطی و اعطای ضمانت‌اجرای کیفری برای تضمین دستاوردهای رشته‌های گوناگون، موجب شده است از لحاظ وسعت و عمق به میزان قابل ملاحظه‌ای از حقوق کیفری دچار شویم. افزون بر افزایش تعداد قوانین کیفری (وسیع شدن حقوق کیفری)، تعاریف قانونی به شکل انعطاف‌پذیر و بازافت، عمق یا باتلاق قانون را ایجاد نموده‌اند. در نتیجه، افزایش کمیت (در وسعت و عمق) حقوق کیفری، کیفیت قانون را تخدیش نموده است. پیامد نامطلوب باتلاق قانون کیفری، کاهش پیش‌بینی‌پذیری آثار قانون و ناتوانی قانون کیفری در هدایت رفتارهای شهروندان و هشدار منصفانه به آن‌ها در پیش‌بینی محدوده‌های غیرمجاز رفتاری است. همچنین پراکندگی متن جرم‌انگار، موازی‌سازی تقنینی و افزایش نقض حقوق و آزادی‌های فردی از گذر فرا رفتن از حدود اختیارات مقامات اداری و اقدام به جرم‌انگاری و کیفرگذاری در آیین‌نامه‌ها، از پیامدهای آیین‌نامه‌ای شدن حقوق کیفری است.

با امعان نظر به زمینه‌های انعطاف‌پذیری و آیین‌نامه‌ای شدن حقوق کیفری، راهبرد اساسی توجه به ضرورت‌های جرم‌انگاری اعمال و کیفری‌سازی حداقلی رفتارها است.

همچنین ضروری است هنگام تهیه پیش‌نویس هر جرم، قانون‌گذاران تعادل قابل دفاعی بین مشخص و جزئی بودن تعریف جرم موضوع قانون و کلی و عمومیت داشتن قانون ایجاد کنند. توصیف جرایم و تهیه پیش‌نویس مربوط به قانون باید به اندازه کافی مفصل و حاوی جزئیات باشد. به بیان روشن‌تر، لازم است قانون‌گذار در مراحل تصویب قانون با استفاده مستشاران متخصص و فنی، جزئیات عنصر مادی هر جرم را معین نماید تا نیازی به مصوبات اداری مانند آیین‌نامه نباشد. با این حال، در موارد خاص مانند حوزه جرایم فناورانه - تخصصی و پیشگیری از مخاطره، که تعیین جزئیات در قانون میسر یا هم‌سو با اهداف جرم‌انگاری آن جرایم نباشد، قاعده‌مندسازی تعریف این جرایم ضروری است تا مقامات اداری که تبیین جزئیات و مؤلفه‌های بزه به آنان واگذار شده است، از قلمرو قانون خارج نشوند. در این خصوص، تأکید بر استانداردهایی در قالب آیین‌نامه که توسط کارشناسان و متخصصان مربوطه تنظیم گردد، خود نوعی قاعده‌گذاری است. در گامی اساسی‌تر، در قانون باید مقرر شود که این مقررات اداری به‌نحو مطلوب اطلاع‌رسانی گشته و به‌نحو مقتضی در دسترس شهروندان قرار گیرد.

برای اعطای قانون‌گذاری به نهاد غیرتقنینی، بایسته است که خط‌مشی آیین‌نامه‌ها و حوزه اختیار تقنین به شکل موردی و مشخص تعیین شود. به‌عنوان مثال، میزان آلاینده غیرمجاز، زمان و محل و گونه‌های صید غیرمجاز و... تعیین شود. استفاده از تعابیر در متون قانونی و تعریف اصطلاحات (ترمینولوژی تقنینی) یکی از روش‌های تعیین خط‌مشی مقامات اداری در تعیین جزئیات عنصر

مادی است. بنابراین لازم است مؤلفه‌های عنصر مادی، در چهارچوب تعاریف قانونی ارائه گردد به نوعی که با توضیح عبارات در متن قانون، سازوکار آزادی عمل مقامات اداری در گفتمان تقنینی، پیش‌بینی و مشخص شود.

تعیین مدت اعتبار ارجاع تعریف جرم به متون اداری - اجرایی و امکان ابطال آیین‌نامه و مصوبه‌های اداری در صورت عبور از حدود اختیارات، ضابطه‌های دیگری است که می‌تواند چالش‌های موجود را کاهش دهد. با این توضیح که یک مدت معمولاً چندساله (۵ یا ۷ سال) به‌عنوان مدت زمان قانونی تفویض اختیار با قابلیت تمدید در نظر گرفته شود. در قوانین ایران غالباً مدت تصویب آیین‌نامه (شش ماه) تعیین می‌گردد؛ اما مدت تفویض، مغفول باقی می‌ماند و سال‌ها، مرجع اداری به تعیین مؤلفه‌های جرم می‌پردازد. همچنین آیین‌نامه‌ها و مصوبات کمیته‌هایی مانند کمیته تعیین مصادیق مجرمانه (ماده ۷۵۰ قانون مجازات اسلامی)، به جهات مختلفی مانند کلی‌گویی، ابهام، عدم شفافیت، خروج از هدف قانون‌گذار، جانب‌دارانه بودن و غیره، قابل ابطال باشند. اگرچه طبق اصل ۱۷۰ قانون اساسی، آیین‌نامه‌های دولتی که خارج از حدود اختیارات قوه مجریه باشد، قابل ابطال است؛ اما مصوبات کمیته تعیین مصادیق و کارگروه‌های تخصصی، فاقد چنین ضمانت‌اجرای صریحی هستند.<sup>۱</sup>

در نهایت لازم به ذکر است که کمیسیون‌های اصلی و فرعی و نیز مرکز پژوهش‌های مجلس که طبق ماده ۱۴۱ آیین‌نامه داخلی مجلس مصوب مهرماه ۱۳۹۷ موظف هستند در خصوص طرح‌ها و لوایح، اظهار نظر کارشناسی نمایند، نسبت به گستره و عمق تعریف جرایم و نیز ضرورت ارجاع تعیین مؤلفه‌های عناصر متشکله جرم به نهادهای غیرتقنینی اعم از آیین‌نامه‌ها، کمیته‌ها و نیز منابع فقهی، دغدغه‌مندی حداکثری داشته باشند.

۱. اگرچه طبق بند یک ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری یکی از وظایف دیوان «رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها و ...» است؛ اما به نظر می‌رسد مصوبات کمیته تعیین مصادیق به دلیل اینکه اساساً آیین‌نامه نبوده و توسط هیئت وزیران به تصویب نمی‌رسد، بلکه به ریاست دادستانی کل و طبق ماده ۷۵۰ قانون مجازات اسلامی (جرایم رایانه‌ای) «قوه قضاییه موظف است ظرف یک ماه از تاریخ تصویب این قانون کارگروه (کمیته) تعیین مصادیق محتوای مجرمانه را در محل دادستانی کل کشور تشکیل دهد»، از وظایف قوه قضاییه است، تحت شمول عنوان «نظامات و مقررات دولتی» قرار نمی‌گیرد. ضروری است امکان ابطال مصوبات چنین کمیته و کارگروه‌هایی به صراحت پیش‌بینی گردد.

## منابع

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۵)، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، چاپ پنجاهم، تهران: نشر میزان.
- آقابابایی، حسین (۱۳۹۰)، «امنیت، آزادی شخصی و مدیریت خطر جرایم امنیتی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی (یادنامه دکتر رضا نوربها)، ضمیمه ۵۶.
- آنسل، مارک (۱۳۹۵)، دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ پنجم، تهران: نشر گنج دانش.
- آهی، محمد و فاطمه مهربانی ممدوح (۱۳۹۳)، «عمل‌گرایی در کلیله و دمنه»، متن پژوهی ادبی، سال ۱۸، شماره ۶۱.
- بابایی، پرویز (۱۳۹۰)، فرهنگ اصطلاحات فلسفه، چاپ سوم، تهران: نشر نگاه.
- بریجانیان، ماری (۱۳۷۳)، فرهنگ اصطلاحات فلسفه و علوم اجتماعی، چاپ دوم، تهران: مؤسسه علوم انسانی و مطالعات و تحقیقات فرهنگی.
- بکاریا، سزار (۱۳۹۵)، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه: محمدعلی اردبیلی، چاپ هشتم، تهران: نشر میزان.
- بیکنس، برایان (۱۳۸۹)، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی.
- پاک‌نیت، مصطفی (۱۳۹۲)، مبانی و آثار افتراقی شدن دادرسی کیفری، رساله برای دریافت درجه دکتری، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- پردال، ژان (۱۳۹۴)، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دهم، تهران: نشر سمت.
- محمودی جانکی، فیروز (۱۳۹۳)، «جرم‌انگاری حق‌مدار؛ با تأکید بر نظریه آلمانی مصالح حقوقی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره نهم.
- جعفری، امین و اصغر احمدی (۱۳۹۷)، «نقد سیاست کیفری تقنینی و قضایی ایران در جرم‌انگاری و تعیین کیفرشکار و صید گونه‌های جانوری»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال نهم، شماره دوم، شماره ۱۸.
- جعفری، مجتبی (۱۳۹۵)، «چالش‌های فرانوگرایانه اصول بنیادین حقوق کیفری»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، شماره ۶.
- حسینی، سیدمحمد (۱۳۹۴)، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، چاپ چهارم، تهران: نشر دانشگاه تهران.
- دریانورد، سیده وحیده و علی صفاری (۱۳۹۲)، «بررسی جرم دستکاری در بازار بورس»، مقاله در: دایره‌المعارف علوم جنایی (مجموعه مقالات علوم جنایی کتاب دوم)، چاپ نخست، تهران: نشر میزان.
- خسروی، احمد و حامد نوروزی (۱۳۹۹)، «حق بر فهم قانون»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۱.
- دلماس-مارتی، می‌ری (۱۳۹۳)، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- رحیمی‌نژاد، اسماعیل و سالار صادقی (۱۳۹۶)، «حقوق کیفری در سنجه جرم‌شناسی پست‌مدرن»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال هشتم، شماره اول.

- رهداریپور، حامد و حسنعلی موذنزادگان (۱۳۹۷)، «ارجاع‌دهی قانون کیفری به شرع و تأثیر آن بر کیفیت قانون»، در: چکیده مقالات همایش تحولات حقوق کیفری کشورهای اسلامی در پرتو تعامل شرع و قانون، تهران: نشر میزان.
- روستایی، مهرانگیز و حامد رحمانیان (۱۳۹۶)، «جرم‌های زیست محیطی»، در دانشنامه علوم جنایی اقتصادی، چاپ اول، نشر میزان.
- شاملو، باقر (۱۳۹۲)، «تحول در اصولگرایی علم حقوق در پرتو پست مدرنیسم»، در دایرةالمعارف علوم جنایی (مجموعه مقالات علوم جنایی)، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، کتاب دوم، تهران: نشر میزان.
- شهابی، مهدی (۱۳۹۲)، «از حقوق مدرن تا حقوق پست مدرن؛ تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱۶، شماره ۱۵۲.
- صدرتوحیدخانه، محمد (۱۳۸۸)، «حقوق در چنبره دشمن»، در تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقالات تازه‌های علوم جنایی)، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: نشر میزان.
- صیقل، یزدان (۱۳۹۷)، تحلیل حقوقی-جرم‌شناختی جرم در جامعه مخاطره‌آمیز، رساله برای دریافت درجه دکتری، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- فلاحی، احمد (۱۳۹۵)، اصل ضرورت در جرم‌انگاری، چاپ نخست، تهران: نشر دادگستر.
- لازرژ، کریستین (۱۳۹۲)، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.
- لو، لئون (۱۳۹۵)، حاکمیت قانون چیست؟، ترجمه: بردیا گرشاسبی، چاپ نخست، تهران: انتشارات سارگل.
- مشکات، عبدالرسول (۱۳۹۰)، درآمدی بر مکاتب و اندیشه‌های معاصر، چاپ دوم، تهران: نشر سمت.
- موذنزادگان، حسنعلی و حامد راهداریپور (۱۳۹۷)، «اصل شفافیت قانون و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۳، شماره ۸۱.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۲)، جرایم علیه اشخاص، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۲)، «جرم‌شناسی حقوقی (درآمدی بر جرم‌شناسی حقوق کیفری عمومی)»، در: دایرةالمعارف علوم جنایی (مجموعه مقالات علوم جنایی کتاب دوم)، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ نخست، تهران: نشر میزان.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۲)، «درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری؛ فرصت‌ها و چالش‌ها»، در: مجموعه مقالات بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری، تهران: نشر میزان.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حسین گلدوزیان (۱۳۹۷)، «جرم‌شناسی پست مدرن و رویکرد آن به علت‌شناسی جنایی»، پژوهش حقوق کیفری، سال ۶، شماره ۲۳.
- الهام، غلامحسین و محسن برهانی (۱۳۹۷)، درآمدی بر حقوق جزای عمومی، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: نشر میزان.
- هوساک، داگلاس (۱۳۹۰)، جرم‌انگاری افراطی، ترجمه محمد تقی نوری، چاپ نخست، تهران: انتشارات معجد.

## انگلیسی

- Ashworth, A. (2006). **Principles of Criminal Law**, (5th edition). Oxford University Press, 88.
- Card, R. (2014). **Card, Cross & Jones Criminal law** (21th ed). Oxford University Press.
- Child, J., & Ormerod, D., (2019). **Smith & Hogan's Essentials of Criminal Law**. Oxford University Press, 25-26.
- Clifford, M. (1998). **Environmental Crime, Enforcement, policy and Social Responsibility**. Gaithersburg, Md.: Aspen Publishers, 10.
- Damiano, C. (2009), *The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe*, Published in: D.
- Desportes, F., & Francis, L. G. (2008). **Droit Pénal Général**. *Economica*, 128-129.
- Fletcher, G. P. (2000), **Rethinking Criminal Law**, Oxford University Press ,135.
- Geer. C, Jean, P. (2002) *European Criminal Law*, Cluwer Law International, 357
- Grossi, P. (2010). **The Foundations of the modern legal system. A History of European Law**. Willey-Blackwell, 85-86.
- Harno, A. J. (1951). **Some Significant Developments in Criminal law and Procedure in the Last Century**. *Journal of Criminal of Criminal Law and Criminology*, 42 (4), 428.
- Hassemer, W. (2014). *The Harm Principle and the Protection of 'Legal Goods' (Rechtsgüterschutz): German perspective*. In Simester A. P. et al (eds), *Liberal criminal theory, essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 196.
- Husak, D. (2004). *Crimes Outside the Core*. **Tulsa Law Review**, Issue 4 Twenty-Five Years of George P. Fletcher's Rethinking Criminal Law, Volume 39, 756,768.
- Margaret Prebble, Z. (2018). *Overlapping criminal offences and gendered violence: what is overlap and when is it part of the problem of overcriminalisation?*, *University of British Columbia*, 53-70
- Morrison, T. W. (2001). *Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes*.
- Nuotio, K. (2010). *Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law: A Legal Cultural Approach*. In R.A.
- Pirrong, C, (2010) *Energy Market Manipulation; Definition, Diagnosis & Deterrence*; **Energy Law Journal**, Vol. 31, No.1, 3
- Rush, J. (2017) *Section 7 of the United Kingdom Bribery Act 2010; A, Fair Warning, Perustration*, **The Yale Journal of International Law Online**, vol 43;1. 6.





## بازپژوهی و اعتبارسنجی روایت «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»<sup>۱</sup>

مریم السادات محقق\*

### چکیده

روایت «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، که در پژوهش‌های حقوق اسلامی، از آن به‌عنوان «حدیث نبوی»، «ضابط فقهی» و «قاعده فقهی» بحث شده است، یکی از مهم‌ترین مستندات مدعیان حق انحصاری مردان در انحلال نکاح به‌شمار می‌آید. همچنین رویه قضایی ایران که متأثر از فقه اسلامی و اندیشه فقهای امامیه است، نیز از آن متأثر بوده و در آرای محاکم تالی و عالی ایران، فراوان بدان استناد می‌شود. از این‌رو، پرسش اصلی ما این است که آیا روایت مذکور از مبانی و پیش‌توانه محکم سندی و محتوایی برخوردار است؟ بررسی به روش تاریخی نشان می‌دهد که نزد فقهای متقدم شیعه نزدیک به عصر تشریح (ابن‌بابویه، شیخ صدوق و سیدمرتضی)، انحلال نکاح حق انحصاری مردان نبوده است. همچنین از بازپژوهی روایت الطلاق با استفاده از روش‌های حدیث‌شناسی، معنانشناسی، اصولی و فقهی این نتیجه حاصل می‌شود که روایت «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، از اعتبار لازم سندی برخوردار نبوده و محتوای آن نیز نمی‌تواند به‌عنوان حق انحصاری مردان در انحلال نکاح مورد استناد محاکم قضایی ایران و کشورهای اسلامی قرار بگیرد، مگر آنکه مدعیان انحصاریون از طریق ادله دیگر ثابت باشد.

**واژگان کلیدی:** حدیث نبوی، ضابط فقهی، قاعده فقهی، حدیث الطلاق و ضعف سند حدیث

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده، تحت عنوان «نظریه خلع یک‌جانبه در فقه با مطالعه تطبیقی در حقوق کشورهای اسلامی» با راهنمایی آقای دکتر سیدحسین صفایی و مشاوره آقایان دکتر نجادعلی الماسی و دکتر سیدابوالقاسم نقیبی در دانشگاه شهید مطهری (ره) است.

\* استادیار گروه حقوق، پردیس خواهران، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران

## مقدمه

یکی از ادله‌ای که فقها بر اساس آن در فتاوی خود، اختیار طلاق را به طور انحصاری از ناحیه مرد فهمیده‌اند، روایت «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» است؛ بر اساس دیدگاه فقهای امامیه که در قانون مدنی و کتب حقوقی هم بازتاب یافته (برای نمونه، نک: نجفی، ۳۲/۱۳۶۲: ۵؛ صافی گلپایگانی، ۱۳۸۷: ش ۱۱۶۶؛ امامی، ۵/۱۳۶۸: ۸؛ قانون مدنی ایران: ماده ۱۱۳۳؛ موحدی محب، ۱۳۹۳: ۱۷۷؛ صالحی و بچاری، ۱۳۹۸)، برای انحلال عقد نکاح، تنها اراده و انشای یک‌جانبه زوج کافی است.

دین اسلام نیز خود مبدأ نظام حقوق خانواده نیست. پیش از ظهور اسلام نیز قواعدی بر روابط خانوادگی حاکم بوده است (وحیدی فردوسی و نعیمی، ۱۳۹۹: ۲۷۰). بررسی‌های تاریخی حاکی از آن است که در عربستان عصر جاهلیت، گونه‌های مختلفی از جدایی زوجین چون: «سه طلاقه»، «ظهار»، «ایلاء»، «خلع معوض» (توافقی) و... وجود داشته است؛ همچنین رسوم جاهلی‌ای چون «عضل» و «طلاق‌های نامحدود و پی‌درپی» متداول بوده است (جوادعلی، ۵/۱۳۱۴: ۵۴۸ به بعد) که با ظهور اسلام به تدریج از میان برداشته شد. در بین اقوام جاهلی، به طور غالب اختیار طلاق به دست زوج بود (جوادعلی، ۵/۱۴۱۳: ۵۵۴). شاید نتوان بر پایه برخی از گزارش‌ها مثل آنچه نعمت‌الله بن عبدالله جزائری در کتاب زهر الربیع (بی‌تا: ۱۴۵)<sup>۱</sup> در داستان جدایی همسر حاتم طایی آورده، به انحلال نکاح به اراده زوج در عصر جاهلی نظر داد، ولیکن جدایی به درخواست زن در شرایط خاص و در بعضی قبایل امکان داشته است (جوادعلی، ۵/۱۴۱۳: ۵۵۲). بعد از اسلام، برخی از فقهای متقدم شیعه نزدیک به عصر تشریح همچون ابن بابویه، شیخ صدوق و سیدمرتضی، خلع را یک ایقاع از ناحیه زوج و آن را برای جدایی و بینونت کافی می‌دانستند که این دیدگاه به تدریج در ادوار بعد، دستخوش تغییر اساسی شد و از ماهیت آن چیزی باقی نماند.

از سویی دیگر، روایتی از خلیفه دوم عمر بن خطاب با این عبارت که: «... وَعَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: إِنَّمَا الطَّلَاقُ بِيَدِ الَّذِي يَجِلُّ لَهُ الْفَرْجُ» که ابو محمد موفق‌الدین عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه در المغنی (۷/۱۳۸۸: ۳۵۵)، و برادرزاده‌اش شمس‌الدین ابوالفرج عبدالرحمن بن محمد بن احمد بن محمد بن قدامه که قاضی القضاة حنبلیان دمشق بوده، در شرح الکبیر (بی‌تا/ ۸: ۱۸۰)، که به دنبال

۱. «و روى إنَّ الطَّلَاقَ فى الجاهلية كان إلى النساء و كان طلاقهنَّ للرجال أن یغیرن أبواب البيوت من المشرق إلى المغرب، فقال ابن عم لزوجة حاتم طَلَّقَ حاتما فأنه يترك اولادك عالة فقراء فغیرت باب الخباء و لمَّا أتى حاتم علم أنها طلقتة...».

حدیث الطلاق نقل کرده‌اند، و شباهت سیاق هر دو روایت به یکدیگر که از کانون توجه اهل فن تاکنون مغفول مانده و معلوم نیست با وجود شهرتی که برای حدیث نبوی الطلاق گفته‌اند، بیان روایتی مشابه با همان مضمون از سوی خلیفه دوم چه وجهی داشته، حساسیت و تردید نگارنده را به موضوع دوچندان ساخت و مصمم نمود تا روایت الطلاق را با روش‌های حدیث‌شناسی، معناشناسی، اصولی و فقهی مورد بررسی و بازپژوهی قرار داده و در چند محور اعتبار روایت مذکور را از حیث سند و نیز دلالت آن بر حق انحصاری مردان در انحلال نکاح بکاود و در خاتمه، برابندی از این پژوهش را به دست دهد و ثابت نماید که روایت «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، از اعتبار لازم سندی برخوردار نبوده و محتوای آن نیز نمی‌تواند به‌عنوان حق انحصاری مردان در انحلال نکاح مورد استناد محاکم قضایی ایران و کشورهای اسلامی قرار بگیرد، مگر آنکه مدعای انحصاریون از طریق ادله دیگر ثابت باشد! (برای دیدن روایاتی نزدیک به مضمون حدیث الطلاق، نک: کلینی، ۵/۱۳۶۷: ۴۰۴، ۴۰۳؛ شیخ صدوق، ۳/۱۴۰۵: ۴۲۵؛ شیخ طوسی، ۷/۱۹۵۸: ۳۷۰-۳۶۹).

### ۱. مفاهیم تحقیق

پیش از ورود به موضوع اصلی، نخست بایسته است معنای لغوی و اصطلاحی واژگانی که ارتباط موضوعی با بحث مورد نظر ما دارند، روشن و واضح گردد تا زمینه ورود به مباحث بعدی فراهم آید.

#### ۱-۱. حدیث

واژه حدیث صفت مشبیه و برگرفته از ماده «ح د ث» که در لغت عربی اصلاً به معنای «جدید» است. ماده «حدث» با نظیرهای آن، ریشه‌ای مشترک با زبان‌های سامی، به معنای نوی و تازگی دارد و نظیرهای آن در زبان‌های سامی شمال حاشیه‌ای چون اکدی و آشوری، شمال مرکزی چون اوگاریتی، عبری و آرامی و جنوب حاشیه‌ای چون سبایی و گعزی دیده می‌شود (پاکتچی، ۲۰/۱۳۹۱: ۲۳۴) و معنای این حد از اشتراک آن است که هزاران سال قبل از اسلام این ماده بدین معنا کاربرد داشته و این واژه به معنای جدید کاربرد خود را تا امروز در زبان عربی حفظ کرده است. حدیث در اصطلاح فرهنگ اسلامی و علوم دینی، ناظر به سخنان منقول از زبان پیامبر (ص) و دیگر معصومین (ع) یا حاکی از رفتار و سلوک ایشان است. «حدیث» که گاه «روایت» یا «خبر» نیز بدان گفته می‌شود، در کنار قرآن، در طی یک و نیم هزاره تاریخ اسلام، نقشی محوری در برداشت شریعت توسط فقیهان ایفا کرده و ضبط احادیث معصومین، ارزیابی اعتبار آن‌ها و کوشش برای فهم آن‌ها در طول تاریخ زمینه شکل‌گیری طیفی از علوم دینی را فراهم آورده که «علوم حدیث» نام گرفته است (پاکتچی، ۲۰/۱۳۹۱: ۲۳۴). بنابر عقیده مسلمانان، قرآن به‌مثابه قانون اساسی اسلام، بیشتر کلیات را بیان نموده و توضیح و تبیین جزئیات را به احادیث واگذار کرده است، لذا احادیث (سنت) پس از

قرآن (کتاب) مهم‌ترین منبع شناخت احکام اسلامی و نزد شیعیان احادیث نبوی و علوی دومین منبع استخراج فقه اسلامی است (محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۴۵). در تقسیمی کلی، حدیث به آحاد (واحد) و متواتر تقسیم می‌شود (حسنی، ۱۹۷۸: ۳۳).

حدیث متواتر: حدیثی است که عده بسیار زیادی از محدثان آن را نقل کرده‌اند، به گونه‌ای که معمولاً هماهنگی پیشین راویان بر دروغ‌گویی محال است (حسنی، ۱۹۷۸: ۳۳؛ صدوق، ۱/۱۴۰۵: ۸۲؛ مظفر، ۱۴۰۳: ۴۵۳؛ محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۶۳). حدیث آحاد (واحد): حدیثی است که به حد تواتر نرسیده است؛ چه راویان بسیاری آن را نقل کرده باشند و چه تنها یک نفر آن را نقل کرده باشد (حسنی، ۱۹۷۸: ۴۰؛ مظفر، ۱۴۰۳: ۴۵۳-۴۵۴؛ محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۶۳).

از دیگر تقسیمات حدیث می‌توان به تقسیم آن به حسن، صحیح، مؤثق و ضعیف اشاره کرد: خبر صحیح عبارت است از خبری که سندش به معصوم متصل بوده و همه راویان آن در سلسله سند، عادل، ضابط و امامی‌اند و به عدالت آنان تصریح شده باشد (حسنی، ۱۹۷۸: ۴۴؛ محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۶۳). خبر حسن خبری است که سندش به معصوم متصل بوده و همه راویان آن امامی و ممدوح باشند، ولی به عدالت همه یا برخی از ایشان تصریح نشده باشد (حسنی، ۱۹۷۸: ۴۵؛ محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۶۴). خبر مؤثق خبری است که در عین اتصال سلسله سند به معصوم، برخی از راویان آن امامی نیستند، ولی توثیق شده‌اند (حسنی، ۱۹۷۸: ۴۵-۴۶؛ محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۶۴). خبر ضعیف خبری است که با فسق یا سایر اوصاف ناپسند، راوی مورد مذمت قرار گرفته یا مجهول الحال باشد (حسنی، ۱۹۷۸: ۴۶؛ محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۶۲).

روایت «الطَّلَاقُ بَيِّدٌ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، از دیرباز مورد توجه و پژوهش فقها و نویسندگان بوده است؛ برای نمونه، ملا محمد اسماعیل بن محمد حسین خاجوئی مازندرانی، حکیم، فقیه و متکلم شیعی قرن دوازدهم، رساله‌ای موجز تحت عنوان «رسالة فی شرح حدیث الطلاق بید من أخذ بالساق» دارد که در سلسله آثار محقق خاجوئی با عنوان الرسائل الفقهية به کوشش سید مهدی رجایی به چاپ رسیده است.

## ۲-۱. قاعده فقهی

قاعده فقهی که به طور جمع، به آن قواعد فقهی گفته می‌شود، فرمول‌های بسیار کلی هستند که منشأ استنباط قوانین محدودتر می‌شوند و به یک مورد ویژه اختصاص ندارند، بلکه مبنای قوانین مختلف و متعدد قرار می‌گیرند. به یک اعتبار، قواعد فقه بخشی از مسائل فقه و به اعتباری دیگر، از مسائل علم اصول فقه هستند که با یکدیگر وجوه اشتراک و افتراق دارند. برای نمونه، قواعد فقهی چنان نیستند که فقط واسطه و وسیله استنباط و کشف احکام گردند، چراکه قواعد فقهی به یک اعتبار

خودشان «احکام» هستند، نه واسطه‌ای برای کشف، در حالی که مسائل علم اصول چنین وصفی دارند. از طرفی، قواعد فقه با مسائل فقه این تفاوت را دارند که عام و شامل هستند، نه خاص و موردی (محقق داماد، ۱/۱۳۸۵: ۲-۳).

هرچند که اندک نویسندگانی از روایت الطلاق تحت عنوان قاعده فقهی بحث کرده‌اند (بکر اسماعیل، بی تا: ۲۳۳-۲۳۲)، با این حال در شماری از آراء محاکم قضایی به عنوان قاعده فقهی مورد استناد قرار می‌گیرد (برای نمونه، نک: رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۰۵۴، مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۷، شعبه ۸ دیوان عالی کشور؛ رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۶۰۱۰۹۰، مورخ ۱۳۹۳/۷/۵، شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

### ۳-۱. ضابط فقهی

در برخی کتب قواعد فقهی، هنگام بحث از قاعده فقهی از عنوانی دیگر با نام «ضابط فقهی» نام برده شده است. در تفاوت دو عنوان یاد شده گفته‌اند: قاعده فقهی از نظر گستره اعم از ضابط فقهی است؛ بدین معنا که ضابط فقهی اختصاص به یک باب دارد، اما قاعده فقهی ابواب متعدد را پوشش می‌دهد (ابن نجیم، ۱۴۱۹: ۱۳۷؛ سیوطی، بی تا/۱: ۱۳؛ تهانوی، بی تا/۲: ۱۱۱۰؛ محقق داماد، ۱/۱۳۸۵: ۲۳). برخی دیگر ضابط فقهی را این‌گونه تعریف کرده‌اند: قضیه‌ای است که ملاک و شرایط موضوع را بیان می‌کند، مانند آنکه در صحت شرط ضمن عقد گفته‌اند: ضابطه صحت شرط، عدم مخالفت آن با کتاب و سنت است (فاضل، ۱۳۸۳: ۱۰)؛ مقصود از ضابط در این مثال، معیار و ملاک است نه قاعده فقهی (فاضل، ۱۳۸۳: ۱۰). برخی از پژوهندگان روایت الطلاق، را به عنوان ضابط فقهی در نظر گرفته‌اند (نقیبی، ۱۳۸۳: ۱).

### ۴-۱. مفهوم دو اصطلاح «طلاق» و «خلع»

از آنجا که در ادامه بحث با دو اصطلاح «طلاق» و «خلع» سر و کار خواهیم داشت، ضروری است مفهوم این دو اصطلاح را ابتدا روشن سازیم. «طلاق» در لغت در دو معنا به کار رفته است؛ در معنای حقیقی، ترک کردن، جدایی و آزادی است (ابن منظور، ۱۰/۱۴۰۵: ۲۲۶). در معنای مجازی، به انحلال عقد نکاح توسط زوج، بدون دریافت عوض به کار رفته است: «طلق الرجل إمراته»: مرد زن خود را طلاق داد (طریحی، ۲/۱۴۱۶: ۵۷؛ جوهری، ۴/۱۹۵۶: ۱۵۱۹)؛ همچنین در معنای مجازی دیگری نیز آمده است: «طلقت المرأة من زوجها»: زن از همسر خود طلاق گرفت

۱. «وَالْفَرْقُ بَيْنَ الضَّابِطِ وَالْقَاعِدَةِ أَنَّ الْقَاعِدَةَ تَجْمَعُ فُرُوعًا مِنْ أَبْوَابِ شَيْءٍ، وَالضَّابِطُ يَجْمَعُهَا مِنْ بَابٍ وَاحِدٍ، هَذَا هُوَ الْأَصْلُ».

و جدا شد (زیبیدی، بی تا/۱۳: ۳۰۱)؛ در این معنا، عمل طلاق برای زن هم به طور مجاز استفاده شده، یعنی گسست پیوند زناشویی توسط زوج به طور مجازی به زوجه نیز نسبت داده شده است. واژه «طلاق» در اصطلاح، گاه به معنای مطلق و گاه به معنای خاص استعمال شده است. در متون فقهی مستند به احادیث، انواع جدایی، با سه عنوان زیر از یکدیگر متمایز شده‌اند:

الف) در موردی که مرد فقط پایان عقد نکاح را بخواهد، عنوان «طلاق» آمده است؛ ب) در موردی که زن خواهان جدایی باشد، از عنوان «خلع» استفاده شده است؛ ج) هنگامی که هر دو نفر جدایی را بخواهند، عنوان «مبارات» به کار رفته است (محقق، ۱۳۹۲: ۹-۶). «طلاق»، به معنای عام، یعنی جدایی، در هر سه مورد یاد شده است؛ طلاق در معنای خاص «جدا شدن یک جانبه مرد از همسر دایمی خویش» است (محقق، ۱۳۹۲: ۹-۶).

«خلع» در لغت در معنای حقیقی به، در آوردن و بیرون انداختن لباس یا هر پوشیدنی دیگر از جمله کفش و رداء آمده است. خلع در کتب لغت، در معنای مجازی هم با عبارت «خلعت إمراته و خالعتها» آمده (ابن منظور، ۱۴۰۵/۸: ۷۶؛ طریحی، ۱/۱۴۱۶: ۶۸۲-۶۸۴؛ زیبیدی، بی تا/۱۱: ۹۹-۱۰۰) و هم با عبارت «خالعت المرأة بعلمها» (جوهری، ۳/۱۹۵۶: ۱۲۰۶-۱۲۰۵) آمده است. بنابراین خلع هم به مرد نسبت داده شده است و هم به زن؛ بدین معنا که خلع، عمل طرفینی بوده و وقتی انجام می‌شود، هم زن خالع است و هم مرد.

فقها تعریف اصطلاحی روشنی از خلع ارائه نداده‌اند؛ برخی از فقهای متقدم شیعه نزدیک به عصر تشریح همچون ابن بابویه در فقه الرضا (۱۴۰۶: ۲۴۴)<sup>۱</sup>، شیخ صدوق در المقنع (۱۴۱۵: ۳۴۸) و سیدمرتضی در المسائل الناصریات (۱۴۱۷: ۳۵۱)، خلع را یک ایقاع از ناحیه زوجه و آن را برای جدایی و بینونت کافی می‌دانستند و بدان به دیده یک «مصطلح شرعی» یا «حقیقت شرعی»<sup>۲</sup> می‌نگریستند که این دیدگاه به تدریج در ادوار بعد، دستخوش تغییر اساسی شد و تغییر ماهیت داد و

۱. «وأما الخلع: فلا يكون إلا من قبل المرأة، وهو أن تقول لزوجها: لا أبر لك قسمًا، ولا أطيع لك أمراً، ولأوطن فراشك ما تكرهه، فإذا قالت هذه المقالة فقد حل لزوجها ما يأخذ منها وإن كان أكثر مما أعطها من الصداق وقد بانت منه، وحلت للأزواج بعد انقضاء عدتها منه، فحل له أن يتزوج أختها من ساعة» (ابن بابویه، ۱۴۰۶: ۲۴۴).

۲. شارع مقدس بعد از اسلام، بعضی از الفاظ را برای مقاصد خاص شرعی خود، در غیر آنچه که تا آن موقع استعمال می‌شده، به کار گرفته است که به آن «مصطلح شرعی» یا «حقیقت شرعی» اطلاق می‌شود (نک: محقق داماد، ۱/۱۳۸۳: ۴۹-۵۰). کاربرد خلع برای عمل انحلال نکاح، برگرفته از آیه ۱۸۷ سوره بقره است و نشان می‌دهد که قبل از اسلام در این معنا به کار نمی‌رفته است.

نزد فقهای بعدی خلع نوعی طلاق شمرده شد (شیخ طوسی، ۴/۱۴۰۷: ۴۲۱ به بعد؛ خمینی، بی تا/۲: ۳۴۹؛ محقق، ۱۳۹۵: ۱۶۰ به بعد).

## ۲. بررسی سند حدیث الطلاق

چنانکه بیان شد روایت الطلاق به عنوان حدیث نبوی یا قاعده فقهی و یا ضابط فقهی، همواره مورد توجه و استناد محافل فقهی، حقوقی و قضایی بوده است. لذا در این بخش به بررسی و نقد سند این حدیث می پردازیم.

### ۲-۱. سابقه و روش نقل حدیث الطلاق در کتب اهل سنت

محدثان اهل سنت، به چهار روش حدیث فوق را نقل کرده اند:

نقل نخست از کتاب سنن ابن ماجه<sup>۱</sup> بوده که تاکنون کهن ترین منبع شناسایی شده از اهل سنت در جست و جویهای نگارنده است. ابوعبدالله محمد بن یزید رَبَعِي قزوینی، از محدثان بزرگ اهل سنت ایرانی و گردآورنده سنن، ششمین کتاب از صحاح سته در حدیث است. در مقایسه محتوایی بین سنن ابن ماجه، با دیگر صحاح، همواره این کتاب از نظر اعتبار احادیث در رتبه ششم قرار داشته و بیش از دیگران احادیث آن مورد نقد قرار گرفته است. ابوزرع رازی از محدثان بزرگ ری، ضمن ستودن کتاب، یادآور شده که در آن شماری احادیث ضعیف یافته است (ابن قیسرانی، ۱۴۰۸: ۲۱؛ ابن عساکر، بی تا/۱۶: ۱۲۶-۱۲۵؛ ابن حجر، ۹/۱۳۲۶: ۵۳۲).

نقل حدیث الطلاق در سنن ابن ماجه (بی تا/۱: ۶۷۲) این چنین است: «حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى قَالَ: حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ قَالَ: حَدَّثَنَا ابْنُ لَهْيَعَةَ، عَنْ مُوسَى بْنِ أَبِي الْغَفَقِيِّ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: أَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَجُلٌ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ سَيِّدِي زَوْجَنِي أَمَّتَهُ، وَهُوَ يَرِيدُ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنِي وَبَيْنَهَا، قَالَ: فَصَعِدَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمِنْبَرَ، فَقَالَ: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ، مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يَزُوجُ عَبْدَهُ أُمَّتَهُ، ثُمَّ يَرِيدُ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَهُمَا، إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ».

سه نقل دیگر از کتاب سنن دارقطنی است. ابوالحسن علی بن عمر دارقطنی، محدث بزرگ بغدادی و از آخرین نویسندگان سنن است. سنن دارقطنی به رغم تأخیر آن در تدوین، در طول تاریخ به عنوان یکی از مهم ترین کتب حدیثی اهل سنت، مورد توجه بوده است؛ برای نمونه، ابن حجر در بلوغ المرام (۱۴۲۴: ۸۴، ۸۹ و جاهای مختلف)، در ابواب و مسائل فقهی از این کتاب به عنوان یکی از منابع اصلی خود بهره جسته است. با این حال کتاب هایی در نقد سنن دارقطنی نوشته شده است.

۱. به رغم اینکه برخی نویسندگان ادعا کرده اند که این روایت، در صحاح سته اهل سنت نیامده و صرفاً در کتاب مجمع الزوائد هبشی ذکر شده است (ربانی، ۱۳۸۷: ۲۹۸).

ناصرالدین ابن زریق اثری با عنوان من تکلم فيه الدارقطنی فی کتاب السنن من الضعفاء و المتروکین و المجهولین دارد که در آن، سنن دارقطنی را به لحاظ گزینش احادیث ضعیف، متروک و مجهول مورد نقد و بررسی قرار داده است (ابن زریق، ۱۴۲۵: ۱۷۳ به بعد). همچنان جمال الدین ابومحمد غسانی هم کتابی با عنوان تخريج الاحادیث الضعاف من سنن الدارقطنی نوشته است. هم اینک به سه نقل دیگر از حدیث الطلاق در این کتاب می پردازیم:

نقل دوم: « حَدَّثَنَا الْحُسَيْنُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ، وَمُحَمَّدُ بْنُ سَلِيمَانَ التُّعْمَانِي، قَالَا: حَدَّثَنَا أَبُو عُبَيْدَةَ أَحْمَدُ بْنُ الْفَرَجِ، حَدَّثَنَا بَقِيَّةُ بْنُ الْوَلِيدِ، حَدَّثَنَا أَبُو الْحَجَّاجِ الْمَهْرِيُّ، عَنْ مُوسَى بْنِ أَيُّوبَ الْغَافِقِيِّ، عَنْ عِكْرَمَةَ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَشْكُو أَنَّ مَوْلَاهُ زَوَّجَهُ وَهُوَ يَرِيدُ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ، فَحَمِدَ اللَّهُ تَعَالَى وَأَثْنَى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ: «مَا بَالُ قَوْمٍ يَزُوجُونَ عِبِيدَهُمْ إِمَاءَهُمْ ثُمَّ يَرِيدُونَ أَنْ يَفْرُقُوا بَيْنَهُمْ، أَلَا إِنَّمَا يَمْلِكُ الطَّلَاقَ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» (دارقطنی، ۵/۱۴۲۴: ۶۷).

نقل سوم: « حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ النَّيْسَابُورِيُّ، حَدَّثَنَا يُونُسُ بْنُ سَعِيدٍ، حَدَّثَنَا مُوسَى بْنُ دَاوُدَ، حَدَّثَنَا ابْنُ لَهِيْعَةَ، عَنْ مُوسَى بْنِ أَيُّوبَ، عَنْ عِكْرَمَةَ أَنَّ مَمْلُوكًا أَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرَ نَحْوَهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» وَلَمْ يَذْكُرِ ابْنُ عَبَّاسٍ (دارقطنی، ۵/۱۴۲۴: ۶۷).

نقل چهارم: « حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ مَخْلَدٍ، حَدَّثَنَا إِسْحَاقُ بْنُ دَاوُدَ بْنِ عِيسَى الْمَرْوَزِيُّ، حَدَّثَنَا خَالِدُ بْنُ عَبْدِ السَّلَامِ الصَّدْفِيُّ، حَدَّثَنَا الْفَضْلُ بْنُ الْمُخْتَارِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَوْهَبٍ، عَنْ عِصْمَةَ بْنِ مَالِكٍ، قَالَ: جَاءَ مَمْلُوكٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: إِنَّ مَوْلَايَ زَوَّجَنِي وَهُوَ يَرِيدُ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنِي وَبَيْنَ امْرَأَتِي، قَالَ: فَصَعِدَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» (دارقطنی، ۵/۱۴۲۴: ۶۸).

نقد سند حدیث: در روش اول و سوم، ابن لهیعه در سند آن حضور دارد. وی به تصریح ابن ماجه در ادامه نقل روایت، ضعیف است: «فی الزوائد: فی إسناد ابن لهیعة و هو ضعیف». سایر علمای رجال، همچون ابانی در کتاب ضعیف سنن الترمذی (۱۴۱۱: ۲)، ابن لهیعه را از جمله راویان ضعیف به شمار آورده اند؛ در کتاب طبقات الکبری نیز آمده که ابن لهیعه ضعیف است (ابن سعد، بی تا/۷: ۵۱۶).

۱. «عبدالله بن عقبه بن لهیعة و یکتی ابا عبدالرحمان و کان ضعیفا».



در روش چهارم نیز نام فضل ابن مختار در سلسله روایت دیده می‌شود که در کتاب میزان الاعتدال ضمن نقل همین حدیث به‌عنوان حدیثی ضعیف، در مورد فضل آمده است: «ابوحاتم در مورد وی می‌گوید که احادیثی که وی نقل می‌کند غیر صحیح بوده و احادیث باطلی را نقل کرده است. از وی نیز در موردش آورده که احادیث او به شدت ضعیف هستند. ابن عدی نیز چنین نظری را در مورد وی قائل است و احادیثش را انکار می‌کند» (ذهبی، ۳/۱۳۸۲: ۳۵۸) و در ادامه نیز همین حدیث نبوی به‌عنوان نمونه‌ای از احادیث ضعیف منقول از وی، بیان شده است (ذهبی، ۳/۱۳۸۲: ۳۵۸).

در شیوه دوم حدیث، أبو الحجاج المهری حضور دارد که در کتب رجالی به نام «رشدین بن سعد المهری المصری» شناخته می‌شود. نظرات در مورد وی مختلف است که آیا فرد درستکاری بوده یا از جمله راویان فاسق به‌شمار می‌آید؛ ولی آن گونه که در میزان الاعتدال نقل شده، ابوزرعه او را ضعیف شمرده و جورجانی احادیث او را غیر قابل اعتماد دانسته است (ذهبی، ۲/۱۳۸۲: ۴۹). ذهبی نیز وی را شخصی صالح دانسته، لکن حفظ وی در حدیث را مخدوش دانسته و احادیث او را غیر قابل استناد شمرده است (ذهبی، ۲/۱۳۸۲: ۴۹). نسائی نیز احادیثی را که او در سلسله آن‌ها حضور دارد متروک می‌شمارد (ذهبی، ۲/۱۳۸۲: ۴۹). لذا سند این نقل از روایت مخدوش و غیر قابل اعتماد است.

## ۲-۲. سابقه و روش نقل حدیث الطلاق در کتب امامیه

حدیث امامیه که در بردارنده حجم وسیعی از احادیث نبوی و علوی بود، پس از گذر از دوره حدیثی متقدمان امامیه، در سده ۴ قمری به بعد، به تدوین آثار عظیمی انجامید که به کتب اربعه امامیه مشهور شد؛ مجموعه مهم الکافی از محمد بن یعقوب کلینی، کتاب من لایحضره الفقیه از ابوجعفر محمد بن محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی، معروف به «شیخ صدوق»، تهذیب الاحکام و الاستبصار هر دو اثر از ابوجعفر محمد بن حسن طوسی معروف به «شیخ الطائفه» یا «شیخ طوسی»، جملگی کتب اربعه امامیه محسوب می‌شوند. نگارنده پس از جست‌وجوی حدیث الطلاق در کتب اربعه که مهم‌ترین و معتبرترین منابع حدیثی امامیه‌اند، به این نتیجه رسید که حدیث مذکور در هیچ‌یک از کتب اربعه مزبور نیامده است. همچنین کهن‌ترین ردی که از حدیث مذکور در جست‌وجوهای این نوشتار در کتب امامیه یافت می‌شود، کتاب الخلاف شیخ طوسی است. از آنجا که شیخ طوسی خود از محدثان بزرگ و صاحب دو اثر از کتب اربعه است، لذا باید با تدقیق بیشتری به این موضوع نگریست.

شیخ طوسی در کتاب الخلاف (۴/۱۴۰۷: ۵۱۶) این‌طور بیان کرده است: «و روی عن النبی (صلی الله علیه و آل) أنه قال: «الطلاق لمن أخذ بالساق» و علیه إجماع الفرقة و أخبارهم». کتاب الخلاف، اثری فقهی و در مسائل اختلافی و فقه مقارن بین مذاهب اسلامی است. شیخ طوسی در

این اثر، آراء فقهی مذاهب مختلف اسلامی را مطرح و سپس با استدلال به نقد آراء مخالف و بیان نظر صحیح پرداخته است. از تاریخ تألیف الخلاف اطلاع دقیقی در دست نیست. لیکن بنابر قول خود مؤلف این اثر بعد از دو کتاب التهذیب الاحکام و الاستبصار نوشته شده است (طوسی، ۱/۱۴۰۷: ۴۵-۴۶).

در اینجا چند نکته قابل ملاحظه است: اولاً، با توجه به اینکه دو کتاب التهذیب الاحکام و الاستبصار پیش از الخلاف تألیف شده‌اند، چرا حدیث الطلاق در زمره احادیث مورد وثوق امامیه در این دو کتاب گردآوری نشده است؟! ثانیاً، سلسله روایان حدیث الطلاق در کتاب الخلاف مشخص نیست که بتوان سند آن را بررسی کرد! ثالثاً، در بین آثار محدثان متقدم شیعی پیش از شیخ طوسی، یعنی در فاصله زمانی بین حیات پیامبر (ص) تا تألیف الخلاف شیخ طوسی، ردی از حدیث الطلاق در زمره احادیث شیعی دیده نمی‌شود. بنابراین با توجه به عنوان و محتوای کتاب الخلاف که درخصوص مسائل اختلافی و فقه مقارن بین مذاهب اسلامی است و مقایسه سیاق حدیث الطلاق در این کتاب با چهار روش ذکر شده در کتب اهل سنت، که قدر مشترک همه آنها است، احتمال رهایی این حدیث از مصادر اهل سنت به امامیه از طریق کتاب الخلاف قوت گرفته و احتمالاً از آنجا به دیگر آثار متأخر شیعی چون، عوالی اللآلی ابن ابی جمهور احسائی (۱/۱۴۰۳: ۲۳۴) و از کتاب درر اللآلی همین نویسنده به مستدرک الوسائل محدث نوری (بی تا/۱۵: ۳۰۶)<sup>۱</sup> منتقل شده است. همچنین متعلق اجماع شیخ طوسی، حکم فقهی مسئله است نه سندیت روایت الطلاق! بنابراین از مجموع آنچه بیان شد روشن می‌گردد که این روایت در هیچ کدام از کتب معتبر<sup>۲</sup> روایی شیعی وجود ندارد و نقل آن تنها در کتب عامه بوده و از طریق ایشان بیان شده است. حتی اگر نگاهی به این مسئله که نقل این حدیث به طریق عامه است، نداشته باشیم، این حدیث در میان عامه نیز سندی مخدوش داشته و از درجه اعتبار ساقط است که آن را فاقد قابلیت برای استناد حکم فقهی می‌کند. از این رو، این حدیث از جمله احادیث ضعیف به شمار می‌رود (برای دیدن ضعف‌های این حدیث، نک: معرفت، ۱۳۸۰).

۱. «ابن ابی جمهور فی درر اللآلی: عن النبی (صلی الله علیه وآله)، أنه قال: الطلاق بید من أخذ بالساق».

۲. به جز کتب اربعه شیعه، در دیگر کتب حدیثی چون وافی ملافیض کاشانی، وسایل الشیعه حرعاملی و بحار الانوار مجلسی نیز این روایت وجود ندارد. محدث نوری هم از قول ابن ابی جمهور احسائی در کتاب درر اللآلی این حدیث را نقل کرده است. محمدبن ابی جمهور احسائی، از علمای قرن نهم است و از آنجا که وی از احادیث اهل سنت بسیار نقل کرده و محدث صوفی بوده، مورد انتقاد برخی فقهای شیعه، از جمله بحرانی قرار داشته است و کتاب روایی او معتبر شناخته نمی‌شود (موحد، ۲/۱۳۷۴: ۶۳۵).

### ۳. بررسی دلالت حدیث الطلاق

اکنون پس از بررسی سند حدیث و بیان ضعف آن، به بررسی مفاد و مضمون آن و دلالتش بر حق انحصاری مردان در انحلال نکاح می‌پردازیم. در این آزمون، ما فرض را بر سلامت سند حدیث گذاشته، آن را صحیح قلمداد می‌کنیم. بر دلالت این حدیث مبنی بر حصر حق طلاق برای زوج نکته‌ای وارد است که آن را متذکر می‌شویم:

احتمال دارد حصر موجود در حدیث، حصری حقیقی نبوده، بلکه حصری اضافی باشد. برای روشن شدن بحث به توضیحی مختصر در مورد مفهوم حصر و اقسام آن می‌پردازیم.

#### ۳-۱. مفهوم حصر

حصر بر دو گونه است: «بالمعنی الاعم» و «بالمعنی الاخص». حصر بالمعنی الاخص عبارت است از قصر که در لغت به معنای حبس است؛ همچون سخن پروردگار که می‌فرماید: «حُورٌ مَّقْصُورَاتٌ فِي الْخِيَامِ» (الرحمن ۵۵/۷۲)، و در اصطلاح عبارت است از اینکه چیزی را به شی‌دومی به وسیله کلام خاصی اختصاص دهیم. حصر بالمعنی الاعم عبارت است از اموری که مستقیم یا غیر مستقیم (بالملازمه یا بالمفهوم) دلالت بر اختصاص و حصر می‌کنند (مظفر، ۱۴۰۳: ۱۳۶).

حصر را می‌توان به حصر اضافی و حقیقی نیز تقسیم کرد:

حصر اضافی در جایی است که حکمی خاص از بعضی از امور دیگر نفی می‌گردد؛ بدین معنا که صرفاً نفی حکم مورد نظر در حصر واقع می‌شود و حصر نسبت به سایر احکام واقع نمی‌شود. مثلاً خدا در آیه ۱۴۴ سوره آل عمران: «وَمَا مُحَمَّدٌ إِلَّا رَسُولٌ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهِ الرُّسُلُ...» که مربوط به اعتقاد مؤمنان درباره پیامبر (ص) مبنی بر جاودانگی ایشان است، می‌فرماید: «پیامبر جز رسول نیست...»، و او نیز همچون تمامی رسولان پیش از خود خواهد مرد. در این آیه، نفی حکم تنها از خلود و جاودانگی شده است، نه نفی سایر صفات؛ یعنی پیامبر (ص) ممکن است صفات بسیار دیگری هم داشته باشد، نه اینکه فقط مخلد نیست.

حصر حقیقی در جایی است که نفی حکم از تمامی امور دیگر می‌گردد، مثل «ما واجب الوجود لذاته الا الله تبارک و تعالی» که حکم وجوب وجود از تمامی امور دیگر و سایر موجودات به صورت کامل نفی گردیده و این حکم منحصر در پروردگار گشته است (مظفر، ۱۴۰۳: ۲۷۲-۲۷۱).

#### ۳-۲. مفهوم حصر در حدیث الساق

در حدیث الساق، از کلمه «اتما» استفاده شده که به تصریح مشهور علمای علم اصول، به لزوم بین بالمعنی الاخص، دلالت بر حصر حکم بر آن موضوع دارد (مظفر، ۱۴۰۳: ۱۳۸)؛ که در مورد این بحث، دلالت بر انحصار حق طلاق برای زوج دارد و چنین حقی را از غیر منتفی می‌کند. اقوال

دیگری نیز در مورد «اتما» وجود دارد که حصر آن را به اختلاف موارد دانسته‌اند و ظهور حصر را قطعی قلمداد نکرده‌اند (مظفر، ۱۴۰۳: ۱۳۸).

در صورت پذیرش قول مشهور هم می‌توان در حدیث مذکور احتمال داد که حصر مورد، بیان حصری حقیقی نبوده، بلکه اضافی است؛ یعنی حق طلاق در مورد خاصی، حقی انحصاری در دست زوج است که باعث نفی این حکم از غیر زوج که زوجه باشد، نمی‌شود.

قرآینی برای احتمال فوق ذکر می‌گردد:

(۱) قرینه اول: ظهور حدیث در حصر اضافی به قرینه کلام پیامبر (ص) در خصوص ازدواج عبد و توصیه ایشان مبنی بر اینکه مبادا کسی بنده خود را به ازدواج زنی درآورد، سپس قصد جدایی ایشان را بنماید، واضح و آشکار است و به خوبی از عبارات: «مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يَزُوجُ عَبْدَهُ أُمَّتَهُ، ثُمَّ يَرِيدُ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَهُمَا» (ابن ماجه، سنن، بی تا/۱: ۶۷۲) و «مَا بَالُ قَوْمٍ يَزُوجُونَ عِبِيدَهُمْ إِمَاءَهُمْ ثُمَّ يَرِيدُونَ أَنْ يَفْرُقُوا بَيْنَهُمْ» (دارقطنی، ۵/۱۴۲۴: ۶۷) فهمیده می‌شود؛ چون جمله «اتما الطلاق بيد من أخذ بالساق» در تمامی نقل‌ها یا به صورت خبر صرف از ابن عباس نقل گردیده و یا بعد از تحذیر پیامبر (ص) آمده که چنین بیانی از پیامبر (ص) و شأن بیان حدیث، به خصوص تحذیرهای پیش از بیان قاعده مذکور، همگی بیانگر این هستند که با این جمله نمی‌توان بر حقیقی بودن حصر موجود در حدیث تمسک جست و حتی اگر آن را حصری اضافی قلمداد نکنیم، بروز احتمال اضافی بودن حصر در ناتمام گذاشتن استدلال مخالفان بر حقیقی بودن آن، کفایت می‌کند (صانعی، ۸/۱۳۸۶: ۴۹-۵۱).

(۲) قرینه دوم، بیشتر بر پاسخی مبنایی استوار است؛ بدین شکل که اگر خلع را از اقسام طلاق قلمداد نکنیم و قسمی از جدایی در برابر طلاق بدانیم، با توجه به اینکه برخی از علما برای جدایی بین زوج و زوجه نیازی برای بیان صیغه طلاق ندانسته‌اند (نجفی، ۴/۱۳۶۲: ۳۳)، حدیث فوق دلالت بر حصر اضافی مبنی بر حق انحصاری جدایی در دست زوج دارد؛ زیرا با این بیان شیوه‌ای از جدایی وجود دارد که در دست زوج نبوده و حتی نیازی به صیغه طلاق هم ندارد. ناگفته نماند که این پاسخ فقط بر اساس مبنای کسانی است که خلع را غیر از طلاق می‌دانند، و آلا بر اساس نظر شیخ طوسی، ابن زهره و ابن ادریس مبنی بر لزوم تبعیت صیغه طلاق توسط زوج پس از بیان خلع از جانب زوجه (نجفی، ۶/۱۳۶۲: ۳۳)، این پاسخ، احتمالی را در حدیث فوق داخل نکرده، حصر آن همچنان حقیقی باقی می‌ماند.

(۳) قرینه سوم: این حدیث در سنن ابن ماجه در باب «طلاق عبد»، ولی در سنن دارقطنی در باب «الطلاق و الخلع و الايلاء و غيره» آورده شده است. لذا حتی می‌توان به استناد سنن ابن ماجه، این

احتمال را وارد دانست که حتی خود عامه نیز مفاد این حدیث را در زمره احادیث باب عبد و مولا دانسته‌اند، نه عموم باب طلاق.

۴) قرینه چهارم: حتی اگر باب روایت را بر اساس مبنای سنن ترمذی بپذیریم و باب آن را مطلق طلاق بدانیم، نه خصوص طلاق عبد، باز هم نص روایت دلالت بر آن دارد که این حدیث در خصوص طلاق عبد توسط مولایش است؛ زیرا بیان روایت و مورد آن به وضوح گویای این مطلب است. احتمالاً دلیل آن، وجود برخی اختیارات زندگی عبد در دست مولا بوده که در آن زمان صاحب آن عبد چنین می‌پنداشته است که حتی طلاق عبدش نیز به دست و در گرو اراده و اختیار اوست و این روایت سلب‌کننده این اراده از مولا است، نه اینکه بخواهد قاعده‌ای کلی در باب طلاق به دست دهد، بلکه قاعده‌ای است کلی در باب طلاق عبد توسط مولا. از این رو، حصر آن، حتی اگر بخواهد حصری حقیقی دانسته شود، حصری در باب طلاق عبد توسط مولایش است و مضمون حصر، نفی حکم اختیار طلاق عبد توسط مولا و انحصار حق طلاق عبد در دستان خود اوست، نه اینکه بخواهد حق طلاق را منحصر در زمره اختیارات زوج سازد.

#### ۴. متفرعات بحث

بعد از بررسی سند و دلالت حدیث «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» و بیان ضعف سند و عدم دلالت حدیث بر مطلوب انحصاریون، ممکن است شبهه‌ای در ذهن شکل بگیرد که می‌توان ضعف سند حدیث مزبور را به وسیله شهرت از بین بردا و حجیت آن را بدین وسیله تقویت کنیم. در پاسخ به این شبهه، لازم است در آغاز بیان مختصری در خصوص شهرت و اقسام آن داشته باشیم و سپس به بررسی این ادعا بپردازیم.

#### ۴-۱. مفهوم شهرت

واژه «شهرت» در لغت، عبارت است از باز شدن، شایع شدن و ظاهر شدن شیئی (معلوف، بی تا: ذیل واژه؛ مظفر، ۱۴۰۳: ۵۵۷). کلمه شهرت و در اصطلاح محدثان، عبارت است از هر خبری که تعداد راویان آن زیاد است، ولی این تعداد به حدی نیست که خبر را متواتر بدانیم. واژه شهرت در اصطلاح فقها، عبارت است از هر فتوایی که مدعیان فراوانی دارد، ولی تعدادشان به حدی نیست که آن قول را مورد اجماع فقها به‌شمار بیاوریم، که در این هنگام فتوای مقابل قول مشهور را نادر یا شاذ نامند (محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۱۴۶-۱۴۵).

۱. برخی از نویسندگان این حدیث را مرسل دانسته، ولی ادعا نموده‌اند که با شهرت و اجماع عملی قابل جبران است (ربانی، ۱۳۸۷: ۲۹۸).

## ۲-۴. اقسام شهرت

(۱) شهرت در روایت: نقل روایتی از عده زیادی از راویان به حدی که به تواتر نرسد.  
 (۲) شهرت در فتوا: فتوا به حکمی شرعی توسط عده کثیری از فقها به حدی که به اجماع نرسد.  
 شهرت در فتوا بر دوگونه است: (۱) شهرت عملی: مستند فتوا (روایت) در دست بوده و ضمن فتوا بیان گردیده است. (۲) شهرت فتوایی: فتوا به صورت مشهور رایج گشته و مستند فتوا مشخص نیست، همانند شهرت در روایت (مظفر، ۱۴۰۳: ۵۵۸-۵۵۷؛ محقق داماد، ۲/۱۳۸۳: ۱۴۶-۱۴۵).  
 برای نیل به دفع اشکال فوق، بهتر است چند پرسش را طرح کنیم و ضمن پاسخ آن‌ها به نتیجه مطلوب برسیم.

### ۳-۴. پرسش اول: آیا این روایت شهرت عملی دارد؟

در این قسمت، بر آن خواهیم بود ضمن جست‌وجو در آراء برخی فقهای بزرگوار، نشان دهیم که ایشان در چه موارد و ابوابی از فقه اقدام به استناد به متن این روایت و نقل آن در کتب خود کرده‌اند. در ادامه و پایان نقل قول‌ها، نتیجه‌ای که از استنباط آن‌ها به دست می‌آید را به داوری خواهیم گذاشت.

#### ۱-۳-۴. نظر علامه حلی در تذکرة الفقها

ایشان، ضمن بحث تزویج و طلاق عبد، از ابن ادریس نقل می‌فرماید: اگر مولا، عبد و امه خود را به تزویج یکدیگر درآورد و عبد نیز بدین کار راضی باشد، این ازدواج مجازاً ازدواج نامیده خواهد شد. همچنین است اگر مولا با رضایت عبد میان ایشان فراق افکند که باز هم طلاق حقیقی نبوده، بلکه مجازاً طلاق خوانده می‌شود، چون طلاق حقیقی دارای شرایط و لواحق است و جز با لفظ خاص حاصل نمی‌شود، و این لفظ نیز حتماً باید توسط خود زوج ادا گردد. وی مستند سخن ابن ادریس را همین حدیث نبوی می‌شمارد (علامه حلی، بی تا/۲: ۵۹۰).

#### ۲-۳-۴. نظر علامه حلی در مختلف الشیعة

در چند مکان مختلف به این حدیث تمسک جسته است. وی نخست در بحث ازدواج عبد، نقل پیشین از ابن ادریس را مجدداً تکرار کرده، ولی سخن ابن ادریس در باب مجاز بودن نکاح فوق را صحیح ندانسته و نظر به حقیقی بودن نکاح دارند (علامه حلی، ۷/۱۴۱۱: ۲۵۸).

وی در ادامه از شیخ طوسی نقل می‌کند که ایشان در الخلاف می‌گوید: ولی به هیچ وجه نمی‌تواند از جانب مولی علیه خود طلاق دهد، چه با عوض و چه بدون عوض. دلایل وی عبارت است از: اجماع فرقه، اصل بقاء عقد، حدیث نبوی مذکور و اینکه صحت طلاق ولی محتاج دلیل است و در این مورد دلیلی وجود ندارد (علامه حلی، ۷/۱۴۱۱: ۳۳۱؛ طوسی، ۴/۱۴۰۷: ۴۴۲). ابن ادریس نیز

بر همین عقیده بوده و این حدیث نبوی را مستند قول خود دانسته است (ابن ادريس حلی، ۲/۱۴۱۰: ۶۰۰).

علامه در باب طلاق عبد نیز با تمسک به این حدیث معتقد است که طلاق عبد، بدون شک در اختیار وی بوده و مولا حق دخالت و اجرای طلاق از سوی عبد را ندارد (علامه حلی، ۷/۱۴۱۱: ۳۷۸).

### ۳-۳-۴. نظر مقدس اردبیلی در مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان

مقدس اردبیلی نیز با تمسک به این روایت، حق طلاق را تنها از آن عبد دانسته و مولی را در این مسئله ذی حق ندانسته است (مقدس اردبیلی، ۹/۱۴۱۲: ۴۹۳).

### ۴-۳-۴. نظر شهید ثانی در شرح لمعه

شهید ثانی نیز در شرح لمعه با تمسک به همین روایت بر این قول است که عبد در طلاق حره یا امه‌ای که متعلق به مولا پیش نیست، اختیار تام دارد (شهید ثانی، بی تا/۵: ۳۳۲). او در ادامه در بحث شرایط مطلق می‌فرماید: زن مجاز است با اخذ وکالت از سوی زوج، خود را مطلقه کند. شهید ثانی تمسک به روایت مزبور را برای دفع چنین حقی از زن، تمام ندانسته و معتقد است که روایت منافاتی با وکالت زن ندارد؛ چون مرد چنین حقی را از خود به زن منتقل می‌کند: «لأنّ یدها مستفادة من یده». وی دلالت روایت بر حصری که باعث این باشد که وکالت مرد به زن در مطلقه ساختن خود را مخدوش کند، ناتمام می‌انگارد (شهید ثانی، بی تا/۶: ۲۴).

### ۵-۳-۴. نظر شهید ثانی در مسالک الافهام

وی نیز ضمن بحث اختیارات عبد، با تمسک به روایت، به اختیار او در طلاق به‌رغم عدم رضایت مولی اشاره دارد (شهید ثانی، ۴/۱۴۱۳: ۱۵۵). او در ادامه در بحث طلاق عبد نیز، با تمسک به روایت، قایل به اختیار عبد در طلاق خویش است (شهید ثانی، ۸/۱۴۱۳: ۶۳).

شهید ثانی در بحث نشوز دو طرفه زن و شوهر نیز، پس از بررسی حالات مختلف از حضور وکلای طرفین یا دو حکم، بیان می‌دارد که وکلا می‌توانند در صورت توافق بر طلاق، آن را اجرا کنند، اما حکم‌ها قادر به این کار نیستند و دلیلش، روایت مزبور است و طلاق در دست زوج است (شهید ثانی، ۶/۱۴۱۳: ۳۶۸).

وی در بحث وکالت زن برای مطلقه ساختن خود نیز، ضمن بیان نظر مخالف شیخ طوسی مبنی بر بطلان چنین طلاقی و تمسک شیخ طوسی به این حدیث، دلالت حدیث را بر مراد شیخ طوسی ضعیف دانسته و تعاییر اعتباری قابل و فاعل را در صحت طلاق کافی می‌شمرد و افزون بر آن حدیث را، حتی با پذیرشش، مستلزم حصر نمی‌داند (شهید ثانی، ۹/۱۴۱۳: ۲۹).

## ۶-۳-۴. نظر محمدحسن نجفی در جواهرالکلام

صاحب جواهر ابتدا در باب وکالت، ضمن بحث از وکالت برای طلاق، آن را جایز شمرده و حتی از قول ابن ادریس، ادعای عدم وجود حکم مخالف میان مسلمانان کرده است؛ اما در ادامه، از شیخ طوسی، حکم خلاف و عدم جواز وکالت در طلاق را نقل و یکی از مستندات وی را همین حدیث نبوی ذکر می‌کند. صاحب جواهر نیز با مشهور همراه شده و معتقد است که وکالت در طلاق جایز است (نجفی، ۱۳۶۲/۷: ۳۹۱-۳۹۰).

او در ادامه، ضمن بحث طلاق عبد، می‌فرماید: عبدی که با اجازه مولای خود با حره یا امه غیرمولایش ازدواج کرده است، در طلاق خود کاملاً آزاد بوده و مولا حق جلوگیری از اجرا یا اجبار وی به طلاق را ندارد. مستند این قول، احادیث بسیاری از جمله: حدیث «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، خبر لیث المرادی، خبر کنانی، خبر عبدالله بن سنان و خبر ابی بصیر است (نجفی، ۱۳۶۲/۳۰: ۲۷۵).

وی در بحث شروط ضمن عقد در نکاح و اینکه آیا می‌توان عدم نزدیکی را ضمن عقد نکاح دائم یا موقت شرط نمود، معتقد است که اگر کسی بخواهد به عدم امکان واگذاری حق نزدیکی یا طلاق، را به زن، مستمسک قول به یکسانی این مسئله با شرط عدم نزدیکی کند، دچار خطا گشته است؛ چون تفاوت آشکاری میان وکالت در طلاق و حق نزدیکی، با شرط کردن عدم نزدیکی ضمن عقد وجود دارد. ایشان در این قسمت، دلیل قول مخالفان مبنی بر عدم امکان واگذاری حق طلاق و نزدیکی به زن در نکاح را آیه «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» و حدیث نبوی «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، عنوان می‌دارد و در ادامه به تفاوت آشکار این دو مسئله با شرط عدم نزدیکی ضمن عقد اشاره می‌کند (نجفی، ۱۳۶۲/۳۱: ۱۰۰-۹۹).

وی در باب طلاق و بحث شرایط مطلق می‌گوید: طلاق ولی از جانب صبی صحیح نیست و مستند این قول، حدیث مقبول نبوی «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» است. ایشان در ادامه نیز وکالت در طلاق را غیر از ولایت ولی دانسته و آن را از دایره عموم این حدیث خارج می‌داند (نجفی، ۱۳۶۲/۳۲: ۶)؛ اما در ادامه بحث، معتقد است که طلاق ولی زائل العقل به دلیل اخباری که در این باب وارد گشته، بلامانع است و طلاق واقع می‌گردد. ایشان قول شیخ طوسی و ابن ادریس مبنی بر عدم جواز این گونه از طلاق را که به آیه «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ» (بقره ۲/۲۳۲)، اجماع و این حدیث نبوی تمسک جسته‌اند، ناتمام دانسته و دلالت خبر را، حتی در صورت پذیرش آن، بر مراد شیخ ضعیف دانسته و دلالت آیه را نیز از خبر ضعیف‌تر شمرده است. به نظر وی، احادیث صحیحه در این باب، همچون صحیحہ ابی‌الخالد القمطاط، مبنی بر صحت طلاق ولی در این موارد، حاکم



بر حدیث فوق است و جواز آن را اثبات می‌کند (نجفی، ۳۲/۱۳۶۲: ۸-۶). نحوه استدلال صاحب جواهر در این مورد، شباهت بسیاری دارد با آنچه بعداً توسط نگارنده این کتاب در بحث حکومت احادیث باب خلع بر احادیث باب طلاق، به خصوص حدیث نبوی، بیان می‌گردد.

ایشان در ادامه، ضمن بحث جواز وکالت زن در مطلقه ساختن خویش، قول شیخ طوسی مبنی بر عدم جواز و تمسک او به این حدیث نبوی و همچنین لزوم تغایر فاعل و قابل در عقود، ابتدا دلالت حدیث را مخدوش شمرده و آن را قابل سرایت به وکیل ندانسته است و از سوی دیگر، تغایر اعتباری در عقود را برای صحت آن کافی می‌شمارد، چه رسد به اینکه طلاق یک ایقاع بوده و تنها احتیاج به یک طرف دارد (نجفی، ۳۲/۱۳۶۲: ۲۴).

وی در بحث تفویض حق طلاق به زوجه، پس از ذکر احادیثی، برای جمع میان آن‌ها و احادیثی همچون همین حدیث نبوی، با ایجاد تمایز میان تخییر وکالتی و غیر آن، قائل به جواز در تخییر وکالتی می‌شود (نجفی، ۳۲/۱۳۶۲: ۷۴).

صاحب جواهر در بحث ایلاء، می‌نویسد: بعد از انقضای چهار ماه از ایراد ایلاء از سوی زوج، حاکم نمی‌تواند از سوی زوج طلاق دهد؛ بلکه تنها می‌تواند او را مجبور به طلاق یا الفت با زوجه‌اش سازد. یکی از مستندات وی، حدیث نبوی مزبور است (نجفی، ۳۳/۱۳۶۲: ۳۱۴).

بنابراین غالب فقهای بزرگوار، ظهور حدیث فوق را در حصر طلاق از سوی مرد، مخدوش می‌دانند و معتقدند که این حق قابل واگذاری به غیر نیز هست. همچنین عمده استناد فقها به این حدیث، در همان مورد خاصی است که مورد پرسش قرار گرفته، یعنی «طلاق عبد» و موارد دیگر؛ در بحث جواز وکالت در طلاق و طلاق ولی به این حدیث اشاره شده که جز اندکی از فقها، از جمله شیخ طوسی، بقیه به دید انتقادی به این استناد نگریسته‌اند.

#### ۴-۴. پرسش دوم: آیا روایت «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» با روایات دیگر تعارض دارد؟

پاسخ این پرسش را از سه زاویه بیان می‌کنیم:

۱) با توجه به ضعف سند روایت «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، دیگر محلی برای تعارض دو روایت نیست.

اینک برای رفع شبهه تعارض و ترجیح حدیث مذکور بر روایت باب خلع، باید گفت: بر اساس معیار مورد اتفاق نظر اصولیان در مبحث تعادل و ترجیح (مظفر، ۲/۱۴۰۳: ۲۳۵)، آنچه باعث ترجیح یکی از دو روایت متعارض می‌گردد، شهرت روایی است، نه شهرت عملی و فتوایی؛ زیرا - چنانچه اشاره گردید - موضوع شهرت فتوایی، روایتی است که دچار ضعف سند شده است؛ در حالی که موضوع شهرت روایی چنین نیست. از سوی دیگر، طبق ضوابط مطرح در باب تعارض ادله

(هاشمی شاهرودی، بی تا: ۳۵۱) می‌بایست دو روایت متعارض از نظر سند دچار مشکل نباشند، وگرنه نوبت به مرحله تعارض نخواهد رسید؛ چون روایت ضعیف قابلیت رویارویی و تعارض با روایت صحیح را ندارد تا تعارضی به وجود آید!

۲) طبق مرجحات باب تعارض، هنگامی که دو روایت از جهت سند و دلالت، از همه جهت غیرقابل خدشه باشند (در حالی که روایت مورد بحث چنین نیست)، یکی از مرجحات که باعث ترجیح یکی از دو روایت متعارض می‌گردد، نقل روایت از طریق امامیه است و روایتی که از طرق عامه و اهل سنت نقل گردید مرجوح قرار می‌گیرد و روایت منقول امامیه بر آن ترجیح می‌یابد.

حدیث الطلاق - که به تفصیل گذشت - در کتب روایی عامه و اهل سنت مطرح گردیده است و از منظر سندی نیز مورد خدشه قرار گرفته است، بنابراین جایی برای عرض وجود نخواهد داشت.

۳) حتی اگر حدیث مزبور، توان معارضه با روایات دیگر داشته باشد، در مورد ادعای بیان شده از سوی مخالفان مبنی بر جبران ضعف سند به وسیله شهرت، اگر بپذیریم که حدیث فوق به حد شهرت رسیده است، از نمونه‌های شهرت عملی محسوب می‌گردد که از منظر فقها، باعث جبران ضعف سند این روایت می‌شود و حجیت آن تنها در باب تعادل و ترجیح بین خبرین متعارضین کاربرد دارد. باید دقت داشت که بین حدیث فوق و احادیث صحیح شیعی تعارض وجود ندارد. در اینجا نیز لازم است تا مختصری در خصوص تعارض اخبار توضیح داده شود تا مدعای ذکر شده به روشنی دریافت گردد.

مفهوم تعارض ادله: واژه «تعارض» در لغت، عبارت است از: اظهار و ابراز است (معلوف، بی تا: ذیل واژه). برخی از علمای علم اصول، تعاریف دیگری جز تعریف مشهور درباره تعارض را انتخاب نکرده‌اند؛ همچون شیخ انصاری که در رسائل، تعارض را ناسازگاری دو دلیل و جلوگیری هر کدام از ادله نسبت به دیگری به اعتبار مدلول دو دلیل دانسته است (انصاری، ۱۴۱۹/۴: ۱۱). یا آخوند خراسانی که در کفایة الاصول می‌نویسد: تعارض، ناسازگاری دو دلیل یا بیش از دو دلیل با یکدیگر، به خاطر دلالتشان و در مقام اثبات (نه ثبوت) است و این ناسازگاری به شکل تناقض یا تضاد حقیقی یا عرضی است؛ به شکلی که اجمالاً علم به کذب یکی وجود دارد و در ضمن، جمع دو دلیل نیز امکان ندارد (آخوند خراسانی، بی تا: ۴۹۶) تعریف مشهور نیز به خوبی بیانگر اصطلاح تعارض

۱. «فانظروا الی ما یخاف منهما العامه فخذوه، وانظروا الی ما یوافق اخبارهم فدعوه» (حرعاملی،

می‌باشد که عبارت است از ناسازگاری مدلول دو دلیل به شکل تناقض یا تضاد (انصاری، ۴/۱۴۱۹: ۱۱).

آنچه علامه مظفر در اصول فقه خود عنوان داشته است، شاید به‌نحو دقیق‌تری این اصطلاح را روشن سازد: معنای معارضه چنین است که هر کدام از دو دلیل - اگر مقومات حجیتشان کامل باشد و هر دو خبر حجت به‌شمار آیند - دیگری را باطل و تکذیب می‌کند. این ابطال و تکذیب یا در تمام مدلول دو دلیل و اموری است که آن‌ها دلالت دارند یا در برخی از قسمت‌های مورد دلالت دو خبر است؛ اما به‌گونه‌ای است که نمی‌توانیم هیچ‌کدام از دو خبر را با فرض حجیت دیگری، حجت فرض کنیم یا این‌که به هر دو خبر عمل کنیم. پس مرجع تعارض بین دو خبر، بازگشت به این نکته دارد که هر کدام دیگری را نفی می‌کنند و اجتماع آن‌ها بر صدق، امکان‌ناپذیر است (مظفر، ۲/۱۴۰۳: ۶۰۴).

