

پژوهش

مجله حقوقی دادگستری

سال هفتاد و نهم / شماره نود / تابستان ۱۳۹۴

به موجب مجوز شماره ۳/۱۱۱۹۷ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۲۴ صادره از کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فن آوری، مجله حقوقی دادگستری دارای امتیاز علمی پژوهشی می باشد.

صاحب امتیاز: قوه قضاییه

مدیر مسئول: علیرضا امینی

سر دبیر: حسین میرمحمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

محمد آشوری، محمدعلی اردبیلی، ربیعا اسکینی، نجادعلی الماسی، محمدجواد جاوید

سام سوادکوهی فر، علی حسین نجفی ابرندآبادی

حروف چینی، صفحه بندی و چاپ: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

قیمت: ۵۰۰۰۰ ریال

شمارگان: ۴۵۰۰

نشانی: تهران، بزرگراه شهید چمران، بزرگراه یادگار امام (ره)، بعد از خروجی اوین درکه، پژوهشگاه

قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری.

صندوق پستی: ۳۵۱۵-۱۱۱۵۵

تلفکس: ۲۲۰۹۱۸۶۹ - ۰۲۱

وب سایت: www.jlj.ir

نشانی پست الکترونیک: Majaleh_hoghooghi@jpri.ir

مسئولیت مطالب و مقالات مندرج در این فصلنامه بر عهده نویسندگان آنها است.

راهنمای تدوین مقالات

- مقاله نباید بیش از بیست و پنج یا کمتر از ده صفحه باشد.
- مقاله باید تایپ شده و شامل موارد زیر باشد:
 - ❖ چکیده فارسی در ابتدا و چکیده انگلیسی در انتهای مقاله.
 - ❖ کلید واژگان.
 - ❖ نام و نام خانوادگی نویسنده، نویسنده مسئول، میزان تحصیلات، رتبه علمی و دانشگاهی (فارسی و انگلیسی)، نشانی، کدپستی، شماره تلفن و نمابر و نشانی پست الکترونیک.
 - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خارجی در پانویس هر صفحه.
 - ذکر منابع و ارجاعات در پانویس.
 - ❖ در منابع فارسی، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، نام مترجم (در صورت ترجمه بودن)، نام ناشر، نوبت چاپ، سال چاپ، شماره صفحه.
 - ❖ در صورت تکرار منبع بلافاصله پس از ذکر اولیۀ آن، ذکر کلمه همان، اگر مطلب در همان صفحه باشد، به همین اکتفا و در غیر این صورت، پس از ذکر کلمه همان، درج صفحه.
 - ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، فقط ذکر نام خانوادگی صاحب اثر و ذکر کلمه پیشین و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
 - ❖ - در منابع لاتین، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.
 - ❖ در صورت تکرار بلافاصله منبع، ذکر کلمه *Ibid.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
 - ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، ذکر نام خانوادگی نویسنده و سپس ذکر کلمه *op. cit.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ذکر کلیه منابع در انتهای مقاله، ابتدا منابع فارسی و سپس لاتین.
- مقاله نباید در جای دیگر چاپ شده یا در دست بررسی باشد.
- مقاله ترجمه شده پذیرفته نمی‌شود.
- مسئولیت صحت مطالب مقاله، به عهده نویسنده مسئول است.
- مجله در ویرایش مقالات، آزاد است. مقاله، بازگردانده نمی‌شود.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۷	◆ تبیین مبانی و نقد سیاست کیفری ایران در زمینه منع شکنجه احمد حاجی ده‌آبادی / ابراهیم احمدی / جلال‌الدین صمصامی
۳۷	◆ تأملی درباره ماهیت و مبنای ارش مدنی علی‌اکبر ایزدی‌فرد / مهدی فلاح
۶۳	◆ رویکرد نوین حقوق کیفری در موضوع بار اثبات دفاعیات نسرین مهرا / عبدالوحید زاهدی
۸۵	◆ عدم رعایت مصلحت در انتقال مال از سوی وکیل عباس زمانی
۱۰۱	◆ معامله به مال آینده عباس کریمی / هادی شعبانی‌گندسری
۱۲۹	◆ مفهوم و صورت‌های نسخ قانون اقبالعلی میرزایی

تبیین مبانی و نقد سیاست کیفری ایران در زمینه منع شکنجه

احمد حاجی ده‌آبادی*

ابراهیم احمدی**

جلال‌الدین صمصامی***

چکیده

شکنجه از زمره مهم‌ترین جرایم علیه حقوق بشر می‌باشد. مبنای عدم مشروعیت این عمل، چه از لحاظ تعالیم مکتب اسلام و چه از لحاظ قواعد حقوق بشر، توهین به کرامت و شرافت انسان است. نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با صراحت تمام، ممنوعیت مطلق شکنجه را مورد پذیرش قرار داده است. مبنای این حکم را می‌توان در آموزه‌های مکتب مقدس اسلام و همچنین کنوانسیون‌های بین‌المللی مربوط به ممنوعیت شکنجه جستجو کرد. عموم و اطلاق ادله شرعی، ایراد هر نوع اذیت و آزار نسبت به انسان‌ها را ممنوع دانسته است و جامعه جهانی نیز به شدت به دنبال ریشه‌کن کردن این پدیده شوم می‌باشد.

نظام کیفری ایران به تبعیت از اصول اساسی نظام حقوقی ایران و در راستای حمایت کیفری از اصول قانون اساسی اقدام به جرم‌انگاری شکنجه کرده است. ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی جرم شکنجه را مورد حکم قرار داده است. این ماده به واسطه نواقصی که دارد نمی‌تواند ضمانت اجرای شایسته‌ای برای اصل ۳۸ قانون اساسی باشد. ولی به هر حال با عنایت به این که اصل ۳۸ قانون اساسی به نحو مطلوبی مسأله ممنوعیت مطلق شکنجه را مطرح کرده است، با اصلاح قوانین عادی و هم‌سو کردن آنها با اصول قانون اساسی می‌توان قدم بزرگی در پیش‌گیری از ارتکاب این جرم برداشت.

کلیدواژه‌ها: شکنجه، قانون اساسی، حقوق اسلام، حقوق بشر، سیاست کیفری ایران.

dehabadi@ut.ac.ir

* دانشیار دانشگاه تهران، پردیس قم

** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، پردیس قم (نویسنده مسئول)

ahmadi39@yahoo.com

samsami_lawyer@yahoo.com

*** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه مازندران

شکنجه به عنوان ایراد آزار به متهمان، شهود و مطلعان جهت کسب اطلاعات و یا روشی خشونت‌آمیز در مجازات مجرمین، دارای سابقه‌ای طولانی می‌باشد. شکنجه دارای انواع جسمی و روحی بوده که هرکدام از آنها به صورت مستقیم یا غیرمستقیم اعمال می‌شده است. از قدیم‌الایام تا کنون اعمال شکنجه به دلایل مختلفی انجام می‌شده است. مجازات مجرم و سرعت در روند دادرسی از جمله مهم‌ترین دلایل توسل به شکنجه بوده است؛ هرچند که گاهی شکنجه به علت مسائل روانی شکنجه‌گر و یا دلایل سیاسی و قدرت‌طلبی اعمال می‌شده است.

ادیان الهی و برخی از فیلسوفان و اندیشمندان، از قدیم با شکنجه به مخالفت برخاستند، ولی توسل به شکنجه همچنان ادامه داشت. به تدریج توجه بیشتر به حقوق بشر و ایجاد نهادهای بین‌المللی سبب شد تا ممنوعیت شکنجه به عنوان یکی از حقوق اساسی بشر شناخته شود و بدین ترتیب منع شکنجه با تدابیر مؤثر و یکسانی روبرو گردد. کنوانسیون‌های بین‌المللی با پیش‌بینی این عمل به عنوان یک جرم بزرگ و نابخشودنی سعی در پیش‌گیری از آن داشته‌اند. در راستای نیل به این هدف، نهادهای بین‌المللی خاصی در جهت شناسایی موارد شکنجه و مقابله با آن به وجود آمده است. برخی از این نهادها به طور اختصاصی مسأله شکنجه را مد نظر قرار داده‌اند و برخی دیگر ضمن حمایت از کلیت حقوق بشر، به شکنجه به عنوان یک جرم علیه بشریت نگریسته و در صدد مقابله با آن برآمده‌اند.

حقوق کیفری اسلام نیز بر مبنای احترام به کرامت و شرافت انسانی، اعمال هرگونه اذیاء و اذیتی نسبت به انسان‌ها را مورد نکوهش قرار داده است. بر اساس تعالیم مکتب اسلام ایراد هر نوع اذیاء و اذیت نامشروع نسبت به انسان‌ها به طور مطلق و بدون هیچ قید و شرطی حرام می‌باشد. حقوق اسلام قواعد دقیقی در راستای پیش‌گیری از اعمال هرگونه اذیت و آزار نسبت به انسان‌ها وضع کرده است.

نظام حقوقی ایران بر اساس تعالیم شرع مقدس اسلام و همسو با کنوانسیون‌های بین‌المللی حکم به ممنوعیت مطلق شکنجه کرده و اقرار، شهادت و هرگونه اطلاعاتی را که به واسطه آن تحصیل شود فاقد اثر دانسته است. نظام کیفری ایران نیز به تبعیت از اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اقدام به جرم‌انگاری این پدیده شوم کرده است. این امر نشانگر اهمیت آن است چرا که قانونگذار از همه ارزش‌ها حمایت کیفری نکرده است.

در مقاله پیش رو سعی بر این است تا علاوه بر تبیین مبانی فقهی و بین‌المللی اصل ۳۸ قانون اساسی به این سؤال پاسخ داده شود که آیا نظام کیفری ایران حمایتی

را که شایسته اصل ۳۸ قانون اساسی است از این اصل به عمل آورده یا خیر و در صورت منفی بودن پاسخ نقاط ضعف سیاست جنایی ایران در این زمینه چیست؟

۱. تبیین مفهوم شکنجه

شکنجه در اصل به مفهوم شکستن، پیچیدن و عذاب دادن دزد و گناهکار بوده است.^۱ شکنجه در لغت به معنای هرگونه رنج، عذاب، عقوبت، آزار و ایذاء می‌باشد.^۲ در واقع آنچه باعث آزار جسمی یا رنج روحی شود، که معمولاً از عوامل بیرونی ناشی گردد،^۳ شکنجه نامیده می‌شود. در برخی فرهنگ‌ها بر ویژگی مستمر بودن رنج و عذاب اعمال شده نیز تأکید شده است.^۴ در واقع واژه شکنجه مبین نوعی آزار سخت و پیگیر می‌باشد.

در ترمینولوژی حقوق با تکیه بر هدف شکنجه، این واژه بدین گونه تعریف شده است: «شکنجه ایراد آزار به متهم و غیرمتهم است تا اقرار به بزه یا تعهدی کند»^۵ در جایی دیگر، شکنجه را تحمیل رنج فیزیکی یا روحی بر شخص به منظور اخذ اقرار از او تعریف کرده‌اند.^۶ در این تعاریف، بیشتر توجه معطوف به هدف اعمال شکنجه، که همان اخذ اقرار است، می‌باشد. شاید علت این تأکید وجه غالب موارد توسل به شکنجه است که بیشتر معطوف به اخذ اقرار از متهمان می‌باشد تا اخذ شهادت، سوگند و نظایر اینها. گذشته از این بحث آنچه در تعاریف مذکور بر آن تأکید شده این است که انگیزه مرتکب (که همان اخذ اقرار، شهادت و سوگند است)، عنصر روانی جرم و از اجزاء آن بوده و بدون وجود آن جرم محقق نمی‌شود. این امر، یعنی توجه به هدف اعمال شکنجه، در اسناد بین‌المللی مربوط به منع شکنجه نیز مورد توجه قرار گرفته است. ماده ۱ میثاق بین‌المللی ممنوعیت شکنجه و دیگر تعذیبات یا رفتارهای خشن و غیر انسانی و موهن مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۸۴ در این رابطه عنوان می‌کند:

«برای نیل به اهداف میثاق مراد از واژه شکنجه، هر عملی است که نتیجه آن درد یا رنج شدید جسمی یا روحی بوده و به طور عمدی بر دیگری واقع شده است؛ با این

۱. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه دهخدا، جلد ۹، ویرایش دوم از دوره جدید، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، ص. ۱۴۴۱.

۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد ۲، ویرایش سوم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۴، ص. ۲۰۶۶.

۳. انصاف‌پور، غلامرضا، فرهنگ فارسی کامل، ویرایش اول، انتشارات زوار، ۱۳۷۷، ص. ۶۳۸.

۴. جلالی، تهمورس، فرهنگ جلالی ویراست فرهنگ پایه، به کوشش لیلای جلالی، نشر اختران، ۱۳۸۶، ص. ۴۲۱.

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۳، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، ص. ۲۳۰۱.

6. Walker, David. The Oxford Companion to Law, London, Oxford University Clarendon Press Oxford, 1980, p. 44.

هدف که از وی یا از شخص ثالث اطلاعاتی کسب نموده، یا وادار به اعتراف شود، یا تنبیه بر فعلی که او یا شخص ثالث مرتکب شده یا مظنون به ارتکاب آن بوده است، یا ترساندن یا اکراه وی یا شخص ثالث و یا هر اقدام دیگری از صورت‌های ایذاء و رنج که منظور آن مبتنی بر تبعیض از هر نوع باشد، مشروط به آنکه چنین درد یا رنجی بوسیله مأموران رسمی یا هر شخص دیگری که به عنوان وظیفه رسمی عمل می‌کند اعمال شده، یا این‌گونه اقدامات همراه با تحریض به آن یا موافق با آن یا سکوت مأمور در برابر آن تحمیل شده باشد.^۱

آنچه از این میثاق بر می‌آید توجه به این مطلب است که در شکنجه آزاری بر فرد وارد می‌شود. این آزار می‌تواند جسمی و یا روحی باشد. هدف از این آزار کسب اقرار و ... است و این آزار توسط مأموران رسمی اعمال می‌گردد. با توجه به این موارد، می‌توان شکنجه را این‌گونه تعریف کرد:

شکنجه عبارت است از اعمال عمدی درد و رنج روحی یا جسمی بر فرد با هدف اخذ اقرار، شهادت، سوگند یا کسب هرگونه اطلاعات دیگر به وسیله یا به دستور مأموران دولتی.

همان‌طور که مشخص است در این تعریف، توجه به خارج از چهارچوب قانون بودن زجر وارده، استمرار در ایراد رنج، هدف از اعمال شکنجه و همچنین شخصیت شکنجه‌گر از اهمیت اساسی برخوردار است. با ذکر این مورد که نوع زجر وارده، از لحاظ جسمی یا روحی بودن، تفاوتی در امر ندارد. بنابراین باید توجه داشت که تحقق شکنجه نیازمند وجود شرایطی خاص است و در صورت عدم وجود این شرایط، عنوان شکنجه بر فعل ارتكابی صدق نخواهد کرد.

۲. محتوا و مبانی اصل ۳۸ قانون اساسی

اصل ۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی مهم‌ترین مقرر قانونی در ارتباط با ممنوعیت شکنجه در حقوق داخلی ایران است. این اصل نسبت به موضوع ممنوعیت اعمال شکنجه موضع قاطع و بدون قید و شرطی دارد.^۲ و این‌گونه عنوان می‌نماید: «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت، اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است؛ متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می‌شود.» هرچند اصل ۳۸

1. Brownlie, Ian, Basic Documents on Human Rights, London, Oxford University Press, 1994, 33.

۲. هاشمی، محمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، ویرایش دوم، انتشارات میزان، ۱۳۸۴، ص. ۳۱۶.

صراحت در ممنوعیت شکنجه و عدم اعتبار اقرار، اطلاع، شهادت و سوگند ناشی از آن دارد، با این حال اصول دیگر قانون اساسی، از جمله اصول ۲۲، ۲۳، ۳۲، ۳۶، ۳۷ و ۳۹ نیز به طور ضمنی مسأله ممنوعیت شکنجه را مورد توجه قرار داده‌اند.

این اصل بر مبنای داشته‌های فقهی، که دلالت بر عدم جواز شکنجه دارند، به تصویب رسیده است. مطابق با اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران کلیه قوانین و مقررات، اعم از مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی و... باید بر اساس موازین اسلامی باشد. بر این اساس در مسأله مورد بحث، یعنی ممنوعیت یا عدم ممنوعیت شکنجه نیز باید تصمیمی اتخاذ می‌شد که مطابق با موازین اسلامی باشد. در هنگام تصویب این اصل ضمن مذاکرات موافقین و مخالفین راجع به چگونگی تصویب اصل ۳۸ قانون اساسی، مباحث زیادی بر سر ممنوعیت مطلق^۱ یا قائل شدن استثناء برای آن صورت پذیرفت^۲ که نتیجه آن تصویب اصل ۳۸ قانون اساسی بود.

علاوه بر مبانی فقهی، داشته‌های جامعه جهانی در ممنوعیت مطلق شکنجه نیز مبنایی برای تصویب این اصل بوده است. شکنجه به واسطه ویژگی‌های خاصی که دارد، در قراردادهای و کنوانسیون‌های بین‌المللی بسیار مورد توجه قرار گرفته است. عمده‌ترین علت این توجه اهمیت اعمال منتج به شکنجه و آسیب و خساراتی است که پیرو ارتکاب آن بر کرامت انسانی وارد می‌گردد. نقش عمده‌ای که دولت‌ها در پیشگیری یا افزایش این جرم نسبت به تابعان خود دارند باعث شده که این جرم بیش از پیش مورد نظر مجامع حقوق بشری قرار گیرد و در مورد آن قواعد خاصی تعیین گردد.

بنابراین مبانی تصویب اصل ۳۸ قانون اساسی از یک سو قواعد حقوق بین‌الملل و از سوی دیگر تعالیم مکتب اسلام می‌باشند، که دلالت بر ممنوعیت و تحریم اعمال شکنجه نسبت به افراد دارند.

۲-۱. رویکرد قواعد بین‌المللی نسبت به اعمال شکنجه

قاعده منع شکنجه از قواعدی است که با پیشرفت‌های حقوق بین‌الملل در زمینه مسائل حقوق بشری، دارای جایگاه خاصی شده است. در ادامه به شرایطی که برای تحقق شکنجه لازم است پرداخته خواهد شد. برخی از این شرایط مربوط به اموری عام و کلی بوده که به مرور زمان قاعده منع شکنجه حایز آن شده و برخی دیگر مربوط به تعریفی است که کنوانسیون منع شکنجه از این واژه ارائه داده است.

۱. اردبیلی، محمد علی، «شکنجه»، مجله تحقیقات حقوقی ۹ (بی‌تا)، ۱۵۲ و ۱۵۳.

۲. مهاجری، علی، جرائم خاص کارکنان دولت، انتشارات کیهان، ۱۳۷۲، ۳۱۶.

۲-۱-۱. ویژگی‌های کلی قاعده منع شکنجه

امروزه منع شکنجه یکی از حقوق بنیادین انسان‌ها دانسته شده و تأکید می‌گردد که منع شکنجه جنبه مطلق دارد. به همین سبب یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های قاعده منع شکنجه، مطلق بودن این قاعده می‌باشد.^۱ در اسناد و معاهدات بین‌المللی، منع شکنجه به عنوان قاعده‌ای مطلق شناخته شده که هیچ وضعیت استثنایی و فوق‌العاده‌ای نمی‌تواند موجب تجویز آن شود.^۲ از بین اسناد بین‌المللی که شکنجه را به‌طور مطلق منع می‌کنند، ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ۱۹۴۹ ژنو دارای اهمیت زیادی می‌باشد.^۳ این ماده، اعمال شکنجه در زمان جنگ‌های خارجی را، نسبت به کسانی که در مخاصمه شرکت ندارند، شامل افراد نیروهای مسلح که سلاح بر زمین گذاشته‌اند و کسانی که به علت بیماری، زخم یا بازداشت یا هر علت دیگر قادر به جنگ نباشند، ممنوع کرده است. همچنین حق شکنجه نشدن، در مواقعی همچون درگیری‌های مسلحانه داخلی به رسمیت شناخته شده است. این بدان معناست که دولت‌ها پذیرفته‌اند که باید این حق را حتی در مورد مخالفان مسلح خود نیز رعایت کنند.^۴ این ماده که در پروتکل‌های الحاقی مصوب ۱۹۷۷، نیز تکرار شده، با ممنوعیت شکنجه در بحرانی‌ترین زمان‌ها، نشان می‌دهد که قاعده منع شکنجه قاعده‌ای مطلق می‌باشد. بنابراین حق شکنجه نشدن در هیچ حالتی تعطیل‌بردار نیست.

مواد ۳ الی ۵ کنوانسیون بین‌الدولی آمریکایی، جنگ، تهدید به جنگ، محاصره، حالت ضرورت، آشوب و درگیری داخلی، تعلیق تضمین‌های قانون اساسی، بی‌ثباتی داخلی و جز آن را از جهات تبری از مسئولیت ناشی از ارتکاب جرم شکنجه ندانسته است.^۵ مطابق ماده ۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ حق شکنجه نشدن حتی در زمان بحران و خطر فوق‌العاده برای موجودیت یک ملت نیز تعطیل‌بردار نیست. در ماده ۳ اعلامیه ۱۹۷۵ نیز بیان شده که دولت‌ها در اوضاع استثنایی مثل جنگ، عدم ثبات سیاست داخلی و...، مجاز به شکنجه نمی‌باشند.^۶ ماده ۲ کنوانسیون منع شکنجه،

۱. مجتمع فرهنگی آیت الله طالقانی، حقوق بشر در جهان امروز (مجموعه مقالات کنگره بررسی مسائل اساسی

حقوق بشر در جهان امروز)، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳، ص. ۳۸۴.

۲. مهرپور، حسین، نظام بین‌المللی حقوق بشر، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۷، ص. ۹۷.

۳. ممتاز، جمشید، و امیرحسین رنجبران، حقوق بین‌الملل بشردوستانه مخاصمات مسلحانه داخلی، نشر میزان،

۱۳۸۴، ص. ۳۸.

۴. همان، صص. ۱۵۱ و ۱۵۲.

۵. مرکز مطالعات حقوق بشر، حقوق بشر و چشم‌اندازها، نشر گرایش، ۳۸۲، ص. ۶۸.

۶. علامه، غلامحیدر، جنایات علیه بشریت و حقوق بین‌الملل کیفری، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص. ۹۵.

از دولت‌های عضو به صراحت می‌خواهد تا با اقدامات قانونی، قضایی، اداری و سایر اقدامات مؤثر از اعمال شکنجه ممانعت کرده و تحت هیچ شرایطی به اعمال آن مشروعیت نبخشند.^۱ این اصل در سایر اسناد بین‌المللی از جمله اعلامیه وین ۱۹۹۳ نیز مورد توجه قرار گرفته است. به هر حال براساس اطلاق قاعده منع شکنجه به درستی استدلال می‌شود که دلایلی مانند امنیت داخلی، مبارزه با تروریسم و یا حفظ مصالح نظام حکومتی، به کارگیری شکنجه یا رفتارهای موهن و خشن را مجاز نمی‌سازد.^۲ بنابراین مشاهده می‌گردد که مطابق با معاهدات و اسناد بین‌المللی، قاعده منع شکنجه مطلق بوده و هیچ شرایطی سبب نقض این قاعده نمی‌گردد.

در بین اصول حقوق بین‌الملل، احترام به کرامت انسان از عمده‌ترین اصول می‌باشد. اصل کلی احترام به کرامت انسان پایه حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بشر و شرط مقوم یا وجودی آن است. این اصل به قدری اهمیت دارد که همه حقوق بین‌الملل را تحت تاثیر قرار داده است.^۳

در میان قواعد حقوق بین‌الملل، قواعدی یافت می‌شوند که درجه اقتدار آنها نه تنها به حدی است که بتوان آنها را «والا» نامید، بلکه آمره نیز برشمرده می‌شوند؛ به این معنا که احدی نمی‌تواند از آنها تخطی کند.^۴ مطابق ماده ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ قاعده آمره حقوق بین‌الملل، قاعده‌ای است که با اجماع جامعه بین‌المللی دولت‌ها به عنوان قاعده‌ای تخلف‌ناپذیر شناخته می‌شود و معاهدات متعارض با آن باطل است.^۵ شکل‌گیری مفهوم تعهدات مشخص کرد که اهمیت و دامنه شمول همه تعهدات بین‌المللی به یک اندازه نیست و نتیجه نقض برخی تعهدات با بقیه متفاوت خواهد بود.^۶ از میان قواعد بشردوستانه که از قدیم دارای ویژگی عرفی بوده‌اند، اصولی هستند که اقتدار خاصی دارند.^۷ از نظر دیوان بین‌المللی دادگستری بنا به اهمیت حقوقی که مطرح هستند، در رعایت تعهداتی که دیوان آنها را «تعهدات»

۱. همان، ص. ۱۰۱؛ و شریفیان، جمشید، راهبرد جمهوری اسلامی ایران در زمینه حقوق بشر در سازمان ملل متحد، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۰، ص. ۱۳۶.

۲. اردبیلی، محمدعلی، حقوق بین‌الملل کیفری، گزیده مقالات ۱، نشر میزان، ۱۳۸۳، صص. ۱۳۷-۱۳۶.

۳. هنجنی، سیدعلی، «قواعد بنیادین حقوق بین‌المللی کیفری و قواعد آمره»، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس، ریاست جمهوری ۱۳۸۴، ص. ۲۴۴.

۴. همان، ص. ۲۳۲.

۵. رنجبران، امیرحسین، «جایگاه قاعده منع شکنجه در حقوق بین‌الملل معاصر»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۰، زمستان ۱۳۸۴، ص. ۱۶۵.

۶. همان، صص. ۱۶۶-۱۶۵.

۷. هنجنی، پیشین، ص. ۲۳۸.

می‌خواند، همه دولت‌ها به لحاظ حقوقی ذی‌نفع فرض می‌شوند.^۱ صلاحیت دیوان محدود به سنگین‌ترین جنایاتی است که به کل جامعه بین‌المللی لطمه می‌زند. از جمله این جرایم، نسل‌کشی، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی و جنایت تجاوز است.^۲ از آنجا که یکی از اساسی‌ترین حقوق بشر، حق شکنجه نشدن است، قاعده منع شکنجه به عنوان یکی از قواعدی شناخته می‌شود که منزلت بالایی دارد. به همین سبب است که قاعده منع شکنجه را به عنوان یکی از قواعد آمره و تعهد قلمداد می‌کنند. سال‌ها پیش گروهی از حقوق‌دانان با توجه به این که رهایی از شکنجه یکی از حقوق بنیادین بشر بوده و همه افراد صرف‌نظر از ملیت خود از آن برخوردارند،^۳ برای حق شکنجه نشدن جایگاه ویژه‌ای قائل شدند. در سال ۱۹۹۶، کمیسیون حقوق بین‌الملل در اجلاس خود تصویب کرد که شکنجه در گروه جنایات ضد بشریت قرار دارد. همچنین اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی مصوب ۱۹۹۸، شکنجه را با دو عنوان جنایت ضدبشریت و جنایت جنگی می‌خواند.^۴ از آنجایی که صلاحیت دیوان مربوط به جنایات سنگینی مثل جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی است^۵ که به کیان بشریت لطمه می‌زند، قرار گرفتن شکنجه در ردیف جنایات ضد بشریت و جنایت جنگی، باعث شد تا دیوان برای رسیدگی به جرم شکنجه صلاحیت پیدا کند. بنابراین ممنوعیت شکنجه به دلیل اهمیتی که دارد به عنوان قاعده‌ای آمره و تعهد، جایگاه خود را در جامعه جهانی به دست آورد.

۲-۱-۲. شرایط ارتکاب شکنجه بر اساس کنوانسیون ۱۹۸۴

کنوانسیون منع شکنجه (۱۹۸۴) مهم‌ترین سند بین‌المللی در ارتباط با ممنوعیت اعمال شکنجه است. بند ۱ ماده ۱ این کنوانسیون شکنجه را تعریف کرده است. مطابق با این تعریف، ایراد درد و رنج و صدمه، باید دارای شرایطی باشد تا بتوان گفت که جرم شکنجه محقق شده است. بر اساس کنوانسیون ۱۹۸۴، ایراد درد یا صدمه، در صورتی مصداق شکنجه می‌باشد که شدت داشته باشد. بنابراین آزار و اذیتی که شدت نداشته باشد، شکنجه محسوب نمی‌گردد. روح مقررات بین‌المللی و آرای مراجع قضایی بین‌المللی نیز بر این امر دلالت دارند که درد و رنج را در صورتی که به حد کافی شدید

۱. رنجبران، پیشین، صص. ۱۶۶-۱۶۵.

۲. هنجی، پیشین، ص. ۲۳۷.

3. Kuhner, R, Torture, in: Encyclopedia of Public International Law, 1985, p. 512.

4. Roy S. Lee (editor), The International Criminal Court: Elementals of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, New York, Transnational Publishers, 2002, p. 90.

۵. هنجی، پیشین، ص. ۲۳۷.

باشد می‌توان به عنوان رکن مادی شکنجه پذیرفت.^۱ بنابراین در صورت فقدان این شرایط نمی‌توان عنوان شکنجه را بر فعل ارتكابی قرار داد. یکی دیگر از شرایطی که با توجه به شواهد قانونی و میثاق‌های بین‌المللی، برای تحقق جرم شکنجه لازم است، تحمیل رنج بر دیگری از سوی کسی است که به نوعی در ارتباط با قدرت مسلط بر جامعه عمل می‌کند. از این رو اقدام به ایداء شدید دیگران، به وسیله اشخاص حقیقی غیرمرتبط با دولت، اگر چه ممکن است با تشدید در عکس‌العمل‌های جزایی مواجه گردد، اما به عنوان جرم شکنجه قلمداد نخواهد شد. کنوانسیون ۱۹۸۴ ناظر به شکنجه‌های رسمی عاملان و منصوبین به هیأت حاکمه و در رابطه با وظایف دولتی است؛^۲ یعنی ایداء و آزاری که کارگزاران دولت به مناسبت شغل و وظیفه رسمی مرتکب شده‌اند.^۳ البته این نکته را نیز باید در نظر داشت که لزومی به مباشرت مأمور دولتی در ارتکاب جرم شکنجه نیست و چنانچه عمل توسط مأمور رسمی انجام نشده، ولی با دستور یا رضایت یا سکوت وی انجام شود نیز شکنجه محسوب خواهد شد.^۴

یکی دیگر از شرایط لازم در تحقق جرم شکنجه عمدی بودن فعل منجر به ایداء و وجود انگیزه اخذ اقرار یا کسب اطلاعات از متهم در مرتکب جرم شکنجه است. مراد از عمد در متن کنوانسیون منع شکنجه، قصد مرتکب به حصول نتیجه نامشروع عمل خود است.^۵ در این مورد ماده ۱ کنوانسیون مذکور بیان می‌کند: «برای اهداف این کنوانسیون واژه شکنجه یعنی تحمیل هر فعل عمدی که به وسیله آن درد یا ... به منظور دستیابی به اهدافی، از قبیل کسب اطلاعات یا اقرار از قربانی یا شخص ثالث و ... بر شخصی تحمیل شود.» بنابراین با توجه به متن کنوانسیون، صرف عمد در انجام دادن فعل، کافی برای صدق عنوان شکنجه نیست؛ بلکه شکنجه‌گر علاوه بر آن باید قصد خاص، اعم از اخذ اقرار و کسب اطلاع و ... را نیز داشته باشد.

۲-۲. رویکرد اسلام نسبت به شکنجه

شکنجه در فقه دارای مفهومی عام‌تر از آنچه که در حقوق امروزی، چه در عرصه بین‌المللی و چه در عرصه داخلی مطرح شده است، می‌باشد. در فقه هرگاه

۱. موسوی، سید عباس، شکنجه در سیاست جنایی ایران، سازمان ملل متحد و شورای اروپا، نشر خط سوم، ۱۳۸۲، ص. ۷۱.

۲. صادقی، محمدهادی، «جرم شکنجه در حقوق ایران»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، شماره ۳۷، زمستان ۱۳۸۱، ص. ۱۲۵.

۳. اردبیلی، محمدعلی، «شخصیت شکنجه‌گر»، بانک مقالات حقوقی دادگستری، ۲، ۱۳۸۸، ص. ۳.

4. Smith, Rhone, Textbook on International Human Rights, London, oxford University Press, 2005, p. 99.

۵. اردبیلی، پیشین.

بحث از تحریم آزار و اذیت دیگران است، این بحث در مفهوم گسترده‌ای هرگونه ایذاء نسبت به همسر، بردگان، اسرای جنگی، متهمان و ... را در بر می‌گیرد. در عالم حقوق نیز هرچند بسیاری از افعال، مثل همسرآزاری و...، مورد ممنوعیت قرار گرفته است؛ ولی ارتکاب این افعال تحت عنوان جرم شکنجه مورد بررسی قرار نمی‌گیرد. در واقع در حقوق نوین شکنجه تنها بخشی از مفهوم فقهی آن را شامل می‌گردد؛ یعنی قسمتی که مربوط به اعمال آزار و اذیت برای کسب اقرار، شهادت و... در امر دادرسی، می‌باشد.

هرچند ادله مختلف فقهی و روح تعلیمات اسلامی بر ممنوعیت اعمال شکنجه دلالت دارد؛ با این وجود بر اساس یک نظریه فقهی اعمال شکنجه در مواردی خاص و در صورت وجود شرایطی خاص، جایز اعلام شده است. در ادامه مبانی و ادله هر یک از این دو نظر مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۲-۱. تبیین فقهی نظریه حرمت شکنجه

نظریه حرمت شکنجه گویای قاعده‌ای کلی و بدون استثناء است که دلالت بر حرمت شکنجه تحت هر شرایطی دارد. بر اساس این نظریه تحت هیچ شرایطی اعمال شکنجه جایز نبوده و اقرار، شهادت و یا هر امر دیگری که به واسطه آن تحصیل گردد باطل و فاقد اثر می‌باشد. بنابراین باید توجه داشت در صورت پذیرفتن این نظریه هیچ‌گونه توجیهی برای اعمال شکنجه، از جمله اهمیت بالای جرم ارتكابی و یا تجری مجرمین و...، قابل پذیرش نمی‌باشد و عمل در هر صورت حرام است. هرچند به ظاهر پذیرش شکنجه در حد محدود و در برخی شرایط اضطراری ممکن است کارگشا باشد، ولی اطلاق نظریه ممنوعیت، اعمال شکنجه را با توجه به تبعاتی که در پی پذیرش استثناء برای این قاعده به بار خواهد آورد، به طور کلی ممنوع اعلام کرده است.

این امر همان چیزی است که در حقوق بین‌الملل به عنوان یک قاعده کلی در مورد شکنجه مورد پذیرش قرار گرفته^۱ و قانونی اعلام کردن شکنجه توسط دولت‌ها، تحت هرگونه شرایطی را ممنوع کرده است. قائلان به نظریه حرمت شکنجه برای نظریه خود استدلال‌هایی را مطرح کرده‌اند که برخی از آنها مربوط به جایگاه انسان، به عنوان اشرف مخلوقات، در نظام هستی و حفظ این شأن بوده و برخی دیگر در ادله چهارگانه استنباط احکام ریشه دارد.