شرایط تحقق تعارض عبارتند از: ۱. هیچ‌کدام از دو دلیل متعارض، قطعی نباشند؛ ۲. ظن فعلی در حجیت آن دو معتبر نباشد؛ ۳. بین مدلول و معنای آن دو، گرچه به‌صورت عرضی و در بعضی از نواحی، تنافی وجود داشته باشد؛ ۴. هر کدام از دو دلیل، واجد شرایط حجیت باشند؛ ۵. دو دلیل متزاحم یکدیگر نباشند؛ ۶. یکی از دو دلیل حاکم بر دیگری نباشد؛ ۷. رابطه بین آن‌ها، ورود نباشد (مظفر، ۱۴۰۳: ۶۰۷-۶۰۴؛ محقق داماد، ۳/۱۳۸۳: ۱۳۲-۱۲۵).

از آنجا که مدعای نگارنده در ارتباط با مفاهیم حکومت و تخصیص است، لازم است اندکی در خصوص این دو مفهوم توضیح داده شود.

مفهوم حکومت: حکومت، عبارت است از تصرف یکی از دو دلیل در موضوع یا محمول دیگر به‌نحو توسعه و تعمیم یا تضییق و تخصیص. به عبارت دیگر، حکومت یعنی یکی از دو دلیل به‌نحوی متعارض جهتی از جهات دلیل دیگر شود (محقق داماد، ۳/۱۳۸۳: ۱۲۹).

مفهوم تخصیص: تخصیص، عبارت است از خارج ساختن بعضی از افراد موضوع از شمول حکم با حفظ موضوع (محقق داماد، ۳/۱۳۸۳: ۱۳۱). در جایی که دلیل حاکم، دایره دلیل محکوم را محدود می‌سازد، شباهت بسیاری به تخصیص دارد، اما تفاوت اصلی آن دو در نحوه بیان دلیل یا اصطلاحاً لسان دلیل است که در حکومت به‌نحو تفسیری است، ولی در تخصیص موردی از شمول حکم عام خارج می‌شود.

اکنون احادیث صحیحی که شاید در ظاهر با روایت فوق در تعارض باشند، ذکر می‌گردد تا وجه تعارض آن‌ها مورد بررسی قرار گیرد:

(۱) «حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد بن سماعة، عن جعفر بن سماعة أن جميلا شهد بعض أصحابنا و قد أراد أن يخلع ابنته من بعض أصحابنا فقال جميل للرجل: ما تقول رضيت بهذا الذي أخذت و تركتها؟ فقال: نعم، فقال لهم جميل: قوموا فقالوا: يا أبا علي ليس تريد يتبعها الطلاق؟ قال: لا» (كلىنى، ۱۳۶۷/۶: ۱۴۱).

(۲) «و عن علي، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن أبي أيوب، عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (ع) في حديث قال: فإذا قلت ذلك من غير أن يعلمها حل له ما أخذ منها، و كانت تطليقة بغير طلاق يتبعها، و كانت بائنا بذلك، و كان خاطبا من الخطاب» (حرعاملى، ۱۳۷۶/۲۲: ۲۸۴).

(۳) «محمد بن علي بن الحسين باسناده عن حماد، عن الحلبي، عن أبي عبد الله (ع) قال: عدة المختلعة عدة المطلقة، و خلعها طلاقها من غير أن يسمى طلاقا. الحديث» (حرعاملى، ۱۳۷۶/۲۲: ۲۸۵).

(۴) «و باسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن ابن أبي عمير، عن سليمان ابن خالد قال: قلت: رأيت إن هو طلقها بعد ما خلعها أيجوز عليها؟ قال: و لم يطلقها و قد كفاه الخلع، و لو كان الامر إلينا لم نجز طلاقا» (حرعاملى، ۱۳۷۶/۲۲: ۲۸۶).

(۵) «و عنه، عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن المرأة تبارى زوجها أو تختلعه منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك، (أو تكون) امرأته ما لم يتبعها بطلاق؟ فقال: تبين منه و إن شاءت أن يرد إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت، فقلت: فإنه قد روى لنا أن لها لا تبين منه حتى يتبعها بطلاق، قال: ليس ذلك إذا خلع، فقلت: تبين منه؟ قال: نعم» (حرعاملى، ۱۳۷۶/۲۲: ۲۸۶).

(۶) «و عنه، عن محمد بن إسماعيل، عن صفوان، عن موسى بن بكر، عن زرارة، عن أبي جعفر (ع) قال: لا يكون الخلع حتى تقول: لا أطيع لك أمرا - إلى أن قال: - و لا يكون ذلك إلا عند سلطان، فإذا فعلت ذلك فهي أملك بنفسها من غير أن يسمى طلاقا (حرعاملى، ۱۳۷۶/۲۲: ۲۸۷-۲۸۶).

نمونه‌های دیگری از این احاديث با اسناد صحيح وجود دارد که در همگی عنوان شده است که پس از اینکه زن از شوهر خود اظهار نفرت کرد (چه در حضور قاضی و چه میان خود زوجین)، زوج می‌تواند مال مورد توافقش با زوجه را دریافت کند و زوجه تنها با بیان پیشنهاد خلع و بیان نفرت خود از زوج، مطلقه محسوب می‌شود و دیگر احتیاجی به ایراد صیغه طلاق پس از خلع نیست. در این زمینه حتی مرحوم صاحب جواهر نیز در تفسیر روایت صحیح ابن بزيع قایل به این است که به دنبال آمدن صیغه طلاق پس از خلع، منافات با خلع دارد؛ چون خلع خود گونه‌ای از جدایی است و طلاق پس از خلع، لغو است (نجفی، ۱۳۶۲/۶: ۳۳).

آنچه از ظاهر این روایات به دست می‌آید، این است که در اسلام جدایی بر گونه‌های مختلفی است که یکی از اقسام آن طلاقی است که در دست مرد است. که این نوع در طلاق در جایی است که مرد خواهان جدایی و زن خواستار ادامه زندگی است. گونه دیگری از طلاق نیز وجود دارد که در جایی جریان دارد که زن خواستار پایان بخشیدن به زندگی است، ولی مرد همچنان خواهان ادامه آن است که آن را اصطلاحاً خلع می‌نامند.

از این رو، میان احادیث فوق و حدیث «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» حتی اگر از وجه دلالت آن چشم‌پوشیم و عمومیت آن را مسلم فرض کنیم، با کنار هم قرار دادن این دو دسته از ادله، می‌توان به این رهیافت رسید که شاید در اولین نگاه میان ادله تعارض وجود دارد؛ ولی پس از اندک تأملی، به رابطه حکومت میان آن‌ها پی خواهیم برد؛ بدین شکل که ادله خلع مبنی بر اینکه گونه‌ای از جدایی است و احتیاجی به صیغه طلاق ندارد، حاکم بر حدیث الطلاق است که بیانگر عمومیت و انحصار حق جدایی برای مردان است. بنابراین، وقتی رابطه ادله با یکدیگر، حکومت باشد، دو دلیل نمی‌توانند شرایط تعارض را استیفا کنند؛ چون همان گونه که در شرط ششم گذشت - نباید رابطه دو دلیل با یکدیگر به نحو حکومت باشد.

وجه رابطه حکومت نیز چنین است که حدیث «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» دارای عمومیت است و احادیث صحیح دیگر محدودکننده چنین عمومیتی هستند؛ چون برای زن نیز شرایطی جهت جدایی، آن هم بدون ایراد صیغه طلاق قائل شده‌اند. با توجه به نحوه بیان دلیل مبنی بر شیوه تفسیری آن، رابطه، حکومت خواهد بود، نه تخصیص. لذا وقتی که تعارضی میان ادله وجود نداشته باشد، دیگر نمی‌توان به شهرت عملی جهت جبران ضعف سند تمسک نمود؛ چون شهرت عملی تنها در باب تعارض ادله می‌تواند یکی از مرجحات واقع شود و به وسیله آن ضعف سند را جبران کرد.

### نتیجه

بررسی‌های تاریخی حاکی از آن است که در بین اقوام جاهلی، گونه‌های مختلف جدایی مرسوم و به طور غالب اختیار طلاق به دست زوج بوده و بعد از اسلام، برخی از فقهای متقدم شیعه نزدیک به عصر تشریح همچون ابن بابویه، شیخ صدوق و سید مرتضی، خلع را یک ایقاع از ناحیه زوج و آن را برای جدایی و بینونت کافی می‌دانستند که این دیدگاه به تدریج در ادوار بعد، دستخوش تغییر اساسی شد و از ماهیت آن چیزی باقی نماند.

روایت «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»، که در محافل فقهی، حقوقی و قضایی تحت عناوین «حدیث نبوی» یا «قاعده فقهی» یا «ضابط فقهی» بحث می‌شود، نمی‌تواند به عنوان حق انحصاری مردان در انحلال نکاح مورد استناد محاکم قضایی ایران و کشورهای اسلامی قرار بگیرد، زیرا روایت

«الطَّلَاقُ يَبْدُ مِنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» برخلاف شهرتش از ضعف سندی و محتوایی جدی برخوردار است؛ به‌ویژه، روایت دیگری با سیاق مشابه به نقل از خلیفه دوم، ضرورت بازپژوهی و مذاقه در روایت الطلاق را ایجاب می‌کند!

روایت الطلاق از نظر سند، مخدوش است؛ زیرا روایت مذکور در هیچ کدام از کتب اربعه شیعی وجود ندارد، از این رو نقل آن تنها در کتب عامه بوده و از طریق ایشان بیان شده است و به احتمال زیاد از مصادر اهل سنت به کتب امامیه و احتمالاً از کتاب الخلاف شیخ طوسی و سپس از آنجا به دیگر آثار متأخر شیعی چون، عوالی اللآلی و درر اللآلی هر دو از ابن ابی جمهور احسانی و مستدرک الوسائل محدث نوری راه یافته باشد. حتی اگر نگاهی به این مسئله که نقل این حدیث به طریق عامه است، نداشته باشیم، این حدیث در میان عامه نیز سندی مخدوش داشته و از درجه اعتبار ساقط است که آن را فاقد قابلیت برای استناد حکم فقهی می‌کند. در نتیجه، این حدیث از جمله احادیث ضعیف به‌شمار می‌رود.

اما از حیث دلالت؛ از یک دیدگاه، کلمه «انّما» استفاده شده که به تصریح مشهور علمای علم اصول، به لزوم بین بالمعنی الاخص، دلالت بر حصر حکم بر آن موضوع دارد که در مورد این بحث، دلالت بر انحصار حق طلاق برای زوج دارد و چنین حقی را از غیر منتفی می‌کند و از دیدگاهی دیگر، در مورد «انّما» حصر آن را به اختلاف موارد دانسته‌اند و ظهور حصر را قطعی قلمداد نשמوده‌اند. در صورت پذیرش قول مشهور هم می‌توان در حدیث مذکور احتمال داد که حصر مورد، بیان حصری حقیقی نبوده، بلکه اضافی است؛ یعنی حق طلاق در مورد خاصی، حقی انحصاری در دست زوج است که باعث نفی این حکم از غیر زوج که زوجه باشد، نمی‌شود. به عبارت دیگر، حدیث الطلاق، حق طلاق اصطلاحی، یعنی طلاق به معنی اخص را برای زوج اثبات می‌کنند، نه اینکه به‌طور عام و مطلق حق جدایی را برای شوهر به اثبات برسانند. به دیگر سخن، این روایت ناظر به موارد طلاق به اختیار زوج است.

نیز نمی‌توان ضعف سند روایت الطلاق را با شهرت جبران کرد، زیرا شهرت عملی تنها در باب تعارض ادله می‌تواند یکی از مرجحات واقع شود و به وسیله آن ضعف سند را جبران کرد.

## منابع

## فارسی

- امامی، سیدحسن (۱۳۶۸ش)، حقوق مدنی، جلد پنجم، تهران: انتشارات اسلامیه.
- پاکتچی، احمد (۱۳۹۱ش)، «حدیث»، دایرةالمعارف بزرگ اسلامی، جلد بیستم، تهران.
- ربانی، محمدحسن (۱۳۸۷ش)، آسیب شناسی حدیث، مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی.
- صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۳۸۷ش)، استفتاء، شماره ۱۱۶۶، تاریخ ۱۳۸۷/۷/۲ش.
- صالحی، عباسعلی و بچاری، اسما (۱۳۹۸)، «حق طلاق زوج و حقوق زوجه در فقه و حقوق موضوعه»، دومین کنفرانس بین المللی پژوهش های دینی، علوم اسلامی، فقه و حقوق در ایران و جهان اسلام، سایت: <https://civilica.com/doc/924961> (تاریخ مراجعه به سایت: ۱۳۹۹/۱۲/۱۲).
- صانعی، یوسف (۱۳۸۶ش)، فقه و زندگی، جلد هشتم، قم: انتشارات ثقلین.
- محقق، مریم السادات (۱۳۹۲ش)، نظریه خلع یک جانبه (افتدائی) در فقه با مطالعه تطبیقی در حقوق کشورهای اسلامی، پایان نامه دکتری رشته فقه و حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه شهید مطهری، تهران.
- محقق، مریم السادات (۱۳۹۵)، «سیر تکوین نظریه خلع در فقه امامیه»، مجله مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال ۴۸، شماره پیاپی ۱۰۴.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۳)، مباحثی از: اصول فقه، جلد دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۵)، قواعد فقه بخش مدنی، جلد اول و دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- معرفت، محمدهادی (۱۳۸۰ش)، «زن در نگاه قرآن و در فرهنگ زمان نزول ۲» (ترجمه حسن حکیم باشی)، فصلنامه پژوهش های قرآنی، شماره ۲۷ و ۲۸ (ویژه زن در قرآن).
- موحدی محب، مهدی (۱۳۹۳)، «تبیین استقلال مرد در طلاق بر اساس ماهیت تملیکی عقد نکاح»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال ۴۶، شماره ۹۹.
- نقیبی، ابوالقاسم (۱۳۸۳ش)، «قواعد عام فقه و کاربرد آن در حقوق خانواده»، فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، سال ۱۵، شماره ۵۳.
- وحیدی فردوسی، عبدالهادی و زکیه نعیمی (۱۳۹۹)، «نقدی بر سیر تکوین حقوق خانواده ایران در دوران معاصر»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۰.

## عربی

- آخوند خراسانی، محمدکاظم (بی تا)، کفاية الاصول، بیروت: مؤسسه آل البیت (ع) لإحياء التراث.
- ابانی، محمدناصر (۱۴۱۱ق)، ضعيف سنن الترمذی، بیروت: المكتب الاسلامی.
- ابن ابی جمهور، محمد (۱۴۰۳ق)، عوالی اللثالی، جلد اول، قم: مطبعة سيدالشهدا.
- ابن ادريس حلی، محمد (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی التحریر الفتاوی، جلد دوم، قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- ابن بابويه قمی، علی (۱۴۰۶ق)، فقه الرضا، مشهد: المؤتمر العالمی للإمام الرضا (ع).
- ابن زریق، محمد (۱۴۲۵ق)، «من تكلم فيه الدارقطني في كتاب السنن من الضعفاء والمتروكين و المجهولين»، ضمن ثلاث رسائل في علم الجرح و التعديل، به كوشش عامر حسن صبري، بيروت.

- ابن سعد، محمد (بي تا)، طبقات الكبير، ترجمة دامغانى، جلد هفتم، تهران: فرهنگ و انديشه.
- ابن حجر عسقلانى، احمد (١٤٢٤ق)، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، به كوشش سمير بن أمين الزهرى، رياض.
- ابن حجر عسقلانى، احمد (١٣٢٦ق)، تهذيب التهذيب، جلد نهم، حيدرآباد دكن.
- ابن قدامه، عبدالله (١٣٨٨ق)، المغنى، جلد هفتم، قاهره: مكتبة القاهرة.
- ابن قدامه، عبدالرحمن (بي تا)، الشرح الكبير، جلد هشتم، بي جا: دارالكتب العربى
- ابن قيسرانى، محمدين طاهر مقدسى (١٤٠٨ق/١٩٩٨م)، شروط الأئمة الستة، به كوشش طارق سعود، بيروت.
- ابن عسكار، على (بي تا)، تاريخ مدينة دمشق، جلد شانزدهم، عمان: دارالبشير.
- ابن ماجه، محمد (بي تا)، سنن، به كوشش عيسى البابى الحلبي و فؤاد عبدالباقى، جلد اول، بي جا.
- ابن منظور، محمد (١٤٠٥)، لسان العرب، جلد هشتم و دهم، قم: نشر ادب الحوزه.
- ابن نجيم، زين الدين (١٤١٩ق/١٩٩٩م)، الاشباه و النظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان، بيروت: دارالكتب العلميه.
- انصارى، مرتضى (١٤١٩ق)، فرائد الاصول، جلد چهارم، قم: مجمع الفكر الاسلامى.
- بكراسماعيل، محمد (بي تا)، القواعد الفقهية بين الاصاله و التوجيه، دارالمنار.
- تهانوى، محمدعلى (بي تا)، كشاف اصطلاحات الفنون و العلوم، جلد دوم، لبنان: مكتبة لبنان ناشرون.
- جزايرى، نعمت الله بن عبدالله (بي تا)، زهر الربيع، بيروت: مؤسسة العالمية للتجليد.
- جوادعلى (١٤١٣ق/١٩٩٣م)، المفصل فى تاريخ العرب قبل الاسلام، جلد پنجم، بيروت.
- جوهرى، اسماعيل (١٩٥٦م)، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، جلد سوم و چهارم، بيروت: دارالعلم للملايين.
- حرعاملى، محمد (١٣٧٦ق)، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، جلد هجدهم و بيست و دوم، بيروت: دار احياء التراث العربى.
- حسنى، هاشم معروف (١٩٧٨م)، دراسات فى الحديث و المحدثين، بيروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- خمينى، روح الله (بي تا)، تحرير الوسيله، جلد دوم، قم: مؤسسه دارالعلم.
- خواجوى مازندرانى، محمد اسماعيل (١٤١١ق)، «رسالة فى شرح حديث الطلاق بيد من أخذ بالساق»، الرسائل الفقهية، به كوشش سيد مهدى رجائى، دار الكتاب الإسلامى.
- دارقطنى، على بن عمر (١٤٢٤ق)، سنن، جلد پنجم و شصت و هفتم، بيروت: مؤسسة الرسالة.
- ذهبى، محمد (١٣٨٢ق)، ميزان الاعتدال فى نقد الرجال، جلد دوم و سوم، به كوشش على محمد بجاوى، بيروت.
- زبىدى، مرتضى (بي تا)، تاج العروس من جواهر القاموس، جلد يازدهم و سيزدهم، بيروت، دارالفكر.
- سيدمرتضى (١٤١٧ق)، المسائل الناصريات، تهران: مركز پژوهش و تحقيقات علمى.
- سيوطى، عبدالرحمن (بي تا)، الاشباه و النظائر فى النحو، جلد اول، بيروت: دار الكتب العلمية.
- شهيدثانى، زين الدين (١٤١٣ق)، مسالك الافهام، جلد چهارم، ششم، هشتم و نهم، قم: بهمن.
- شهيدثانى، زين الدين (بي تا)، شرح لمعه، جلد پنجم و ششم، نجف: منشورات جامعة النجف الدينية.
- شيخ صدوق، محمد (١٤١٥ش)، المقنع، مؤسسة الامام الهادى عليه السلام.



- شیخ صدوق، محمد (۱۴۰۵ش)، من لا یحضره الفقیه، جلد اول و سوم، بیروت: دارالاذباء.
- شیخ طوسی، محمد (۱۳۶۳ش)، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، قم: دارالکتب الاسلامیه.
- شیخ طوسی، محمد (۱۴۰۷ق)، الخلاف، جلد اول و چهارم، قم: مطبعه مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- شیخ طوسی، محمد (۱۹۵۸م)، تهذیب الاحکام، به تصحیح حسن موسوی خراسان، جلد هفتم، نجف.
- طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق)، مجمع البحرین، جلد اول و دوم، قم: مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت.
- علاقه حلّی، حسن (بی تا)، تذکره الفقهاء، جلد دوم، قم: چاپ سنگی.
- علاقه حلّی، حسن (۱۴۱۱ق)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، جلد هفتم، مرکز احیاء التراث الاسلامی.
- غسانی، عبدالله (۱۴۱۱ق/۱۹۹۱م)، تخریج الاحادیث الضعاف من سنن الدارقطنی، ریاض.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۳۸۳ش)، القواعد الفقهیة، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار (ع).
- قانون مدنی ایران.
- کلینی، محمد (۱۳۶۷)، الفروع من الکافی، جلد پنجم و ششم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- محدث نوری، حسین (بی تا)، مستدرک الوسائل، جلد پانزدهم، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.
- مظفر، محمدرضا (۱۴۰۳ق)، اصول الفقه، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- مقدس اردبیلی، احمد (۱۴۱۲ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد نهم، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- معلوف، لویس (بی تا)، المنجد فی اللغة، بیروت: الطبعة الجديدة.
- موحد، صمد (۱۳۷۴ش)، «ابن ابی جمهور»، دائرة المعارف بزرگ اسلامی، جلد دوم، تهران.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲ش)، جواهر الکلام، جلد چهارم، ششم، هفتم، سی ام، سی و یکم، سی و دوم و سی و سوم، به کوشش محمود قوچانی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (بی تا)، تعارض الأدلة الشرعية (تقریرات درس سید محمدباقر صدر)، نجف: المكتبة الإسلامية الكبرى.



## ضرورت تأسیس دادگاه زیست‌محیطی با نگاهی به وضعیت ایران

زهرا محمودی کردی\*، زهراسادات شارق\*\*، حسین رضازاده\*\*\*

### چکیده

بر اساس اسناد بین‌المللی تحقق دموکراسی زیست‌محیطی مبتنی بر سه عنصر دسترسی به اطلاعات، مشارکت در تصمیمات و دسترسی به مراجع قضایی و شبه‌قضایی در موضوعات زیست‌محیطی است. با توجه به اینکه خسارات زیست‌محیطی آسیب‌های انسانی را نیز به دنبال دارد، بسیاری از دولت‌ها در نظام داخلی خود اقدام به ایجاد مراجع قضایی و شبه‌قضایی زیست‌محیطی نموده‌اند تا از این طریق، حق دسترسی به مراجع مذکور در موضوعات زیست‌محیطی را تضمین نمایند. با توجه به تنوع زیستی بالا اما شکننده در کشور ایران و تهدیدات زیست‌محیطی از جمله وجود گونه‌های گیاهی و جانوری در معرض انقراض، آلودگی‌های زیست‌محیطی، ریزگردها، بیابان‌زایی و... خلأ چنین نهادی در نظام حقوقی کشور محسوس است. مقاله حاضر به روش توصیفی-تحلیلی، به بررسی اسناد، رویه قضایی بین‌المللی و مراجع موجود در حقوق داخلی برخی دولت‌ها پرداخته و سپس وضعیت نظام حقوقی ایران را ارزیابی می‌نماید و در پاسخ به این سؤال که کدام مدل از دادگاه‌های زیست‌محیطی برای ایران مناسب‌تر است به این نتیجه می‌رسد که با توجه به پیشینه وجود دادگاه‌های اختصاصی در نظام حقوقی ایران، تأسیس یک دادگاه اختصاصی زیست‌محیطی در نظام حقوقی ایران می‌تواند زمینه‌های تحقق دموکراسی زیست‌محیطی و متعاقباً توسعه پایدار را فراهم سازد.

**واژگان کلیدی:** محیط‌زیست، دموکراسی زیست‌محیطی، دادگاه زیست‌محیطی، رویه قضایی

\* استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (نویسنده مسئول)  
z.mahmoudi@umz.ac.ir

\*\* دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران  
miss.sharegh71@gmail.com

\*\*\* استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران  
h.rezazadeh69@yahoo.com

## مقدمه

بر اساس دکترین حقوقی و رویه قضایی بین‌المللی، حقوقی که به محیط زیست مربوط می‌شود را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود: دسته اول حقوق ماهوی هستند که تخریب محیط زیست بهره‌مندی از آن‌ها را به‌طور مستقیم تحت الشعاع قرار می‌دهد، مانند حق حیات، حق بر سلامت و...؛ دسته دوم حقوق آیینی است که شامل حق دسترسی به اطلاعات، مشارکت در تصمیم‌گیری‌ها و دسترسی به مراجع قضایی می‌شود. (Dinah Shelton, 2010: 90; IACHR, 2017: 2-3) دسته اخیر در چهارچوب دموکراسی زیست محیطی مورد توجه قرار می‌گیرد.

دموکراسی زیست محیطی، مفهومی فراتر از رابطه فرد با دولت است. این مفهوم به نیازهای بشری در مشترکات زیست محیطی<sup>۱</sup> اشاره دارد. منظور از مشترکات، خیر و نفع عامه در موضوعات زیست محیطی است که فقط محدود به سهم افراد در مواد و کالاها نمی‌شود بلکه رویکردی اجتماعی است که ایجاد، استفاده و حفاظت از منابع طبیعی را سازمان‌دهی می‌کند؛ در این معنی تنوع زیستی، آب، هوا، معادن، اقلیم، نظام‌های بوم‌شناسی و... همگی از مشترکات زیست محیطی محسوب می‌شوند. (The Australian Panel of Experts on Environmental Law, 2017: 10) برای بهره‌مندی از مشترکات مذکور، حقوق آیینی زیست محیطی<sup>۲</sup> شامل حق دسترسی به اطلاعات، مشارکت در تصمیم‌گیری‌ها و دسترسی به مراجع قضایی به شهروندان اعطا می‌گردد تا در برابر پروژه‌های صنعتی یا آثار سیاست‌ها و تصمیم‌گیری‌های زیست محیطی بر جامعه اقدامات مناسبی را اتخاذ نمایند. حقوق آیینی زیست محیطی به دنبال توانمندسازی شهروندان در واکنش به پروژه‌ها و فعالیت‌های زیست محیطی است.

از اسناد مهمی که در این زمینه می‌توان به آن اشاره کرد، کنوانسیون منطقه‌ای آرهوس<sup>۳</sup> است. کنوانسیون آرهوس که نماد یا سمبل دموکراسی زیست محیطی محسوب می‌شود در بردارنده حقوقی آیینی است که به افراد در موضوعات زیست محیطی اعطا می‌گردد. ماده ۱ کنوانسیون آرهوس<sup>۴</sup> مقرر

1. the Environmental commons
2. Environmental procedural rights
3. Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters (1998)

۴. کنوانسیون آرهوس در ۲۵ ژوئن ۱۹۹۸ توسط کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا امضا شده و در ۳۰ اکتبر ۲۰۰۱ لازم‌الاجرا گردید. از جهتی ممکن است کنوانسیون آرهوس را بتوان کنوانسیون جهانی دانست زیرا طبق بند ۳ ماده ۱۹ کنوانسیون عضویت نه تنها به روی دولت‌های عضو کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا باز می‌باشد بلکه

می‌دارد: «به‌منظور حمایت از حق هر فرد از نسل حاضر و نسل‌های آینده برای زندگی در محیطی که متناسب با سلامت و رفاهشان باشد هر دولت عضو می‌بایست حق دسترسی به اطلاعات، مشارکت عمومی در تصمیم‌گیری و دسترسی به مراجع قضایی در موضوعات زیست‌محیطی را تضمین نماید.» از این ماده به روشنی مبین سه ستون تحقق دموکراسی زیست‌محیطی است.

بر اساس آنچه بیان شد، سومین حقی که پازل دموکراسی زیست‌محیطی را کامل می‌کند، حق دسترسی به مرجع قضایی صالح در مسائل زیست‌محیطی است که از سه جهت حائز اهمیت می‌باشد: اولاً منجر به افزایش حمایت از منافع زیست‌محیطی می‌شود، ثانیاً قوانین زیست‌محیطی موجود با کارآمدی بیشتری اعمال می‌شوند و ثالثاً با به چالش کشیدن تصمیمات زیست‌محیطی نزد مراجع قضایی و شبه‌قضایی، علاوه بر پذیرش عمومی، مشروعیت آن تصمیمات را افزایش می‌دهد (Hjalmarsson, 2014: 8). به تعبیری، مشروعیت قانون بستگی به رویه و دخالت عموم در انطباق و نیز کاربرد هنجارهای قانونی دارد (Ebbesson, 2002: 7).

ضرورت تشکیل دادگاه زیست‌محیطی به‌صراحت در اسناد بین‌المللی دیگر نیز بیان شده و رویه قضایی نیز با تفسیر این اسناد آن را تأیید نموده است. با این حال، تشکیل دادگاه مذکور در یک کشور ممکن است با چالش‌هایی مواجه باشد. با توجه به اینکه رسیدگی به پرونده‌ها در دادگاه‌های عمومی معمولاً طولانی و با بوروکراسی اداری همراه است، دولت‌ها در حوزه محیط زیست به دنبال ایجاد مراجعی (اعم از قضایی و شبه‌قضایی) هستند که معایب مذکور را نداشته و در عین حال با اقتضانات مسائل زیست‌محیطی نیز هم‌گام باشد. در همین راستا دولت‌ها با توجه به نظام حقوقی خود، که متأثر از نظام سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و... آن‌هاست، از بین گونه‌های مختلف مراجع قضایی و شبه‌قضایی زیست‌محیطی، مدلی را که مناسب ساختار خود می‌دانند را اجرایی می‌کنند. مقاله حاضر، ضمن بررسی جایگاه دسترسی به دادگاه زیست‌محیطی به‌عنوان یک حق بشری در نظام بین‌المللی به دنبال پاسخ به این سؤال است که در نظام حقوقی ایران، کدام مدل از دادگاه‌های زیست‌محیطی مناسب‌تر است. به‌منظور پاسخ به این سؤال، مقاله در چهار بخش تنظیم گردیده، در بخش‌های اول و دوم، حق دسترسی به دادگاه‌های زیست‌محیطی در اسناد و رویه قضایی بین‌المللی مرتبط بررسی شده، سپس در بخش سوم رایج‌ترین مدل‌های مراجع قضایی و شبه‌قضایی در نظام‌های

هر دولتی که عضو سازمان ملل متحد باشد به شرط تصویب مجمع اعضای کنوانسیون، می‌تواند به عضویت کنوانسیون آرهوس درآید.

داخلی مطالعه و در نهایت در بخش چهارم، وضعیت نظام حقوقی کشورمان مطمح نظر قرار گرفته است.

### ۱. حق دسترسی به دادگاه زیست محیطی در اسناد بین المللی

دسترسی مؤثر به مراجع قضایی صالح از جمله حقوقی است که در اسناد متعدد حقوق بشری مورد توجه قرار گرفته است. ماده ۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی های اساسی از جمله اسنادی هستند که دسترسی به دادگاه صالح را حق هر انسان می دانند. از این گذشته، دسترسی به دادگاه های زیست محیطی نیز در برخی اسناد بین المللی ذکر شده است. بیست سال پس از صدور اعلامیه استکهلم، کنفرانس محیط زیست و توسعه ملل متحد موسوم به اجلاس زمین در سال ۱۹۹۲ در ریودوژانیرو برگزار شده و یکی از نتایج آن اعلامیه ریو در مورد محیط زیست و توسعه<sup>۱</sup> است. ماده ۱۰ این اعلامیه مقرر می دارد: «مسائل مربوط به محیط زیست هنگامی به بهترین نحو حل و فصل می شوند که کلیه شهروندان در سطوح مناسب در آن مشارکت نمایند... دسترسی مؤثر به رسیدگی های اداری و قضایی، از جمله تصمیمات مربوط به اصلاح و جبران خسارت، باید تأمین گردد.»

بند ۳ ماده ۹ کنوانسیون آرهوس نیز مقرر می دارد: «... هر طرف معاهده تضمین می نماید که اعضای جامعه بتوانند با دسترسی به مراجع قضایی و شبه قضایی، فعل و ترک فعل هایی که برخلاف قوانین ملی، توسط اشخاص خصوصی و مراجع عمومی و علیه محیط زیست انجام شده است را به چالش بکشند.»

ماده ۱۱ پیش نویس طرح میثاق بین المللی حقوق بشر بر محیط زیست (۲۰۱۵)<sup>۲</sup> نیز با عباراتی مشابه، مراجعه به مراجع قضایی صالح و نهادهای اداری مستقل و بی طرف را، نسبت به اقداماتی که منجر به نقض حقوق داخلی و بین المللی محیط زیست شده را حق هر فرد می داند.

از دیگر اسناد منطقه ای که مبین حق دسترسی به دادگاه زیست محیطی است، «موافقت نامه دسترسی به اطلاعات، مشارکت عمومی و دسترسی به عدالت در موضوعات زیست محیطی در

1. The RIO declaration on environment and development (1992)
2. Draft of the International Covenant on the Human Right to the Environment (2015)

آمریکای لاتین و منطقه کارائیب»<sup>۱</sup> معروف به کنوانسیون اسکازو ۲۰۱۸ است.<sup>۲</sup> ماده اول این موافقت‌نامه مانند کنوانسیون آرهوس هدف انعقاد آن را تضمین دسترسی به اطلاعات، مشارکت عامه و دسترسی دادگاه می‌داند. البته این کنوانسیون با جزئیات بیشتری دسترسی به دادگاه در موضوعات زیست‌محیطی را مورد توجه قرار داده است. طبق ماده ۸ دسترسی مؤثر، به موقع، شفاف، بی‌طرفانه و بدون هزینه گزاف به دادگاه در موضوعات زیست‌محیطی می‌بایست تضمین گردد. (Giada Ferrucci, 2019: 12).

## ۲. انعکاس حق دسترسی به دادگاه زیست‌محیطی در رویه قضایی

حق دسترسی به مراجع قضایی در نتیجه مخاطرات زیست‌محیطی در رویه قضایی تأکید قرار گرفته است ضمن آنکه نقش رویه در شفاف‌سازی این حق و تبیین ابعاد آن نیز قابل توجه است. از این رو در مطالب پیش رو ضمن بررسی چند پرونده مهم، رویکرد مراجع قضایی نسبت به حق دسترسی به دادگاه زیست‌محیطی نیز بیان خواهد شد.

از جمله پرونده‌های مطروح در این زمینه، دعوی ریموند دلا پرادل علیه فرانسه در دیوان اروپایی حقوق بشر است. خواهان، مالک زمینی به مساحت ۲۵۰ هکتار بود که وزارت محیط‌زیست و کیفیت زندگی فرانسه، با یک دستور اجرایی زمین‌های منطقه‌ای که زمین‌های خواهان هم بخشی از آن بود را به‌عنوان زمین‌های برخوردار از زیبایی‌های شاخص و مناسب برای منافع عامه در نظر می‌گیرد (ECtHR, 1992: para.7). خواهان، پس از گذشت دو ماه از تصمیم وزارت محیط‌زیست و کیفیت زندگی فرانسه به آن اعتراض می‌کند.<sup>۳</sup> اما دادگاه فرانسه با استناد به دستورالعمل مصوب جولای ۱۹۴۵<sup>۴</sup> ارائه دادخواست را خارج از موعد زمانی اعلام و به نفع خواننده رأی می‌دهد. در پی

1. Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean

۲. موافقت‌نامه اسکازو در ۴ مارس بعد از ۶ هفته مذاکرات مداوم توسط ۲۴ دولت منعقد گردید. طبق بند اول ماده ۲۲ آن، نوزده روز پس از تقدیم یازدهمین سند تصویب لازم‌الاجرا می‌گردد. که این شرایط تاکنون محقق نشده است. تاکنون ۲۴ دولت این موافقت‌نامه را امضا و ۹ دولت بدان ملحق شده‌اند.

[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-18&chapter=27&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-18&chapter=27&clang=_en)

۳. خواهان معتقد بود چگونه در دعوی اشخاص حقیقی در نظام فرانسه خواننده دو ماه از تاریخ اطلاع حق اعتراض دارد اما در زمانی که تصمیم از طرف مراجع دولتی باشد شخص دو ماه از زمان انتشار از چنین حقی برخوردار است، این موضوع با اصل برابری مغایرت دارد.

۴. طبق ماده ۴۹ دستورالعمل مصوب جولای ۱۹۴۵ زمانی که تصمیمی توسط مراجع دولتی اتخاذ می‌شود مراجع قضایی تا دو ماه از زمان انتشار تصمیم، از صلاحیت قضایی برای رسیدگی به آن تصمیم برخوردارند.

آن، خواهان با استناد به ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به این دلیل که از دسترسی به یک دادگاه منصفانه محروم شده در دیوان اروپایی حقوق بشر اقامه دعوی می‌کند. استدلال خواهان این بود که افراد مستحق دسترسی به یک نظام منسجم هستند که میان منافع دولتی و منافع آن‌ها تعادلی منصفانه ایجاد نماید. به خصوص وی می‌بایست از فرصت مؤثر و عملی برخوردار باشد تا بتواند دستورالعملی که در حق مالکیت وی مداخله نموده را به چالش بکشد. دیوان، با ملاحظه شرایط فوق اعلام داشت که خواهان به صورت عملی و مؤثر از حق دسترسی به دادگاه برخوردار نبوده لذا دولت فرانسه بند اول ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را نقض نموده است. ( ECtHR, 1993: paras.8-35).

از موارد قابل توجه دیگر در دیوان اروپایی حقوق بشر می‌توان به اختلاف یک سازمان مردم نهاد علیه دولت بلژیک اشاره نمود. خواهان یک مؤسسه غیرانتفاعی<sup>۱</sup> بوده که هدفش حمایت از محیط زیست منطقه مارکه-ناسون<sup>۲</sup> بلژیک است. محدوده کاری مؤسسه، شامل هر فعالیتی می‌شود که به طور مستقیم یا غیرمستقیم به کیفیت و تنوع زیست بوم، چشم اندازهای طبیعی یا نیمه طبیعی، زمین، آب، هوا و سایر عناصر حیاتی برای انسان مربوط باشد. این مؤسسه نسبت به اعطای مجوز برای گسترش یک سایت جمع آوری زباله به شورای دولتی بلژیک شکایت نمود. اما شکایت با این استدلال که فاقد بیان واقعیت‌هایی (فکت‌هایی) است که زمینه اختلاف را شرح دهد، رد شد. خواهان با این ادعا که عدم پذیرش دعوا توسط شورای دولتی بلژیک، منجر به نقض حق دسترسی به دادگاه شده است و با استناد به بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در دیوان اقامه دعوی نمود (ECtHR, 2009: paras.5-16). دیوان در این رأی ابتدا شرایط استناد به ماده ۶ کنوانسیون را تبیین می‌نماید از جمله اینکه، «اختلاف» باید در مورد «حقی» باشد که در قانون داخلی شناسایی شده است. اختلاف، باید واقعی و جدی باشد؛ این مسئله نه تنها نسبت به وجود حق، بلکه به دامنه و نوع اعمال آن نیز مربوط می‌شود. همچنین، نتیجه رسیدگی باید مستقیماً برای حق مورد نظر تعیین کننده باشد. به بیان دیگر، ارتباط ضعیف و بعید برای استناد به ماده ۶ کفایت نمی‌کند. (ECtHR, 2009: para.24). بنابراین، صرف وجود قانون یا تأثیر حکم دادگاه بر شخص ثالث، طرح دعوا از طرف وی را توجیه نمی‌کند.<sup>۳</sup> سپس به انطباق شرایط گفته شده به خواهان پرداخته و اعلام می‌دارد، خواهان (مؤسسه غیرانتفاعی) علاوه بر دفاع از منافع عامه، به طور خاص مدافع منافع

1. L'Erablière A.S.B.L.

2. Marche-Nassogne

3. Actio Popularis



اعضای مؤسسه نیز می‌باشد و در این پرونده، افزایش ظرفیت سایت جمع‌آوری زباله، به‌طور مستقیم زندگی شخصی اعضا را تحت تأثیر قرار داده است. دیوان در نهایت با توجه به احراز ارتباط میان اختلاف مطروحه با حق مورد استناد، نقض بند ۱ ماده ۶ را می‌پذیرد (ECtHR, 2009: paras.25-). (30).

از جمله پرونده‌های جدید مطروحه در دیوان آفریقایی حقوق بشر و خلق‌ها پرونده آگیک<sup>۱</sup> است که در سال ۲۰۱۷ طرح گردید. بعد از طرح دعوا در کمیسیون آفریقایی حقوق بشر و خلق‌ها، به‌دلیل نقض‌های شدید و گسترده حقوق بشر و عدم تبعیت دولت کنیا از اقدامات موقت، کمیسیون پرونده را به دیوان مزبور ارجاع داد. (John H. Knox, Ramin Pejani, 2018: 78). این پرونده مربوط به اقلیت‌های قومی بومی ساکن در جنگل مانو کنیا است. دولت کنیا با استناد به اینکه جنگل مانو (حوزه آبریز منطقه حفاظت شده) محسوب و متعلق به این دولت است، بدون مشورت قبلی و لحاظ اهمیت جنگل مانو برای اقلیت مذکور، اقدام به اخراج آن‌ها نمود. (ACtHPR, 2017: para.3). خواهان با استناد به قانون اساسی کنیا بیان می‌دارد که اقلیت بومی بودن نباید مانع بهره‌مندی از حقوق مذکور گردد. دیوان ابتدا با بررسی عوامل متعدد از جمله ارتباط گروه آگیک با طبیعت، زمین و محیط‌زیست طبیعی تصدیق می‌کند که این گروه یک جمعیت بومی است که بقایش بستگی به دسترسی پیوسته و استفاده از زمین و منابع طبیعی منطقه دارد. (ACtHPR, 2017: para.105-112) و در این راستا از حق تصرف، استفاده و بهره‌مندی از سرزمین اجدادیشان برخوردارند (ACtHPR, 2017: para.128) و لذا دولت کنیا در برابر تخریب جنگل مسئول بوده و اخراج اقلیت بومی آگیک اقدامی مناسب برای حفظ محیط‌زیست جنگل محسوب نمی‌شود. (ACtHPR, 2017: para.130-). نکته مهم در رأی دیوان، تأیید ادعای خواهان مبنی بر حق دسترسی به دادگاه است. بنا بر نظر دیوان، همه کنیایی‌ها می‌بایست در بهره‌مندی از حقوق از جمله دسترسی به عدالت از فرصت‌های برابر برخوردار باشند و از این حیث نباید هیچ‌گونه تبعیضی میان شهروندان و قبایل مختلف، از جمله آگیک وجود داشته باشد (ACtHPR, 2017: para.143).

دیوان آمریکایی حقوق بشر نیز در پی سؤال دولت کلمبیا در مورد تعهدات زیست‌محیطی دولت‌های آمریکایی، نظریه‌ای مشورتی صادر نمود که در این رابطه قابل استناد است. در این نظریه مشورتی دیوان آمریکایی برای اولین بار حق بر محیط‌زیست سالم را به‌عنوان یک حق مستقل شناسایی کرده و آن را مبنا و اساس بقای بشریت توصیف می‌نماید (IACHR, 2017: 2-3). دیوان ضمن اشاره

1. Ogiek case

به تقسیم‌بندی حقوق زیست‌محیطی به ماهوی (حقوقی که تخریب محیط‌زیست به‌طور مستقیم بهره‌مندی از آن‌ها را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد مانند حق حیات، حق بر سلامت و...) و حقوق آیینی (که به سیاست‌های زیست‌محیطی مربوط بوده و شامل حق دسترسی به اطلاعات، مشارکت در تصمیم‌گیری‌ها و دسترسی به مراجع قضایی در موضوعات زیست‌محیطی می‌شود). اعلام می‌دارد که تأمین حقوق زیست‌محیطی جز با فراهم ساختن بسترهای لازم برای دسترسی به دادگاه صالح امکان‌پذیر نیست.<sup>۱</sup>

دیوان دادگستری اتحادیه اروپا نیز، در پرونده‌های متعددی بر بند ۳ ماده ۹ کنوانسیون آرهوس در مورد دسترسی به دادگاه در موضوعات زیست‌محیطی صحنه گذاشته است. بند ۳ ماده ۹ کنوانسیون آرهوس، صراحتاً به «ملاک‌های مقرر در قوانین ملی» اشاره دارد و طرح دعوا را منوط به احراز شرایط مزبور می‌داند. به عبارت دیگر، امکان قانون‌گذاری و تعیین شرایط طرح دعوا در موضوعات زیست‌محیطی برای دولت‌های عضو فراهم شده است. مسئله مهم این است که آیا دولت‌های عضو می‌توانند در حقوق داخلی خود محدودیت‌هایی بر بند ۳ ماده ۹ وارد نمایند و در صورتی که پاسخ مثبت باشد، اعمال محدودیت‌ها تا کجا می‌تواند ادامه داشته باشد. این موضوع در پرونده اختلاف میان سازمان مردم‌نهاد دورگاردن لیلوارتانس<sup>۲</sup> علیه سوئد مطرح گردید.

قوانین داخلی دولت سوئد به آن دسته از سازمان‌های مردم‌نهاد اجازه طرح دعوا در موضوعات زیست‌محیطی را می‌دهد که تعداد اعضای آن‌ها از ۲۰۰۰ نفر بیشتر باشد. بر اساس همین مقرر و عدم احراز شرط مندرج در قانون سوئد، دعوای سازمان مردم‌نهاد دورگاردن لیلوارتانس در مرحله بدوی و مرحله تجدیدنظر رد شد. لذا سازمان مذکور مسئله را نزد دیوان عالی سوئد طرح نمود و دیوان عالی برای رسیدگی، موضوع انطباق یا عدم انطباق قانون سوئد با کنوانسیون آرهوس را از دیوان دادگستری اتحادیه اروپا استفسار نمود. دیوان در پاسخ، ابتدا اذعان می‌دارد که اولاً با توجه به اینکه قوانین با مشارکت (مستقیم یا غیرمستقیم) مردم وضع می‌شود، بالطبع دسترسی به مراجع قضایی و احقاق حق مردم، نباید مشروط به شرایط خاصی باشد. (CJEU, 2009: para.39) ثانیاً، قوانین

۱. باید توجه داشت که نظر مشورتی دیوان آمریکایی حقوق بشر برای تمام دولت‌هایی که صلاحیت آن را پذیرفتند لازم‌الاتباع می‌باشد.

Felix Pinto-Bazurco, "The inter-american court of human rights recognizes a right to a healthy environment in recent advisory opinion", 2018, available at: <http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2018/02/23/the-inter-american-court-of-human-rights-recognizes-a-right-to-a-healthy-environment-in-recent-advisory-opinion/>  
2. The NGO Djurgården-Lilla Värtans Miljöförening

داخلی دولت‌های عضو باید در راستای قوانین اتحادیه و کنوانسیون آرهوس، بیشترین دسترسی به مراجع قضایی و شبه‌قضایی را در موضوعات زیست‌محیطی تضمین نمایند و قوانین داخلی دولت‌ها نباید مبطل مقررات اتحادیه در مورد دسترسی افراد واجد صلاحیت به این مراجع باشد. (CJEU, 2009: para.45). ثالثاً، با توجه به اینکه تنها دو سازمان غیردولتی زیست‌محیطی در سوئد جمعیتی بالغ بر ۲۰۰۰ نفر عضو دارند، لذا قانون این کشور در عمل کلیه سازمان‌های غیردولتی کوچک و محلی را از دسترسی به دادگاه، محروم نموده است. (CJEU, 2009: para.50) دیوان در نهایت اعلام می‌کند که قانون داخلی سوئد در مغایرت با موضوع و هدف کنوانسیون آرهوس است.

دیوان دادگستری اتحادیه در پرونده سازمان غیردولتی دوستان زمین‌علیه آلمان، مقررۀ داخلی دولت آلمان را به چالش می‌کشد. این دولت طی مقرره‌ای اجازه تأسیس و بهره‌برداری از نیروگاه زغال سنگ را در ۸ کیلومتری مناطق حفاظت شده صادر می‌کند. سازمان غیردولتی دوستان زمین برای ابطال معجز مذکور اقامه دعوا می‌کند اما دادگاه آلمان اعلام می‌دارد «تا زمانی که حقوق افراد به طور مستقیم نقض نشده باشد هیچ فرد یا سازمانی نمی‌تواند درخواست ابطال معجز را داشته باشد». دیوان دادگستری اتحادیه اروپا با رد این نظر عنوان می‌دارد که «در پرتو اهداف کنوانسیون آرهوس، سازمان‌های غیردولتی زیست‌محیطی برای حراست از اعمال مؤثر قوانین زیست‌محیطی، می‌بایست حق گسترده‌ای در زمینه طرح دعوا داشته باشند» (CJEU, 2011: paras.41-48). بنابراین، در پروژه‌هایی که ممکن است اثرات مهمی بر محیط‌زیست داشته باشند سازمان‌های غیردولتی زیست‌محیطی می‌بایست این حق را داشته باشند تا تصمیمات دولتی را نزد مراجع قضایی و شبه‌قضایی به چالش بکشند. از این رو قانون آلمان بسیار مضیق بوده و با اهداف کنوانسیون آرهوس انطباق ندارد.

همچنین در پرونده معروف به خرس‌های قهوه‌ای اسلواک<sup>۱</sup> که توسط سازمان غیردولتی<sup>۲</sup> علیه دولت اسلواکی طرح گردید دیوان دادگستری اتحادیه اروپا عنوان می‌دارد تا جایی که به‌گونه‌های مورد حمایت مربوط می‌شود دادگاه‌های دولت‌های عضو متعهدند برای تضمین حمایت قضایی مؤثر در چهارچوب قوانین زیست‌محیطی اتحادیه، قوانین ملی خود را تا جای ممکن به‌گونه‌ای تفسیر نمایند تا با اهداف مقرر در بند ۳ ماده ۹ کنوانسیون آرهوس و بیشترین دسترسی به دادگاه، انطباق داشته باشد. (CJEU, 2011: para.50)

1. The NGO Friends of the Earth
2. Slovak Brown Bears (2011)
3. Lesoochránárske zoskupenie VLK

کلیه پرونده‌های یادشده نشان می‌دهد که دسترسی به مراجع قضایی و شبه‌قضایی برای احقاق حق در مسائل زیست‌محیطی چه به‌عنوان یک حق بشری و چه در قالب دموکراسی زیست‌محیطی، مورد تأیید رویه قضایی قرار گرفته است.

### ۳. مدل‌های مختلف مراجع زیست‌محیطی موفق در نظام‌های داخلی

آمارها نشان می‌دهد که در سال‌های اخیر در حوزه ایجاد مراجع قضایی زیست‌محیطی، نظام‌های داخلی شاهد فعالیت‌های مهمی بوده‌اند. برنامه محیط زیست ملل متحد (یونپ) در گزارشی تحت عنوان «دادگاه‌ها و دیوان‌های زیست‌محیطی: راهنمایی برای سیاست‌گذاران» به تفصیل این موضوع را بررسی نموده است. طبق این گزارش، بررسی‌های صورت گرفته در ۴۴ کشور نشان می‌دهد بیش از ۱۲۰۰ مراجع قضایی و شبه‌قضایی زیست‌محیطی در سراسر جهان مشغول فعالیت‌اند. همچنین، تأسیس دادگاه‌های اختصاصی پاسخی مناسب به هدف شانزدهم توسعه پایدار مندرج در سند «تحول دنیای ما: دستور کار ۲۰۳۰ برای اقدام جهانی» است (Pring, Pring, 2016: 1). در واقع تعدد مراجع قضایی و شبه‌قضایی زیست‌محیطی از تحولات قرن ۲۱ عنوان شده است (Smith, 2018: 138).

مراجع زیست‌محیطی از جهاتی از دادگاه‌های عمومی متفاوت و مجزا هستند زیرا نه تنها به‌طور خاص بر موضوعات زیست‌محیطی متمرکز هستند، بلکه قضات و دادرسان و حتی در مواردی وکلای و کارشناسان این مراجع، افرادی هستند که به‌طور خاص در حقوق محیط‌زیست آموزش دیده و متبحر هستند (Pring, Pring, 2016: IV, V). در واقع بدون یک نظام قضایی مستقل، قدرتمند و متخصص امکان پیگیری منافع عامه غیرممکن است (Robinson, 2012: 379). همان‌طور که آتونبو بنجامین قاضی دیوان عالی برزیل عنوان می‌دارد: «چالش‌های زیست‌محیطی مستلزم پاسخ و واکنش سریع است که با فرایند کند نظام قضایی، به‌دلیل بوروکراسی اداری و سایر تشریفات، سازگار نبوده و حتی در نهایت خود مانعی برای حمایت مؤثر از محیط زیست است» (Pring, 2016: 1).

در مورد نمونه‌های مراجع قضایی و شبه‌قضایی زیست‌محیطی در ابتدا باید عنوان داشت که مناسب‌ترین روش حل و فصل اختلافات به‌نحوی که برای تمام افراد ذی‌نفع حق دسترسی به دادگاه وجود داشته باشد بستگی به مؤلفه‌های گوناگونی دارد. هر نمونه از این مراجع در نظام‌های داخلی، به نوعی منعکس‌کننده نظام حقوقی و فرهنگی دولت متبوع آن دادگاه می‌باشد. به این معنا که یک مرجع قضایی یا شبه‌قضایی زیست‌محیطی در یک دولت می‌بایست با توجه به تاریخ، نظام حقوقی، نظام قضایی، اقتصاد، فرهنگ، مذهب و سیاست‌های زیست‌محیطی آن دولت باشد. با این توضیح،

در ادامه انواع مراجع قضایی و شبه‌قضایی زیست‌محیطی در کشورهای مختلف مورد بررسی قرار می‌گیرند (Pring, 2016: 1). در کل، مراجع زیست‌محیطی یا در ساختار قضایی یا در ساختار نهادهای شبه‌قضایی مانند نهادهای اداری، آمبودزمان و... تعبیه شده‌اند.

### ۱-۳. مراجع قضایی زیست‌محیطی

مراجع قضایی زیست‌محیطی به پنج دسته قابل تقسیم بندی هستند:

طبق الگوی نخست، دادگاه اختصاصی محیط‌زیست مستقل از دادگاه‌های عمومی تأسیس می‌شود. این مدل دادگاه‌ها که عالی‌ترین نمونه از روش‌های حل و فصل قضایی موضوعات زیست‌محیطی محسوب می‌شوند دارای صلاحیت گسترده‌ای بوده و عموماً بهترین رویه‌های زیست‌محیطی از آن‌ها نشئت می‌گیرد. از نمونه‌های عملی می‌توان به دادگاه موضوعات ارضی و زیست‌محیطی برزیل و دادگاه محیط‌زیست نیوزیلند اشاره نمود.

دسته دوم، دادگاه‌های تخصصی زیست‌محیطی بخشی از بدنه دادگاه عمومی را تشکیل می‌دهد. به این معنی که از حیث بودجه، کارکنان و مدیریت زیر نظر دادگاه عمومی بوده اما از حیث قواعد شکلی و ماهوی در تصمیم‌گیری مستقل عمل می‌کنند. دادگاه ایالت کوئینزلند استرالیا، شعبه محیط‌زیست دادگاه عالی ایالت ورمونت آمریکا از جمله دادگاه‌های زیست‌محیطی هستند که در این دسته جای می‌گیرند.

دسته سوم، شامل مراجع قضایی زیست‌محیطی است که نه تنها مسائل زیست‌محیطی توسط قضات متخصص و متبحر در حقوق محیط‌زیست در آن‌ها بررسی می‌شود، بلکه به موازات رسیدگی‌های حقوقی، متخصصان علمی و فنی نیز پرونده را مورد بررسی قرار می‌دهند تا ابعاد مختلف قضیه آشکار شده و حکم صادره عادلانه‌تر باشد. مشخصه اصلی این قسم از مراجع زیست‌محیطی، همکاری میان زمانی محقق می‌گردد که در دادگاه اختصاصی یا تخصصی در کنار قضات حقوق‌دان، متخصصین علمی قضات (حقوق‌دان) با متخصصین علمی و فنی زیست‌محیطی است و الا همکاری متخصصین فنی و علمی در دسته اول (دادگاهی مجزای از دادگاه عمومی) و دسته دوم (شعبه‌ای در بدنه دادگاه عمومی) نیز متصور است. به بیان دیگر در دسته اول و دوم لزوماً از متخصصین علمی و فنی استفاده نمی‌شود، در حالی که دسته سوم و فنی نیز مشارکت داشته باشند. برای مثال، طبق قانون محیط‌زیست سوئد، دادگاه ارضی و زیست‌محیطی این کشور، هیئتی متشکل از یک قاضی (حقوق‌دان)، یک کارشناس فنی و دو کارشناس علمی است. همچنین دادگاه محیط‌زیست شیلی نیز بر اساس همین الگو از سه عضو اصلی شامل دو قاضی (حقوق‌دان) و یک کارشناس علمی (که از میان مهندسين و اقتصاددان‌ها انتخاب می‌شود) و دو عضو جایگزین (یک

حقوق دان و یک کارشناس علمی) تشکیل شده است و حکم نهایی نیز می‌بایست محصول همکاری حقوقی و فنی میان اعضای مذکور باشد.

الگوی چهارم از رسیدگی‌های زیست‌محیطی می‌تواند شامل حالت‌های مختلفی باشد که در سه الگوی پیشین قرار نمی‌گیرد اما به نوعی مبین توجه خاص به پرونده‌های زیست‌محیطی است، اقداماتی همچون اختصاص زمان‌های مشخص برای رسیدگی‌های زیست‌محیطی یا تخصیص شعبی از دادگاه‌های عمومی به این امر یا آموزش زیست‌محیطی قضات دادگاه عمومی از مصادیق شناخته شده این الگو است. برای روشن شدن بهتر شیوه کار این دسته، دادگاه ایالت هاوایی در آمریکا را مثال می‌زنیم. دادگاه مذکور روزهای مشخصی را در هر ماه به رسیدگی پرونده‌های زیست‌محیطی اختصاص می‌دهد اگرچه قضات رسیدگی‌کننده لزوماً افراد متخصص محیط زیست نیستند. یا کشور فیلیپین که شعبی از دادگاه‌های عمومی را به رسیدگی‌های زیست‌محیطی اختصاص داده است؛ به این معنا که شعب مذکور به پرونده‌های حقوقی، کیفری و... رسیدگی می‌نمایند، در کنار آن‌ها تمام پرونده‌های زیست‌محیطی نیز به این شعب انتقال داده می‌شود. مثال دیگر این الگو، حالتی است که برخی قضات منتخب دادگاه عمومی به‌صورت ادواری مورد آموزش‌های زیست‌محیطی قرار می‌گیرند. کشورهای اندونزی و آرژانتین این روش را برگزیده‌اند. دیوان عالی اندونزی دلیل انتخاب این روش را حفظ استقلال قوه قضائیه می‌داند. دیوان عالی آرژانتین نیز در مراحل ابتدایی تأسیس دادگاه زیست‌محیطی، در سال ۲۰۱۴ اقدام به تأسیس یک دفتر زیست‌محیطی<sup>۱</sup> نمود. گرچه دفتر مذکور حکم قضایی صادر نمی‌کند و از این رو نمی‌توان آن را یک دادگاه زیست‌محیطی دانست اما یکی از فعالیت‌های این دفتر، ارائه آموزش‌های زیست‌محیطی به کارکنان قوه قضائیه است (Pring, 2016: 22-32).

### ۲-۳. مراجع شبه قضایی زیست‌محیطی

مراجع شبه قضایی زیست‌محیطی را می‌توان به سه دسته کلی تقسیم نمود. دسته اول شامل مراجع شبه قضایی می‌شود که منفک از نهادهای عمومی کشور به فعالیت می‌پردازند، به این ترتیب که در تعیین قواعد حاکم بر رسیدگی از اختیار تام برخوردارند. مثال این مورد، دیوان ملی محیط‌زیست کنیا<sup>۲</sup> است. وظیفه این نهاد، رسیدگی به اعتراضات وارده به تصمیمات آژانس ملی محیط‌زیست کنیا است. از جمله وظایف آژانس ملی محیط‌زیست کنیا، صدور مجوز برای ساخت جاده، تأسیس کارخانه، ارائه تسهیلات گردشگری و... است. فعالیت‌های یادشده نیازمند اخذ مجوز و ارزیابی آثار

1. Environmental Office
2. Kenya - National Environment Tribunal

زیست‌محیطی است. اعتراض نسبت به مجوز مذکور در دیوان ملی محیط زیست کتبا قابل بررسی است و مدت زمان و هزینه رسیدگی در این دیوان بسیار کمتر از مراجع قضایی تعیین شده است. کمیسیون هماهنگی اختلافات زیست‌محیطی ژاپن<sup>۱</sup> نیز نمونه دیگری از این قبیل مراجع شبه‌قضایی است. این کمیسیون، نهاد تخصصی مستقلی است که از اختیار لازم برای بازنگری یا لغو تصمیمات دولتی برخوردار نبوده و صرفاً نظرات مشورتی ارائه می‌دهد؛ با این حال، به دلیل فرایند عادلانه، سریع و ارزانی که دارد سالانه پرونده‌های زیادی را بررسی می‌نماید. (Pring, 2016: 32-34).

و اما دسته دوم، مراجعی هستند که به‌عنوان جزئی از ساختار و بدنه سازمان‌های دولتی عمل نموده و از حیث بودجه و فعالیت‌های اداری تحت نظارت آن‌ها هستند. دیوان ملی سبز هند<sup>۲</sup> از جمله این مراجع است. دیوان مزبور به‌عنوان بخشی از وزارت دادگستری کشور هندوستان و در استقلال کامل از وزارت محیط‌زیست این کشور فعالیت می‌کند و همچون نهادهای قضایی از اختیارات گسترده‌ای مانند احضار شهود، دستور موقت، توقیف اموال و... برخوردار است. مرجع بازنگری تصمیمات این نهاد، دیوان عالی کشور هندوستان است. دیوان ملی سبز هند تاکنون رسیدگی به پرونده‌های بسیار مهم زیست‌محیطی مانند آلودگی رود گنگ، آلودگی هوا در دهلی نو و... را در کارنامه خود دارد (Rengarajan and others, 2018: 11313-11318).

و سومین دسته از نهادهای شبه‌قضایی، نهادهایی هستند که از حیث مالی، اداری و سیاست‌گذاری تحت کنترل نهاد مافوق خود هستند که تصمیمات آن‌ها را نیز مورد بازنگری قرار می‌دهد و لذا فرض بر این است دسته اخیر برخلاف مدل پیش‌گفته، در تصمیم‌گیری‌ها از استقلال کافی برخوردار نیستند. با وجود این برخی از این نهادها توانسته‌اند با جلب اعتماد عمومی، رویه‌های خوبی از خود به‌جای بگذارند. در این مورد می‌توان سازمان حفاظت از محیط‌زیست ایالات متحده<sup>۳</sup> را مثال زد. در این سازمان، مرجع رسیدگی به پرونده‌های اداری مرتبط با محیط زیست، دفتر دادرسان حقوق اداری<sup>۴</sup> است. تصمیمات این دفتر توسط هیئت استیناف محیط زیست<sup>۵</sup> (با ۴ قاضی مجرب و ۸ وکیل باتجربه به‌عنوان مشاور) مورد بازنگری قرار می‌گیرد. بازنگری انجام شده به‌عنوان یک گزارش مستقیماً به دفتر دادرسان حقوق اداری ارسال می‌شود. تصمیمات هیئت استیناف برای

1. Environmental Dispute Coordination Commission of Japan
2. India - National Green Tribunal
3. U.S. Environmental Protection Agency
4. Office of Administrative Law Judges
5. The Environmental Appeals Board

سازمان محیط زیست قطعی بوده و تنها در برخی موارد نزد دادگاه فدرال قابل اعتراض است. (Pring, Pring, 2016: 38-39).

#### ۴. دسترسی به مراجع قضایی و شبه قضایی زیست محیطی در نظام حقوقی ایران

از بدو تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مسئله محیط زیست مورد توجه قانونگذار بوده است. اصل پنجاهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: «در جمهوری اسلامی، حفاظت محیط زیست که نسل امروز و نسل‌های بعد در آن حیات اجتماعی رو به رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می‌گردد. از این رو فعالیت‌های اقتصادی و غیر آنکه با آلودگی محیط زیست یا تخریب غیرقابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است» اصل مزبور که ۶ سال پس از اعلامیه استکهلم، در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران درج گردید نقطه عطفی در شکل‌گیری مبانی حفاظت از محیط زیست در نظام حقوقی ایران محسوب می‌شود (رمضانی قوام آبادی، ۱۳۹۲: ۹۴). با وجود این مقرر اساسی و نیز وجود قوانینی هرچند پراکنده در نظام حقوقی ایران، محیط زیست کشور به‌ویژه در دو دهه اخیر با چالش‌های زیست محیطی فراوانی مواجه گردیده مواردی همچون کم‌آبی و خشکسالی، ریزگردها، آلودگی هوای کلانشهرها، بالا بودن مصرف انرژی، خشک شدن تالاب‌ها، فرسایش و فرونشست زمین، از بین رفتن جنگل‌ها، بیابان‌زایی، فرسایش خاک، آلودگی دریاها، انقراض گونه‌های جانوری بومی، شکار غیرقانونی، از بین رفتن تنوع زیستی، از عمده‌ترین مشکلات زیست محیطی ایران است که افزون بر به خطر انداختن جان انسان‌ها، محیط زیست کشور را به‌سوی شرایط بحرانی سوق داده است.

شدت دامنه آلودگی و تخریب محیط زیست در ایران به حدی است که دیگر نمی‌توان بر آن سرپوش نهاد، به طوری که مقوله توسعه با تخریب محیط زیست هم‌زاد شده است. برای مثال، ایران جزو ۱۰ کشور اول جهان در آلودگی هواست و در مسائلی همچون فرونشست زمین، نابودی تالاب‌ها و بیابان‌زایی رتبه اول را به خود اختصاص داده است (کاوایی‌راد، ۱۳۸۹: ۳۵-۳۴). در مدیریت بحران‌های زیست محیطی و مقابله با آن‌ها، عوامل مختلفی دخیل هستند از جدیت در اعمال قانون و سازوکارهای حقوقی و قضایی و ضمانت‌اجراهای مؤثر، برخورداری از قوانین هم‌سو با زمان تا نگرش عمومی نسبت به محیط زیست، دخالت جامعه مدنی و مانند آن. از عوامل یادشده مقوله مراجع قضایی و شبه قضایی زیست محیطی به‌عنوان بخشی از سازوکارهای حقوقی و قضایی مدنظر این مقاله است. در مطالب پیش‌رو ابتدا وضعیت کنونی نظام حقوقی برای طرح دعاوی زیست محیطی و سپس آنچه بایسته است را بررسی خواهیم کرد.



#### ۴-۱. طرح دعاوی زیست‌محیطی در ساختار کنونی

هرچند قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اشاره‌ای به مراجع قضایی و شبه‌قضایی زیست‌محیطی ندارد اما در برخی از مقررات و قوانین عادی، امکان طرح دعاوی و جبران خسارات زیست‌محیطی پیش‌بینی شده است. در حال حاضر برای رسیدگی به پاره‌ای از اختلافات که جنبه‌های زیست‌محیطی نیز دارند، مراجع شبه‌قضایی توسط برخی قوانین و آیین‌نامه‌های اجرایی تشکیل شده است. بر اساس ماده ۳ قانون توزیع عادلانه آب، استفاده از منابع آب زیرزمینی (به استثنای موارد مذکور در ماده ۵) از طریق حفر هر نوع چاه، قنات و چشمه می‌بایست با موافقت وزارت نیرو و صدور پروانه حفر و بهره‌برداری توسط این وزارتخانه انجام گیرد. با توجه به ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی فصل دوم قانون فوق، مصوب ۱۳۶۳ هر شخص اعم از حقیقی یا حقوقی بخواهد از آب‌های زیرزمینی... استفاده کنند باید تقاضای کتبی خود را به سازمان یا شرکت‌های آب تابعه وزارت نیرو یا شعب آن‌ها تسلیم نمایند. در مواد ۳ و ۴ آیین‌نامه مقرر شده پس از تکمیل پرونده متقاضی، رسیدگی به آن جهت صدور پروانه با (کمیسیون رسیدگی به امور پروانه‌ها) خواهد بود. علاوه بر این مورد، صدور پروانه مصرف بهینه آب برای مصرف‌کنندگان کشاورزی (طبق ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی بهینه‌سازی مصرف آب کشاورزی مصوب ۱۳۷۵) و صدور پروانه کلیه چاه‌های آب کشاورزی فعال فاقد پروانه (به استناد ماده واحد قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری مصوب ۱۳۸۹) از اختیارات کمیسیون است (جعفری ندوشن و شیرزاد، ۱۳۹۸: ۴۶-۲۷). البته کمیسیون در برخی مسائل مانند حل اختلاف فی‌مابین صاحبان چاه یا قنات جدیدالاحداث با صاحبان منابع آبی مجاور (تبصره ۲ ماده ۵ و تبصره ۱ ماده ۱۴ و ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی) صلاحیت حل اختلاف نیز دارد. بنابراین می‌توان کمیسیون را مرجع شبه‌قضایی دانست که علاوه بر صدور مجوزهای لازم برای حفر و بهره‌برداری از منابع آب‌های زیرزمینی، از صلاحیت حل اختلاف نیز برخوردار است. همچنین، بر اساس تبصره ۵ ماده واحد قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری مصوب ۱۳۸۹ به منظور حل اختلافات ناشی از این قانون و نیز قانون توزیع عادلانه آب، در هر استانی، کمیسیونی با عنوان کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی متشکل از یک نفر قاضی (با حکم رئیس دادگستری)، یک نفر نماینده سازمان جهاد کشاورزی استان (با حکم رئیس سازمان) و یک نفر نماینده شرکت آب منطقه‌ای استان (با حکم مدیرعامل شرکت) تشکیل و نسبت به بررسی شکایات واصله اقدام می‌کند. البته رأی نهائی توسط قاضی صادر می‌گردد. طبق این قانون، کلیه دعاوی اشخاص علیه دولت مطروحه در دادگاه عمومی، برای اتخاذ تصمیم به این کمیسیون ارسال خواهد شد.

از دیگر مراجع شبه قضایی در حوزه محیط زیست باید به هیئت تعیین تکلیف اراضی موضوع ماده ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع اشاره نمود. طبق ماده واحده این قانون صاحبان اراضی زراعی، باغات و تأسیسات واقع در خارج از محدوده قانونی شهرها و حریم روستاها... که به اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع کشور مصوب ۱۳۴۶ و اصلاحیه‌های بعدی آن اعتراض داشته باشند می‌توانند به هیئتی مرکب از مسئول اداره کشاورزی، مسئول اداره جنگل‌داری، عضو جهاد سازندگی، عضو هیئت واگذاری زمین، یک نفر قاضی دادگستری و بر حسب مورد دو نفر از اعضای شورای اسلامی روستا یا عشایر محل مربوطه، مراجعه نمایند. این هیئت در هر شهرستان زیر نظر وزارت کشاورزی و با حضور حداقل ۵ نفر (از هفت نفر) رسمیت یافته و پس از اعلام نظر کارشناسی هیئت، رأی قاضی لازم‌الاجرا خواهد بود.

در مورد طرح دعاوی زیست‌محیطی در نظام حقوقی ایران، ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲) امکان اعتراض به تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و مأموران آن را مقرر نموده است. همچنین تبصره اول همین ماده، بیان می‌دارد: «تعیین میزان خسارات وارده... پس از صدور رأی در دیوان بر وقوع تخلف، با دادگاه عمومی است» بنابراین بر اساس ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، اشخاص حقیقی می‌توانند رأساً علیه تصمیمات و اقدامات سازمان‌های دولتی که به تخریب محیط‌زیست می‌انجامد و حقوق اشخاص خصوصی را نیز تضییع می‌کند در دیوان طرح دعوا نموده و در صورت استحقاق، حقوق زیان‌دیدگان در دادگاه‌های عمومی قابل مطالبه خواهد بود (همتی، ۱۳۹۷: ۲۴۳-۲۴۲). بنابراین، در صورتی که خسارت به محیط زیست از جانب دستگاه‌های اجرایی به حقوق اشخاص خصوصی هم لطمه بزند یا تصمیمات زیست‌محیطی دستگاه‌های مذکور، موجب ورود خسارت به اشخاص شود، این اشخاص می‌توانند نزد دیوان طرح دعوی نمایند. همچنین، طبق تبصره ۲ ماده ۲ قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور گزارش‌های بازرسی سازمان بازرسی در ارتباط با آیین‌نامه و تصویب‌نامه و بخشنامه و دستورالعمل‌های صادره و شکایات اشخاص حقیقی و حقوقی غیردولتی که حاکی از تشخیص تخلف در موارد فوق‌الذکر باشد جهت رسیدگی و صدور رأی به دیوان عدالت اداری ارسال می‌گردد. رسیدگی به این‌گونه موارد به‌طور فوق‌العاده و خارج از نوبت خواهد بود. همچنین، به موجب مواد ۹، ۱۱ و ۱۲ قانون حفاظت و بهسازی محیط‌زیست و بند ج ماده ۱۲ و بند الف ماده ۱۳ قانون شکار و صید و اصلاحیه آن، سازمان محیط زیست دارای اختیارات لازم برای جلوگیری از آلودگی است. از آنجایی که این سازمان، زیر نظر قوه مجریه است، دعاوی که از سوی آن طرح

می‌شود، دعوای دولت محسوب می‌گردد و اگر طرف دعوا نیز واحد دولتی باشد، رسیدگی به پرونده در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است (بهرامی احمدی و علم خانی، ۱۳۹۲: ۹۱).

اگرچه قوانین و مقررات مصوب در حوزه محیط زیست از جمله قانون شکار و صید، قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، آیین‌نامه اخذ ورودیه از پارک‌ها و موزه‌ها، قانون حفاظت و بهره‌برداری از منابع آبی، قانون مناطق دریایی، قانون مجازات صید غیرمجاز در دریا و... هیچ اشاره‌ای به حق اقامه دعوی توسط اشخاص خصوصی و یا سازمان‌هایی که متصدی امر حفاظت محیط زیست هستند، ننموده، اما «آیین‌نامه اجرایی هیئت وزیران درخصوص تأسیس و فعالیت سازمان‌های غیردولتی» مورخ ۸۱/۱۱/۹ و اصلاحیه ۸۲/۱۰/۲۳ به سازمان‌های غیردولتی حق می‌دهد تا متناسب با موضوع فعالیت خود با رعایت این آیین‌نامه و سایر قوانین و مقررات مربوطه فعالیت نموده و از جمله نسبت به دادخواهی در مراجع قضایی و شبه‌قضایی اقدام نمایند.

از دیگر ظرفیت‌های نظام حقوقی برای طرح دعوی زیست‌محیطی، ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۴) است. طبق این ماده «سازمان‌های مردم‌نهادی که اساسنامه آن‌ها در زمینه... محیط‌زیست است، می‌توانند نسبت به جرایم ارتكابی در زمینه‌های فوق‌الذکر جرم نموده و در تمام مراحل دادرسی شرکت کنند.» مطرح نمودن سازمان‌های مردم‌نهاد (سمن) در قانون آیین دادرسی کیفری یکی از جلوه‌های سیاست جنایی مشارکتی است که نه تنها جنبه حمایتی از بزه‌دیده دارد بلکه نقش مهمی در تحقق حقوق شهروندی و پیشگیری از بزه‌دیدگی ثانوی ایفا می‌نماید (وروی، ۱۳۹۵: ۳۲-۳۰). در اغلب سیستم‌های حقوقی، چنانچه زیانی مستقیم به اشخاص وارد نشود و فقط محیط زیست موضوع جرم قرار گیرد، در نظر اول، تنها فردی که می‌تواند اقامه دعوی کند دادستان است (رمضانی قوام آبادی و جوادمنش، ۱۳۹۵: ۹۸۷). بنابراین، پیش‌بینی این ماده در قوانین کیفری ما علاوه بر اینکه تضمین تحقق مبانی توسعه پایدار و مبین مسئولیت همگانی مندرج در اصل ۵۰ قانون اساسی است، سبب می‌گردد در حوزه‌هایی که ورود و تعقیب مدعی‌العموم با مشکلاتی مواجه باشد سازمان‌های مردم‌نهاد - که امروزه برخی آنان را (دادستان خصوصی یا شبه‌دادستان) می‌نامند - در تعامل با دادستان حامی حقوق افراد و جامعه باشند (چکنی، ۱۳۹۷: ۳۴۶).

می‌توان گفت، تا قبل از تصویب ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری، فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد کنشی<sup>۱</sup> بوده اما پس از تصویب آن واکنشی<sup>۲</sup> شده است. به عبارت دیگر در حوزه سیاست جنایی

ایران، نقش سازمان‌های غیردولتی صرفاً، پیشگیرانه بوده حال آنکه امروزه آن‌ها از نقش‌های متعددی در فرایند کیفری برخوردار هستند از جمله حضور به‌عنوان شاکی یا اعلام‌کننده جرم، یاور دادگاه و مشاور قربانی (چکنی، ۱۳۹۷: ۳۴۹) البته لازم به ذکر است که سمن‌ها قبل از اصلاح نهایی قانون آیین دادرسی کیفری از حقوق گسترده‌تری شامل حق اعلام جرم، معرفی نماینده جهت حضور در دادسرا، دادگاه و دریافت احضارنامه، اظهار نظر، اقامه دلیل و اعتراض به رأی صادره برخوردار بودند. اما در متن نهایی مداخله آن‌ها به اعلام جرم و مشارکت محدود گشت.

بنابراین، ماده مذکور از کاستی‌هایی رنج می‌برد و همین سبب شده تا مورد اقبال سازمان‌های مردم‌نهاد قرار نگیرد. از جمله ایرادات مهم ماده ۶۶ این است که شرایط لازم برای احراز سمن‌هایی که می‌توانند نسبت به جرایم زیست‌محیطی اعلام جرم نمایند مشخص نشده است. طبعاً، این مسئله حاکمیت قانون را به چالش کشیده و باب اعمال سلیقه احتمالی را باز می‌گذارد. البته، قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور (۱۳۹۵) به سمن‌هایی اجازه استفاده از حق مذکور در ماده ۶۶ را می‌دهد که از مراجع قانونی ذی‌ربط کسب مجوز نموده و اگر سه بار به‌صورت متوالی اعلان جرم یک سمن به‌طور قطعی رد شود تا یک‌سال نمی‌تواند از حق خود برای اقامه دعوی استفاده نماید. (چکنی، ۱۳۹۷: ۳۵۸) این قانون نه تنها به رفع ابهام کمکی نموده بلکه محدودیت مندرج در آن، چنانچه اشاره شد حق دسترسی به دادگاه را به‌عنوان یک حق بشری مخدوش می‌نماید. همچنین منوط کردن اعلام اسامی سمن‌های موضوع ماده ۶۶ از سوی وزرای دادگستری و کشور و تصویب رئیس قوه قضائیه که همه از مسئولان دولتی هستند ضمن آنکه با خصیصه غیردولتی بودن این نهادها در مغایرت است، محدودیتی بر احقاق حق توسط آن‌ها محسوب می‌شود.<sup>۱</sup> ضمناً با توجه به اینکه ماده ۶۶ جنبه حمایتی دارد و به نظر، با صرف اعلام جرم و شرکت در جلسات حمایت محقق نمی‌گردد و بهتر آن بود که از حقوق گسترده‌تری برخوردار باشند (وروایی، ۱۳۹۵: ۴۱).