۱. رنجبران، پیشین، ص. ۱۵۰؛ و مجتمع فرهنگی آیت الله طالقانی، پیشین، ص. ۳۸۴.

انسان در مکتب اسلام دارای منزلت بالایی است؛ تا جایی که خداوند انسان را به عنوان اشرف مخلوقات یاد می‌کند.^۱ همچنین از آیات قرآن به روشنی می‌توان پی به نزدیکی و ارتباط خاصی که بین خداوند و انسان وجود دارد برد. علاوه بر آیات قرآن، در روایات نیز برتری شأن انسان نسبت به سایر موجودات مورد اشاره قرار گرفته است. روایات زیادی مبنی بر برتری انسان‌های مؤمن نسبت به ملائکه وارد شده است.^۲ پیامبر اکرم (ص) در مورد مقام و منزلت انسان مؤمن نزد خداوند می‌فرماید: «هیچ چیزی نزد خداوند عز و جل گرامی‌تر از مؤمن نیست.»^۳

با توجه به جایگاه رفیعی که انسان دارد، برای وی اهداف بلندی نیز در نظر گرفته شده است. با مراجعه به منابع اسلامی از جمله قرآن و روایات مشخص می‌شود اهداف مختلف و والایی به عنوان مقصود اصلی شریعت بیان شده است. در آیات قرآن عبودیت و بندگی، اقامه قسط و عدل، اتمام مکارم اخلاق، کمال انسانیت، قرب الهی، تهذیب نفس و اصلاح و تربیت افراد به عنوان هدف اصلی ذکر شده است.^۴

با توجه به این تعالیم نظرات مختلفی در رابطه با اهداف کلی شریعت ارائه گردیده است. از جمله نیل به کمال مطلوب انسان و رسیدن به سعادت و خوشبختی،^۵ تربیت افراد در جامعه و ایجاد حکومت و دنیایی نمونه^۶ و یا مبارزه با ظلم و فساد و اجرای عدالت.^۷ برخی در این رهگذار اجرای حدود و تعزیرات را از بزرگ‌ترین و مهم‌ترین اهداف بعثت پیامبران دانسته‌اند.^۸

هر چند نظرات در این زمینه مختلف است ولی عصاره آنها را می‌توان در دو امر خلاصه کرد. اول حرکت انسان به سوی خلیفه الله شدن بر روی زمین و دوم تبدیل

۱. سوره مؤمنون، آیه ۱۴: «ثُمَّ خَلَقْنَا النَّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ».

۲. آیات ۱۵۶ و ۳۰ سوره بقره و آیه ۷۰ سوره اسرا.

۳. هندی، متقی، کنز العمال، جلد ۱، بیروت، انتشارات مؤسسه الرساله، بی تا، ص. ۱۴۵.

۴. الهیثمی، نورالدین، مجمع الزوائد و منبع الفوائد، جلد ۱، قم، انتشارات دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۸ هـ.ق، ص. ۸۲.

۵. ذاریات، آیه ۵۶؛ و نساء، آیه ۱۳۵.

۶. ابراهیم‌زاده آملی، بنی الله، حاکمیت دینی، انتشارات اداره آموزش‌های عقیدتی سیاسی نمایندگی ولی فقیه در سپاه، پاییز ۱۳۷۸، ص. ۴۶.

۷. عوده، عبدالقادر، حقوق جنایی اسلام با تعلیقات مرحوم سید اسماعیل صدر، جلد ۱، ویرایش دوم، ترجمه اکبر غفوری، مشهد، انتشارات موسسه چاپ آستان قدس رضوی، ۱۳۷۹، ص. ۳۸.

۸. خالد مسعود، محمد، فلسفه حقوق اسلامی، ویرایش اول، ترجمه محمد رضا ظفری و فخرالدین اصغری آقمشهدی، قم، انتشارات بوستان کتاب، ۱۳۸۲، ص. ۲۰.

۹. ناصحی، مصطفی، تفکیک قوا و ولایت فقیه، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸، ص. ۹۰.

جامعه اسلامی به مدینه فاضله واجد خصوصیات مطروح در تعالیم اسلامی.^۱ در واقع اهداف اخیرالذکر در برگرفته تمامی اهداف مذکور در فوق بوده و می‌توان از آنها به عنوان مهم‌ترین اهداف شریعت اسلامی یاد کرد. چون پیرو این دو هدف اصلی سایر اهداف فوق، که جزء فروع کمال محسوب می‌شوند، خود به خود حاصل خواهند شد. حال با توجه به چنین جایگاه رفیع و اهداف بلندی که برای انسان در نظر گرفته شده است، آیا ایذاء و آزار یک شخص با توجه به انسان بودن وی جایز می‌باشد؟ مسلماً جواب این پرسش منفی است. خداوند انسان را به گونه‌ای آفریده که شرافت و شأن والای او مانع اعمال هرگونه ایذاء و آزاری نسبت به وی بوده و ارتکاب هرگونه شکنجه‌ای نسبت به وی شدیداً مورد نهی قرار گرفته است.

علاوه بر مطالب فوق به عقیده بسیاری از فقها، ادله چهارگانه استنباط احکام به صراحت بر تحریم ایذاء، اذیت و هتک حرمت انسان دلالت دارند.^۲ قرآن کریم منزلت و جایگاه رفیعی را برای انسان قائل شده است. نتیجه منطقی چنین شأن و منزلتی این است که آزار و اذیت کردن دیگران، که به نوعی تعدی به شأن انسان قلمداد می‌گردد، حرام باشد.

برخی آیات قرآن به صراحت به این موضوع اشاره کرده‌اند. یکی از مهم‌ترین آیات قرآن در این رابطه آیه ۵۸ سوره احزاب است. در این آیه خداوند می‌فرماید: «وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا كَتَبُوا فَقَدْ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا»

«و آنان که مردان و زنان باایمان را به خاطر کاری که انجام نداده‌اند آزار می‌دهند، بار بهتان و گناه آشکاری را به دوش کشیده‌اند.» این آیه عمل آزار و اذیت کنندگان مؤمنین و مؤمنات را گناهی آشکار و بهتان محسوب کرده است.^۳ بنابراین مرتکب عمل، از باب گناه بهتان، مستحق عذاب ظاهر و نمایان می‌باشد.^۴ علاوه بر قرآن، سنت نیز بر تحریم تعدیب انسان‌ها دلالت دارد.^۵ در حدیثی از امام علی (ع) نقل شده است که فرمودند: «من کسی را به صرف اتهام دستگیر نمی‌کنم و به دلیل ظن و گمان کسی را مجازات نخواهم کرد.»^۶ بر اساس این روایت اذیت و آزار متهمین، قبل از اثبات جرم به طور مطلق ممنوع شده و هیچ توجیهی، ولو اخذ اقرار یا کسب اطلاع، برای انجام آن

۱. جوادی آملی، عبدالله، ولایت فقیه، ولایت، فقهات و عدالت، انتشارات اسراء، ۱۳۷۹، ص. ۹۹-۱۰۰.

۲. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۲، قم، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷، ص. ۷۴.

۳. جرجانی، حسین بن حسن، جلاء الاذهان و جلاء الاحزان، جلد ۸، ۱۳۳۸، ص. ۲۶.

۴. واعظ کاشفی، کمال الدین حسین، مواهب علیه، جلد ۳، انتشارات اقبال، ۱۳۱۷، ص. ۴۹۰.

۵. الموسوی الخویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، جلد ۱، انتشارات لطفی و دارالهادی، ۱۴۰۷ هـ.ق، ص. ۳۳۰.

۶. الثقفی، ابراهیم بن محمد، القارات، جلد ۱، انتشارات بهمن، بی تا، ص. ۳۷۱.

پذیرفته نیست. به عبارت دیگر احتمال ارتکاب جرم از جانب شخص، موجبی برای جواز ایذاء وی در جهت حصول علم و یقین را ایجاد نمی‌کند. عموماً از اجماع به عنوان سومین دلیل، که برای استنباط احکام اسلامی مورد استفاده قرار می‌گیرد یاد می‌شود. در اصطلاح اصول اجماع، با توجه به معنی لغوی آن، اتفاق جماعتی از مجتهدین مذهب اسلام بر امری از امور دینی که اتفاق آنها کاشف از رأی معصوم باشد، تعریف شده است.^۱ در مورد شکنجه، باید گفت اجماع فقها بر ممنوعیت شکنجه قرار گرفته است^۲ و اعتقاد به جواز شکنجه در میان فقها فاقد جایگاه خاصی می‌باشد.

علاوه بر اجماع فقها مبنی بر ممنوعیت شکنجه، دلیل عقلی، به عنوان حکمی عقلی که با درک صحیح آن امکان تحصیل حکم شرعی وجود دارد،^۳ نیز بر حرمت شکنجه و تعذیب انسان‌ها دلالت می‌کند.^۴ احکام دین اسلام بسیار حساب شده و دقیق پایه‌ریزی شده است. دین اسلام دینی است که آزار و اذیت نسبت به هیچ موجود زنده‌ای، حتی حشرات را جایز نمی‌داند؛^۵ بنابراین به طریق اولی اعمال هرگونه آزار و اذیت نسبت به انسان‌ها از دیدگاه مکتب اسلام جایز نمی‌باشد.^۶

نتیجه مباحث فوق این است که بدون هیچ شک و تردیدی عموم و اطلاق ادله استنباط احکام اسلامی، اعم از قرآن، سنت، اجماع و عقل، دلالت بر ممنوعیت شکنجه دارند و مرتکبین آن را مستحق مجازات تعزیری می‌دانند. مضاف بر این، شأن و منزلتی که مکتب اسلام برای انسان قائل شده است مانع از این است که اعمال هرگونه ایذاء و اذیتی را نسبت به مورد پذیرش قرار دهد. بنابراین این پدیده شوم به هیچ وجه و تحت هیچ شرایطی نمی‌تواند وجهه شرعی به خود بگیرد.

۲-۲-۲. نقد و بررسی نظریه جواز شکنجه

همان‌طور که توضیح کامل آن آورده شد، ادله چهارگانه به صورت مطلق بر ممنوعیت شکنجه دلالت دارند. با وجود این برخی از فقها به دلایل و توجیهاتی قائل

۱. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ویرایش سوم، انتشارات دانشگاه تهران، زمستان ۱۳۷۷، ص. ۱۷۲.
۲. نجفی، پیشین، صص. ۶۰ و ۷۴.
۳. محمدی، پیشین، ص. ۲۰۱.
۴. نجفی، پیشین، ص. ۴۹.
۵. الغاملی، الشیخ زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، جلد ۷، انتشارات داوری، ۱۴۱۰ هـ.ق. ص. ۲۳۲؛ و محقق اردبیلی، مجمع الفوائد والبرهان، جلد ۱۱، قم، انتشارات جامعه المدرسین، ۱۴۰۹ هـ.ق. ص. ۱۳۶؛ و هندی، پیشین، ص. ۲۶۰.
۶. مجلسی، محمد باقر، بحارالانوار الجامعه لدرر اخبار الائمه الاطهار، جلد ۷۶، بیروت، انتشارات مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ هـ.ق. ص. ۲۷.

به این اطلاق نیستند. به عقیده ایشان اعمال شکنجه تحت شرایطی خاص واجد توجیه شرعی است. البته باید توجه داشت که بر خلاف نظریه حرمت شکنجه که به طور مطلق اعمال شکنجه تحت هر شرایطی را ممنوع می‌داند، نظریه جواز، در مواردی خاص اعمال شکنجه را جایز می‌داند. به عبارت دیگر قائلین به این نظر نیز هرچند اصل را بر ممنوعیت اعمال شکنجه قرار می‌دهند، منتها این ممنوعیت را مطلق ندانسته و استثنائاتی بر آن وارد می‌آورند. بنابراین نباید از عنوان این نظریه به اشتباه تصور نمود که این نظریه کاملاً در مقابل نظریه حرمت قرار دارد و براساس آن اعمال شکنجه نسبت به افراد علی‌الطلاق جایز است.

حال با توجه به این که قائلین به نظریه جواز اجرای شکنجه در مواردی خاص را جایز و مشروع می‌دانند، مسلماً باید با تعیین دقیق شرایط، حیطه‌ای که در آن حیطه می‌توان اعمال شکنجه کرد را نیز تعیین کنند. به واقع اصلی‌ترین بحث در این نظریه تعیین حیطه جواز شکنجه است. منتها در عمل بین قائلین به این نظر اختلافاتی وجود دارد. به نظر منشأ اصلی اختلافات، مربوط به مبنایی است که قائلین به این نظر انتخاب می‌کنند. این اختلاف در مبنا باعث می‌شود در شرایط اعمال شکنجه و همچنین شخصی که صالح برای اعمال شکنجه است نیز اختلاف‌نظری رخ دهد.

از نظر مبنایی برخی از قائلین به جواز شکنجه، اعمال شکنجه را از امور مربوط به سیاست دانسته‌اند و برخی دیگر آن را در باب اجرای تعزیر وارد کرده‌اند. اثر مستقیم این اختلاف نظر به مقام صالح برای اجرای شکنجه برخواهد گشت. به عبارت دیگر اگر اجرای شکنجه بر متهم را امری از امور سیاست جامعه قلمداد کنیم،^۱ نتیجه این خواهد بود که اعمال شکنجه منحصراً در دست حاکم حکومت و کارگزاران دولتی قرار گرفته و قضات صالح در اعمال شکنجه نخواهند بود. قائلین به این نظریه زمانی که بحث از اختیارات حاکم حکومت اسلامی می‌نمایند، سخت‌گیری بر متهم و استفاده از طرق مختلف برای کشف جرم از طریق اخذ اطلاعات از متهم را به عنوان یکی از وظایف حاکمان به حساب می‌آورند.^۲ بر اساس این نظر در صورت وجود سایر شرایط لازم، سلطان می‌تواند متهم را از باب تعزیر تنبیه کند تا واقعیات مربوط به جرم را کشف نماید.^۳ بر خلاف نظر فوق اگر قائل به این باشیم که اعمال شکنجه از باب اجرای تعزیر

۱. ابن عابدین، حاشیه‌ی رد المحتار، جلد ۴، بیروت، انتشارات دارالفکر، ۱۴۱۵هـ.ق، ص. ۲۴۵.

۲. ابن روزبهان، فضل الله، سلوک الملوك، انتشارات خوارزمی، ۱۳۶۲، ص. ۲۲۱.

۳. قاضی ابویعلی، محمدبن حسین فراء، احکام السلطانیه، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، بی تا، صص. ۲۶۰-۲۵۷؛ و الماوردی، ابی الحسن علی بن حبیب البصری البغدادی، الاحکام السلطانیه، قم، انتشارات دفتر

تبلیغات اسلامی، بی تا، صص. ۲۱۹-۲۱.

می‌باشد، در این صورت قضات نیز صلاحیت اعمال شکنجه را خواهند داشت. در واقع قائلین به نظر اخیر صلاحیت اجرای شکنجه را برای قضات نیز در نظر گرفته‌اند.^۱ نظر اخیر با توجه به توسعه مقام صالح بر اعمال شکنجه می‌تواند تبعات سوء بیشتری را نسبت به نظریه اول به بار آورد.

همان‌طور که اشاره شد از طرز گفتار قائلین به نظریه جواز شکنجه مشخص است که اعمال شکنجه از دیدگاه ایشان به صورت مطلق جایز نیست و صرفاً تحت شرایطی خاص این امکان وجود دارد. با این حال به دلیل عدم تصریح به این شرایط و عدم تعیین دقیق آن‌ها، دامنه این جواز کاملاً معین نشده است.

یکی از مهم‌ترین دلایلی که قائلین به جواز شکنجه در توجیه نظر خود عنوان کرده و سعی داشته‌اند که با توسل به آن، حیطه جواز شکنجه را تعیین کنند مربوط به این است که نظریه جواز شکنجه واجد توجیه اجتماعی می‌باشد. به نظر ایشان توسل به ادله اثبات دعوا در بسیاری از موارد نمی‌تواند به طور کامل به اثبات جرایم منجر شود؛ به‌خصوص در مواردی که ماهیت جرایم به نوعی است که بیشتر در خفا ارتکاب پیدا می‌کند.^۲ بنابراین در این گونه موارد اگر شکنجه به عنوان مستمسکی برای اثبات جرایم جایز محسوب نگردد بزهکاران جسورتر خواهند شد. این امر در مورد بزهکارانی که به فساد مشهور هستند اهمیت بیشتری دارد. گذشته از مطلب فوق رهایی متهمان از اجرای عدالت باعث شکل‌گیری این تصور غلط در میان حاکمان حکومت اسلامی می‌شود که احکام شریعت توان تأمین مصالح مردم را ندارد. نتیجه شکل‌گیری این عقیده این خواهد بود که حاکمان حکومت اسلامی از حدود الهی خارج شده و مبدع بدعت‌ها و بی‌عدالتی‌هایی خواهند شد.^۳ در مورد توجیه اول باید گفت هرچند فرار مجرمین از چنگال عدالت باعث تجری مجرمین خواهد شد ولی نباید از نظر دور داشت که تاوان پیشگیری از این امر، قربانی کردن کرامت و شرافت انسانی می‌باشد. توجیه دوم نیز کاملاً بی‌پایه است. حاکمی که دارای شرایط لازم برای تصدی‌گری حکومت اسلامی است هرگز در تعالیم شریعت شک نکرده، دست به ایجاد بدعت در دین نخواهد زد. قائلین به نظریه جواز شکنجه علاوه بر استدلال‌های فوق به روایاتی نیز استناد کرده‌اند. از جمله روایاتی که ایشان به آن استناد می‌نمایند، حدیثی است که این‌گونه عنوان کرده است: «ان النبی حبس فی تهمه»^۴ همچنین قائلین به نظریه جواز شکنجه

۱. ابن عابدین، پیشین، ص. ۲۵۹.

۲. همان.

۳. همان، ص. ۲۴۵.

۴. همان، ص. ۱۲۱.

معتقدند اقدام پیامبر(ص) به حبس متهم از باب تعزیر وی بوده است.^۱ بنابراین در موارد دیگر نیز می‌توان جواز اعمال تعذیب بر متهم را صادر نمود. اما این استناد با اشکال جدی روبرو است. چرا که اولاً همان طور که امام محمد باقر(ع) می‌فرماید: «آنچه موجب گردید فرمانروایان شکنجه را جایز بدانند دروغی بود که انس بن مالک به پیامبر(ص) نسبت داد؛ که آن حضرت دست مردی را با میخ به دیوار کوبید و از این رو امرا و حکام آزار و ایذاء مردم را جایز شمردند.»^۲ بنابراین تمسک به این‌گونه روایات با هدف توجیه جواز شکنجه به نوعی تلاش در جهت مشروع جلوه دادن تمایلی است که در بین حاکمان جوامع در برخورد با مخالفان و مجرمین وجود دارد. در ثانی روایت فوق دلالت بر مشروعیت حبس متهم از حیث جلوگیری از فرار وی به جهت اعطای فرصت به اولیای دم بر ارائه ادله خود بوده است و نه اعمال تعزیر بر وی.

علاوه بر این احادیث، دیده شده که قائلین به این نظر بر جواز تعذیب متهمین ادعای اجماع کرده‌اند.^۳ البته این سخن فقط در حد یک ادعاست، چرا که همان طور که سابق بر این اشاره شد، در میان فقهای امامیه اجماع بر ممنوعیت شکنجه قرار گرفته است.^۴ علاوه بر این در میان عامه نیز، شافعیه شکنجه کردن را به طور کلی ممنوع اعلام کرده و اقرار ناشی از آن را غیرنافذ محسوب کرده‌اند.^۵ بنابراین به هیچ وجه ادعای اجماع بر جواز شکنجه، قابل قبول نمی‌باشد.

۳. حمایت کیفری از اصل ۳۸ قانون اساسی

اصل ۳۸ قانون اساسی بر مبنای نظریه مشهور و مقبول فقهای امامیه اقدام به ممنوعیت مطلق شکنجه نموده است. رجوع به مشروع مذاکرات مجلس شورای اسلامی در زمان تصویب این اصل، گویای این است که این اقدام (یعنی تصویب اصل ۳۸ بر مبنای نظریه حرمت شکنجه) امری آگاهانه بوده است.^۶ با وجود این، اجرای

۱. الحصفکی، المصطفی، حقوق الانسان فی دعوا الجزائیه، جلد ۵، بیروت، انتشارات مؤسسه‌ی نوفل، بی تا، ص. ۴۳۳.

۲. مجلسی، پیشین، ص. ۲۰۳.

۳. ابن عابدین، پیشین، ص. ۲۴۵.

۴. نجفی، پیشین، صص. ۶۰ و ۷۴.

۵. ابن عابدین، پیشین، ص. ۲۴۵.

۶. به هنگام تصویب اصل ۳۸ قانون اساسی، مخالفان و موافقان در مجلس شورای اسلامی وجود داشته‌اند. واضح است موافقان تصویب این اصل، من جمله آیت‌الله بهشتی(رئیس وقت مجلس شورای اسلامی)، قائل به نظریه حرمت شکنجه بوده‌اند.

«مشکینی: شکنجه به هر نحو برای گرفتن اقرار یا کسب اطلاع ممنوع است. ما معتقدیم که این امر غیراسلامی و غیر انسانی است و رأی هم به این می‌دهیم. ولی بعضی از مسائل باید مورد توجه قرار گیرد. مثل اینکه احتمالاً

صحیح این اصل در سطح جامعه محتاج به حمایت‌های کیفری می‌باشد. در واقع صرف اعلام ممنوعیت اعمال شکنجه در قانون اساسی و یا سایر قوانین غیر کیفری نمی‌تواند به نحو مطلوبی از اعمال شکنجه نسبت به افراد جلوگیری نماید.

۳-۱. لزوم حمایت کیفری

ممنوعیت شکنجه را می‌توان از دو دیدگاه مد نظر قرار داد. اول، ممنوعیت مطلق شکنجه در قوانین ایران و دوم، پیش‌بینی شکنجه به عنوان یک جرم در قوانین کیفری ایران.

صرف نظر از پیوستن کشور ایران به قراردادهای و کنوانسیون‌های بین‌المللی متعددی که به نحوی مسئله ممنوعیت اعمال شکنجه را مورد توجه قرار داده‌اند، قانونگذار ایران در سطوح مختلف قانونگذاری این مسئله را مورد توجه قرار داده است. مهم‌ترین مقرر قانونی در ارتباط با ممنوعیت شکنجه در حقوق داخلی ایران، اصل ۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی می‌باشد. بر اساس این اصل: «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت، اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است؛ متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می‌شود.» این اصل به طور مطلق ممنوعیت شکنجه را مورد حکم قرار داده است. علاوه بر قانون اساسی، ممنوعیت اعمال شکنجه در قوانین دیگر نیز مورد توجه قرار گرفته است. از مهم‌ترین قوانینی که به این امر اشاره دارد قانون

← چند نفر از شخصیت‌های برجسته را ربوده‌اند و دو سه نفر هستند که می‌دانیم از این‌ها از ربایندگان اطلاع دارند و اگر چند سیلی به آنها بزنند ممکن است کشف شود. آیا در چنین مواردی شکنجه ممنوع است؟
رئیس: کسب اطلاع راه‌هایی دارد که بدون آن هم می‌تواند آن اطلاعات را بدست آورند.
مشکینی: اگر چند شکنجه این طوری به او بدهند مطلب را می‌گویند ...