به ظرفیت‌های فوق می‌توان معافیت‌هایی که در نظام حقوقی ایران برای طرح دعاوی زیست‌محیطی توسط برخی نهادها در نظر گرفته شده را اضافه کرد. در همین راستا، اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷/۱۱۵۸ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۰۸ عنوان داشته است: «با عنایت به ماده ۲۸ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۰۸ که مقرر می‌دارد به‌منظور رفع تصرف از اراضی دولتی، ملی و وقفی، سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور، سازمان امور

۱. یادآور می‌شود که در زمینه دعاوی مدنی کماکان سازمان‌های غیردولتی نمی‌توانند به‌عنوان خواهان در دعاوی زیست‌محیطی طرح دعوی کنند.

اراضی و سازمان حفاظت محیط‌زیست... حسب مورد پس از تأیید بالاترین مقام دستگاه اجرایی مربوط، از پرداخت هزینه‌های دادرسی معاف می‌باشند.» چنانچه دستگاه اجرایی ذی‌ربط به‌منظور رفع تصرف از اراضی مذکور در این قانون هرگونه دعوایی طرح یا اعتراض نماید، با رعایت مقررات این ماده از پرداخت هزینه دادرسی معاف است. اداره کل حقوقی در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷/۳۱۹۸ مورخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۸ نیز اعلام نموده است «دعوی که سازمان محیط‌زیست در اجرای قانون حفاظت و احیاء و مدیریت تالاب‌های کشور مصوب ۱۳۹۶ اقامه می‌نماید (اعم از دعوی کیفری و یا حقوقی نظیر ضرر و زیان ناشی از جرم) - با عنایت به اطلاق تبصره ۲ ماده ۴ این قانون - از پرداخت هزینه دادرسی معاف است.» نظرات اداره حقوقی، نشان‌دهنده درک حساسیت موضوعات زیست‌محیطی و گام‌های مثبت جهت تسهیل طرح دعوی زیست‌محیطی است.

#### ۲-۴. خلأهای نظام حقوقی ایران

اقداماتی که در بند پیشین به آن اشاره شد، به‌طور قطع گام‌های مهمی در جهت تحقق عدالت و دموکراسی زیست‌محیطی به حساب می‌آید. با این حال نکات ضعف بیان شده در قوانین، فقدان قانونی منسجم به‌عنوان قانون محیط زیست و به‌ویژه خلأ نهاد متمرکزی که در آن افراد متخصص به دعوی زیست‌محیطی رسیدگی نمایند، کماکان محسوس است. به بیان دیگر، در وهله نخست، اعطای سمت به شهروندان و به‌ویژه سازمانهای غیردولتی، در طرح دعوی زیست‌محیطی از جلوه‌های تحقق دموکراسی زیست‌محیطی و یکی از کارآمدترین شیوه‌های مشارکت مردمی در سطوح مختلف تصمیم‌گیری و اجرای کارآمد حقوق محیط‌زیست و تحقق محیط‌زیست سالم است. از این‌رو، بسیاری از کشورها، با بهره‌گیری از تمام ظرفیتهای حقوقی، اعم از قوانین موضوعه و تفسیر قضایی مناسب، راه را برای طرح این دعوی هموار کرده‌اند (جم، ۱۳۸۷: ۸۱). یکی از جدیدترین ابتکارات موجود، اعطای شخصیت حقوقی به عناصر طبیعی محیط زیست و تعیین قیم و نماینده قانونی جهت اقامه دعوی از سوی عنصر طبیعی است. برای مثال، در قانون اساسی اکوادور (۲۰۰۸) اعلام شده طبیعت به مثابه شخص حقوقی است. مواد ۱۰ و ۷۱ تا ۷۴ قانون اساسی این کشور حقوق ذاتی اکوسیستم را شناسایی نموده و به افراد اجازه می‌دهد که در صورت وقوع خسارت، از طرف اکوسیستم اقامه دعوا کنند. (Dinah Shelton, 2015: para.24) همچنین در سال ۲۰۱۴ دولت نیوزیلند برای پارک ملی تی‌ارورا<sup>۱</sup> که بخشی از جنگل‌های طبیعی است قائل به شخصیت حقوقی شد. (Catherine J. Iorns Magallanes, 2015, para.34) و بار دیگر در سال ۲۰۱۷ برای رودخانه

وانگانی<sup>۱</sup> این موضوع تکرار گردید. در این راستا، قیم‌هایی<sup>۲</sup> برای رودخانه تعیین گردید تا در صورت ایراد خسارت به رودخانه، اقدام به طرح دعوا کرده و مطالبه جبران خسارت نمایند. (Renata Colwell, Savannah Carr-Wilson, 2017: 5-6).

در سال ۲۰۱۶ نیز دادگاه قانون اساسی کلمبیا در مورد رودخانه آتراتو عنوان داشت این رودخانه و حوزه‌های آبریز آن از حقوق حمایت، حفاظت و بازسازی توسط دولت و گروه‌های قومی برخوردار هستند ((Colombia Constitutional Court, 2018, p.159.)) در واقع به اعتقاد دادگاه، میان منابع طبیعی با فرهنگ گروه‌های محلی و مردمان بومی ارتباط متقابل وجود دارد و لذا بومیان منطقه به لحاظ حقوقی، قیم رودخانه محسوب می‌شوند. ((ABColumbia, 2017)) از موارد مشابه دیگر، رود گنگ و جنگل آمازون است. ورود زباله‌های صنعتی و فاضلاب‌های تصفیه نشده موجبات آلودگی رود گنگ شده و از این رو دادگاه عالی ایالت اوتاراکنند<sup>۳</sup> در هندوستان در سال ۲۰۱۷ و در راستای مبارزه با آلودگی این رود، شخصیت حقوقی مستقل آن را احراز می‌نماید. طبق نظر دادگاه، مدیر پروژه گنگ، دبیرکل ایالت اوتاراکنند و دادستان نمایندگان قانونی گنگ محسوب شده و می‌توانند از طرف آن، به استیفای حقوقش از جمله طرح دعوا در دادگاه بپردازند ((Trivedi and Jagati, 2017)). رابطه با جنگل آمازون نیز در سال ۲۰۱۸ یک سازمان مردم نهاد دعوایی را علیه دولت کلمبیا طرح نمود. در این پرونده، نماینده خواهان در لویای خود به حق جنگل آمازون تأکید نمود. دادگاه با تأکید بر اهمیت جنگل‌ها در حفظ اکوسیستم از رئیس جمهور و وزرای محیط‌زیست و کشاورزی می‌خواهد تا به طراحی یک برنامه اقدام که مستلزم همکاری با گروه‌های بومی است مبادرت نمایند. ((Stephen Schmidt, 2018)) بنابراین، اعطای شخصیت حقوقی به عناصر طبیعی در کنار دادن سمت به شهروندان و به‌ویژه نهادهای متشکل از آن‌ها که سازمان‌های غیردولتی نامیده می‌شوند توانسته موجبات حفاظت از محیط زیست را به‌طور کلی و عناصر طبیعی ارزشمند را به‌طور خاص فراهم سازد. مشارکت این سازمان‌ها زمانی بیشتر آشکار می‌شود که به وجود جرایم بدون بزه‌دیده عینی جهت تعقیب دعوای عمومی در حقوق کیفری کشور توجه نماییم. لذا صرف پیش‌بینی حضور سازمان‌های غیردولتی در فرایند کیفری در نظام حقوقی ایران که به آن اشاره شد، کافی نبوده و ضروری است برای این نهادها همانند بسیاری از کشورها حق حضور به‌عنوان شاکی قائل گردید. ضمن آنکه برای نهادینه شدن مشارکت سازمان‌های غیردولتی باید مقررات مشخصی در باب اداره، شرایط و

1 Whanganui River

2 Guardians

نحوه حضور آن‌ها در فرایند کیفری تنظیم شود. در کنار این با توجه به وجود مواهب طبیعی بی‌نظیر و کم‌نظیر در کشورمان مثل کوه دماوند، جنگل‌های هیرکانی، کویر لوت، زاینده رود و... ایده اعطای شخصیت حقوقی به این عناصر در کنار ایجاد حق دسترسی به محاکم برای سازمان‌های غیردولتی می‌تواند گامی مؤثر در حفاظت از این مواهب طبیعی باشد.

در وهله بعدی، طرح دعاوی زیست‌محیطی زمانی به صورت کامل تحقق می‌یابد که مراجعی با ماهیت قضایی یا شبه قضایی جهت رسیدگی به مسائل زیست‌محیطی پیش‌بینی شود. وجود مراجع قضایی خاص محیط زیست با صلاحیت مدنی و کیفری، به منظور تحقق دموکراسی زیست‌محیطی و پاسخ مؤثر به جرایم زیست‌محیطی ضروری می‌نماید، زیرا تعیین قربانی، تحلیل مفهوم خسارت به محیط زیست و... وظایف پیچیده و به هم پیوسته‌ای هستند که بهتر است به دادگاه‌های اختصاصی یا تخصصی با دادرسان متخصص واگذار شوند. (همتی، ۱۳۹۷: ۲۴۱) به علاوه، اختلافات زیست‌محیطی نیاز به اقدام متناسب و سریع دارد، که با سرعت پایین حاکم بر دادگاه‌های عمومی سازگار نیست، زیرا تشریفات اداری، مانعی برای حفاظت مؤثر از محیط زیست و تحقق توسعه پایدار هستند (Pring, Pring, 2016: 2)

چنانچه بیان شد، قوانینی که در راستای تحقق حق دسترسی به دادگاه برای موضوعات زیست‌محیطی در نظام حقوقی ایران وضع گردیده، علاوه بر پراکندگی و تنوع زیاد، نواقصی دارد که احقاق حق را مشکل می‌سازد.

مراجع رسیدگی‌کننده به این قسم دعاوی در صورتی که خوانده، نهاد دولتی یا شهرداری‌ها یا سازمان تأمین اجتماعی و نهادهای وابسته به آن‌ها و خواهان اشخاص خصوصی باشند، دیوان عدالت اداری و در صورتی که خواهان و خوانده، اشخاص حقوقی عمومی باشند دادگاه‌های دادگستری مرجع صالح رسیدگی خواهند بود و مرجع صالح رسیدگی به جرایم زیست‌محیطی نیز دادگاه‌های کیفری است. این در حالی است که تشکیل دادگاه‌های اختصاصی و تخصصی در نظام حقوقی ایران موضوع جدیدی نبوده و امری مسبوق به سابقه موفق است. برای نمونه دادگاه اطفال و نوجوانان به‌عنوان یکی از شعب دادگاه عمومی، دادگاهی تخصصی و دادگاه خانواده به‌عنوان یک دادگاه اختصاصی در حال فعالیت هستند.<sup>۱</sup> و قانون‌گذار با توجه به صلاحیت‌های خاص آنها، شرایط

<sup>۱</sup> البته در نظام حقوقی ایران دادگاه اختصاصی متفاوت از دادگاه تخصصی است. دادگاه اختصاصی دادگاهی است که فقط صلاحیت رسیدگی به جرایم خاصی را داشته و نمی‌تواند به جرایم دیگری خارج از چارچوب تعیین شده در قانون رسیدگی نماید مانند دادگاه نظامی. اما دادگاه تخصصی در حقیقت یکی از شعب دادگاه عمومی

خاصی را مقرر داشته است. در حوزه محیط زیست نیز می‌توان از این الگوهای مطلوب که امتحان خود را به خوبی پس داده‌اند استفاده نمود و با تأسیس دادگاه زیست‌محیطی ضمن تحقق یکی از ارکان دموکراسی زیست‌محیطی مسیر دستیابی به اهداف توسعه پایدار را هموار و با تخریب و آلودگی‌های زیست‌محیطی مقابله جدی نموده و با استفاده از فناوری‌های نوین و نهادینه ساختن مدیریت سبز در راستای کاهش هزینه‌های سازمانی، افزایش سرعت و کیفیت در رسیدگی گام‌های مثبتی بردارند. (باقری، ۱۳۹۹: ۴۸)

از طرف دیگر با توجه حساسیت مسائل زیست‌محیطی در ایران و توجه به اینکه نهادهای قضایی از حق صدور رأی و امکانات لازم برای اجرای آن (توسط اجرای احکام) بهره‌مند هستند به نظر می‌رسد ایجاد مراجع قضایی به‌ویژه الگوهای یک تا چهار گفته شده برای کشور ما مناسب‌تر از مدل‌های شبه‌قضایی است. به نظر، اولاً دادگاه مذکور می‌بایست از صلاحیت گسترده چه در حوزه کیفری و چه حقوقی برخوردار باشد. به این صورت که نه تنها بتواند در راستای جبران خسارت حکم صادر نماید بلکه با صدور احکام کیفری خاطیان را مجازات نموده و به این صورت جنبه پیشگیری از بروز آسیب‌های بیشتر به محیط زیست را تقویت نماید. ثانیاً همان‌طور که در نمونه‌های فوق اشاره شد ترکیب این دادگاه می‌بایست متشکل از قضات حقوق دان (که البته در حوزه حقوق محیط زیست آموزش‌های لازم به آن‌ها ارائه شده) و متخصصین علمی و فنی در حوزه محیط زیست باشد. در مورد متخصصین نیز دو فرض قابل‌تصور است یا بتوانند نظرات خود را به‌صورت مشورتی ارائه دهند و یا به‌عنوان کارشناس و عضو دادگاه دارای حق رأی باشند. البته از آنجایی که انشای رأی در تخصص قضات حقوق دان است، بهتر است رأی نهایی توسط آن‌ها صادر شود اما در عین حال برای روشن شدن ابعاد پرونده مورد بررسی، ارائه نظر مشورتی توسط کارشناسان - با تعیین فرجه زمانی - الزامی باشد. ثالثاً از طرفی به‌جهت جلب اقبال عمومی و از طرف دیگر به‌جهت اقتضانات خسارات زیست‌محیطی فرایند رسیدگی در این دادگاه باید سریع و هزینه دادرسی تا حد امکان کاهش یابد. با توجه به نکات مذکور، از میان مدل‌های مطلوب مراجع قضایی به نظر ایجاد دادگاه اختصاصی زیست‌محیطی در نظام حقوقی ایران مناسب‌ترین گزینه باشد.

#### نتیجه

است که به نوع خاصی از جرایم یا دعاوی رسیدگی می‌کند مانند دادگاه اطفال و نوجوانان. طبق تبصره ماده ۳۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) تخصصی بودن این شعب، مانع از ارجاع سایر پرونده‌ها به آن نمی‌شود.



امروزه با توجه به چندپارگی نظام حقوق بین‌الملل، تلاقی نظام‌های مختلف حقوقی امری اجتناب‌ناپذیر است. حقوق بشر و حقوق محیط زیست از جمله نظام‌های حقوقی هستند که با یکدیگر ارتباط متقابل دارند و دموکراسی زیست‌محیطی از جمله نتایج هم‌کنشی نظام‌های حقوقی مذکور می‌باشد. در واقع، دموکراسی زیست‌محیطی از جمله حقوق آیینی زیست‌محیطی و شامل حق دسترسی به اطلاعات زیست‌محیطی، مشارکت در تصمیم‌گیری‌های زیست‌محیطی و دسترسی به نظام قضایی می‌شود. این حق به شهروندان اعطاء می‌گردد تا در برابر پروژه‌های صنعتی یا آثار سیاست‌ها و تصمیم‌گیری‌های زیست‌محیطی بر جامعه بتوانند اقدامات مناسبی را اتخاذ نمایند. حق دسترسی به دادگاه اگرچه به‌عنوان حق بشری در اسناد این حوزه و رویه قضایی مرتبط با آن منعکس شده است اما با تصویب کنوانسیون‌هایی در سطوح منطقه‌ای و در رأس آن‌ها کنوانسیون آرهوس، ابعاد تخصصی به خود گرفته است و رویه قضایی به‌ویژه رویه دیوان دادگستری اتحادیه اروپا، از این حق تفسیر حداکثری نموده و وجود هرگونه مانع در نظام‌های داخلی را نقض شاخصه دسترسی به دادگاه دموکراسی زیست‌محیطی اعلام داشته است. از سوی دیگر برخی دولت‌ها با توجه به نظام حقوقی خود، اقدام به ایجاد مراجع قضایی و شبه‌قضایی برای رسیدگی به مسائل و پرونده‌های زیست‌محیطی نموده‌اند. این مراجع از دادگاه‌های اختصاصی زیست‌محیطی به‌عنوان عالی‌ترین نمونه تا ایجاد مراجع شبه‌قضایی در بدنه دستگاه‌های اجرایی متولی محیط زیست متغیر است. نکته مشترک در همه این مراجع، استفاده از افراد متخصص و آموزش‌دیده در حوزه محیط‌زیست است. همچنین با توجه به سرعت رسیدگی و هزینه کمتر، مورد اقبال شهروندان و سازمان‌های غیردولتی قرار گرفته‌اند. در نظام حقوقی ایران اگرچه قوانین معدودی در راستای طرح دعاوی در موضوعات زیست‌محیطی وضع گردیده اما کافی نیست ضمن آنکه مراجع صلاحیت‌دار دادگاه عمومی هستند نه اختصاصی. با توجه به حساسیت مسائل زیست‌محیطی در کشور ایران از جمله آلودگی هوا، بیابان‌زایی، آلودگی دریاها، خشک شدن تالاب‌ها و... دولت ایران را ناگزیر می‌نماید تا توجه ویژه‌ای به مسائل زیست‌محیطی، پیشگیری از بروز آسیب‌های بیشتر و جبران خسارات ناشی از آن بنماید. با توجه به تجربه مثبت سایر کشورها و پیشینه دادگاه اختصاصی در موضوعاتی همچون خانواده، در حقوق ایران از جمله اقدامات تاثیرگذار ایجاد دادگاه اختصاصی زیست‌محیطی است.

## منابع

- باقری، پرویز (۱۳۹۹)، «مطالعه تطبیقی کاربری آیین دادرسی سبز در محاکم ایران و مالزی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۴، شماره ۱۱۰.
- بهرامی احمدی، حمید و اعظم علم‌خوانی (۱۳۹۲)، «تأملی بر جنبه‌های کاربردی دعاوی مسئولیت مدنی علیه دولت در قبال خسارت‌های زیست محیطی»، *دانش حقوق عمومی*، سال دوم، شماره ۵.
- جعفری ندوشن، علی اکبر و امید شیرزاد (۱۳۹۸)، «ساختار و صلاحیت مراجع شبه قضایی حقوق آب ایران»، *فصلنامه حقوق اداری*، سال ششم، شماره ۱.
- جم، فرهاد (۱۳۸۷)، «دسترسی به عدالت زیست محیطی: کاوشی در نظریه سمت و طرح دعاوی منفعت عمومی در ایالت متحده آمریکا»، *نشریه حقوق اساسی*، سال هفتم، شماره ۹.
- چکنی، مصطفی و محمدحسن حسنی (۱۳۹۷)، «راهبردهای مشارکت سازمان‌های مردم‌نهاد در فرایند کیفری (نقد و تحلیل ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری)»، *مجلس و راهبرد*، سال ۲۵، شماره ۹۴.
- خالقی، علی (۱۳۹۵)، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ ۳۳، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوق شهر دانش.
- رضانی قوام آبادی، محمدحسین و جواد جوادمنش (۱۳۹۵)، «مطالعه تطبیقی گستره مفهوم ذی‌نفع در اقامه دعوی زیست محیطی در حقوق ایران و اتحادیه اروپا»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۶، شماره ۴.
- رضانی قوام‌آبادی، محمدحسین (۱۳۹۲)، «حفاظت از محیط زیست در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۶۳.
- کاویانی‌راد، مراد (۱۳۸۹)، «تحلیل فضایی مخاطرات محیطی و بحران‌های بوم‌شناسی در ایران»، *فصلنامه مطالعات راهبردی*، سال سیزدهم، شماره ۲.
- وروایی، اکبر و همت محمدی و ایوب نوریان (۱۳۹۵)، «مشارکت سازمان‌های مردم‌نهاد در فرایند کیفری»، *فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری*، شماره ۲۸.
- همتی، مجتبی (۱۳۹۷)، «اقامه دعوی جبران خسارت زیست محیطی در نظام حقوق ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۸۱.

## انگلیسی

- ABColombia, Colombian Constitutional Court sets a Global Precedent, available at: <https://www.abcolombia.org.uk/constitutional-court-sets-global-precedent/> (last visited on 10 November 2020)
- Ebbesson J, (2002.), *Access to justice in environmental matters in the EU*, Kluwer, The Hague.
- Hjalmarsson, Karin, (2014), *Access to Justice in Environmental Matters in The EU Member States, A Study of the case law from the European Court of Justice On access to national courts for non---governmental organizations and the costs of environmental proceedings*, JURM02 Graduate Thesis. Available at: <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/4451220>

- Colwell, Renata, Savannah Carr-Wilson (2017) “Legal Personality of Natural Features: Recent International Developments and Applicability in Canada”, **Environmental law center**. Available at: [http://www.elc.uvic.ca/wordpress/wp-content/uploads/2018/05/2017-02-03-LegalPersonalityNatural-Features\\_web-version.pdf](http://www.elc.uvic.ca/wordpress/wp-content/uploads/2018/05/2017-02-03-LegalPersonalityNatural-Features_web-version.pdf)
- Chenwi, Lilian, The Right to a Satisfactory, Healthy, and Sustainable Environment in the African Regional Human Rights System, in John H. Knox, Ramin Pejan, The Human Right to a Healthy Environment, Cambridge University Press, first published 2018.
- Ferrucci, Giada (2019), “A pioneering Platform: strengthening Environmental Democracy and justice in Latin America and the Caribbean”, **journal of management policy and practice**, vol.20.
- J. Iorns Magallanes, Catherine (2015), “Nature as an Ancestor: Two Examples of Legal Personality for Nature in New Zealand”, *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], iss. 22.
- Moloney, Anastasia, Colombia’s top court orders government to protect amazon forest in landmark, available at: <https://www.reuters.com/article/us-colombia-deforestation-amazon/colombias-top-court-orders-government-to-protect-amazon-forest-in-landmark-case-idUSKCN1HD21Y> (last visited on 10 November 2020).
- Pring, George, & Catherine Pring, (2016), *United Nations Environment Programme, Environmental Courts & Tribunals: A Guide for Policy Makers*, Published by UN Environment.
- Rengarajan, Sridhar, Dhivya Palaniyappan, Purvaja Ramachandran, Ramesh Ramachandran, (2018), National Green Tribunal of India—an observation from environmental judgments, *Environmental Science and Pollution Research*, vol.25.
- Robinson, Nicholas, (2012), Ensuring Access to Jus tice Through Environmental Courts, *Pace Environmental Law Review*, Vol. 29, Iss. 2.
- Schmidt, Stephen, Colombian high court grants personhood to Amazon rainforest in case against country’s government, available at: <https://www.pri.org/stories/2018-05-06/colombian-high-court-grants-personhood-amazon-rainforest-case-against-country-s> (last visited on 10 November 2020)
- Shelton, Dinah (2010), “Developing Substantive Environmental Rights”, *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 1, no. 1.
- Shelton, Dinah (2015), “Nature as a legal person”, *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], iss. 22.
- Smith, Don (2018), Environmental courts and tribunals: changing environmental and natural resources law around the globe, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 36, no. 2.
- Trivedi and Jagati, Uttarakhand HC declares Ganga, Yamuna living entities, gives them legal rights, available at: <https://www.hindustantimes.com/india-news/uttarakhand-hc-says-ganga-is-india-s-first-living-entity-grants-it-rights-equal-to->

humans/storyVoI6DOG71fyMDihg5BuGCL.html (last visited on 22 September 2019).

### Cases

- African Court on Human and Peoples' Rights, African commission on human and peoples' rights v. republic of Kenya, Application no. 006/2012, 2017.
- Colombia Constitutional Court, Ruling T-622, 2016, Expediente T-5.016.242, 2018.
- Court of Justice of the European Union, Case C-115/09 Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV v Bezirksregierung Arnsberg Trianel Kohlekraftwerk Lünen, I-03673, 2011.
- Court of Justice of the European Union, Case C-263/08 Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening v Stockholms kommun genom dess marknämnd, ECR I-9967, 2009.
- Court of Justice of the European Union, Case C-240/09 Lesoochránárske zoskupenie VLK v Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky, ECR I-01255, 2011.
- European court of human rights court, Case of de geouffre de la Pradelle v. France, (Application no. 12964/87), 16 December 1992.
- European court of human rights court, Case of L'ERABLIÈRE A.S.B.L. v. Belgium, application no. 49230/07, 2009.
- IACHR, Environment and human rights, official summary advisory opinion oc-23/17, requested by the republic of Colombia, 15 November 2017. Available at:
- [https://aidaamericas.org/sites/default/files/resources\\_files/resumen\\_seriea\\_OC23\\_eng.pdf](https://aidaamericas.org/sites/default/files/resources_files/resumen_seriea_OC23_eng.pdf)

### Documents

- Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters (1998).
- Draft of the International Covenant on the Human Right to the Environment (2015).
- Law of Mother Earth (2010).
- The Australian Panel of Experts on Environmental Law (APEEL), Democracy and the Environment, 2017. Available at:  
[http://apeel.org.au/s/APEEL\\_democracy\\_and\\_environment.pdf](http://apeel.org.au/s/APEEL_democracy_and_environment.pdf)
- The RIO declaration on environment and development (1992).
- Transforming our world: the 2030 agenda for global action (2015).
- Universal Declaration of Animal Rights (2014).

### Thesis

- Johanna Velásquez Serna, (2015), Operationalization of sustainable development in the international legal instruments, LL.M in Natural Resources Law and International Environmental Law, University of Iceland.





## نشوز زوج و آثار آن در نظام حقوقی ایران

خدیجه مظفری\*، زینب حسینی\*\*

### چکیده

عدم ایفای برخی وظایف زوج مانند انفاق یا برقراری روابط جنسی (نشوز زوج)، سبب تزلزل رابطه زناشویی شده و موجبات اضرار زوجه را فراهم می‌آورد. با وجود اشارات قرآن، روایات و فقه امامیه، این امر در قوانین موضوعه و رویه قضایی ایران چندان شناخته شده نیست. در صورتی که زوج به موجب عقد نکاح تعهدی در برابر زوجه داشته باشد و با وجود توانایی بر انجام آن از این کار خودداری ورزد، می‌توان او را ناشز دانست. ترک انفاق، خودداری از برقراری رابطه جنسی، سوءمقاربت، بداخلاقی و... مصادیقی از نشوز زوج هستند. در قوانین فعلی برخلاف تعهدات مالی که تخلف از آنها ضمانت‌اجراهای مؤثر و حتی مجازات را در پی دارد، در خصوص تعهدات غیرمالی مانند ترک رابطه جنسی با وجود توانایی زوج، ضمانت‌اجرای مؤثری پیش‌بینی نگردیده است. با تکیه بر مقررات فعلی می‌توان نشوز زوج را از موجبات عسر و حرج زوجه تلقی کرد و حتی پا را فراتر نهاد و زوج ناشز را به دلیل نقض تعهد کلی حسن معاشرت الزام به انجام تکالیف یا طلاق نمود و از بلا تکلیفی زوجه پیشگیری نمود. با شناسایی نهاد نشوز زوج در قانون و تعیین مصادیق و ضمانت‌اجرای آن می‌توان این نهاد را در حقوق موضوعه نیز به رسمیت شناخت.

**واژگان کلیدی:** نشوز زوج، عسر و حرج، حسن معاشرت، رابطه زناشویی

\* استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی، دانشگاه الزهرا (س)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)  
kh.mozafari@alzahra.ac.ir

\*\* دانشجوی کارشناس ارشد حقوق\*\*\*، تهران، ایران  
ar.izadifard@gmail.com

### مقدمه

خانواده در بستری واقعی و اجتماعی شکل می‌گیرد و جهانی مستقل از اعتبارات حقوقی دارد. قالب‌های حقوقی، بر ساخت‌های رسمی‌اند که بر واقعیت‌های اجتماعی بار می‌شوند (وحیدی فردوسی و نعیمی، ۱۳۹۹: ۲۸۰). از این‌رو تحولات جامعه در تغییر رویکردهای حقوقی مؤثرند. نهاد خانواده نیز متأثر از تحولات مختلف در طول زمان بوده است. در عین حال بخش عمده‌ای از احکام شرع مقدس و متون فقهی به خانواده اختصاص یافته و برای هر یک از اعضای تشکیل‌دهنده این نهاد، حقوق و تکالیفی در نظر گرفته شده است. لیکن نگاه جامعه امروز به این حقوق و تکالیف تحول یافته است. در پرتو این تحولات، مفهوم نشوز زوج نیز قابلیت طرح و اندیشه‌ورزی می‌یابد. هر گاه برخی از اعضای خانواده از انجام وظایف خود امتناع کند، موجب بروز مشکلات و تضییع حقوق طرف مقابل را فراهم می‌آورد. اصطلاح کلی نشوز برای هر یک از زوجین که از ایفای وظایف همسری خویش امتناع نماید به کار می‌رود؛ لیکن در حقوق ایران بیشتر در خصوص زوجه‌ای که به وظایف خود عمل ننماید از این عبارت استفاده می‌شود. از سوی دیگر گویا قضات و قانون‌گذاران نیز بیشتر به نشوز زوجه و کمتر به نشوز زوج توجه کرده‌اند. در نتیجه با وجود زمینه فقهی بحث نشوز زوج، توجه به این موضوع در قانون و رویه عملی دادگاه‌ها ضروری است. در این پژوهش، مفهوم نشوز زوج مورد بررسی قرار گرفته است. در ادامه به شرایط اثبات و مصادیق آن پرداخته شده و در نهایت تحقق عسر و حرج زوجه بر اثر نشوز زوج و ضمانت‌اجراهای دیگر قابل‌پیش‌بینی برای آن مورد مطالعه واقع شده است.

### ۱. مفهوم نشوز زوج

واژه نشوز در لغت به معنای برتری، برآمدگی و ارتفاع است. (فراهیدی، ۱۳۸۳: ۲۳۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۸۲) فقهای عظام، نشوز زوجه را به «خروج از طاعت» یا امتناع وی از عمل به وظایف همسری معنا کرده‌اند ولی درباره مفهوم «نشوز زوج» میان آنان اتفاق نظر وجود ندارد. بعضی از فقها نشوز زوج را مانند نشوز زوجه به «خروج از طاعت» معنا کرده‌اند (محقق حلی، ۱۳۴۶: ۲۸۲).

نشوز حالت ناشز بودن زوج یا ناشزه بودن زوجه را گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۷۱۴). ناشز شوهری است که حقوق ناشی از نکاح را که برای زوجه حاصل شده ایفا نکند. این حقوق عبارت است از دادن نفقه و کسوه و حسن سلوک (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۷۰۶). بسیاری از فقها



بدون اینکه تفاوتی میان نشوز زوجین قائل شوند<sup>۱</sup>، نوشته‌اند: «نشوز خروج از طاعت است» (محقق حلی، ۱۳۴۶: ۲۸۲)<sup>۲</sup> و نیز نوشته‌اند: «نشوز یعنی بیرون رفتن یکی از زن و شوهر از اطاعت آن دیگر در آنچه واجب است بر او» (محقق حلی، ۱۳۴۶: ۶۶۴). برخی نیز با وجود پذیرش خروج هر یک از زوجین از وظیفه‌اش عدم اطاعت را برای مرد ندانسته‌اند و بیان کرده‌اند که مرد نسبت به زن حقوقی بر گردن دارد که آن غیر از طاعت مرد است و مرد باید آن‌ها را ادا کند<sup>۳</sup> (شوشتری، ۱۴۰۶: ۱۳۴). اگر مقصود از «اطاعت»، اطاعت و فرمانبری شوهر از همسر باشد، این اشکال وارد است ولی برای دفع اشکال می‌توان گفت مقصود از آن، عمل به وظایف شرعی در روابط همسر است و طبیعتاً نشوز به معنای خروج از اطاعت پروردگار در عمل به احکامی است که در روابط زوجین تشریح کرده است (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲: ۷۶).

البته باید توجه داشت که این فقها مفهوم نشوز زوج را به‌طور کلی نفی نمی‌کنند زیرا قرآن کریم صراحتاً کلمه نشوز را برای زوج استعمال نموده است. به نظر می‌رسد مقصود آنان این است که نقض حقوق زوجه توسط زوج نشوز نیست، بلکه نشوز زوج، کراهت وی از زوجه و اعراض از اوست (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲: ۷۷). البته باید توجه داشت که کراهت زوج از زوجه موجب بی‌اعتنایی به وی و در نهایت نقض حقوق او خواهد شد پس نتیجه نشوز و کراهت و اعراض در واقع چندان تفاوتی نخواهد داشت.

برخی از فقها نیز این‌گونه بیان کرده‌اند که اگر نشوز از جانب مرد باشد به این قسم که بر زن تعدی کند و او را از پاره‌ای از حقوق واجبه‌اش منع کند مانند نفقه، حق بر هم‌خوابی، کج‌خلقی با زن و اذیت او، زن می‌تواند حقوقش را مطالبه نماید و در صورت امتناع مرد، به حاکم مراجعه نماید (محقق حلی، ۱۳۴۶: ۶۶۹).

با این وجود اداره حقوقی قوه قضائیه به‌طور کلی مفهوم نشوز زوج را نپذیرفته است و با این استدلال که صدور حکم مبنی بر نشوز زوج اثر مستقیم نظیر سقوط حق نفقه (در صورت نشوز زوجه) ندارد و مقایسه این دو قیاس مع الفارق است و نیز از این جهت که دعوی الزام به طلاق از سوی زوجه بدون حکم مربوط به تمکین زوج نیز قابل طرح است، دعوی الزام به تمکین عام و خاص از سوی زوجه را غیرقابل پذیرش دانسته است. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۸/۱۷۰۷ مورخ ۹۹/۲/۶

<sup>۱</sup> و قد یكون من الزوج كما یكون من الزوجه

<sup>۲</sup> و هو خروج عن طاعته

<sup>۳</sup> از میان فقهای معاصر، آیه الله موسوی اردبیلی در پاسخ استفتائی در این زمینه چنین گفته‌اند: «...مرد متجاوز ناشز نیست، چنان‌که زن ناشزه می‌شود»

اداره کل حقوقی قوه قضائیه) نظریه مذکور از حیث تفاوت قائل شدن میان وضعیت زوج و زوجه و نیز تفاوت آثار دعوای الزام به تمکین به درستی استدلال نموده است اما نکته ای که مورد توجه قرار نگرفته است اثر حکم الزام زوج به انجام تکالیف ناشی از نکاح است. نمی توان چنین حکمی را بر فرض صدور فاقد هرگونه اثری دانست زیرا این حکم می تواند مانند حکم تمکین زوجه قابلیت اجرایی داشته باشد و نیز می تواند در دعوای الزام زوج به طلاق به عنوان مستند مورد توجه دادگاه قرار گیرد. از سوی دیگر این پرسش نیز مطرح می شود که چگونه می توان متصور بود که قانون گذار تکلیفی را به عهده کسی گذارد و نتوان الزام به انجام آن را از دادگاه درخواست نمود؟

به عنوان نتیجه می توان نشوز زوج را عدم انجام تکالیف مقرر در شرع و قانون از سوی زوج نسبت به زوجه تعریف نمود صرف نظر از اینکه مفهوم طاعت یا عدم طاعت مورد توجه قرار گیرد. در ادامه به بررسی دلایل فقهی که مؤید وجود مفهوم نشوز زوج هستند پرداخته می شود.

## ۲. ادله فقهی شناسایی نشوز زوج

از آنجا که شناسایی مفهوم نشوز زوج محل اختلاف فقها و حقوق دانان است در ابتدا به بررسی ادله ای که دلالت بر امکان ناشز دانستن زوج دارند، پرداخته می شود. دلایلی از قرآن، روایات و عقل در این قسمت مورد بررسی و تحلیل قرار می گیرند.

### ۲-۱. دلیل نخست: قرآن

آیه ۱۲۸ سوره مبارکه نساء بیان می دارد: «وإن امراه خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح علیهما ان یصلحا بینهما صلحا...» (اگر زنی از طغیان و سرکشی یا اعراض شوهرش بیم داشته باشد، مانعی ندارد با هم صلح کنند). این آیه ترس از نشوز و اعراض را معتبر دانسته نه محقق شدن آن را، زیرا موضوع صلح از همان هنگامی محقق می شود که علائم و آثاری که ترس در پی دارد، به ظهور رسد. سیاق این آیه دلالت دارد که مراد از صلح این است که زن از پاره یا همه حقوق زناشویی چشم بپوشد تا انس و الفت و موافقت مرد را جلب کند و نگذارد که کار به جدایی بکشد. بدین ترتیب صلح کند که صلح بهتر است (طباطبائی، ۱۳۴۸: ۱۵۹).

در شأن نزول این آیه نقل شده است که «رافع بن خدیج» دو همسر داشت؛ یکی مسن و دیگری جوان. بر اثر اختلافاتی، همسر مسن خود را طلاق داد و هنوز مدت عده تمام نشده بود که به او گفت: اگر مایل باشی، با تو آشتی می کنم؛ ولی اگر همسر دیگرم را بر تو مقدم داشتم باید صبر کنی و از بخشی از حق خود صرف نظر کنی، اگر هم می خواهی صبر کنم تا عده تمام شود و از هم جدا شویم. زن پیشنهاد یکم را پذیرفت و با هم آشتی کردند. این آیه شریفه نازل شد و حکم این کار را بیان داشت. شأن نزول این آیه در بسیاری از کتب فقهی موجود است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸: ۱۴۹).

با توجه به اشاره آیه مذکور به دو مفهوم نشوز و اعراض؛ برخی در تفاوت نشوز و اعراض بیان کرده‌اند که نشوز آرام ناگرفتن و ترفع و استعلاست و از جهت مرد می‌باشد و آنچه از جهت زن است خلع می‌باشد و اعراض را عدول و برگردیدن دانسته‌اند (ابوالفتوح رازی، ۱۳۶۵: ۱۳۲) و نیز گفته شده است نشوز آن است که مرد خود را از زن برتر بداند به دلیل کینه یا کراهتی که نسبت به زن دارد به خاطر تمیزی یا پیری و سن یا نظایر آن و اعراض به معنای برگرداندن صورت یا روی‌گردانی از برخی منافعی است که زن از شوهر می‌برد و در صورت ترس از تحقق این دو (علم به وقوع آن‌ها) حرجی نیست بر آن دو که صلح نمایند مبنی بر اینکه زن از روزش صرف‌نظر نماید یا از برخی حقوق واجبش که به عهده مرد است مانند نفقه و لباس و... (طوسی، ۱۴۱۳: ۳۴۶). در نتیجه باید گفت در اصطلاح شرعی، نشوز زوج به خروج وی از ادای حقوق واجب زوجه و اعراضش، به ابراز کراهت و انزجار از زوجه اطلاق می‌شود (شاکری، ۱۳۹۳: ۱۶۰).

در تفسیر این آیه گفته شده است: از این آیه و شأن نزول آن و روایاتی که در ذیل آن نقل شده، فهمیده می‌شود که اگر مردی سر ناسازگاری در مسائل زناشویی را داشته باشد، زن می‌تواند از برخی از حقوق خود صرف‌نظر کند و جلوی طلاق و جدایی را بگیرد. این صلح و آشتی، به خاطر مصالح خانوادگی، بهتر از جدایی است. البته زن می‌تواند به حاکم شرع نیز مراجعه کرده، از همسرش شکایت کند و حاکم شرع به وضعیت آن‌ها رسیدگی نماید. همچنین در تفسیر ادامه آیه بیان می‌دارد اگر قرار است زندگی زن و شوهر منجر به طلاق و جدایی شود، بهتر است که آشتی کنند و از بعضی حقوق خود - به خاطر پایداری ازدواج - صرف‌نظر نمایند و بخل خود را زیر پا نهند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸: ۹۹). فقهای بسیاری این‌گونه به تفسیر آیه پرداخته‌اند. (ابوالفتوح رازی، ۱۳۶۵: ۱۳۲؛ طوسی، ۱۴۱۳: ۳۴۶؛ طباطبائی، ۱۳۴۸: ۱۵۹).

بر اساس نظرات پیش‌گفته می‌توان در صورت نشوز و اعراض زوج دو فرض را تصور نمود:  
الف) صلح: در خود آیه نیز اشاره گردیده که مانعی ندارد با هم صلح کنند و صلح بهتر است. منظور از صلح، گذشتن زن از پاره یا همه حقوق خود است به منظور جلب انس و الفت تا مرد او را طلاق ندهد، همان‌طور که در شأن نزول آیه نیز به آن اشاره گردید. در ادامه خداوند می‌فرماید: «و احضرت الانفس شح» اگرچه مردم (طبق غریزه حب ذات، در این‌گونه موارد) بخل می‌ورزند. «شح» با نفس سرشته شده و انسان به وسیله آن منافع خودش را حفظ می‌کند و بخل می‌ورزد. با اینکه برخی قائل به تفکیک میان شح و بخل هستند<sup>۱</sup> (طوسی، ۱۴۱۳: ۳۴۷) ولی می‌توان از این دو

<sup>۱</sup> والشح افراط حرص علی شیء ویکون بالمال و بغيره من الاعراض و البخل یكون بالمال خاصه

یک معنی را برداشت نمود. علامه طباطبائی در تفسیر المیزان بیان می‌دارد: زن از حقوقی که در زناشویی دارد مانند لباس و خرجی و هم‌خوابگی و اعمال زناشویی بخل می‌کند و مرد هم اگر میل جدایی و معاشرت را دوست ندارد و از موافقت و میل به زن بخل می‌ورزد و در چنین حالتی چه اشکالی دارد که بین خودشان صلح برقرار سازند یعنی یک یا هر دو نفر از پاره‌ای از حقوق خود اغماض کنند. ابوالفتوح رازی نیز با بیان نظر مفسران درباره‌ی اینکه منظور نفس زن است یا مرد بیان می‌دارد که نفس هر دو چراکه عام‌تر است و فایده‌ی بیشتری دارد.

ب) طلاق: در فرض عدم صلح مرد باید با رضایت او را طلاق دهد. چنانچه خداوند در آیه ۲۲۹ سوره بقره می‌فرماید: «امساک بمعروف او تسریح باحسان» به‌طور شایسته از او نگهداری کن یا به نیکویی او را رها کن. معلق‌نگه‌داشتن زن مورد مذمت قرار گرفته است. آیه ۱۲۹ سوره نسا نیز مؤید همین فرض است.<sup>۱</sup> لازم به ذکر است که طلاق مرتبه بعد از عدم امکان صلح است و اگر بتوان صلح را برقرار نمود نوبت به طلاق نخواهد رسید.

لذا گفته شده است «و بالجمله بین زوج و زوجه چهار مرتبه است: مرتبه یک، اینکه نشوزی در بین نباشد و مراعات حقوق یکی دیگر را بکنند. دو، اگر نشوز پیدا شد تصالح کنند، چنانچه گفته شد سه، اگر نشوز باشد و تصالح هم نکردند طلاق، چهار، نشوز و عدم تصالح و عدم طلاق که حرام است و آن معصیت است» (طیب، ۱۳۸۳: ۲۲۷).

## ۲-۲. دلیل دوم: روایات

در روایتی که از امام صادق (ص) درباره‌ی آیه ۱۲۸ سوره نساء پرسیده شد، امام فرمودند: مقصود زنی است که شوهرش از وی کراهت دارد و تصمیم دارد وی را طلاق دهد. او می‌گوید مرا نگهدار و طلاق نده! من در مقابل از حقوق خود می‌گذرم و از مال خود هدیه‌ای تقدیم می‌کنم و از ارتباط جنسی هم می‌گذرم. یا در موارد دیگر آمده حق شب و روز را بر مرد بخشیده تا او را طلاق ندهد و حتی چیزهایی به مرد بخشیده است (حر عاملی، ۱۴۰۳: ۹۰). همچنین روایات متعدد دیگری در این باب در تفسیر این آیه آمده است (حویزی، ۱۴۱۵: ۵۵۸؛ قمی مشهدی، ۱۳۶۸: ۵۵۶).

با وجود سفارش‌ها و تأکیدهای شرع مقدس مبنی بر تمکین زن، باید توجه داشت به همان اندازه هم شارع مقدس سوءاستفاده از این حق را که موجبات آزار و اذیت زن فراهم می‌کند، نهی نموده و

۱. وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا

برخی روایات وارده از معصومین (ع) مبنی بر منع سوءاستفاده از این حق، گواه این مطلب می‌باشد (کلینی رازی، ۱۳۸۸: ۵۹۷).

### ۲-۳. دلیل سوم: عقل

عقل نیز یکی از ادله‌ای است که در مقام شناسایی مفهوم نشوز زوج می‌تواند به کار گرفته شود. روشن است که هرگاه برای طرفین یک رابطه حقوقی، تکالیفی در نظر گرفته شود، تخطی و سر باز زدن از انجام آن تکالیف نیز باید مورد توجه قرار گیرد. منطقی نخواهد بود که نشوز زوج صرفاً به دلیل آنکه مرد تحت فرمان زن نیست مورد بی‌توجهی و غفلت قرار گیرد. در واقع در رابطه بین زوجین هرگاه تکلیفی باشد که از آن سرپیچی شود می‌توان از عنوان نشوز بهره برد خواه این تکلیف به‌عهده مرد باشد یا زن.

با این تفاوت که سبب نشوز زن عدم تمکین اوست ولی نشوز زوج سبب‌های مختلفی دارد. با توجه به دوره‌های مختلف فقهی معانی متعددی برای نشوز زوج در نظر گرفته شده بود که ابتدا به کراهت زوج از زوجه گفته می‌شد سپس عدم نفقه و ترک فراش با زن مطرح گردید و در نهایت در کلام برخی به سوء معاشرت با زوجه نیز گفته شد (احمدیه، ۱۳۹۵: ۱۰۷). در تعریف نهایی از نشوز زوج می‌توان گفت نشوز، ترک وظایفی است که زوج با وجود توانایی انجام آن‌ها سر باز می‌زند که شامل هر دو دسته تکالیف مالی و غیرمالی می‌شود. پس از شناسایی مفهوم نشوز زوج، شرایط تحقق نشوز لازم است مورد مطالعه قرار گیرد.

### ۳. شرایط تحقق نشوز زوج

با توجه به این امر که برای تحقق نشوز در رابطه با زوجه وجود عنصر تکلیف یا وظیفه ناشی از عقد نکاح لازم است، در اینجا نیز برای اثبات تحقق نشوز در رابطه با زوج «ترک وظیفه» همراه با «توانایی بر انجام» آن لازم است. چراکه اگر عدم انجام وظیفه ناشی از ناتوانی باشد دیگر نشوز محقق نخواهد شد.

#### ۳-۱. شرط اول: وجود تکلیف

به عقیده برخی از نویسندگان در قانون مدنی یک دسته حقوق برای زوج مقرر گردیده که زوجه مکلف به رعایت آن‌هاست؛ مانند حق ریاست زوج در خانواده که زوجه موظف به اطاعت و تبعیت از زوج است. دسته دیگر حقوقی است که برای زوجه قرار داده شده و زوج موظف به انجام آن‌هاست؛ مانند حق نفقه. این دسته از تکالیف با نکاح به میان آمده و با انحلال نکاح از بین می‌رود. امتناع از این «وظایف خاص» نشوز به شمار می‌آید. دسته‌ای دیگر در روابط کلی افراد و همه مسلمانان قابل تصور است. این «وظایف عام» شامل لزوم امانت‌داری، حسن معاشرت و... می‌باشد. این

وظایف زاییده عقد نکاح نبوده و با انحلال آن نیز از بین نمی‌رود و امتناع از آن نشوز محسوب نمی‌شود (هدایت نیا، ۱۳۹۲: ۸۸). لیکن غالب حقوق‌دانان به سه دسته تکلیف زوجین اشاره کرده‌اند: ۱) وظایف زوجه در مقابل زوج مانند تبعیت زوجه از ریاست زوج در خانواده، ۲) وظایف زوج در مقابل زوجه مثل پرداخت نفقه و مضاجعت با زوجه و ۳) تکالیف مشترک زوجین در مقابل یکدیگر مانند حسن معاشرت و تشیید و تقویت مبانی خانواده (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۸۳). عدم ایفای هر یک از این وظایف می‌تواند نشوز تلقی گردد. به نظر می‌رسد این دسته‌بندی با سیاق مواد قانون در خصوص تکالیف زوجین هم‌خوانی بیشتری داشته باشد.

همچنین باید توجه داشت که همه وظایف فوق‌الذکر ناشی از عقد نکاح هستند، لذا توافق‌های طرفین ضمن عقد نکاح در این دسته‌بندی قرار نمی‌گیرند و در صورت عدم ایفای این دسته از تعهدات، نشوز واقع نمی‌شود؛ مانند زمانی که زوج حق ادامه تحصیل را به زوجه می‌دهد و پس از عقد با ادامه تحصیل زوجه مخالفت می‌کند که در این صورت اگرچه پیمان‌شکنی آشکار است اما به دلیل قراردادی بودن نشوز محسوب نمی‌شود.

با توجه به تعدد تعهدات ناشی از عقد نکاح لازم است معیاری جهت تفکیک تعهداتی که نقض آن‌ها نشوز تلقی می‌شود از سایر تعهدات یافت شود. این موضوع به‌ویژه از این جهت اهمیت دارد که میان تکالیف مقرر در قانون و تکالیف شرعی بیان شده برای زوجین به‌رغم شباهت بسیار، تفاوت‌هایی وجود دارد. به‌عنوان مثال در قانون مدنی معاضدت و تشیید مبانی خانواده و تربیت فرزند از تکالیف زوجین محسوب می‌شود در حالی که به‌لحاظ شرعی چنین وظیفه‌ای برای زوجه پیش‌بینی نشده است. در نتیجه این پرسش مطرح می‌شود که تخطی از این وظیفه نشوز است یا خیر؟ با توجه به تصریح قانون بر موضوع نشوز زوجه و شکل‌گیری رویه قضایی در این زمینه مشکلات کمتری برای تشخیص نشوز وجود دارد، اما در خصوص نشوز زوج به‌دلیل فقدان نص قانونی و در نتیجه فقدان آرای متعدد، دشواری و ابهامات بیشتر است. لذا می‌توان بدو تعهدات شرعی زوج را به‌عنوان معیار در نظر داشت و تخطی از ایفای این تعهدات را نشوز دانست.

برای روشن‌تر شدن قلمرو نشوز زوج لازم است به‌صورت مختصر به این تکالیف اشاره شود. به‌صورت کلی می‌توان این تکالیف را به دو دسته مالی و غیرمالی تقسیم نمود.

### ۱-۳. تکالیف مالی زوج

نفقه: زن و شوهر باید در اداره خانواده یکدیگر را یاری کنند ولی چون اداره این گروه را مرد عهده‌دار است، قانون‌گذار او را موظف به تأمین معاش خانواده می‌داند: تکلیف زوج به دادن نفقه از توابع ریاست او بر خانواده است. در نکاح دائم این وظیفه مرد ناشی از حکم قانون است و ریشه

قراردادی ندارد (ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی) و به همین دلیل نیز دو طرف نمی‌توانند ضمن عقد نکاح یا پس از آن تکلیف مرد را در این باب ساقط کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۷۰).

در فاصله میان عقد و آغاز زندگی مشترک نیز امکان تحقق نشوز وجود دارد؛ زیرا پس از عقد نکاح، حقوق و تکالیف زوجیت برقرار می‌گردد که از جمله آن تکلیف زوج به انفاق است (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲: ۷۹).

مهریه: مهر مالی است که به مناسبت نکاح، مرد ملزم به دادن آن به زن می‌شود الزام مربوط به تملیک مهر ناشی از حکم قانون است و ریشه قراردادی ندارد و به همین دلیل سکوت دو طرف در عقد و حتی توافق بر اینکه زن مستحق مهر نباشد، تکلیف مرد را در این زمینه از بین نمی‌برد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۱۴).

### ۲-۱-۳. تکالیف غیرمالی زوج

حق مضاجعه و حق قسم: قسم در لغت به معنای نصیب و بهره است (ازهری، بی‌تا: ۳۱۹). حق قسم که در حقوق تعریفی از آن ارائه نشده و بیشتر مورد توجه فقیهان قرار گرفته است، در اصطلاح فقیهان و در باب نکاح، تکلیف شوهر به قسمت کردن شب‌ها نزد همسران (دایمی) خویش است. (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۴۶). به نظر می‌رسد هدف از ایجاد این حق، ایجاد عدالت بین همسران مرد و نزدیکی و الفت بیشتر بین آنان باشد.

مضاجعه در لغت به معنی هم‌بستر شدن است و به عقیده بسیاری از فقها مضاجعه بر زوجین واجب است. به دلیل نزدیکی مفهوم مضاجعه و قسم معمولاً این دو به جای یکدیگر به کار می‌رود در حالی که به نظر می‌رسد حق قسم بیشتر در صورت تعدد زوجات مورد توجه قرار می‌گیرد ولی مضاجعه در حالت وحدت زوج نیز واجب است. به بیان دیگر تحقق حق قسم الزاماً منوط به مضاجعه است (ثمنی، ۱۳۹۷: ۱۱۱).

حق مواقعه: در لغت به معنی آمیزش کردن با زن است که شامل رابطه خاص جنسی می‌شود و دستور شرع این است که مرد نباید بیش از چهار ماه نزدیکی با همسرش را ترک کند. به موجب روایات، اگر شوهر بدون هیچ عذر موجهی، نزدیکی را ترک کند، گناه نموده و حق زوج را ضایع کرده است و مصداق نشوز می‌باشد (حبیبی‌تبار، ۱۳۹۴: ۵۵). ذکر این چهار ماه از باب الزام مرد است و چه بسا زن پیش از این چهار ماه نیاز جنسی داشته باشد و با ترک رابطه موجب خوف ارتکاب معصیت زوج باشد یا موجب ضرر و عسر و حرج وی گردد که برقراری رابطه بر مرد واجب می‌شود (شریعتی، ۱۳۹۶: ۶۲). لازم به ذکر است که در قوانین موضوعه، در خصوص این دو حق نصی دیده نمی‌شود.

حسن معاشرت: آیه ۱۹ سوره نسا که می‌فرماید: و عاشروهن بالمعروف؛ با همسرانتان با اخلاق نیکو معاشرت نمایید. همچنین با توجه به اهداف والای ازدواج که ایجاد سکون و آرامش و مهربانی و مودت است زوجین مکلف‌اند با یکدیگر حسن معاشرت داشته باشند.

ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی نیز بیان می‌دارد: زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند. برای تأمین دوام خانواده سکونت مشترک زن و مرد کافی نیست. همسری زن و مرد باید همراه با خوش‌خویی و مسالمت و مهربانی باشد. لوازم حسن معاشرت را به‌دقت نمی‌توان تعیین کرد زیرا وابسته به عرف و عادات هر قوم است ولی به‌طورکلی تمام اموری که از منظر اجتماعی توهین محسوب می‌شود (مانند توهین، تحقیر، ایراد ضرب) یا امور منافی با عشق به کانون خانواده (مانند بی‌اعتنایی به همسر و نیازهای او) از مصادیق سوءمعاشرت است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۰۲). پس همان‌طور که اموری مانند توهین و ایراد ضرب مغایر با اهداف مقدس خانواده است، بی‌اعتنایی به نیازهای زوجه علی‌الخصوص ترک رابطه جنسی با او با وجود توانایی بر انجام آن مصداق بارز سوءمعاشرت زوج است. حقوق‌دانان نیز وظیفه برقراری رابطه را فقط مخصوص زوجه ندانسته‌اند و این امر از جانب زوج نیز دال بر سوءمعاشرت وی است (صفایی، ۱۳۹۳: ۱۴۱).

معاضدت در تشدید مبانی خانواده و تربیت فرزند: به‌موجب ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی زوجین باید در تشدید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند. معاضدت مفهومی عرفی است و به این معنی است که زن و مرد در اداره خانواده با یکدیگر همکاری نمایند. حقوق از زن و شوهر توقع فداکاری ندارد ولی برای مثال اگر یکی از زوجین مبتلا به جنون یا بیماری مسری شد لازم نیست طرف دیگر خود را به خطر اندازد و از او پرستاری کند ولی لاقلاً مانند دو شریک انتظار یاری و همدلی و اموری که عرف توقع دارد مانند دعوت پزشک یا بردن به بیمارستان از آن‌ها انتظار می‌رود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۰۳). به نظر برخی از نویسندگان ماده فوق صرفاً دستور اخلاقی نیست بلکه دارای ضمانت اجرای قانونی است و در صورت تخلف هریک، نشوز محسوب می‌گردد، اما برخی دیگر مخالف این نظر هستند (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۸۶).

### ۲-۳. شرط دوم: توانایی بر انجام

برای تحقق نشوز علاوه بر اینکه باید تکلیفی وجود داشته باشد، قدرت بر انجام تکلیف مذکور نیز شرط است؛ بنابراین در صورتی که زوج از نظر مالی قادر و متمکن باشد و با وجود این، از تأمین نفقه همسرش امتناع کند، ناشز است و آثار نشوز بر رفتار وی مترتب می‌شود؛ ولی اگر عاجز باشد، نشوز به وی قابل انتساب نخواهد بود.



علاوه بر این در خصوص تکالیف غیر مالی زمانی می‌توان گفت مرد ناشز است که توانایی انجام این تکالیف را داشته باشد وگرنه نشوز محقق نخواهد شد. ناتوانی یا اختلال جنسی وجود اشکال در عملکرد جنسی یا ناتوانی در مقاربت موفق با همسر است. اختلال جنسی اگر به کلی امکان رابطه جنسی را سلب کند یا آن را با ضرر و حرج مواجه نماید، مانع تحقق نشوز می‌گردد. ناتوانی جنسی گذرا و موقتی که از بیماری یا مصرف برخی داروها یا افسردگی و مانند آن ناشی می‌شود، در این تعریف قرار نمی‌گیرد (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲: ۹۰-۸۹). در عین حال باید توجه داشت که چنین اختلالی در هر صورت می‌تواند از موجبات تحقق عسر و حرج و درخواست طلاق از سوی زوجه قرار گیرد.

#### ۴. مصادیق نشوز زوج

پس از تبیین تکالیف زوج و شرایط تحقق نشوز اینک می‌توان مصادیق نشوز زوج را به صورت خاص مورد بررسی قرار داد.

##### ۴-۱. عدم پرداخت نفقه

ترک انفاق یا خودداری از انجام وظایف دیگری که مرد مکلف به ادای آن است می‌تواند از موجبات نشوز محسوب گردد. در این حالت زوجه می‌تواند به دادگاه مراجعه کرده و درخواست الزام به پرداخت نفقه را مطرح نماید. دادگاه بر اساس شئونات زوجه میزان نفقه را معین و حکم به پرداخت آن از سوی زوج را صادر خواهد کرد. علاوه بر این ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۹۱ برای خودداری از انفاق مجازات حبس تعزیری درجه شش در نظر گرفته است لذا می‌توان گفت قانون‌گذار به تفصیل و با جدیت در خصوص تکلیف انفاق به زوجه از سوی زوج اقدام به قانون‌گذاری نموده است اگرچه از عنوان نشوز برای تخلف از این تکلیف استفاده نموده است.<sup>۱</sup>

##### ۴-۲. عدم پرداخت مهریه

باید توجه داشت درباره مهریه دو فرض قابل بررسی است؛ اگر مهر عین معین باشد پس از عقد، زوجه مالک آن خواهد شد و بحث امتناع از پرداخت آن منتفی است. در صورتی که مهریه مال کلی و بر ذمه زوج باشد، باید عندالمطالبه آن را تسلیم نماید. پرداخت مهریه مانند نفقه امری مستمر نیست و شاید به همین دلیل در مبحث «حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر» در قانون مدنی آورده نشده است. از سوی دیگر برای تضمین دریافت مهریه از سوی زن برای وی حق حبس قرار داده شده و او می‌تواند ابتدا مطالبه مهر کند و سپس تمکین نماید. لذا به نظر می‌رسد عدم پرداخت مهریه نمی‌تواند یکی از مصادیق نشوز زوج محسوب شود؛ هر چند قانون‌گذار ضمانت‌اجراهای

۱. مواد ۱۱۱۱ و ۱۱۲۹ قانون مدنی

مؤثری برای پرداخت مهریه در نظر گرفته است. ضمن آنکه یکی دیگر از تفاوت‌های مبنایی میان مهریه و نفقه، وابستگی گذران زندگی زوجه به نفقه است در حالی که مهریه چنین ویژگی‌ای ندارد و بیشتر از آن با عنوان یک هدیه یاد می‌شود لذا عدم پرداخت مهریه، نمی‌تواند اساس و ادامه زندگی زوجین را با خطر مواجه نماید.

### ۳-۴. عدم حسن معاشرت

ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی نیز بیان می‌دارد: زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند. آیه ۱۹ سوره نساء نیز مؤید این تکلیف است. با توجه به منابع فقهی و مفاد ماده فوق می‌توان گفت کلیه رفتارهایی که با اصل حسن معاشرت مغایر است می‌تواند از مصادیق نشوز زوج محسوب شود. مثلاً چنانچه زوج برخلاف آیه شریفه «و عاشروهن بالمعروف» حسن معاشرت نداشته باشد، زوجه می‌تواند بر مبنای عسر و حرج از دادگاه تقاضای طلاق نماید از مصادیق بارز عدم انجام تکلیف حسن معاشرت می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

#### ۱-۳-۴. عدم انجام وظایف خاص زناشویی

این وظایف خاص شامل حق قسم (هم‌خوابی حداقل هر چهار شب یک‌بار) و حق مواقعه (هم‌بستری هر حداقل هر چهار ماه یک‌بار) است. از آیه شریفه «ولهن مثل الذی علیهن بالمعروف»<sup>۱</sup> نیز استفاده می‌شود که در تنگنا قرار دادن زن با استفاده از ابزار جنسی که با توجه به حیا و عفاف زنان آنان را در حالت سختی و حرج قرار می‌دهد از مصادیق بارز زیر پا گذاشتن حقوق زن و پایمال کردن حسن معاشرت در محدوده خانواده است. «ترک نزدیکی با زوجه در بیشتر از چهار ماه جایز نیست مگر اینکه با اذن او باشد، حتی بنا بر اقوی اگر منقطع باشد. این حکم اختصاص به نداشتن عذر دارد و اما با وجود عذر مادامی که موجود است، مطلقاً جایز می‌باشد، مانند اینکه ترس ضرر بر او یا بر زوجه باشد» (خمینی، ۱۳۹۲: ۲۵۹). مستند حکم مذکور روایتی است که ترک رابطه جنسی بیش از چهار ماه را جایز نمی‌داند.<sup>۲</sup> لیکن در خصوص این مدت گفته شده است به نظر می‌رسد آن چهار ماهی که در روایت ذکر شده است، مفهوم ندارد؛ چون موضوع آن در مورد شخص مصیبت‌زده‌ای است که قصد اضرار به زن هم نداشته، ولی چون این مشکل را داشت، حضرت می‌فرمایند این شخص حداکثر تأخیری که می‌تواند در مباشرت بیندازد، چهار ماه است، ولی از این استفاده نمی‌شود

<sup>۱</sup> برای زنان همانند وظایفی که بر دوش آنهاست حقوق شایسته‌ای قرار داده شده

<sup>۲</sup> صفوان بن یحیی از حضرت رضا علیه‌السلام در مورد مردی سؤال کرد که دارای همسر جوانی است و همبستری او را یک ماه یا یک سال ترک می‌کند و به او نزدیک نمی‌شود. البته نه برای اینکه او را آزار رساند، بلکه به دلیل آنکه مصیبتی دیده‌اند. آیا در این عمل گناهکار است؟ فرمود: اگر چهار ماه او را ترک کرده باشد نه. پس از آن اگر ترک کند، گناهکار خواهد بود، مگر اینکه با اذن و رضایت زوجه‌اش باشد

که همه افراد می‌توانند تا چهار ماه ضرر به زن بزنند و تأخیر بیندازند، بدون هیچ دلیل موجهی به زن نیازمند ضرر وارد کنند (در روایت کلمه اضرار آمده است)؛ چون شارع مصالح و مفاسد را بر روی هم ملاحظه نموده است. از طرفی حیثیت مرد و مشکلات او و در فرض سؤال وارد شدن مصیبت به او و از طرف دیگر، نیاز زن ملاحظه شده، لذا گفته است حداکثر تا چهار ماه می‌توان تأخیر بیندازد، ولی از این استفاده نمی‌شود که شخص دیگری که تأخیرش بدون دلیلی موجب اضرار است (می‌تواند تا چهار ماه به تأخیر بیندازد) و از ادله ضرر هم استفاده می‌شود که جایز نیست (شبیری، ۱۴۱۹: ۱۴۸۳).

در نتیجه می‌توان گفت با توجه به پیشرفت علم پزشکی و تمدن بشری و همچنین عرف خاص هر جامعه ملاک‌های دیگری در این امر باید مورد عنایت باشد. چراکه زن صرفاً ابزاری نیست که بتوان در صورت احساس نیاز جنسی به او مراجعه کرد ولی نیاز جنسی او را هر چهار ماه یک‌بار تلقی کرد. پس این مورد نیز باید با توجه به اوضاع و احوال و شرایط و همچنین مراجعه به عرف مورد بازنگری قرار گیرد. شوهر نیز مکلف است در حدود متعارف با زن رابطه جنسی داشته باشد و در غیر این صورت برخلاف وظیفه حسن معاشرت رفتار کرده است (صفایی، ۱۳۹۳: ۱۴۱). در واقع تحدید زمانی حق زوجه به هر چهار ماه یک‌بار (حق مواقعه) و حق هم‌خوابی در هر چهار شب یک‌بار (حق قسم) که در دیدگاه سنتی آمده، از احکامی نیست که نتوان در آن تردید کرد. به‌ویژه استواری قاعده لزوم معاشرت به معروف و گسترده‌گی دامنه اجرای آن، چنین امکانی را به‌خوبی فراهم می‌کند (نوبهار، ۱۳۹۴: ۷۷). علاوه بر این در خصوص زوجه‌ای که اصطلاحاً گرم‌مزاج بوده و نیاز جنسی بیشتری دارد می‌توان استدلال نمود که ترک رابطه جنسی بر اساس قواعدی نظیر قاعده لاضرر و قاعده عسر و حرج ممنوع بوده و مرد ملزم به تأمین نیاز همسر یا طلاق دادن او می‌شود (امیری، ۱۳۸۹: ۸۳). در غیر این صورت علاوه بر زیان‌های ناشی از ترک رابطه جنسی، خطراتی نظیر بروز انحرافات جنسی نیز محتمل است که پیشگیری از وقوع آن‌ها همواره مدنظر شارع بوده است.

بنابراین می‌توان با تعدیل نگاه سنتی، تکلیف زوج در خصوص برقراری رابطه زناشویی را بر اساس عرف به‌صورت نوعی و نیاز زوجه به‌صورت شخصی مشخص نمود. تخلف از این تکلیف نشوز محسوب شده و باید ضمانت اجرا در پی داشته باشد.

#### ۲-۳-۴. سوءمقاربت

شوهر مکلف است در حدود متعارف رابطه جنسی با زن داشته باشد و در غیر این صورت برخلاف وظیفه حسن معاشرت رفتار کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۴۱). تمتع جنسی و نزدیکی با همسر از طریق نامتعارف از مصادیق بارز سوءمعاشرت محسوب می‌گردد. چراکه بحث تمتع جنسی

از اموری نیست که فقط لذت و آرامش یکی از طرفین در آن اهمیت داشته باشد. پس علاوه بر برقراری رابطه جنسی در مدت متعارف و با توجه به وضعیت مزاجی زن، برقراری رابطه باکیفیت متعارف و بدون آزار طرف مقابل مدنظر قرار دارد. به عنوان مثال شخصی از امام صادق (ع) راجع به تمتع جنسی از زن سؤال نمود و حضرت اذیت و آزار مرد در اعمال این حق نسبت به زن را نهی نمودند (کلینی، ۱۳۸۸: ۵۹۷؛ حر عاملی، ۱۴۰۳: ۱۰۱). در نتیجه هر چند از نظر حقوقی شوهر در کام جویی از همسر خویش محق است، هرگز در این مسیر حق توسل به خشونت را ندارد. خشونت و ایراد ضرب و تهدید از مصادیق بارز سوء معاشرت زوج در برقراری رابطه جنسی با همسر است (نویهار، ۱۳۹۷: ۶۶).

یکی از مصادیق سوءمقاربت، نزدیکی از پشت (دبر) است که مشهور فقهای امامیه همچون علم الهدی، طوسی، حلّی و حلّی با استناد به کتاب، سنت و اجماع حکم آن را کراهت می دانند و نه حرمت. در مقابل برخی از فقها همچون قمین، ابن حمزه، ابی الفتوح، راوندی و ابی المکارم قائل به حرمت هستند<sup>۱</sup> (شکری و مومن، ۱۳۹۰: ۱۲۲). در برخی از آراء دیوان عالی کشور نیز الزام زوج به طلاق به دلیل انجام همین مصداق از سوءمقاربت دیده می شود.<sup>۲</sup>

هر چند ارائه معیاری مشخص برای حدود متعارف روابط زناشویی از یک سو به دلیل مشخصه خصوصی و پنهانی بودن این روابط و از سوی دیگر به دلیل شخصی بودن تمایلات جنسی دشوار است، می توان از معیارهای تشخیصی پزشکی و روان شناختی در این زمینه سود برد. ضمن آنکه نارضایتی از روابط جنسی خود نشانه ای آشکار بر وجود نقیصی در برقراری این روابط مابین زوجین سالم و متعارف است.

<sup>۱</sup> فقهای معاصر نیز در این خصوص نظرات مختلفی دارند:

آیات عظام امام خمینی، خامنه ای، صافی، مکارم و نوری: کراهت شدید دارد. (آیت الله نوری، توضیح المسائل، م ۴۵۲؛ امام خمینی و آیت الله صافی، توضیح المسائل مراجع، م ۴۵۰؛ آیت الله مکارم، تعلیقات علی العروة، احکام الحيض، السابع و آیت الله خامنه ای، استفتاء، س ۴۲۵). آیات عظام سیستانی و فاضل: اگر زن راضی باشد، کراهت شدید دارد و اگر راضی نباشد، بنا بر احتیاط واجب جایز نیست. (آیت الله فاضل، تعلیقات علی العروة، احکام الحيض، السابع؛ آیت الله سیستانی، توضیح المسائل مراجع، م ۴۵۰). آیات عظام بهجت، تبریزی و وحید: بنا بر احتیاط واجب، جایز نیست. (آیت الله وحید، منهاج الصالحین، ج ۲، م ۲۲۸؛ آیت الله بهجت، وسیلة النجاه، ج ۱، م ۲۶۸؛ آیت الله تبریزی، منهاج الصالحین، ج ۱، م ۲۲۸).

<sup>۲</sup> رای شعبه ۸ دیوان عالی کشور به شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۳۳۶ : ۱۳۹۲/۰۹/۲۷

#### ۴-۴. عدم معاضدت در تشدید مبانی خانواده و تربیت فرزند

پیش از این گفته شد که مطابق ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی زوجین باید در تشدید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود، به یکدیگر معاضدت کنند به عقیده برخی از حقوق دانان امتناع زن از یاری کردن شوهر از موارد نشوز است و بی‌مبالاتی شوهر نیز در این زمینه ممکن است به‌عنوان سوء‌معاشرت و ایجاد عسر و حرج، مستند درخواست طلاق از طرف زن بشود (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۰۳). گروهی دیگر تکلیف معاضدت را مانع مطالبهٔ مزد برای انجام وظایف دانسته و بر هر دو جنبهٔ حقوقی و اخلاقی این تکلیف تأکید دارند (صفایی، ۱۳۹۳: ۱۳۳). از سوی دیگر این عقیده مطرح شده است که مصادیق نشوز به‌طور کامل در فقه مشخص گردیده و فقط اعمالی از قبیل عدم حسن رفتار و ارتکاب اعمال ناروا یا عدم اطاعت زن از شوهر در اموری که در محدودهٔ حق شوهر است، نشوز به شمار می‌آید؛ لذا چنانچه زن از تربیت فرزند خویش امتناع ورزد ناشزه نیست و در نتیجه ماده جنبهٔ اخلاقی را بیان کرده است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۸۶).

همان‌طور که مشاهده می‌شود مباحث مطرح شده در این زمینه بیشتر ناظر بر امتناع زوجه از انجام تکلیف معاضدت است و اشاره‌ای به امتناع زوج نشده است. حال آنکه با توجه به اهتمام بیشتر زنان به امور داخل خانه این احتمال بیشتر وجود دارد که مردان در انجام تکالیفی نظیر تربیت فرزند کوتاهی نمایند. اگرچه در هر صورت استدلال‌های مطرح شده در مورد هر یک از زوجین قابل استفاده است. به عقیده نگارندگان تفکیک تکالیف شرعی از قانونی می‌تواند در تشخیص و احراز نشوز مؤثر باشد؛ در واقع منشأ عقیدهٔ کسانی که عدم اهتمام به انجام تکلیف معاضدت را از سوی زوجه، نشوز نمی‌دانند در آن است که زوجه تکلیف شرعی نسبت به این امور ندارد. بر مبنای این استدلال و با توجه به تکلیف شرعی زوج در برخی از مصادیق معاضدت نظیر تربیت فرزند می‌توان چنین مصادیقی را نشوز تلقی کرد. با وجود این، تصریح ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی و تحمیل این تکلیف بر زوجین راه را بر هر نوع استنتاج دیگر می‌بندد و خودداری هر یک از زن و مرد از انجام این تکلیف را می‌توان از مصادیق نشوز دانست. به‌ویژه که خودداری از معاضدت امکان زندگی مشترک به معنای واقعی را از طرفین سلب می‌نماید.

#### ۵. ضمانت اجرای نشوز زوج

پس از بررسی و شناخت مصادیقی که نشوز محسوب می‌شوند این سؤال مطرح می‌شود که اثر شناسایی این نهاد در نظام حقوقی و قضایی ایران چه خواهد بود؟ به‌عبارت‌دیگر الزام زوج به انجام تکالیف مورد اشاره چگونه ممکن خواهد شد.

اگر مطابق با آیه شریفه در صورت نشوز زوج صلح و سازشی صورت نگرفت، در این صورت زوجه می‌تواند همسرش را پند و اندرز دهد و اگر باز زوج امتناع نمود حق دارد به حاکم رجوع کند (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۰۷).

پند و اندرز به‌عنوان یکی از راهکارهای عالی اسلامی همواره جهت بازگرداندن انسان‌ها و مجموعه جامعه به مسیر حق و عدالت مورد توجه بوده است و تحت عنوان کلی امر به معروف و نهی از منکر شرایط و آثار آن مورد بررسی قرار گرفته است. در عین حال اگر این مرحله به نتیجه نرسید چاره‌ای جز برگزیدن راهکارهای دیگر نخواهد بود.

با توجه به ساختارهای موجود در نظام حقوق خانواده الزام زوج به انجام تکالیف به‌عنوان اقدام اولیه و در صورت عدم انجام تکلیف الزام وی به طلاق را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

لازم به ذکر است که قانون‌گذار در خصوص تکالیفی نظیر پرداخت نفقه که تخلف از آن از مصادیق نشوز محسوب می‌شود، ضمانت‌اجراهای شدیدی را پیش‌بینی نموده است لیکن در خصوص مصادیق دیگر نشوز نظیر ترک رابطه جنسی، سوءمقاربت و... ضمانت‌اجرای خاصی دیده نمی‌شود. لذا در این بحث تمرکز بر روی مصادیقی است که توسط قانون‌گذار مورد توجه قرار نگرفته است و لازم است با توجه به قواعد عمومی مربوط به تخلف از تعهدات از یک‌سو و قواعد خاص جاری در حقوق خانواده از سوی دیگر تعیین تکلیف شوند.

بر این اساس در ادامه بحث، دو دسته ضمانت‌اجرای مدنی و کیفری به‌تفکیک مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۵-۱. ضمانت‌اجرای مدنی

در صورتی که نشوز زوج محرز شود می‌توان ضمانت‌اجراهای حقوقی نظیر الزام به انجام تکلیف و نیز الزام به طلاق زوجه را در مواجهه با آن پیش‌بینی نمود. لازم به ذکر است که این دو ضمانت‌اجرا رابطه طولی با یکدیگر دارند و ابتدا می‌بایست الزام به انجام تکالیف از دادگاه مطالبه شود و در صورت خودداری از انجام، درخواست الزام به طلاق مطرح گردد.

#### ۵-۱-۱. الزام به انجام تکالیف

بر اساس آیه ۱۲۸ سوره نساء، اولین اقدام در برابر نشوز زوج، تلاش برای صلح و سازش است که نمونه بارز این سازش، چشم‌پوشی زوجه از برخی حقوق جهت حفظ کیان خانواده است؛ ایجاد صلح و سازش مناسب‌ترین راهکاری است که برای بیشتر مشکلات زوجین توصیه می‌شود، زیرا آرامش را به آن‌ها بازمی‌گرداند و از ورود به فرایند طولانی و آزاردهنده دادرسی پیشگیری می‌کند. توصیه قرآن کریم به صلح در صورت نشوز زوج نیز بیانگر اهمیت بسیار زیاد این نهاد در حل مسائل

خانواده است. هر یک از زوجین از بخشی از حقوق خود چشم‌پوشی می‌کنند تا بتوانند به زندگی مشترک ولو با محدودیت‌هایی بیشتر ادامه دهند. درعین حال از آسیب‌های ناشی از طلاق که بر خود زوجین، فرزندان و اطرافیان آن‌ها وارد می‌شود پیشگیری می‌کنند. لذا صلح به‌عنوان نمونه‌ی اعلا‌ی برخورد اسلامی و انسانی با اجتناب زوج از انجام تکالیف قانونی توصیه می‌شود.