رئیس: ضرر این کار بیش از نفعش است.
مشکینی: مسأله دفع افسد به فاسد، آیا در این مورد صدق ندارد؛ با توجه به این‌که در گذشته هم وجود داشته است؟

دکتر بهشتی: آقای مشکینی توجه بفرمایید که مسأله راه چیزی باز شدن است. به محض این‌که این راه باز شد و خواستند کسی را متهم به بزرگترین جرم‌ها باشد یک سیلی به او بزنند مطمئن باشید به داغ کردن همه افراد منتهی می‌شود. پس این راه را باید بست؛ یعنی اگر حتی ده نفر از افراد سرشناس ربوده شوند و این راه باز نشود، جامعه سالم‌تر است...

مکارم شیرازی: در تمام دنیا شکنجه ممنوع است. در اسلام هم ما جایی در تاریخ ندیده‌ایم که کسی را برای اقرار گرفتن شکنجه کنند. پس هم از نظر اسلامی و هم از نظر دیگران این کار ممنوع است. سابقاً که خود ما محکوم بودیم، شکنجه را منع می‌کردیم ولی حالا که حکومت به دست ما افتاده چرا شکنجه را منع نکنیم. اگر این کار را نکنیم خیلی اثر سوء می‌گذارد.» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلسه سی‌ام، صص. ۷۷۹-۷۷۷ به نقل از هاشمی، ص. ۳۱۶).

احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، مصوب سال ۱۳۸۳ مجلس شورای اسلامی، می‌باشد. در این قانون نیز ممنوعیت اعمال شکنجه به صراحت بیان شده و عدم حجیت شرعی و قانونی اطلاعات حاصل از آن مورد حکم قرار گرفته است. بند ۹ این ماده واحده ممنوعیت شکنجه متهم به منظور اخذ اقرار و یا اجبار او به امور دیگر را مد نظر قرار داده است. بند ۶ و ۷ نیز مصادیقی از افعال موجد شکنجه از جمله بستن چشم و سایر اعضاء هنگام بازجویی یا استطلاع و تحقیق، تحقیر و استخفاف و همچنین پوشاندن صورت و یا نشستن پشت سر متهم را ممنوع کرده است.

با توجه به مقرره‌های قانونی موجود در زمینه ممنوعیت شکنجه، هیچ شکی بر تحریم شکنجه از دیدگاه نظام حقوقی ایران وجود ندارد. برابر اصل ۳۸ قانون اساسی، مجازات کسی که برای اخذ اقرار یا کسب اطلاع، دیگری را اذیت و آزار می‌کند به قانون احاله شده است.^۱ در واقع در عنصر قانونی جرم لازم است که فعل توسط قانون جرم شناخته شده و کیفری نیز برای آن تعیین شده باشد.^۲ بر این اساس صرف ممنوعیت در قانون اساسی نمی‌تواند ملاک برای اعمال مجازات نسبت به مرتکب جرم شکنجه باشد. بنابراین نقش قوانین موضوعه کیفری برای تعیین ارکان و شرایط لازم برای ارتکاب این جرم بسیار مهم است.

۳-۲. نقد و بررسی حمایت کیفری موجود

مهم‌ترین مقررره قانونی در ارتباط با جرم‌انگاری شکنجه را می‌توان در فصل دهم از کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی، که به تقصیرات مقامات و مأمورین دولتی اختصاص دارد، جستجو کرد. ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی مسقیماً جرم شکنجه را مورد توجه قرار داده و این‌گونه عنوان می‌نماید: «هریک از مستخدمین و مأمورین قضایی یا غیرقضایی دولتی برای این‌که متهمی را مجبور به اقرار کند، او را اذیت و آزار بدنی نماید علاوه بر قصاص یا پرداخت دیه حسب مورد به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم می‌گردد و چنانچه کسی در این خصوص دستور داده باشد فقط دستوردهنده به مجازات حبس مذکور محکوم خواهد شد و اگر متهم به‌وسیله اذیت و آزار فوت کند مباشر مجازات قاتل و آمر مجازات آمر قتل را خواهد داشت.»

این ماده، که تعریف جرم شکنجه را از دیدگاه نظام کیفری ایران عنوان می‌نماید، ضمانت اجرای بخشی از اصل ۳۸ قانون اساسی است و صرفاً اخذ اقرار با اذیت و آزار

۱. مهاجری، پیشین، ص. ۱۳۰.

۲. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد ۱، ویرایش سوم، انتشارات میزان، ۱۳۹۲، ص. ۱۲۵.

بدنی از متهم را جرم دانسته است؛^۱ که رکن قانونی شکنجه را تشکیل می‌دهد. ولی این ماده مفهوم شکنجه را به نحوی مضیق‌تر از آنچه که مد نظر قانون اساسی بوده مورد تعریف قرار داده و در نتیجه بسیاری از مصادیقی که از دیدگاه قانون اساسی می‌تواند تحت عنوان شکنجه قرار گیرد از دیدگاه ماده ۵۷۸ شکنجه کیفری محسوب نمی‌گردد. در ادامه مواردی از ناهماهنگی‌ها و ضعف‌های این حمایت کیفری از اصل ۳۸ قانون اساسی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۳-۲-۱. عدم شمول عنوان مجرمانه نسبت به شکنجه‌های روحی

اصولاً جرم شکنجه هم می‌تواند به صورت مادی باشد و هم به صورت غیرمادی. در اکثر موارد شکنجه به صورت مادی، مثل ایراد ضرب و جرح، سوزاندن و... انجام می‌شود^۲ ولی گاه پیش می‌آید که اعمال شکنجه به صورت غیرمادی، مثل شکنجه کردن شخص ثالثی که با شکنجه‌شونده اصلی علقه‌های عاطفی دارد و یا ترساندن و ... صورت می‌پذیرد.

ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی در راستای جرم‌انگاری شکنجه به اذیت و آزار بدنی تصریح کرده و در مورد اذیت و آزار روحی سکوت کرده است. حال سؤال این است که اگر مأمور دولتی اقدام به اذیت و آزار روحی متهم نماید مشمول این ماده می‌گردد یا خیر. در این زمینه دو نظریه کاملاً متضاد وجود دارد. نظر غالب این است که با توجه به صراحت ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی، عنصر مادی جرم شکنجه صرفاً از طریق آزار و اذیت بدنی محقق می‌گردد.^۳ بر اساس این تفسیر اگر فرض کنیم مأمور دولتی برای مجبور کردن متهم به اقرار فرزند وی را جلوی چشمان وی مورد ضرب و جرح قرار دهد این عمل شکنجه محسوب نخواهد شد؛ چراکه شکنجه در مورد متهم شکنجه روحی است و در مورد فرزند نیز به واسطه متهم نبودن شکنجه محسوب نمی‌گردد. البته این امر مسلم است که هرگاه اذیت و آزار روحی منجر به ایجاد آثار بدنی شود، عنوان شکنجه صدق خواهد کرد.^۴ چرا که در این موارد شکنجه بدنی محسوب خواهد شد.

۱. شکر، رضا، و سیروس قادر، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، ویرایش دوم، نشر مهاجر، ۱۳۸۵، ص. ۵۸۷.

۲. مارتینلی، فرانکو، تاریخ تفتیش عقاید، ترجمه ابراهیم صادقیانی، تهران، انتشارات جهان رایانه، ۱۳۷۸، ص. ۹۸؛ و شاهدی، مظفر، ساواک - سازمان اطلاعات و امنیت کشور، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های سیاسی، ۱۳۸۶، ص. ۶۴۵.

۳. زراعت، عباس، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، ویرایش سوم، انتشارات ققنوس، زمستان ۱۳۸۰، ص. ۴۲۳.

۴. حجتی، سیدمهدی، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، انتشارات میثاق عدالت، ۱۳۸۴، ص. ۹۴۴.

در مقابل نظر فوق نظریه دیگری نیز وجود دارد. بر اساس نظر اخیر اگرچه قانون‌گذار در ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی طریق وقوع جرم را به اذیت و آزار بدنی محدود کرده است، اما این امر به معنی انحصار تحقق شکنجه به فعل مادی نبوده، بلکه تنها می‌تواند حاکی از شمول حکم ماده یادشده بر شکنجه بدنی باشد. زیرا اطلاق و عموم برخی ادله ممنوعیت شکنجه بر امکان تحقق این جرم از طریق افعال غیرمادی نیز دلالت دارد. چنان‌که در اصل ۳۸ قانون اساسی و نیز برخی از کنوانسیون‌های بین‌المللی، که دولت ایران به برخی از آنها ملحق شده است، بر وقوع شکنجه به اعمال روانی و آزار روحی تصریح شده است.^۱

عدم تصریح ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی بر وقوع شکنجه به افعال غیرمادی هرگز به معنی نفی آن نبوده است. ارتکاب اعمالی از قبیل ترساندن، تهدیدات حیثیتی و آبرویی و ... نیز بدون تردید شکنجه تلقی می‌گردد. اگرچه این نحو از ارتکاب جرم، مجازات پیش‌بینی شده در ماده مذکور را شامل نخواهد بود.^۲

همان‌طور که مشخص است قائلین به این تفسیر نیز در اعمال مقررات ماده ۵۷۸ بر شخصی که مرتکب شکنجه روحی شده است تردید دارند. البته این تردید بی‌جا نیست چراکه هرچند عموماً از قانون اساسی به عنوان یکی از منابع حقوق جزای موضوعه یاد می‌شود^۳ و ممنوعیت مطلق شکنجه مقرر در قانون اساسی نیازمند ضمانت اجرای کیفری شایسته است،^۴ ولی به هر حال اصول قانون اساسی نمی‌توانند به عنوان عنصر قانونی یک جرم قرار گیرند. به عبارت دیگر از آنجا که بدون متن قانونی جرمی وجود نخواهد داشت،^۵ نمی‌توان بدون تصویب قانون موضوعه کیفری، بر اساس قانون اساسی اقدام به مجازات مجرمین کرد؛ چراکه این امر با اصل قانونی بودن مجازات هماهنگی ندارد.^۶ در مورد جرم شکنجه و ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی نیز موضوع به همین شکل است. وارد کردن مصادیق شکنجه روحی تحت این ماده مغایر با تفسیر مضیق، که در سایه پذیرش و اجرای اصل قانونی بودن جرم و مجازات مطرح شده است، می‌باشد. بنابراین باید گفت مقتضای این ماده این است که شامل شکنجه روحی نگردد.

۱. صادقی، پیشین، صص. ۱۲۴-۱۲۳.

۲. همان، ص. ۱۲۴.

۳. باهری، محمد، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، مقارنه و تطبیق رضا شکری، ویرایش دوم، انتشارات مجد، ۱۳۸۰، ۵۸ و ۵۹.

۴. هاشمی، پیشین، ۳۱۷.

۵. افراسیابی، محمداسماعیل، حقوق جزای عمومی، جلد ۱، ویرایش اول، انتشارات فردوس، ۱۳۸۲، ۱۶۹.

۶. باهری، پیشین، ۳۹۴ و ۳۹۵ و نوربها، رضا، زمینه‌ی حقوق جزای عمومی، ویرایش دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰، ۵۸ و گلدوزیان، ایرج، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، ویرایش دوم، انتشارات میزان، زمستان ۱۳۸۰، ۷۳.

ولی با توجه به اطلاق اصل ۳۸ قانون اساسی و صراحت کنوانسیون‌های بین‌المللی بر ممنوعیت اعمال شکنجه‌های روحی و همچنین با عنایت به این که شکنجه‌های روحی گاه بسیار خطرناک‌تر از شکنجه‌های بدنی بوده و اثرگذاری بیشتری دارند،^۱ شایسته بود متن ماده ۵۷۸ طوری تنظیم می‌گردید که دربرگیرنده این نوع شکنجه نیز باشد.