اما در صورتی که سازشی واقع نشد و زوج نیز اقدام به طی مراحل قانونی طلاق ننمود در واقع زوجه در موقعیت متزلزل و بلا تکلیفی قرار می‌گیرد. از یک‌سو زوج نسبت به او بی‌اعتناست و از سوی دیگر همسر قانونی وی محسوب می‌شود، در این حالت مراجعه به حاکم (مرجع صالح قضایی) و مطالبه حقوق نقض شده بر مبنای الحاکم ولی الممتنع اولین اقدام خواهد بود.

در این مرحله نیز قاضی ابتدا تلاش می‌کند با وعظ و نصیحت زوج را متوجه انجام تکالیف شرعی و قانونی خود بنماید. در صورت عدم تأثیر موعظه، قاضی می‌تواند مانند تخلف از هر تعهد قانونی یا قراردادی، ابتدا خواننده را ملزم به انجام تعهد نماید. به‌عنوان مثال در زمینه الزام به برقراری روابط زناشویی گفته شده است: «بر شوهر واجب است ولو در هر چهار ماه یک‌بار با زنش نزدیکی کند، اگر از این کار امتناع ورزد زوجه حق دارد به حاکم شرع مراجعه کند تا او شوهر را بر ادای حق زوجه اجبار نماید.»<sup>۱</sup>

بدیهی است که در بسیاری از روابط میان زوجین، الزام از سوی دادگاه به دلیل خصوصی بودن روابط زن و شوهر در عمل ممکن نیست، لیکن به‌عنوان مرحله ابتدایی و اثبات نقض حقوق از سوی طرف مقابل اهمیت پیدا می‌کند.

## ۲-۱-۵. الزام زوج به طلاق

در صورتی که الزام زوج به انجام تکالیف قانونی مقدور نباشد، نوبت به ضمانت اجرای دیگر یعنی الزام زوج به طلاق زوجه می‌رسد. از آنجاکه درخواست طلاق از سوی زوجه در چارچوب‌های مشخص قانونی اماکن پذیر است، در ادامه به بررسی مبانی قابل اتکا برای این درخواست پرداخته می‌شود. دو مبنای استناد به عسر و حرج زوجه و استناد به سوء معاشرت زوج می‌توانند به‌عنوان مبنای الزام زوج ناشز به طلاق زوجه مورد توجه قرار گیرند.

### مبنای نخست: استناد به عسر و حرج زوجه

<sup>۱</sup> فتوای مذکور، پاسخ استفتای زیر از محضر آیت الله خامنه ای است که توسط نگارنده صورت پذیرفته است:

به نظر حضرت‌عالی مردی که با ترک رابطه جنسی موجبات اضرار زوجه را فراهم می‌آورد و ناشز محسوب می‌شود از مصادیق عسر و حرج می‌باشد؟

قاعده عسر و حرج یا قاعده لاحرج از قواعد ثانویه فقهی است. قاعده اولیه درباره طلاق آن است که اختیار آن در دست شوهر است. لیکن هرگاه دوام زناشویی برای زن موجب مشقت شدید باشد و شوهر زن را طلاق ندهد به عنوان یک قاعده ثانوی زن می‌تواند از حاکم تقاضای طلاق نماید (صفایی، ۱۳۹۳: ۲۳۵). مطابق ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوج باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوج به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود. مطابق تبصره همین ماده عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوج با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد. با اینکه عسر و حرج ناشی از عدم ارتباط جنسی با زوج در تبصره ذکر نشده ولی مطابق قسمت انتهایی تبصره، موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود حکم طلاق نماید (الحاقی ۸۱/۱۴/۲۹). گفتنی است که بند اول ماده ۱۱۳۰ پیش از اصلاحات کنونی<sup>۱</sup> بیان می‌داشت که در مواردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او هم بر ایفای آن ممکن نباشد زن حق مراجعه به حاکم برای طلاق را دارد. به زعم نویسندگان حقوقی سایر حقوق واجبه همان حقوق مربوط به رابطه جنسی بوده است.

بنابر فتاوی‌های معاصر نیز طلاق زوج از سوی حاکم پس از الزام و تعزیر، در صورت نشوز زوج صورت می‌پذیرد.<sup>۲</sup> (م. آ. قوه قضائیه، ۱۳۸۸: ۴۶) اگرچه در این فتوا به حق جنسی زن توجه

<sup>۱</sup> در تاریخ ۱۳۹۹/۸/۵ مجلس شورای اسلامی ماده واحده‌ای تحت عنوان قانون فهرست قوانین و احکام نامعتبر در حوزه سلامت را به تصویب رساند که ماده ۱۱۳۰ مصوب سال ۱۳۱۴ نیز در ردیف هفتادم این فهرست به چشم می‌خورد. لذا این تردید به میان می‌آید که آیا ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی که در سال ۸۱ مورد اصلاح قرار گرفته است به قوت خود باقی است یا بر مبنای این قانون نسخ می‌شود؟ در پاسخ به نظر می‌رسد که منظور قانون‌گذار صرفاً نسخ ماده مصوب در سال ۱۳۱۴ است که البته با اصلاح انجام شده در سال ۸۱ پیش از این نسخ شده است. لیکن تأمل در سایر بندهای این فهرست طولانی نشان می‌دهد که قانون‌گذار صرفاً در صدد تجمیع و فهرست نمودن قوانین نسخ شده، بوده است و بندهای مکرر دیگری از این فهرست نیز به موجب قوانین بعدی قبلاً نسخ شده بودند. با توجه به اهمیت ماده ۱۱۳۰، عدم ورود مجلس شورای اسلامی به موضوع و بحث نشدن پیرامون آن در صحن مجلس قرینه دیگری است مبنی بر اینکه ماده واحده به ماده ۱۱۳۰ اصلاحی سال ۸۱ نظر ندارد. در واقع مجلس شورای اسلامی در راستای انجام تنقیح قوانین در گام نخست اقدام به جمع‌آوری کلیه مواد و قوانین منسوخ نموده است تا در نهایت بتواند مجموعه‌های قانونی تنقیح شده را به تصویب برساند.

<sup>۲</sup> آیت‌الله مکارم شیرازی در استفتائی که از ایشان در رابطه با این سؤال: در صورتی که شوهر از انجام وظایف زوجیت سرباز زند به‌گونه‌ای که زوجه‌اش را معلق قرار دهد بفرمایید آیا ناشز است؟ چه آثاری دارد؟ و در این صورت زوجه می‌تواند درخواست طلاق نماید؟ بیان می‌دارند: «آری در این صورت زوج ناشز است و زوجه می‌تواند به حاکم شرع شکایت کند تا او را وادار به انجام وظیفه نماید و در صورت لزوم تعزیر



گردیده ولی خود نیز بیانگر صبر زن تا مرحله عسر و حرج در زندگی مشترک است. در این صورت زن باید تا مرز عسر و حرج صبر کند؛ گویی حقوق زوجه هم سایه و هم مرز با عسر و حرج است. ضمن اینکه اثبات عسر و حرج دشواری‌های خاص خود را دارد. (نوبهار، ۱۳۹۴: ۸۱) لذا داخل نمودن مسائلی نظیر ترک رابطه جنسی ذیل عنوان عسر و حرج با این ایراد روبه‌رو خواهد بود که زوجه به‌صرف محروم شدن از حقوق خود نمی‌تواند درخواست طلاق بدهد بلکه این محرومیت باید منجر به سختی و مضیقه برای او شده باشد. همین امر ضرورت پیش‌بینی عنوان مستقلی برای نشوز زوج را بیش از پیش نمایان می‌کند. در واقع قانون‌گذار در مواردی نظیر عدم پرداخت نفقه بدون توجه به ایجاد عسر و حرج در زوجه و صرفاً به‌دلیل ترک انفاق امکان درخواست طلاق را پیش‌بینی نموده است لیکن در خصوص حقوق دیگری نظیر حقوق جنسی سکوت اختیار نموده است. درحالی‌که این دسته از حقوق شاید به‌مراتب اهمیت بیشتری در سلامت و شادابی روانی زوجه داشته باشد.

در حال حاضر به استناد قسمت اخیر ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی هر امری که از نظر دادگاه عسر و حرج زوجه را در پی داشته باشد می‌تواند مستمسک تقاضای الزام زوج به طلاق قرار گیرد لیکن قاضی نمی‌تواند از این مرحله پیش‌تر رفته و صرف نشوز زوج را بدون تحقق عسر و حرج دستاویز صدور حکم قرار دهد. لذا شناسایی نهاد نشوز زوج در حقوق موضوعه می‌تواند مبنایی برای رفع این ایراد ایجاد نماید. تا رفع این نقیصه می‌توان استناد به سوء‌معاشرت زوج را راهی برای درخواست طلاق از سوی زوجه در صورت نشوز زوج در نظر گرفت؛

#### مبنای دوم: استناد به سوء‌معاشرت زوج

از مجموع امساک به معروف و تسریح به احسان این نتیجه حاصل می‌شود که احدی مجاز نیست همسرش را در شرایط غیرانسانی و توأم با سوء‌معاشرت نگه دارد. کما اینکه نمی‌تواند او را معلق و بلا تکلیف رها کند. (توجهی، ۱۳۸۹: ۲۳۷) درحالی‌که قانون راجع به نشوز مردان و نیازهای جنسی زن سکوت کرده است، فقه اسلامی ارضای نیازهای جنسی را هم برای مردان و هم زنان در خانواده واجب می‌داند. تأمین نیازهای جنسی، علاوه بر انگیزه شخصی زوجین یکی از اهداف اصلی شارع مقدس در ترغیب به ازدواج به شمار می‌رود تا در سایه تأمین این نیاز از فحشا و منکرات جلوگیری شود. در متون اسلامی به حق زوجین در این زمینه توجه شده است ولی نمایان شدن بیشتر این حق در خصوص زوج، موجب غفلت از حقوق جنسی زوجه گردیده است؛ بنابراین طبق این حق، شوهر نمی‌تواند بدون هیچ‌گونه عذری از مبادرت به آمیزش در حدود یاد شده استتکاف کند

کند. در صورتی‌که زوج به‌هیچ‌وجه حاضر نباشد امساک به معروف یا تسریح به احسان کند و زوجه در عسر و حرج قرار گیرد حاکم شرع می‌تواند او را طلاق دهد.»

حتی اگر از این منظر زوجه در ضرر و حرج قرار نگیرد. (حبیبی تبار، ۱۳۹۴: ۵۵) در نتیجه بی‌اعتنایی شوهر به زن نیز به او حق می‌دهد که به‌عنوان سوء‌معاشرت یا عدم ایفای وظایف زناشویی از دادگاه طلاق بخواهد و استناد شوهر به شرط ضمن عقد این آثار قانونی را از بین نمی‌برد. در واقع با وجود منابع معتبر فقهی شناسایی مفهوم نشوز زوج در حقوق موضوعه چندان دشوار نیست و دادگاه‌ها می‌توانند با استناد به این منابع در این زمینه اقدام به صدور رأی نمایند؛ «در خصوص طرح دعوی نشوز از سوی زوجه، قضات دادگاه‌های خانواده می‌توانند چنین دعوی را به استناد قاعده لزوم معاشرت به معروف (مصرح در ماده ۱۱۰۳) بپذیرند. (نوبهار ۱۳۹۴: ۶۶) استناد به ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی منبعث از اصل یکصد و شصت و هفت قانون اساسی<sup>۱</sup> در خصوص استناد به منابع معتبر اسلامی نیز می‌تواند مشکل فقدان نص صریح قانونی را در این زمینه رفع نماید. به بیان دیگر تا زمانی که نشوز زوج به معنی پیش گفته در قانون مورد تصریح قرار نگرفته است، قضات می‌توانند با توجه به تکلیف حسن معاشرت، اقدام به صدور رأی به لزوم حسن معاشرت میان زوجین نمایند که از جمله لوازم آن برقراری رابطه جنسی متعارف و مورد رضایت طرفین است.

#### ۲-۵. ضمانت اجرای کیفری نشوز زوج

پیش از این نیز گفته شد که برخی از مصادیق نشوز نظیر ترک انفاق واجد ضمانت‌اجراهای متعدد حقوقی و کیفری<sup>۲</sup> هستند. در خصوص مصادیق دیگر نشوز از جمله ترک رابطه جنسی، با نگاهی به متون فقهی مشاهده می‌شود برخی از فقها قائل به تعزیر زوج در صورت تحقق نشوز از سوی وی می‌باشند. صاحب جواهر تعزیر نمودن زوج ناشز را توسط حاکم تأیید نموده است.<sup>۳</sup> (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۰۷) امام خمینی (ره) نیز ضمن امکان وقوع نشوز از سوی زوج حکم به تعزیر وی از سوی حاکم را داده است. شهید ثانی استمرار مرد ناشز بر این حالت را موجب تعزیر از سوی حاکم دانسته‌اند. (توجهی، ۱۳۸۹: ۲۴۴)

<sup>۱</sup> اصل یکصد و شصت و هفتم: قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد 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.

<sup>۲</sup> بر اساس ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ هرکس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تادیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت گذشت وی از شکایت در هر زمان تعقیب جزائی یا اجرای مجازات موقوف می‌شود. تبصره - امتناع از پرداخت نفقه زوجه‌ای که به موجب قانون مجاز به عدم تمکین است و نیز نفقه فرزندان ناشی از تلقیح مصنوعی یا کودکان تحت سرپرستی مشمول مقررات این ماده است.

برخی با توجه به حق زوجه برای مطالبه حقوقش در صورت نشوز زوج در گام اول وعظ زوج توسط زوجه سپس با توجه به مؤثر نبودن رجوع به حاکم و الزام زوج و در صورت عدم تأثیر تعزیر زوج توسط حاکم به دلیل ارتکاب معصیت و در نهایت الزام وی به طلاق توسط دادگاه را لازم می‌دانند. (شاکری، ۱۳۹۳: ۱۹۶) همچنین علت جرم‌انگاری نشوز زوج را با وجود راه‌حلی چون طلاق، ایجاد جرم مانع و حفاظت از کانون خانواده و همچنین واکنش جامعه در مقابل سوءاستفاده از حقوق توسط افراد می‌دانند. (توجهی، ۱۳۸۹: ۲۴۸) این در حالی است که پیشنهاد جرم تلقی کردن نشوز زوج و تعیین مجازات برای آن اثری جز افزایش جرایم پیش‌بینی شده در قانون در حوزه روابط خانوادگی نخواهد داشت.

«واکاوی احکام فقهی ناظر به فقه خانواده نیز حاکی از اهتمام شریعت اسلام به حفظ خانواده و تحکیم بنیان آن است. از این رو در مسئله جرم‌انگاری رفتارهای سوء زوجین در نظام خانواده باید اصل را بر عدم جرم‌انگاری قرار داد چه آنکه جرم‌انگاری تخلفات خانوادگی، غالباً منتهی به فروپاشی خانواده و لااقل سرد شدن روابط زوجین و ایجاد بی‌اعتمادی و دشمنی و کینه‌توزی می‌شود. بر اساس این دیدگاه اعتدالی و واقع بینانه در صورتی که تخلفات زوجین به گونه‌ای باشد که پایه‌های خانواده و بنیاد آن را مورد هدف قرار دهد اصل عدم جرم‌انگاری را تخصیص می‌زند و مسئولیت کیفری را برای متخلف رقم می‌زند. بررسی آموزه‌های فقهی نشان می‌دهد که فقیهان با استناد به نصوص قرآنی و روایی، در مسائل جنسی و روابط نامشروع، به جرم‌انگاری رفتارهای زوجین روی آورده‌اند و در سایر موارد، راهکارهایی چون معاشرت به معروف علی‌رغم ناخوشایندی زوج از زوجه، گذشت، مصالحه و نیکویی در فرض خوف از نشوز زوج، تسالم، وعظ و بی‌اعتنایی توسط زوج در فرض نشوز زوجه، تشکیل محاکم خانوادگی در فرض شقاق و ناسازگاری طرفینی و نهایتاً طلاق را به‌عنوان ابغض الحلال برگزیده اند.» (صادقی و دیگران، ۱۳۹۷، ۹۲)

در صورتی که هدف از تنبیه زوج، بازگرداندن او به مسیر آشتی و تمایل به همسر است، استفاده از مجازات می‌تواند اثر معکوس داشته باشد، ضمن آنکه به لحاظ اجتماعی این برخورد می‌تواند شأن و منزلت زن را تنزل دهد. لذا پیش‌بینی ضمانت‌اجرای کیفری توصیه نمی‌گردد. بلکه روی آوردن به ضمانت‌اجراهای مؤثرتر و مفیدتر نظیر دریافت خسارت در صورت ورود ضرر مادی و معنوی به زوجه و نیز صدور حکم الزام به طلاق به صرف نشوز زوج و بدون تحقق عسر و حرج، مناسب به نظر می‌رسد. درعین حال ممکن است دریافت خسارت نیز در روابط میان زوجین ضمانت‌اجرای مؤثری به شمار نیاید زیرا صرف نظر از استقلال مالی زوجه از یک‌سو در یک زندگی متعارف، اموال زن و شوهر مشترکاً به تأمین نیازهای خانواده اختصاص می‌باید و از سوی دیگر ضمانت‌اجراهای

مالی ممکن است به‌عنوان اهرم فشار جهت دستیابی به اهداف دیگر نظیر طلاق مورد استفاده طرفین قرار گیرد. در نتیجه در پیش‌بینی و به‌کارگیری این ابزار لازم است نهایت احتیاط به عمل آید. علاوه بر این وعظ و نصیحت، الزام به شرکت در کلاس‌های آموزش خانواده و ارجاع به روانشناس می‌تواند در حل مسئله مفید فایده باشد.

درواقع صرف جرم‌انگاری بدون پیش‌بینی حمایت‌های لازم از بزه‌دیده نمی‌تواند اثرات مخرب یک عمل را کاهش داده یا از بین ببرد. به‌عنوان مثال تعزیر زوج اگر منجر به آشتی و سازش یا طلاق نشود اثرات مخربی بر ادامه زندگی خانوادگی خواهد داشت.

### نتیجه

با توجه به آنچه بیان گردید روشن است هدف شارع مقدس در وضع حقوق و تکالیف زوجین، ایجاد آرامش و انسجام و مودت در کانون خانواده است. همان‌گونه که نشوز زوجه این آرامش و مودت را از بین می‌برد و قانون‌گذار برای رفع آن به چاره‌جویی و پیش‌بینی ضمانت اجرا برآمده است، نشوز زوج نیز می‌تواند سبب گسستگی بنیان خانواده و در تنگنا قرار گرفتن زن شود. با توجه به پذیرش و شناسایی مفهوم نشوز زوج و تعیین مصادیق آن توسط فقها به استناد آیات قرآن کریم و روایات، امکان شناسایی این نهاد در حقوق موضوعه نیز وجود دارد؛ بلکه ضرورت آن احساس می‌شود. درعین حال ضروری است که تفاوت‌های زن و مرد از حیث جسمی و روحی که منشا تفاوت در احکام و مقررات ناظر به آن‌هاست مورد توجه قرار گیرد.

تشخیص و تفکیک آن دسته از تعهدات ناشی از عقد ازدواج که تخطی از آن‌ها، نشوز تلقی می‌شود، علاوه بر بررسی منابع روایی و یافتن حکم شرع در این خصوص، نیازمند توجه به اهمیت هر یک از تعهدات و آثار متعدد روانی، جسمی و اجتماعی ناشی از ترک این تکالیف است.

در حال حاضر قانون‌گذار تعهدات مالی زوج را بیش از تعهدات غیرمالی واجد اهمیت دانسته و برای آن ضمانت‌اجرا پیش‌بینی نموده است. ریشه این رویکرد هر چه باشد به‌طریق اولی در تعهدات غیرمالی نیز می‌تواند مورد توجه قرار گیرد. مبنای اصلی پیشگیری از قرار گرفتن زوجه در موقعیت متزلزل و بلا تکلیفی است و بر این اساس می‌توان توجه به صلح و سازش و حفظ خانواده را محور اصلی قرار داد و پیرامون این محور انجام مشاوره‌های روانی، پزشکی، عاطفی و... را پیش‌بینی کرد. لیکن در نهایت هرگاه بازگرداندن زوج به مسیر زندگی مشترک متعارف، ممکن نشد، حسب مورد برای زوج ناشز، الزام به انجام تکالیف، الزام به طلاق، پرداخت خسارت و نظایر آن در نظر گرفت. تا هنگام اصلاح قوانین در این خصوص، استناد به تکلیف کلی حسن معاشرت و الزام زوج به انجام این تعهد می‌تواند راهی برای قضات دادگاه‌ها برای صدور آرای منصفانه در این زمینه باشد.

## منابع

- احمدیه، مریم و اسحاقی، محمد (۱۳۹۵)، «تطورات مفهوم نشوز در ادوار مختلف فقه شیعه»، *مجله مطالعات زن و خانواده*، دوره ۴، شماره ۱.
- اله مرادی، ام بنین و احدی، سیف‌الله (۱۳۹۴)، «اختیار قاضی برای طلاق در صورت نشوز زوج و مشروط نبودن آن به عسر و حرج زوجه»، *مجله فقه و حقوق خانواده*، سال ۲۰، شماره ۶۲.
- امیری، حسین (۱۳۸۹)، «حقوق جنسی زن و شوهر در اسلام»، *ماهنامه معرفت*، سال ۱۹، شماره ۱۵۴.
- توجیهی، عبدالعلی (۱۳۸۹)، «لزوم جرم‌انگاری نشوز زوج»، *مجله مطالعات راهبردی زنان*، دوره ۱۲، شماره ۴۸.
- ثمنی، لیلا (۱۳۹۷)، «مضاجعه و چالش‌های آن در فقه امامیه»، *مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده*، سال ۱، شماره ۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۳)، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: نشر بنیاد راستاد.
- حبیبی تبار، جواد و فراهانی، انسیه (۱۳۹۴)، «قانون حمایت خانواده و ضمانت‌اجرای مؤثر در مورد نشوز زوج»، *مجله مطالعات اسلامی زنان و خانواده*، دوره ۲، شماره ۱.
- خمینی، روح‌الله (۱۳۹۲)، *ترجمه تحریرالوسیله (کتاب النکاح)*، جلد ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
- شاکری گلپایگانی، طوبی، کاردوانی، راحله و وکیلی، وحید (۱۳۹۳)، «بررسی فقهی-حقوقی گستره نشوز زوجین و شیوه مواجهه با آن»، *فصلنامه مطالعات راهبردی زنان*، شماره ۶۴.
- شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹.ق)، *کتاب نکاح*، جلد ۵، قم: مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز.
- شریعتی، الهام، ولی حصار، مرضیه (۱۳۹۶)، *حقوق جنسی زوجین در فقه و حقوق موضوعه*، تهران: انتشارات خورسندی.
- شکری، فریده و مؤمن، رقیه سادات (۱۳۹۰) «نقش قاعده لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص» *فصلنامه علمی-پژوهشی مطالعات راهبردی زنان (کتاب زنان سابق)*، شماره ۵۱.
- صادقی موحد، خدیجه، صدری، سید محمد، باقری، احمد و امیرپور، حیدر (۱۳۹۷) «امکان سنجی جرم‌انگاری در حوزه حقوق خانواده»، *مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۵۴.
- صفایی، حسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۳)، *مختصر حقوق خانواده*، تهران: نشر میزان.
- طباطبائی، سید محمدحسین (۱۳۴۸)، *ترجمه تفسیر المیزان*، محمدجواد حجتی کرمانی، جلد ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، *حقوق خانواده*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ۳.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰)، *بررسی فقهی حقوق خانواده*، تهران: نشر علوم اسلامی.
- معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۸)، *رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده*، جلد ۹، تهران: انتشارات جنگل.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۸)، *شرح آیات منتخب قرآن کریم*، تهران: انتشارات نشتا.

- مهدوی، حمید (۱۳۹۳)، فرهنگ مبین، تهران: نشر احسان.
- نوبهار، رحیم و حسینی، ام‌البین (۱۳۹۴)، «قاعده لزوم معاشرت به معروف در روابط زن و شوهر»، فصلنامه خانواده‌پژوهی، دوره ۱۱، شماره ۱.
- نوبهار، رحیم و حسینی، ام‌البین (۱۳۹۷)، «حدود روابط جنسی زن و شوهر در چهارچوب قاعده معاشرت به معروف»، فصلنامه خانواده‌پژوهی، دوره ۱۴، شماره ۱.
- هدایت‌نیا، فرج‌الله و سید علی زاده گنجی، سید جواد (۱۳۹۲)، «نشوز زوج در فقه و حقوق خانواده جمهوری اسلامی ایران»، مجله حقوق اسلامی، دوره ۱۰، شماره ۳۷.
- وحیدی فردوسی، عبدالهادی و نعیمی، زکیه (۱۳۹۹)، «نقدی بر سیر تکوین حقوق خانواده ایران در دوران معاصر»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۰.
- 
- **عربی**
- ابوالفتح رازی، حسین ابن علی (۱۳۶۵)، روض الجنان و روح الجنان، جلد ۶، مشهد: آستان قدس رضوی (بنیاد پژوهش‌های اسلامی).
- ازهری، محمد ابن احمد (بی‌تا)، تهذیب اللغة، جلد ۸، بیروت: دار احیا التراث العربی.
- حر عاملی، محمد ابن الحسن (۱۴۰۳)، وسائل الشیعه، جلد ۱۴ و ۱۵، قم: المکتبه الاسلامیه.
- حویزی، عبدالعلی بن جمعه (۱۴۱۵)، تفسیر نور الثقلین، جلد ۱، قم: نشر اسماعیلیان.
- شوشتری، محمدتقی (۱۴۰۶ ه.ق)، النجعه فی شرح المعه، جلد ۹، تهران: مکتبه الصدوق.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۳ ه.ق) التبیان فی تفسیر القرآن، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طبیب، سید عبدالحسین (۱۳۷۸)، اطیب البیان فی تفسیر القرآن، جلد ۶، تهران: انتشارات اسلام، چاپ ۲.
- فراهیدی، خلیل ابن احمد (۱۳۸۳)، العین، جلد ۱ و ۶، قم: نشر هجرت.
- قمی مشهدی، محمد بن محمد رضا (۱۳۶۸)، کنزالدقائق و بحر الغرائب، جلد ۳، تهران: سازمان چاپ و انتشارات.
- کلینی رازی، محمد ابن یعقوب بن اسحاق (۱۳۸۸)، فروع کافی، جلد ۶، تهران: نشر قدس.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۳۴۶)، شرایع الاسلام، ابوالقاسم ابن احمد یزدی، تهران: دانش‌پژوه
- نجفی، محمد حسن بن باقر (۱۳۶۲)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۳۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی
-

## جایگاه قاعده داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت در حقوق تجارت با تأکید بر رویه قضایی

عیسی مقدم\*

### چکیده

مطابق قاعده داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت شخص مجاز نیست بدون سببی قانونی به زیان دیگری دارا شود. نخستین مسئله‌ای که مطرح می‌شود وجود و قلمرو قاعده در حقوق تجارت با توجه به اختلاف نظر موجود در این زمینه در حقوق ایران است. مسأله دیگر این است که با توجه به تبعیت موضوعات تجاری از اصول و موازین خاص، آیا از جهت ماهیت و مبنا و چگونگی داراشدن ناعادلانه تفاوتی بین تجارت و غیر تجارت وجود دارد یا نه؟ بررسی این موارد برای فراهم آمدن امکان تشخیص درست مصادیق داراشدن ناعادلانه در موضوعات تجاری ضرورت دارد. روش پژوهش توصیفی - تحلیلی است و برای جمع آوری داده‌های تحقیق از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است. مهم‌ترین نتایج حاصله آن است که در مورد وجود آن در حقوق تجارت نباید تردید کرد، چون مواردی وجود دارد که تنها منطبق بر همین قاعده است. همچنین، قاعده در حقوق تجارت جنبه تکمیلی و فرعی دارد و نباید به گونه‌ای اعمال شود که باعث اختلال در نظام حقوقی شود. از جهت ماهیت هر چند تفاوتی بین داراشدن ناعادلانه در تجارت با غیر آن دیده نمی‌شود، ولی از نظر چگونگی داراشدن در مواردی تفاوت وجود دارد که برای احراز آن باید مورد توجه قرار گیرد. مبنای قاعده در تجارت، علاوه بر جنبه جبران زیان از زیان دیده، حمایت از مصلحت کلان تجارت نیز است که بر اهمیت آن می‌افزاید. به علاوه، دعوی استفاده بدون جهت در امور تجاری یک دعوی مدنی است و

\* استادیار گروه حقوق، دانشکده\*\*\*، دانشگاه گیلان، رشت، ایران

شرایط آن طبق ادله اثبات دعوی مدنی باید احراز شود، لذا از صلاحیت دادگاه‌های تخصصی تجاری خارج است. با وجود این، به جهت دشواری که برای تشخیص آن در امور تجاری وجود دارد، بهتر است در مقررات مربوطه، این امر در صلاحیت این دادگاهها گنجانده شود.

**واژگان کلیدی:** دارا شدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت، رویه قضایی، اسناد تجاری، شرکت تجاری، ورشکستگی

### مقدمه

ساماندهی درست جابه‌جایی اموال بین اشخاص از موضوعات مهم حقوقی است، چون نظم اجتماع و امنیت روانی افراد به آن وابسته است. یکی از قواعد شناخته شده در این زمینه قاعده دارا شدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت است. مطابق این قاعده، شخص مجاز نیست بدون سببی قانونی به زیان دیگری دارا شود.

در مورد این قاعده نخستین مسئله‌ای که مطرح می‌شود وجود یا عدم وجود آن به‌عنوان یک قاعده حقوقی در نظام حقوقی ایران و از جمله حقوق تجارت است. در این زمینه هر چند نظر مشهور بر وجود آن است، ولی عقیده مخالف نیز وجود دارد (خندانی، ۱۳۹۰: ۱۱۶). مسأله دوم گستره آن است. آیا این قاعده باید به‌عنوان یک قاعده اصلی به رسمیت شناخته شود یا به‌عنوان یک قاعده تکمیلی و فرعی. بر فرض مثبت بودن پاسخ دو پرسش بالا، مسأله دیگری که مطرح می‌شود، چگونگی اعمال آن در قلمرو حقوق تجارت است. پیچیدگی‌های طبیعی دنیای تجارت که بخش اصلی آن ناشی از اصل سرعت در تجارت است، بر میزان و حتی در مواردی بر نحوه دارا شدن ناعادلانه نیز تأثیر می‌گذارد که احراز آن را با دشواریهایی روبه‌رو می‌کند و دادگاهها نیز در مورد آنگاه دچار اشتباه می‌شوند.

علت این امر آن است که مقررات تجاری ما به‌طور عمده از کشورهای اروپایی گرفته شده است و دارای مبانی متفاوتی است. برای مثال، شرکت تجاری برخلاف شرکت مدنی دارای شخصیت حقوقی است و این امر باعث می‌شود که مسائل متفاوتی را ایجاد کند. یا اسناد تجاری مانند چک و سفته و برات و اعتبارات اسنادی تفاوت‌های مهمی با عقود مانند حواله و ضمان دارند. ورشکستگی نیز به همین صورت. بنابراین لازم است قاعده دارا شدن ناعادلانه در این موضوعات به‌طور جداگانه مورد واکاوی قرار گیرد. در مقررات ما نیز اصطلاح استفاده بلاجهت تنها در ماده ۳۱۹ قانون تجارت



در مبحث برات و سفته و چک آمده است<sup>۱</sup> که می‌تواند دلیلی بر جایگاه خاص آن در حقوق تجارت باشد.

در این پژوهش، ابتدا موضوعات کلی مربوط به آن شامل مفهوم، قلمرو و شرایط داراشدن ناعادلانه، وجود یا عدم وجود قاعده در فقه و حقوق مدنی و حقوق تجارت، چگونگی داراشدن ناعادلانه و جنبه تکمیلی و فرعی آن در حقوق تجارت بررسی می‌شود، و سپس برای شناخت بهتر آن، مصادیقی از آن در موضوعات مختلف تجاری مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱- مفهوم داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت

داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت دارای معنای عام و خاص است. «در معنای عام شامل ایفای ناروا، اداره مال غیر و استیفای از مال یا عمل غیر و همچنین استفاده بلاجهت به معنای خاص است». (صفایی، رحیمی، ۱۳۹۹: ۴۹). در معنای خاص عبارت از این است که «شخصی بدون سبب به زیان دیگری دارا شود و شخصی که داراشدن به زیان اوست دعوای دیگری برای مطالبه جبران ضررش در اختیار نداشته باشد» (صفایی، رحیمی، ۱۳۹۹: ۴۹).

در دارا شدن ناعادلانه، مبنای مسئولیت شخص انتفاع ناروایی است که از مال یا یا کار دیگری برده است و تنها به همین اندازه می‌توان به او رجوع کرد. برخلاف مسئولیت مدنی در معنای خاص که مبنا ورود ضرر به زیان‌دیده است و هدف جبران زیان از او است، خواه عامل ورود زیان از آن نفعی برده باشد یا نبرده باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۰۹). بنابراین عنصر اصلی در دعوای استفاده بدون جهت دارا شدن شخص است و احیاناً اگر چنین امری تحقق نیافته باشد، دارا شدن ناعادلانه نیز منتفی است.

### ۲- شرایط تحقق دارا شدن ناعادلانه

این شرایط عبارت است از:

<sup>۱</sup> - مطابق این ماده: «اگر وجه برات یا فته طلب یا چک را نتوان به واسطه حصول مرور زمان اموال منقوله مطالبه کرد، دارنده برات یا فته طلب یا چک می‌تواند تا حصول مرور زمان اموال منقوله وجه آن را از کسی که به ضرر او استفاده بلاجهت کرده است مطالبه نماید».

الف- دارا شدن: منظور افزوده شدن به دارایی شخص است. دارا شدن عبارت از بردن هرگونه نفعی است که قابل ارزیابی به پول باشد، خواه این نفع، مقداری پول و ارزش مالی باشد یا نفع معنوی و ناشی از کار دیگری (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۲۵).

ب- کاسته شدن از مال دیگری: برای تحقق اکل مال به باطل، صرف افزایش دارایی کافی نیست، بلکه در مقابل افزایش باید از دارایی دیگری کاسته شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۲۷). همچنین چون کلمه مال به طور مطلق آمده است، بنابراین هر آن چیزی که عرفاً مال محسوب شود، مشمول قاعده است. مال چیزی است که ارزش اقتصادی داشته و قابل ارزیابی به پول باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۵۹۵).

ج- وجود ارتباط میان افزایش و کاهش: « دارا شدن شخص باید نتیجه مستقیم کاسته شدن دارایی دیگری باشد، یعنی بین افزوده شدن دارایی شخص و کاسته شدن دارایی دیگری رابطه علت و معلول موجود باشد و به همان مقدار که شخص مزبور دارا می شود از دارایی طرف دیگر کاسته شود » (امامی، ۱۳۵۳: ۳۵۴، خندان، ۱۳۹۰: ۹۵، مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۴). در واقع، مدعی باید ثابت کند که غنای ایجاد شده از فقر او به دست آمده است یا به بیان دیگر، ارزشی که تحصیل شده به او تعلق دارد و به ناحق انتقال یافته است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۳۰).

د- فقدان سبب قانونی برای دارا شدن: منظور از غیرعادلانه یا بدون جهت این است که دارا شدن بدون سبب قانونی باشد (صفایی، ۱۳۶۴: ۱۵، شیرازی، ۱۳۶۴: ۱۱۴). چون به طور متعارف برای انتقال مال از یک شخص به شخص دیگر باید سبب قانونی وجود داشته باشد، و در صورت نبود سبب، دریافت کننده مکلف به بازگرداندن آن خواهد بود.

نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که دعوای دارا شدن ناعادلانه در امور تجاری یک دعوای مدنی است و شرایط آن طبق ادله اثبات دعوای مدنی باید اثبات شود.

### ۳- قلمرو اعمال قاعده

اعمال قاعده از دو زاویه می‌تواند مورد توجه قرارگیرد.

زاویه نخست مربوط به استنتاج حکم وضعی موضوعات است. پرسش این است که آیا برای اموری مانند صحت و بطلان می‌توان به آن استناد کرد؟ در این زمینه موضع قانون مشخص نیست و نظر حقوق دانان نیز متفاوت است. بیشتر حقوق دانان با فرعی دانستن قاعده و اختصاص قاعده به ضمان دریافت کننده مال به بازگرداندن مالی که به ناروا دریافت شده است ظاهراً آن را برای استنتاج حکم وضعی شایسته ندانسته اند (صفایی، ۱۳۶۴: صص ۱۳-۱۲ کاتوزیان، ۱۳۷۴: صص ۲۰۹-۲۰۸).

(۲۰۲)، ولی برخی در مواردی برای این منظور به آن استناد کرده اند. برای مثال، در فرضی که در شرکت‌های تجاری برای بعضی شرکا قرار باشد امتیازی مبنی بر دریافت سود به نسبتی بیش از آورده در نظر گرفته شود، سؤال این است که آیا ایجاد این امتیاز برای شریک باید مابه ازای مشروع و معینی داشته باشد یا نه؟ به موجب یک نظر شرط مطالبه سود به نسبتی بیش از آورده باید مابه ازای مشروع و معینی داشته باشد (کاویانی، ۱۳۸۹: ۲۳۹). البته ایشان مبنای حقوقی نظر خود را بیان نکرده است، ولی به نظر می‌رسد قاعده داراشدن ناعادلانه است، چون قواعد دیگر به آن ارتباط ندارد. خاطر نشان می‌گردد برخی چنین اعتقادی ندارند و ایجاد امتیاز را منوط به مابه ازای نمی‌دانند (اسکینی، ۱۳۸۰: ۳۲).

به نظر می‌رسد استناد به قاعده برای بیان حکم وضعی، به طور استثنایی و در صورتی که با قواعد دیگر تداخل پیدا نکند بدون اشکال است و دلیل موجهی برای عدم امکان استناد به آن وجود ندارد. چون اگر به این قاعده برای ضمان دریافت کننده مال به ناروا به دست آمده بتوان استناد کرد، منطقیاً برای استنتاج حکم وضعی سببی که باعث این داراشدن می‌شود نیز باید بتوان تمسک کرد. در فقه گاه برای این منظور به منع اکل مال به باطل که تا اندازه‌ای مشابه داراشدن ناعادلانه است استناد شده است. برای مثال، شیخ انصاری برای اثبات حق فسخ برای شخصی که در معامله مغبون شده است به آن استناد کرده است (انصاری، ۱۴۱۱ ه.ق: ۳۷۲-۳۷۱).

زاویه دوم، استناد به آن برای در نظر گرفتن مسئولیت به بازگردان مال برای شخصی است که بدون سبب مشروع و قانونی به زیان دیگری دارا شده است. به نظر می‌رسد آنچه در حقوق ما مورد توجه قرار گرفته است، استناد به آن برای این منظور و به عنوان یک قاعده تکمیلی است.

#### ۴- بررسی وجود یا عدم وجود قاعده در فقه امامیه، حقوق مدنی و حقوق تجارت

##### ۴-۱ در فقه امامیه

قاعده‌ای با عنوان داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت در فقه وجود ندارد، ولی این امر به معنای آن نیست که فقه نسبت به این موضوع بی توجه باشد. در فقه قاعده حرمت اکل مال به باطل وجود دارد که اشخاص را از خوردن اموال یکدیگر به باطل نهی می‌کند و برای بیان حکم تکلیفی و وضعی موضوعات و همچنین ضمان دریافت کننده مال توسط فقها مورد استناد قرار گرفته است. مانند حرمت تصرف در مال دیگری بدون مجوز (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ه.ق: ۳۴۱)، حرمت خرید و فروش آلات عبادات و صلیب و صنم و خرید و فروش میت و اکل باطل در خیار عیب به (سلیمانی و دیگران، ۱۳۹۵: صص ۴۲-۴۰) و حرمت قمار (نجفی، ۱۴۰۵ ه.ق: ۱۰۹)، در نظر گرفتن حق

فسخ برای شخصی که در معامله مغبون شده است (انصاری، ۱۴۱۱ ه.ق: ۳۷۲-۳۷۱)، تکلیف مستأجر به پرداخت اجرت المثل در اجاره‌ای که باطل است و مستأجر از عین مستأجر استفاده کرده باشد (نجفی، ۱۴۰۵ ه.ق: ۲۴۷-۲۴۶). از نظر برخی قاعده حرمت اکل مال به باطل از قواعد عمومی باب معاملات است و حتی برای تعدیل قرارداد می‌تواند مورد استناد قرار گیرد (نوبهار، ۱۳۸۹: ۱۴۱-۱۴۳).

هرچند به نظر می‌رسد قاعده حرمت اکل مال به باطل و داراشدن ناعادلانه دارای منطق مشترکی هستند و از این رو مصادیق مشترک آن دو زیاد است، ولی به‌طور کامل آن دو را نمی‌توان یکی دانست، چون همان‌گونه که گفته شد، قاعده دارا شدن ناعادلانه در حقوق از منابع مسئولیت مدنی و عمدتاً برای ضمان شخصی که به‌طور ناعادلانه به زیان دیگری دارا شده است، به بازگرداندن مال مورد استناد قرار می‌گیرد، در حالیکه قاعده اکل مال به باطل در زمینه‌های بسیاری مورد استناد است. علاوه بر این، مواردی وجود دارد که استفاده بلاجهت است ولی مشمول تعریف اکل مال به باطل نیست. برای مثال، در فرضی که مسافری برای نجات کشتی و مسافران، ناچار شود کالای خود را به دریا اندازد، اگر معتقد باشیم خسارت تلف کالا برعهده تمام مسافران است که از آن استفاده برده اند، این امر استفاده بدون جهت است، ولی اکل مال به باطل نیست.

## ۲-۴ در حقوق مدنی

در مقررات مدنی از استفاده بدون جهت یا داراشدن ناعادلانه نام برده نشده است و به همین علت در مورد وجود آن اختلاف نظر وجود دارد.

باید توجه کرد آنچه محل مناقشه است وجود دارا شدن ناعادلانه به‌عنوان یک قاعده حقوقی مکمل قواعد حقوقی دیگر است و نه جواز داراشدن ناعادلانه. در واقع آنانی که وجود قاعده را منکر هستند، معتقدند به جهت آنکه قواعد دیگر مانند ضمان ید، ید، و... به‌طور کامل قاعده داراشدن ناعادلانه را پوشش می‌دهد، لذا با وجود آن‌ها دیگر نیازی به این قاعده در نظام حقوقی ایران وجود ندارد. برای مثال، قاعده ید بخش زیادی از آن را پوشش می‌دهد و همچنین قواعد دیگر. در واقع، اختلاف موافقین و موافقین در پذیرش استفاده بدون جهت به‌عنوان یک قاعده تکمیلی است و در لزوم پذیرش آن به‌عنوان یک قاعده اخلاقی در شکل‌گیری نهادهای حقوقی یا نقد و اصلاح آن‌ها اختلافی نیست (صفایی، رحیمی، ۱۳۹۹: ۵۴).

به نظر می‌رسد در قانون مدنی نمونه‌هایی وجود دارد مانند مواد ۳۳ درباره زراعت با حبه غیر، ۱۷۲ در مورد هزینه‌های نگهداری حیوان گم شده، ۳۰۱ تا ۳۰۵ در مورد ایفای ناروا، ۳۰۶ درباره

اداره مال غیر و ۳۶ و ۳۳۷ در خصوص استیفای از عمل یا مال غیر، که می‌توان آن‌ها را به معنای پذیرش آن در حقوق مدنی و حتی در نظام حقوقی ایران دانست، چون این موارد تحت پوشش قواعد دیگر نیست و تنها بر مبنای قاعده مورد بحث قابل توجیه است. همچنین، برخی امکان مراجعه اصیل به بایع فضولی برای دریافت بهای روز ملک را بر مبنای دارا شدن ناعادلانه ممکن دانسته اند (بادینی، خاکباز، ۱۳۹۸: ۱۰۱).

باید افزود که در قانون مدنی مواردی وجود دارد که علی الظاهر قاعده پذیرفته نشده است. برای مثال، ماده ۳۱۴ قانون در مورد زیادتی حاصل از عمل متصرف با حسن نیت که در حکم غاصب است، یا بخش اول ماده ۳۰۶ درباره اداره مال غیر در حالتی که امکان تحصیل اجازه مقدر بوده یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نباشد.

با وجود این، موارد یادشده به معنای نفی پذیرش قاعده توسط قانون‌گذار نیست. چون علت عدم تعلق زیادتی به متصرف، حمایت هر چند افراطی از مالکیت در برابر غصب است و علت اداره مال غیر محسوب نشدن موارد گفته شده جلوگیری از دخالت نابجای اشخاص در اموال دیگران است. (برای دیدن نظر مخالف ر.ک. صفایی، رحیمی، ۱۳۹۹: صص ۵۴-۵۳).

بنابراین، قاعده می‌تواند به‌عنوان یک قاعده تکمیلی در حقوق مدنی پذیرفته شود.

### ۳-۴ در حقوق تجارت

ماده ۳۱۹ قانون تجارت در ارتباط با برات و سفته و چک به‌صراحت از استفاده بلاجهت نام برده است. علت تصریح قانون‌گذار آن است که در این اسناد مواردی اتفاق می‌افتد که تنها بر اساس دارا شدن ناعادلانه قابل توجیه است و منطبق بر قواعد دیگر نیست. برای مثال، در صورتی که صادرکننده چک، وجه آن را به بانک محال علیه رسانیده باشد و تا زمان مطالبه آن توسط دارنده، اقدام به بازگرداندن آن نکرده باشد، در این حالت اگر بانک از پرداخت آن به علت ناموجهی خودداری کند، از آن‌جا که بانک وجهی را دریافت کرده که در قبال آن عوضی پرداخت نکرده، لذا استفاده بدون جهت کرده است و دارنده سند حق مطالبه وجه آن را از او دارد (مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۵). این مورد مشمول هیچیک از قواعد حقوقی دیگر و حتی ایفای ناروا نیست و تنها بر مبنای استفاده بدون جهت قابل توجیه است.

این ماده در مورد امکان اعمال قاعده یادشده حداقل در مورد برات و سفته و چک جای تردید باقی نمی‌گذارد. ولی در مورد بخش‌های دیگر حقوق تجارت امکان اعمال قاعده همچنان ممکن است تردید شود. به نظر می‌رسد چون برات و سفته و چک خصوصیتی ندارند که موضوع را ویژه

آن‌ها بدانیم، از این‌رو در صورتی که در موضوعات تجاری دیگر و حتی غیرتجاری شرایط اعمال آن وجود داشته باشد، قابل اعمال خواهد بود.

### ۵- چگونگی داراشدن ناعادلانه در تجارت

از نظر ماهیتی تفاوتی بین داراشدن ناعادلانه در تجارت و غیر آن وجود ندارد، چون نفس عمل یکی است. ولی از نظر چگونگی آن به نظر می‌رسد این امر در تجارت در برخی موارد از پیچیدگی بیشتری برخوردار است و برای احراز آن باید بیشتر دقت کرد.

توضیح قضیه آن است که در مواردی استفاده بدون جهت در تجارت مشابه مواردی است که در امور مدنی دیده می‌شود، برای مثال، در فرضی که برای شریک شرکت تجاری امتیازی مبنی بر دریافت سود به نسبتی بیش از آورده در نظر گرفته شود، بدون آنکه مابه ازای مشروع و معینی داشته باشد، ممکن است به جهت مغایرت با قاعده نادرست دانسته شود. چگونگی دارا شدن ناعادلانه در اینجا تفاوتی با موارد دیگر نمی‌کند.

ولی در بعضی موارد موضوع دچار پیچیدگی می‌شود. برای مثال، در ازای معامله‌ای چکی از سوی شخص الف در وجه ب صادر می‌شود و او آن را به شخص ج منتقل می‌کند. معامله بین الف و ب فسخ می‌شود. ج با مراجعه صادرکننده (الف) و بر اساس اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل دارنده ثالث با حسن نیت وجه چک را از او دریافت می‌کند. در این فرض، چون الف در واقع، بدهی ب به ج را پرداخت کرده است و ب به زیان الف دارا شده است، پس الف حق مراجعه به ب را خواهد داشت. همان‌گونه که در این مثال معلوم می‌شود، تشخیص دارا شدن ناعادلانه آسان نیست و نیازمند تجزیه و تحلیل موضوع با توجه به ویژگی‌های اسناد تجاری است.

علت دشوار بودن احراز دارا شدن ناعادلانه در این موارد متعدد است.

یکی از علت‌ها، تبعیت موضوعات تجاری از ویژگی‌های خاص است. برای مثال، برات و سفته و چک تابع ویژگی‌هایی مانند ویژگی عمل به ظاهر، وصف تجریدی، اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل دارنده ثالث با حسن نیت و... است که تحلیل مسائل مربوط به آن‌ها از جمله احراز استفاده بدون جهت را دشوار می‌کند.

علت دیگر به نظر این است که در امور تجاری ما با یک عمل صحیحی روبه‌رو هستیم که در ضمن آن استفاده بلاجهتی اتفاق افتاده است مانند مثال بالا، و می‌خواهیم با حفظ رابطه حقوقی، در ضمن آن استفاده بلاجهت را پیدا کنیم. در حالی که در موارد غیر تجاری به‌طور معمول این‌گونه

نیست. برای مثال، در معامله باطل، هر یک از طرفین باید مالی که دریافت کرده را بازگرداند، وگرنه مستلزم داراشدن ناعادلانه خواهد بود.

درواقع، در تجارت هدف این است که حتی المقدور از ابطال اعمال تجاری خودداری شود، چون به زیان تجارت است. در عوض، راهکار غیرمستقیم استفاده بدون جهت به عنوان وسیله جبرانی در اختیار زیان دیده قرار می‌گیرد. از سوی دیگر، طراحی سازوکارهای تجاری مانند اسناد تجاری، تصفیه و... برای این است که موضوعات تجاری را با رعایت اصل سرعت از لحاظ تجاری ساماندهی کند، که پایان یافتن یک عمل طبق این سازوکارها، لزوماً به معنای ذیحق نبودن اشخاص از نقطه نظر مدنی نیست. برای مثال، طراحی نهاد تصفیه برای این است که تکلیف بدهی‌ها و مطالبات و اموال شرکت منحل شده سریع تر مشخص شود، چون بلا تکلیف گذاشتن آن‌ها به ضرر تجارت است. ولی همواره این احتمال وجود دارد که تعدادی از طلبکاران در فرایند تصفیه شرکت نکرده باشند، یا بر فرض شرکت، موفق به دریافت تمام طلب خود نشده باشند. در این موارد بدون آنکه بتوان به اصل تصفیه خدشه وارد کرد - البته بر فرض اینکه با رعایت کامل شرایط قانونی صورت گرفته باشد - راهکار استناد به قاعده مورد بحث - در صورت وجود شرایط - در دسترس خواهد بود.

#### ۶- جنبه تکمیلی و فرعی قاعده در حقوق تجارت

در نظام حقوقی ما و از جمله در حقوق تجارت این قاعده جنبه تکمیلی دارد و نباید به گونه‌ای اعمال شود که باعث به هم ریختن سازمان حقوقی کشور شود. «اندیشه جلوگیری از استفاده بی جهت محاط در نظام حقوقی است و بر سایر قواعد حکومت ندارد... و نمی‌توان کاری را که قاعده خاصی مباح شناخته است (مانند معامله مبتنی بر تراضی) به استناد این قاعده کلی ممنوع ساخت.» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۰۵). بر این اساس، دعوی داراشدن ناعادلانه جنبه فرعی دارد (صفایی، ۱۳۶۴: ۱۷) و در مواردی قابل اعمال است که مدعی عنوان دیگری برای طرح دعوی نداشته باشد (خندان، ۱۳۹۰: ۱۱۷). نحوه نگارش ماده ۳۱۹ قانون تجارت نیز نشان‌دهنده این امر است. طبق این ماده: «اگر وجه برات و فته طلب و چک را نتوان به واسطه حصول مرور زمان پنج سال مطالبه کرد، دارنده برات یا فته طلب یا چک می‌تواند تا حصول مرور زمان اموال منقوله وجه آن را از کسی که به ضرر او استفاده بلاجهت کرده است مطالبه نماید». بنابراین اولویت با طرح دعوی بر مبنای سند است و تنها در صورتی که امکان استناد به آن وجود نداشته باشد، می‌توان از راه استفاده بلاجهت اقدام کرد.

از مواردی که امکان استناد به قاعده وجود ندارد این است که قرارداد صحیحی بین طرفین وجود داشته باشد، که در این صورت باید بر اساس قرارداد به یکدیگر مراجعه کنند (صفایی، ۱۳۶۴: ۱۶). فرض می‌گیریم درخصوص خرید کالایی، اعتبار اسنادی توسط بانک به درخواست مشتری و به نفع فروشنده گشایش می‌یابد. یکی از اصول حاکم بر اعتبار اسنادی، استقلال اعتبار اسنادی از قرارداد پایه صدور آن است (شهبازی نیا، گروئی، ۱۳۹۹: ۷۰۸، مقدم ابریشمی، بهنام، ۱۳۹۹: ۲۷۲). در ماده ۴ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو سی پی) شماره ۶۰۰ آمده است: «اعتبار بنا به ماهیت خود معامله‌ای است جدا از قرارداد فروش یا سایر قراردادهایی که مبنای گشایش اعتبار قرار می‌گیرند. قراردادهای مبنای اعتبار به هیچ وجه ارتباطی به بانکها نداشته و تعهدی برای آنها ایجاد نمی‌کند، حتی اگر در اعتبار هرگونه اشاره‌ای به این‌گونه قراردادها شده باشد...». بر این مبنا، این احتمال وجود دارد که ذی‌نفع آن بدون آنکه استحقاق داشته باشد، با ارائه اسناد پیش‌بینی شده در اعتبار، وجه آن را از بانک دریافت کند. مانند آنکه کالاهای ارسالی توسط فروشنده مطابق قرارداد نباشد و... در اینجا کوتاهی متوجه بانک نیست، ولی این پرسش مطرح می‌شود که آیا برای خریدار حق مراجعه به فروشنده برای بازگرداندن پول پرداختی بر مبنای قاعده وجود دارد یا خیر؟ در پاسخ باید گفت که اگر از جهت قراردادی امکان مراجعه به فروشنده وجود داشته باشد، برای مثال، خریدار بتواند الزام فروشنده به اجرای قرارداد را درخواست کند، نوبت به قاعده نمی‌رسد، ولی اگر این امکان وجود نداشته باشد، استفاده بدون جهت تحقق یافته است. یا درموردی که خواهان بر مبنای چک بتواند اقامه دعوی کند، دیگر نمی‌تواند بر مبنای استفاده بدون جهت طرح دعوی کند (شیرازی، ۱۳۸: ۱۳۶۴).

در خارج از تعهدات قراردادی نیز هنگامی که زیان‌دیده دعوی دیگری در اختیار دارد، نمی‌تواند به آن متوسل شود (صفایی، ۱۳۶۴: ۱۷). به‌طور کلی، «در حقوق ایران زمانی می‌توان به قاعده استناد کرد که هیچ عنوان حقوقی قراردادی مانند ضمان معوضی، فسخ قرارداد، تلف مبیع قبل از قبض و ضمان قهری مانند غصب، اتلاف، تسبیب یا استیفا قابل استناد نباشد» (مرتضوی، ابراهیمی، ۱۳۹۰: ۲۳).

#### ۷- بررسی مصادیقی از استفاده بدون جهت در امور تجاری

در ادامه، مصادیقی از داراشدن ناعادلانه در موضوعات تجاری آورده می‌شود.

#### ۷-۱ در اسناد تجاری



هر چند تعداد اسناد تجاری زیاد است، ولی به جهت آنکه داراشدن ناعادلانه عمدتاً در اسنادی که برای پرداخت قیمت کالا و خدمات یا تضمین تعهدات مورد استفاده قرار می‌گیرد محقق می‌شود، لذا تنها همین اسناد مورد بررسی قرار می‌گیرد، که عبارتند از برات و سفته و چک و ضمانت نامه بانکی و اعتبارات اسنادی.

### ۱-۱-۷ در چک و سفته و برات

به جهت ویژگی هایی که این اسناد دارند، مانند ویژگی عمل به ظاهر، اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل دارنده ثالث با حسن نیت، وصف تجریدی و...، استفاده بلاجهت در آن‌ها بیشتر از مباحث تجاری دیگر اتفاق می‌افتد و به همین علت قانون تجارت در ماده ۳۱۹ به طور خاص به این موضوع تصریح کرده است. ماده مورد بحث ناظر به موردی است که سند، مشمول مرور زمان پنج ساله شده است و مسئولیت متعهدان سند تجاری بر اساس سند منتهی شده است (مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۳)، ولی قانون‌گذار برای دارنده سند این امکان را در نظر گرفته که بر مبنای داراشدن ناعادلانه به مسئولین آن مراجعه کند. « در حقوق فرانسه، مرور زمان فقط باعث می‌شود که حق دارنده به استفاده از حقوق ناشی از برات (و همچنین سفته و چک) سلب شود. بنابراین، روابط پیش از برات و نیز حقوق ناشی از این روابط، مشمول مرور زمان عام است که دعوی مربوط به آن بعد از سلب حق دارنده برات- به موجب مقررات قانون تجارت- قابل طرح است. قانون‌گذار ما در این مورد از حقوق آلمان تبعیت کرده است که در آن جا پس از گذشت مرور زمان پنج ساله، دعوی دارنده علیه مسئولان برات فقط در صورتی قابل قبول است که مسئول مزبور، برات را به ضرر صاحب سند، مالک شده باشد» (اسکینی، ۱۳۹۸: ۱۸۶).

در ماده یاد شده به دارنده سند امکان استناد به قاعده را داده است، ولی در مورد اینکه استفاده کننده بلاجهت چه کسی است سکوت کرده است که لازم است مورد بررسی قرار گیرد.

### ۱-۱-۷ صادرکننده:

سند تجاری توسط صادرکننده به جریان می‌افتد. یکی از اشخاصی که استفاده بدون جهت ممکن است توسط او صورت گیرد صادرکننده است. در برات ممکن است براتگیر بدون اینکه محل برات توسط براتکش نزد او تأمین شده باشد، وجه آن را پرداخت کرده باشد. در این صورت براتکش به زیان براتگیر به طور ناعادلانه دارا شده است. در چک نیز این امر امکانپذیر است. چون در چک نیز محال علیه وجود دارد. البته در مقایسه با برات، داراشدن ناعادلانه در رابطه صادرکننده و محال علیه چک

در حال حاضر کمتر اتفاق می‌افتد، چون طبق ماده ۳ قانون صدور چک اصلاحی ۱۳۸۲ «صادرکننده چک باید در تاریخ مندرج در آن معادل مبلغ مذکور در بانک محال علیه وجه نقد داشته باشد...»، و برخلاف گذشته اعتبار، محل صحیح به حساب نمی‌آید، از این رو اکنون وضعیت به اینصورت است که بانک محال علیه پولی که توسط صادرکننده در حساب جاری گذاشته است نسبت به پرداخت چک اقدام می‌کند و تکلیفی به پرداخت آن در غیر اینصورت ندارد. ولی استفاده بدون جهت در رابطه صادرکننده و دارنده می‌تواند محقق شود. برای مثال، اگر در ازای خرید کالایی چک صادر شده باشد و کالا هم تحویل شده باشد، اگر احیاناً دارنده ظرف ۵ سال مبادرت به مطالبه وجه آن نکرده باشد و چک مشمول مرور زمان شده باشد، در اینصورت دارنده بر اساس دارا شدن ناعادلانه خواهد توانست به صادرکننده مراجعه کند، چون به زیان دارنده دارا شده است. در سفته نیز همین حالت قابل وقوع است.

نکته‌ای که باید نظر داشت این است که نباید تصور شود که صادرکننده همواره استفاده کننده بلاجهت خواهد بود. بلکه این موضوع درباره او باید اثبات شود. البته در این زمینه نظرات مختلف است که در ادامه بررسی خواهد شد.

طبق یک نظر صادرکننده همواره استفاده کننده بلاجهت است، چون در سفته و چک، صادرکننده یا وجهی از دارنده گرفته است و بر این مبنا سند را به او داده است، یا اینکه بابت بدهی به دارنده برات یا سفته یا چک داده است. لذا اگر سند پرداخت نشود، او استفاده بدون جهت کرده است (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸: ۲۰۰-۱۹۹). در رأی شماره ۴۱۷۳ مورخ ۱۳۳۸/۸/۲۶ شعبه ۸ دیوان کشور نیز بر همین مبنا صادرکننده سفته استفاده کننده بلاجهت شناخته شده است. طبق این رأی: «مطابق ماده ۳۱۹ قانون تجارت اگر وجه برات یا فته طلب یا چک به سبب حصول مرور زمان ۵ ساله قابل مطالبه نباشد، دارنده می‌تواند وجه آن را از کسی که استفاده بلاجهت کرده است مطالبه نماید، و در سفته مورد بحث که فرجام خواننده متعهد سفته و طرف مستقیم قضیه بوده و ظهرنویس وجود نداشته، ظاهر این است که از وجه سفته مستفید بلاجهت کرده است و فرد بارز استفاده بدون جهت آنست که مدیون بدون جهت قانونی از ادای دین استنکاف نماید» (نقل شده توسط ستوده تهرانی، ۱۳۸۸: ۲۰۰).

نظر دیگر این است که صادرکننده مانند سایر مسئولین الزاماً استفاده کننده بلاجهت محسوب نمی‌شود، بلکه باید این امر اثبات شود (اسکینی، ۱۳۹۸: ۱۸۷). در دعوی که دارنده چک پس از شمول مرور زمان، اقامه دعوی علیه صادرکننده برای مطالبه وجه آن کرده بود، دادگاه بدوی بر همین مبنا به شرح زیر قرار رد دعوی صادر کرده است.

« در خصوص دعوی آقای م.ح. به طرفیت آقای م.الف. به خواسته مطالبه ۹۰/۵۰۰/۰۰۰ ریال بابت سه فقره چک به شماره‌های (۱) ۰۳۶۱۲۱ مورخ ۱۳۷۸/۴/۲۲ به مبلغ بیست و هشت میلیون و هفت صد و پنجاه هزار ریال (۲) ۰۲۶۱۲۲ مورخ ۱۳۷۸/۵/۱۲ به مبلغ بیست و هشت میلیون و هفت صد و پنجاه هزار ریال هر دو عهده بانک ص. (۳) ۲۳۰۵۹۲ مورخ ۱۳۷۸/۴/۱۳ عهده بانک ت. به انضمام کلیه خسارات قانونی. نظر به محتویات پرونده و با توجه به اینکه چک‌های مستند دعوی در چهارچوب روابط تجاری (حسب اظهارات خواهان) فی مابین اصحاب دعوی رد و بدل گردیده و تاریخ صدور چک‌ها و گواهی‌های عدم پرداخت آن‌ها مربوط به سال ۱۳۷۸ می‌باشد موضوع مشمول ماده ۳۱۸ قانون تجارت و مرور زمان ۵ ساله بوده، در نتیجه دادگاه دعوی خواهان را قابل استماع ندانسته و قرار رد آن را صادر می‌نماید»<sup>۱</sup>.

رای یادشده پس از تجدیدنظرخواهی، با این استدلال که « برخلاف اظهارات تجدیدنظرخواهان وی به‌عنوان تاجر پارچه در بازار فعالیت می‌نماید و تاریخ چک‌ها نیز مربوط به بیش از پنج سال می‌باشد» به تأیید دادگاه تجدیدنظر رسید.

دیدگاه دوم درست است، چون در تجارت صدور یا قبول سند همواره برای پرداخت بدهی نیست، بلکه می‌تواند برای آن باشد که اعتباری در اختیار دارنده قرار داده شود. مانند حالتی که بانک براتی را که مشتری کشیده است قبول می‌کند. در این حالت بانک پولی در اختیار مشتری قرار نمی‌دهد، بلکه فقط امضای خود را در اختیار او قرار می‌دهد» (اسکینی، ۱۳۹۸: ۲۶). در نتیجه، سند همواره نشاندهنده یک بدهی در معنای مدنی آن نیست. از سوی دیگر، ظاهر ماده ۳۱۹ قانون تجارت نیز گویای آن است که استناد به استفاده بلاجهت جنبه استثنایی دارد و باید شرایط آن اثبات شود و خود سند به تنهایی مثبت آن نیست. در واقع، اگر هر صادرکننده‌ای استفاده کننده بدون جهت دانسته شود، ماده ۳۱۹ فلسفه وجودی خود را از دست می‌دهد. در واقع، دعوای استفاده بدون جهت در امور تجاری یک دعوای مدنی است و نه تجاری، و شرایط آن طبق ادله اثبات دعوای مدنی باید احراز شود.

#### ۱-۷-۲ محال علیه

۱ - دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۴۶۶ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۲۲ شعبه ۱۲۳ دادگاه حقوقی تهران. این رای از سامانه ملی آرای قضایی متعلق به پژ و هشگاه قوه قضاییه گرفته شده است.

استفاده بلاجهت در مورد محال علیه برات و چک نیز قابل تحقق است. در صورتی که صادرکننده وجه سند را به محال علیه رسانیده باشد و تا زمان مطالبه دارنده آن را مسترد نکرده باشد و سند مشمول مرور زمان شده باشد، دارنده از باب دارا شدن ناعادلانه حق مراجعه به او را خواهد داشت. بنابراین، تحقق این امر در مورد محال علیه تنها در صورتی است که وجه را از صادرکننده دریافت کرده باشد (صقری، ۳۲۲: ۱۳۸۰، مرتضوی، ۱۳۹۲: صص ۱۱۵-۱۱۴).

### ۱-۱-۷-۳ ظهرنویس

طبق قانون ظهرنویس نیز یکی از مسئولین پرداخت آن است. در مورد اینکه آیا استفاده بلاجهت توسط ظهرنویس هم می‌تواند صورت گیرد یا نه؟ اختلاف نظر است. طبق یک نظر ظهرنویس این امر امکان پذیر است (اسکینی، ۱۳۹۸: ۱۸۸). ولی طبق نظر دیگر امکان پذیر نیست، چون ظهرنویس از سویی زمانی که سند را از ید ماقبل خود دریافت می‌کند، مال یا پول به او پرداخته است، و از سوی دیگر، در زمانی که آن را به دارنده بعدی انتقال می‌دهد از او پول یا مالی دریافت می‌دارد، لذا این امر در مورد او منتفی است (مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۶).

به نظر می‌رسد دارا شدن ناعادلانه در مورد ظهرنویس نیز قابل تحقق است. با توجه به ماده ۲۹۱ قانون تجارت در صورتی که وجهی که برای پرداخت برات به برانگیر داده شده بود، به طریق محاسبه یا عنوان دیگری به ظهرنویس مسترد شده باشد، دارنده برات می‌تواند به او مراجعه کند و این مراجعه از باب دارا شدن ناعادلانه است (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸: ۲۰۲).

### ۱-۱-۷-۴ ضامن

اگر ضامن وجه سند را پرداخت کند، می‌تواند به مضمون عنه خود از جهت دارا شدن ناعادلانه مراجعه کند.

### ۱-۱-۷-۵ وکیل

در مورد وکیل صادرکننده استفاده بدون جهت موضوعیت ندارد، چون مال یا وجهی دریافت نکرده است، ولی وکیل در وصول اگر از بازگرداندن پول به موکل خودداری کند، این امر محقق می‌شود (مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۶). البته این دارا شدن از نوع مبتنی بر سند نیست، بلکه مربوط به روابط بین وکیل و موکل است.

باید توجه کرد که استفاده بدون جهتی که در اسناد تجاری اتفاق می افتد محدود به موارد گفته شده نیست. برای مثال، اگر در مورد قرارداد بیع چکی صادر شده باشد و دارنده آن را به دیگری منتقل کند. اگر قرارداد بیع فسخ شود و دارنده چک با توجه به اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل اشخاص ثالث با حسن نیت، وجه آن را از صادر کننده دریافت کند. در این حالت چون دارنده نخست با انتقال، مالی از انتقال گیرنده دریافت کرده است و با فسخ قرارداد پایه صدور، صادرکننده در واقع بدهی انتقال گیرنده به انتقال گیرنده را پرداخت کرده است، لذا انتقال دهنده (دارنده نخست) به طور ناعادلانه به زیان صادرکننده دارا شده است.

در پایان این مبحث رایی که از شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران صادر شده است نقل می شود.<sup>۱</sup> با این توضیح که موضوع پرونده به این شرح بوده است که به موجب قرارداد مشارکتی که در سال ۱۳۸۹ بین دو شخص منعقد می گردد، مقرر می شود که یکی از شرکا مبلغ یک میلیارد ریال مابه التفاوت زمین وساخت را به موجب دو فقره چک به شریک دیگر پرداخت کند. علاوه بر آن، در قرارداد پیش بینی می شود که چنانچه چکها به هر نحوی برگشت شود، خواننده علاوه بر پرداخت اصل چک، مبالغی نیز به عنوان خسارت مقطوع پرداخت کند. به علت برگشت چک، دارنده چک به طرفیت صادرکننده به خواسته مطالبه وجه چک و خسارات اقامه دعوی می کند و شعبه ۱۰۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران خواننده را به پرداخت اصل وجه چک و خسارات محکوم می کند. محکوم علیه از این حکم تجدیدنظر خواهی می کند و شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۱۲۲۳ مورخه ۹۱/۱۰/۳۰ رأی بدوی را تأیید می نماید. پس از آن خواننده دعوی مبادرت به فسخ قرارداد مشارکت کرده و دعوایی به خواسته تأیید فسخ مطرح می کند که بر اساس دادنامه قطعی شماره ۲۷۲. ۹۲.. مورخه ۹۲/۳/۲۱ صادره از شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران حکم به تأیید فسخ قرارداد مشارکت صادر می شود. صادرکننده چک بر اساس این رأی و با استناد به بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی و با اعلام اینکه با فسخ قرارداد مشارکت، محکومیت صادرکننده چک دارا شدن ناعادلانه محسوب می شود، نسبت به دادنامه شماره ۱۲۲۳ مورخه ۹۱/۱۰/۳۰ شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران درخواست اعاده دادرسی می کند که این شعبه به شرح زیر مبادرت به صدور رأی می کند:

<sup>۱</sup> - دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۵۸۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۵/۲۳ شعبه ۳۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران. این رأی از سایت داده آرا متعلق به پژوهشگاه قوه قضائیه گرفته شده است.

« راجع به دادخواست آقای الف.ع. با وکالت آقای ح.ب. به طرفیت ع.س. به‌خواستۀ اعاده دادرسی نسبت به دادنامه شماره ۱۲۲۳ مورخه ۹۱/۱۰/۳۰ صادره از این دادگاه که طی آن با تأیید دادنامه ۳۲۷ مورخه ۹۱/۵/۲۸ صادره از شعبه ۱۰۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران حکم به محکومیت تجدیدنظرخواه به پرداخت مبلغ ۵۰۰۰۰۰۰۰۰ ریال وجه یک فقره چک و ۱۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال خسارت و ۵۴۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال خسارت تأخیر در انجام تعهد مورد تأیید قرار گرفته است و متقاضی مذکور به استناد بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی، درخواست نقض آن را نموده است. نظر به اینکه مستند خواهان مذکور ارائه و تسلیم دادنامه قطعی شماره ۲۷۲ ۹۲۰۰۰ مورخه ۹۲/۳/۲۱ صادره از شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد که طی آن حکم به تأیید فسخ قرارداد مشارکت فی مابین صادر شده است، لذا محکومیت مذکور نوعی استیفاء ناعادلانه و همچنین برابر ماده ۴۲۶ قانون مدنی، خواننده دعوی مکلف به استرداد آن می‌باشد. دادگاه با التفات به اینکه اولاً خواسته خواهان دعوی مستقلاً بوده که نیاز به رسیدگی جداگانه، آن هم در محاکم بدوی داشته و طرح دعوی در قالب اعاده دادرسی فاقد توجیه قانونی می‌باشد. ثانیاً، از جمله شروط موضوع بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون مارالذکر، وجود اسناد و مدارک در جریان دادرسی و مکتوم بودن آنکه دلیل حقانیت متقاضی مذکور می‌باشد است؛ در حالی که دادنامه صادره در جریان دادرسی، مکتوم نبوده، بلکه بعد از اصدار رأی از ناحیه این دادگاه صادر گردیده است. علی‌هذا این دادگاه موضوع را از شمول بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون مارالذکر خارج دانسته و مستنداً به تبصره ماده ۴۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار رد دادخواست اعاده دادرسی را صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره قطعی است.»

در دعوی گفته شده از سویی قرار رد درخواست اعاده دادرسی به درستی صادر شده است. چون اصل این است که دادگاه طبق ادله موجود در زمان دادرسی به دعوی رسیدگی و حکم صادر کند و بر این اساس بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی ناظر به اسناد و مدارکی است که در زمان دادرسی وجود داشته ولی مکتوم بوده است. از سوی دیگر، چون اثر فسخ نسبت به آینده است، پس به‌طور قاطع نمی‌توان گفت که با فسخ قرارداد مشارکت حتماً داراشدن ناعادلانه‌ای اتفاق افتاده است، بلکه این امر مستلزم رسیدگی جداگانه است.

## ۲-۱-۷ در ضمانت نامه بانکی و اعتبارات اسنادی

دو مورد از اسنادی که داراشدن ناعادلانه در آن‌ها قابل تحقق است ضمانت نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی است. از ویژگی‌های این دو سند آن است که پرداخت آن توسط بانک صادرکننده تابع شرایط مندرج در ضمانت نامه بانکی و اعتبار اسنادی است و این اسناد مستقل از قرارداد منشأ

صدور هستند (اخلاقی، ۱۳۷۰، صص ۸۰-۸۴، شیروی، ۱۳۹۳، صص ۲۶۴-۲۶۳)، استقلال اعتبار اسنادی از قرارداد منشاء در ماده ۴ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یوسی پی) شماره ۶۰۰ تنظیم شده توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی اعلام شده است. در مورد ضمانتنامه‌های بانکی عندالمطالبه نیز وضعیت به همین صورت است. در بند الف ماده ۵ مقررات متحدالشکل ضمانت نامه‌های عندالمطالبه (یو آر دی جی) شماره ۲۷۵۸ تنظیم شده توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی به این امر تصریح شده است. بنابراین این احتمال وجود دارد که ذی‌نفع، وجه آن‌ها را بدون استحقاق دریافت کند که در اینصورت داراشدن ناعادلانه واقع شده است (بهارلو، بلطاقی، ۱۳۹۸: ۲۶، سلطانی، ۱۳۹۷: ۲۵۲، مافی، فرزندگان، ۱۳۹۵: ۱۵۳).

## ۲-۷ در شرکت‌های تجاری

در شرکت‌های تجاری نیز این نوع دارا شدن قابل تحقق است. مثالی که می‌توان آورد حالتی است که پس از انحلال شرکت تجاری، طلبکار به علت عدم اطلاع در مرحله تصفیه اموال شرکت نکند و پس از پرداخت بدهی‌های شرکت، باقیمانده اموال بین شرکا تقسیم می‌گردد، پرسش این است که آیا می‌توان برای طلبکار، حق مراجعه به شرکا را البته در حدی که از اموال شرکت دریافت کرده است در نظر گرفت؟ البته این بحث تنها در شرکت‌هایی مطرح می‌شود که مسئولیت شرکا محدود به سرمایه گذاری آن‌ها است مانند شرکت‌های سهامی و در شرکت‌های با مسئولیت نامحدود مانند تضامنی و نسبی مطرح نمی‌شود. به نظر پاسخ مثبت است، چون انحلال شرکت و حتی تصفیه نمی‌تواند سببی مشروع و قانونی برای این دارا شدن باشد (کاوایانی، ۱۳۹۴: پاورقی ص ۱۴۷). این امر را این‌گونه می‌توان توجیه کرد که شرکت هر چند دارای شخصیت حقوقی است، ولی در واقع متعلق به شرکا است و همان‌گونه که باقی ماندن طلب طلبکاران نزد شرکت درست نبوده است، تملک آن توسط شرکا هم نادرست است و مکلف ندانستن شرکا به بازگرداندن آن به طلبکاران به منزله داراشدن ناعادلانه است.

## ۳-۷ در ورشکستگی

در ورشکستگی استفاده بدون جهت در مواردی اتفاق می‌افتد. برای مثال، تاجر ورشکسته می‌شود و اموال او بین اشخاصی که خود را به‌عنوان طلبکار معرفی و طلب آن‌ها تصدیق می‌شود

تقسیم می‌گردد. این احتمال وجود دارد که برخی از طلبکاران به هر علتی در فرایند تصفیه شرکت نکرده باشند. در مورد این اشخاص این سؤال قابل طرح است که آیا بعد از اعلام پایان تصفیه می‌توانند به ورشکسته برای دریافت طلب خود مراجعه کنند؟ پاسخ این پرسش مثبت است، چون تصفیه فرایندی است تجاری برای تقسیم اموال موجود ورشکسته بین طلبکاران او، و از آن نمی‌توان نتیجه‌گیری کرد که اگر طلبکاری در مرحله تصفیه حضور پیدا نکرده است طلب او از ورشکسته منتفی می‌شود. پس امکان اقامه دعوی مدنی برای او وجود خواهد داشت، «در قانون تجارت، هیچ حکمی که دلالت بر برائت کلی یا جزئی ذمه ورشکسته نسبت به دیون ادا نشده بنماید وجود ندارد، بلکه از مفهوم مخالف موادی چون ماده ۵۶۲ و ۵۶۵ قانون تجارت استنباط می‌گردد که برخلاف بعضی نظام‌های حقوقی، در حقوق ما بدهکار ورشکسته در مورد اصل بدهی، مشمول هیچگونه ارفاقی نیست» (کاویانی، ۱۳۹۲: ۱۱). قضات دادگاههای حقوقی دو تهران در پاسخ به پرسشی که در این زمینه مطرح شده بود این‌گونه اظهار نظر می‌کنند:

«با توجه به مواد ۴۱۹ و ۴۲۰ و ۴۲۱ و ۴۷۳ قانون تجارت و ماده ۱۲ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۴۷ و تبصره ۲ ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی در مورد تاجر ورشکسته مدیون، عدم مراجعه به مدیر تصفیه در موعد مقرر موجب انتفای حق و طلب دائن چه در مدت ورشکستگی و چه پس از اعاده اعتبار نخواهد بود و ضمانت اجرای عدم رجوع به مدیر تصفیه تنها سلب حق اعتراض طلبکار نسبت به نحوه تصفیه و تقسیم است و جز این محرومیت، ضمانت اجرای دیگری منجمله سقوط حق دائن برای همیشه از مقررات مربوط به ورشکستگی استنباط نمی‌شود و اصولاً پس از احراز وجود طلب دائن از ورشکسته، در مقام تردید راجع به بقا و یا عدم بقای طلب مذکور مذکور به علت مراجعه نکردن طلبکار به مدیر تصفیه، بقای طلب استصحاب می‌گردد. و در طول مدت ورشکستگی و نیز مادام که حکم به اعاده اعتبار ورشکسته از محکمه صادر نشده باشد، دعوی می‌بایست به طرفیت مدیر تصفیه که قائم مقام بدهکار است اقامه شود، زیرا ورشکسته در حکم محجور است لیکن پس از اعاده اعتبار طرح دعوی علیه شخص مدیون صورت می‌گیرد...» (نوبخت، ۱۳۷۰: صص ۱۶۱-۱۶۲)

در این نظریه به درستی بر کارکرد تصفیه به‌عنوان سازوکاری تجاری برای تقسیم اموال موجود ورشکسته بین طلبکارانی که خود را به مدیر تصفیه معرفی می‌کنند توجه شده است. هر چند بهتر بود به قاعده داراشدن ناعادلانه نیز استناد می‌گردید. البته آنچه در قسمت پایانی نظریه آمده مبنی بر اینکه پس از پایان یافتن تصفیه و پیش از اعاده اعتبار ورشکسته نیز دعوی می‌بایست به طرفیت مرجع تصفیه انجام گیرد درست نیست، چون پایان یافتن تصفیه به منزله ختم ورشکستگی است (اسکینی،



۱۳۸۱: ۲۰۰) و قاعده منع مداخله تاجر در اموال خود و همچنین مأموریت مرجع تصفیه پایان می‌پذیرد و در نتیجه مرجع تصفیه در این زمینه صلاحیتی نخواهد داشت. در تأیید این مطلب می‌توان به ماده ۴۹ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸ استناد کرد که می‌گوید: «پس از تقسیم اموال، خاتمه ورشکستگی اعلام خواهد شد. هرگاه پس از خاتمه ورشکستگی اموالی متعلق به متوقف کشف شود، اداره آن‌ها را به تصرف خود درآورده و حاصل فروش آن را بدون هیچ گونه تشریفات بین بستانکاران تقسیم می‌کند». در این ماده صرفنظر از اینکه تقسیم اموال به منزله خاتمه ورشکستگی دانسته شده است، امکان مداخله اداره تصفیه پس از پایان تصفیه با توجه به معنای واژه «کشف» تنها در مورد اموالی است که در زمان تصفیه وجود داشته و به هر علتی از چشم آن اداره پنهان مانده است، بنابراین در مورد اموالی که پس از پایان تصفیه به مالکیت ورشکسته وارد می‌شود، مرجع تصفیه حق دخالت نخواهد داشت و در مورد آن‌ها طلبکاران می‌توانند دعوای انفرادی طرح کنند.

### نتیجه گیری

دارا شدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت عبارت از این است که شخصی بدون سبب قانونی به زیان دیگری دارا شود. در دارا شدن ناعادلانه، مبنای مسئولیت شخص انتفاع ناروایی است که از مال یا کار دیگری برده است و تنها به همین اندازه می‌توان به او رجوع کرد. هرچند از نظر اخلاقی یا حتی عقلی دارا شدن ناعادلانه نمی‌تواند مجاز شمرده شود، ولی از آن‌جا که در نظام فقهی و حقوقی ما قواعد مختلفی مانند ضمان ید، ید و... وجود دارد که در بسیاری موارد - و به نظر برخی به طور کامل - این قاعده را پوشش می‌دهد، لذا ممکن است در مورد وجود آن در عرصه تجارت تردید شود، با وجود این، به علت آنکه موضوعات تجاری تابع ویژگی‌ها و موازین خاصی است، مواردی وجود دارد که تنها تحت پوشش قاعده مورد بحث است و مشمول قواعد دیگر نیست. از این‌رو در زمینه وجود آن در تجارت نباید تردید کرد. برای مثال، در صورتی که براتگیر بدون آنکه محل برات توسط براتکش نزد او تأمین شده باشد، وجه آن را به دارنده پرداخت کند، براتکش به زیان براتگیر دارا شده است و طبق قاعده، براتگیر حق مراجعه به او برای بازگرداندن پول پرداختی را پیدا می‌کند. این مورد با هیچیک از قواعد دیگر قابل تطبیق نیست و تنها مشمول همین قاعده است.

نکته دیگر جنبه تکمیلی و فرعی قاعده در حقوق تجارت است. این قاعده باید در امتداد اصول و قواعد دیگر مورد استناد قرار گیرد، نه اینکه باعث نقض آن‌ها شود. همچنین، دعوای استفاده بدون جهت تنها در موردی باید پذیرفته شود که دعوای دیگری در اختیار خواهان نباشد. بنابراین بر فرض

اگر شخص بنواند بر مبنای چک طرح دعوی کند، نوبت به داراشدن ناعادلانه نمی‌رسد. در قانون تجارت نیز با توجه به مواد ۳۱۸ و ۳۱۹ تنها زمانی دارنده سند می‌تواند بر مبنای استفاده بدون جهت طرح دعوی کند که به علت شمول مرور زمان امکان استناد به سند برای او وجود نداشته باشد.

نکته‌ای که باید توجه کرد و گاه رویه قضایی در مورد آن دچار اشتباه می‌شود این است که دعوای استفاده بدون جهت در امور تجاری یک دعوای مدنی است و نه تجاری، و شرایط آن طبق ادله اثبات دعوای مدنی باید احراز شود. برای مثال، اگر چک یا سفته‌ای مشمول مرور زمان شود، برخلاف پیش از آن، خود سند برای اثبات استفاده بدون جهت صادرکننده یا اشخاص دیگر کافی نیست، بلکه این امر به وسیله ادله اثبات دعوای مدنی باید اثبات گردد. از این رو از صلاحیت دادگاههای تخصصی تجاری خارج است. با وجود این، به جهت دشواری که برای تشخیص آن در امور تجاری وجود دارد، پیشنهاد می‌شود در مقررات مربوطه، دارا شدن ناعادلانه در صلاحیت این دادگاهها گنجانده شود.

همچنین، چون موضوعات تجاری تابع ویژگی‌های خاص است، از این رو احراز استفاده بدون جهت گاه آسان نیست و نیاز به دقت بیشتر دارد. برای مثال، برات و سفته و چک تابع ویژگی‌هایی مانند ویژگی عمل به ظاهر، وصف تجربیدی، اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل دارنده ثالث با حسن نیت و... است که این ویژگی‌ها چگونگی داراشدن ناعادلانه و به تبع آن تشخیص شخصی که استفاده بدون جهت کرده است را دشوارتر از موارد معمولی می‌کند.

در مجموع، این قاعده نقش مثبتی در تجارت دارد. چون در بسیاری موارد، قانون به جای آنکه عمل تجاری که طبق سازوکارهای تجاری صورت گرفته است را بی اعتبار اعلام کند، که این امر برخلاف مصلحت کلان تجارت و به زیان حقوق اشخاص ثالث است، قاعده استفاده بدون جهت را برای جبران زیان در دسترس زیان دیده قرار می‌دهد. برای مثال، اگر در مورد عقد بیعی چکی صادر شود و دارنده آن را به شخص ثالثی منتقل کند، اگر عقد بیع باطل اعلام شود، به طور منطقی تعهد صادرکننده به پرداخت وجه چک هم باید منتفی شود، اما قانون برای حمایت از شخص ثالث با حسن نیت و مصلحت کلان تجارت، او را موظف به پرداخت چک می‌داند، ولی پس از پرداخت، امکان مراجعه او به دارنده نخست را بر مبنای قاعده می‌دهد.

## منابع

- احمدی و استانی، عبدالغنی (۱۳۴۰)، «مرور زمان برات و فته طلب و چک»، مجله کانون وکلا، شماره ۷۵.
- اخلاقی، بهروز (۱۳۷۰)، «بحثی پیرامون اعتبارات اسنادی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۱)، حقوق تجارت، ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۸)، حقوق تجارت (برات، سفته، ...)، چاپ بیست و هشتم، تهران: انتشارات سمت.
- اسکینی، ربیعا، (۱۳۸۰)، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، جلد اول، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.
- امامی، سیدحسن، (۱۳۵۳)، حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ پنجم، تهران: انتشارات اسلامی.
- انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۱.ه.ق.)، مکاسب، جلد ۲، چاپ اول، قم: انتشارات دار الذخائر.
- بادینی، حسن، خاکباز، محمد (۱۳۹۸)، «تأملی در راهکارهای برقراری موازنه حقوق قرارداد طرفین قرارداد در حالت تورم»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۷.
- بهارلو بلطاقی، جواد، جعفرزاده، سیدقاسم (۱۳۹۸)، «مفهوم و دامنه تقلب در اعتبارات اسنادی: مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان، آمریکا، ایران و فقه»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره ۵۵.
- بهرامی، بهرام (۱۳۸۳)، حقوق تجارت کاربردی، چاپ اول، تهران: انتشارات نگاه بینه-بهنامی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۲)، ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- خدانی، سید پدram (۱۳۹۰)، مطالعه تطبیقی تأسیس حقوقی دارا شدن بدون علت (حقوق فرانسه، انگلستان و ایران)، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۱۲.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۸)، حقوق تجارت، جلد سوم، چاپ هجدهم، تهران: انتشارات دادگستر.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۷)، «رجوع ضمانت خواه به ذی نفع و ضامن پس از پرداخت ضمانت نامه بانکی با تأکید بر حقوق فرانسه»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۸، شماره ۲.
- شیرازی، اکبر (۱۳۶۴)، مروری اجمالی بر تئوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق ایران، آمریکا و بین‌الملل، مجله حقوقی، شماره پنجم.
- شهبازی نیا، مرتضی، گرونی، فرشته (۱۳۹۹)، «تأثیر عدم مشروعیت قراردادی بر اعتبار اسنادی با تأکید بر رویکرد محاکم حقوقی ایران در پرونده سوءاستفاده کلان بانکی (معروف به اختلاس سه هزار میلیاردی)»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره پنجاه، شماره ۴.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳)، حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ هفتم، تهران: انتشارات سمت.
- صفایی، سید حسین (۱۳۶۴)، استناد به استفاده بلاجهت با وجود رابطه قراردادی، مجله حقوقی، شماره دوم.
- صفایی، سید حسین، رحیمی، حبیب الله (۱۳۹۹)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ سیزدهم، تهران: انتشارات سمت.
- صقری، محمد (۱۳۸۰)، حقوق بازرگانی، اسناد، جلد اول، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- عاملی، زین الدین مشهور به شهید ثانی (۱۴۱۰.ه.ق.)، الروضه البهیه فی شرح المعه الدمشقیه (شرح لمعه)، جلد هفتم، چاپ اول، قم: انتشارات داوری.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، ضمان قهری، جلد دوم، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاویانی، کورش (۱۳۸۹)، حقوق شرکت‌های تجاری، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- کاویانی، کورش (۱۳۹۴)، مقدمه حقوق تجارت، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- کاویانی، کورش (۱۳۹۲)، حقوق ورشکستگی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- مافی، همایون، فرزادگان، محمد (۱۳۹۵)، «پرداخت بی قید و شرط ضمانت نامه بانکی از منظر اصل استقلال از قرارداد پایه»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره هفدهم.
- مرتضوی، عبدالحمید (۱۳۹۲)، قواعد عمومی اسناد تجاری، چاپ اول، تهران: انتشارات جاودانه، جنگل.
- مرتضوی، عبدالحمید، ابراهیمی، حسن (۱۳۹۰)، قاعده دارا شدن غیر عادلانه در حقوق ایران و کامن‌لا، نشریه وکیل مدافع، شماره ۲.
- مقدم ابریشمی، علی، بهنام، محمد (۱۳۹۹) «تلافی اصل استقلال و منع پرداخت مرجح در اعتبارات اسنادی و ورشکستگی با تأکید بر حقوق آمریکا»، مجله مطالعات حقوقی، دوره دوازدهم، شماره چهارم.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴.ق.)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۲، چاپ هفتم، بیروت: دارالاحیاء تراث العربی.
- نوبخت، یوسف (۱۳۷۰)، اندیشه‌های قضائی، چاپ اول، تهران: مؤسسه کیهان.
- نوبهار، رحیم (۱۳۸۹)، شرح و تفسیر فقهی آیه تجارت، ضمیمه مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۲.

## مبنای مسئولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات حرفه‌ای در فقه اسلامی و حقوق ایران با مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی فرانسه و کامن‌لا

محمدکاظم مهتاب‌پور\*

### چکیده

مطابق قاعده داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت شخص مجاز نیست بدون سببی قانونی به زیان دیگری دارا شود. نخستین مسئله‌ای که مطرح می‌شود وجود و قلمرو قاعده در حقوق تجارت با توجه به اختلاف نظر موجود در این زمینه در حقوق ایران است. مسأله دیگر این است که با توجه به تبعیت موضوعات تجاری از اصول و موازین خاص، آیا از جهت ماهیت و مبنا و چگونگی داراشدن ناعادلانه تفاوتی بین تجارت و غیر تجارت وجود دارد یا نه؟ بررسی این موارد برای فراهم آمدن امکان تشخیص درست مصادیق داراشدن ناعادلانه در موضوعات تجاری ضرورت دارد. روش پژوهش توصیفی - تحلیلی است و برای جمع‌آوری داده‌های تحقیق از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است. مهم‌ترین نتایج حاصله آن است که در مورد وجود آن در حقوق تجارت نباید تردید کرد، چون مواردی وجود دارد که تنها منطبق بر همین قاعده است. همچنین، قاعده در حقوق تجارت جنبه تکمیلی و فرعی دارد و نباید به‌گونه‌ای اعمال شود که باعث اختلال در نظام حقوقی شود. از جهت ماهیت هر چند تفاوتی بین داراشدن ناعادلانه در تجارت با غیر آن دیده نمی‌شود، ولی از نظر چگونگی داراشدن در مواردی تفاوت وجود دارد که برای احراز آن باید مورد توجه قرار گیرد. مبنای قاعده در تجارت، علاوه بر جنبه جبران زیان از زیان‌دیده، حمایت از مصلحت کلان تجارت نیز است که بر اهمیت آن می‌افزاید. به‌علاوه، دعوی استفاده بدون جهت در امور تجاری یک دعوی مدنی است و

\* استادیار گروه حقوق، دانشکده\*\*\*، دانشگاه گیلان، رشت، ایران

شرایط آن طبق ادله اثبات دعوی مدنی باید احراز شود، لذا از صلاحیت دادگاه‌های تخصصی تجاری خارج است. با وجود این، به جهت دشواری که برای تشخیص آن در امور تجاری وجود دارد، بهتر است در مقررات مربوطه، این امر در صلاحیت این دادگاهها گنجانده شود.

**واژگان کلیدی:** دارا شدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت، رویه قضایی، اسناد تجاری، شرکت تجاری، ورشکستگی

### مقدمه

ساماندهی درست جابه‌جایی اموال بین اشخاص از موضوعات مهم حقوقی است، چون نظم اجتماع و امنیت روانی افراد به آن وابسته است. یکی از قواعد شناخته شده در این زمینه قاعده دارا شدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت است. مطابق این قاعده، شخص مجاز نیست بدون سببی قانونی به زیان دیگری دارا شود.

در مورد این قاعده نخستین مسئله‌ای که مطرح می‌شود وجود یا عدم وجود آن به‌عنوان یک قاعده حقوقی در نظام حقوقی ایران و از جمله حقوق تجارت است. در این زمینه هر چند نظر مشهور بر وجود آن است، ولی عقیده مخالف نیز وجود دارد (خندانی، ۱۳۹۰: ۱۱۶). مسأله دوم گستره آن است. آیا این قاعده باید به‌عنوان یک قاعده اصلی به رسمیت شناخته شود یا به‌عنوان یک قاعده تکمیلی و فرعی. بر فرض مثبت بودن پاسخ دو پرسش بالا، مسأله دیگری که مطرح می‌شود، چگونگی اعمال آن در قلمرو حقوق تجارت است. پیچیدگی‌های طبیعی دنیای تجارت که بخش اصلی آن ناشی از اصل سرعت در تجارت است، بر میزان و حتی در مواردی بر نحوه دارا شدن ناعادلانه نیز تأثیر می‌گذارد که احراز آن را با دشواریهایی روبه‌رو می‌کند و دادگاهها نیز در مورد آنگاه دچار اشتباه می‌شوند.

علت این امر آن است که مقررات تجاری ما به‌طور عمده از کشورهای اروپایی گرفته شده است و دارای مبانی متفاوتی است. برای مثال، شرکت تجاری برخلاف شرکت مدنی دارای شخصیت حقوقی است و این امر باعث می‌شود که مسائل متفاوتی را ایجاد کند. یا اسناد تجاری مانند چک و سفته و برات و اعتبارات اسنادی تفاوت‌های مهمی با عقود مانند حواله و ضمان دارند. ورشکستگی نیز به همین صورت. بنابراین لازم است قاعده دارا شدن ناعادلانه در این موضوعات به‌طور جداگانه مورد واکاوی قرار گیرد. در مقررات ما نیز اصطلاح استفاده بلاجهت تنها در ماده ۳۱۹ قانون تجارت

در مبحث برات و سفته و چک آمده است<sup>۱</sup> که می‌تواند دلیلی بر جایگاه خاص آن در حقوق تجارت باشد.

در این پژوهش، ابتدا موضوعات کلی مربوط به آن شامل مفهوم، قلمرو و شرایط داراشدن ناعادلانه، وجود یا عدم وجود قاعده در فقه و حقوق مدنی و حقوق تجارت، چگونگی داراشدن ناعادلانه و جنبه تکمیلی و فرعی آن در حقوق تجارت بررسی می‌شود، و سپس برای شناخت بهتر آن، مصادیقی از آن در موضوعات مختلف تجاری مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱- مفهوم داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت

داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت دارای معنای عام و خاص است. «در معنای عام شامل ایفای ناروا، اداره مال غیر و استیفای از مال یا عمل غیر و همچنین استفاده بلاجهت به معنای خاص است». (صفایی، رحیمی، ۱۳۹۹: ۴۹). در معنای خاص عبارت از این است که «شخصی بدون سبب به زیان دیگری دارا شود و شخصی که داراشدن به زیان اوست دعوای دیگری برای مطالبه جبران ضررش در اختیار نداشته باشد» (صفایی، رحیمی، ۱۳۹۹: ۴۹).

در دارا شدن ناعادلانه، مبنای مسئولیت شخص انتفاع ناروایی است که از مال یا یا کار دیگری برده است و تنها به همین اندازه می‌توان به او رجوع کرد. برخلاف مسئولیت مدنی در معنای خاص که مبنا ورود ضرر به زیان‌دیده است و هدف جبران زیان از او است، خواه عامل ورود زیان از آن نفعی برده باشد یا نبرده باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۰۹). بنابراین عنصر اصلی در دعوای استفاده بدون جهت دارا شدن شخص است و احیاناً اگر چنین امری تحقق نیافته باشد، دارا شدن ناعادلانه نیز منتفی است.

### ۲- شرایط تحقق دارا شدن ناعادلانه

این شرایط عبارت است از:

<sup>۱</sup> - مطابق این ماده: «اگر وجه برات یا فته طلب یا چک را نتوان به واسطه حصول مرور زمان اموال منقوله مطالبه کرد، دارنده برات یا فته طلب یا چک می‌تواند تا حصول مرور زمان اموال منقوله وجه آن را از کسی که به ضرر او استفاده بلاجهت کرده است مطالبه نماید».

الف- دارا شدن: منظور افزوده شدن به دارایی شخص است. دارا شدن عبارت از بردن هرگونه نفعی است که قابل ارزیابی به پول باشد، خواه این نفع، مقداری پول و ارزش مالی باشد یا نفع معنوی و ناشی از کار دیگری (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۲۵).

ب- کاسته شدن از مال دیگری: برای تحقق اکل مال به باطل، صرف افزایش دارایی کافی نیست، بلکه در مقابل افزایش باید از دارایی دیگری کاسته شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۲۷). همچنین چون کلمه مال به طور مطلق آمده است، بنابراین هر آن چیزی که عرفاً مال محسوب شود، مشمول قاعده است. مال چیزی است که ارزش اقتصادی داشته و قابل ارزیابی به پول باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۵۹۵).

ج- وجود ارتباط میان افزایش و کاهش: « دارا شدن شخص باید نتیجه مستقیم کاسته شدن دارایی دیگری باشد، یعنی بین افزوده شدن دارایی شخص و کاسته شدن دارایی دیگری رابطه علت و معلول موجود باشد و به همان مقدار که شخص مزبور دارا می شود از دارایی طرف دیگر کاسته شود » (امامی، ۱۳۵۳: ۳۵۴، خندان، ۱۳۹۰: ۹۵، مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۴). در واقع، مدعی باید ثابت کند که غنای ایجاد شده از فقر او به دست آمده است یا به بیان دیگر، ارزشی که تحصیل شده به او تعلق دارد و به ناحق انتقال یافته است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۳۰).

د- فقدان سبب قانونی برای دارا شدن: منظور از غیرعادلانه یا بدون جهت این است که دارا شدن بدون سبب قانونی باشد (صفایی، ۱۳۶۴: ۱۵، شیرازی، ۱۳۶۴: ۱۱۴). چون به طور متعارف برای انتقال مال از یک شخص به شخص دیگر باید سبب قانونی وجود داشته باشد، و در صورت نبود سبب، دریافت کننده مکلف به بازگرداندن آن خواهد بود. نکته ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که دعوای دارا شدن ناعادلانه در امور تجاری یک دعوای مدنی است و شرایط آن طبق ادله اثبات دعوای مدنی باید اثبات شود.

### ۳- قلمرو اعمال قاعده

اعمال قاعده از دو زاویه می تواند مورد توجه قرارگیرد.

زاویه نخست مربوط به استنتاج حکم وضعی موضوعات است. پرسش این است که آیا برای اموری مانند صحت و بطلان می توان به آن استناد کرد؟ در این زمینه موضع قانون مشخص نیست و نظر حقوق دانان نیز متفاوت است. بیشتر حقوق دانان با فرعی دانستن قاعده و اختصاص قاعده به ضمان دریافت کننده مال به بازگرداندن مالی که به ناروا دریافت شده است ظاهراً آن را برای استنتاج حکم وضعی شایسته ندانسته اند (صفایی، ۱۳۶۴: صص ۱۳-۱۲ کاتوزیان، ۱۳۷۴: صص ۲۰۹-۲۰۸).



(۲۰۲)، ولی برخی در مواردی برای این منظور به آن استناد کرده اند. برای مثال، در فرضی که در شرکت‌های تجاری برای بعضی شرکا قرار باشد امتیازی مبنی بر دریافت سود به نسبتی بیش از آورده در نظر گرفته شود، سؤال این است که آیا ایجاد این امتیاز برای شریک باید مابه ازای مشروع و معینی داشته باشد یا نه؟ به موجب یک نظر شرط مطالبه سود به نسبتی بیش از آورده باید مابه ازای مشروع و معینی داشته باشد (کاویانی، ۱۳۸۹: ۲۳۹). البته ایشان مبنای حقوقی نظر خود را بیان نکرده است، ولی به نظر می‌رسد قاعده داراشدن ناعادلانه است، چون قواعد دیگر به آن ارتباط ندارد. خاطر نشان می‌گردد برخی چنین اعتقادی ندارند و ایجاد امتیاز را منوط به مابه ازای نمی‌دانند (اسکینی، ۱۳۸۰: ۳۲).

به نظر می‌رسد استناد به قاعده برای بیان حکم وضعی، به طور استثنایی و در صورتی که با قواعد دیگر تداخل پیدا نکند بدون اشکال است و دلیل موجهی برای عدم امکان استناد به آن وجود ندارد. چون اگر به این قاعده برای ضمان دریافت کننده مال به ناروا به دست آمده بتوان استناد کرد، منطقیاً برای استنتاج حکم وضعی سببی که باعث این دارا شدن می‌شود نیز باید بتوان تمسک کرد. در فقه گاه برای این منظور به منع اکل مال به باطل که تا اندازه‌ای مشابه داراشدن ناعادلانه است استناد شده است. برای مثال، شیخ انصاری برای اثبات حق فسخ برای شخصی که در معامله مغبون شده است به آن استناد کرده است (انصاری، ۱۴۱۱ ه.ق: ۳۷۲-۳۷۱).

زاویه دوم، استناد به آن برای در نظر گرفتن مسئولیت به بازگردان مال برای شخصی است که بدون سبب مشروع و قانونی به زیان دیگری دارا شده است. به نظر می‌رسد آنچه در حقوق ما مورد توجه قرار گرفته است، استناد به آن برای این منظور و به عنوان یک قاعده تکمیلی است.

#### ۴- بررسی وجود یا عدم وجود قاعده در فقه امامیه، حقوق مدنی و حقوق تجارت

##### ۴-۱ در فقه امامیه

قاعده‌ای با عنوان داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت در فقه وجود ندارد، ولی این امر به معنای آن نیست که فقه نسبت به این موضوع بی توجه باشد. در فقه قاعده حرمت اکل مال به باطل وجود دارد که اشخاص را از خوردن اموال یکدیگر به باطل نهی می‌کند و برای بیان حکم تکلیفی و وضعی موضوعات و همچنین ضمان دریافت کننده مال توسط فقها مورد استناد قرار گرفته است. مانند حرمت تصرف در مال دیگری بدون مجوز (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ه.ق: ۳۴۱)، حرمت خرید و فروش آلات عبادات و صلیب و صنم و خرید و فروش میت و اکل باطل در خیار عیب به (سلیمانی و دیگران، ۱۳۹۵: صص ۴۲-۴۰) و حرمت قمار (نجفی، ۱۴۰۵ ه.ق: ۱۰۹)، در نظر گرفتن حق

فسخ برای شخصی که در معامله مغبون شده است (انصاری، ۱۴۱۱ ه.ق: ۳۷۲-۳۷۱)، تکلیف مستأجر به پرداخت اجرت المثل در اجاره‌ای که باطل است و مستأجر از عین مستأجر استفاده کرده باشد (نجفی، ۱۴۰۵ ه.ق: ۲۴۷-۲۴۶). از نظر برخی قاعده حرمت اکل مال به باطل از قواعد عمومی باب معاملات است و حتی برای تعدیل قرارداد می‌تواند مورد استناد قرار گیرد (نوبهار، ۱۳۸۹: ۱۴۱-۱۴۳).

هرچند به نظر می‌رسد قاعده حرمت اکل مال به باطل و داراشدن ناعادلانه دارای منطق مشترکی هستند و از این رو مصادیق مشترک آن دو زیاد است، ولی به‌طور کامل آن دو را نمی‌توان یکی دانست، چون همان‌گونه که گفته شد، قاعده دارا شدن ناعادلانه در حقوق از منابع مسئولیت مدنی و عمدتاً برای ضمان شخصی که به‌طور ناعادلانه به زیان دیگری دارا شده است، به بازگرداندن مال مورد استناد قرار می‌گیرد، در حالیکه قاعده اکل مال به باطل در زمینه‌های بسیاری مورد استناد است. علاوه بر این، مواردی وجود دارد که استفاده بلاجهت است ولی مشمول تعریف اکل مال به باطل نیست. برای مثال، در فرضی که مسافری برای نجات کشتی و مسافران، ناچار شود کالای خود را به دریا اندازد، اگر معتقد باشیم خسارت تلف کالا برعهده تمام مسافران است که از آن استفاده برده اند، این امر استفاده بدون جهت است، ولی اکل مال به باطل نیست.

## ۲-۴ در حقوق مدنی

در مقررات مدنی از استفاده بدون جهت یا داراشدن ناعادلانه نام برده نشده است و به همین علت در مورد وجود آن اختلاف نظر وجود دارد.

باید توجه کرد آنچه محل مناقشه است وجود دارا شدن ناعادلانه به‌عنوان یک قاعده حقوقی مکمل قواعد حقوقی دیگر است و نه جواز داراشدن ناعادلانه. در واقع آنانی که وجود قاعده را منکر هستند، معتقدند به جهت آنکه قواعد دیگر مانند ضمان ید، ید، و... به‌طور کامل قاعده داراشدن ناعادلانه را پوشش می‌دهد، لذا با وجود آن‌ها دیگر نیازی به این قاعده در نظام حقوقی ایران وجود ندارد. برای مثال، قاعده ید بخش زیادی از آن را پوشش می‌دهد و همچنین قواعد دیگر. در واقع، اختلاف موافقین و موافقین در پذیرش استفاده بدون جهت به‌عنوان یک قاعده تکمیلی است و در لزوم پذیرش آن به‌عنوان یک قاعده اخلاقی در شکل‌گیری نهادهای حقوقی یا نقد و اصلاح آن‌ها اختلافی نیست (صفایی، رحیمی، ۱۳۹۹: ۵۴).

به نظر می‌رسد در قانون مدنی نمونه‌هایی وجود دارد مانند مواد ۳۳ درباره زراعت با حبه غیر، ۱۷۲ در مورد هزینه‌های نگهداری حیوان گم شده، ۳۰۱ تا ۳۰۵ در مورد ایفای ناروا، ۳۰۶ درباره

اداره مال غیر و ۳۶ و ۳۳۷ در خصوص استیفای از عمل یا مال غیر، که می‌توان آن‌ها را به معنای پذیرش آن در حقوق مدنی و حتی در نظام حقوقی ایران دانست، چون این موارد تحت پوشش قواعد دیگر نیست و تنها بر مبنای قاعده مورد بحث قابل توجیه است. همچنین، برخی امکان مراجعه اصیل به بایع فضولی برای دریافت بهای روز ملک را بر مبنای دارا شدن ناعادلانه ممکن دانسته اند (بادینی، خاکباز، ۱۳۹۸: ۱۰۱).

باید افزود که در قانون مدنی مواردی وجود دارد که علی الظاهر قاعده پذیرفته نشده است. برای مثال، ماده ۳۱۴ قانون در مورد زیادتی حاصل از عمل متصرف با حسن نیت که در حکم غاصب است، یا بخش اول ماده ۳۰۶ درباره اداره مال غیر در حالتی که امکان تحصیل اجازه مقدر بوده یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نباشد.

با وجود این، موارد یادشده به معنای نفی پذیرش قاعده توسط قانون‌گذار نیست. چون علت عدم تعلق زیادتی به متصرف، حمایت هر چند افراطی از مالکیت در برابر غصب است و علت اداره مال غیر محسوب نشدن موارد گفته شده جلوگیری از دخالت نابجای اشخاص در اموال دیگران است. (برای دیدن نظر مخالف ر.ک. صفایی، رحیمی، ۱۳۹۹: صص ۵۴-۵۳).

بنابراین، قاعده می‌تواند به‌عنوان یک قاعده تکمیلی در حقوق مدنی پذیرفته شود.

### ۳-۴ در حقوق تجارت

ماده ۳۱۹ قانون تجارت در ارتباط با برات و سفته و چک به‌صراحت از استفاده بلاجهت نام برده است. علت تصریح قانون‌گذار آن است که در این اسناد مواردی اتفاق می‌افتد که تنها بر اساس دارا شدن ناعادلانه قابل توجیه است و منطبق بر قواعد دیگر نیست. برای مثال، در صورتی که صادرکننده چک، وجه آن را به بانک محال علیه رسانیده باشد و تا زمان مطالبه آن توسط دارنده، اقدام به بازگرداندن آن نکرده باشد، در این حالت اگر بانک از پرداخت آن به علت ناموجهی خودداری کند، از آن‌جا که بانک وجهی را دریافت کرده که در قبال آن عوضی پرداخت نکرده، لذا استفاده بدون جهت کرده است و دارنده سند حق مطالبه وجه آن را از او دارد (مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۵). این مورد مشمول هیچیک از قواعد حقوقی دیگر و حتی ایفای ناروا نیست و تنها بر مبنای استفاده بدون جهت قابل توجیه است.

این ماده در مورد امکان اعمال قاعده یادشده حداقل در مورد برات و سفته و چک جای تردید باقی نمی‌گذارد. ولی در مورد بخش‌های دیگر حقوق تجارت امکان اعمال قاعده همچنان ممکن است تردید شود. به نظر می‌رسد چون برات و سفته و چک خصوصیتی ندارند که موضوع را ویژه

آن‌ها بدانیم، از این‌رو در صورتی که در موضوعات تجاری دیگر و حتی غیرتجاری شرایط اعمال آن وجود داشته باشد، قابل اعمال خواهد بود.

### ۵- چگونگی داراشدن ناعادلانه در تجارت

از نظر ماهیتی تفاوتی بین داراشدن ناعادلانه در تجارت و غیر آن وجود ندارد، چون نفس عمل یکی است. ولی از نظر چگونگی آن به نظر می‌رسد این امر در تجارت در برخی موارد از پیچیدگی بیشتری برخوردار است و برای احراز آن باید بیشتر دقت کرد.

توضیح قضیه آن است که در مواردی استفاده بدون جهت در تجارت مشابه مواردی است که در امور مدنی دیده می‌شود، برای مثال، در فرضی که برای شریک شرکت تجاری امتیازی مبنی بر دریافت سود به نسبتی بیش از آورده در نظر گرفته شود، بدون آنکه مابه ازای مشروع و معینی داشته باشد، ممکن است به جهت مغایرت با قاعده نادرست دانسته شود. چگونگی دارا شدن ناعادلانه در اینجا تفاوتی با موارد دیگر نمی‌کند.

ولی در بعضی موارد موضوع دچار پیچیدگی می‌شود. برای مثال، در ازای معامله‌ای چکی از سوی شخص الف در وجه ب صادر می‌شود و او آن را به شخص ج منتقل می‌کند. معامله بین الف و ب فسخ می‌شود. ج با مراجعه صادرکننده (الف) و بر اساس اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل دارنده ثالث با حسن نیت وجه چک را از او دریافت می‌کند. در این فرض، چون الف در واقع، بدهی ب به ج را پرداخت کرده است و ب به زیان الف دارا شده است، پس الف حق مراجعه به ب را خواهد داشت. همان‌گونه که در این مثال معلوم می‌شود، تشخیص دارا شدن ناعادلانه آسان نیست و نیازمند تجزیه و تحلیل موضوع با توجه به ویژگی‌های اسناد تجاری است.

علت دشوار بودن احراز دارا شدن ناعادلانه در این موارد متعدد است.

یکی از علت‌ها، تبعیت موضوعات تجاری از ویژگی‌های خاص است. برای مثال، برات و سفته و چک تابع ویژگی‌هایی مانند ویژگی عمل به ظاهر، وصف تجریدی، اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل دارنده ثالث با حسن نیت و... است که تحلیل مسائل مربوط به آن‌ها از جمله احراز استفاده بدون جهت را دشوار می‌کند.

علت دیگر به نظر این است که در امور تجاری ما با یک عمل صحیحی روبه‌رو هستیم که در ضمن آن استفاده بلاجهتی اتفاق افتاده است مانند مثال بالا، و می‌خواهیم با حفظ رابطه حقوقی، در ضمن آن استفاده بلاجهت را پیدا کنیم. در حالی که در موارد غیر تجاری به‌طور معمول این‌گونه

نیست. برای مثال، در معامله باطل، هر یک از طرفین باید مالی که دریافت کرده را بازگرداند، وگرنه مستلزم داراشدن ناعادلانه خواهد بود.

درواقع، در تجارت هدف این است که حتی المقدور از ابطال اعمال تجاری خودداری شود، چون به زیان تجارت است. در عوض، راهکار غیرمستقیم استفاده بدون جهت به عنوان وسیله جبرانی در اختیار زیان دیده قرار می‌گیرد. از سوی دیگر، طراحی سازوکارهای تجاری مانند اسناد تجاری، تصفیه و... برای این است که موضوعات تجاری را با رعایت اصل سرعت از لحاظ تجاری ساماندهی کند، که پایان یافتن یک عمل طبق این سازوکارها، لزوماً به معنای ذیحق نبودن اشخاص از نقطه نظر مدنی نیست. برای مثال، طراحی نهاد تصفیه برای این است که تکلیف بدهی‌ها و مطالبات و اموال شرکت منحل شده سریع تر مشخص شود، چون بلا تکلیف گذاشتن آن‌ها به ضرر تجارت است. ولی همواره این احتمال وجود دارد که تعدادی از طلبکاران در فرایند تصفیه شرکت نکرده باشند، یا بر فرض شرکت، موفق به دریافت تمام طلب خود نشده باشند. در این موارد بدون آنکه بتوان به اصل تصفیه خدشه وارد کرد - البته بر فرض اینکه با رعایت کامل شرایط قانونی صورت گرفته باشد - راهکار استناد به قاعده مورد بحث - در صورت وجود شرایط - در دسترس خواهد بود.

#### ۶- جنبه تکمیلی و فرعی قاعده در حقوق تجارت

در نظام حقوقی ما و از جمله در حقوق تجارت این قاعده جنبه تکمیلی دارد و نباید به گونه‌ای اعمال شود که باعث به هم ریختن سازمان حقوقی کشور شود. «اندیشه جلوگیری از استفاده بی جهت محاط در نظام حقوقی است و بر سایر قواعد حکومت ندارد... و نمی‌توان کاری را که قاعده خاصی مباح شناخته است (مانند معامله مبتنی بر ترازی) به استناد این قاعده کلی ممنوع ساخت.» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۰۵). بر این اساس، دعوی داراشدن ناعادلانه جنبه فرعی دارد (صفایی، ۱۳۶۴: ۱۷) و در مواردی قابل اعمال است که مدعی عنوان دیگری برای طرح دعوی نداشته باشد (خندان، ۱۳۹۰: ۱۱۷). نحوه نگارش ماده ۳۱۹ قانون تجارت نیز نشان‌دهنده این امر است. طبق این ماده: «اگر وجه برات و فته طلب و چک را نتوان به واسطه حصول مرور زمان پنج سال مطالبه کرد، دارنده برات یا فته طلب یا چک می‌تواند تا حصول مرور زمان اموال منقوله وجه آن را از کسی که به ضرر او استفاده بلاجهت کرده است مطالبه نماید». بنابراین اولویت با طرح دعوی بر مبنای سند است و تنها در صورتی که امکان استناد به آن وجود نداشته باشد، می‌توان از راه استفاده بلاجهت اقدام کرد.

از مواردی که امکان استناد به قاعده وجود ندارد این است که قرارداد صحیحی بین طرفین وجود داشته باشد، که در این صورت باید بر اساس قرارداد به یکدیگر مراجعه کنند (صفایی، ۱۳۶۴: ۱۶). فرض می‌گیریم درخصوص خرید کالایی، اعتبار اسنادی توسط بانک به درخواست مشتری و به نفع فروشنده گشایش می‌یابد. یکی از اصول حاکم بر اعتبار اسنادی، استقلال اعتبار اسنادی از قرارداد پایه صدور آن است (شهبازی نیا، گروئی، ۱۳۹۹: ۷۰۸، مقدم ابریشمی، بهنام، ۱۳۹۹: ۲۷۲). در ماده ۴ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یو سی پی) شماره ۶۰۰ آمده است: «اعتبار بنا به ماهیت خود معامله‌ای است جدا از قرارداد فروش یا سایر قراردادهایی که مبنای گشایش اعتبار قرار می‌گیرند. قراردادهای مبنای اعتبار به هیچ وجه ارتباطی به بانکها نداشته و تعهدی برای آنها ایجاد نمی‌کند، حتی اگر در اعتبار هرگونه اشاره‌ای به این‌گونه قراردادها شده باشد...». بر این مبنای، این احتمال وجود دارد که ذی‌نفع آن بدون آنکه استحقاق داشته باشد، با ارائه اسناد پیش‌بینی شده در اعتبار، وجه آن را از بانک دریافت کند. مانند آنکه کالاهای ارسالی توسط فروشنده مطابق قرارداد نباشد و... در اینجا کوتاهی متوجه بانک نیست، ولی این پرسش مطرح می‌شود که آیا برای خریدار حق مراجعه به فروشنده برای بازگرداندن پول پرداختی بر مبنای قاعده وجود دارد یا خیر؟ در پاسخ باید گفت که اگر از جهت قراردادی امکان مراجعه به فروشنده وجود داشته باشد، برای مثال، خریدار بتواند الزام فروشنده به اجرای قرارداد را درخواست کند، نوبت به قاعده نمی‌رسد، ولی اگر این امکان وجود نداشته باشد، استفاده بدون جهت تحقق یافته است. یا درموردی که خواهان بر مبنای چک بتواند اقامه دعوی کند، دیگر نمی‌تواند بر مبنای استفاده بدون جهت طرح دعوی کند (شیرازی، ۱۳۸: ۱۳۶۴).

در خارج از تعهدات قراردادی نیز هنگامی که زیان‌دیده دعوی دیگری در اختیار دارد، نمی‌تواند به آن متوسل شود (صفایی، ۱۳۶۴: ۱۷). به‌طور کلی، «در حقوق ایران زمانی می‌توان به قاعده استناد کرد که هیچ عنوان حقوقی قراردادی مانند ضمان معوضی، فسخ قرارداد، تلف مبیع قبل از قبض و ضمان قهری مانند غصب، اتلاف، تسبیب یا استیفا قابل استناد نباشد» (مرتضوی، ابراهیمی، ۱۳۹۰: ۲۳).

#### ۷- بررسی مصادیقی از استفاده بدون جهت در امور تجاری

در ادامه، مصادیقی از داراشدن ناعادلانه در موضوعات تجاری آورده می‌شود.

#### ۷-۱ در اسناد تجاری

هر چند تعداد اسناد تجاری زیاد است، ولی به جهت آنکه داراشدن ناعادلانه عمدتاً در اسنادی که برای پرداخت قیمت کالا و خدمات یا تضمین تعهدات مورد استفاده قرار می‌گیرد محقق می‌شود، لذا تنها همین اسناد مورد بررسی قرار می‌گیرد، که عبارتند از برات و سفته و چک و ضمانت نامه بانکی و اعتبارات اسنادی.

### ۱-۱-۷ در چک و سفته و برات

به جهت ویژگی هایی که این اسناد دارند، مانند ویژگی عمل به ظاهر، اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل دارنده ثالث با حسن نیت، وصف تجردی و...، استفاده بلاجهت در آن‌ها بیشتر از مباحث تجاری دیگر اتفاق می‌افتد و به همین علت قانون تجارت در ماده ۳۱۹ به طور خاص به این موضوع تصریح کرده است. ماده مورد بحث ناظر به موردی است که سند، مشمول مرور زمان پنج ساله شده است و مسئولیت متعهدان سند تجاری بر اساس سند منتهی شده است (مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۳)، ولی قانون‌گذار برای دارنده سند این امکان را در نظر گرفته که بر مبنای داراشدن ناعادلانه به مسئولین آن مراجعه کند. « در حقوق فرانسه، مرور زمان فقط باعث می‌شود که حق دارنده به استفاده از حقوق ناشی از برات (و همچنین سفته و چک) سلب شود. بنابراین، روابط پیش از برات و نیز حقوق ناشی از این روابط، مشمول مرور زمان عام است که دعوی مربوط به آن بعد از سلب حق دارنده برات- به موجب مقررات قانون تجارت- قابل طرح است. قانون‌گذار ما در این مورد از حقوق آلمان تبعیت کرده است که در آن جا پس از گذشت مرور زمان پنج ساله، دعوی دارنده علیه مسئولان برات فقط در صورتی قابل قبول است که مسئول مزبور، برات را به ضرر صاحب سند، مالک شده باشد» (اسکینی، ۱۳۹۸: ۱۸۶).

در ماده یادشده به دارنده سند امکان استناد به قاعده را داده است، ولی در مورد اینکه استفاده کننده بلاجهت چه کسی است سکوت کرده است که لازم است مورد بررسی قرار گیرد.

### ۱-۱-۷ صادرکننده:

سند تجاری توسط صادرکننده به جریان می‌افتد. یکی از اشخاصی که استفاده بدون جهت ممکن است توسط او صورت گیرد صادرکننده است. در برات ممکن است براتگیر بدون اینکه محل برات توسط براتکش نزد او تأمین شده باشد، وجه آن را پرداخت کرده باشد. در این صورت براتکش به زیان براتگیر به طور ناعادلانه دارا شده است. در چک نیز این امر امکانپذیر است. چون در چک نیز محال علیه وجود دارد. البته در مقایسه با برات، داراشدن ناعادلانه در رابطه صادرکننده و محال علیه چک

در حال حاضر کمتر اتفاق می‌افتد، چون طبق ماده ۳ قانون صدور چک اصلاحی ۱۳۸۲ «صادرکننده چک باید در تاریخ مندرج در آن معادل مبلغ مذکور در بانک محال علیه وجه نقد داشته باشد...»، و برخلاف گذشته اعتبار، محل صحیح به حساب نمی‌آید، از این رو اکنون وضعیت به اینصورت است که بانک محال علیه پولی که توسط صادرکننده در حساب جاری گذاشته است نسبت به پرداخت چک اقدام می‌کند و تکلیفی به پرداخت آن در غیر اینصورت ندارد. ولی استفاده بدون جهت در رابطه صادرکننده و دارنده می‌تواند محقق شود. برای مثال، اگر در ازای خرید کالایی چک صادر شده باشد و کالا هم تحویل شده باشد، اگر احیاناً دارنده ظرف ۵ سال مبادرت به مطالبه وجه آن نکرده باشد و چک مشمول مرور زمان شده باشد، در اینصورت دارنده بر اساس دارا شدن ناعادلانه خواهد توانست به صادرکننده مراجعه کند، چون به زیان دارنده دارا شده است. در سفته نیز همین حالت قابل وقوع است.

نکته‌ای که باید نظر داشت این است که نباید تصور شود که صادرکننده همواره استفاده کننده بلاجهت خواهد بود. بلکه این موضوع درباره او باید اثبات شود. البته در این زمینه نظرات مختلف است که در ادامه بررسی خواهد شد.

طبق یک نظر صادرکننده همواره استفاده کننده بلاجهت است، چون در سفته و چک، صادرکننده یا وجهی از دارنده گرفته است و بر این مبنا سند را به او داده است، یا اینکه بابت بدهی به دارنده برات یا سفته یا چک داده است. لذا اگر سند پرداخت نشود، او استفاده بدون جهت کرده است (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸: ۲۰۰-۱۹۹). در رأی شماره ۴۱۷۳ مورخ ۱۳۳۸/۸/۲۶ شعبه ۸ دیوان کشور نیز بر همین مبنا صادرکننده سفته استفاده کننده بلاجهت شناخته شده است. طبق این رأی: «مطابق ماده ۳۱۹ قانون تجارت اگر وجه برات یا فته طلب یا چک به سبب حصول مرور زمان ۵ ساله قابل مطالبه نباشد، دارنده می‌تواند وجه آن را از کسی که استفاده بلاجهت کرده است مطالبه نماید، و در سفته مورد بحث که فرجام خواننده متعهد سفته و طرف مستقیم قضیه بوده و ظهرنویس وجود نداشته، ظاهر این است که از وجه سفته مستفید بلاجهت کرده است و فرد بارز استفاده بدون جهت آنست که مدیون بدون جهت قانونی از ادای دین استنکاف نماید» (نقل شده توسط ستوده تهرانی، ۱۳۸۸: ۲۰۰).

نظر دیگر این است که صادرکننده مانند سایر مسئولین الزاماً استفاده کننده بلاجهت محسوب نمی‌شود، بلکه باید این امر اثبات شود (اسکینی، ۱۳۹۸: ۱۸۷). در دعوی که دارنده چک پس از شمول مرور زمان، اقامه دعوی علیه صادرکننده برای مطالبه وجه آن کرده بود، دادگاه بدوی بر همین مبنا به شرح زیر قرار رد دعوی صادر کرده است.



« در خصوص دعوی آقای م.ح. به طرفیت آقای م.الف. به خواسته مطالبه ۹۰/۵۰۰/۰۰۰ ریال بابت سه فقره چک به شماره‌های (۱) ۰۳۶۱۲۱ مورخ ۱۳۷۸/۴/۲۲ به مبلغ بیست و هشت میلیون و هفت صد و پنجاه هزار ریال (۲) ۰۲۶۱۲۲ مورخ ۱۳۷۸/۵/۱۲ به مبلغ بیست و هشت میلیون و هفت صد و پنجاه هزار ریال هر دو عهده بانک ص. (۳) ۲۳۰۵۹۲ مورخ ۱۳۷۸/۴/۱۳ عهده بانک ت. به انضمام کلیه خسارات قانونی. نظر به محتویات پرونده و با توجه به اینکه چک‌های مستند دعوی در چهارچوب روابط تجاری (حسب اظهارات خواهان) فی مابین اصحاب دعوی ردّ و بدل گردیده و تاریخ صدور چک‌ها و گواهی‌های عدم پرداخت آن‌ها مربوط به سال ۱۳۷۸ می‌باشد موضوع مشمول ماده ۳۱۸ قانون تجارت و مرور زمان ۵ ساله بوده، در نتیجه دادگاه دعوی خواهان را قابل‌استماع ندانسته و قرار ردّ آن را صادر می‌نماید»<sup>۱</sup>.

رای یادشده پس از تجدیدنظرخواهی، با این استدلال که «برخلاف اظهارات تجدیدنظرخواهان وی به‌عنوان تاجر پارچه در بازار فعالیت می‌نماید و تاریخ چک‌ها نیز مربوط به بیش از پنج سال می‌باشد» به تأیید دادگاه تجدیدنظر رسید.

دیدگاه دوم درست است، چون در تجارت صدور یا قبول سند همواره برای پرداخت بدهی نیست، بلکه می‌تواند برای آن باشد که اعتباری در اختیار دارنده قرار داده شود. مانند حالتی که بانک براتی را که مشتری کشیده است قبول می‌کند. در این حالت بانک پولی در اختیار مشتری قرار نمی‌دهد، بلکه فقط امضای خود را در اختیار او قرار می‌دهد» (اسکینی، ۱۳۹۸: ۲۶). در نتیجه، سند همواره نشاندهنده یک بدهی در معنای مدنی آن نیست. از سوی دیگر، ظاهر ماده ۳۱۹ قانون تجارت نیز گویای آن است که استناد به استفاده بلاجهت جنبه استثنایی دارد و باید شرایط آن اثبات شود و خود سند به تنهایی مثبت آن نیست. در واقع، اگر هر صادرکننده‌ای استفاده کننده بدون جهت دانسته شود، ماده ۳۱۹ فلسفه وجودی خود را از دست می‌دهد. در واقع، دعوای استفاده بدون جهت در امور تجاری یک دعوای مدنی است و نه تجاری، و شرایط آن طبق ادله اثبات دعوای مدنی باید احراز شود.

## ۱-۱-۷-۲ محال علیه

۱ - دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۴۶۶ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۲۲ شعبه ۱۲۳ دادگاه حقوقی تهران. این رای از سامانه ملی آرای قضایی متعلق به پژ و هشگاه قوه قضاییه گرفته شده است.

استفاده بلاجهت در مورد محال علیه برات و چک نیز قابل تحقق است. در صورتی که صادرکننده وجه سند را به محال علیه رسانیده باشد و تا زمان مطالبه دارنده آن را مسترد نکرده باشد و سند مشمول مرور زمان شده باشد، دارنده از باب دارا شدن ناعادلانه حق مراجعه به او را خواهد داشت. بنابراین، تحقق این امر در مورد محال علیه تنها در صورتی است که وجه را از صادرکننده دریافت کرده باشد (صقری، ۳۲۲: ۱۳۸۰، مرتضوی، ۱۳۹۲: صص ۱۱۵-۱۱۴).

### ۱-۱-۷-۳ ظهرنویس

طبق قانون ظهرنویس نیز یکی از مسئولین پرداخت آن است. در مورد اینکه آیا استفاده بلاجهت توسط ظهرنویس هم می‌تواند صورت گیرد یا نه؟ اختلاف نظر است. طبق یک نظر ظهرنویس این امر امکان پذیر است (اسکینی، ۱۳۹۸: ۱۸۸). ولی طبق نظر دیگر امکان پذیر نیست، چون ظهرنویس از سویی زمانی که سند را از ید ماقبل خود دریافت می‌کند، مال یا پول به او پرداخته است، و از سوی دیگر، در زمانی که آن را به دارنده بعدی انتقال می‌دهد از او پول یا مالی دریافت می‌دارد، لذا این امر در مورد او منتفی است (مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۶).

به نظر می‌رسد دارا شدن ناعادلانه در مورد ظهرنویس نیز قابل تحقق است. با توجه به ماده ۲۹۱ قانون تجارت در صورتی که وجهی که برای پرداخت برات به برانگیر داده شده بود، به طریق محاسبه یا عنوان دیگری به ظهرنویس مسترد شده باشد، دارنده برات می‌تواند به او مراجعه کند و این مراجعه از باب دارا شدن ناعادلانه است (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸: ۲۰۲).

### ۱-۱-۷-۴ ضامن

اگر ضامن وجه سند را پرداخت کند، می‌تواند به مضمون عنه خود از جهت دارا شدن ناعادلانه مراجعه کند.

### ۱-۱-۷-۵ وکیل

در مورد وکیل صادرکننده استفاده بدون جهت موضوعیت ندارد، چون مال یا وجهی دریافت نکرده است، ولی وکیل در وصول اگر از بازگرداندن پول به موکل خودداری کند، این امر محقق می‌شود (مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۱۶). البته این دارا شدن از نوع مبتنی بر سند نیست، بلکه مربوط به روابط بین وکیل و موکل است.

باید توجه کرد که استفاده بدون جهتی که در اسناد تجاری اتفاق می افتد محدود به موارد گفته شده نیست. برای مثال، اگر در مورد قرارداد بیع چکی صادر شده باشد و دارنده آن را به دیگری منتقل کند. اگر قرارداد بیع فسخ شود و دارنده چک با توجه به اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل اشخاص ثالث با حسن نیت، وجه آن را از صادر کننده دریافت کند. در این حالت چون دارنده نخست با انتقال، مالی از انتقال گیرنده دریافت کرده است و با فسخ قرارداد پایه صدور، صادرکننده در واقع بدهی انتقال گیرنده به انتقال گیرنده را پرداخت کرده است، لذا انتقال دهنده (دارنده نخست) به طور ناعادلانه به زیان صادرکننده دارا شده است.

در پایان این مبحث رایی که از شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران صادر شده است نقل می شود. <sup>۱</sup> با این توضیح که موضوع پرونده به این شرح بوده است که به موجب قرارداد مشارکتی که در سال ۱۳۸۹ بین دو شخص منعقد می گردد، مقرر می شود که یکی از شرکا مبلغ یک میلیارد ریال مابه التفاوت زمین وساخت را به موجب دو فقره چک به شریک دیگر پرداخت کند. علاوه بر آن، در قرارداد پیش بینی می شود که چنانچه چکها به هر نحوی برگشت شود، خواننده علاوه بر پرداخت اصل چک، مبالغی نیز به عنوان خسارت مقطوع پرداخت کند. به علت برگشت چک، دارنده چک به طرفیت صادرکننده به خواسته مطالبه وجه چک و خسارات اقامه دعوی می کند و شعبه ۱۰۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران خواننده را به پرداخت اصل وجه چک و خسارات محکوم می کند. محکوم علیه از این حکم تجدیدنظر خواهی می کند و شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۱۲۲۳ مورخه ۹۱/۱۰/۳۰ رأی بدوی را تأیید می نماید. پس از آن خواننده دعوی مبادرت به فسخ قرار داد مشارکت کرده و دعوایی به خواسته تأیید فسخ مطرح می کند که بر اساس دادنامه قطعی شماره ۲۷۲. ۹۲.. مورخه ۹۲/۳/۲۱ صادره از شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران حکم به تأیید فسخ قرارداد مشارکت صادر می شود. صادرکننده چک بر اساس این رأی و با استناد به بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی و با اعلام اینکه با فسخ قرارداد مشارکت، محکومیت صادرکننده چک دارا شدن ناعادلانه محسوب می شود، نسبت به دادنامه شماره ۱۲۲۳ مورخه ۹۱/۱۰/۳۰ شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران درخواست اعاده دادرسی می کند که این شعبه به شرح زیر مبادرت به صدور رأی می کند:

<sup>۱</sup> - دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۵۸۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۵/۲۳ شعبه ۳۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران. این رأی از سایت داده آرا متعلق به پژوهشگاه قوه قضائیه گرفته شده است.

« راجع به دادخواست آقای الف.ع. با وکالت آقای ح.ب. به طرفیت ع.س. به‌خواستۀ اعاده دادرسی نسبت به دادنامه شماره ۱۲۲۳ مورخه ۹۱/۱۰/۳۰ صادره از این دادگاه که طی آن با تأیید دادنامه ۳۲۷ مورخه ۹۱/۵/۲۸ صادره از شعبه ۱۰۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران حکم به محکومیت تجدیدنظرخواه به پرداخت مبلغ ۵۰۰۰۰۰۰۰۰ ریال وجه یک فقره چک و ۱۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال خسارت و ۵۴۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال خسارت تأخیر در انجام تعهد مورد تأیید قرار گرفته است و متقاضی مذکور به استناد بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی، درخواست نقض آن را نموده است. نظر به اینکه مستند خواهان مذکور ارائه و تسلیم دادنامه قطعی شماره ۲۷۲ ۹۲۰۰۰ مورخه ۹۲/۳/۲۱ صادره از شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران می‌باشد که طی آن حکم به تأیید فسخ قرارداد مشارکت فی مابین صادر شده است، لذا محکومیت مذکور نوعی استیفاء ناعادلانه و همچنین برابر ماده ۴۲۶ قانون مدنی، خواننده دعوی مکلف به استرداد آن می‌باشد. دادگاه با التفات به اینکه اولاً خواسته خواهان دعوی مستقلاً بوده که نیاز به رسیدگی جداگانه، آن هم در محاکم بدوی داشته و طرح دعوی در قالب اعاده دادرسی فاقد توجیه قانونی می‌باشد. ثانیاً، از جمله شروط موضوع بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون مارالذکر، وجود اسناد و مدارک در جریان دادرسی و مکتوم بودن آنکه دلیل حقانیت متقاضی مذکور می‌باشد است؛ در حالی که دادنامه صادره در جریان دادرسی، مکتوم نبوده، بلکه بعد از اصدار رأی از ناحیه این دادگاه صادر گردیده است. علی‌هذا این دادگاه موضوع را از شمول بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون مارالذکر خارج دانسته و مستنداً به تبصره ماده ۴۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار رد دادخواست اعاده دادرسی را صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره قطعی است.»

در دعوی گفته شده از سویی قرار رد درخواست اعاده دادرسی به درستی صادر شده است. چون اصل این است که دادگاه طبق ادله موجود در زمان دادرسی به دعوی رسیدگی و حکم صادر کند و بر این اساس بند ۷ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی ناظر به اسناد و مدارکی است که در زمان دادرسی وجود داشته ولی مکتوم بوده است. از سوی دیگر، چون اثر فسخ نسبت به آینده است، پس به‌طور قاطع نمی‌توان گفت که با فسخ قرارداد مشارکت حتماً داراشدن ناعادلانه‌ای اتفاق افتاده است، بلکه این امر مستلزم رسیدگی جداگانه است.

## ۲-۱-۷ در ضمانت نامه بانکی و اعتبارات اسنادی

دو مورد از اسنادی که داراشدن ناعادلانه در آن‌ها قابل تحقق است ضمانت نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی است. از ویژگی‌های این دو سند آن است که پرداخت آن توسط بانک صادرکننده تابع شرایط مندرج در ضمانت نامه بانکی و اعتبار اسنادی است و این اسناد مستقل از قرارداد منشأ

صدور هستند (اخلاقی، ۱۳۷۰، صص ۸۰-۸۴، شیروی، ۱۳۹۳، صص ۲۶۴-۲۶۳)، استقلال اعتبار اسنادی از قرارداد منشاء در ماده ۴ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (یوسی پی) شماره ۶۰۰ تنظیم شده توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی اعلام شده است. در مورد ضمانتنامه‌های بانکی عندالمطالبه نیز وضعیت به همین صورت است. در بند الف ماده ۵ مقررات متحدالشکل ضمانت نامه‌های عندالمطالبه (یو آر دی جی) شماره ۲۷۵۸ تنظیم شده توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی به این امر تصریح شده است. بنابراین این احتمال وجود دارد که ذی‌نفع، وجه آن‌ها را بدون استحقاق دریافت کند که در اینصورت داراشدن ناعادلانه واقع شده است (بهارلو، بلطاقی، ۱۳۹۸: ۲۶، سلطانی، ۱۳۹۷: ۲۵۲، مافی، فرزندگان، ۱۳۹۵: ۱۵۳).

## ۲-۷ در شرکت‌های تجاری

در شرکت‌های تجاری نیز این نوع دارا شدن قابل تحقق است. مثالی که می‌توان آورد حالتی است که پس از انحلال شرکت تجاری، طلبکار به علت عدم اطلاع در مرحله تصفیه اموال شرکت نکند و پس از پرداخت بدهی‌های شرکت، باقیمانده اموال بین شرکا تقسیم می‌گردد، پرسش این است که آیا می‌توان برای طلبکار، حق مراجعه به شرکا را البته در حدی که از اموال شرکت دریافت کرده است در نظر گرفت؟ البته این بحث تنها در شرکت‌هایی مطرح می‌شود که مسئولیت شرکا محدود به سرمایه گذاری آن‌ها است مانند شرکت‌های سهامی و در شرکت‌های با مسئولیت نامحدود مانند تضامنی و نسبی مطرح نمی‌شود. به نظر پاسخ مثبت است، چون انحلال شرکت و حتی تصفیه نمی‌تواند سببی مشروع و قانونی برای این دارا شدن باشد (کاوایانی، ۱۳۹۴: پاورقی ص ۱۴۷). این امر را این‌گونه می‌توان توجیه کرد که شرکت هر چند دارای شخصیت حقوقی است، ولی در واقع متعلق به شرکا است و همان‌گونه که باقی ماندن طلب طلبکاران نزد شرکت درست نبوده است، تملک آن توسط شرکا هم نادرست است و مکلف ندانستن شرکا به بازگرداندن آن به طلبکاران به منزله داراشدن ناعادلانه است.

## ۳-۷ در ورشکستگی

در ورشکستگی استفاده بدون جهت در مواردی اتفاق می‌افتد. برای مثال، تاجری ورشکسته می‌شود و اموال او بین اشخاصی که خود را به‌عنوان طلبکار معرفی و طلب آن‌ها تصدیق می‌شود

تقسیم می‌گردد. این احتمال وجود دارد که برخی از طلبکاران به هر علتی در فرایند تصفیه شرکت نکرده باشند. در مورد این اشخاص این سؤال قابل طرح است که آیا بعد از اعلام پایان تصفیه می‌توانند به ورشکسته برای دریافت طلب خود مراجعه کنند؟ پاسخ این پرسش مثبت است، چون تصفیه فرایندی است تجاری برای تقسیم اموال موجود ورشکسته بین طلبکاران او، و از آن نمی‌توان نتیجه‌گیری کرد که اگر طلبکاری در مرحله تصفیه حضور پیدا نکرده است طلب او از ورشکسته منتفی می‌شود. پس امکان اقامه دعوی مدنی برای او وجود خواهد داشت، «در قانون تجارت، هیچ حکمی که دلالت بر برائت کلی یا جزئی ذمه ورشکسته نسبت به دیون ادا نشده بنماید وجود ندارد، بلکه از مفهوم مخالف موادی چون ماده ۵۶۲ و ۵۶۵ قانون تجارت استنباط می‌گردد که برخلاف بعضی نظام‌های حقوقی، در حقوق ما بدهکار ورشکسته در مورد اصل بدهی، مشمول هیچگونه ارفاقی نیست» (کاویانی، ۱۳۹۲: ۱۱). قضات دادگاههای حقوقی دو تهران در پاسخ به پرسشی که در این زمینه مطرح شده بود این‌گونه اظهار نظر می‌کنند:

«با توجه به مواد ۴۱۹ و ۴۲۰ و ۴۲۱ و ۴۷۳ قانون تجارت و ماده ۱۲ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۴۷ و تبصره ۲ ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی در مورد تاجر ورشکسته مدیون، عدم مراجعه به مدیر تصفیه در موعد مقرر موجب انتفای حق و طلب دائن چه در مدت ورشکستگی و چه پس از اعاده اعتبار نخواهد بود و ضمانت اجرای عدم رجوع به مدیر تصفیه تنها سلب حق اعتراض طلبکار نسبت به نحوه تصفیه و تقسیم است و جز این محرومیت، ضمانت اجرای دیگری منجمله سقوط حق دائن برای همیشه از مقررات مربوط به ورشکستگی استنباط نمی‌شود و اصولاً پس از احراز وجود طلب دائن از ورشکسته، در مقام تردید راجع به بقا و یا عدم بقای طلب مذکور مذکور به علت مراجعه نکردن طلبکار به مدیر تصفیه، بقای طلب استصحاب می‌گردد. و در طول مدت ورشکستگی و نیز مادام که حکم به اعاده اعتبار ورشکسته از محکمه صادر نشده باشد، دعوی می‌بایست به طرفیت مدیر تصفیه که قائم مقام بدهکار است اقامه شود، زیرا ورشکسته در حکم محجور است لیکن پس از اعاده اعتبار طرح دعوی علیه شخص مدیون صورت می‌گیرد...» (نوبخت، ۱۳۷۰: صص ۱۶۱-۱۶۲)

در این نظریه به درستی بر کارکرد تصفیه به‌عنوان سازوکاری تجاری برای تقسیم اموال موجود ورشکسته بین طلبکارانی که خود را به مدیر تصفیه معرفی می‌کنند توجه شده است. هر چند بهتر بود به قاعده داراشدن ناعادلانه نیز استناد می‌گردید. البته آنچه در قسمت پایانی نظریه آمده مبنی بر اینکه پس از پایان یافتن تصفیه و پیش از اعاده اعتبار ورشکسته نیز دعوی می‌بایست به طرفیت مرجع تصفیه انجام گیرد درست نیست، چون پایان یافتن تصفیه به منزله ختم ورشکستگی است (اسکینی،

۱۳۸۱: ۲۰۰) و قاعده منع مداخله تاجر در اموال خود و همچنین مأموریت مرجع تصفیه پایان می‌پذیرد و در نتیجه مرجع تصفیه در این زمینه صلاحیتی نخواهد داشت. در تأیید این مطلب می‌توان به ماده ۴۹ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸ استناد کرد که می‌گوید: «پس از تقسیم اموال، خاتمه ورشکستگی اعلام خواهد شد. هرگاه پس از خاتمه ورشکستگی اموالی متعلق به متوقف کشف شود، اداره آن‌ها را به تصرف خود درآورده و حاصل فروش آن را بدون هیچ‌گونه تشریفات بین بستانکاران تقسیم می‌کند». در این ماده صرفنظر از اینکه تقسیم اموال به منزله خاتمه ورشکستگی دانسته شده است، امکان مداخله اداره تصفیه پس از پایان تصفیه با توجه به معنای واژه «کشف» تنها در مورد اموالی است که در زمان تصفیه وجود داشته و به هر علتی از چشم آن اداره پنهان مانده است، بنابراین در مورد اموالی که پس از پایان تصفیه به مالکیت ورشکسته وارد می‌شود، مرجع تصفیه حق دخالت نخواهد داشت و در مورد آن‌ها طلبکاران می‌توانند دعوای انفرادی طرح کنند.

### نتیجه گیری

دارا شدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت عبارت از این است که شخصی بدون سبب قانونی به زیان دیگری دارا شود. در دارا شدن ناعادلانه، مبنای مسئولیت شخص انتفاع ناروایی است که از مال یا کار دیگری برده است و تنها به همین اندازه می‌توان به او رجوع کرد. هرچند از نظر اخلاقی یا حتی عقلی دارا شدن ناعادلانه نمی‌تواند مجاز شمرده شود، ولی از آن‌جا که در نظام فقهی و حقوقی ما قواعد مختلفی مانند ضمان ید، ید و... وجود دارد که در بسیاری موارد - و به نظر برخی به طور کامل - این قاعده را پوشش می‌دهد، لذا ممکن است در مورد وجود آن در عرصه تجارت تردید شود، با وجود این، به علت آنکه موضوعات تجاری تابع ویژگی‌ها و موازین خاصی است، مواردی وجود دارد که تنها تحت پوشش قاعده مورد بحث است و مشمول قواعد دیگر نیست. از این‌رو در زمینه وجود آن در تجارت نباید تردید کرد. برای مثال، در صورتی که براتگیر بدون آنکه محل برات توسط براتکش نزد او تأمین شده باشد، وجه آن را به دارنده پرداخت کند، براتکش به زیان براتگیر دارا شده است و طبق قاعده، براتگیر حق مراجعه به او برای بازگرداندن پول پرداختی را پیدا می‌کند. این مورد با هیچیک از قواعد دیگر قابل تطبیق نیست و تنها مشمول همین قاعده است.

نکته دیگر جنبه تکمیلی و فرعی قاعده در حقوق تجارت است. این قاعده باید در امتداد اصول و قواعد دیگر مورد استناد قرار گیرد، نه اینکه باعث نقض آن‌ها شود. همچنین، دعوای استفاده بدون جهت تنها در موردی باید پذیرفته شود که دعوای دیگری در اختیار خواهان نباشد. بنابراین بر فرض

اگر شخص بنواند بر مبنای چک طرح دعوی کند، نوبت به داراشدن ناعادلانه نمی‌رسد. در قانون تجارت نیز با توجه به مواد ۳۱۸ و ۳۱۹ تنها زمانی دارنده سند می‌تواند بر مبنای استفاده بدون جهت طرح دعوی کند که به علت شمول مرور زمان امکان استناد به سند برای او وجود نداشته باشد.

نکته‌ای که باید توجه کرد و گاه رویه قضایی در مورد آن دچار اشتباه می‌شود این است که دعوای استفاده بدون جهت در امور تجاری یک دعوای مدنی است و نه تجاری، و شرایط آن طبق ادله اثبات دعوای مدنی باید احراز شود. برای مثال، اگر چک یا سفته‌ای مشمول مرور زمان شود، برخلاف پیش از آن، خود سند برای اثبات استفاده بدون جهت صادرکننده یا اشخاص دیگر کافی نیست، بلکه این امر به وسیله ادله اثبات دعوای مدنی باید اثبات گردد. از این رو از صلاحیت دادگاههای تخصصی تجاری خارج است. با وجود این، به جهت دشواری که برای تشخیص آن در امور تجاری وجود دارد، پیشنهاد می‌شود در مقررات مربوطه، دارا شدن ناعادلانه در صلاحیت این دادگاهها گنجانده شود.

همچنین، چون موضوعات تجاری تابع ویژگی‌های خاص است، از این رو احراز استفاده بدون جهت گاه آسان نیست و نیاز به دقت بیشتر دارد. برای مثال، برات و سفته و چک تابع ویژگی‌هایی مانند ویژگی عمل به ظاهر، وصف تجربیدی، اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات در مقابل دارنده ثالث با حسن نیت و... است که این ویژگی‌ها چگونگی داراشدن ناعادلانه و به تبع آن تشخیص شخصی که استفاده بدون جهت کرده است را دشوارتر از موارد معمولی می‌کند.

در مجموع، این قاعده نقش مثبتی در تجارت دارد. چون در بسیاری موارد، قانون به جای آنکه عمل تجاری که طبق سازوکارهای تجاری صورت گرفته است را بی اعتبار اعلام کند، که این امر برخلاف مصلحت کلان تجارت و به زیان حقوق اشخاص ثالث است، قاعده استفاده بدون جهت را برای جبران زیان در دسترس زیان دیده قرار می‌دهد. برای مثال، اگر در مورد عقد بیعی چکی صادر شود و دارنده آن را به شخص ثالثی منتقل کند، اگر عقد بیع باطل اعلام شود، به طور منطقی تعهد صادرکننده به پرداخت وجه چک هم باید منتفی شود، اما قانون برای حمایت از شخص ثالث با حسن نیت و مصلحت کلان تجارت، او را موظف به پرداخت چک می‌داند، ولی پس از پرداخت، امکان مراجعه او به دارنده نخست را بر مبنای قاعده می‌دهد.



## منابع

- احمدی و استانی، عبدالغنی (۱۳۴۰)، «مرور زمان برات و فته طلب و چک»، *مجله کانون وکلا*، شماره ۷۵.
- اخلاقی، بهروز (۱۳۷۰)، «بحثی پیرامون اعتبارات اسنادی»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۱.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۱)، *حقوق تجارت، ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته*، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۸)، *حقوق تجارت (برات، سفته، ...)*، چاپ بیست و هشتم، تهران: انتشارات سمت.
- اسکینی، ربیعا، (۱۳۸۰)، *حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری*، جلد اول، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.
- امامی، سیدحسن، (۱۳۵۳)، *حقوق مدنی*، جلد ۱، چاپ پنجم، تهران: انتشارات اسلامیة.
- انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۱.ه.ق.)، *مکاسب*، جلد ۲، چاپ اول، قم: انتشارات دار الذخائر.
- بادینی، حسن، خاکباز، محمد (۱۳۹۸)، «تأملی در راهکارهای برقراری موازنه حقوق قرارداد طرفین قرارداد در حالت تورم»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۳، شماره ۱۰۷.
- بهارلو بلطاقی، جواد، جعفرزاده، سیدقاسم (۱۳۹۸)، «مفهوم و دامنه تقلب در اعتبارات اسنادی: مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان، آمریکا، ایران و فقه»، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، سال پانزدهم، شماره ۵۵.
- بهرامی، بهرام (۱۳۸۳)، *حقوق تجارت کاربردی*، چاپ اول، تهران: انتشارات نگاه بینه-بهنامی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۲)، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ ششم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- خدانی، سید پدram (۱۳۹۰)، *مطالعه تطبیقی تأسیس حقوقی دارا شدن بدون علت (حقوق فرانسه، انگلستان و ایران)*، *فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد*، شماره ۱۲.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۸)، *حقوق تجارت*، جلد سوم، چاپ هجدهم، تهران: انتشارات دادگستر.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۷)، «رجوع ضمانت خواه به ذی نفع و ضامن پس از پرداخت ضمانت نامه بانکی با تأکید بر حقوق فرانسه»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۸، شماره ۲.
- شیرازی، اکبر (۱۳۶۴)، *مروری اجمالی بر تئوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق ایران، آمریکا و بین‌الملل*، *مجله حقوقی*، شماره پنجم.
- شهبازی نیا، مرتضی، گرونی، فرشته (۱۳۹۹)، «تأثیر عدم مشروعیت قرارداد پایه بر اعتبار اسنادی با تأکید بر رویکرد محاکم حقوقی ایران در پرونده سوءاستفاده کلان بانکی (معروف به اختلاس سه هزار میلیاردی)»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره پنجاه، شماره ۴.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳)، *حقوق تجارت بین‌الملل*، چاپ هفتم، تهران: انتشارات سمت.
- صفایی، سید حسین (۱۳۶۴)، *استناد به استفاده بلاجهت با وجود رابطه قراردادی*، *مجله حقوقی*، شماره دوم.
- صفایی، سید حسین، رحیمی، حبیب الله (۱۳۹۹)، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، چاپ سیزدهم، تهران: انتشارات سمت.
- صقری، محمد (۱۳۸۰)، *حقوق بازرگانی*، اسناد، جلد اول، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- عاملی، زین الدین مشهور به شهید ثانی (۱۴۱۰.ه.ق.)، *الروضه البهیه فی شرح المعه الدمشقیه (شرح لمعه)*، جلد هفتم، چاپ اول، قم: انتشارات داوری.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، ضمان قهری، جلد دوم، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاویانی، کورش (۱۳۸۹)، حقوق شرکت‌های تجاری، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- کاویانی، کورش (۱۳۹۴)، مقدمه حقوق تجارت، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- کاویانی، کورش (۱۳۹۲)، حقوق ورشکستگی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- مافی، همایون، فرزادگان، محمد (۱۳۹۵)، «پرداخت بی قید و شرط ضمانت نامه بانکی از منظر اصل استقلال از قرارداد پایه»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره هفدهم.
- مرتضوی، عبدالحمید (۱۳۹۲)، قواعد عمومی اسناد تجاری، چاپ اول، تهران: انتشارات جاودانه، جنگل.
- مرتضوی، عبدالحمید، ابراهیمی، حسن (۱۳۹۰)، قاعده دارا شدن غیر عادلانه در حقوق ایران و کامن‌لا، نشریه وکیل مدافع، شماره ۲.
- مقدم ابریشمی، علی، بهنام، محمد (۱۳۹۹) «تلاقی اصل استقلال و منع پرداخت مرجح در اعتبارات اسنادی و ورشکستگی با تأکید بر حقوق آمریکا»، مجله مطالعات حقوقی، دوره دوازدهم، شماره چهارم.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴.ق.)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۲، چاپ هفتم، بیروت: دارالاحیاء تراث العربی.
- نوبخت، یوسف (۱۳۷۰)، اندیشه‌های قضائی، چاپ اول، تهران: مؤسسه کیهان.
- نوبهار، رحیم (۱۳۸۹)، شرح و تفسیر فقهی آیه تجارت، ضمیمه مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۲.