۲-۲-۳. عدم تعیین ملاک دقیق از جهت نوعی بودن یا شخصی بودن

فعل منتج به شکنجه

وقوع جرم شکنجه مستلزم حصول نتیجه مجرمانه، یعنی ایراد آزار و اذیت بر مجنی‌علیه، می‌باشد. حال سؤال این است که ملاک برای آزار و اذیت محسوب کردن یک فعل چیست؟ به عبارت دیگر چه میزان از آزار و اذیت برای تحقق جرم شکنجه ضروری است؟ مطمئناً هر میزان از آزار و اذیت را نمی‌توان شکنجه محسوب کرد. با عنایت به این که در شکنجه اخذ اقرار مد نظر مرتکب جرم می‌باشد، اصولاً آزار و اذیت باید در حدی باشد که عرفاً مؤثر در اخذ اقرار باشد. به عبارت دیگر فعل ارتكابی باید دارای درجه‌ای از رنج و درد باشد که برای الزام متهم به اقرار لازم است. در قانون مجازات اسلامی ملاک خاصی برای تشخیص شکنجه محسوب کردن فعل ارائه نشده است و این امر یکی از نقاط ضعف این ماده در حمایت از افراد در برار اعمال شکنجه می‌باشد.

در تعریفی که ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۸۴ از شکنجه ارائه داده است، برای درد و رنجی که عنصر مادی شکنجه را تشکیل می‌دهد قیدی قائل شده که برخی آن را «درد و رنج شدید جسمی و روحی»^۲ و برخی دیگر آن را «درد و رنج جانکاه جسمی روحی»^۳ ترجمه کرده‌اند؛ که هر دو بر لزوم وجود درجه‌ای از شدت در افعال منجر به شکنجه دلالت دارد. اضافه بر این با عنایت به هدف کنوانسیون، که حمایت از افراد در مقابل شکنجه و قربانیان رفتارهای وحشیانه عنوان شده است،^۴ می‌توان گفت شدت فعل منتج به شکنجه بر اساس کنوانسیون ۱۹۸۴ باید در حدی باشد که عمل عرفاً خشن و جانکاه محسوب گردد. این موضوع در تعاریفی هم که بر مبنای این کنوانسیون از شکنجه ارائه شده به طور ضمنی نمایان است. به عنوان مثال به تعریف ذیل، که بر شدت داشتن رفتار منجر به شکنجه تأکید دارد، توجه فرمایید:

۱. موسوی، پیشین، ۸۹ و ۹۳.

۲. مهرپور، پیشین، ص. ۹۶.

۳. هاشمی، پیشین، ص. ۳۱۵.

۴. سرمدی، مهدی، «تجزیه و تحلیل کنوانسیون منع شکنجه و سایر رفتارها و مجازات‌های ظالمانه، غیرانسانی و تحقیرآمیز»، مجله دادرسی، شماره ۶۱، ۱۳۸۶، ص. ۳۶.

«شکنجه شکل تشدید شده و عمدی از رفتار ... ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیرکننده را تشکیل می‌دهد.»^۱

بر اساس مبانی اسلام نیز اعمال شکنجه ممنوع بوده و اگر کسی در حال تهدید یا ترس یا زندان اقرار به گناه کرد، اقرار وی بی اعتبار است و حد بر وی جاری نمی‌گردد.^۲ در مباحث فقهی وقتی که بحث از ممنوعیت شکنجه می‌شود از خشونت به عنوان شرط لازم آن یاد نمی‌گردد. به عنوان مثال وقتی بحث از عدم جواز شکنجه نسبت به اسیران است، منع شکنجه به صورت مطلق مدنظر قرار گرفته است و مسأله حفظ احترام، سلامت و امنیت مطرح می‌گردد^۳ نه شکنجه‌های خشن و طاقت‌فرسا.

حقوق دانان اسلامی در تشخیص مصادیق ایذاء، رنجش آدمی را ملاک دانسته، هر اقدام موجب رنج را ممنوع شمرده‌اند. از این رو «ایذاء» در برگیرنده کمترین رنج و درد نیز می‌گردد. اگرچه این معیار نوعی بوده اما تأثیر غیرمتعارف افراد به دلیل حساسیت و روحیات خاص آنها در برابر فعلی که نوعاً ایذاء قلمداد نمی‌شود مؤثر در مقام نخواهد بود. بنابراین، معیار، رنجی است که در آن شرایط، نزد متعارف مردم آزار شناخته می‌شود به طوری که عرف در حقیقت حکم به آزار بودن آن می‌کند نه به این دلیل که متأذی به علت انتظارات غیرمتعارف، سریع‌التأثیر بودن، و یا کمی تحمل در برخورد با دیگران رنجیده شده است.^۴

همان‌طور که اشاره شد قانون مجازات اسلامی تکلیف را در مورد نوعی بودن یا شخصی بودن فعل موجد شکنجه مشخص نکرده است با این حال نظر حقوق دانان که براساس ماده ۵۷۸ و سایر مواد قانون مجازات اسلامی ارائه شده است مبتنی بر این است که ملاک در شکنجه صرف مصداق ایذاء نبوده، علاوه بر آن به درجه‌ای از شدت درد و رنج که معمولاً مؤثر قلمداد می‌گردد نیز نیازمند است. این ملاک شخصی بوده در افراد مختلف با توجه به ویژگی‌های شخصیتی روانی و جسمی آنها متفاوت است. از این رو تحقق شکنجه متوقف بر رنج و درد غیرقابل تحمل برای شخص بزه‌دیده است هرچند وی با مقاومت در برابر آن مطلوب شکنجه‌گر را تأمین نموده است، اقرار و اعتراف نکرده باشد.^۵

۱. علامه، پیشین، ص. ۹۵.

۲. بسته‌نگار، محمد، حقوق بشر از منظر اندیشمندان، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰، ص. ۷۱۶.

۳. گودرزی بروجردی، محمدرضا، و مظفر الوندی، حقوق بشر در نظام کیفری و زندان‌ها، انتشارات راه تربیت، ۱۳۸۲، ص.

۵۸؛ محقق داماد، سید مصطفی، حقوق بشردوستانه بین‌المللی، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳، ص.

۵۷؛ ذاکریان، مهدی، مفاهیم کلیدی حقوق بشر بین‌المللی، نشر میزان، زمستان ۱۳۸۳، ص. ۶۷.

۴. صادقی، پیشین، صص. ۱۲۸-۱۲۷.

۵. همان، ص. ۱۲۸.

بنابراین باید بین افعالی که ممکن است موجب شکنجه باشند، تفکیک قائل شد. برخی از این افعال غالباً باعث آزار و اذیت و ایذاء می‌گردند. مثل شوک الکتریکی، ضرب و شتم، سوزاندن و اعمال این‌گونه اعمال نسبت به متهمین، در صورت وجود سایر شرایط موجود در ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی، مسلماً شکنجه محسوب می‌گردد. در مقابل این اعمال، اعمال دیگری نیز وجود دارد که نسبت به برخی افراد، آزار و اذیت محسوب و نسبت به برخی دیگر ایذاء محسوب نمی‌گردد. در شکنجه محسوب کردن این‌گونه اعمال باید ویژگی‌های شخص مورد شکنجه را در نظر گرفت. چنانچه به لحاظ ویژگی‌های فردی شخص مورد شکنجه، این‌گونه اعمال برای وی اذیت و آزار محسوب گردد، عمل شکنجه محسوب می‌شود و چنانچه افعال ارتكابی برای فرد مورد شکنجه اذیت و آزار محسوب نگردد، عمل نیز شکنجه محسوب نخواهد شد.

این تفسیر، تفسیری است که بر اساس مبانی حقوقی ارائه شده است؛ ولی به هر حال با توجه به تفاوت ملاکی که در تعالیم اسلام و اسناد بین‌المللی در ارتباط با درجه و شدت عمل منتج به شکنجه وجود دارد، شایسته بود در قوانین کیفری ملاک شکنجه محسوب شدن عمل به صورت کاملاً روشن تعیین می‌گردید.

۳-۲-۳. محدود نمودن تحقق جرم نسبت به متهمین

جرم شکنجه معمولاً علیه افرادی خاص مثل متهمین، مجرمین، شهود و مطلعین محقق می‌گردد. همان‌طور که ملاحظه شد اصل ۳۸ قانون اساسی در راستای مقابله با این عمل، هرگونه شکنجه را برای تحصیل اقرار یا کسب اطلاع، با مفهوم عامی که داراست، ممنوع کرده است. با توجه به این اصل از قانون اساسی قاعداً قانون مجازات اسلامی نیز می‌بایست در راستای تحقق بخشیدن به اهداف قانون اساسی طوری تنظیم شود که این ممنوعیت را به طور جامعی تحت حمایت کیفری درآورد. در واقع ممنوعیت مطلق شکنجه مقرر در قانون اساسی نیازمند ضمانت اجرای کیفری شایسته می‌باشد.^۱ اما متأسفانه این امر در ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی به نحو مطلوبی صورت نپذیرفته است. موضوع ماده ۵۷۸ اخذ اقرار از متهم می‌باشد. با توجه به صراحتی که این ماده داراست، داخل کردن افراد دیگر مثل شهود و مطلعین و ... به این ماده به هیچ وجه قابل توجیه نیست. این تصریح باعث شده تمامی حقوق دانان نیز بر این امر صحه بگذارند.^۲

۱. هاشمی، پیشین، ص. ۳۱۷.

۲. گلدوزیان، محشای قانون مجازات اسلامی، پیشین، ص. ۲۸۸؛ مهاجری، پیشین، ص. ۱۳۱؛ حجتی، پیشین، ص. ۹۴۵.

که بر اساس این ماده نمی‌توان عمل مأمور دولتی را که به عنوان مثال برای اخذ شهادت، شهود را مورد شکنجه قرار داده است، مورد مجازات قرار داد.

برخی از حقوق‌دانان سعی کرده‌اند با توجه به مفهوم شکنجه بر اساس کنوانسیون‌های بین‌المللی و همچنین قانون اساسی، صدق عنوان شکنجه را بر ایذاء و اذیت وارده بر متهمین محدود نمایند. در این رابطه این‌گونه عنوان شده است: متهم بودن بزه دیده از شرایط لازم در تحقق رکن مادی شکنجه محسوب نشده و با توجه به قید «کسب اطلاع» در اصل ۳۸ قانون اساسی به عنوان هدف و انگیزه بزه‌کار در اعمال شکنجه، مجنی‌علیه می‌تواند هر شخصی اگرچه غیرمتهم نیز باشد، هرچند در قانون مجازات اسلامی واکنش مشخص به‌منظور مجازات مرتکبین شکنجه بر غیرمتهمین و ناکردگان بزه پیش‌بینی نشده است.^۱ همان‌طور که مشخص است قسمت اول این نظر صرف نظر از ماده ۵۷۸ عنوان شده والا صراحت این ماده جایی برای تفسیر نگذاشته است.

در مورد متهم باید توجه داشت که عنوان متهم تا قبل از صدور حکم محکومیت بر فرد صدق می‌کند. بنابراین ایذاء و تحمیل رنج بر بزه‌کاران پس از صدور حکم محکومیت و در حال اجرای مجازات از شمول ماده ۵۷۸ خارج است. هرچند مرتکب ممکن است وفق مواد دیگری از قوانین جزایی مانند مواد ۵۷۹ و ۵۸۷ قانون مجازات اسلامی و غیر آن مشمول کیفر واقع شود، لکن هرگاه بزه دیده به ارتکاب جرمی جز آنچه به سبب آن محکوم شده است متهم بوده و برای اخذ اقرار درباره مورد اتهام شکنجه شود از این جهت مشمول ماده ۵۷۸ می‌گردد.^۲

به هر حال شایسته بود در راستای اهداف اصل ۳۸ قانون اساسی، ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی نیز اطلاق ممنوعیت شکنجه نسبت به تمامی افراد را در نظر گرفته و عنوان مجرمانه شکنجه را محدود به اعمال آن نسبت به متهمین نمی‌کرد.