## اصل ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی مدنی

علی اکبر فرحزادی\*، سیدرسول میرنژاد\*\*

### چکیده

فرایند رسیدگی به دعاوی حاوی قواعد و شرایطی است که از سوی قانون‌گذار مشخص شده و طرفین دادرسی باید جهت پایان دادن به اختلاف حقوقی و در نتیجه قلع دائمی نزاع حقوقی این قواعد را رعایت کنند. با این حال، این قواعد، وسیله احقاق حق محسوب می‌شوند و لذا باید به‌نحوی تفسیر شوند که مانع از ورود دادگاه در ماهیت دعوا و در نتیجه فصل خصومت نگردد. در این راستا و از آثار پذیرش این تحلیل، جلوگیری از طرح مجدد دعاوی از طریق ترمیم و اصلاح نواقص دعاوی طرح شده می‌باشد. امری که موجب صرفه جویی در وقت و هزینه طرفین دادرسی و افزایش اعتماد به سیستم دادرسی خواهد شد. براین بنیاد، اصل ترمیم دادرسی در جهت ایجاد و پذیرش قاعده ایی عمومی مورد اشاره قرار گرفته است که بر اساس آن، دادگاه در کنار اصحاب دعاوی حقوق باید اصل را بر قابل ترمیم بودن ایرادات دادرسی و در نتیجه حرکت آن به سمت کامل نمودن قراردادها. با این حال محدوده و شرایط مربوط به اجرای اصل ترمیم دادرسی از موضوعات مهمی است که در این مقاله مورد اشاره قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: اصل ترمیم دادرسی، توانایی دادگاه، نقص اساسی، نقص غیر اساسی

\* دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران  
aliakbar.farahzadi@yahoo.com  
\*\* دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده)  
rasoul.mirnejad@gmail.com (مسئول)

## مقدمه

بدون تردید، استماع دعاوی، فصل خصومت و در نتیجه قلع دایمی دعوی حقوقی یکی از بنیادی ترین اهداف در تشکیل نهاد دادگاه محسوب می شود. در واقع، کابران دادگستری، با این هدف به دادگاه مراجعه می کنند (حبیبی درگاه، ۱۳۹۹: ۱۸۵) و از این جهت تحلیل قصد و اراده ضمنی آنان بر این است که دعوا در یک زمان معقول و متعارف با ورود دادگاه در ماهیت اختلاف حقوقی پایان یابد. بنابراین تمام تلاش دادگاه و اصحاب دعوی حقوقی به عنوان بازیگران دادرسی تشکیل شده در باره اختلاف حقوقی باید بر این اساس تفسیر شود و اعمال صورت گرفته از زمان طرح دعوی حقوقی تا پایان دادرسی بر این مبنا تحلیل شود.

یکی از مهم ترین مقدماتی که به استماع حداکثری دعوی کمک می کند و بر اساس آن دعوا از مرحله بررسی شکلی عبور و در مرحله ماهیتی مورد بازبینی و تحلیل قرار می گیرد، عبور از ایرادات و نقایصی است که ممکن است در جریان دادرسی به معنای عام و دعوی طرح شده به معنای اخص مطرح شود. به عبارت دیگر، این نواقص گاه ممکن است مربوط به روند دادرسی باشد، مانند اینکه خواسته مالی مقوم نشده است و این موضوع مورد غفلت دفتر دادگاه قرار می گیرد و دادگاه بر اساس همین روند ختم دادرسی را اعلام می کند و پس از این مرحله متوجه این نقص می شود و یا حتی در مرحله تجدیدنظر این نقص هویدا می شود و یا سند مثبت سمت در دادخواست بدوی ارایه نمی شود و در مرحله تجدیدنظر این نقص آشکار می شود.

از سویی دیگر، گاه این نواقص مربوط به دعوی طرح شده است. به عبارت دیگر، دادرسی فاقد ایراد است اما دعوی طرح شده به جهت قواعد اختصاصی مربوط به هر دعوا ناقص است. به عنوان مثال، یکی از مقدمات مربوط به دعوی اعتراض به ملی اعلام کردن زمین مورد اختلاف، تهیه نقشه جغرافیایی مربوط به حدود زمین است که در اصطلاح به آن (u.t.m) گفته می شود. در این خصوص، دادرسی دارای نقصان نمی باشد ولی از منظر حقوق دعاوی، دعوی طرح شده دارای نقص است (خدابخشی، ۱۳۹۳، ص ۱۰۹) یا در مثال دیگر، در دعوی اعلام بطلان سند و یا قرارداد، باید طرفین سند یا قرارداد طرف دعوا قرار بگیرند و از این جهت اگر یکی از طرفین سند یا قرارداد طرف دعوا قرار نگیرد، اگرچه دادرسی کامل است ولی دعوا ناقص می باشد. این مسائل در عناصر شناسی هر دعوا مورد توجه قرار می گیرد (خدابخشی، ۱۳۹۳، ص ۵؛ میرنژاد بروجنی، ۱۳۹۸، ص ۱۱۲).

بنابراین در حقوق دادرسی مدنی و نیز حقوق دعاوی باید از ترمیم نواقص حمایت کرد. در واقع اجازه ترمیم نواقص به دادگاه امکان خواهد داد که قواعد دادرسی در راستای احقاق حق و ورود دادگاه در ماهیت اختلاف حقوقی تفسیر شود و در نتیجه از طرح مجدد دعوی که از یک سو صدور آرای

متهافت و از سویی دیگر اتلاف وقت و هزینه اصحاب دعوی حقوقی را در پی دارد، جلوگیری می‌گردد.

بر این بنیاد و در جهت دادن فرصت و امکان ترمیم نواقص دادرسی ودعوا اصل ترمیم دادرسی پیشنهاد می‌شود. برطبق این اصل، که به‌عنوان یک قاعده و ضابطه باید از سوی دادگاه واصحاب دعوی حقوقی مورد توجه قرار گیرد، می‌بایست اجازه ترمیم نواقص موجود در دادرسی داده شود و بدین وسیله از تکرار عمل خودداری شود. درواقع چون اصل بر این است که دعاوی باید به‌صورت حداکثری استماع شود، اصل ترمیم دادرسی یکی از مهم‌ترین ابزارهای است که بر اساس آن ودر قالب همکاری بازیگران دادرسی (دادگاه واصحاب دعوا) می‌توان به این هدف نزدیک شد (محسنی، ۱۳۸۹، ص ۱۲۶).

درواقع، روند دادرسی ودعوا به‌عنوان یک مجموعه، دارای اجزایی است که می‌بایست در موقعیت خود و به‌صورت کامل تحقق یابد تا امکان رسیدن به جزء بعدی وجود داشته باشد. به‌عنوان مثال، وجود نقص ابتدایی در دادخواست یا خواننده دعوا امکان حرکت دادرسی و دعوا به مرحله بعد را منتفی می‌کند. لذا اصل ترمیم دادرسی به‌عنوان یکی از اصول راهبردی این امکان را خواهد داد که حرکت قطار دادرسی ودعوا به مقصد ادامه یابد و در اصطلاح عقیم نماند و به‌جای بطلان و بی‌اعتباری دادرسی ودعوا از تکمیل آن حمایت کرد (مولودی، حاجی عزیزی و حمزه هویدا، ۱۳۹۷، ص ۳۵۸).

در حقوق دادرسی مدنی ایران، این اصل مورد تصریح قانون‌گذار قرار نگرفته است. با این حال، بحث ترمیم دادرسی وامکان عبور از ایرادات دارای پشتوانه فقهی بوده و حتی از برخی از مواد قانون آیین دادرسی مدنی نیز به‌صورت غیر مستقیم قابل درک است. دکترین حقوق دادرسی نیز به تازگی مفاهیم مرتبط با اصل ترمیم دادرسی را مورد اشاره قرار داده اند و از این جهت مطالعات تطبیقی نیز در مقالات صورت گرفته است (خدابخشی، ۱۳۹۴، ص ۱۰۱؛ محسنی، ۱۳۹۴، ۷۹۳؛ شکوهی زاده و عربیان، ۱۳۹۷، ص ۱۴۵؛ مولودی، حاجی عزیزی و حمزه هویدا، ۱۳۹۷، ص ۳۶۰) و به‌صورت اجمالی بحث نقایص در دادرسی و امکان تصحیح آن مورد بررسی قرار گرفته است. با این حال، پذیرش و پیشنهاد اصل ترمیم دادرسی به‌عنوان یک قاعده و تبیین مفاهیم و مبنای آن و ارایه طریق در جهت محدوده ترمیم و ضوابط مربوط به آن از نوآوری‌هایی خواهد بود که در این مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرد.

به بیان دیگر، رویکرد ترمیم با تصحیح از بعد مفهومی یکسان است؛ چه در هر دو، هدف، استمرار دادرسی خواهد بود. با این حال، درگفتمان ترمیم، دادرسی شبیه ساختمانی است که باید نواقص و ایرادات آن مرمت شود. بر این بنیاد، باید دیدگاهی ارائه کرد که این ساختمان سرپا بماند. افزون بر آن، با توجه به ظوابطی که در مقاله پیشنهاد شده است، دست دادگاه در به کار بردن این اصل بازتر خواهد بود. توضیح اینکه سعی شده است به موضوع ترمیم به جای ذکر مصادیق، در سطحی کلان و به شیوه‌ای روشمند و فراگیر نگاه شود. رویکردی که موجب خواهد شد دادگاه با استفاده از این روش‌ها در هر دعوا از انسداد آن جلوگیری و راه حلی را انتخاب کند که منجر به استمرار دادرسی شود.

پس، اگرچه در خصوص مبانی و فلسفه تصحیح نواقص پیش از این گفت‌وگو شده است، اما این مقاله ادامه این راه سخت و با هدف بومی سازی آن در حقوق دادرسی مدنی ایران نوشته شده است.

### ۱. مفهوم ترمیم در اصل ترمیم دادرسی

ترمیم در لغت به معنای درست کردن، صحیح کردن و غلط‌های نوشته‌ای را درست کردن، معنی شده است (معین، ۱۳۷۱: ۱۰۹۰). معنای حقوقی که در این مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرد نیز از معنای لغوی چندان دور نیست. به عبارت دیگر، منظور از ترمیم، برطرف کردن نقایص موجود در اقدامات و اعمالی است که در دادرسی موجود است.

براین بنیاد، ترمیم اعمال در دادرسی و دعوی طرح شده این امکان را فراهم می‌سازد که اقدامات بدون اینکه تکرار شوند از تاریخ ترمیم دارای همه آثار مترتب بر عمل صحیح را به دست بیاورند. به عنوان مثال، شهادت نامه ایی که در خصوص اعسار از پرداخت هزینه دادرسی تقدیم می‌شود، با تکمیل شرایط در جلسه دادرسی همان آثار شهادت نامه صحیح و کامل را دارد و نیازی به طرح دعوی مجدد اعسار از پرداخت هزینه دادرسی نیست.

با این حال، پرسش اساسی این است که وقتی از ترمیم نواقص و اعمال دادرسی صحبت می‌شود، کدام نواقص مدنظر است؟ علت طرح این پرسش از این جهت دارای اهمیت است که نواقص موجود در دادرسی از دو منظر متفاوت مورد بررسی قرار می‌گیرد. ۱- نواقص ماهوی در دعوا: در این حالت، دعوا از لحاظ استماع اولیه و اینکه امکان ورود در ماهیت دعوا وجود داشته باشد، مورد پذیرش قرار گرفته است ولی از لحاظ ماهوی به جهت نقص در دلایل و غیره امکان پیروزی اصحاب دعوا در ماهیت موضوع اختلاف وجود ندارد و از این جهت دادگاه به جهت نقصان در ماهیت، دعوا را با صدور حکم پایان می‌دهد. به عبارت دیگر، دعوا در این حالت با قرار عدم استماع یا رد دعوا روبه‌رو

نمی‌شود و دادگاه در فرض نقصان، دعوا را از لحاظ ماهوی با حکم به بی‌حقی یا بطلان به پایان می‌رساند.

۲- نواقص شکلی: در مقابل نواقص ماهوی، باید از نواقص شکلی یاد کرد. در این نواقص، دادگاه در استماع اولیه و پذیرش دعوا به این معنا که امکان ورود در ماهیت دعوی طرح شده را داشته باشد، با مشکل روبه‌رو است. بنابراین در این حالت با انسدادهای دعوا مواجه می‌شویم و معمولاً دعوا با صدور قرارهایی مانند عدم استماع یا رد دعوا مواجه می‌شوند.

به‌عنوان مثال، دعوی اعلام بطلان یا فسخ قرارداد بدون اینکه همه تنظیم‌کنندگان قرارداد (طرفین قرارداد) طرف دعوا قرارگیرند، مطرح می‌شود. در این حالت امکان ورود دادگاه در ماهیت دعوا وجود ندارد و در نتیجه دعوا به جهت نقصی که در بخش خواندگان وجود دارد و در جهت اصل حقوق دفاعی طرفین قرارداد با قرار عدم استماع روبه‌رو می‌شود.

بنابراین و در پاسخ به پرسش پیش‌گفته باید اعلام داریم که منظور از ترمیم نواقص در اصل ترمیم دادرسی، نواقص شکلی است. توضیح اینکه با اصلاح این نواقص است که از انسدادهای دعوا جلوگیری می‌شود و در نتیجه امکان استمرار دعوی فعلی به وجود می‌آید. به عبارت دیگر، ترمیم در این مفهوم اجازه خواهد داد که دادگاه دعوی طرح شده را مورد پذیرش ابتدایی قرار دهد و آماده رسیدگی ماهوی و پایان دادن به نزاع حقوقی در قالب صدور حکم باشد.

## ۲. مبانی اصل ترمیم دادرسی

پرسش مهمی که در خصوص اجرای اصل ترمیم دادرسی در رسیدگی دادگاه به دعوی در معنی اخص و در حقوق دادرسی مدنی به معنی عام، مطرح می‌شود، این است که اساساً علت کشف و آرایه پیشنهاد برای اجرای این اصل چیست؟ به عبارت دیگر، کدام منطق و مصلحت، اجرای این اصل در عدالت آیینی را توجیه می‌کند؟

در پاسخ به پرسش‌های پیش‌گفته باید اعلام داشت که از منظر فلسفی، نگاه به قوانین آیینی و دادرسی از دو منظر مورد توجه قرار می‌گیرد. ۱- از منظر موضوعیت داشتن قوانین دادرسی: در این تحلیل، قواعد دادرسی فی‌نفسه دارای اهمیت است و دادگاه در مقام رسیدگی به دعوا باید همچون یک مجری که بدون اختیار است و یا در تعبیر دیگر، مانند سردفتری که فقط نقش تحریر آنچه طرفین سند اعلام می‌کنند، باید قواعد دادرسی را رعایت کند و بین دعوی مختلف و شرایط ویژه هیچ تفاوتی وجود ندارد. به عبارت دیگر، یک سری قالب‌هایی با مواد قانونی در اختیار دادگاه قرار داده می‌شود و از دادگاه درخواست می‌شود که اداره و مدیریت دادرسی و در نتیجه فصل خصومت و قلع نزاع حقوقی را در این قالب‌ها قرار دهد.

تحلیل و پیروی از این قاعده در دکترین حقوقی نیز نتایج مشابهی را به همراه دارد. بنابراین نگاه تعبدی در تفسیر و تحلیل قوانین آیینی مورد توجه قرار می‌گیرد و اعتقاد راسخ بر این است که همه مواعد و ضوابط در رسیدگی به دعاوی مدنظر قرار گیرد و اساساً شرط ورود دادگاه در ماهیت موضوع و احقاق حق این است که ابتدا دادگاه از صحت و اجرای بی‌کم و کاست قواعد آیینی باید اطمینان حاصل کند.

در مقام جمع بندی، در مکتب موضوعیت قواعد دادرسی، شکل و قالب بر محتوا مقدم است. بر این اساس قواعد دادرسی به صورت مستقل و در مقابل قواعد احقاق حق قرار می‌گیرند و نمی‌توان آن‌ها را وسیله اجرای حق دانست. بنابراین حق به معنای واقعی محسوب می‌شوند.

۲- از منظر طریقت داشتن قواعد دادرسی: در این مکتب، قواعد دادرسی راهی در جهت تحقق نظم در روند رسیدگی دادگاه محسوب می‌شوند. در واقع اگرچه اقامه دعوا و رسیدگی به آن امری دقیق و تخصصی محسوب می‌شود، ولی این موضوع نباید مانع از احقاق حق و در نتیجه ورود دادگاه در ماهیت شود. (خدابخشی، ۱۳۹۴، ص ۱۰۱)

بر این بنیاد، قواعد دادرسی را نباید همسنگ قواعد ماهوی تحلیل کرد. در واقع، هدف از وضع قوانین دادرسی تسهیل رسیدگی به دعاوی و درخواست‌های مراجعان به دادگستری می‌باشد. در این تحلیل قوانین دادرسی فی نفسه واجد خصوصیت نمی‌باشند و فقط وسیله‌ای در جهت احقاق حق محسوب می‌شوند. بنابراین نباید این قواعد را به نحوی تحلیل کرد که مانع از استماع دعوا و در نتیجه احقاق حق اصحاب دعوا شوند.

بر طبق تحلیل پیش گفته، دادگاه در مقام رسیدگی به دعاوی، برخلاف مکتب موضوعیت قوانین دادرسی، ویژگی‌های خاص هر دعوا را مورد توجه قرار می‌دهد و درکنار رسیدگی به دعاوی، مباحثی چون هزینه‌های دعوا و نیز اوقاتی که از اصحاب دعوا صرف می‌شود را مدنظر قرار می‌دهد. به عبارت دیگر، دادرسی در چهارچوب عمومی و از پیش تعیین شده حرکت نمی‌کند و این امکان برای او وجود دارد که با انعطاف در تفسیر قواعد دادرسی اجازه ترمیم نواقص داده شود و در نتیجه حرکت دعوا به سمت قلع دایمی و احقاق حق تسهیل شود.

از منظر طریقت داشتن قواعد دادرسی، ماهیت بر قالب مقدم است و قواعد دادرسی، حق به معنای واقعی خودش محسوب نمی‌شود. بنابراین نگاه تعبدی و مقدس به اجرای قواعد دادرسی در این مکتب جایگاهی ندارد.

بر این بنیاد و پس از تحلیل مبانی مکاتب موضوع گرا و طریقت گرا در قوانین دادرسی، به نظر می‌رسد که تفسیر و اعمال اصل ترمیم دادرسی با مبانی مکتب طریقت گرایی در حقوق دادرسی



مدنی نزدیک تر باشد. به عبارت دیگر، بر طبق اصل ترمیم دادرسی باید این امکان به اصحاب دعوا داده شود که نقایص و کاستی‌های صورت گرفته در روند دادرسی را تکمیل و تصحیح کنند. امری که باعث خواهد شد راه نیمه تمام دعوا ادامه یابد و دادرسی بدون اینکه نیاز به طرح مجدد داشته باشد، به سر منزل خود که فصل خصومت و ورود دادگاه در ماهیت است، حرکت کند.

البته، پذیرش اصل ترمیم دادرسی در قالب مکتب طریقت گرا بودن قواعد دادرسی با رعایت شرایط خاص خود خواهد بود که در بخش شرایط اجرای اصل ترمیم دادرسی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۳. محدوده اجرای اصل ترمیم دادرسی

پس از شناخت مقدماتی نسبت به مبانی اعمال و اجرای اصل ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی مدنی، پرسش اساسی این است که محدوده یا مواردی که در آن امکان اجرای اصل ترمیم دادرسی وجود دارد چیست؟ به عبارت دیگر، در فرضی که دادگاه در مقام رسیدگی به دعوا بخواند این اصل را اجرا کند، محدوده اعمال این اصل در چه حوزه‌هایی خواهد بود.

در واقع ارائه ضابطه در خصوص حوزه‌هایی که امکان ترمیم قواعد دادرسی در آن وجود دارد، اجرای این ضوابط توسط دادگاه را در رسیدگی به دعوی تسهیل می‌کند. بنابراین، تعیین این ضوابط به صورت مستقیم با حقوق اصحاب دعوا ارتباط دارد و صرفاً بر بنیان مباحث نظری در حوزه ترمیم دادرسی قرار داده نمی‌شود. توضیح اینکه در دکترین حقوق دادرسی بیشتر تمرکز بر تحلیل نظام تکمیل نواقص در حقوق دادرسی مدنی و تفکیک بین نواقص شکلی و ماهوی در اعمال آیین دادرسی مدنی و تبیین ضمانت‌اجراهای مربوط به آن بوده است (برای نمونه: محسنی، ۱۳۹۳، ص ۱۳۹؛ همان، ۱۳۹۴، ۷۹۳؛ مولودی و حاجی عزیزی و حمزه هویدا، ۱۳۹۷، ۳۲۹). بنابراین در این بخش سعی شده است با استنباط از ظرفیت‌های قانون آیین دادرسی مدنی، ضوابطی پیشنهاد شود که امکان اجرای آن در حقوق دادرسی مدنی ایران وجود دارد.

#### ۳/۱. اجازه ترمیم در ارائه اسناد و مدارک دادرسی

بر طبق قواعد دادرسی، ارائه دلیل و مدرک در معنای عام از دو جهت مورد توجه قرار می‌گیرد.

۱- وفق بند ۶ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی، طرفین دادرسی باید اسناد و مدارکی که دلالت بر حقانیت آن‌ها دارد در رسیدگی به دعوا ارائه دهند. ۲- بر طبق قانون، باید اسناد و مدارکی به دادگاه ارائه شود، تا امکان ادامه رسیدگی به ماهیت دعوا وجود داشته باشد. به عنوان مثال، ارائه دلیل مربوط به نقش تمبر مالیاتی که بر روی وکالتنامه وکلای دادگستری باید صورت بگیرد. یا ارائه سند مثبت سمت در طرح دعوی از سوی اشخاص حقوقی، از این موارد است.

براین بنیاد، اجرای اصل ترمیم دادرسی در این خصوص ملازمه با این تحلیل خواهد داشت که اولاً، اصل بر این است که نقص در رایه اسناد و مدارک، نباید موجب عدم استماع دعوا یا به عبارت دیگر انسداد دعوا شود. برای مثال، ضمانت اجرای نقص تمبر مالیاتی را نمی توان قرار رد دعوا دانست، بلکه بر اساس اصل ترمیم دادرسی باید با صدور اخطار رفع نقص اجازه استمرار دادرسی داده شود. (خدابخشی، ۱۳۹۴، ص ۹۲؛ پژوهشگاه قوه قضائیه، آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ۱۳۹۶، ص ۳۱) البته این قاعده باید در فرضی اعمال شود که اختلاف و تردید در عدم استماع دعوا و اخطار رفع نقص باشد.

ثانیاً، اجرای اصل ترمیم دادرسی این ظرفیت را خواهد داشت که حتی در فرض صدور اخطار رفع نقص و پایان مهلت رفع نقص و صدور قرار رد دادخواست توسط دفتر دادگاه یا دادگاه، اگر نقص مورد نظر دادرسی رفع شود و مثلاً سند یا مدرک مورد نظر به دادگاه ارایه شود، باید از استمرار دادرسی حمایت کرد. بنابراین اگر به واسطه اخطار رفع نقص صورت گرفته توسط دفتر دادگاه، دلیل سمت مدیرعامل شرکت مانند آخرین تغییرات شرکت در روزنامه رسمی در مهلت ۱۰ روزه ارائه نشود و دفتر دادگاه نسبت به صدور قرار رد دادخواست اقدام کند، اگر در مهلت ۱۰ روزه اعتراض به این قرار، دلیل سمت به دادگاه ارایه شود، باید از استمرار دعوا دفاع کرد. در واقع این پذیرش هیچ ضرری برای اصحاب دعوا نخواهد داشت و ملاک ماده ۳۵۰ قانون آیین دادرسی مدنی نیز این موضوع را تأیید می کند.

ثالثاً، حتی می توان یک گام دیگر نیز به جلو حرکت کرد و اعتقاد داشت که در فرض عدم توجه دفتر دادگاه به نواقص در دادرسی و تشکیل جلسه استماع و ایراد اصحاب دعوا به عدم ارایه اسناد و مدارکی که موجب انسداد دعوا می شود (مانند عدم ارایه اسناد مربوط به سمت مدیریت شرکت و یا وکالت در طرح دعوا) و دفاع ماهوی در موضوع دعوا، امکان استمرار دادرسی وجود دارد. در واقع در این فرض، دادگاه بدون اینکه بخواهد به اقدامات گذشته بی توجه باشد و با توجه به اینکه عملاً دفاع در موضوع دعوا صورت گرفته است و پرونده معد ورود در ماهیت و قلع نزاع حقوقی است، می تواند با دادن مهلت قضایی (مثلاً یک هفته) امکان ارائه سند و مدرک مورد درخواست را ایجاد کند. ملاک مواد ۶۶ و ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی که در آن از عبارت «توانایی دادگاه» استفاده شده است، این استدلال را تأیید می کند. به عبارت دیگر، صدور اخطار رفع نقص منوط بر این است که دادگاه نتواند به دعوا رسیدگی کند.

لازم به ذکر است که در صورت عدم توجه به مهلت ارائه شده توسط دادگاه، باید از ورود دادگاه در ماهیت دعوا و قلع نزاع حقوقی دفاع کرد. این رویکرد در راستای توجه به دفاعیات خواننده دعوا و

جلوگیری از سوءاستفاده خواهان از دادرسی است. توضیح اینکه اگر خواهان شکست خود در دعوا را با توجه به دفاعیات خوانده محتمل بداند، از رفع نقص خودداری می‌کند. بنابراین ترمیم در این فرض، بدون صدور اخطار رفع نقص تحقق می‌یابد (شمس، ۱۳۹۰، ص ۵۸).

### ۲/۳. اجازه ترمیم و تکمیل اسناد و ادله طرفین دعوا

گفته شد که وفق قانون، خواهان باید رونوشت اسناد، مدارک و ادله مربوط به اثبات ادعای خود را در دادخواست ذکر و معین کند (بند ۶ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی). یکی از مبانی این الزام این است که امکان دفاع یا جرح و تعدیل ادله و اسناد برای خوانده دعوا وجود داشته باشد.

با این حال، در برخی از موارد، اسناد و ادله‌ای که پیوست دادخواست به صورت ناقص تقدیم می‌شود. در واقع برخلاف حالت اول در این فرض اسناد و ادله ارائه می‌شود ولی این ارائه کامل نبوده و دارای نقص است. به عنوان مثال، در دعوای مطالبه وجه که مستند به اسناد تجاری (چک و سفته) است خواهان سند را به صورت ناقص، پیوست دادخواست می‌کند. یا در فرضی دیگر، شهادت نامه‌ایی که وفق ماده ۵۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی و نیز ماده ۹ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، باید با اسامی شهود و شرایط مواد پیش گفته مانند نحوه معاشرت با مدعی اعسار و... باشد، به صورت ناقص تقدیم می‌شود.

در واقع، برطبق این تحلیل، نقص در اسناد و ادله به دو گروه تقسیم می‌شود: ۱- بر طبق مثال‌های بالا نقص در شکل اسناد و ادله است. ۲- برخلاف حالت اول، نقص در ظاهر اسناد و ادله وجود ندارد، بلکه اسناد و ادله به صورت ماهیتی ناقص است. مانند حضور نیافتن یکی از شهود در دعوای حقوقی.

به هر روی، اجرای اصل ترمیم دادرسی در موارد پیش گفته این ظرفیت را خواهد داشت که اگر در زمان رسیدگی دادگاه به ادله و مدارک، این نقص برطرف شده باشد، دادگاه باید از انسداد دعوا و در نتیجه عدم استماع آن خودداری کند. تحلیلی که موجب ورود دادگاه در ماهیت دعوی خواهد شد.

### ۳/۳. اجازه ترمیم دادرسی با اضافه نمودن اشخاص به دادرسی

یکی از مهم‌ترین مباحث در حقوق دادرسی مدنی، تعیین خوانده و به عبارت دیگر مشخص کردن اشخاصی است که باید در دعوای حقوقی حضور داشته باشند (خدابخشی، ۱۳۹۴، ص ۲۱۸؛ کریمی، ۱۳۹۳، ص ۱۷۵). در واقع، دعوا باید به نحوی و بر علیه اشخاصی طرح شود که در تعارض مستقیم با حق خواهان باشند و از طرف دیگر آنچه خواهان از دادگاه درخواست دارد مربوط به خوانندگان باشد و توسط آنان قابلیت اجرایی را داشته باشد. به عنوان مثال، در دعوای الزام به تنظیم

سند رسمی، دارنده سند رسمی به جهت اجرایی کردن رأی دادگاه و اینکه اثر رأی متوجه او می‌شود باید طرف دعوا قرار گیرد.

با این حال، گاهی اوقات دعوی حقوقی از جهت تعیین خواندگان و یا اشخاصی که باید در دعوا قرار گیرند، ناقص می‌باشد. این نقص از دو جهت قابل توجه خواهد بود. ۱- از جهت ماهوی: در این فرض، خواهان در طرف دعوا قراردادن اشخاص لازم در دادرسی دقت لازم را نداشته و شخص یا اشخاصی که باید طرف دعوا قرار بگیرند تا بر اساس آن دعوا قابل استماع و در نتیجه امکان حرکت به سمت ماهیت داشته باشد را طرف دعوا قرار نداده است. مثلاً، دعوی اعلام بطلان قرارداد یا سند باید به طرفیت همه تنظیم کنندگان سند و قرارداد طرح شود. در این فرض، در صورتی که دعوا بدون در نظر گرفتن این قواعد باشد، دعوا ناقص خواهد بود.

۲- از جهت شکلی: در این فرض، دعوا از جهت طرف قراردادن اشخاصی که در دادرسی باید حضور داشته باشند کامل است. اما برخلاف حالت اول، نقص به صورت شکلی است. به عنوان مثال، خواهان، در دعوی ابطال قرارداد، طرفین قرارداد را به عنوان خوانده تعیین کرده است، اما در مشخصات فردی (مانند نام و نام خانوادگی) درگیر اشتباه شده است. مانند اینکه به جای احمد، احمدرضا نوشته شود یا به جای میرمحمدی، محمدی قید شود. در این فروض کد ملی ذکر شده در دعوا با مشخصات شخصی که باید واقعاً در دعوی حضور داشته باشد، تطبیق دارد و فقط از لحاظ عبارتی نقص وجود دارد).

اجرای اصل ترمیم دادرسی در برخورد با نواقص پیش گفته با رویکردهای متفاوت قابل امکان است. توضیح اینکه در برخورد با نواقص شکلی باید با کمترین هزینه و تفسیر، راه ترمیم دادرسی فراهم شود. رویه قضایی در این مورد رویه واحدی ندارد و تردید در عدم استماع فوری و اصلاح از طریق لایحه و یا حتی جلب دادرسی وجود دارد (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۶، ص ۷۴۵) با این حال اجازه ترمیم دادرسی در این خصوص ایجاب می‌کند که اصحاب دعوا بتوانند با ارسال لایحه‌ای قبل از جلسه استماع یا حتی در جلسه رسیدگی این نقص را برطرف کنند. این تحلیل در رسیدگی پس از صدور رأی و در مرحله تجدیدنظر نیز قابل اعمال است.

اما در خصوص تکمیل و ترمیم نواقص ماهوی، باید از رویکردی دیگر استفاده کرد. به نظر می‌رسد که در این موارد امکان ترمیم دادرسی بر اساس قواعد نهاد جلب ثالث امکان پذیر باشد. در واقع، جلب ثالث امکان دخالت اشخاصی که در دعوا باید حضور داشته باشند را فراهم می‌کند. بنابراین در دعوی تخلیه عین مستأجره که علیه ورثه مستأجر مطرح می‌شود و یکی از ورثه طرف دعوا قرار نمی‌گیرد، با طرح دعوی جلب ثالث می‌توان شخص غایب را به دادرسی جلب کرد و بدین

جهت از عدم استماع دعوا جلوگیری کرد (میرنژاد بروجنی، ۱۳۹۸، ص ۳۲، فرحزادی، میرنژاد بروجنی، ۱۳۹۹: ۱۸۱)

در واقع مسؤلیت تعیین خواننده در مرحله اول بر عهده خواهان است که به صورت متعارف و با ارزیابی از شرایط موضوع دعوا در زمان تقدیم دادخواست صورت می‌گیرد اما تکلیف غیر منطقی (مالایطاق) به اینکه با هر تغییر در تعداد خواننده‌ها یا هویت آنها، دادخواستی مستقل تقدیم شود، نه تنها خواهان را در حالت انفعال قرار می‌دهد و او را از ورود در ماهیت دعوا باز می‌دارد بلکه نظم دادرسی نیز به هم می‌خورد و دعوا تثبیت نمی‌شود. به عبارت دیگر بار تعیین خواننده به زمان تقدیم دادخواست، با آگاهی متعارف از خواننده یا خوانندگان مربوط می‌شود و تغییر خواننده باید در قالب دعوی جلب ثالث و یا قواعد قائم مقامی تحلیل و تفسیر شود.

بنابراین استدلال برخی از دادرسی دانان مبنی بر اینکه چون در این موارد، شخصی که به دادرسی دعوت می‌شود، ثالث به معنای واقعی محسوب نمی‌شود، قابل اتکا نمی‌باشد و در هیچ جای قانون فرقی بین ثالث واقعی یا غیر واقعی وجود ندارد. بنابراین باید از ظرفیت‌های حداقلی که در قانون مورد اشاره قرار گرفته است، بهره‌برداری حداکثری داشت و از این رهگذر امکان استماع حداکثری دعاوی فراهم شود.

### ۴/۳. اجازه ترمیم دادرسی با امکان تغییر در دعوا

بدون شک، اصل تغییر ناپذیری یا تثبیت دعوا یکی از اصول راهبردی حاکم بر دعاوی محسوب می‌شود. بر طبق این اصل، اگرچه طرفین دعوا بر جهات موضوعی دعوا تسلط دارند، ولی هنگامی که خواهان دادخواست را تنظیم کرد، باید این موضوع را در نظر داشته باشد که تمامی آنچه را که می‌خواهد در دادخواست قید کند (السان و محمودی، ۱۳۹۷، ص ۴۷۳). هدف و فلسفه اجرای این اصل این است که حق دفاعی خواننده مورد احترام قرار گیرد و از این جهت خواننده با توجه به اصل حسن نیت در حقوق دادرسی، فرصت و امکان دفاع را داشته باشد. این قاعده در رویه قضایی سابق دیوان عالی کشور نیز رعایت گردیده است و برخی از دکتترین حقوق دادرسی از مفهوم تثبیت دعوا استفاده کرده‌اند (محسنی و غمامی، ۱۳۸۶، ص ۱۲).

در نظام دادرسی ایران نیز علی‌رغم اینکه این اصل مورد پذیرش قرار گرفته است، اما مواردی را می‌توان یافت که به اصحاب دعاوی مدنی اجازه ترمیم دعوا از طریق تغییر در دعوا در آن داده شده است. از جمله این موارد اجرای ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی، امکان تغییر در دعوا با حصول شرایطی مورد اشاره قرار گرفته است. علاوه بر آن مقررات ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی مدنی نیز از این موارد است. به عبارت دیگر با توجه به قواعد مندرج در مواد ۹۸ و نیز ۳۶۲ قانون آیین دادرسی

مدنی می‌توان دریافت که با توجه به اصل ترمیم دادرسی، امکان پذیرش تغییرات در دعوا و در نتیجه ورود دادگاه در ماهیت دعوا وجود خواهد داشت (السان و محمودی ۱۳۹۷: ۴۷۳؛ هرمزی، ۱۳۹۶: ۲۶؛ مولودی، ۱۳۸۱: ۲۸۷).

بر این بنیاد، به نظر می‌رسد که در اجرای اصل ترمیم دادرسی باید یک گام به جلو حرکت کنیم. در واقع با پذیرش این قاعده که قانون‌گذار در مواردی انعطاف و تعدیل در دعوا را مورد پذیرش قرار داده است، باید تحلیلی جدید ارائه کنیم تا فضا برای استماع حداکثری دعاوی و در نتیجه قلع دائمی نزاع حقوقی فراهم شود.

در این تحلیل معیار اصلی برای تغییر در دعوا را باید «توانایی دادگاه» دانست. توضیح اینکه ملاک اصلی در اجرای اصل ترمیم دادرسی را باید توانایی رسیدگی دادگاه به دعوا پس از اعمال تغییرات در دعوا دانست. در این تحلیل شروطی چون وحدت منشاء یا ارتباط کامل از اهمیتی که دادرسی دانان مورد توجه قرار می‌دهند، برخوردار نیست. به عبارت دیگر با توجه به وحدت ملاک مواد قانون آیین دادرسی مدنی از جمله مواد ۶۶ و ۱۰۳ می‌توان استنباط کرد که اگر دادگاه بتواند با توجه به تغییرات صورت گرفته در دعوا توانایی بر رسیدگی را داشته باشد، پذیرش تغییر حتی اگر شرایط مقرر در ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی وجود نداشته باشد، امکان پذیر است.

این تحلیل البته نه با این دیدگاه بلکه از نظر نتیجه مورد تأیید برخی از دادرسی دانان قرار گرفته است. در تحلیلی مشابه اعلام شده است که در فرض تعارض خواسته اعلام شده در دادخواست و قسمت شرح دادخواست، دادگاه باید با صدور اخطار رفع نقص، منظور خواهان را معلوم کند (شمس، ۱۳۹۰: ۴۸).

بنابراین و در مقام جمع بندی باید اعلام داشت که اجرای اصل ترمیم دادرسی در این تحلیل این ظرفیت را خواهد داشت که دادگاه در اولین جلسه دادرسی به تغییرات توجه کند و ملاک اصلی، توانایی رسیدگی به دعوا پس از تغییرات باشد. لذا در فرضی که خواهان ابتدا دعوی خلع ید را بر علیه خوانده طرح کند، می‌توان با اجرای این اصل و با وحدت ملاک از مواد قانونی پیش‌گفته دعوا را به رفع تصرف تغییر دهد. همین وضع را در خصوص تغییر دعوی خلع ید و تخلیه ید خواهیم داشت (خدابخشی، ۱۳۹۳، ص ۱۰۱). در این موارد اگرچه وحدت منشاء و یا ارتباط کامل بین خواسته‌های قبلی و بعدی وجود ندارد ولی با توجه مباحثی چون وحدت موضوع نزاع (مثلاً زمین مورد اختلاف) می‌توان رسیدگی را ادامه داد. تحلیلی که از تکرار دعاوی و در نتیجه تحمیل هزینه‌های مربوط به آن جلوگیری می‌کند.

۵/۳. اجازه ترمیم دادرسی با امکان اصلاح عبارات خواسته دعوی

برطبق قانون، خواهان مکلف است آنچه را که از دادگاه درخواست دارد در دادخواست به‌صراحت اعلام کند. با این حال در برخی از موارد عبارات و اصطلاحاتی که در دادخواست قید می‌شود، از منظر عرف عمومی رویه قضایی قابل قبول نمی‌باشد. به‌عنوان مثال، خواهان به‌جای طرح خواسته اعلام تأیید فسخ قرارداد و یا اعلام بطلان قرارداد از خواسته‌های صدور حکم بر فسخ یا بطلان قرارداد استفاده می‌کند. در این حالات و بر اساس اصل ترمیم دادرسی می‌توان اصلاحی که در جلسه دادرسی توسط خواهان صورت می‌گیرد را مورد پذیرش قرار داد. یا در مثال شایع دیگر، خواهان به‌جای طرح خواسته اعلام بطلان قرارداد از ابطال قرارداد یا انفساخ آن یاد کرده است که در صورت اصلاح در جلسه دادرسی، نظر به اصل ترمیم دادرسی باید این اصلاح و تکمیل و در واقع تصحیح مورد پذیرش قرار گیرد و در نتیجه به‌جای عدم استماع دعوی و ارشاد به طرح دعوا با اصطلاح درست، با استماع دعوا زمینه سازی قلع دایمی دعوا فراهم می‌شود.

#### ۴. شرایط اجرای اصل ترمیم دادرسی

اگرچه اصل ترمیم دادرسی باید در حقوق دادرسی مدنی مورد پذیرش قرار گیرد، اما این اصل و تحلیل آن بدون ضابطه نخواهد بود. بعضی از دادرسی دانان تعارض با اصول بنیادین دادرسی و برخورد با نظم عمومی را از محدودیت‌های ترمیم دادرسی دانسته اند (مولودی، حاجی عزیزی و حمزه هویدا ۱۳۹۷: ۳۲۹) و برخی دیگر نیز به تبعیت از مقررات دادرسی حقوق فرانسه تفکیک نقص ماهوی و شکلی را مطرح کرده اند و وجود نقص ماهوی را از محدودیت‌های ترمیم دادرسی می‌دانند (محسنی، ۱۳۹۳: ۱۳۹).

با این حال آنچه در این مقاله درخصوص شرایط اجرای اصل ترمیم دادرسی مورد اشاره قرار می‌گیرد، عبارت است از: ۱- ترمیم دادرسی با رعایت حقوق طرف دعوا صورت گیرد. ۲- دادگاه امکان رسیدگی به دعوا را پس از ترمیم داشته باشد.

#### ۴/۱. ترمیم دادرسی با رعایت حقوق طرف دعوا صورت گیرد

یکی از اصول راهبردی حاکم بر حقوق دادرسی مدنی، حاکم بودن اصحاب دعوی حقوقی بر دادرسی می‌باشد (شمس، ۱۳۹۰: ۲۵۸، محسنی، ۱۳۸۹: ۱۲۹) برطبق این اصل که در قوانین دادرسی نیز مورد پذیرش قرار گرفته است، دادرسی برای پایان دادن اختلاف حقوقی طرفین ایجاد می‌شود و در این خصوص اجرای ترمیم دادرسی باید با ملاحظه حقوق اصحاب دعوا باشد.

براین بنیاد و در راستای اصل حاکمیت اصحاب دعوا باید اعلام شود که هرگاه ترمیم دادرسی در محدوده‌هایی که در این مقاله مورد اشاره قرار گرفت، با حقوق هریک از طرفین دادرسی تعارض

داشته باشد، اعمال نمی‌شود. به عبارت دیگر، پذیرش و اعمال اصل ترمیم دادرسی نباید موجب برتری و ترجیح یکی از طرفین دادرسی بر طرف دیگر شود.

بنابراین در جهت تعادل در تحلیل و جمع مصلحت مربوط به ترمیم دادرسی که هدف آن عبور از ایرادات و نواقص دادرسی و در نتیجه ورود دادگاه در ماهیت دعوا خواهد بود و نیز حقوق طرف دعوا به‌عنوان یکی از پایه‌های تشکیل فرایند دادرسی و در راستای رعایت اصولی چون تقابلی بودن دادرسی می‌توان گفت که باید فرصت و امکان دفاع در برابر دعوای ترمیم شده، داده شود.

براین بنیاد، بعد از آنکه دادرسی ترمیم شد و مثلاً علی‌رغم عبور از جلسه نخست دادرسی اجازه تکمیل دلایل و یا مستندات به خواهان یا خواننده داده شد، در مقابل، این فرصت و امکان به طرف مقابل داده شود که در برابر دلایل جدید، امکان تقابلی بودن دادرسی رعایت شود. یا در مثال دیگر وقتی که دادگاه با توجه به «اصل ترمیم دادرسی» از حضور افراد ثالث در دادرسی حمایت می‌کند؛ مانند موردی که خواهان دعوای تخلیه عین مستأجره را مطرح و در آن با توجه به غیرقابل تجزیه بودن منافع، یکی از متصرفین یا ورثه یا مستأجرین را طرف دعوا قرار نمی‌دهد و با اجازه حاصل از «اصل ترمیم دادرسی» و با طرح دعوای جلب ثالث، این نقص جبران شده است، می‌بایست این حق به طرف مقابل داده شود که ایرادات و دفاعیات خود در برابر «ثالث» را نیز طرح کند.

با این حال ذکر این نکته ضروری است که رعایت و اجرای محدوده‌هایی که در خصوص اصل ترمیم دادرسی در این مقاله مورد اشاره قرار گرفت، لزوماً به معنای مخالفت یا متعارض با حقوق اصحاب دعوا نمی‌باشد و در این موارد، دادگاه بدون اینکه بخواهد فرصت و امکان دفاع به طرف مقابل ارایه کند در راستای تحلیل مبتنی بر توانایی رسیدگی به دعوا و اینکه مقررات دادرسی وسیله‌ای جهت احقاق حق محسوب می‌شوند امکان اجرای مقررات تعدیل را خواهد داشت. به‌عنوان مثال، ترمیم دادرسی از طریق اصلاح عبارت خواسته نیازی به رعایت حقوق طرف دعوا نداشته و در نتیجه ارائه فرصت و امکان دفاع در برابر اعمال اصلاحات در خواسته نیست.

#### ۲/۴. دادگاه امکان رسیدگی به دعوا را پس از ترمیم داشته باشد

شرط دیگری که در خصوص اجرای اصل ترمیم دادرسی باید مورد توجه قرار گیرد، بحث توانایی دادگاه در احراز و امکان ترمیم دعوا است. این مفهوم آن‌چنان‌که باید و شایسته آن است در نظام دادرسی و دعوای بسط و گسترش نیافته است و بنابراین تحلیل‌ها در این خصوص ناچیز است.



بر این اساس دادگاه باید ترمیم دادرسی را در قالب مفهوم توانایی تحلیل کند. این مفهوم در مواد قانونی مانند ماده ۶۴ و ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی مورد اشاره قرار گرفته است. در تحلیل منطقی از این عبارت باید گفت که «توانایی دادگاه» امری فراتر از رعایت اصول وقواعد آمره دادرسی است. به عبارت دیگر ممکن است که اصول وقواعد آمره دادرسی در موضوعی رعایت نشود و با این حال امکان ترمیم در دعوا وجود داشته باشد و از این جهت خللی در رسیدگی دادگاه به دعوا وجود نداشته باشد.

به عنوان مثال، تغییر دعوا از خلع ید به تخلیه ید با قواعد دادرسی مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی تعارض دارد. توضیح اینکه وفق ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی وجود شرایط وحدت منشاء و ارتباط کامل در این خصوص ضروری است ولی چون دادگاه امکان رسیدگی به تغییر دعوی خلع ید به تخلیه را دارد و از این جهت حقوق دفاعی خواننده نیز رعایت می‌گردد و از طرف دیگر موجودیت دعوا و روند رسیدگی منتفی نمی‌شود، امکان ترمیم در دادرسی وجود خواهد داشت. یا در مثال دیگر مقررات مربوط به اجازه رفع نقص در مهلتی علاوه بر ۱۰ روز مقرر در ماده ۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی نیز از این موارد است که علی‌رغم عبور از اصول دادرسی و قواعد قانونی، در ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی امکان رسیدگی مقدم بر آن‌ها قرار داده شده است.

به نظر می‌رسد که با ملاحظه و وحدت ملاک برخی از قوانین دادرسی بتوان این تحلیل را به عنوان قاعده‌ای عمومی در حقوق دادرسی مدنی ایران مورد پذیرش قرار داد و از این جهت زمینه را برای اجرای اصل ترمیم دادرسی فراهم کرد. برای نمونه در بند ۳ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی در باب یکی از موارد نقض رأی در دیوان عالی کشور می‌خوانیم که: «عدم رعایت اصول دادرسی وقواعد آمره و حقوق اصحاب دعوا در صورتی که به درجه‌ای از اهمیت باشد که رأی را از اعتبار بیاندازد». برطبق این مقرر صرف عدم رعایت اصول وقواعد آمره دادرسی موجب نقض یا بطلان تصمیم دادگاه نخواهد شد و از این جهت دادگاه می‌تواند در راستای رسیدگی به دعوا حتی از این اصول عبور کند. بنابراین مفهوم «توانایی دادگاه» امری فراتر از رعایت اصول وقواعد آمره دادرسی است.

بر این بنیاد و به منظور منقح کردن مفهوم «توانایی دادگاه» باید اعلام کرد که: ۱- دعوا همان گونه که توسط برخی از دکترین حقوق دادرسی گفته شده است، ذاتاً قابلیت ترمیم را داشته باشد (مولودی، حاجی عزیزی و حمزه هوید ۱۳۹۷: ۳۲۹). به عبارت دیگر و با وحدت ملاک تحلیلی که در حوزه حقوق ماهوی مطرح می‌شود عمل قابلیت تنفیذ را داشته باشد و عمل باطل مانند این است که اساساً در عالم اعتباری ایجاد نشده است که قابلیت ترمیم را نخواهد داشت. مانند اینکه دعوی طلاق و تمکین بر علیه متوفی طرح شود و یا دعوی اعلام انحلال یا ورشکستگی شرکتی طرح شود که اساساً

به‌عنوان شرکت تجاری ثبت نشده است و یا دعوای مطالبه وجه بر علیه شرکتی مطرح شود که با توجه به انحلال و تصفیه در عالم حقوقی وجود ندارد. یا طرح دعوا بر علیه مدیر شرکت به‌جای شرکت و یا دعوای خلع بد بر علیه خواننده‌ای که در ملک مورد ادعای خواهان تصرف ندارد و متصرف شخص دیگری است، از این قبیل موارد است و دعوا از همان ابتدا به‌صورت مرده تولد یافته است و از این جهت امکان احیاء و ترمیم آن وجود ندارد (ذات نایافته از هستی بخش کی تواند که شود هستی بخش). در این موارد دادگاه توانایی رسیدگی ماهوی به دعوا را به این جهت که عمل قضایی وجود و تکوین نیافته است، ندارد.

۲- معنای دیگری که در ارتباط با مفهوم «توانایی دادگاه» قابل تحلیل است، ناظر به ارتباط رسیدگی با مبانی نظم عمومی در دادرسی است. در واقع، برخلاف حالت اول، علت عدم پذیرش ترمیم دادرسی مخالفت با هدف از استقرار نهاد دادگستری است. توضیح اینکه دادرسی برای پایان دادن به اختلافات و در نتیجه قلع دایمی آن تحقق یافته است و در صورتی که ترمیم دادرسی در تعارض با این هدف باشد غیرقابل اجرا است. به‌عنوان مثال، در صورتی که خواهان بخواهد از طریق تغییر در دعوا، دعوای الزام به تنظیم سند رسمی را به دعوای تنفیذ قرارداد یا اعلام صحت آن تغییر دهد، اگرچه برخلاف حالت اول از لحاظ ذاتی امکان ترمیم دعوا وجود دارد ولی از این منظر که نتیجه ترمیم در این حالت با اصل ترافعی بودن دعوا و اینکه دعوا باید حاوی نظم نوینی در روابط طرفین باشد و به عبارت دیگر اثر الزام آوری برای طرفین داشته باشد، قابل پذیرش نمی‌باشد.

##### ۵- اصل ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی فرانسه

نظام حقوقی فرانسه و دکترین آنکه همواره به‌عنوان منبعی هم در تدوین قوانین و هم در تفسیر و تألیف مورد توجه دکترین حقوق دادرسی مدنی ایران بوده است، اصل پیشرفته ترمیم دادرسی را پذیرفته است. این رویکرد به شیوه‌ای روشمند و قانونمند در قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه تجلی یافته است.

برای نمونه، ماده ۱۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «اگر سبب بطلان در لحظه اعلام نظر دادرسی از بین رفته باشد..... بطلان اعمال نمی‌شود» یا در ماده ۱۱۴ از قانون پیش گفته با صراحتی شگفت آور می‌خوانیم که: هیچ عمل آیین دادرسی را نمی‌توان به دلیل نقص شکلی باطل اعلام کرد مادام که این بطلان صراحتاً در قانون پیش‌بینی نشده است، مگر در فرض عدم رعایت تشریفات اساسی و نظم عمومی....» (محسنی، ۱۳۹۵: ۱۱۰).

بر این بنیاد، در دعوی مطالبه وجه مربوط به سند عادی مانند رسید پرداخت و یا سند تجاری مانند چک که در زمان تقدیم دادخواست هنوز زمان مطالبه آن فرانسیده است ولی در زمان تشکیل جلسه دادرسی که ممکن است ماه‌ها بعد باشد زمان استحقاق خواهان فرانسیده باشد، بر اساس این مواد امکان ایراد خوانده دعوا به اینکه در زمان تقدیم دادخواست تشریفات طرح دعوا رعایت نشده است، پذیرفتنی نیست. چه هم در زمان اعلام نظر دادرسی ایراد رفع شده است و اکنون با سندی مواجه هستیم که خواهان در آن نفع قطعی دارد و هم تشریفات اساسی و یا نظم عمومی دادرسی زیر پا گذاشته نشده است؛ خوانده حق دفاع ماهوی و بیان سایر ادله را دارد و از این بابت زیانی به او وارد نشده است؛ پس رسیدگی باید استمراری باشد.

افزون بر آن، در ماده ۱۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی به صورت مطلق از تصحیح و ترمیم نواقص دادرسی در هر شرایطی دفاع می‌کند و اساساً اصل را بر پذیرفتن ترمیم دانسته است. در این حکم آمده است که: «جهت بطلان با تصحیح بعدی عمل آیین دادرسی منتفی می‌شود.....» (همان)

بر این بنیاد، در دعوی تخلیه عین مستأجره که سند اجاره ارائه نشده است و یا اینکه گواهی حصر وراثت در پیوست دادخواست نیامده است و یا اینکه یکی از مستأجرین طرف دعوا قرار نگرفته باشد، موجبی برای صدور قرار عدم استماع دعوا و در نتیجه انسداد دعوا پیش نمی‌آورد. به بیان دیگر، در صورت ترمیم این نواقص با ظرفیت‌های قانونی همچون جلب ثالث و... می‌توان به استمرار دادرسی کمک کرد.

به هر روی، آنچه در بررسی نظام ترمیم دادرسی در حقوق دادرسی مدنی فرانسه قابل توجه به نظر می‌رسد این است که تنها قید عدم استفاده از رویکرد ترمیم این است که با حقوق طرف مقابل دادرسی مخالف و به عبارتی به زیان او باشد. توضیح اینکه اگرچه در ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه از رعایت تشریفات اساسی و نظم عمومی سخن به میان آمده است، اما این دو در مقابل اجرای اصل ترمیم دادرسی تاب مقاومت ندارند و رنگ می‌بازند. از این رو در انتهای ماده پیش گفته آمده است که: «..... حتی اگر تشریفات اساسی یا نظم عمومی در میان باشد بطلان اعلام نمی‌شود مگر اینکه مدعی ورود زیان را ثابت کند».

این دیدگاه باید در حقوق دادرسی ایران نیز مورد توجه هم‌زمان دکترین حقوقی جهت تألیف و ارائه نظر و دادگاه جهت رسیدگی به دعوی و تلاش در جهت استمرار دادرسی مورد توجه قرار گیرد.

### نتیجه گیری

قواعد و مقرراتی که در عدالت آیینی مورد اشاره قانونگذار قرار گرفته است، به معنای بیان مسیری است که بر اساس آنها، دادگاه و طرفین دادرسی بتوانند دعوا را اداره کنند. بنابراین در مقام تحلیل و تفسیر نباید این قواعد همسنگ قواعد مربوط به احقاق حق تفسیر شوند. تحلیلی که نه تنها در احقاق حق کمکی نمی کند، بلکه مانعی نیز در مسیر آن محسوب می شود.

براین بنیاد، باید راهکاری اتخاذ شود که امکان ترمیم و اصلاح نواقصی که در روند دادرسی ایجاد می شود وجود داشته باشد؛ امری که موجب حرکت دعوا از پوسته دعوا و ورود در ماهیت دعوا می شود. این تحلیل در پایان دادن دایمی به اختلاف حقوقی و فصل خصومت بسیار مؤثر خواهد بود. در این راستا اصل ترمیم دادرسی به عنوان یک قاعده کلی موجب می شود که دادگاه و طرفین دادرسی در قالب همکاری از ایرادات و نواقص قابل ترمیم عدول کنند و دعوا به سمت استماع ماهوی حرکت کند.

بنابراین اصل ترمیم دادرسی یکی از مهم ترین رویکردهای سیستم دادرسی پیشرفته جهت رفع نواقص موجود در دادرسی و دعوی طرح شده است. البته پذیرش ترمیم به عنوان یک قاعده نیازی به ذکر در قوانین به صورت جزئی ندارد و مواردی که غیر قابل ترمیم است باید مورد اشاره قرار گیرد. البته ترمیم دادرسی باید با ملاحظه شرایط اجرای آن صورت بگیرد.

عدم تعارض با حقوق طرف مقابل و اجرای ترمیم دادرسی در محدوده توانایی دادگاه از شروط اجرای اصل ترمیم دادرسی می باشد. به عبارت دیگر، اجرای ترمیم دادرسی باید با رعایت حقوق طرف مقابل در دعوا باشد. در واقع هم باید از ترمیم دادرسی دفاع کرد و هم رعایت فرصت و امکان دفاع در برابر دعوی ترمیم شده.

از طرف دیگر، رعایت اصل ترمیم دادرسی باید در محدوده توانایی دادگاه باشد. مفهوم توانایی دادگاه از مواد قانونی مانند ۶۶ و ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی قابل استنباط است. بر اساس این مفهوم، دادگاه باید امکان رسیدگی به دعوا را پس از اعمال ترمیم داشته باشد. توضیح اینکه در برخی از موارد اساساً امکان ترمیم در دعوا وجود ندارد، مانند طرح دعوا به طرفیت شرکتی که منحل شده است و تصفیه آن به پایان رسیده است و در برخی از موارد با اینکه ذاتاً امکان ترمیم وجود دارد به جهت تعارض با قواعد نظم عمومی امکان ترمیم وجود ندارد.



## منابع

## فارسی

- ۱. السان، مصطفی و نصیبه محمودی (۱۳۹۷). «مطالعه اصل تغییر ناپذیری دعوی حقوقی در حقوق ایران و آمریکا»، فصلنامه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، دوره ۹، شماره ۲، صص ۴۷۳ الی ۴۹۱.
- ۲. پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۶). «مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر (حقوقی) سال ۱۳۹۲»، چاپ اول، تهران: انتشارات قوه قضائیه.
- ۳. پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۵). «مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر (حقوقی) سال ۱۳۹۱»، چاپ اول، تهران: انتشارات قوه قضائیه.
- ۴. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳). «حقوق دعاوی: تحلیل فقهی و حقوقی»، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۵. ----- (۱۳۹۴). «حقوق دعاوی: تحلیل و نقد رویه قضایی»، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۶. ----- (۱۳۹۴). «حقوق دعاوی: قواعد عمومی دعاوی»، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۷. حبیبی درگاه، بهنام، (۱۳۹۹). «مفهوم اصل دسترسی ارزان به دادگستری و جلوه‌های آن»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹.
- ۷. شمس، عبدالله (۱۳۹۰). «آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)»، جلد دوم، چاپ بیست و ششم، تهران: انتشارات دراک.
- ۹. شکوهی زاده، رضا و اصغر عربیان (۱۳۹۷). «تمیز نقص شکلی دادخواست از سایر اسباب بی-اعتباری دعوی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۲۵، صص ۱۴۵ الی ۱۷۱.
- ۱۰. کریمی، علی اصغر (۱۳۹۲). «مشکلات تعیین خواننده در دادرسی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، دوره ۱۸، شماره ۶۱، صص ۱۰۹ الی ۱۳۸.
- ۱۱. محسنی، حسن (۱۳۸۹). «اداره جریان دادرسی مدنی»، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۱۲. ----- (۱۳۹۳). «نقص شکلی و ماهوی در دادرسی مدنی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره ششم، صص ۱۳۹-۱۵۹.
- ۱۳. ----- (۱۳۹۴). «نقص اعمال آیین دادرسی مدنی در حقوق فرانسه»، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ششم، شماره دوم، صص ۷۹۳-۸۰۸.
- ۱۴. محسنی، حسن و مجید غمامی (۱۳۹۶). «آیین دادرسی مدنی فراملی»، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۱۵. مولودی، محمد (۱۳۸۱)، «دعوی اضافی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، شماره ۵۸.
- ۱۶. میرنژاد بروجنی، سیدرسول (۱۳۹۸). «مجموعه‌های حقوق عناصر شناسی دعوی، دعوی تخلیه عین مستأجره به جهت انتقال به غیر»، جلد چهارم، چاپ اول، تهران: انتشارات دادگران امید.
- ۱۷. فرحزادی، میرنژاد بروجنی (۱۳۹۹). «اصل قابل استماع بودن دعوی در فقه اسلامی و حقوق ایران» مجله دیدگاه‌های حقوقی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۸۹.

- ۱۸. معین، محمد (۱۳۷۱). «فرهنگ فارسی (متوسط)»، جلد اول، چاپ هشتم، تهران: انتشارات امیرکبیر
- ۱۹. هرمزی، خیر الله (۱۳۹۵). «تغییر نحوه دعوی در دادرسی مدنی، مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۶، شماره ۴.





## پاسخ‌گویی پارلمانی قوه قضائیه به مثابه چالش استقلال قضایی

مزگان نعمتی\*، محمدجعفر حبیب‌زاده\*\*، سیددرید موسوی مجاب\*\*\*

### چکیده

بر این اساس، دستگاه قضایی نیز همچون سایر ارکان و نهادهای عمومی، باید در قبال عملکرد خود در سطوح مختلف به‌ویژه فرایندهای دادرسی، نحوه تصمیم‌گیری و اجرای آن پاسخ‌گو باشد. با وجود این، پاسخ‌گویی در نظام قضایی همواره به‌منظور حفظ استقلال و دیگر ملاحظات نظیر حساسیت و کارکرد ویژه این نظام، با دیدگاه‌های مخالف بسیاری روبه‌رو بوده است. در این پژوهش، با تأکید بر ضرورت برقراری توازن میان دو ارزش رقیب، یعنی «استقلال» و «پاسخ‌گویی»، ظرفیت‌های موجود در نظام حقوقی ایران، مشخصاً در مورد پاسخ‌گویی دستگاه قضا در مقابل قوه مقننه و نمایندگان ملت مورد بررسی قرار گرفته است. روش تحقیق، توصیفی-تحلیلی است و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای، تلاش می‌شود ضمن تبیین چرایی پاسخ‌گویی دستگاه قضایی در برابر پارلمان و طرح دیدگاه‌های مخالف در این زمینه، راهبرد برقراری توازن و تعادل میان پاسخ‌گویی و استقلال در نظام قضایی شناسایی گردد. نتایج حاکی از آن است که اگرچه پاسخ‌گویی نظام قضایی، در مقایسه با دیگر نهادها، دارای برخی تفاوت‌ها و محدودیت‌هاست، اما استقلال قضایی به معنای مصونیت یا معافیت از پاسخ‌گویی نیست. بررسی ظرفیت‌های موجود در قانون اساسی، از جمله حق اظهارنظر و تحقیق و تفحص نمایندگان و همچنین سازوکار رسیدگی به شکایات و گزارش‌های اصله به

\* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

mozghan\_nemati@modares.ac.ir

\*\* استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

habibzam@modares.ac.ir

\*\*\* استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

d.mojab@modares.ac.ir

کمیسیون اصل نود، گویای این حقیقت است که در عین تضمین و رعایت استقلال قضایی، مراتبی از پاسخ‌گویی دستگاه قضایی در مقابل پارلمان را - به‌ویژه در خصوص فرایندهای قضایی - می‌توان پذیرفت.

**واژگان کلیدی:** پاسخ‌گویی، قوه قضائیه، استقلال قضایی، پارلمان، تحقیق و تفحص

### مقدمه

در سال‌های اخیر، تحت تأثیر مدیریت عمومی نوین، پاسخ‌گویی نهادهای دولتی و عمومی به مسئله‌ای کلیدی بدل شده است (Hernes, 2005: 5). بر این اساس، برخورداری مقام‌ها و نهادهای عمومی از قدرت، با پاسخ‌گویی آنان در قبال عملکرد و نحوه اعمال قدرت همراه است و این امر در یک نظام دموکراتیک، در برقراری تعادل بین انتظارات شهروندی، خدمات و فعالیت‌های دولت یا سازمان‌های تابعه، نقش محوری ایفا می‌کند<sup>۱</sup> (میرسپاسی و باقرزاده، ۱۳۸۵: ۲۳).

تعاریف بسیار متنوعی از پاسخ‌گویی ارائه شده است (ن.ک.: میرسپاسی و باقرزاده، ۱۳۸۵: ۲)؛ تا جایی که برخی آن را یک اصطلاح پیچیده و چندوجهی دانسته‌اند که اتفاق نظری در تعریف آن وجود ندارد (Mulgan, 2000: 555). با وجود این، جوهره این مفهوم در تمامی تعاریف ارائه شده یکسان است: پاسخ‌گویی، تعهد به ارائه گزارش عملکرد و توضیح و توجیه اقدامات و تصمیمات در ازای مسؤلیت پذیرفته شده و بهره‌مندی از قدرت و اختیار است. در نتیجه، اصل اساسی آن است که مسؤل بودن و برخورداری از قدرت و اختیار، پاسخ‌گو بودن را به دنبال دارد (ن.ک.: هیوز، ۱۳۹۷: ۲۸۳؛ دنهارت، ۱۳۹۷: ترنر و هیوم، ۱۳۸۴: ۱۶۰). دستگاه قضایی نیز که به‌عنوان متولی دادرسی و احقاق حق عموم جامعه و در راستای ایفای وظایف و کارکردهای خود، مسؤلیت‌های خطیری را بر عهده دارد و در مقابل، از قدرت عمومی و اختیاراتی نیز برخوردار است، مطابق اصل پاسخ‌گویی و همانند سایر ارکان و نهادهای عمومی، باید در قبال عملکرد خود در سطوح مختلف به‌ویژه فرایندهای دادرسی، نحوه تصمیم‌گیری و اجرای آن، به نهادهای نظارتی، افکار عمومی و یا حداقل کنشگران عدالت پاسخ‌گو باشد.

<sup>۱</sup> . اهمیت پاسخ‌گویی در یک نظام دموکراتیک تا حدی است که برخی، اساساً دموکراسی را به پاسخ‌گویی تعریف نموده‌اند. (ر.ک.: جلالی و اژئر، ۱۳۹۵: ۲۳).

مطابق مطالعات تجربی صورت گرفته (ر.ک.: نعمتی، ۱۳۹۸؛ Griffith, 1988)، تصوّر رایج در میان مقام‌های قضایی آن است که قضات به‌طور سنتی از طریق سازوکارهایی همچون رسیدگی استینافی به تصمیم‌ها و آرای قضایی، پذیرش اظهارات، دفاعیات و ایرادها از سوی هر یک از اصحاب دعوا و همچنین استدلال و توجیه ضمن رأی صادره پاسخ‌گو هستند. اما باید توجه داشت که سازوکارهای سنتی پیش‌گفته، با لحاظ محدودیت‌هایی نظیر عدم ارزیابی فرایند دادرسی و تمرکز بر رأی صادره، محدودیت در معیارهای ارزیابی (منحصر به ارزش‌های قانونی)، عدم قابلیت اعتراض به برخی آرا، فقد ضمانت اجرای مناسب (نهایتاً نقض رأی صادره) و عدم تمایل دادرسان به استدلال و توجیه ضمن آرای صادره، کارآیی لازم را در تحقق پاسخ‌گویی قضایی و ارزیابی عملکرد دادرسان ندارند.

بر این اساس، گفته شده است که پاسخ‌گویی قضایی به‌طور سنتی بر نظریه تفکیک قوا مبتنی است و بر استقلال قضایی تکیه دارد. لذا سازوکارهای پاسخ‌گویی سنتی، محدود و ناظر بر ارزش‌های قانونی است. در مقابل این رویکرد، مفهوم نوین پاسخ‌گویی ملاحظه می‌شود که ریشه در مدیریت عمومی نوین دارد و سازوکارهای آن، با تکیه بر مطالبات مدیریتی، از دامنه موسعی برخوردار است (See: NCSC, 2001).



#### نمودار شماره ۱: ساختار پاسخ‌گویی سنتی و نوین

اگرچه پاسخ‌گویی سنتی با توجه به محدودیت‌های پیش‌گفته و تکیه بیش از اندازه به استقلال قضایی، عملاً هرگونه پاسخ‌گویی را خدشه به استقلال قضایی تلقی می‌کند و در نتیجه، محدودترین نگاه را به سازوکارهای پاسخ‌گویی دارد (Sturgess & Chubb, 1988: 4)، اما رویکرد نوین نیز بیش

در اصطلاح "Mechanism". واژه سازکار - در شکل صحیح آن - در این پژوهش، برابر نهاد واژه<sup>1</sup> انگلیسی است.

از اندازه به دنبال خدمت محور کردن نظام عدالت و توسعه پاسخ‌گویی است که این نیز عملکرد نظام عدالت را با مشکل مواجه می‌سازد.<sup>۱</sup> از یک سو باید توجه نمود که پاسخ‌گویی قضایی، نمی‌تواند به رویکردهای مدیریتی نظیر سنجش بهره‌وری یا کارایی محدود شود؛ بلکه شامل مجموعه گسترده‌تری از ارزش‌ها نظیر قانون‌مندی، برابری و بی‌طرفی است که نظام قضایی در صدد دستیابی به آن فرض می‌شود. بنابراین نظام پاسخ‌گویی قضایی باید به گونه‌ای طراحی شود که بتواند فرایند دموکراتیک احترام به آن ارزش‌ها - خواه کارایی یا استقلال و خواه میزان دستیابی به اهداف و یا بی‌طرفی در مواجهه با شهروندان - را فراهم آورد ((Contini & Mohr, 2008: 23). از سوی دیگر، باید توجه داشت که کلیه سازوکارهای پاسخ‌گویی که در بخش خصوصی و یا در دیگر بخش‌های دولتی رایج و حتی کارآمد است، با نظام قضایی قابل انطباق نیست و باید کارکرد ویژه این نهاد را لحاظ نمود تا در عین پاسخ‌گویی، استقلال قضایی تضمین شود. بدین ترتیب، رویکرد سنتی و نوین به پاسخ‌گویی، هر یک نیازمند تعدیل است و نقطه تعادل میان این طیف، پذیرفتنی است. با این توصیف، باید دید در این طیف گسترده از ارزش‌های مورد مطالبه در نظام پاسخ‌گویی، کدام سازوکارها قابلیت انطباق با نظام قضایی را دارد؟ به نحوی که میان مطالبه و پاسخ‌خواهی حداکثری از نظام قضایی در رویکردهای نوین پاسخ‌گویی از یک سو و ضرورت حفظ استقلال قضایی در عین پاسخ‌گویی از سوی دیگر، بتوان تعادل و توازن برقرار نمود.

اهمیت بحث زمانی بیشتر می‌گردد که پاسخ‌گویی قضایی بُعد فراقوه‌ای پیدا کند؛ در این صورت چالش استقلال قضایی بیش از پیش مجال طرح می‌یابد. با اینکه تفکیک و استقلال قوا، مورد پذیرش اکثر نظام‌های سیاسی و حقوقی قرار گرفته است، در قوانین اساسی بسیاری از کشورهای جهان، به ویژه کشورهای دارای نظام پارلمانی یا شبیه آن، قوای سه‌گانه در قالب اصول قانون اساسی تعامل‌ها و نظارت‌هایی را نسبت به یکدیگر انجام می‌دهند و در نتیجه سازوکارهایی برای مطالبه‌گری و پاسخ‌گویی میان آن‌ها پیش‌بینی شده است. بر این اساس، پاسخ‌گویی قوه قضائیه به مقامات و

ترین چالش‌های غلبه ارزش‌های مدیریتی در نظام پاسخ‌گویی، مختومه‌محور شدن. یکی از مهم<sup>۱</sup> نظام قضایی است. ژالکان، رئیس شعبه جزایی دادگاه استیناف مونپلیه در این زمینه اذعان داشته است: «امروز، قاضی بیش از آنکه نسبت به کیفیت قضاوت‌های خود در مقابل دادگاه استیناف پاسخگو باشد، نسبت به کمیت آنها و در مقابل مقام مافوق خود پاسخگو است»: (فرتیه، ۱۳۸۸: ۱۴۸، به نقل از روزنامه لوموند یکم سپتامبر ۱۹۹۹).

نهادهای سیاسی فراقوه‌ای یعنی مقامات قوای مجریه و مقننه و یا به تعبیری پاسخ‌گویی سیاسی نظام قضایی مطرح می‌گردد. (برای مطالعه بیشتر ر.ک.: نعمتی، ۱۳۹۸: ۱۱۸-۹۵)

با توجه به اینکه مجلس قانون‌گذاری، به‌عنوان نماد حاکمیت مردمی در قالب برخی اصول قانون اساسی ایران، حق نظارت و مطالبه‌گری از دیگر دستگاه‌ها از جمله قوه قضائیه و اجزا و نهادهای زیرمجموعه آن را دارد، این پژوهش از میان ابعاد گوناگون پاسخ‌گویی قضایی، درصدد مذاقه در پاسخ‌گویی پارلمانی دستگاه قضایی است. اگرچه پژوهش‌های متعددی پیرامون استقلال قضایی صورت گرفته (کرامت، ۱۳۹۳؛ حبیب‌زاده و همکاران، ۱۳۸۹؛ میرزاده و سهرابلو، ۱۳۹۳؛ صنیعی منفرد، ۱۳۸۰)، اما پاسخ‌گویی قضایی کمتر مورد توجه واقع شده و معدود مطالعات این حوزه نیز عمدتاً دایر مدار شناسایی ظرفیت‌ها و سازوکارهای قانونی موجود در کشور بوده است. (ن.ک.: یآوری و تنگستانی، ۱۳۹۵) این مقاله، با تمرکز بر سازوکارهای پارلمانی پاسخ‌گویی قضایی در حقوق ایران - نظیر حق تحقیق و تفحص نمایندگان ملت و همچنین رسیدگی به شکایات مردمی در قالب کمیسیون اصل نود-، ضمن تبیین چرایی پاسخ‌گویی دستگاه قضایی در برابر نهاد پارلمان و طرح دیدگاه‌های مخالف در این زمینه، به دنبال شناسایی راهبرد برقراری توازن و تعادل میان دو ارزش رقیب پاسخ‌گویی و استقلال در نظام قضایی است.

### ۱. ظرفیت‌های پاسخ‌گویی پارلمانی قوه قضائیه در حقوق ایران

به‌رغم آنکه امروزه در اثر شکل‌گیری نهادهای موازی و آیین‌نامه‌ای شدن حقوق، صلاحیت قانون‌گذاری قوه مقننه کاهش یافته است و مشارکت نمایندگان در پیش‌برد برنامه‌های تقنینی با محدودیت مواجه شده است، اما برتری صلاحیت نظارتی قوه مقننه از رهگذر ابزارهای متعدد نظارت پارلمانی بر رفتارهای اجرایی به قوت خود باقی مانده است. از بارزترین این سازوکارها، تحقیق پارلمان در مورد یک موضوع معین، حصول یقین از انجام مأموریت توسط یک نهاد، جلوگیری از استبداد و ممانعت از سرکشی آن است ((Georges, 1990: 113). این مهم در نظام‌های پارلمانی و ریاستی جایگاه خود را یافته است و در ارتباط با ضرورت تحقیق پارلمانی، اجماع شکل یافته است (Duverge, 1970: 160; Grouzatier, 1975: 101). حق تحقیق و تفحص، از جمله حقوقی است که در نظام‌های نوین حقوقی برای پارلمان در نظر گرفته شده است تا نمایندگان از سوی موکلین خویش بر اجرای قوانین مصوب نظارت داشته باشند و به‌عنوان اهرمی علیه خاطیان و متمرّدين از قوانین به‌کارگیرند. از این‌رو، در زمان تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قانون‌گذار مؤسس، اصل ۷۶ را بدان اختصاص داد تا مجلس در نظارت بر اجرای قوانین دارای جایگاهی رفیع و چشمگیر باشد (ویژه، ۱۳۸۴: ۶۳).

حَقِّ نظارت نمایندگان به‌ویژه در نظام‌های پارلمانی، به‌موجب اصول قانون اساسی، تعیین می‌یابد. البته انجام این مهم، مستلزم تصریح قانون اساسی نیست و به فلسفه وجودی نهاد پارلمان در وضع قوانین و نظارت بر کیفیت و نحوه اجرای آن‌ها برمی‌گردد. تحقیق پارلمانی اگرچه به منزله ابزار بازدارنده از تخلف‌ها، انحراف‌ها یا تعدی نهادهای اداری، حکومتی و قضایی است، اما این حق، یا به‌واقع تکلیف پارلمان در نظارت، نباید منجر به تعطیل یا توقّف فعالیت‌ها یا ایراد خلل به آن‌ها شود. هدف تحقیق پارلمانی، توجّه اتهام یا به جریان افکندن فرایند تحمیل مسؤلیت جنایی، یا لزوماً اثبات جرم، تخلف یا تخطی نیست؛ شاید هدف از انجام تحقیق، کسب اطلاعات ضروری از اوضاع و احوال خاصی باشد. به هر رو، حق تحقیق و تفحص حقی بر خاسته از قانون اساسی است و لذا امکان تقييد یا تحديد آن وجود ندارد (نجیب حسنی، ۱۹۹۲: ۱۱۲). این حق، برخاسته از حق استیضاح پارلمان است که برای نمونه، نسبت به وزیر دادگستری و عملکرد وی قابل‌اعمال است (القیسی، ۲۰۱۶: ۲۹-۲۷).

مطابق مواد ۱۹۸ الی ۲۰۱ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب سال ۱۳۷۹ و اصلاحات بعدی، در راستای تحقیق و تفحص، همه اشخاص - اعم از حقیقی و حقوقی - به درخواست کمیته یا هیئت تحقیق باید ضمن همکاری صحیح، اسناد یا مدارک ضروری را ارائه دهند. پس از پایان تحقیق، گزارش یا پیشنهاد مربوط از سوی کمیته تحقیق تقدیم هیئت رئیسه می‌شود تا جهت اتخاذ تصمیم مقتضی در مجلس مطرح شود. نتیجه تحقیق، تا پیش از قطعیت و اثبات موضوع، اعلان نمی‌شود؛ در ضمن، طرح و بررسی نتیجه به تشخیص رئیس مجلس و حسب ضوابط خاص در جلسات علنی یا غیرعلنی خواهد بود. قانون‌گذار فرانسه، بر سرّی بودن جلسات تأکید نموده و آن را تضمینی برای بی‌طرفی اعضای کمیته تحقیق تلقی می‌کند. ماده ۲/۱۰۰ آیین‌نامه داخلی مجلس سنای این کشور -اصلاحی ۱۹۹۱- در صورت نقض محرمانگی یا ایراد خلل به آن، کیفرهای تشدید شده‌ای را در نظر گرفته است. (برای مطالعه درخصوص رویه مشابه در کشورهای عربی و اروپایی و آمریکا، بنگرید به: محمدعمران، ۲۰۰۸: ۲۷۱-۲۶۸)

علاوه بر سازوکار تحقیق و تفحص به شرح پیش‌گفته، اصل ۹۰ ق.ا. را شاید بتوان صریح‌ترین اصل قانونی ایران در تبیین جایگاه نظارتی مجلس و گام مهمی در جهت پاسخ‌گو کردن نهادهای حکومتی از جمله نهادهای قضایی در قبال مردم دانست. از سوی دیگر، با توجّه به اهمیت و مسؤلیت آحاد نمایندگان در برابر ملت، هر نماینده مطابق اصل ۸۴ ق.ا.، حق دارد در همه مسائل داخلی و خارجی کشور اظهارنظر نماید و در این زمینه، به استناد اصل ۸۶ ق.ا.، در اظهارنظر و رأی خود کاملاً آزاد است. از جمله مسائل داخلی کشور، بررسی وضعیت احقاق حقوق مردم و تضمین

آزادی‌های عمومی در محاکم دادگستری است که بدین ترتیب، نمایندگان مجلس می‌توانند قوه قضائیه را به پاسخ‌گویی وادار کنند. پاسخ‌گویی قوه قضائیه در نتیجه اظهارنظر نمایندگان جهت اقتناع افکار عمومی می‌تواند خود یکی از مظاهر نظارت قوه مقننه بر قوه قضائیه محسوب شود (رفیعی، ۱۳۸۲: ۱۱۹). نظریه تفسیری شماره ۹۰۷۵ مورخ ۱۳۶۲/۴/۱۶ شورای نگهبان نیز در پاسخ به استفسار رئیس مجلس نسبت به حدود حقوق نمایندگان مجلس در رابطه با سؤال از عملکرد دادگاه‌ها و مسؤولان قضایی و حدود پاسخ‌گویی وزیر دادگستری در این خصوص، مؤید آن است که چون طبق اصل ۸۴ ق.ا. هر نماینده می‌تواند در همه مسائل داخلی و خارجی کشور اظهارنظر نماید، در امور قضایی نیز می‌تواند هرگونه نظری را لازم بداند در مجلس اظهار نماید و وزیر دادگستری نیز در حدود وظایفی که در اصل ۱۶۰ ق.ا. برای او مقرر شده است، در مجلس پاسخ‌گو می‌باشد. محل اختلاف نظر این است که آیا به استناد این اصول، مجلس می‌تواند بر قوه قضائیه و مشخصاً عملکرد دادگاه‌ها نظارت کرده و به تبع آن از این دستگاه پاسخ‌خواهی کند؟

در خصوص ظرفیت اصل ۷۶ ق.ا.، از یک سو مجلس و نمایندگان، همواره بر این عقیده بوده و هستند که حق تحقیق و تفحص آنان به موجب قانون اساسی، عام و مطلق است و قوه قضائیه و کلیه شؤن آن را هم دربرمی‌گیرد (برای نمونه ر.ک.: رحمان‌دوست، ۱۳۹۳). از سوی دیگر، قوه قضائیه اعتقاد دارد که مجلس فقط در بخش‌های اداری، مالی، پشتیبانی و خدماتی قوه قضائیه می‌تواند تحقیق و تفحص کند و به عبارت دیگر حق تحقیق و تفحص در امور قضایی را ندارد. با این تعبیر مجلس حق نخواهد داشت از دعاوی و پرونده‌های مطروح و موجود در قوه قضائیه تحقیق و تفحص کند؛ ولو اینکه بررسی و تحقیق در این موارد را از جهت انجام وظایف قوه مقننه لازم بداند (کشاورز، ۱۳۸۳: ۳۰). از منظر حقوقی آنچه ملاک و فصل الخطاب است، اصول قانون اساسی و نظریات تفسیری شورای نگهبان در این زمینه است. با تفسیر اصولی از اصل ۷۶ ق.ا. و عبارت «تمام امور کشور» باید گفت با توجه به عموم و اطلاق اصل اخیر و با توجه به اینکه بر حکم عام آن، مخصّصی وارد نشده و با لحاظ اینکه امور قوه قضائیه، از هر قبیل، خارج از «امور کشور» نیست و تفاوتی میان امور قضایی و غیرقضایی قوه قضائیه از حیث امکان تحقیق و تفحص مجلس وجود ندارد، لذا اصل ۷۶ ق.ا. در مورد حق تحقیق و تفحص مجلس نسبت به کلیه امور قوه قضائیه اعم از امور اداری و قضایی شمول اطلاق دارد و مجلس می‌تواند نسبت به همه مسائل این قوه بدون استثنا تحقیق و تفحص کند (کشاورز، ۱۳۸۳: ۳۳-۳۱). لازم به ذکر است که شورای نگهبان طی نظریه شماره ۳۳۴۴ مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۷، در مقام تفسیر این اصل اعلام داشته است: «اصل ۷۶ ق.ا. شامل مواردی از قبیل مقام معظم رهبری، مجلس خبرگان و شورای نگهبان که مافوق مجلس شورای

اسلامی می‌باشند نمی‌شود». اگرچه این نظریه - فارغ از ایراد خدشه به موقعیت و رکنیت قوه مقننه در ساختار نظام<sup>۱</sup> - با استعمال عبارت «از قبیل...» باب مناقشه‌ای تازه را باز کرد و بر همین اساس در سال ۱۳۷۹ ماده ۱۹۸ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، تحقیق و تفحص از دستگاه‌های زیر نظر مستقیم مقام معظم رهبری و مجلس خبرگان رهبری و شورای نگهبان را از اصل ۷۶ ق.ا. استثناء نمود؛ لیکن با اعتراض نمایندگان و اصلاح این ماده در مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۸۰، حق تحقیق و تفحص مجلس از نهادهای تحت امر مستقیم رهبری، به استیذان از ایشان مقید گردید و در نتیجه در صورت موافقت مقام معظم رهبری، امکان تحقیق و تفحص از قوه قضائیه در تمام شئون و سطوح آن از جمله عملکرد دادگاه‌ها و نهادهای زیرمجموعه قوه قضائیه، مجاز و میسر خواهد بود.

در خصوص کمیسیون اصل نود نیز، با توجه به تصریح این اصل به «قوه قضائیه»، مشکلی از حیث شمول صلاحیت کمیسیون مزبور در رسیدگی به تظلم‌خواهی مردم نسبت به اجزا و نهادهای زیرمجموعه دستگاه قضایی به‌ویژه عملکرد دادگاه‌ها وجود ندارد. اما ممکن است چنین به نظر برسد که مجلس و به تبع آن کمیسیون مزبور، نهادی سیاسی بوده و از این رو نمی‌تواند نسبت به کارکرد اصلی قوه قضائیه که کارکردی قضایی است نظارت نماید؛ بلکه صرفاً می‌تواند شکایات افراد نسبت به کارکرد فرعی این قوه را که کارکردی اداری است، مورد بررسی قرار دهد. در پاسخ به این ابهام باید گفت که مجلس و به تبع آن کمیسیون اصل ۹۰، علاوه بر نظارت بر کارکرد اداری قوه قضائیه، نسبت به بررسی شکایات مربوط به رسیدگی در مراجع قضایی نیز صلاحیت دارد.<sup>۲</sup> در تأیید این مدعا می‌توان به مشروح مذاکرات در جریان تصویب این اصل اشاره کرد که هدف از طرح موضوع پذیرش شکایات افراد از مجلس، قوه مجریه و نیز قوه قضائیه، را احقاق حقوق افراد و اطلاع نمایندگان ملت از اوضاع و عملکرد نهادهای مذکور دانسته است<sup>۳</sup>؛ لذا رسیدگی به شکایات مربوط به آرای قضایی، در واقع اعمال نظارت اعلامی و اطلاعی مجلس بر حسن جریان قانون در قوه قضائیه است. رسیدگی

۱. در اهمیت این نهاد همین بس که به تعبیر مرحوم امام: «مجلس، در رأس همه امور واقع است»<sup>۱</sup> (موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ۵۳۸).

۲. برای مطالعه پیرامون تفسیر عبارت «طرز کار» در اصل ۹۰ ق.ا. و شمول آن بر شئون مختلف دستگاه قضایی، بنگرید به: (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۱ و ایمانی، ۱۳۸۵).

۳. در این رابطه ن.ک.: اظهارات آقای مکارم شیرازی در: (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴: ۹۲۸).



به شکایات مذکور نیز به معنای نقض آرای قضایی و تجدیدنظر در آن‌ها نبوده و با اصل قاطع بودن حکم قضایی نسبت به دعاوی نیز منافاتی ندارد. همچنین، پس از اعلام نتایج بررسی‌های این کمیسیون پیرامون یکی از آرای قضایی، دادگاه‌ها و مراجع قضایی قوه قضائیه ملزم به تبعیت از نظر کمیسیون مزبور نیستند تا اشکالی از این حیث به آن‌ها وارد شود، بلکه مراجع قضایی مجاز خواهند بود که با صرف نظر از نتایجی که کمیسیون به آن‌ها دست پیدا نموده، به تحقیق و بررسی پیرامون رأی صادره پرداخته و آنگاه نظر خود را که ممکن است کاملاً مغایر با نظر کمیسیون باشد، اعلام نمایند. از آنچه گذشت روشن می‌شود که در نظام نظارت و تعادلی که بر روابط میان قوای سه‌گانه حاکم بوده و همین امر موجب شده تا نوعی نظارت شبکه‌ای و همگون در میان قوای سه‌گانه وجود داشته باشد، طرح شکایت از قوه‌ای نزد قوه‌ای دیگر مشکلی را ایجاد نمی‌نماید؛ چراکه ساختار قوای سه‌گانه ساختاری غیرهرمی است. با این وصف، روشن می‌شود که طرح شکایت نزد مجلس نسبت به اموری همچون سست و بی‌پایه بودن بسیاری از آرای قضایی چنان‌که موجب نقض آرای مذکور در مرحله تجدیدنظرخواهی شده، عدم صدور احکام قضایی مطابق قانون، اطلاع روند رسیدگی به پرونده‌ها در محاکم، اعطای مرخصی‌های بی‌ضابطه و گسترده به زندانیان، خلأهای قانونی که موجب سوءاستفاده برخی قضات و یا مجرمان می‌شود و... فاقد ایراد خواهد بود (تقی‌زاده، ۱۳۹۶: ۲۰).

به این ترتیب، ابزارهای پیش‌گفته، ظرفیت‌های نظارتی هستند که به واسطه آن‌ها، مجلس شورای اسلامی قادر است از رهگذر واری و رسیدگی خود یا کمیته‌ای متشکل از تعدادی از نمایندگان، پیرامون موضوع مشخصی که داخل در حوزه فعالیت یا صلاحیت قوه قضائیه است، ضمن گردآوری اطلاعات لازم، به حقیقت دست یابد و آنگاه تصمیم مقتضی را اتخاذ نماید.

## ۲. پاسخ‌گویی و استقلال قضایی: «تعارض» یا «تعامل»؟

ظرفیت‌های نظارتی پیش‌گفته، که نمایندگان را مجاز و بلکه مکلف به نظارت و به تبع آن پاسخ‌خواهی از قوه قضائیه می‌نماید، -صرف‌نظر از چالش‌هایی که طرح و البته پاسخ داده شد- ممکن است به مثابه نقض استقلال قضایی تلقی گردند. از آن‌جا که ماهیت کار قضایی، داوری، فصل خصومت و در یک کلام برقراری عدالت است و لازمه آن بی‌طرفی دستگاه قضایی و دادرسان است، لذا مسئله استقلال قضایی از حیث فردی و نهادی، در محور و مرکز مطالعات و نظریه‌های راجع به دستگاه قضایی قرار دارد و همین امر به نظام پاسخ‌گویی قضایی، خصوصیت ویژه‌ای می‌بخشد و آن را تحت تأثیر خود قرار می‌دهد (ر.ک.: حبیب‌زاده و همکاران، ۱۳۸۹: ۵۱-۲۳).

در نظام‌های دموکراتیک قوای مجریه و مقننه به شیوه‌های مختلف در مقابل اختیاراتی که دارند، پاسخ‌گو هستند. رئیس‌جمهور به‌عنوان مدیر ارشد قوه مجریه در نظام‌های ریاستی به‌طور مستقیم در

مقابل مردم و گاه در مقابل پارلمان پاسخگو است. همچنین در نظام‌های پارلمانی نخست وزیر و کابینه، به نحو غیر مستقیم، یعنی در مقابل نمایندگان مردم پاسخگو هستند. در قوه مقننه نیز علاوه بر سازوکارهای درون سازمانی، نمایندگان در نهایت در مقابل موکلان خود در جریان برگزاری انتخابات پاسخگو هستند (وکیلان، بی تا: ۱۵). اما چنین سازوکارهای پاسخگویی برای دستگاه قضایی، همواره از سوی منتقدان، مغایر با استقلال دستگاه قضایی تلقی شده است؛<sup>۱</sup> به عبارت دیگر، از آنجایی که قضات اغلب به نحو انتصابی به کار قضا منصوب می‌شوند، پاسخگویی دموکراتیک در این دستگاه به سختی قابل تصور است. از سوی دیگر، دستگاه قضایی مانند سایر قوا از بودجه عمومی استفاده می‌کند، افرادی را اعم از قضات و کارمندان به خدمت می‌گیرد، واحدها، ابنیه و امکاناتی دارد و به طور کلی جهت انجام وظایف خاص خود اختیارات گسترده‌ای دارد و در اموال عمومی تصرف می‌کند. از این رو این دستگاه نیز باید در مقابل نحوه هزینه‌کرد بودجه، بر خور داری از قدرت گسترده و اعمال اختیارات خود، مانند سایر قوا پاسخگو باشد. به این ترتیب، در دستگاه قضایی دو مطلوب رقیب خودنمایی می‌کنند: نخست، لزوم حفظ استقلال قضایی از یک سو و دیگری، لزوم پاسخگویی قضایی (وکیلان، بی تا: ۱۵). بر این پایه، ذهنیت ریشه‌داری در میان مقام‌های قضایی وجود دارد که همواره برنامه‌های اصلاح و توسعه قضایی را نیز تحت تأثیر قرار داده است و آن، وجود تعارض میان استقلال و پاسخگویی قضایی است. (Contini & Mohr, 2008: 50)

برخی بر این باورند که حق نظارت و پاسخ‌خواهی پارلمان، به گستره اعمال دستگاه قضایی تسری داده نمی‌شود و مجلس نمایندگان نمی‌تواند به موضوعی که داخل در صلاحیت یا چهارچوب اقتدار قضایی است ورود کند؛<sup>۲</sup> چون مجلس فقط در ارتباط با مسائل اجرایی و در حوزه عملکرد قوه مجریه می‌تواند نظارت نماید (نصار، ۱۹۹۶: ۵۰۸). در این مورد گفته می‌شود اقتضای احترام به اصل تفکیک قوا، خودداری از مداخله یا اعمال هرگونه قدرت در شؤون قوه دیگر است؛ بنابراین، قوه مقننه

<sup>۱</sup> . برای ملاحظه نظر مخالفان پاسخگویی (استقلال‌گرایان)، موافقان پاسخگویی (نوفهم‌گرایان) و مخالفان استقلال قضایی و حامیان صور افراطی پاسخگویی قضایی (رادیکال‌ها) ر.ک.: (Le Sueu, 2004: 73-98)

<sup>۲</sup> . بر این پایه، ماده ۱۷۴ نظام‌نامه داخلی مجلس نمایندگان عراق، کمیته تحقیق مجلس را به صراحت از مداخله یا اختلال در مسائل قضایی ممنوع می‌کند. این مجلس، مداخله کمیته تحقیق در مسأله‌ای از مسائل قضایی را به‌مثابه تعدی قوه مقننه به حوزه عملکرد قوه قضائیه می‌انگارد. البته، چنین تصریحی در نظام‌نامه برخی کشورها - از جمله نظام‌نامه مجلس ملی کویت - مشاهده نمی‌شود (باهی‌یونس، ۲۰۰۲: ۱۱۵).

حق راهبری قوه قضائیه را ندارد و پاسخ خواهی مجلس اساساً در تعارض با استقلال قضایی محسوب می‌گردد (باهی یونس، ۲۰۰۲: ۱۱۵-۱۱۴).

اما تصوّر وجود این تعارض، عمدتاً ناشی از تفاوت رویکرد به فعالیت قضایی است؛ قضات، دادگاه را به مثابه معبده برای قانون و عدالت می‌نگرند که به وسیله ارزش مقدّسی به نام استقلال قضایی حمایت می‌شود و مدیران، دادگاه را به مثابه کارخانه تصمیم‌سازی می‌بینند که باید بر اساس روش‌های پاسخ‌گویی مدیریتی (نظیر کارآیی، کارآمدی و اثربخشی) اداره و ارزیابی شود. گروه نخست با توسّل به لزوم استقلال قضایی، پاسخ‌گویی را مانع آن می‌پندارند و در نتیجه، آن را رد می‌کنند. گروه دوم، ویژگی خاصّ فعالیت دستگاه قضایی را مانع پاسخ‌گویی آن در استفاده از منابع مالی، انسانی و غیره نمی‌دانند (ر.ک.: یآوری و تنگستانی، ۱۳۹۵: ۱۵۹).

به نظر می‌رسد حلّ تعارض ظاهری میان استقلال و پاسخ‌گویی قضایی، در گرو خوانش صحیح از تفکیک قوا و استقلال قضایی است. در یک دولت قانون‌مدار و مبتنی بر قانون اساسی، استقلال قضایی از تفکیک قوا نشئت می‌گیرد که هدف از آن کنترل و توازن میان قوا است و هیچ‌گاه نافی نظارت و هماهنگی قوا بر یکدیگر نیست؛ به عبارت دیگر، منظور از استقلال قوا، استقلال نسبی و متعادل است که در آن، قوا در عین استقلال و عدم مزاحمت و اخلال در امور یکدیگر، از حقّ تعامل، کنترل و نظارت قانونی بر یکدیگر برخوردارند. اگر عملکرد یکی از قوا اخلاقی در امور اداره کشور و یا امور قوای دیگر ایجاد نماید، سایر قوا حقّ اعتراض و انتقاد دارند و آن قوه باید پاسخ‌گو باشد و رفع اخلال کند (هریسی، ۱۳۸۷: ۱۳ به بعد). بر این اساس، منظور از استقلال قضایی نیز این است که دستگاه قضایی به عنوان یک نهاد و قضات به عنوان تصمیم‌گیرندگان پرونده‌های قضایی، باید وظایف و مسؤولیت‌های خود را بدون تأثیرپذیری منفی از قوای مجریه و مقننه و سایر عوامل فشار انجام دهند. این امر همواره مورد تأکید قرار گرفته است که اصل استقلال قضایی، به منظور برخوردار کردن شخصی قضات و اعطای امتیاز خاص به آنها نیست، بلکه به دنبال تأمین هدفی عمومی است که کارکرد مطلوب حکومت و تأمین حقوق شهروندان یک جامعه بدان وابسته است (یآوری و تنگستانی، ۱۳۹۵: ۱۵۴).

در واقع، استقلال قضایی به معنای مصونیت یا معافیت دستگاه قضایی از نظارت و به تبع آن، پاسخ‌گو نبودن نهادها و مقامات قضایی نیست. (Langbroek & et al., 2017: 9; Pimentel, ) (2016: 19) قدرت نظارتی نهاد قانون‌گذاری، از مهم‌ترین مظاهر حاکمیت اراده ملت و نماینده به مثابه چشم بینای آن است. نهاد قانون‌گذاری، قوانین را وضع و آنها را تعدیل یا ملغی می‌نماید؛ ضمن آنکه افزون بر صلاحیت تقنینی، صلاحیت نظارتی خود را اعمال می‌کند و این مهم، قوی‌تر از

صلاحیت تقنینی است. وظیفه قانون‌گذاری برای پارلمان، وظیفه ذاتی آن است؛ اما صیانت از قانون موضوعه و نظارت بر نحوه اعمال آن، وظیفه بعدی و تبعی این نهاد است. در دولت‌های مدرن، تحقیق پارلمانی به‌مثابه ابزار نظارت پارلمانی است ((Uinty, 1991: 393). اگر ایراد خدشه به اصل تفکیک قوا در اثر نظارت و تحقیق پارلمان در مورد عملکرد دستگاه قضایی مطرح است، همین اشکال به نظارت پارلمان بر عملکرد قوه مجریه - به‌عنوان یک قوه مستقل - نیز وارد است (Gicquel, 1993: 706). بر این اساس، باید اذعان نمود که تفکیک قوا به معنای نفی صلاحیت نظارتی مجلس قانون‌گذاری بر قانون‌مداری و رعایت حقوق و آزادی‌های افراد در دیگر قوا از جمله قوه قضائیه و یا به معنای مصوبیت و معافیت نظام قضایی از نظارت‌پذیری، گزارش‌دهی، شفافیت و توجیه تصمیمات و اقدامات نبوده و نیست.

توجه به نسبت میان استقلال و پاسخ‌گویی قضایی نیز تصور تعارض میان آن‌ها را مرتفع می‌سازد. استقلال، سازوکار کنترل پیشینی برای تضمین بی‌طرفی دستگاه قضایی و قضات و جلوگیری از اعمال هرگونه فشار خارجی بر آن‌ها در تصمیم‌گیری قضایی است؛ در حالی که پاسخ‌گویی، سازوکار کنترل پسینی است که مقام‌ها و نهادهای قضایی را مکلف می‌سازد تا اقدام‌ها، تصمیم‌ها و فرایندهای قضایی خود را توجیه نمایند (یاوری و تنگستانی، ۱۳۹۵: ۲۵۳).

از سوی دیگر، برخی اندیشمندان، نه تنها تعارضی میان استقلال و پاسخ‌گویی قضایی نمی‌بینند، بلکه برخورداری از استقلال قضایی را سبب پاسخ‌گویی دستگاه قضایی می‌دانند. این گروه، با تأکید بر منحصر به فرد بودن استقلال اعطا شده به رکن قضایی حکومت در مقایسه با دیگر ارکان، بر این باورند که نظام قضایی در ازای برخورداری از این استقلال، ملزم به پاسخ‌گویی است تا کارآمدی خود را تضمین نماید ((Doogue et al., 2013: 3). برخی پژوهشگران نیز، سازوکارهای پاسخ‌گویی را سازگار با ضرورت حفظ استقلال قضایی و یا حتی حامی آن دانسته‌اند (عامری، ۱۳۹۴: ۱۳). به این ترتیب، نه تنها تعارض و تضادی میان استقلال و پاسخ‌گویی قضایی به واقع وجود ندارد، بلکه باید این دو نهاد را مکمل یکدیگر دانست؛ بدون شک، پیاده‌سازی یک نظام پاسخ‌گویی قضایی مناسب و کارآمد، با افزایش رضایت‌مندی شهروندان، اعتماد عمومی به دستگاه قضایی و در نتیجه افزایش مشروعیت آن، استقلال قضایی را تقویت می‌نماید.

### ۳. راهبرد برقراری تعادل میان پاسخ‌گویی پارلمانی و استقلال قضایی

به‌رغم پذیرش حق پارلمان در پاسخ‌خواهی یا نظارت بر عملکرد دستگاه قضایی، نمی‌توان انکار کرد که پاسخ‌گویی در نظام قضایی به‌دلیل استقلال و دیگر ملاحظات نظیر حساسیت و کارکرد ویژه این نظام، در مقایسه با دیگر عرصه‌های دولتی، دارای برخی تفاوت‌ها و محدودیت‌هاست؛ لذا،

مناقشات و نظریه پردازی‌های متعددی برای شناسایی نظام پاسخ‌گویی مطلوب در عرصه قضایی صورت گرفته است. مشهورترین آن، الگوی سه‌گانه پاسخ‌گویی قضایی است که مانورو کاپلتی<sup>۱</sup> ارائه نموده و عبارت است از: الگوی نخست که در آن، دستگاه قضایی تابعی از قوای سیاسی دولت است؛ الگوی دوم که در آن، دستگاه قضایی مطلقاً و کاملاً از دولت و جامعه مستقل عمل می‌کند؛ و الگوی سوم، که درجه‌ای معقول از پاسخ‌گویی را برای نظام قضایی قائل است؛ بدون اینکه آن را تابعی از دولت یا جامعه نماید و یا در حالت استقلال کامل بداند. ((Cappelletti, 1983: 1-62) الگوی سوم که مورد استقبال نظام‌های قضایی و اندیشمندان این حوزه قرار گرفته است (See: Piana, 2016; Griffith, 1998; Contini & Mohr, 2007)، برای برقراری توازن و تعادل میان استقلال و پاسخ‌گویی، راهبرد حذف سازوکارهای مبتنی بر روابط سلسله‌مراتبی را در پیش گرفته است. لذا سازوکارهای متعددی که برای پاسخ‌گویی در بخش دولتی ارائه شده است، تا جایی که نظام قضایی را به تابعی از دیگر ارکان دولت تبدیل نکند، پذیرفتنی و قابل اعمال است.

ضمن اینکه «پاسخ‌گویی در عصر حاضر، صرفاً پاسخ‌گویی با مؤلفه‌های اصلی و غیرقابل تغییر نیست؛ بلکه باید از پاسخ‌گویی مرتبه‌ای سخن گفت که وجود یکی از مؤلفه‌های کلاسیک، آن را از طیف پاسخ‌گویی خارج نمی‌کند؛ بلکه آن را به شکلی ثانوی از پاسخ‌گویی که دارای مرتبه‌ای از پاسخ‌گویی است تبدیل می‌کند. بر این اساس، مفهوم پاسخ‌گویی، مفهومی مرتبه‌ای است و می‌توان از پاسخ‌گویی حدّاکثری و حدّاقلی سخن گفت» (جلالی و اژئر، ۱۳۹۵: ۳۷).

بر این اساس، به نظر می‌رسد باید راهبرد برقراری تعادل میان رویکردهای سنتی و نوین به پاسخ‌گویی قضایی و در نتیجه پاسخ‌گو بودن نظام قضایی در عین حفظ استقلال آن را در رویکرد مرتبه‌ای به پاسخ‌گویی یافت. بدین ترتیب با تلفیق رویکرد مرتبه‌ای و الگوی سوم کاپلتی، می‌توان مراتبی از پاسخ‌گویی دستگاه قضایی را مورد پذیرش و اعمال قرار داد که این قوه را به تابعی از دیگر قوا از جمله پارلمان بدل نسازد. با در نظر گرفتن کارکرد دستگاه قضایی و انطباق دادن آن با رویکرد مرتبه‌ای به پاسخ‌گویی، می‌توان مراتب پاسخ‌گویی قضایی را شامل موارد ذیل دانست:

الف) بُعد اطلاعاتی: گزارش‌دهی و ارائه اطلاعات در خصوص نحوه عملکرد نهادها و مقامات قضایی؛

ب) بُعد استدلالی: ارائه توضیح و استدلال در قبال اقدامات و تصمیمات اتخاذ شده و در نتیجه توجیه آن؛

<sup>۱</sup> Mauro Cappelletti, Professor of Law at the University of Florence

ج) بُعد ضمانت اجرا: مسؤلیت‌پذیری و پذیرش آثار، نتایج و برایندهای اقدامات و تصمیمات. اگرچه نظام مطلوب پاسخ‌گویی قضایی، با تحقق مجموع مراتب پیش‌گفته شکل خواهد گرفت، لیکن، عدم تحقق یکی از ابعاد، به معنای عدم پاسخ‌گویی نیست. لذا همواره باید مرز باریک میان استقلال و پاسخ‌گویی دستگاه قضا مدنظر قرار گیرد. در همین راستا، با الحاق تبصره ۷ به ماده ۱۹۸ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۸۷، تحقیق و تفحص مجلس از «پرونده‌های جریان‌ی مراجع قضایی» و «امور ماهیتی قضایی» مستثنا شده است که این امر برای اجتناب از تحت فشار قرار گرفتن مقام قضایی در فرایند رسیدگی و صدور حکم شایسته در پرونده‌های جاری توجیه‌پذیر است. با این حال، ظرفیت اصل ۷۶ ق.ا. برای نظارت بر دستگاه قضایی و به‌ویژه ارزیابی عملکرد دادگاه‌ها در قالب تحقیق و تفحص مجلس در پرونده‌های مختومه، می‌تواند یکی از کارآمدترین سازوکارهای پاسخ‌گویی در نظام قضایی ایران قلمداد شود.

با وجود این، ضعف این سازوکار در فقدان ضمانت‌اجرای مناسب است؛ به عبارت دیگر، به‌رغم آنکه تحقیق و تفحص از دیگر نهادها به‌ویژه وزارت‌خانه‌ها و نهادهای زیرمجموعه قوه مجریه، با امکان طرح سؤال و استیضاح از کابینه دولت و یا ارجاع پرونده به دستگاه قضایی از پشتوانه‌ای قوی برخوردار است، لیکن تحقیق و تفحص از نظام قضایی و اجزای آن، در این زمینه با چالش مواجه است؛ توضیح اینکه:

اولاً، الزام قانونی به پاسخ‌گویی مراجع و مقام‌های قضایی مربوطه در مقابل نمایندگان ملت وجود ندارد؛ همچنان‌که به‌رغم تصریح نصوص قانونی پیش‌گفته، مقامات قضایی همواره با اصل نظارت‌های فراقوه‌ای مخالفت می‌نمایند. در همین راستا، کشاکش میان مجلس و قوه قضائیه در دهه ۸۰ و در جریان تنها تحقیق و تفحص انجام شده در این قوه قابل تأمل است.<sup>۱</sup> در ابتدای اعلام تصمیم مجلس شورای اسلامی به انجام تحقیق و تفحص از قوه قضائیه، مقامات قضایی به‌صراحت با تأکید بر استقلال قوا، تحقیق و تفحص را تنها از بخش مالی و اداری این قوه امکان‌پذیر دانستند و حتی سخنگوی قوه قضائیه وقت، به کرات با تأکید بر آنکه استیضاح و سؤال از قوه قضائیه جایی ندارد،

<sup>۱</sup>. برای مشاهده آمار و جزئیات تحقیق و تفحص‌های انجام شده در ده دوره مجلس شورای اسلامی بنگرید به: گزارش خبرگزاری تسنیم با عنوان "ضعف جدی مجلس در تحقیق و تفحص"، ۱۳۹۷، قابل دسترسی در: <https://tn.ai/1725791>. مطابق این گزارش، هیچ تحقیق و تفحصی غیر از آنچه ذکر شد در حوزه عملکرد قضایی انجام نشده است.

تفحص را در حوزه عملکرد دادگاه‌ها و رئیس قوه قضائیه غیر ممکن عنوان کرد.<sup>۱</sup> اما سرانجام اصولگرایان مجلس هفتم با این استناد که مجلس حق نظارت بر تمام امور را دارد، این طرح را به تصویب رساندند.<sup>۲</sup> این تحقیق و تفحص، سرانجام پس از پنج سال، به قرائت گزارشی در پنج محور «اداری، سازمان‌های وابسته، اقدامات حقوقی، عملکرد قضات و بررسی اقدامات حفاظت اطلاعات قوه قضائیه» در صحن علنی مجلس ختم شد که بیشترین حساسیت را در میان مسؤولان

<sup>۱</sup>. «... در حال حاضر تعدادی از نمایندگان مجلس طرحی را آماده کرده‌اند که محور درخواست آن‌ها پیگیری در خصوص اقدامات قوه قضائیه در مورد نحوه رسیدگی به مفاسد اقتصادی است که نظر اکثر حقوقدانان بر این است که تحقیق و تفحص مجلس شامل مسائل قضایی نمی‌شود و اصل ۷۶ قانون اساسی جدا از حکم دادگاه یا کار قضایی است. طبق قانون اساسی کلیه امور اداری، قضایی و اجرایی قوه قضائیه با رئیس قوه قضائیه است، بنابراین در این خصوص نیز نظر اکثریت بر این است که مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند در اختیارات قانونی رئیس قوه قضائیه وارد تحقیق و تفحص شود. مجلس تنها در امور مربوط به بودجه می‌تواند وارد عمل شود تا چنانچه در پرداخت حقوق به قضات کوتاهی صورت گرفته رسیدگی لازم را انجام دهد و ما آمادگی لازم برای همکاری با مجلس در این خصوص را داریم.» (رک: کریمی راد، ۱۳۸۳)

. در واپسین مراحل این اختلاف پس از گذشت چند سال، در تاریخ ۱۳۸۵/۱/۲۲ ریاست وقت<sup>۲</sup> قوه قضائیه طی نامه‌ای خطاب به ریاست وقت مجلس شورای اسلامی تصریح نمود: «بنابر قانون اساسی و آیین‌نامه داخلی مجلس، وجود چنان اختیاری، محل تردید و تأمل می‌باشد. با این حال در جهت تعامل فی ما بین قوا و پیشگیری از بروز چالش‌های احتمالی از بحث قانونی اغماض می‌گردد و آمادگی این قوه را برای اجرای تحقیق و تفحص و بررسی عملکرد حوزه معاونت اداری و مالی و سازمان‌های تابع (غیر از سازمان قضایی نیروهای مسلح) اعلام می‌دارد...». در پاسخ به نامه مذکور ریاست وقت مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۸۵/۲/۲ طی نامه‌ای به آیت‌الله شاهرودی اعلام داشتند: «... از نظر مجلس شورای اسلامی، تحقیق و تفحص از قوه قضائیه امری منطبق با قانون اساسی و در حدود وظایف و اختیارات مجلس محسوب می‌شود و اگر تردید و تأملی در این مسأله وجود داشته باشد طبعاً تنها راه رفع تردید، تقاضای تفسیر از شورای نگهبان خواهد بود. که در این زمینه در تاریخ ۱۳۶۲/۴/۹، از جانب شورای نگهبان در پاسخ استفساریه شماره ۴۵۳۶ مجلس شورای اسلامی، تفسیری اعلام شده که دال بر <http://yon.ir/Gfjqc> وجود چنین اختیاری است...». به نقل از خبرگزاری خانه ملت، قابل دسترسی در:

قوه قضائیه وقت برانگیخته بود.<sup>۱</sup> به تبع این مخالفت‌ها، پس از انجام تحقیق و تفحص نیز در قبال نتایج و گزارش‌های اعلامی، پاسخی به مجلس و نمایندگان منعکس نمی‌گردد. تنها الزام قانونی موجود در این زمینه، تبصره ۱ ماده ۱۹۸ آیین‌نامه داخلی مجلس است که سازمان یا نهاد مورد تحقیق و تفحص را موظف نموده است کلیه مدارک و اطلاعات مورد نیاز را برای بررسی در اختیار کمیسیون‌های تحقیق قرار دهد<sup>۲</sup>، اما الزامی در خصوص پاسخ‌گویی پس از انجام تحقیقات وجود ندارد.

ثانیاً، علی‌القاعده پس از قرائت گزارش نهایی تحقیق و تفحص در صحن علنی مجلس، در صورت احراز تخلف در سازمان‌ها و نهادها، پرونده برای رسیدگی قضایی به قوه قضائیه ارجاع می‌شود. اما چنانچه خود دستگاه قضایی مورد تحقیق قرار گیرد، چندان نمی‌توان به رسیدگی مستقل و بی‌طرف به نتایج تحقیقات امیدوار بود؛ به‌ویژه در مواردی که تخلفات گزارش شده به اشخاص معینی منتسب نباشد و به ساختار یا فرایندهای رایج در دستگاه قضایی مرتبط باشد.

با این همه، به نظر می‌رسد چنانچه نتایج تحقیق و تفحص به‌نحو شایسته و شفاف به اطلاع عموم شهروندان برسد و یا حداقل تمامی نمایندگان ملت به جزئیات نتایج حاصله دسترسی یابند<sup>۳</sup>، می‌توان به تحقق اهداف موردنظر از انجام چنین نظارت‌هایی امیدوار بود؛ ضمن آنکه در نهایت مجلس با برخورداری از قدرت قانون‌گذاری، امکان مداخله غیرمستقیم در حوزه‌های موردنظر را خواهد داشت.

<sup>۱</sup>. برای مطالعه گزارش اجمالی قرائت شده در صحن علنی مجلس در تاریخ ۱۳۸۷/۳/۱ به لینک بالا مراجعه کنید. برای بررسی حواشی تقلیل گزارش ۳۰۰ صفحه‌ای به ۸۰ صفحه بنگرید به: (آذریک، ۱۳۸۶)

<sup>۲</sup>. جالب آن است که این تبصره در اصلاحات ماده ۱۹۸ و تبصره‌های آن در سال ۱۳۸۷ حذف شده است. شاید بتوان از تبصره سوم این ماده در متن اصلاحی، الزام به همکاری در ارائه اسناد و مدارک را (به طریق اولویت) استنباط کرد. این تبصره مقرر می‌دارد: «چنانچه وزیر یا بالاترین مقام دستگاه مورد تحقیق و تفحص تغییر کرده باشد و تحقیق و تفحص مربوط به عملکرد دوران مسئولیت آنان باشد، باید امکان دسترسی آنها به اسناد و مدارک جهت پاسخگویی فراهم گردد».

<sup>۳</sup>. همچنان‌که در تحقیق و تفحص صورت‌گرفته از قوه قضائیه در سال ۱۳۸۳ الی ۱۳۸۷، تقلیل حجم گزارش قرائت شده در صحن علنی از ۳۰۰ به ۸۰ صفحه مورد انتقاد بسیاری قرار گرفت. (ر.ک.: آذریک، ۱۳۸۶: ۶).



سازوکار پیش‌بینی شده در اصل ۹۰ ق.ا. - در مقایسه با سایر سازوکارهای پاسخ‌گویی قضایی نظیر پاسخ‌گویی در قبال قوه مجریه از حیث نظارت رئیس جمهور بر اجرای قانون اساسی موضوع اصل ۱۱۳ ق.ا. (برای اطلاع بیشتر در این خصوص ر.ک.: نعمتی، ۱۳۹۸) - به لحاظ قانونی صراحت و دلالت بیشتری بر امکان مطالبه‌گری از قوه قضائیه دارد؛ لذا می‌توان گفت سازوکار موضوع این اصل، در فرایند دو مرحله‌ای «پاسخ‌خواهی - پاسخ‌گویی»، پشتوانه قانونی نسبتاً محکمی در مرحله اول یعنی پاسخ‌خواهی دارد. حتی ماده‌واحد «قانون اجازه مکاتبه و تحقیق مستقیم به کمیسیون اصل ۹۰ با دستگاه‌های دولتی جهت رسیدگی به شکایات مردم» مصوب ۱۳۵۹ مجلس شورای اسلامی نیز تأکید می‌دارد که: «کمیسیون اصل ۹۰ می‌تواند با قوای سه‌گانه جمهوری اسلامی و تمام وزارتخانه‌ها و ادارات و سازمان‌های وابسته به آن‌ها و بنیادها و نهادهای انقلابی و مؤسساتی که به‌نحوی از انحاء به یکی از قوای فوق‌الذکر مربوط می‌باشند، مستقیماً مکاتبه یا به آن‌ها مراجعه نماید و برای رسیدگی به شکایاتی کتبی که از طرف مسئولین مربوطه بدون جواب مانده و یا جواب قانع‌کننده بدان‌ها داده نشده و رفع مشکلات توضیح بخواند و آن‌ها مکلفند در اسرع وقت جواب کافی بدهند».

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود ذیل ماده‌واحد مزبور، تحقق مرحله دوم فرایند پاسخ‌گویی (به معنای اعم) یعنی پاسخ‌گویی مرجع قضایی در مقابل مطالبه‌گری کمیسیون را نیز با ایجاد تکلیف و الزام قانونی تضمین نموده است؛ علاوه بر این، در سال ۱۳۶۴ با الحاق یک تبصره به ماده‌واحد مزبور، مسؤول مربوطه مکلف شده است ظرف مدت یک‌ماه از تاریخ وصول مکاتبه کمیسیون، پاسخ «کتبی»، «کافی» و «مستند» خود را به این مرجع اعلام نماید. پیش‌بینی ضمانت‌اجرای کیفری حبس و انفصال موقت در قبال استتکاف از پاسخ‌گویی نیز تضمین دیگری در تحقق هرچه کامل‌تر فرایند پاسخ‌گویی در قالب این سازوکار است که بدون شک اثربخشی آن را خواهد افزود. به‌موجب تبصره پیش‌گفته: «...تخلّف از این قانون جرم محسوب و متخلّف به مجازات حبس از سه ماه تا یک‌سال و انفصال از خدمات دولتی از شش ماه تا یک‌سال محکوم خواهد شد و موضوع تخلّف در مراجع صالحه قضایی با درخواست کمیسیون قابل‌رسیدگی است...».

### نتیجه‌گیری

پاسخ‌گویی قضایی تحت تأثیر رویکردهای مدیریتی، در کشاکش میان رویکردهای سنتی و نوین قرار گرفته است که یکی میل به استقلال کامل دستگاه قضایی دارد و هرگونه پاسخ‌گویی را نقض استقلال تلقی می‌کند و دیگری، گرایش به عدم استقلال قضایی دارد و تمامی سازوکارهای رایج در دیگر بخش‌های عمومی را قابل‌اعمال در دستگاه قضایی می‌شمارد.

اگرچه دستیابی به آرمان عدالت، در گرو تحقق استقلال نظام قضایی است که در اصل ۱۵۶ ق.ا. نیز مورد تأکید قرار گرفته است؛ لیکن استقلال قضایی به معنای معافیت یا مصونیت از پاسخ‌گویی نیست. تحقق نظام پاسخ‌گویی مطلوب، در گرو ایفای کارکرد نظارتی قوا بر یکدیگر است. حق پارلمان در نظارت و پاسخ‌خواهی از دستگاه قضایی نیز، بر اساس خوانش صحیح از تفکیک قوا و استقلال قضایی توجیه‌پذیر است؛ استقلال قضایی در یک دولت قانون‌مدار باید به نفعی تزامم و اخلاص قوا در امور یکدیگر در عین تعامل و نظارت قانونی آن‌ها بر هم تعبیر شود.

راهبرد برقراری تعادل میان دو رویکرد پیش‌گفته و در نتیجه پاسخ‌گو بودن نظام قضایی در عین حفظ استقلال را، باید در دو نکته دانست: نخست آنکه برای تضمین استقلال قضایی، باید پاسخ‌گویی قضایی را منصرف از سازوکارهای پاسخ‌گویی دانست که مبتنی بر روابط سلسله‌مراتبی است و دستگاه قضایی را به تابعی از دولت یا جامعه تبدیل می‌کند. و نکته دوم، رویکرد مرتبه‌ای به پاسخ‌گویی است که به موجب آن، پاسخ‌گویی خود دارای درجات و مراتبی است که فقد یکی از عناصر و مؤلفه‌های رایج در پاسخ‌گویی، به معنای عدم تحقق پاسخ‌گویی نیست.

به این ترتیب، با خارج ساختن سازوکارهای سلسله‌مراتبی از دامنه پاسخ‌گویی قضایی و یا ایجاد محدودیت در برخی سازوکارهای دیگر، می‌توان در عین حفظ استقلال قضایی، درجاتی از پاسخ‌گویی را در دستگاه قضایی پیاده‌سازی نمود و از رهگذر افزایش رضایت‌مندی شهروندان، اعتماد عمومی به دستگاه قضایی و در نتیجه افزایش مشروعیت آن، استقلال نظام قضایی را تقویت نمود.

به نظر می‌رسد دستیابی به این آرمان، نیازمند نظام‌مندسازی پاسخ‌گویی قضایی در کشور با پیش‌بینی سازوکارهای اجرایی مشخص و بدون ابهام است تا از این رهگذر، باب تفسیرهای سیاسی و سلیقه‌ای از قانون یا شانه خالی کردن از بار مسؤلیت مسدود گردد. به‌ویژه آنکه به‌رغم وجود ظرفیت‌های قانونی برای پاسخ‌خواهی مجلس شورای اسلامی از قوه قضائیه، الزام قانونی به ارائه پاسخ از سوی قوه قضائیه و شفاف‌سازی فرایندهای رایج در این قوه وجود ندارد. لذا به نظر می‌رسد پیش‌بینی سازوکار مشخص در قوه قضائیه و تعیین حدود مسؤلیت مقامات و نهادهای قضایی برای پاسخ‌گویی فراقوه‌ای و همچنین پیش‌بینی ضمانت‌اجرای مشخص برای مسؤلیت‌های پیش‌گفته، از جمله مهم‌ترین راهبردهای این حوزه تلقی می‌گردد.

## منابع

- ایمانی، عباس (۱۳۸۵)، «همگرایی حقوق و سیاست در اصل نود قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مجله کانون وکلا، ش. ۱۹۴.
- آذریچک، صبا (۱۳۸۶)، «گزارشی از سرنوشت تحقیق و تفحص مجلس از قوه قضائیه: تفحص ناتمام»، روزنامه اعتماد، ش. ۱۴۸۶. قابل دسترسی در:  
<https://www.magiran.com/article/1478720>
- ترنر، مارک و هیوم، دیوید (۱۳۸۴)، حکومت داری، مدیریت و توسعه: چگونه دولت کارآمد داشته باشیم، ترجمه عباس منوریان، تهران: مرکز آموزش مدیریت دولتی.
- تقی‌زاده، احمد (۱۳۹۶)، سلسله جلسات بازخوانی مشروع مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی سال ۱۳۵۸، بررسی اصل نودم، پژوهشکده شورای نگهبان.
- جلالی، محمد و اثر، زهرا (۱۳۹۵)، «پاسخ‌گویی دولت: جایگاه، ارکان و پیش‌شرطها»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش. ۱۰.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر؛ کرامت، قاسم و شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۹)، «استقلال قضایی در نظام حقوقی ایران با مطالعه تطبیقی»، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش. ۱۰.
- خیرگزاری تسنیم (۱۳۹۷)، «ضعف جدی مجلس در تحقیق و تفحص»، قابل دسترسی در:  
<https://tn.ai/1725791>
- خیرگزاری خانه ملت (۱۳۸۷)، «گزارش تحقیق و تفحص از قوه قضائیه در صحن علنی مجلس قرائت شد»، قابل دسترسی در:  
<https://www.icana.ir/Fa/News/11362>
- دهنارت، رابرت (۱۳۹۷)، نظریه‌های سازمان دولتی، ترجمه سید مهدی الوانی و حسن دانایی‌فرد، تهران: انتشارات صفار.
- رحمان‌دوست، مجتبی (۱۳۹۳)، «مجلس حق نظارت بر قوه قضائیه را دارد»، گفت‌وگو با خبرگزاری ایسنا، قابل دسترسی در:  
<https://www.isna.ir/news/93072916414>
- رفیعی، محمدتقی (۱۳۸۲)، «پاسخ‌گویی قوه قضائیه در برابر مجلس»، پژوهش‌نامه علوم انسانی و اجتماعی، ش. ۹۰.
- صنیعی‌منفرد، محمدعلی (۱۳۸۰)، «استقلال قوا در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه حکومت اسلامی، ش. ۲۲.
- عامری، فائزه (۱۳۹۴)، بررسی تطبیقی اصلاحات قضایی مبتنی بر حاکمیت قانون، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- علم‌الهدی، حجت‌اله و اصل‌زعیم، امیرحسین (۱۳۹۲)، «بررسی ابعاد حقوقی مسئولیت رئیس‌جمهور در اجرای قانون اساسی به‌موجب اصل یکصد و سیزدهم قانون اساسی»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی دولت اسلامی، ش. ۴.
- فُرتیه، ونسان (۱۳۸۸)، «قابلیت اعمال استانداردهای ایزو ۹۰۰۱ در فعالیت‌های قضایی»، ترجمه حامد رحمانیان، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۳، ش. ۶۷.

- کریمی‌راد، جمال (۱۳۸۳)، «مجلس حق تحقیق و تفحص در امور قضایی را ندارد»، نشست خبری سخنگوی قوه قضائیه، به نقل از خبرگزاری مهر، قابل دسترسی در:  
<https://www.mehrnews.com/news/126689->
- کرامت، قاسم (۱۳۹۳)، استقلال قضایی در نظام حقوقی ایران و اسناد بین‌المللی، تهران، نشر دادیار.
- کشاورز، بهمن (۱۳۸۳)، «آیا مجلس شورای اسلامی حق تحقیق و تفحص در کلیه امور قوه قضائیه را دارد؟»، فصل‌نامه وکالت، ش. ۲۳ و ۲۴.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۹۱)، بررسی عبارت طرز کار قوای سه‌گانه مندرج در اصل نود قانون اساسی، گزارش پژوهشی.
- مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴)، ج ۲، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۷۸)، صحیفه امام، ج ۱۳، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- میرزاده، نادر و سهرابلو، علی (۱۳۹۳)، «نسبت‌سنجی اصل ۱۱۳ قانون اساسی با اصل استقلال قوا»، اندیشه‌های حقوق عمومی، ش. ۱.
- میرسپاسی، ناصر و باقرزاده، محمدرضا (۱۳۸۵)، «آسیب‌شناسی نظام پاسخ‌گویی در سازمان‌های دولتی»، مجله پژوهشگر، ش. ۷.
- نعمتی، مژگان (۱۳۹۸)، کیفیت عدالت در دادگاه‌های کیفری ایران؛ با تأکید بر شاخص‌های پاسخ‌گویی و شفافیت، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس.
- وکیلان، حسن (بی‌تا)، نظام حقوقی مدیریت دستگاه قضایی: مطالعه تطبیقی، گزارش پژوهشی پژوهشگاه قوه قضائیه.
- ویژه، محمدرضا (۱۳۸۴)، «تحلیل حق تحقیق و تفحص مجلس شورای اسلامی از قوه قضائیه»، ماهنامه دادرسی، ش. ۴۹.
- هاشم‌زاده هریسی، هاشم (۱۳۸۷)، «موانع و راهکارهای تعامل میان قوای مجریه و مقننه»، فصل‌نامه اطلاع‌رسانی حقوقی، ش. ۱۴.
- هیوز، آوین (۱۳۹۷)، مدیریت دولتی نوین: نگرشی راهبردی، ترجمه سید مهدی الوانی و دیگران، تهران: انتشارات مروارید.
- یآوری، اسد... و تنگستانی، محمّدقاسم (۱۳۹۵)، «نظام پاسخ‌گویی قوه قضائیه و نسبت آن با استقلال این قوه»، مجله حقوقی دادگستری، ش. ۹۵.
- عربی
- باهی‌یونس، محمّد (۲۰۰۲)، الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في النظامين المصري و الكويت، دار الجامعة للنشر.
- علی حمّود القیسی، أعاد (۲۰۱۶)، «النظام الإجرائی للتحقیق البرلمانی و أثره الدستوری فی النظامین العراقی و الكويتی»، دون محل الطباعة.

- محمدعمران، فارس (٢٠٠٨)، التحقیق البرلمانی فی الدول العربیة و الامریکیة و الأروبیة، المرکز القومي، الإصدار.
- نجیب حسنی، محمود (١٩٩٢)، الدستور و القانون الجنائی، القاهرة: دار النهضة العربیة.
- نصار، جابر (١٩٩٦)، الوسیط فی القانون الدستوری، الطبعة الأولى، القاهرة: دار النهضة العربیة.
- انگلیسی
- Cappelletti, Mauro)1983 (, "Who Watches the Watchmen? A Comparative Study of Judicial Responsibility", the American Journal of Comparative Law, 31 (1).
- Contini, Francesco & Mohr, Richard (2008), "Judicial Evaluation Traditions, Innovation and Proposals for Measuring the Quality of Court Performance", VDM Verlag Dr. Muller, Saarbrucken.
- Contini, Francisco & Mohr, Richard)2007 (, "Reconciling Independence and Accountability in Judicial System", Utrecht Law Review, 3 (2).
- Doogue, Jan-Marie; Doherty, Colin& Jeff Simpson (2013), "Accountability for The Administration and Organization of The Judiciary", Paper presented to the Asia Pacific Courts Conference, Auckland, New Zealand.
- Griffith, Gareth (1998), "Judicial Accountability", Background Paper No 1/98, NSW Parliamentary Library Research Service.
- Griffith, Gareth (1998), Judicial Accountability, the NSW Parliamentary Library.
- Hernes, Tor (2005), "Four Ideal-Type Organizational Responses to New Public Management Reforms and Some Consequences", International Review of Administrative Sciences, 71 (١).
- Langbroek, Philip M. & Dijkstra, Rachel I. & others (2017), "Performance Management of Courts and Judges: Organizational and Professional Learning versus Political Accountabilities", in "Handle with Care: Assessing and Designing Methods for Evaluation and Development of the Quality of Justice", IRSIG-CNR. Bologna .
- Le Sueu, Andrew (2004), "Developing Mechanisms for Judicial Accountability in the UK", Legal Studies; 24 (١).
- Mohr, Richard & Contini, Francesco (2007), "Judicial Evaluation in Context: Principles, Practices and Promise in Nine European Countries", Journal of Legal Studies, 1 (٢).
- Mulgan, Richard (2000); "Accountability: An ever-expanding concept?" Blackwell Publishers Ltd.
- NCSC (2001), "Trial Court Performance Standard and Measurement System", Retrieved 6 June 2006, from: [http://www.ncsonline.org/D\\_Research/tcps/index.html](http://www.ncsonline.org/D_Research/tcps/index.html)

- NCSC (2006), "Courtools", Retrieved 30 May 2006, from: [http://www.ncsconline.org/D\\_Research/CourTools/tcmp\\_courttools.htm](http://www.ncsconline.org/D_Research/CourTools/tcmp_courttools.htm)
- Piana, Daniela (2016), *Judicial Accountabilities in New Europe*, New York, Routledge.
- Pimentel, David (2016), "Balancing Judicial Independence and Accountability in a Transitional State: The Case of Thailand", *Pacific Basin Law Journal*; 33 (۲).
- Sturgess, Garry & Chubb, Philip (1988), "Judging the World: Law and Politics in the World's Leading Courts", Richmond, Butterworths.
- 
- فرانسه
- Duverge, Maurice (1970), *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Presses Universitaires de France, P.U.F. Thémis 7ed.
- Georges, Vallindas (1999), *Droit Public*, Paris, Edition Siri 7ed.
- Gicquel, Jean (1993), *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 120 ed., Montchresion Paris.
- Grouzatier, J. (1975), *Le rôle des Commissions D'enquete du Congres des Etat – Unis*, R.D.P .
- Prelot, Marcel & Boloutus, Jean (1990), *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Paris, Daloz

▪

## شناسایی ماهیت حقوقی رمزارزها با تحلیل ساختاری آن‌ها در نظام حقوقی ایران<sup>۱</sup>

محمود خادم‌ان\*، ابوطالب کوشا\*\*، فاطمه نوری\*\*\*

### چکیده

رمزارزها گونه غیرمتمرکز از ارزهای دیجیتالی می‌باشند که با فناوری جدیدی ارائه شده‌اند. شناسایی ماهیت رمزارزها رابطه تنگاتنگی با بازشناسی ساختار فنی هریک از اقسام آن دارد. لذا ارائه ماهیتی واحد با وجود اقسام متنوع، امکان‌پذیر نبوده و قابل ایراد است. رمزارزها گونه‌ای از اموال غیرمادی و یا در صورت توسعه و تسری مفهوم عین به اموال ناملموس، از اعیان محسوب شده که دارای مالیت عرفی و شرعی نیز می‌باشند. رمزارزها اگرچه از لحاظ تئوریک و مبانی حقوقی و اقتصادی می‌توانند کارکردهای پول را ایفا نمایند و به‌عنوان واسطه مبادله در میان مردم جهان نیز پذیرفته شده‌اند لکن بر اساس قوانین پولی، جهت صدق عنوان پول، نیازمند شناسایی دولت‌ها نیز می‌باشند؛ برخی از انواع رمزارزها همچون رمزارزهای ملی به واسطه خلق توسط کشورها از این شناسایی برخوردار هستند لکن سایر اقسام آن، تا زمانی که در قوانین به رسمیت شناخته نشوند، پول تلقی نشده و صرفاً یک دارایی دیجیتال محسوب می‌شوند. گونه دیگری از انواع رمزارزها یعنی توکن‌های صادره در عرضه

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «امکان‌سنجی حقوقی استفاده از رمزارزها در مبادلات مالی و پولی بین‌المللی مشمول تحریم» با راهنمایی دکتر محمود خادم‌ان و مشاوره دکتر ابوطالب کوشا در دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری است.

\* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران  
mkhademan@yahoo.com

\*\* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران  
Koosha1336@yahoo.com

\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران  
fnouri67@yahoo.com (نویسنده مسئول)

اولیه سکه نیز با مفهوم اوراق بهادار تطبیق داده می‌شوند. درخصوص مسائل حقوقی مرتبط با رمزارزها از جمله ماهیت آن‌ها تاکنون چندین مصوبه و آیین‌نامه از ارگان‌های مختلف صادر شده لکن این متون قانونی غالباً ناقص بوده و خارج از حدود اختیارات تدوین شده است لذا ورود مرجع رسمی قانون‌گذاری کشور به مسائل این حوزه و تدوین قانون جامع و کامل ضرورت دارد.

**واژگان کلیدی:** رمزارز، ارز مجازی، رمزارز ملی، مالیت، اموال غیرمادی، پول، اوراق بهادار

### مقدمه

رمزارزها یا ارزهای مجازی نسل جدیدی از پول‌های دیجیتال، هستند؛ ایده این پول‌ها، در سال ۱۹۹۸ به‌منظور تسهیل انجام امور مالی و ایجاد پولی بدون حضور واسطه‌ها (بانک) توسط «وی‌دای»<sup>۱</sup> مطرح شد. وی پیشنهاد نوع جدیدی از پول الکترونیک را داد که از روش رمزگذاری رایانه‌ای برای کنترل تولید پول و انجام معاملات بدون واسطه و مرجع مرکزی استفاده می‌کرد. در طول سال‌های مختلف این ایده توسط متخصصین حوزه فناوری اطلاعات پیگیری شد؛ تا اینکه در سال ۲۰۰۹، بیت‌کوین<sup>۲</sup> به‌عنوان اولین واحد پول مجازی و نمونه موفق عملیاتی طرح‌های سابق توسط محققین ناشناس با نام مستعار ساتوشی ناکاموتو<sup>۳</sup> معرفی شد. تجربه موفق بیت‌کوین و مزایایی که تکنولوژی آن با خود به ارمغان آورد همچون تسریع نقل و انتقال ارز در سراسر جهان، غیرقابل شناسایی بودن طرفین مبادله، ناتوانی دولت‌ها در مصادره و بلوکه کردن، خاصیت ضد تورمی داشتن، کارمزد پایین نقل و انتقالات و بسیاری از مزایای دیگر (Karl Hardle, 2019: 2)، موجب گردید در مدت‌زمان کوتاهی، به‌طور فزاینده‌ای رشدیافته و انواع و اقسام مختلفی از آن با اهداف متنوع خلق گردد. با گسترش این پدیده، حکومت‌ها درصدد تنظیم قوانین و مقررات این حوزه برآمدند، با توجه به نوظهور بودن این پدیده اولین موضوعی که لازم است بدان پرداخته شده و بررسی گردد شناسایی ماهیت آن است تا متناسب با ماهیت پذیرفته شده، قوانین و مقرراتی شایسته، تنظیم و تصویب گردد. در این زمینه در نظام حقوقی ایران هم پژوهش‌هایی همچون مقدمه‌ای بر تنظیم‌گری رمزینارزها در اقتصاد ایران، بیت‌کوین نخستین پول مجازی، بیت‌کوین و ماهیت مالی و فقهی پول مجازی، بررسی فقهی پول مجازی، بررسی وضعیت فقهی و حقوقی بیت‌کوین، تحلیل ارزهای مجازی در پرتو فقه و... به‌عمل آمده است؛ که با وجود مهم و کاربردی بودن این تحقیقات، دو موضوع در این رابطه قابل توجه است؛ اولاً عناوین بسیاری از این تحقیقات کلی بوده و کلیه مسائل حقوقی

1 Wei Dai

2 Bitcoin

3 Satoshi Nakamoto



منشعب از رمزارزها دربرمی‌گیرد و بخش کوچکی از این پژوهش‌ها تخصصاً به بررسی ماهیت حقوقی رمزارزها پرداخته‌اند. ثانیاً در مبحث ماهیت نیز غالباً تنها به بررسی ماهیت و ابعاد حقوقی بیت‌کوین پرداخته شده و به سایر اقسام رمزارزها عنایتی نشده است. اگرچه بیت‌کوین سردمدار رمزارزها است، لکن بررسی ارکان آن به تنهایی نمی‌تواند مبین ارکان و عناصر انواع دیگر رمزارزها باشد. پژوهش حاضر با در نظر گرفتن دو نکته فوق‌الذکر در نظر دارد ماهیت رمزارزها را با توجه و اعتنای به اشکال متنوع آن از یک سو و مبانی موجود در نظام حقوقی ایران از سوی دیگر مورد تحلیل و بررسی قرار دهد. در این راستا ابتدا به موضوع شناسی پرداخته، مفهوم رمزارزها را تبیین نموده و اقسام آن را برمی‌شماریم. سپس مالیت آن را مورد واکاوی قرار داده و رمز ارزها را به عنوان یک دارایی بررسی می‌کنیم در مبحث بعد از آن، فرضیه پول بودن رمزارزها را تحلیل نموده و در آخر تطبیق ماهیت آن با اوراق بهادار را واکاوی می‌نماییم.

### ۱. تعریف رمزارزها و اقسام آن

کلماتی مانند ارز دیجیتال، ارز مجازی، رمزارز، ارز رمز پایه، ارز رمزنگاری شده، و یا حتی رمزین پول، که در کتاب‌ها، سایت‌ها، مقالات و کلیه منابع مرتبط، به چشم می‌خورد در واقع برگردان انگلیسی یک کلمه است و یک مفهوم را می‌رساند، یعنی کریپتوکارنسی (cryptocurrency) است؛ کریپتوکارنسی از جمع دو لغت crypto به معنای رمزی، سری، پنهانی و currency به معنای پول رایج، ارز، ایجاد شده است و مجموع آن، یعنی پول یا ارزی که بر پایه علوم رمزنگاری شده ایجاد شده و می‌تواند با استفاده از علم ریاضیات، کدهای رمزنگاری شده‌ای را ایجاد کند تا اطلاعات پنهان بماند و کسی نتواند در روند تولید، انتشار و انجام مبادلات خللی وارد آورد. البته تعابیر فوق‌الذکر با یکدیگر تفاوت‌های ظریفی دارد و به کاربرد آن‌ها به جای هم کاربرد غلطی است؛ لکن غالباً در نوشته‌ها، تمام این عناوین و مصادیق در ذیل لغت کریپتوکارنسی به کار برده می‌شود. در تعبیر صحیح، ارزهای دیجیتال<sup>۱</sup> ارزهایی هستند که به صورت الکترونیکی ذخیره و منتقل می‌شوند. هرگونه پولی که بر مبنای صفر و یک باشد در این تعریف می‌گنجد؛ اعم از اینکه مبنای آن پول سنتی و بانکی باشد و یا ارزهای مجازی. لذا ارز دیجیتال مفهومی موسع دارد و کلیه ارزهایی را که غیر فیزیکی هستند دربرمی‌گیرد (Wagner, 2014: 3). ارز مجازی<sup>۲</sup> از این جهت که غیر ملموس است نوعی ارز

<sup>۱</sup> Wikipedia: Digital currency (digital money, electronic money or electronic currency) is a type of currency available in digital form (in contrast to physical, such as banknotes and coins)

<sup>۲</sup> Virtual currency

دیجیتال محسوب می‌شود و وجه تمایز آن این است که پول دیجیتال، نماینده اسکناس‌های بانکی است که فقط سازوکار آن غیر فیزیکی شده است در حالی که ارز مجازی هیچگونه ارتباطی با پول بانکی نداشته و یک ارز جدید با سازوکار منحصر به فرد است. (نواب پور و نوری، ۱۳۹۷: ۴)

مطابق یک دسته بندی، میتوان ارزهای مجازی را به غیر قابل تبدیل و قابل تبدیل، تقسیم نمود؛ ارزهای غیر قابل تبدیل به هیچ عنوان امکان تبدیل به پول‌های بانکی را ندارند مانند پول‌هایی که در بازی‌های رایانه‌ای یا موبایلی کسب می‌شود و اصطلاحاً به آن سکه بازی می‌گویند. این ارزها به صورت متمرکز هستند و یک نهاد مرکزی برای مثال سازنده بازی آن را منتشر کرده و دفتر کل را نزد خود نگاه می‌دارد. ارز مجازی قابل تبدیل، امکان تبدیل به پول‌های حقیقی و بالعکس را دارند و از آن برای خرید کالا و خدمات حقیقی و مجازی می‌توان بهره‌گرفت. این ارز به دو دسته متمرکز و غیر متمرکز تقسیم می‌شود. در متمرکزها، انتشار و کنترل ارز توسط یک نهاد مرکزی صورت می‌گیرد اما در ارز مجازی غیر متمرکز تمام فرایندها از جمله انتشار و تأیید تراکنش‌ها به جای اینکه توسط نهاد مرکزی انجام گیرد از طریق تمامی افراد با سازوکارهای علوم ریاضی رمزنگاری، صورت می‌پذیرد. الگوریتم‌های ریاضی رمزگذاری صحت معاملات را تأیید می‌کنند و هیچ کاربری نمی‌تواند در شبکه تغییر ایجاد نماید. (نواب پور، ۱۳۹۷: ۵ و ۶) این دسته بندی قادر است تمام انواع ارزهای مجازی را که در حال ساخت است تحت پوشش قرار دهد و چنانچه بخواهیم ماهیت آن‌ها را شناسایی کنیم این تقسیم بندی به ما کمک خواهد نمود.

رمزارها در دسته ارزهای مجازی غیر متمرکز گنجانده می‌شوند؛ رمزارها در مصداق‌های مختلفی تجلی یافتند که شاید با نگاه فنی برخی از آن‌ها را نتوان رمز ارز به معنای حقیقی دانست بلکه از جمله ارزهای مجازی متمرکز به شمار می‌روند لکن در مطالعات داخلی و خارجی تفاوتی میان آن‌ها نمی‌گذارند و مسامحتاً همه آن‌ها را ذیل دسته رمزارز مطالعه می‌نمایند لذا ما نیز در این نوشتار به مطالعه کلیه انواع آن خواهیم پرداخت که عبارت اند از کوین‌ها<sup>۱</sup>، توکن‌ها<sup>۲</sup>، رمزارز ملی، رمزارزهای با پشتوانه<sup>۳</sup>. شناخت ساختار فنی هر یک از انواع رمزارزها به جهت تأثیر در تفاوت ماهیت آنها، ضرورت دارد؛ لذا در ذیل، مختصراً این اقسام را توضیح می‌دهیم:

کوین‌ها - که با نامهای رمزارزهای بین‌المللی یا جهان روا نیز خوانده می‌شوند - نمونه اجزای ارزهای غیر متمرکز هستند. این رمزارزها توسط هیچ نهاد مرکزی ای صادر نشده و کنترل نمی‌شوند،

1 Coin

2 token

3 Stable coin

بلکه عملیات صدور توسط اجماعی از دارندگان این ارز به عمل آمده و معاملات و تراکنش‌ها توسط همین افراد تأیید و ثبت می‌شود. ثبت این معاملات در بلوک‌های نرم‌افزاری بدون امکان تغییر و قابل نظارت همگان انجام می‌شود که به این فناوری بلاکچین<sup>۱</sup> گفته می‌شود. (Shadab, Houman, 2014, p: 14.)

توکن هم نوعی ارز دیجیتال است با این تفاوت که بلاکچین جداگانه‌ای ندارد و از بلاکچین ارزهای دیگر استفاده می‌کند. در واقع یک توکن، نماد یک دارایی و یا کاربردی است که یک سازمان به سرمایه‌گذاران خود در مرحله عرضه اولیه سکه (ICO)<sup>۲</sup> می‌دهد. توکن‌ها معمولاً برای یک پروژه طراحی و تولید می‌شوند. طراح پروژه برای تدارک سرمایه لازم، توکنی را منتشر می‌کند و افراد می‌توانند با خرید این توکن در این پروژه سرمایه‌گذاری نمایند (Momtaz, 2018: 1-3). توکن‌ها، در مفهوم موسع به سه نوع توکن کاربردی<sup>۳</sup>، توکن بهادار<sup>۴</sup> و توکن ارزی<sup>۵</sup> تقسیم می‌شود که بر این اساس حتی برخی کوین‌ها هم در مفهوم توکن گنجانده می‌شوند. گاه، به موجب یک ICO، توکن‌های ارزی منتشر می‌شوند که در این حالت توکن همانند یک کوین صرفاً به عنوان ابزار پرداخت و ذخیره ارزش عمل می‌کند و قابل مبادله با سایر ارزهاست؛ برخی اوقات در ICOها انتشار توکن کاربردی اتفاق می‌افتد، ناشر با انتشار این نوع توکن، به دارندگان اجازه استفاده از محصولات یا خدمات تعریف شده‌ای را می‌دهد. این توکن به هیچ عنوان حق مالکیتی در محصولات ایجاد نمی‌کند (Momtaz, 2018: 6-7). توکن کاربردی علاوه بر اینکه ابزار پرداخت و ذخیره ارزش نیز می‌باشد،

#### Block chain<sup>۱</sup>

بلاکچین یک دفتر کل توزیع شده مشترک است که فرایند ثبت تراکنش‌ها و رهگیری دارایی‌ها را در یک شبکه کسب و کار تسهیل می‌کند. دارایی می‌تواند هر چیز باارزشی باشد که در شبکه بلاکچین ردیابی و معامله شود؛ در حقیقت بلاکچین یک دفتر کل مجازی است که کلیه معاملات را در خود ثبت و ضبط می‌کند و برای تمام طرف‌های درگیر در معامله قابل رویت و پیگیری است بدون اینکه امکان تغییر و دستکاری در مطالب ذخیره شده وجود داشته باشد. اگرچه فناوری بلاکچین با ظهور بیت کوین خود را به جهان معرفی نمود لکن این فناوری منحصر در ثبت مبادلات مالی نبوده و قادر به ثبت و نگهداری هر معامله یا عمل بر روی دارایی‌ها می‌باشد.

برای مطالعه بیشتر در حوزه این فناوری نوین مراجعه نمایید به کتاب:

عباسی، جواد، بلاکچین: آشنایی با مفاهیم بنیادی، موسسه کتاب مهران نشر، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۷.

#### Initial coin offering<sup>۲</sup>

#### Utility token<sup>۳</sup>

#### Security token<sup>۴</sup>

#### Crypto token<sup>۵</sup>

به دارنده خود اجازه استفاده از خدماتی که توکن برای ایجاد آن منتشر شده است را می‌دهد (Hacker, Philipp and Thomale, Chris, 2017:12). دسته آخر یعنی توکن‌های بهادار نماینده سهام، اوراق بهادار و یا هر دارایی مالی دیگری می‌باشند (Karl Hardle, 2019: 9)، به عبارت دیگر توکن‌هایی که در یک عرضه اولیه، منتشر می‌شوند ممکن است جنبه سرمایه‌گذاری داشته باشد که در این حالت شرکت عرضه‌کننده توکن، دارندگان را در سود حاصل از فعالیت نوآورانه‌ای که خلق توکن و فروش آن به هدف تحقق این فعالیت انجام شده است شریک می‌نماید (Hacker, Philipp and Thomale, Chris, 2017:13).

رمزارز ملی، به رمزارزی گفته می‌شود که توسط دولت‌ها تولید می‌شود بنابراین خاصیت غیرمتمرکز بودن را از دست داده است و لذا رمزارز به معنای حقیقی کلمه نباید شمرده شود. رمزارزهای صادره توسط دولت‌ها به رمزارزهای بانک مرکزی مشهور بوده و علامت اختصاری CBDC<sup>۱</sup> معرف این مدل از رمزارزهاست.

رمزارزهای پشتوانه یا استیبل‌کوین‌ها به نوعی از ارزهای دیجیتال گفته می‌شود که ارزش آن به یک دارایی یا کالای پایدار مانند دلار وابسته است و لذا از سرمایه‌گذاران در مقابل نوسانات بازار ارزهای دیجیتال محافظت می‌کند؛ ارزهای دیجیتال باثبات را به دو دسته متمرکز و غیرمتمرکز تقسیم می‌کنند (Karl Hardle, 2019: 9-10)؛ پشتوانه استیبل‌کوین متمرکز، یک ارز فیات<sup>۲</sup> یا کالا است. معمولاً این کوین‌ها توسط یک نهاد متمرکز مدیریت می‌شوند، به این صورت که آن نهاد متمرکز یک دارایی یا کالا را به عنوان وثیقه در صندوقی نگه می‌دارد. بنابراین CBDCها را می‌توان یک نوع استیبل‌کوین نیز دانست؛

ارز دیجیتال «USDT» که توسط شرکت تتر اداره می‌شود، یک نمونه از ارزهای دیجیتال باثبات است که توسط دلار پشتیبانی می‌شود. ارز دیجیتال «پترو» نیز نمونه‌ای از ارزهای دیجیتال پشتیبانی شده با کالا است که توسط دولت ونزوئلا و برای مقابله با ابرتورم راه‌اندازی شده است. این ارز توسط نفت ونزوئلا پشتیبانی می‌شود. استیبل‌کوین غیرمتمرکز، ارزی است که توسط هیچ نهاد ثالثی کنترل نمی‌شود. برخلاف تصور رایج، این ارزها بدون پشتوانه نیستند. بلکه توسط یک ارز دیجیتال غیرمتمرکز دیگر، پشتیبانی می‌شوند؛ نمونه آن رمز ارز «سای»<sup>۳</sup> است. (Karl Hardle, 2019: 10)

1 Central bank digital currency (CBDC)

۲. به پول‌های بدون پشتوانه امروزی که توسط بانک‌های مرکزی و با نظارت سیستم‌های بانکی کشورها منتشر می‌شوند پول یا ارز فیات (یا واقعی) گفته می‌شود. (Fiat Money)

3 Sai

## ۲. شناسایی رمزارزها به عنوان قسمی از اموال

در فرایند تبیین ماهیت رمزارزها اولین بحث، تبیین نمودن این موضوع است که آیا اساساً می‌توان گونه‌های مختلف رمزارزها را نوعی مال تلقی نمود؟ و آیا برای آن‌ها می‌توان قائل به مالیت شد؟ در صورتی که پاسخ به این سؤالات مثبت باشد نوبت به مشخص نمودن نوع و گونه رمزارزها با عنایت به طبقه بندی اموال می‌رسد. موضوعات مذکور در این بخش از مقاله بررسی می‌گردد.

### ۲/۱: تعریف مال

مال در لغت به معنای خواسته است، آنچه در ملک کسی باشد و ارزش مبادله داشته باشد. (فرهنگ لغت عمید و دهخدا). تعریف حقوقی مال از تعریف لغوی آن دورنمانده است؛ اگرچه قانون مدنی در بحث از اموال، تعریفی از مال ارائه نداده و به بیان مصادیق آن اکتفا نموده است لکن معنای مال را می‌توان در نگاه اندیشمندان حقوق پیدا نمود. در این رابطه گفته شده مال چیزی است که ارزش معامله داشته و بتواند مورد دادوستد قرارگیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۵۹۵/ صفایی، ۱۳۸۹: ۱۲۳/ امامی، ۱۳۸۶: ۲۶/ شهیدی، ۱۳۸۶: ۵۰)

دکتر کاتوزیان دو عنصر برای مال برمی‌شمرد اول آنکه مفید باشد و نیازی را برآورد اعم از نیاز مادی یا معنوی و دوم قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۹). از فحوای کلام همگی برمی‌آید که اطلاق مال به یک شی، وابسته به پذیرش اجتماعی آن به عنوان یک شی با ارزش اقتصادی است به طوری که عرف برای تملک آن مابه‌ازای اقتصادی را لازم می‌داند. به همین علت است که وجه تمایز اموال از اشیاء، داشتن ارزش مبادله‌ای آن‌هاست (صفایی، ۱۳۸۹: ۱۲۳) این ارزش مبادله‌ای خواه در شی فیزیکی باشد خواه در یک ماهیت غیر مادی تفاوتی از حیث اطلاق عنوان مال نمی‌کند؛ حقوق دانان به اتفاق ماهیت‌های غیر فیزیکی را نیز در تعریف مال جای می‌دهند. (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱۷۳/ صفایی، ۱۳۸۹: ۱۲۳/ امامی، ۱۳۸۶: ۲۶/ شهیدی، ۱۳۹۰: ۲۸۴)

در فقه امامیه، مال عبارت است از: «ما یرغب به العقلاء» و یا «ما ینذل بازائه المال»؛ یعنی مال آن چیزی است که عقلا به آن رغبت دارند و یا آنچه در ازای آن مالی داده می‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۶: ۳۲۷) امام خمینی (ره) نیز در تعریف مال چنین نظر داده‌اند: «چیزی که تقاضا شود و عقلا بدان میل و رغبت کنند و در برابر آن بها پردازند» (خمینی، ۱۳۹۲: ۱۱). در نگاه فقهی نیر مال مفهومی عرفی است و منحصر در اشیاء مادی نمی‌شود همچنان‌که گفته شده: «ثم إنّه لا وجه لتخصیص المال بالأعیان كما يظهر من الطریحی فی مجمع البحرین بل المال فی اللغة و العرف یعمُ المنافع ایضاً و لعلّ غرضه من التخصیص هو بیان الفرد الغالب» (موسوی خوئی، ۱۳۷۸: ۳ و

۴) یعنی وجه معتبری برای اختصاص مال به اعیان وجود ندارد، چنان‌که عرف و لغت آن را اعمّ از عین و منفعت می‌داند. مؤلف (آیت‌الله خویی) گفته صاحب مجمع البحرین را درباره عینی بودن مال، بر بیان فرد غالب بار می‌کند.

نظرات علمای غیر شیعی نیز در این رابطه قابل تأمل است؛ برخی از علمای حنفی معتقدند، مال محدود به چیزهای لمس‌پذیر و فیزیکی است؛ لکن اکثر علمای مالکی، شافعی و حنبلی تعریف مال را به چیزهای لمس‌پذیر محدود نمی‌کنند. به‌عنوان مثال السووتی به نقل از امام شافعی: هر چیزی که ارزش دارد، در خرید و فروش مورد سنجش قرار می‌گیرد، اگر نابود شود جبران می‌شود، مال است. شیخ نقی عثمانی: آداب و رسوم رایج و غالب (عرف) در فضای کسب‌وکار نقش مهمی در تعریف یک چیز به‌عنوان مال دارد. به همین دلیل حق مالکیت معنوی، ثبت اختراع، علائم تجاری و حسن‌نیت با وجود اینکه لمس‌پذیر نیستند مال محسوب می‌شوند زیرا این موارد در عرف کسب‌وکار و تجارت امروز، بسیار ارزشمند هستند (محمد ابوبکر، بی تا: ۱۵)

بنابراین عرف و عقلا و اکثریت علمای شیعه و غیر آن، لفظ و عنوان مال را برای اشاره به ذات شیئی که متصف به وصف مالیت یا ارزش مبادله‌ای شده است به کار می‌برند. فرقی نمی‌کند آن ذات و شی عین خارجی و ملموس باشد یا غیر آن. لذا جهت تطبیق رموزها بر مفهوم مال، لازم است مالیت به‌عنوان عنصر جدایی‌ناپذیر از مفهوم مال، تبیین گردد.

## ۲/۲. مفهوم مالیت

میرزای نائینی با ظرافت شروط چهارگانه‌ای را برای مالیت بر شمرده است: اولاً شیء باید دارای یکی از دو ویژگی «منفعت» یا «خاصیت» باشد: مراد از «منفعت»، قابلیت انتفاع از شیء با بقای آن است؛ مانند سکونت در خانه؛ و مراد از «خاصیت» منافی است که بر شیء مترتب می‌شود و با از بین رفتن عین شیء همراه خواهد بود؛ مانند سیری که بر خوردن نان، به همراه از بین رفتن آن، مترتب می‌شود. ثانیاً عقلا به حسب عادتشان، به خاطر منفعت یا خاصیت این شیء، آن را جمع‌آوری کنند؛ اشیایی که عقلاً آن را جمع‌آوری نمی‌کنند، هر چند منفعت و خاصیت داشته باشند، ولی به‌دلیلی همچون فراوانی، راغب به جمع کردن آن نباشند، مالیت ندارند. سنگ و خاک نمونه این مورد است. ثالثاً عقلا در برابر این شیء مال پرداخت کنند. اگر عقلا برای آن، مال پرداخت نکنند، مالیت ندارد؛ برای نمونه، عقلا برای آب در کنار نهر در عین داشتن منفعت و خاصیت، مال پرداخت نمی‌کنند. این سه شرط تعبیر به مالیت عرفی می‌شود و شرط چهارم مالیت شرعی را بر می‌شمرد رابعاً منفعت یا خاصیت مقوم مالیت شیء، مورد نهی شارع نباشد. برای نمونه، شراب به واسطه نهی شارع مالیت ندارد (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۶۴-۳۶۵).

یکی از حقوق‌دانان معاصر در این زمینه می‌نویسد: «... ارزش اقتصادی کالا وابسته به منافع آن است و آنچه نیازی را رفع نمی‌کند و سودی به بار نمی‌آورد مال نیست، در جهان حقوق منفعتی اعتبار دارد که نه تنها در دید عرف و نزد خردمندان فایده به شمار رود، بلکه قانون و اخلاق نیز آن را مباح بدانند اگرچه ممکن است در دیدگاه اقتصادی هر آنچه رغبتی را برانگیزد و در برابر آن پول پرداخته شود مال تلقی شود هر چند به ملکیت حقوقی در نیاید و معاملات آن ممنوع باشد مانند خرید و فروش مواد مخدر (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱۷۴)؛ لکن پیش‌تر اشاره شد که مال یک ذات است و مالیت وصف عرضی آن، لذا ممکن است مالی این وصف عرضی را ازدست بدهد یا در ارزش آن تغییری رخ دهد مانند مالیت یخ در تابستان. لکن این ذات و وصف آن، چنان درهم تنیده شده‌اند که بدون یکدیگر قابل تصور نیستند و به همین علت است که در تعاریف مال همه جا از ارزش اقتصادی یا همان مالیت مال سخن به میان‌آید لکن باید میان مالیت عرفی و حقوقی یا شرعی قائل به تفکیک بود آنچه برای صدق عنوان مال در یک شیء کافی است مالیت عرفی آن است لذا نمی‌توان گفت اسلحه مال نیست چون در برخی معاملات ممنوع است چنانچه اگر شخصی با مجوز اسلحه‌ای را تصاحب کند نمی‌توان معتقد بود عقدی محقق نشده است لذا مالیت لازم برای آنکه یک شیء مال تلقی شود صرفاً مفهوم عرفی آن است.

### ۲/۳: تطبیق رمزارزها با مفهوم مال و مالیت

اکنون ضرورت دارد مفاهیم پیش‌گفته با رمزارزها تطبیق داده شود تا مشخص گردد آیا می‌توان برای رمزارزها قائل به مالیت شد و آن‌ها را مال قلمداد نمود؟

در خصوص طبیعت غیر ملموس، غیر عینی و غیر فیزیکی رمزارزها همان طور که در مطالب پیشین گفته شد، این موضوع موجب خروج رمزارزها از مفهوم مال نخواهد شد؛

اما در خصوص صدق شرایط مالیت ممکن است تردید وجود داشته باشد که تبیین آن ضرورت دارد. ممکن است گفته شود مفید بودن هر چیزی از این نظر است که نیازی از انسان، خواه مادی یا معنوی، را برآورده کند، حال آنکه رمزارزها، نیازی از انسان را برآورده نمی‌کنند. لکن در پاسخ باید گفت، برطرف شدن نیاز به دو شیوه انجام می‌شود: گاهی آن شیء به علت مرتفع کردن نیاز انسان، ارزش ذاتی دارد، مانند طلا، پوشاک و اتومبیل و گاهی آن شیء مستقیماً نیاز انسان را برطرف نکرده و ارزش ذاتی ندارد، مانند اسکناس که ذات آن، کاغذی بیش نیست و ارزشی ندارد، ولی از آن‌جا که به‌عنوان وسیله‌ای برای رفع نیازهای انسان استفاده می‌شود، ارزش و مالیت اعتباری دارد. (محمودی، ۱۳۹۸: ۵۱۲) اگرچه نمی‌توان برای ارزشهای مجازی ارزش ذاتی قائل شد چراکه مستقیماً نیازی را برطرف نمی‌نماید، لیکن از آن‌جا که این ارزشها همچون اسکناس و پول‌های امروزی می‌توانند به‌عنوان

وسیله‌ای برای رفع نیازهای انسان به کار روند محسوب شده و لذا مفید و ارزشمند تلقی می‌شوند. از سوی دیگر عقلا در برابر آن مال پرداخت می‌کنند این به معنای ارزش اقتصادی آن در میان مردم است امروزه طبق آمارهای موجود هر روز بر تعداد متقاضیان، استفاده‌کنندگان و پذیرندگان پول رمزنگاری شده افزوده می‌شود؛ لذا بر اساس ضوابط مالیت پیدا کردن یک شیء نزد عرف و عقلا، این مال، مالیت دارد؛ بدین معنا که هم بین عرف و عقلا مطلوب است و هم برای تحصیل آن به رقابت با هم می‌پردازند (نواب پور و دیگران، زمستان ۱۳۹۷: ۲۲۸).

برخی معتقدند که برای رمزارزها نمی‌توان مالیتی قائل شد چراکه عقلای جامعه به جهت فقدان پشتوانه از منشأ، غیر متمرکز بودن و ابهاماتی که در مورد آن وجود دارد بدان تمایلی ندارند (محمودی، ۱۳۹۸: ۵۱۲ / میرزاخانی و سعدی، ۱۳۹۷: ۷۹) لکن این تفکر صحیح نیست زیرا رمزارزها، نزد آشنایان با این بازار، به سبب منافی که دارد مرغوب است. از این رو، در مالیت عرفی آن تردیدی نیست. مضافاً اینکه برخی از انواع رمزارزها همان طور که پیش‌تر اشاره گردید با پشتوانه صادر شده و حاکمیت‌ها نیز از آن‌ها حمایت می‌کنند. همچنین از آن‌جا که این قبیل ارزها قابلیت استفاده در جهات حلال، همچون پرداخت بهای کالاهای مباح خریداری شده را دارند و منفعت محلله نیز برای آن متصور است، مالیت شرعی آن نیز قابل پذیرش است. لذا باتوجه به مفاهیم پیش‌گفته رمزارزها در هر نوع، شکل و قالب، گونه‌ای از اموال قلمداد شده و مالیت اعتباری دارد و این مالیت، نه از طرف حکومت بلکه از سوی اجتماع و استفاده‌کنندگان آن، اعتبار شده است.

#### ۲/۴: جانمایی رمزارزها در طبقه بندی اموال

اکنون که رمز ارز را به‌عنوان یک مال پذیرفتیم و برای آن مالیت قائل شدیم، باید به این موضوع بپردازیم که این مال از چه نوع و قسمی است. همان طور که می‌دانیم اموال به دو دسته اموال مادی و اموال غیر مادی یا حقوق مالی تقسیم می‌شوند. اموال مادی که همان اعیان اموال هستند، اموالی را گویند که دارای عینیت خارجی بوده و می‌توان آن‌ها را لمس کرد و از طرق حواس پنجگانه قابل ادراک هستند مانند خانه، اتومبیل و.. اموال غیر مادی اموالی هستند که وجود مادی در خارج ندارند ولی جامعه وجود آن‌ها را اعتبار نموده و برای آن ارزش اقتصادی قائل است (امامی، ۱۳۸۶: ۲۶ / صفایی، ۱۳۸۹: ۱۲۷) اموال غیر مادی (حقوق مالی) به سه دسته حق عینی، حق دینی و حق معنوی (فکری) تقسیم می‌شوند. حق عینی حقی است که شخص به طو مستقیم و بی واسطه نسبت به چیزی پیدا می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۴) حقوق عینی به اشیاء مادی تعلق می‌گیرند (صفایی، ۱۳۸۹: ۱۲۴) مانند حق مالکیت منفعت نسبت به یک ملک؛ حق دینی حقی است که اشخاص بر ذمه دیگران دارند مانند حق طلبکار نسبت به بدهکار (همان)؛ حقوق فکری حقوقی هستند که موضوع آن‌ها شی معین



مادی نیست بلکه فعالیت فکری و معنوی دارنده آنهاست. (همان) موضوع این حقوق ارزش ابتکارها و تراوش‌های ذهنی انسان است. (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۳).

نظر به تعاریف فوق، رمزارزها به جهت ماهیت غیرفیزیکی که دارند در دسته اعیان گنجانده نخواهند شد. لکن درخصوص دسته حقوق مالی لازم است میان انواع مختلف رمزارزها قائل به تفکیک باشیم برخی رمزارزها که صادرکننده و ناشر مشخصی دارند و محتوای صدور آنها تعهد صادرکننده به تبدیل رمزارز معین با ارزی یا ارزهای مشخص است مانند رمزارزهای صادره توسط بانک مرکزی کشورها، را باید نوعی حق دینی دارنده نسبت به صادرکننده در تبدیل به ارز رایج تلقی نمود. لکن درخصوص سایر رمزارزها که صادرکننده‌ای نداشته و یا صدور آنها از منبعی معین به معنای تعهد صادرکننده به تبدیل نیست باید بررسی نمود که در کدام نوع از دسته‌بندی سنتی فوق گنجانده می‌شوند. چنانچه مفهوم عین به معنای مال ملموس باشد و صرفاً این دسته از اموال، متعلق حقوق عینی قرارگیرند، رمز ارزها را نمی‌توان در دسته حقوق عینی قرارداد. ازسوی دیگر در این نوع از رمزارز، ذمه شخصی نیز مبنای مراجعه نیست تا از زمره حقوق دینی قرار گیرند. برخی رمزارزها را جزء حقوق معنوی (فکری) قرار داده و می‌نویسند: «باتوجه به ابداع الگوریتم ریاضی که در شبکه بیت‌کوین برای انتقال وجوه در فرایند نظیر به نظیر<sup>۱</sup> وجود دارد، می‌توان بیت‌کوین را نوعی دارایی فکری نیز دانست که مالیت و ارزش اقتصادی آن مورد قبول فقهاء نیز میباشد.» (میرزاخانی، ۱۳۹۶: ۳۸) لکن این برداشت ناشی از خلط فکر و ایده اثر با خود اثر و محصول است؛ میان اثر و حامل اثر یعنی همان محصول، تفاوت وجود دارد. به‌عنوان مثال وقتی راجع به اعتبار مالیت و ارزش اقتصادی ایده و فکر ساخت مثلاً یک موبایل با قابلیت‌های مخصوص به‌خود صحبت می‌کنیم، حق صاحب اثر بر مجموعه فکر و ایده خود که در قالب این موبایل درآمد حق ملکیت معنوی است لکن وقتی راجع به مالیت خود آن موبایل به‌عنوان یک محصول سخن می‌رانیم، با این محصول کار داریم نه ایده ساخت آن. درحقیقت می‌خواهیم مشخص کنیم این محصول، مستقل از ایده ایجاد آن، چه نوع مالی است و حق دارنده آن (نه مبدع یا مخترع آن) از چه نوعی است. در مثال فوق محصول یک «موبایل» است که چون ملموس است از جمله اعیان محسوب شده و حق دارنده آن بر این مال حق عینی محسوب می‌شود. درخصوص رمزارزها نیز این مسئله صادق است. دارنده فکر و ایده ایجاد یک پول و ارز با مکانیزم خاص، قطعاً بر این ایده و فکر حق معنوی دارد لکن اثر تولیدشده، که در بازار درحال خریدوفروش است چه نوع مالی است؟ بررسی مالیت در مقاله حاضر درخصوص مفهوم دوم

(ماهیت حقوقی محصول تولیدشده) است زیرا در مورد مفهوم اول شبهه‌ای وجود ندارد. محصول تولیدشده نمی‌تواند از جمله اموال فکری باشد زیرا دارنده رمزارز بدون هیچ ایده و فکری مبادرت به دریافت و یا فروش آن می‌نماید و به رمزارز همچون سایر اموال می‌نگرد.

بنابر توضیحات فوق، رمزارزها را از کلیه مصادیق تقسیم بندی سنتی اموال خارج کردیم. درحالی‌که اگر رمزارز، گونه‌ای از اموال است بالتبع می‌بایست در یکی از گروه‌های اموال گنجانده شود. برای پاسخ لازم است از تقسیم‌بندی قدیمی، خارج شده و بنابر اقتضانات دنیای امروز دسته‌بندی را تغییر داده یا مفاهیم را گسترش دهیم. نتیجتاً دو نظریه قابل ارائه است. اول آنکه اموال را به دو دسته مادی و غیر مادی تقسیم نموده و سپس در دسته اموال غیر مادی میان دو دسته اموال فکری و غیر فکری تفکیک گذاریم. بر طبق این دسته‌بندی رمزارزها از دسته اموال غیر مادی غیر فکری به‌شمار می‌روند یعنی اموالی که اگر چه ماهیتی غیر مادی دارند لکن زاییده فکر و اندیشه نیستند. نمونه این نوع دسته‌بندی در موضوع تبیین «حق شریکان در شرکت‌های تجاری» در برخی نوشته‌های حقوقی آمده است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۱ و ۲۲ / محمدی، ۱۳۹۱: ۱۰۰) دوم آنکه قائل به تصویری موسع از مفهوم عین گردیم و آن را از مفهوم اشیاء ملموس به هر ماهیتی که فی‌نفسه ارزش دارد (عین در مقابل منفعت) توسعه دهیم در این صورت عین عبارت است از هر مالی که به‌خودی‌خود ارزش دارد بدون آنکه به مال دیگر (همچون حقوق عینی مانند حق انتفاع) یا ذمه شخصی دیگر (همچون حقوق دینی مانند طلب) یا فکر و ایده یک فرد (همچون حقوق فکری مانند حق اختراع) وابستگی داشته باشد اعم از آنکه این ذات و ماهیت مادی باشد یا غیر مادی و لذا حقوق وابسته به این ذات هم در زمره حقوق عینی قرار خواهد گرفت. توسعه مفهوم عین به اموال غیر مادی در برخی نوشته‌های حقوقی نیز دیده می‌شود: «... عین مفهومی عام است که ممکن است موضوع آن مانند اتومبیل مادی باشد؛ یا مانند برق و اموال فکری غیر مادی باشد. به نظر می‌رسد پیش‌بینی عقد اجاره اشیاء و اموال در قانون مدنی خود مهر تأییدی بر پذیرش مالکیت به‌عنوان کامل‌ترین نوع حق عینی بر منفعت (به‌عنوان مال غیر مادی) است. همین‌طور استفاده از نهاد «اعراض» در مواد مختلف آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۷ نیز دلیل دیگری بر عین بودن اموال فکری (به‌عنوان یکی از اموال با ماهیت غیر مادی)» (محمودی، ۱۳۹۸: ۵۱۴) از سوی دیگر بنابر ماده ۲۹ قانون مدنی ارتباط افراد با اموال از سه حالت خارج نیست مالکیت (اعم از عین یا منفعت)، انتفاع و ارتفاق؛ ارتباط و علاقه افراد با رمزارزها به‌عنوان یکی از مصادیق اموال هم باید در همین چهارچوب تفسیر شود تنها احتساب رمزارزها به‌عنوان عین است که ارتباط با آن را توجیه نموده و در تقسیم قانونی گنجانده می‌شود. بنابر این نظر رمز ارزها جزء اعیان بوده و کلیه امتیازات و حقوق

ناشی از اعیان به آن‌ها نیز تسری پیدا می‌کند. بنابراین خرید و فروش آن‌ها تحت عنوان بیع مطالعه خواهد شد، قابلیت توقیف خواهند داشت، اتلاف آن‌ها ضمان دارد و سایر قواعد حقوقی مختص به اعیان.

### ۳. شناسایی رمزارزها به عنوان پول

در میان گروهی از مردم شناسان رسم است که پول را در کنار آتش و چرخ از جمله اکتشافات و اختراعاتی به شمار آورند که سیر تبدیل انسان غارنشین به انسان متمدن را تکمیل کرده است؛ اما حقیقت این است که پیدایش پول به عنوان معیار سنجش و وسیله دادوستد به موازات گسترش مبادلات میان جوامع ابتدایی صورت گرفته و احتیاجات متعدد و متنوع انسان‌ها و عدم توانایی در تأمین آن‌ها موجبات پیدایش این پدیده مهم در تاریخ بشر را فراهم نموده است. در زمان‌های بسیار دور و جوامع ابتدایی بشریت، معاملات و مبادلات با استفاده از روش پایاپای انجام می‌گرفتند بدین معنا که کالاهای موجود در جامعه با یکدیگر مبادله می‌شدند، لکن این معاملات به جهت مشکلات بی‌شماری همچون غیرقابل تقسیم بودن برخی کالاها، ضرورت تناسب و هم‌زمانی نیازهای طرفین مبادله، لزوم اطلاع از نسبت‌های بسیار زیاد مبادله، هزینه حمل و نقل کالاها، فسادپذیری برخی کالاها و مشکلاتی از این قبیل، موجب گردید که بشر به فکر ایجاد وسیله‌ای برای تسهیل در دادوستد افتاده و این تفکر مبنای پیدایش پول گردید. (حسن‌زاده و دیگران، ۱۳۹۶: ۷-۲)

در سیر تطور پیدایش پول ابتدا پول کالایی<sup>۱</sup> به وجود آمد و بعد از آن پول فلزی<sup>۲</sup>، اسکناس<sup>۳</sup> ایجاد شد. سپس پول‌های الکترونیکی پا به عرصه گذاشته و رفته رفته ارزشهای مجازی و رمزارزها نمایان شدند به طوری که گفته شده، آینده پول‌های جهان به شمار می‌روند.

۱ پول کالایی به عنوان اولین گونه از پول به زمانی باز می‌گردد که یک کالا به عنوان واسطه مبادله معرفی می‌شد. این کالا هر مال با ارزش ذاتی می‌توانست باشد و نقش واسطه‌گری آن از رغبت و پذیرش اجتماعی نشأت می‌گرفت.  
۲ معایب پول کالایی همچون فسادپذیری و عدم قابلیت بخش‌پذیری موجب گردید فلزات گران‌بهای چون طلا و نقره به عنوان پول معرفی شوند.

۳ در دوران رواج پول‌های فلزی، افراد مورد اعتماد که بعدها در قالب صرافی‌ها و بانک‌ها به وجود آمدند فلزات اشخاص را به امانت گرفته و به آنها رسید تحویل می‌دادند. هر برگ رسید نمایانگر مقدار فلز گران‌بهای بود که نزد صراف یا فرد امین باقی مانده بود این رسید دست‌به‌دست می‌چرخید و معاملات توسط آن انجام می‌شد. این رسید پول کاغذی نام گرفت و بعدها به نام اسکناس شهرت یافت. رفته رفته اسکناس‌ها پشتوانه طلا و نقره خود را از دست داده و صرفاً به پشتوانه اقتصاد دولت‌ها، توسط حاکمیت‌ها، صادر گردید.

بحث بر سر ماهیت پول از زمانی آغاز شد که پول‌ها از اموالی با ارزش ذاتی خارج شده و تبدیل به سکه‌ها و یا اسکناس‌هایی بدون ارزش ذاتی شدند. از آن پس، ماهیت پول با معیارهایی غیر از ارزش ذاتی یک مال تبیین گردید؛ یعنی با سه مبنای حقوقی، قانونی و اقتصادی. لذا ما نیز در این بخش برآنیم رمزارزها و تطبیق آن‌ها با مفهوم پول را از این سه منظر بررسی می‌نماییم.

### ۱/۳: بررسی ماهیت پولی رمزارزها از منظر حقوقی

در صدق عنوان پول بر رمزارزها با عنایت به مبانی حقوقی موجود، میان اندیشمندان این حوزه اختلاف نظر است برخی ماهیت رمزارزها را به عنوان پول تأیید کرده‌اند (سیدحسینی و دعائی، ۱۳۹۳: ۸۸/ امینی و میری، ۱۳۹۳: ۱۶۸/ روشن و دیگران، ۱۳۹۸: ۷۳) اما برخی دیگر رمزارزها را پول به معنای واقعی نمی‌دانند و عنوان ارز در این موضوع را مبنی بر مسامحه گذاشته‌اند (میرزاخانی، ۱۳۹۶: ۲۶)

از منظر حقوقی دو ایراد و اشکال بر ماهیت پولی رمزارزها وارد شده است که هر دو اشکال قابل پاسخ‌گویی است. این اشکالات عبارت‌اند از:

۱. عدم وجود مالیت: برخی، رمزارزها را به عنوان مال به رسمیت نشناخته و برای آن مالیتی قائل نمی‌شوند و از این جهت پول بودن آن را به طریق اولی منتفی دانسته‌اند (محمودی، ۱۳۹۸: ۵۱۳) این بحث مفصلاً در مباحث گذشته تبیین گردیده و ابهامات آن برطرف شد و نتیجتاً استنباط گردید که رمزارزها مال بوده و حائز مالیت عرفی و شرعی نیز می‌باشند. مضافاً آنکه مطابق بر برخی نظریات لزومی ندارد آنچه به عنوان پول در جریان است مال شمرده شود (امینی و میری، ۱۳۹۳: ۱۵۷)
۲. صرفاً یک حق دینی است: مطابق برخی نظرات پول الکترونیکی به معنای عام خود (که شامل رمزارزها نیز می‌گردد) شکل جدید از پول نیست بلکه یک سند بدهی است (السان، ۱۳۸۶: ۱۱۷) ناشر پول الکترونیکی اقدام به خلق و ایجاد پول نمی‌کند بلکه نشانه‌های دیجیتالی با وصف پول الکترونیکی را که نماینده میزان مشخصی از پول رایج فیزیکی است در اختیار متقاضی قرار می‌دهد. ناشران تعهد دارند که پول‌های الکترونیکی مبادله شده را مجدداً دریافت نموده و معادل آن، وجه رایج به دارندگان پول الکترونیکی پرداخت کنند. (سلطانی و اسدی، ۱۳۹۴: ۹۱) اولاً در تمامی انواع رمزارزها وجود تعهد دینی مصداق ندارد. دسته‌ای رمزارزها همچون بیت‌کوین اساساً توسط ناشر یا صادرکننده‌ای منتشر نمی‌شود که تعهدی وجود داشته باشد این نوع از پول‌ها به خودی خود ارزش معاملاتی دارند. در بخش دیگری از رمزارزها مانند رمزارزهای ملی یا بایستوانه نیز باید در مکانیزم تولید و انتشار هرکدام به تفکیک ورود کرده و این مسئله را تبیین نمود؛ در مورد رمزارزهای ملی شاید بتوان آن را یک نوع تعهد دانست لکن در مورد رمزارزهای بایستوانه به جهت تنوع مالی که به عنوان

پشتوانه قرار می‌گیرد و امکان وجود پشتوانه مجازی برای آن، به قاطعیت نمی‌توان منشأ تمامی آن‌ها را یک تعهد دانست. ثانیاً پول بودن پول به قابل تبدیل بودن و نبودن آن نیست بلکه به قابلیت مبادلاتی و پذیرش آن به‌عنوان ثمن معامله است همچنان‌که اسکناس‌های اولیه با پشتوانه طلا و نقره اگرچه صرفاً یک تعهد دینی بودند و به‌خودی‌خود ارزش ذاتی نداشتند لکن تردیدی در تلقی آن به‌عنوان پول وجود ندارد. درخصوص این اسکناس‌ها، بانک ناشر آن، به پشتوانه و بر مبنای طلا و نقره‌ای که ذخیره می‌نمود اوراق اسکناس صادر می‌کرد و تعهد داشت در صورت درخواست دارنده، معادل آن را با طلا و نقره مبادله نماید. در این سیستم، اسکناس بیانگر یک حق مالی شخصی یا حق دینی با قابلیت انتقال بود. در نتیجه این اوراق اسکناس فی‌نفسه مال نبودند بلکه حاکی از مقداری مال بودند؛ آنچه مالیت داشت و مال محسوب می‌شد همان طلب دارنده ورقه اسکناس از بانک ناشر بود (عبدی پور، ۱۳۸۹: ۶۰). این موضوع موجب عدم صدق عنوان پول به این اسکناس‌ها نمی‌شد. فلذا حتی درخصوص مصادیقی از رمازرها که نوعی تعهد به شمار می‌روند، این موضوع آسیبی به ماهیت پولی آن‌ها نخواهد زد.

بنابراین می‌توان گفت از منظر حقوقی اشکالی بر ماهیت پولی رمازرها وارد نیست و در مقام نظری و تئوریک می‌توان آن‌ها را نوعی از پول‌های مدرن تلقی نمود اما این سؤال باقی است که آیا در مقام عمل و اجرا هم مانع قانونی برای این ماهیت وجود ندارد؟

### ۲/۳: بررسی ماهیت پولی رمازرها از منظر اقتصادی

شی‌ای که از لحاظ حقوقی بتواند در مقام پول ظاهر شود نیازمند جریان کارکردهای اقتصادی در میان مردم است مادامی که پذیرش اجتماعی در مورد پول بودن چیزی وجود نداشته باشد ولو اینکه از حیث مبانی بتواند نقش پول را ایفا کند نمی‌توان آن را پول به معنای واقعی کلمه دانست. صرف‌نظر از مبنای حقوقی، وقتی می‌توان شی‌ای را پول تلقی کرد که به این عنوان در جوامع پذیرفته شده باشد و زمانی یک شی پول خواهد بود که کارکردهای اقتصادی پول را داشته باشد؛ به درستی در این زمینه گفته‌اند: «پول به علت پول بودن مورد تقاضاست نه برای کالا بودن؛ ما نمی‌خواهیم پول را به‌طور مستقیم مصرف کنیم ما آن را مصرف می‌کنیم تا از دست آن خلاص شویم، لذا برای مردم برطرف شدن نیازهای پولی‌شان مهم است و هرچیزی که بتواند به شکل بهتری این وظیفه را به انجام برساند بیشتر مورد اقبال مردم واقع می‌شود.» (ساموئلسون، ترجمه پیرنیا، ۱۳۴۸: ۱۱۸ و ۱۱۹) واحدهای پولی نیازمند یک وسیله‌ای هستند که به‌منظور ذخیره‌سازی و مبادله در آن گنجانده شود. این وسیله گاه به‌صورت سکه‌های فلزی و گاه به‌صورت ورق اسکناس نمایان می‌شود

گاهی هم تراشه‌های دیجیتالی مبین آن است که در تحلیل حقوقی سند پولی یا ابزار پولی نامیده می‌شود. (سیفرز، ۱۹۹۷: ۷۰۸)

در علم اقتصاد برای پول سه کارکرد ویژه ترسیم می‌شود: وسیله مبادله<sup>۱</sup>، واحد محاسبه یا سنجش ارزش<sup>۲</sup> و وسیله حفظ و ذخیره ارزش<sup>۳</sup> (حسن زاده و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۵-۱۹).

سه کارکرد فوق الذکر را در خصوص اقسام رمزارزها بررسی می‌نماییم:

۱. وسیله مبادله: اگرچه موضع کشورها در خصوص رمزارزها و پذیرش آن‌ها به‌عنوان وسیله مبادله و پرداخت، متفاوت بوده است؛ لکن در نگاه بین‌المللی در خصوص رمزارزهای بین‌المللی اعم از کوین‌ها و توکن‌ها همچون بیت کوین، اتریوم، ریپل و... پذیرش اجتماعی در واسطه‌گری آن‌ها در مبادلات پذیرفته شده و هم اکنون رمزارزها در صدها پلتفرم معاملاتی در دسترس هستند و بسیاری از شرکت‌های بزرگ این ارزها را در سیستم‌های پرداخت خود وارد نموده‌اند به‌عنوان مثال بیت کوین، تاکنون توسط مایکروسافت، آمازون، اپل، ویکی‌پدیا، دل و سایر برندهای بزرگ در بخش‌های متعدد بازار جهانی پذیرفته شده است.

در فضای حاکم در داخل کشور مسئله متفاوت است، اگرچه رغبت به مبادله رمزارزها فزونی یافته اما این تمایل، صرفاً از جهت سرمایه‌گذاری می‌باشد، نه به‌عنوان وسیله‌ای برای خرید کالا و خدمات. مراکز تجاری و غیرتجاری داخلی نیز تاکنون اقدام به اخذ رمزارز به‌عنوان مابه‌ازای کالا یا خدمات ننموده‌اند مضافاً اینکه خواهیم دید قانوناً ممنوعیت به کارگیری رمزارزها در مبادلات نیز اعلام شده است.

۲. سنجش ارزش: گفته شده که رمزارزها واحد سنجش ارزش نیستند چراکه معمولاً ارزش آن با دلار سنجیده می‌شود. اما باید گفت رمزارزها اعتبار خود را از دلار اخذ نمی‌کنند، بلکه دلار مبنای سنجش ارزش آن است؛ به‌عنوان مثال بیت‌کوین چه دلار وجود داشته باشد و چه وجود نداشته باشد تازمانی که بین معامله‌گران خود اعتبار داشته‌باشد، پول تلقی شده و واسطه‌گری مالی خواهدداشت.

۱ مهم‌ترین کارکرد پول واسطه مبادلات بودن است. یعنی در دادوستد کالاها و خدمات، پول به‌عنوان واسطه عمل نموده و مابه‌ازای دریافت کالا یا خدمات خواهد بود.

۲ پول وسیله اندازه‌گیری ارزش هاست همانطوری که فرسخ یا کیلومتر وسیله اندازه‌گیری فاصله است لذا با پول می‌توان ارزش کالاهای مختلف را بایکدیگر مقایسه نمود و ارزش‌گذاری کرد.

۳ پول علی‌القاعده وسیله حفظ ارزش‌های مادی است. می‌توان ارزش مادی پول را نگهداری نمود تا در آینده برای دریافت کالا یا خدمات از آن بهره برد.

۳. ذخیره ارزش: وجود نوسان قیمت در رمزارزها به عنوان چالشی ترین کارکرد رمزارز در جایگاه پول معرفی شده است. نوسان قیمت موجب می شود تا رمزارزها کارکرد ذخیره ارزش را نداشته باشند. علت عمده نوسان قیمت، به وابستگی رمزارزها به عرضه و تقاضای صرف، عدم وجود پشتوانه و عدم دخالت دولت‌ها باز می‌گردد. ایراد نوسان قیمت اگرچه درخصوص برخی اقسام رمزارزها صادق است لکن در مورد رمزارزهای ملی و با پشتوانه وجود ندارد لذا به طور کلی نمی‌توان رمزارزها را به جهت این ایراد از شمول مفهوم اقتصادی پول خارج نمود.

### ۳/۳: بررسی ماهیت پولی رمزارزها از منظر قانونی

برخی از حقوق دانان اذعان داشته اند که پول زاییده حاکمیت‌هاست، موجودی اعتباری است که حاکمیت این اعتبار را به آن اعطا می‌نماید لذا رمزارزها را نمی‌توان پول تلقی نمود چراکه حاکمیت دخالتی در پیدایش آن ندارد. لکن این برداشت در مبنا صحیح نیست چراکه در تلقی عنوان پول بودن کافی است مانعیت مبنایی برای تلقی پول بر یک شی و وجود نداشته و اجتماع نیز آن را به عنوان وسیله مبادله پذیرفته باشد همچنان‌که تمامی اقسام پول در ادوار مختلف این‌گونه بوده است و نقش حاکمیت‌ها تنها شناسایی این موجود خلق شده توسط جوامع بوده است. معیار اصلی پول در شریعت نیز پذیرش آن توسط مردم است چه از طریق تحمیل آن به مردم به وسیله قوانین و چه از طریق پذیرش گسترده داوطلبانه مردم (کاشیان و دیگران، ۱۳۹۸: ۹۱)

بنابراین اگرچه رمزارزها مطابق با مبانی حقوقی ارائه شده منطبق با مفهوم پول هستند لکن در مرحله اجرا و برای آنکه بتوانند کارکردهای پول را قانوناً ایفا نمایند مستلزم شناسایی حاکمیت‌ها هستند. باید دید آیا این شناسایی درخصوص رمزارزها اتفاق افتاده است؟

بر اساس نظام‌های پولی و ارزی کشورها واحدهای پولی قابل مبادله توسط نهادهای مرکزی همچون بانک مرکزی و به دستور و مطابق با سیاست‌های پولی آن کشور تولید و منتشر می‌شوند. در قوانین کشورمان ایران نیز این موضوع صادق است. در بند «ب» ماده ۲ قانون پولی و بانکی آمده است: «فقط اسکناس و پول‌های فلزی که در تاریخ تصویب این قانون در جریان بوده و یا طبق این قانون انتشار یابند جریان قانونی و قوه ابراء دارند.» همچنین ماده ۳ همین قانون نیز بیان می‌دارد: «امتیاز انتشار پول رایج کشور در انحصار دولت است و این امتیاز با رعایت مقررات این قانون منحصرأ به بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران واگذار می‌شود.»

بنابراین مطابق با قوانین عام، برای اینکه مالی، خاصیت پولی داشته باشد می‌بایست توسط شورای عالی پول و اعتبار و بانک مرکزی به عنوان پول شناسایی گردد. آیا بر اساس قانون خاصی این

شناسایی درخصوص رمزارزها صورت گرفته است؟ برای پاسخ به این سؤال مصوباتی که تاکنون در این زمینه تصویب و منتشر شده است را رصد می‌نماییم:

در دی ماه سال ۱۳۹۶ بانک مرکزی طی دستورالعملی ممنوعیت مبادله رمزارزها را اعلام نمود البته این دستور درون سازمانی بوده و صرفاً برای واحدهای تابعه بانک مرکزی لازم‌الاتباع بود. این دستورالعمل در سال ۹۸ تکمیل شد؛ این تکمله، نقش انحصاری بانک مرکزی در تولید، انتشار و مدیریت پول کشور را یادآوری نموده و به موجب آن، بانک مرکزی از آثار حقوقی ناشی از انجام معاملات با رمزارزها توسط مردم، برائت جست.

در بهمن ماه سال ۱۳۹۷ پیش‌نویس قانونی تحت عنوان «الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها» توسط معاونت فناوری‌های نوین بانک مرکزی تهیه گردید به موجب این پیش‌نویس کلیه اقسام رمزارزها (کوین‌ها، توکن‌ها، رمزارز ملی و بایشتوانه) به تفکیک بررسی و تبیین شده و مقررات‌گذاری شده بود لکن هرگز به مرحله تصویب نهایی نرسید.

بنابراین باوجود فعالیت‌های حقوقی انجام شده تا سال ۹۸، هنوز تعیین تکلیف جدی حقوقی برای مبادلات رمزارزها انجام نشده بود اما مشخص بود که رویکرد حاکمیت به عدم پذیرش رمزارزها به‌عنوان پول داخلی بوده است.

تا اینکه هیئت وزیران در جلسه سیزدهم مرداد ماه سال ۱۳۹۸ آیین‌نامه‌ای را تحت عنوان آیین‌نامه «فرایند استخراج فرآورده‌های پردازشی رمزنگاری شده رمزارزها و استفاده از رمزارز» به تصویب رساند که به موجب آن، رسماً استفاده پولی از رمزارزها ممنوع اعلام گردید.

بنابراین باوجود تلاش‌های صورت گرفته در پیش‌نویس بهمن ۹۷ که میان اقسام مختلف رمزارزها تفکیک به عمل آمده و وضعیت و ماهیت حقوقی هرکدام متفاوت بیان شده بود، مصوبه سال ۹۸ بدون درنظر گرفتن انواع رمزارزها، قاعده کلی ممنوعیت را اعلام نمود.

لذا در وضعیت فعلی قانون‌گذاری در فضای داخلی نمی‌توان برای رمزارزها ماهیت پولی قائل شد اگرچه در مقام تئوریک و نظری، مانعیتی برای این موضوع وجود ندارد لکن مادامی که حاکمیت این ابزار پولی را شناسایی نکند نمی‌توان به آن رسمیت قانونی اعطا نمود؛ البته پر واضح است درخصوص رمزارزهای ملی چون از طرف حاکمیت منتشر می‌شود و پذیرش قانونی آن درکنار پذیرش اجتماعی، اقتصادی و حقوقی وجود دارد به خوبی می‌تواند نقش پول را ایفا نماید.

### ۴/۳: جمع بندی ماهیت پولی رمزارزها در اقسام متنوع آن

۱ در این پیش‌نویس کوین‌ها تحت عنوان رمزارز جهان روا نام‌گذاری شدند.



باعنایت بررسی مبانی حقوقی، اقتصادی و قانونی نتیجه می‌گیریم اولاً، از لحاظ تئوری مانعی برای پول تلقی شدن رمزارزها وجود ندارد؛ چراکه نه مالیت این اموال مورد خدشه است، نه ملموس و عینی بودن پول ضرورتی دارد و نه سایر ایرادات بر آن مترتب است. ثانیاً: اگرچه خلق پول وابسته به حاکمیت‌ها نبوده و با پذیرش جمعی مردم ایجاد می‌شود لکن رواج یک مال تحت عنوان پول بر اساس قوانین پولی کشور، وابسته به شناسایی قانونی است.

بنابراین برای پاسخ جامع و مانع به سؤال پول بودن یا نبودن رمزارزها، لازم است میان اقسام مختلف آن تفکیک نماییم: الف: رمزارزهای ملی و بایستوانه: این نوع رمزارزها به جهت وجود ثبات نسبی و حمایت حاکمیت‌ها می‌توانند پول به معنای حقیقی کلمه به‌شمار آیند.

ب: کوین‌های (رمزارزهای بین‌المللی و جهان روا) بایستوانه و بدون پشتوانه: اگرچه از لحاظ تئوریک پول تلقی می‌شوند لکن باید پذیرش اجتماعی آن‌ها در حد وسیع با جریان کارکردهای اقتصادی اتفاق افتد تا بتوان آن را پول دانست؛ کوین‌ها به‌عنوان واسطه معامله، تاکنون خوب عمل کرده‌اند و غالب جوامع امروزه از آن‌ها به‌عنوان واسطه معاملات خود در حد وسیع استفاده می‌نمایند و حتی در برخی کشورها دستگاه‌های خودپرداز برای برخی از این ارزها ایجاد شده است، اما در مورد کارکرد سنجش ارزش هنوز در سطح پایینی از انتظار است برای اینکه رمزارزها بتوانند به این کارکرد پول در سطح قابل‌قبولی دست یابند، لازم است که مردم جوامع به آن‌ها فکر کنند. مثلاً از خود بپرسند که این کالا بر اساس واحد بیت‌کوین چقدر می‌شود؟ همچنین لازم است ارزش آن‌ها به ثبات نسبی برسد تا بتوانند به‌عنوان ابزار ذخیره ارزش به‌کارگرفته شوند؛ (میرزاخانی، ۱۳۹۶: ۲۴ و ۲۵) که البته درخصوص رمزارزهای بایستوانه این ثبات نسبی برقرارگردیده است؛ جریان و عدم جریان کارکردهای پول بر کوین‌ها، در جوامع مختلف متفاوت است در برخی جوامع این کارکردها اتفاق افتاده است و بسیاری از شرکت‌های معتبر در سیستم‌های پرداخت خود رمزارزها را به‌عنوان یک نوع پول به رسمیت شناخته و ایفای تعهد توسط آن‌ها را قبول می‌کنند و در برخی جوامع همچون ایران هنوز این کارکردها به‌طور وسیع به‌وقوع نپیوسته و غالب افراد در این حوزه صرفاً به دید سرمایه‌گذاری و کسب درآمد می‌نگرند تا وسیله پرداخت و دادوستد؛ به جهت همین تفاوت رفتار است که برخی نظام‌های حقوقی رمزارزها را تحت عنوان دارایی شناسایی کرده و برخی تحت عنوان پول به آن رسمیت داده‌اند.<sup>۱</sup> موضع متفاوت در جوامع مختلف باعث می‌شود جریان این کارکردها و

۱. بعضی کشورها مانند آرژانتین ارزهای مجازی را پول می‌دانند. بعضی کشورها مانند آمریکا، استرالیا، کانادا هم این ارزها را کالا محسوب می‌کنند. (Regulation of Cryptocurrency Around the World, 2018)

متعاقباً پول دانستن این نوع رمزارزها در سطح جهانی، در حال حاضر با تردید روبه‌رو باشد لکن با استفاده بیشتر افراد در سطح جوامع مختلف این پذیرش اجتماعی در آینده‌ای نچندان دور قابل تحقق خواهد بود. در سطح حقوق داخلی نیز مادامی که رمزارزها به‌عنوان پول رایج قانونی در قوانین پولی به رسمیت شناخته نشوند ولو با جریان کارکردهای پول، پول قانونی تلقی نخواهند شد.

ج: توکن‌ها: توکن‌های کاربردی و بهادار را نمی‌توان پول دانست چراکه کارکرد پول را ندارند این توکن‌ها نماینده دارایی هستند با خرید توکن اشخاص فرصتی جهت سرمایه‌گذاری می‌یابند. در بخش بعد به ماهیت آن خواهیم پرداخت.

#### ۴. شناسایی رمزارزها به‌عنوان اوراق بهادار

اوراق بهادار اسناد مثلی‌ای هستند که به وسیله شرکت‌ها، دولت‌ها، سازمان‌های خصوصی، عمومی و بین‌المللی به منظور تأمین مالی برای اجرایی شدن پروژه‌ها و یا تجارت منتشر می‌شوند. اوراق بهادار به کاهش هزینه تأمین مالی ناشران کمک می‌کند (Micheler, Eva: 2009, p:31) مطابق تعریف قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴، «اوراق بهادار هر نوع ورقه یا مستندی است که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک آن باشد.» منظور قانون‌گذار از مستند، اوراقی است که در مقابل ورقه کاغذی قرار گرفته و جنبه غیرکاغذی و الکترونیکی دارد. (تدینی، عباس؛ ایوبی، محمدعارف: زمستان ۱۳۹۳: ۴۷)

با این توصیفات ممکن است این ایده به ذهن برسد که رمزارزها را نوعی سند بهادار دیجیتال تلقی کرده و قانون‌گذاری آن را مستند به قانون فوق‌الذکر به شورای عالی بورس واگذار نماییم؛ لکن این نگاه در مورد همه اقسام رمزارزها صحیح نمی‌باشد. در حقیقت ارزشهای دیجیتال مانند سهام بورس نیستند. دارنده ارزش مالکیتی در شرکت ندارد و سود سهام دریافت نمی‌کند. این یعنی اگر شرکتی یک ارزش دیجیتال صادر کند و سپس به سودآوری و مشارکت با شرکت‌های دیگر برسد برای دارنده آن منفعتی نخواهد داشت. در واقع یک شرکت می‌تواند به خوبی عمل کند و با این وجود قیمت کوین آن افت کند. در بازار سهام، دارنده بر روی یک کمپانی و در بازار ارزشهای دیجیتال بر روی یک فناوری و یا یک ارزش سرمایه‌گذاری می‌کند. لذا حتی اگر کسب‌وکار یک کمپانی بر روی ارزش آن نیز تاثیر بگذارد، دارنده ارزش، هرگز مالک بخشی از این شرکت نخواهد بود. (گروه مؤلفین نبض دانش، ۱۳۹۸: ۱۲۳) اگرچه به‌عنوان یک قاعده کلی نمی‌توان رمزارزها را اوراق بهادار تلقی نمود لکن یکی از اقسام آن‌ها یعنی توکن‌های صادره در عرضه اولیه از سوی شرکت‌ها و کسب‌وکارها در صورتی که از نوع توکن‌های بهادار باشد را می‌توان با مفهوم اوراق بهادار مطابقت دارد و از جمله آن محسوب نمود؛ همچنانچه در پیشنویس دستورالعملی که بانک مرکزی در سال ۹۷ تحت عنوان «الزامات و ضوابط

حوزه رمزارزها» منتشر نمود، این نوع از رمزارزها ورقه بهادار تلقی شده و تابع قوانین بورس گردیده است. درحقیقت خریدار این توکن‌ها در پروژه سرمایه گذاری میکنند و در سود حاصل از آن سهیم می‌شوند.

### نتیجه

رمزارزها به‌عنوان پدیده‌های نوظهورکنونی در عرصه حقوقی، بیش از هرچیز دیگری نیازمند شناسایی هستند. شناخت دقیق ماهیت حقوقی آن‌ها ما را در تدوین قوانین متناسب و کاربردی رهنمون می‌سازد. در این راستا مشخص شد که با توجه به تعاریف حقوقی و فقهی، رمزارزها را می‌توان گونه‌ای از اموال دانست که ذاتی غیرمادی و ناملموس دارند و در اجتماع و اقشار مردم ارزش مبادله‌ای داشته، لذا در مال بودن آن‌ها تردیدی وجود ندارد. مالیت رمزارزها، هم در عرف و هم مطابق شرع مورد پذیرش است. این مال بسته به نوع و کارکردی که دارد می‌تواند به‌عنوان یک دارایی دیجیتال و یا پول و یا اوراق بهادار شناسایی شود. برای درک عمیق ماهیت رمزارزها شناخت اقسام و انواع آن ضرورت دارد. تفاوت در رویکردها و مکانیزم اقسام مختلف رمزارزها نشان می‌دهد که برای تمام آن‌ها نمی‌توان ماهیتی یکسان قائل بود و شناخت صحیح، مستلزم تفکیک رمزارزها و بررسی جداگانه آن‌ها است. رمزارزهای ملی به واسطه خلق و شناسایی توسط دولت‌ها می‌توانند نوعی پول تلقی شوند. در مورد سایر رمزارزها اگرچه مانع نظری برسر راه پول بودن آن‌ها وجود ندارد لکن رواج آن‌ها تحت این عنوان در جوامع، منوط به شناسایی آن توسط دولت‌هاست و مادام که این شناسایی صورت نگرفته باشد حتی با وجود کارکرد پول‌گونه، پول رایج قانونی تلقی نخواهند شد. در نظام حقوقی ایران نیز مطابق قوانین پولی، پول رایج پولی است که توسط قانون به رسمیت شناخته شود و چون تاکنون این شناسایی صورت نگرفته است رمزارزها را نمی‌توان پول قانونی به‌شمار آورد. بنابراین می‌توان گفت رمزارزها از جهت مبنایی و نظری (تئوریک) قابلیت پول بودن را دارند و توسط مردم نیز به‌عنوان پول و واسطه مبادله پذیرفته شده‌اند اما برای آنکه قانوناً جریان یابند نیازمند شناسایی توسط دولت‌ها هستند. برخی از اقسام رمزارزها از جهت مکانیزم همانند اوراق بهادار عمل کرده و می‌توانند تحت عنوان ورقه بهادار دیجیتالی معرفی شوند.

ارزهای دیجیتال پدیده نوینی است که درحال رشد فزاینده‌ای در جهان و ایران می‌باشد لذا به‌عنوان یک موضوع مستحدثه نیازمند شناسایی حقوقی است. این شناسایی تاکنون در کشورمان به‌طور ناقص و بدون دخالت قانون‌گذار صورت گرفته و به انتشار چند اطلاعیه و مصوبه اکتفا شده است. ضرورت دارد مجلس شورای اسلامی به‌عنوان قانون‌گذار رسمی کشور، قانون جامع و کاملی را تدوین و تصویب نماید تا از یک سو وضعیت حقوقی مبادلات مشخص شده و از سوی دیگر

فعالان این حوزه، با تکالیف و حقوق قانونی خود آشنا شوند. در این قانون می‌بایست اقسام مختلف رمزارزها از یکدیگر تفکیک شده و ماهیت و آثار حقوقی هر حوزه به تفکیک مشخص گردد، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها بیان شده، وظایف و مسئولیت‌های اطراف مبادلات تبیین گردد و بسیاری از موضوعات حقوقی دیگر احصا و روشن شود.

## منابع

## فارسی

- السان، مصطفی. (۱۳۸۶). «مفهوم و ماهیت حقوقی پول الکترونیکی». مجله حقوقی دادگستری. شماره ۵۹.
- امامی، سید حسن. (۱۳۸۶). حقوق مدنی. جلد اول. چاپ بیست و هفتم. تهران: انتشارات اسلامی.
- امینی، منصور. میری، محمد. (۱۳۹۳). «داده‌های الکترونیکی به مانند پول». تحقیقات حقوقی. شماره ۱۶.
- پیشنهادی دست‌ور العمل بانک مرکزی تحت عنوان «الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها» منتشر شده در سال ۱۳۹۷.
- تدینی، عباس؛ ایوبی، محمدعارف؛ قانون حاکم بر اوراق بهادار در مبادلات بین‌المللی، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تجارت بین‌الملل، سال یکم، زمستان ۱۳۹۳، شماره ۲.
- توسلی، محمداسماعیل. (۱۳۸۴). «بررسی و نقد نظریات برخی از اندیشه‌وران اسلامی درباره ماهیت پول». اقتصاد اسلامی. شماره ۱۹.
- توسلی، محمداسماعیل. (۱۳۹۱). «تحلیل ماهیت پول». اقتصاد اسلامی. شماره ۴۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۶). ترمینولوژی حقوق. چاپ هجدهم. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حسن‌زاده، علی. مجتهد، احمد. بغدادی، پویا. تقی‌زاده‌حصاری، فرهاد. (۱۳۹۶). پول و بانکداری نوین. چاپ دوم. تهران: انتشارات جنگل (جاودانه).
- خردمند، محسن. (۱۳۹۸). «بررسی فقهی استخراج و مبادله رمزارزها با تمرکز بر شبکه بیت‌کوین». معرفت اقتصاد اسلامی، شماره ۲۰.
- رجبی، ابوالقاسم. (۹۷/۶/۱۱). «ارز مجازی: قانون‌گذاری در کشورهای مختلف و پیشنهادها برای ایران». دفتر مطالعات ارتباطات و فناوری‌های نوین، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- روشن، محمد. مظفری، مصطفی. میرزایی، هانیه. (۱۳۹۸). «بررسی وضعیت فقهی و حقوقی بیت‌کوین». فصلنامه تحقیقات حقوقی. شماره ۸۷.
- ساموئلسن، (۱۳۴۸). ترجمه دکتر حسین پیرنیا. پل اقتصاد. تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
- سبحانی، حسن. قائمی‌نیا، علی اصغر. (۱۳۹۷). «تأملی در منشأ ارزش بیت‌کوین از منظر اعتباریات علامه طباطبایی (ره)». فصلنامه پژوهشنامه اقتصادی. شماره ۷۰. سال هجدهم.
- سلطانی، محمد. اسدی، حمید. (۱۳۹۴). «ماهیت حقوقی پرداخت در پول الکترونیک». پژوهشنامه حقوق اسلامی. شماره ۴۱.
- سلیمانی پور، محمد مهدی. سلطانی نژاد، حامد. پورمطهر، مهدی. (۱۳۹۶). «بررسی فقهی پول مجازی». دوفصلنامه تحقیقات مالی اسلامی. شماره ۱۲.
- سید حسینی، میرمیشم. دعائی، میثم. (۱۳۹۳). «بیت‌کوین نخستین پول مجازی». ماهنامه بورس، شماره ۱۱۴ و ۱۱۵.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۹۰). تشکیل قراردادهای تعهدات. چاپ هشتم. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۹). آثار قراردادهای تعهدات، چاپ چهارم. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶). حقوق مدنی ۳ (تعهدات). چاپ یازدهم. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

- صفایی، سید حسین. (۱۳۸۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و اموال). جلد اول. چاپ یازدهم. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- عبدی پور، ابراهیم. (۱۳۸۹). «تحلیل حقوقی ماهیت پول الکترونیکی». حقوق خصوصی. شماره ۱۶.
- کاشیان، عبدالمحمد. بهرامی، زهرا. قلی پور، فهیمه. شهری، زهرا. (۱۳۹۸). «درک ماهیت پول‌های رمز پایه و تعیین برخی از الزامات قانون‌گذاری آن در ایران از منظر اقتصاد اسلامی». فصلنامه سیاست‌های مالی و اقتصادی. سال هفتم. شماره ۲۶.
- فاضل لنگرانی، محمدجواد. محرر: برهان مجرد، محسن. علوی، سلمان. بوالحسنی، محسن. (۱۳۹۶). مکاسب محرمه. جلد دوم. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴
- قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۶). قواعد عمومی قراردادها. جلد دوم. چاپ پنجم. تهران: انتشارات گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶). اموال و مالکیت. چاپ هفدهم. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- گروه مؤلفین نبض دانش. (۱۳۹۸). شناخت مفاهیم، شیوه سرمایه‌گذاری و کسب درآمد از ارزهای دیجیتال. چاپ اول. تهران: انتشارات نبض دانش.
- میرزاخانی، رضا. (۱۳۹۶). «بیت کوین و ماهیت مالی و فقهی پول مجازی». گروه بازارها و ابزارهای مالی مرکز پژوهش. توسعه مطالعات اسلامی سازمان بورس و اوراق بهادار، دی. کد گزارش ۹۶\_۲۰\_۱۷\_۲۰.
- میرزاخانی، رضا. سعدی، حسین‌علی. (۱۳۹۷). «بیت‌کوین و ماهیت مالی-فقهی پول مجازی». دوفصلنامه علمی پژوهشی جستارهای اقتصادی ایران. سال پانزدهم. شماره ۳۰.
- محمدی، پژمان. اسدی، روح‌الله. (۱۳۹۱). «ماهیت انتقال مالکیت اموال غیرمادی غیرفکری». نشریه دانش و پژوهش حقوقی. سال یکم. شماره ۱.
- محمودی، اصغر. (۱۳۹۸). «تحلیل ارزهای مجازی در پرتو فقه». فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی. سال چهل و نهم. شماره ۳.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. حسینی نیک، سید عباس. (۱۳۹۴). «ماهیت ملک و مالکیت در اموال فکری با رویکردی به نظر امام‌خمينی (ره)». پژوهشنامه متین. سال هفدهم. شماره ۶۷.
- نواب پور، علیرضا. یوسفی، احمدعلی. طالبی، محمد. (۱۳۹۷). «تحلیل فقهی کارکردهای پول‌های رمزنگاری شده (مطالعه موردی بیت کوین)». فصلنامه اقتصاد اسلامی. سال هجدهم. شماره ۷۲.
- نوری، مهدی. نواب پور، علیرضا. (۹۷/۴/۲۶). «مقدمه‌ای بر تنظیم گری رمزینه ارزها در اقتصاد ایران». تهران: دفتر مطالعات اقتصادی مجلس شورای اسلامی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۷۴). «احکام فقهی کاهش ارزش پول»، مجله فقه اهل بیت. شماره دو.
- محمدابوبکر، مترجم: محمد آذرنیوار، بررسی جامع فقهی بیت کوین، ارزهای مجازی دیجیتال و بلاکچین، سایت ارز دیجیتال، <https://arzdigital.com/shariah-analysis-of-bitcoin-cryptocurrency-and-blockchain>، (۹۸/۱۰/۷).
- فرهنگ لغت دهخدا، سایت واژه‌یاب، <http://www.vajehyab.com/dehkhoda>، (۹۹/۳/۵).

- فرهنگ لغت عمید، سایت واژه یاب، <http://www.vajehyab.com/?amid>. (۹۹/۳/۵)

### عربی

- خمینی، سید روح الله. (۱۳۹۲). کتاب البیع. ج ۳. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی (قدس سره).
- صدر، سید محمدباقر. (بی تا). الاسلام یقود الحیاه. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۳۷۸). مصباح الفقاهة. ج ۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۴۱۳). المكاسب و البیع. ج ۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

### انگلیسی

- Financial Action Task Force (2014). Virtual Currencies – Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, 2014, available at: [www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org).
- Wikipedia
- Wagner, Andrew. (2014). Digital vs. Virtual Currencies. <https://bitcoinmagazine.com/articles/digital-vs-virtual-currencies-1408735507/>.
- Sifers, Randall (1997), "Regulating Electronic Money in Small-Value Payment Systems", 49 Federal Communication Law Journal, 701-728.
- The Law Library of Congress, Global Legal Research Center (2018), Regulation of Cryptocurrency Around the World, June
- Karl Hardle, Wolfgang. R, Harvey, Campbell. C, G, Reule, Raphael. (2019). 'Understanding Cryptocurrencies'. International Research Training Group 1792 .
- P. Momtaz, Paul. (2018). Initial Coin Offering. Project from the Center for Global Management at UCLA.
- Hacker, Philipp and Thomale, Chris, Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law (November 22, 2017). 15 European Company and Financial Law Review
- Micheler, Eva (2009), Legal Nature of Securities Inspirations from Comparative Law, Cambridge university press.





## A Comparative Study on Prevention and Management of Conflict of Interest in Judicial system

Hasan Vakilian\*

*Assistant Professor of Public Law, Faculty of Law and Political Science,  
Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran*

Davar Derakhshan

*Ph.D. Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh  
Tabatabai University, Tehran, Iran*

### **Abstract**

Prevention and management of conflict of interest in the judicial system is one of the ways to reduce corruption in both judicial and political-administrative system. Different countries often anticipate and control conflicts of interest in justice system. Countries like the Islamic Republic of Iran, the United States of America and the United Kingdom each have some laws and regulations in their legal system. By comparing the approach of the mentioned countries, it can be concluded that the early identification of the concept of conflict of interest by the United States and Great Britain, has led to drafting, adopting and enforcing the laws much earlier in regard to Iran. Thus, the conflict of interest in the judicial system of these countries has been decreasing. Judicial and public officials have also had a great deal of interest in managing conflicts of interest by knowing and understanding this issue. But in Iranian legal system, the independent concept of conflict of interest has not yet succeeded in finding its proper position in the laws. As a result, the country has not witnessed a significant process of managing conflicts of interest in the judicial system. Nonetheless, disparate laws and regulations that involve preventing and combating conflicts of interest have failed to provide effective management of conflicts of interest in the absence of some of the key elements in managing this issue, such as declaring assets or supporting effective disclosures. The lack of comprehensive legislation and the effective and transparent implementation of existing laws, bring more to the current problems of conflict management in the justice system.

### **Keywords**

Conflict of interest, Anti-Corruption efforts, Independence and neutrality, Judicial supervision Law, Judicial system

\* Email: hassanvakilian@gmail.com (Corresponding Author)

## “Apology” as a Mental Damage Compensation in Civil Liability Zone

Mansour Akbari Araee

*Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Literature and Humanities, Urmia University, Urmia, Iran*

Reza Nikkhah Sarnaghi\*

*Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Literature and Humanities, Urmia University, Urmia, Iran*

Siamak Jafarzadeh

*Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Literature and Humanities, Urmia University, Urmia, Iran*

### Abstract

One way of mental damage compensation is apology. Apology plays an important role in healing mental and emotional pain of victims and has a detrimental effect on their relationship with the wrongdoer. This has been the subject of legislative attention in the Iranian law and in case of mental damage article 10 of the Civil Liability Act gives the court the authority to force the wrongdoer to apologize for the loss. However, apology has not yet been defined and its terms has not considered in the country's laws. Other countries such as Canada and the US are the leading countries in this case and have used the apology as a tool to relieve mental pains. A lot of research has been done for defining and explaining the term “apology” till now. In this research we'll study the notion and terms of apology and its role in mental damage compensation of the victim and its effects on wrongdoer behavior and also the process of apology in the court. In conclusion, on one hand, the Iranian legislator must define the apology and on the other hand, the role of judicial procedure must be emphasized so that apology will become one of the methods of spiritual compensation if necessary.

### Keywords

Apology, Emotion damage, Mental Pains, Civil liability

\* Email: rnsj\_nikkhah@yahoo.com

## **Publishing the Identity of the Accused in the media through Preliminary Investigation: Challenges & Opportunities**

Abdolreza JavanJafari

*Associate Professor of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran*

Mohammad Noruzi\*

*Master of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran*

### **Abstract**

Media play an important role in responding to crime at different stages of criminal prosecution. The legislator's initiative in Article 96 of the Iranian Code of Criminal Procedure, is a clear indication of the activities of mass media in the preliminary research phase. According to this regulation, media with the release of the accused person's identity, have a significant role in advancing the preliminary research process. In fact, with the escape of the accused, the proceedings of the prosecutor's office will stop and by publishing the specification of the accused and arresting him/her again the prosecution will continue. On the other hand, with the media spreading and sharing the defendant's identity, especially where he/she has convicted numerous crimes, the victims will have the opportunity to lodge a lawsuit for his/her prosecution. Of course, the legislator, in view of the disadvantages of this operation, limits the media by series of legal rules. While explaining the functions and objections of the media to the identity of the accused at the research stage, the main purpose of this paper is studying these criteria to prevent any irregularities. The methodology of this research is descriptive, analytical and critical and has been used with genuine library resources. According to this study "The insertion of the accused's profile in the media has a judicial nature". Yet it is necessary to ratify "The Executive Order of the Mode of Dissemination of the Defendant's Identity" code, which includes such things as the rightful media to publish identity, number of ads published etc. and is developed by experts.

### **Keywords**

Media, Identity publishing, Preliminary investigation, Plaintiff, Judicial official

\* Email: mohamadreza502@yahoo.com (Corresponding Author)

## **A Study Over Patent Assignment Agreement**

Rasul Mazaheri Kuhanestani

*Assistant Professor of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran*

Shabnam Naseri\*

*Master of Private Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran*

### **Abstract**

Nowadays, the concept of intellectual property rights has found striking importance in commercial interactions and plays an important role in countries' economic development. New contractual frameworks for transactions have been developed for these assets whereof the "agreement of patent assignment" is a shining example. Since the nature of patent is an independent category of rights with its own effects and characteristics, patent assignment agreement in the same way, are not to be justified by any previous type of agreement. Permanent and unconditional property transferring is its main distinguishing feature with other emerging agreement forms in technology fields. Based on this, the contract of patent assignment should be regarded as an undefined and independent agreement which lays into the domain of article 10 of the Iranian civil code which as well as general conditions (mentioned in article 190 of this code), contains specific regulations and conditions. This specific essence makes particular obligations for both parties and presents specific issues in dissolving such contract which requires comprehensive legal analysis. This article is meant to analyze and clarify all aspects of such agreement

### **Keywords**

Intellectual Property, Invention, Patent Assignment Agreement, Exclusive rights

\* Email: shabnamnaseri23@yahoo.com (Corresponding Author)

## Aggravating Circumstances & The necessity of “Intention” Towards its Realization

Seyed Alireza Mirkamali\*

*Assistant Professor of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law,  
Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Mostafa Abdollahi Nisiyani

*Master student of Economic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti  
University, Tehran, Iran*

### Abstract

The basis of intentional crimes is the criminal's will. A person who does not dominate his/her behavior should not be punished legally. One's awareness to the element and circumstances of the crime, which is usually mentioned in the legal definition of crimes and is a part of the actus reus, is not an exception to this rule. Punishing the accused is justified only when his/her awareness of the circumstances and the knowledge of the consequences is proved. These circumstances are sometimes confused with the conditions known as the "aggravating circumstances". In addition, there is a widespread disagreement about the impact of science on aggravated qualities in criminal law and doctrine. There are no specific procedures in the criminal law and doctrine regarding to the provision of a criterion for distinguishing between these two types of conditions, and the necessity of intention of the aggravating circumstances. While aggravating circumstances, and the necessity of intention may have a significant impact on criminal liability. In this article, the criteria for distinguishing between these two types of conditions is offered, in addition to noticing the suitable level of the aggravated punishment. Based on the general principles of criminal law, and according to Article 155 of the Islamic Penal Code and the judicial procedure in the United States, the necessity for intention to aggravating circumstances of crime, is strengthened for increasing criminal liability.

### Keywords

Circumstances of crime, Aggravating circumstances, *Actus reus*, *Mens rea*, Intention

\* Email: samirkamali@yahoo.com (Corresponding Author)

## New Contemplation on Nature of “Will Suspension” Focusing on Practical Challenges

Azim Kuchaki PahneKalae<sup>\*</sup>

*Judge of Justice, Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law and Humanities, Islamic Azad University (Shiraz Branch), Shiraz, Iran*

Hekmatollah Askari

*Assistant Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Law and Humanities, Islamic Azad University (Shiraz Branch), Shiraz, Iran*

MohammadHosein Ansari Haghighi

*Assistant Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Law and Humanities, Islamic Azad University (Shiraz Branch), Shiraz, Iran*

### Abstract

Excessive legislative recourse to harsh punishments, including long prison terms and executions, is clearly seen in law. In order to find social and legal needs, mankind usually achieve their goals with the help of legal actions. In terms of the diversity of these needs, a variety of legal practices have emerged. One of the characteristics of this diversity is the suspension of legal acts. Meanwhile “Intention” holds an important role in Law and legal actions are interpreted by intention. Our will is the only creator of legal acts. Therefore, there is no other way to understand the suspension of the will than to analyze its nature.

Current views have sought the position of the suspension of the will in the creation and origin. New and different theories are presented that have taken steps to critique past theories. It is clear that in this way, the suitable analysis to be accepted is the one that is applicable in all aspects and types of legal actions and is more compatible with practical practice and the real will of the creator. In this study, the suspension will be examined with this view. For this purpose, the originality of jurisprudence and its rules must be emphasized. So, one should not turn to unrelated approaches of other sciences that are not compatible with the subjects of jurisprudence in order to understand the nature of law. From this perspective, special attention is paid to recognizing the nature of the obligation arising from the expression of the will, as a method of correctly understanding the nature of the suspension.

### Keywords

Will, Suspension, Creation, Origin, Undertaking

<sup>\*</sup> Email: Milad.koochaki4269@gmail.com (Corresponding Author)

## Determination of Applicable law in Copyright Infringement Cases in Cyberspace

Mina Kaviyani\*

**Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science,  
Kharazmi University, Tehran, Iran**

NajadAli Almasi

***Professor of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science,  
University of Tehran, Tehran, Iran***

### **Abstract**

Publishing literatures and artworks under copyright protection in the internet and the possibility of widespread infringement of these rights by millions of internet users all over the world, raises this important question that “Which law would be applicable in conflict of two or more laws?” In addition, “In determination of governing law in copyright infringement in cyberspace, are traditional conflict of laws rules still applicable or new rules are needed in this area?”

This article studies the issue by the separation of two assumptions of agreement and disagreement on applicable law in contractual and non-contractual infringement of copyright in cyberspace. In contractual infringement, which has the agreement on the governing law, the procedure of most of the countries and international conventions is, acceptance of principle of will. In contractual infringement in absence of agreement on governing law, different criteria have been adopted which the most important one of them is applying the law of the country which has the closest relation with the contract. In non-contractual infringement which has been agreed on governing law, there are two general viewpoints between lawyers, countries and international regulations. Some don't accept the principle of will because of the connection of torts with public discipline and others recognize rule of will in determination of the governing law before and after the loss. Finally in assumption of disagreement in non-contractual infringement, which is the most common kind of infringement of these right in cyberspace, among different theories (including Lex Fori, Lex Loci Delicti, Lex Loci Protectionis) the theory of the law of the closest country, has been suggested as the most appropriate solution in order to determine the governing law.

### **Keywords**

Conflict of laws, Copyright, Cyberspace, governing law

\* Email: mina.kavyanii@gmail.com (Corresponding Author)

## Competent Authority and Proceedings Strategy to Complaint Against the Enforcement Order on Binding Documents and Official Registration Operation

Reza Daryaei\*

*Assistant Professor of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Guilan, Rasht, Iran*

Mostafa Karbalaee Aghazadeh

*Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law, Mofid University, Qom, Iran*

### Abstract

Binding is one of the advantages of official documents which in some cases due to notable considerations is generalized to normal documents too. Beneficiaries of such documents, after attending document regulator office or registering department with execution, based on the case, can pursue the execution process via registration department. Determination of a competent authority for proceeding complaints of mentioned dual actions and the way of proceeding is one of the challenging matters in law of registration and jurisprudence. A question one may encounter is "Whether complaining execution in all cases, is in authority of the head of local registration office?" there are different answers for this question. In this research, the author will criticize the common attitude. Also while considering various articles, Supreme Court's and High Council of Registers' Judgments, the necessity of separation between cases, competent authority in proceeding complaints and the way of proceedings are defined. This article shows that examination of the execution process in some cases, in which they are just statements of right, without any legal aspect, is in the authority of the head of local registration office. And if there is any necessity for legal examination, the court is competent to do that.

### Keywords

Binding document, Execution order, Executive operations, Complaint, Statement of claim, Litigation

\* Email: Reza.daryaei@gmail.com (Corresponding Author)



## **Extending the Relative Jurisdiction Arising from Connectivity of Claims in Iran & France by Reviewing the Judicial Process**

Mahdi Hasanzadeh \*

*Associate Professor of Private Law, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran*

Badie Fathi

*Judge of Justice, Lecturer, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran*

### **Abstract**

The rules of jurisdiction are regulated based on primary and secondary provisions. In primary rules of jurisdiction, the general framework for determining competence criteria is presented but the application of these regulations alone cannot meet the purpose pursued by the rules of jurisdiction. Therefore, by virtue of the application of these regulations, effective and appropriate competence will not be obtained; for this reason, secondary rules of jurisdiction play a critical role. Connectivity of claims is one of the secondary regulations of jurisdiction which will be affected by the relative jurisdiction and eventually lead to the development of the jurisdiction of the Supreme Court. In the French civil procedure, the relative jurisdiction of development is different from that of Iran. The focus of this research is that "What are the effects of connectivity of claims on relative jurisdiction in civil procedure of both Iran and France?", "What are the exclusions of the primary jurisdiction rules"?

### **Keywords**

Extension of competence, Connectivity of claims, Primary jurisdiction regulations, Secondary jurisdiction regulations, Relative competence

\* Email: m.hasanzadeh@qom.ac.ir (Corresponding Author)

## The Concept of “The principle of Free Access to Justice” and its Elements

Behnam Habibi Darghah\*

*Assistant Professor of Law, Faculty of Law and Political Science, Islamic Azad University (Karaj Branch), Karaj, Iran*

### Abstract

Based on the principles of judicial democracy, the principle of access to the judiciary has come to the forefront of the new concepts in civil justice law. On the basis of openness of the proceedings, the specialization of the judicial system and the development of various forms of dispute resolution with the necessity of qualitative access to the judiciary, all make it possible to reach the efficiency of the judicial system. Meanwhile the need for quantitative access to the judiciary on the basis of judicial review and compliance with the principle of proportionality approach will lead to a standard judiciary system.

The principle of access to justice has three fundamental indicators. The principle of easy access, which includes access to the rules of procedure and objective access to the judicial system. The principle of quick access, which relies on digital economy and information and communication technology, is driven by electronic justice. The principle of cheap access also seeks to balance the cost of litigation in the macro perspective. There are three criteria and sub-indicators in this principle which include the system of judicial assistance, both public and private, the law enforcement agency and the litigation insurance system.

In the present paper, with a focus on the economics of justice and in a comparative approach, while recognizing the concept of the principle of cheap access to the Judiciary, from two legal and economic perspectives during scientific discussions, the following three sub-indicators will be discussed.

### Keywords

Justice accessibility, Judicial assistance, Mandatory litigation, Litigation insurance

\* Email: drhabibi1361@yahoo.com

## **A Critique on the Judicial Precedent regarding Claims over Currency Payment Delay Damages**

Mohammadreza Bagheri

*Ph.D. Student in Private Law, Islamic Azad University (UAE Branch), Dubai,  
UAE*

Jafar Jamali\*

*Assistant Professor of Law, Islamic Azad University (Electronic Sciences  
Branch), Tehran, Iran*

Mahmud Khademan

*Assistant Professor of Private Law, Faculty of Judicial Law, University of  
Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran*

### **Abstract**

Law and justice are closely linked, and decisions that do not conform to justice following the currency crises of 1993, 2002, 2012 and the recent foreign exchange crisis and the non-fulfillment of currency obligations in due time, the claim for a delay in payment of foreign currency, is one of the most complex and prevalent claims nowadays. The judicial precedent in this regard is not much clear. The origin of the dispute, results from the nature of the currency obligations and its non-prevalence essence. One stated comment (as the dominant view) suggests that the common currency mentioned in Article 522 of the Iranian Civil Procedure Code for Public and Civil Revolutionary Courts is limited and dedicated to the domestic currency money and does not include any foreign exchanges. The other opinion would suggest that this lawsuit is after all actionable. The same dispute exists in respect with the private agreement on determining the delay damage of payment obligations (including currency and Rial). By understanding the undeniable role of currency in the economic activities and the need to support foreign investment, it is essential to legally examine and review this claim and its reasons and justifications. It seems that the Article 522 of the mentioned law, which is cited by the courts, seeks to govern the power of the money and doesn't include the determination of the contractual monetary obligation and the delay damage in payment in its strict sense. Therefore in the light of legal citations and documents which approve the claim of delay damages of payment and its basic philosophy, it is possible to hear these claims and decide upon it.

### **Keywords**

\* Email: jafar.jamali@gmail.com (Corresponding Author)

Currency, Delay damages of payment, Common currency, Contractual monetary obligation, Compensation for money depreciation

## A Contemplation on Legal and Political Aspects of Judicial Bills

MohammadGhasem Tangestani\*

*Associate professor of Private Law, Law Faculty, Kharazmi University,  
Tehran, Iran*

### Abstract

The Statute is the most important source of Law in countries with civil law system. Understanding the nature of the statute and its differences from similar concepts such as “policy” is a requisite of comprehension for legal and judicial systems and holds an effective role in creation of legal norms and applying them. There are different experts in the field of law like, judicial sciences, public policy making, social sciences, economy, linguistics and etc. all taking role in policy making process, especially judicial policy making. But the question is “What is the nature of legislation?” “What is the role of law in forming the statute?”, “What is the specific nature of a judicial bill” and “What is the role of the judiciary in judicial policy-making”?

The sovereignty of state is applied by different political bodies and powers. Systematic cooperation of governmental bodies (Including the judiciary) in doing their duties is a requisite of good governance. Several state bodies take part in process of ratification of the statute. Desirable function of the statute depends on proper functioning of competent institutions in the policy cycle. The question which will be discussed here is that “What is the role of judiciary in judicial policy making process?”

In this research, by descriptive-analytical method and using library and web resources we will try to answer the mentioned questions. According to the findings of this study primarily, legislation is a political act. In the process of judicial policy making, law has both a reinforcing role and a limiting role; the role of the judiciary is also important in the various stages of that process (from problem identification to evaluation and providing corrective solutions).

### Keywords

Statute, Policy making, Legal affair, Legislation, Political affair

\* Email: m.tangestani@khu.ac.ir



# Contents

|   |          |
|---|----------|
| <b>A Contemplation on Legal and Political Aspects of Judicial Bills</b>   | <b>A</b> |
| MohammadGhasem Tangestani   |          |
| <b>A Critique on the Judicial Precedent regarding Claims over Currency Payment Delay Damages</b>  | <b>B</b> |
| Mohammadreza Bagheri, Jafar Jamali, Mahmud Khademan   |          |
| <b>The Concept of “The principle of Free Access to Justice” and its Elements</b>  | <b>C</b> |
| Behnam Habibi Darghah   |          |
| <b>Extending the Relative Jurisdiction Arising from Connectivity of Claims in Iran &amp; France by Reviewing the Judicial Process</b>                   | <b>D</b> |
| Mahdi Hasanzadeh, Badie Fathi   |          |
| <b>Competent Authority and Proceedings Strategy to Complaint Against the Enforcement Order on Binding Documents and Official Registration Operation</b> | <b>E</b> |
| Reza Daryae, Mostafa Karbalaee Aghazadeh  |          |
| <b>Determination of Applicable law in Copyright Infringement Cases in Cyberspace</b>  | <b>F</b> |
| Mina Kaviyani, NajadAli Almasi  |          |
| <b>New Contemplation on Nature of “Will Suspension” Focusing on Practical Challenges</b>  | <b>G</b> |
| Azim Kuchaki PahneKalae, Hekmatollah Askari, MohammadHosein Ansari Haghighi   |          |
| <b>Aggravating Circumstances &amp; The necessity of “Intention” Towards its Realization</b>   | <b>H</b> |
| Seyed Alireza Mirkamali, Mostafa Abdollahi Nisiyani   |          |
| <b>A Study Over Patent Assignment Agreement</b>   | <b>I</b> |
| Rasul Mazaheri Kuhanestani, Shabnam Naseri  |          |
| <b>Publishing the Identity of the Accused in the media through Preliminary Investigation: Challenges &amp; Opportunities</b>                            | <b>J</b> |
| Abdolreza JavanJafari, Mohammad Noruzi  |          |
| <b>“Apology” as a Mental Damage Compensation in Civil Liability Zone</b>  | <b>K</b> |
| Mansour Akbari Araee, Reza Nikkhah Sarnaghi, Siamak Jafarzadeh  |          |
| <b>A Comparative Study on Prevention and Management of Conflict of Interest in Judicial system</b>  | <b>L</b> |
| Hasan Vakilian, Davar Derakhshan  |          |







# The Judiciary's Law Journal

Volume 84 / Issue 109 / 2020 Spring  
(Scientific Quarterly)

Concessionary: The Judiciary  
Director-in-charge: Alireza Amini  
Editor-in-Chief: Mohammad Hasan Sadeghi Moghadam  
Executive Director: Rasool Ahmadzadeh

**Editorial Board (in Alphabetical Order):**  
Rabiaa Eskini, Gholamhosseyn Elham, Kheirollah Parvin,  
Mohammad Javad Javid, Vali Rostami, Jafar Kousha,  
Hasan Rahpeyk, Mohammad Hadi Sadeghi, Mohammad  
Hasan Sadeghi Moghadam, Abbas Ali Kadkhodaei,  
Fazlollah Mousavi, Hossein Mirmohammad Sadeghi

Senior Editor: Zahra Mashayekhi  
English Text Editor: Mahdi Ebrahimi

Price: 420.000 Rials  
Print ISSN: 1735-4358  
Online ISSN: 2676-7198  
Tel-Fax: 021-22091869  
Web Site: [www.jlj.ir](http://www.jlj.ir)  
E-mail: [Law.journal1316@gmail.com](mailto:Law.journal1316@gmail.com)