۳-۲-۴. محدود نمودن تحقق جرم به انگیزه اخذ اقرار

قانون‌گذار در ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی، در تحقق جرم شکنجه، نقش مهمی را برای انگیزه مرتکب در نظر گرفته است. باید توجه داشت عمد و انگیزه دو مقوله جدا از یکدیگرند. عمد ذاتاً متوجه نتیجه بلافصل مرتکب است. ولی انگیزه هدف غایی و منظور نسبتاً بعید فاعل است. علاوه بر آن عمد، که همان اراده رسیدن به نتیجه

۱. صادقی، پیشین، صص. ۱۲۷-۱۲۶.

۲. همان، ص. ۱۲۶.

نامشروع است، همواره در حقوق کیفری یکسان است. در حالی که انگیزه احساس یا منفعتی است که فاعل را به ارتکاب عمل سوق داده، اما همیشه به یک گونه نیست.^۱ علی‌الاصول انگیزه جزئی از ساختار قانونی رکن معنوی جرایم نیست.^۲ ولی گاه پیش می‌آید که قانون‌گذار در برخی از جرایم برای انگیزه مرتکب نقشی مهم را در نظر می‌گیرد. شکنجه در مفهوم خاص خود از جرایمی است که انگیزه مرتکب از عناصر اساسی تحقق رکن روانی آن است. انگیزه شکنجه‌گر ممکن است متنوع و صورت‌های مختلفی مانند ترس‌آفرینی، دست‌یافتن به اطلاعات مورد نظر، اخذ اقرار و اعتراف، تحقیر، ارضای حس انتقام و یا حتی انگیزه‌های خیرخواهانه داشته باشد.^۳

گاه قانون‌گذار انگیزه را جزء عناصر تشکیل‌دهنده جرم قلمداد کرده است؛^۴ مثل ماده ۱۸ قانون مبارزه با مواد مخدر.^۵ عنایت به مطلب اخیر باعث شده که برخی حقوق‌دانان، از انگیزه اخذ اقرار در ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی، با عنوان سوءنیت خاص جرم شکنجه یاد کنند.^۶ به هر حال برای تحقق جرم شکنجه موضوع ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی انگیزه‌ای خاص، که عبارت از کسب اقرار است، در نظر گرفته شده است. بنابراین اگر مأمور دولتی با انگیزه‌هایی غیر از کسب اقرار، مثلاً با غرض ورزی شخصی و یا به خاطر تنفر از متهم و ... اقدام به آزار و اذیت متهم نماید، عمل او مشمول این ماده نخواهد بود.

هرچند که اصل ۳۸ قانون اساسی اعمال هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع، در مفهوم عام خود، را ممنوع کرده است؛ ولی آنچه از ماده ۵۷۸ بر می‌آید این است که صرفاً اذیت و آزارهایی مشمول این ماده قرار می‌گیرند که با انگیزه اخذ اقرار انجام شده باشد؛^۷ هرچند برخی در این مورد معتقدند که اگر عمل با انگیزه کسب اطلاع نیز صورت گرفته باشد مشمول این ماده است.^۸ ولی تفسیر اخیر مغایر با اصول پذیرفته شده در تفسیر قوانین کیفری می‌باشد.

۱. اردبیلی، حقوق جزای عمومی، پیشین، ص. ۲۴۰.

۲. آقایی‌نیا، حسین، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص (جنایات)، ویرایش دوم، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص. ۸۷.

۳. صادقی، پیشین، ص. ۱۲۹.

۴. اردبیلی، حقوق جزای عمومی، پیشین، ص. ۲۴۰.

۵. ماده ۱۸ قانون مبارزه با مواد مخدر: «هرگاه محرز شود که شخص با انگیزه و به قصد معتاد کردن دیگری باعث اعتیاد وی به مواد مخدر در ماده ۸ شده است. برای بار اول به پنج تا ده سال حبس و برای بار دوم تا بیست سال حبس و در تکرار به اعدام محکوم خواهد شد.»

۶. حجتی، پیشین، ص. ۹۴۵.

۷. مهاجری، پیشین، ص. ۱۳۰.

۸. صادقی، پیشین، ص. ۱۲۹.

نتیجه‌گیری

تحریم شکنجه در مکتب اسلام به لحاظ مغایر بودن آن با کرامت و شأن انسان مورد حکم واقع شده است. اطلاق ادله چهارگانه به‌طور صریح دلالت بر ممنوعیت اعمال شکنجه دارند. حتی نظریه جواز شکنجه نیز در مقام مشروعیت بخشیدن به اعمال شکنجه به طور مطلق نمی‌باشد. علاوه بر تعالیم اسلامی مسأله ممنوعیت شکنجه در مجامع حقوق بشری و کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز همواره مورد توجه بوده است. علت این توجه را از یک طرف می‌توان به وجود رابطه مستقیمی که بین دولت و اعمال شکنجه وجود دارد و از طرف دیگر، نتیجه این جرم که هتک حیثیت و شرافت انسانی می‌باشد، جستجو کرد.

نظام حقوقی ایران به تبعیت از شرع و با نیم‌نگاهی به کنوانسیون‌های بین‌المللی اعمال شکنجه را به‌طور مطلق ممنوع اعلام کرده است. اصل ۳۸ قانون اساسی شاهکار قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران در بحث ممنوعیت شکنجه می‌باشد. اطلاق این اصل به نحوی است که جای هیچ‌گونه استثنائی را باقی نگذاشته است.

متأسفانه نظام کیفری ایران به نحو شایسته‌ای مفاد این اصل را مورد حمایت کیفری قرار نداده است. عدم شمول عنوان مجرمانه نسبت به شکنجه‌های روحی، عدم تعیین ملاک دقیق از جهت نوعی بودن یا شخصی بودن فعل منتج به شکنجه، محدود نمودن امکان تحقق جرم نسبت به متهمین و محدود نمودن امکان تحقق جرم نسبت به کسانی که با انگیزه اخذ اقرار اقدام به تعذیب دیگران می‌نمایند، از جمله نواقصی است که سیستم کیفری ایران در حمایت از اصل ۳۸ قانون اساسی با آن مواجه است. البته باید توجه داشت نقص موجود در قوانین کیفری صرفاً ناظر بر جرم‌انگاری نکردن تمامی فروع پیش‌بینی شده در اصل ۳۸ قانون اساسی می‌باشد؛ والا از جهت اثر اقرار یا اطلاعات تحصیل شده و عدم اعتبار آنها، خود اصل ۳۸ به نحو مطلوبی موضوع را مورد حکم قرار داده و جایی برای شک کردن باقی نگذاشته است. در پایان پیشنهاد می‌شود، در راستای اصلاح قوانین کیفری مربوط به شکنجه موارد زیر مد نظر قرار داده شود:

۱- ارائه تعریف دقیق از جرم شکنجه در قوانین کیفری که مطابق با اصول قانون اساسی باشد.

۲- تعیین دقیق ملاک برای شکنجه محسوب کردن عمل به لحاظ نوعی یا شخصی بودن و میزان شدت عمل منتج به شکنجه.

۳- توسعه شمول مفهوم شکنجه بر اعمالی که با هدف اخذ شهادت یا سوگند و یا سایر اطلاعات صورت می‌پذیرد.

منابع

- آقای‌نیا، حسین، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص (جنایات)، ویرایش دوم، نشر میزان، ۱۳۸۵.
- ابراهیم‌زاده آملی، بنی‌الله، حاکمیت دینی، انتشارات اداره آموزش‌های عقیدتی سیاسی نمایندگی ولی فقیه در سپاه، ۱۳۷۸.
- اردبیلی، محمدعلی، حقوق بین‌الملل کیفری، گزیده مقالات ۱، نشر میزان، ۱۳۸۳.
- _____، حقوق جزای عمومی، جلد ۱، ویرایش سوم، انتشارات میزان، ۱۳۹۲.
- _____، «شخصیت شکنجه‌گر»، بانک مقالات حقوقی دادگستری ۲، ۱۳۸۸.
- _____، «شکنجه»، مجله تحقیقات حقوقی ۹، بی‌تا.
- افراسیابی، محمداسماعیل، حقوق جزای عمومی، جلد ۱، ویرایش اول، انتشارات فردوس، ۱۳۸۲.
- انصاف‌پور، غلامرضا، فرهنگ فارسی کامل، ویرایش اول، انتشارات زوار، ۱۳۷۷.
- باهری، محمد، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، مقارنه و تطبیق رضا شکر، ویرایش دوم، انتشارات مجد، ۱۳۸۰.
- بسته‌نگار، محمد، حقوق بشر از منظر اندیشمندان، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.
- جلالی، تهمورس، فرهنگ جلالی ویراست فرهنگ پایه، به کوشش لیلا جلالی، نشر اختران، ۱۳۸۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۳، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
- جوادی آملی، عبدالله، ولایت فقیه، ولایت، فقاها و عدالت، انتشارات اسراء، پاییز ۱۳۷۹.
- حجتی، سیدمهدی، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، انتشارات میثاق عدالت، ۱۳۸۴.
- خالد مسعود، محمد، فلسفه حقوق اسلامی، ویرایش اول، ترجمه محمد رضا ظفری و فخرالدین اصغری آقمشهدی، قم، انتشارات بوستان کتاب، ۱۳۸۲.
- دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه دهخدا، جلد ۹، ویرایش دوم از دوره جدید، انتشارات دانشگاه، ۱۳۷۷.
- ذاکریان، مهدی، مفاهیم کلیدی حقوق بشر بین‌المللی، نشر میزان، زمستان ۱۳۸۳.
- رنجبران، امیرحسین، «جایگاه قاعده منع شکنجه در حقوق بین‌الملل معاصر»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۷۰، زمستان ۱۳۸۴.

- زراعت، عباس، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، ویرایش سوم، انتشارات ققنوس، زمستان ۱۳۸۰.
- زراعت، عباس، شرح قانون مجازات اسلامی، بخش تعزیرات - ۱، انتشارات ققنوس، زمستان ۱۳۸۲.
- سرمدی، مهدی، «تجزیه و تحلیل کنوانسیون منع شکنجه و سایر رفتارها و مجازات‌های ظالمانه، غیر انسانی و تحقیرآمیز»، مجله دادرسی ۶۱، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۶.
- شاهی، مظفر، ساواک - سازمان اطلاعات و امنیت کشور، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های سیاسی، بهار ۱۳۸۶.
- شریفیان، جمشید، راهبرد جمهوری اسلامی ایران در زمینه حقوق بشر در سازمان ملل متحد، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۰.
- شکری، رضا؛ و سیروس قادر، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، ویرایش دوم، نشر مهاجر، ۱۳۸۵.
- صادقی، محمدهادی، «جرم شکنجه در حقوق ایران»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز ۳۷، زمستان ۱۳۸۱.
- طبرسی، امین السلام ابی علی الفضل بن الحسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، جلد ۲۰، ویرایش اول، ترجمه میر باقری و دیگران، قم، انتشارات فراهانی، ۱۳۵۰.
- علامه، غلام‌حیدر، جنایات علیه بشریت و حقوق بین الملل کیفری، نشر میزان، پاییز ۱۳۸۵.
- عوده، عبدالقادر، حقوق جنایی اسلام با تعلیقات مرحوم سید اسماعیل صدر، جلد ۱، ویرایش دوم، ترجمه اکبر غفوری، مشهد، انتشارات موسسه چاپ آستان قدس رضوی، ۱۳۷۹.
- گلدوزیان، ایرج، محشای قانون مجازات اسلامی، ویرایش اول، انتشارات مجد، آبان ۱۳۸۲.
- _____، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، ویرایش دوم، انتشارات میزان، زمستان ۱۳۸۰.
- گودرزی بروجردی، محمدرضا، و مظفر الوندی، حقوق بشر در نظام کیفری و زندان‌ها، انتشارات راه تربیت، ۱۳۸۲.
- مارتینلی، فرانکو، تاریخ تفتیش عقاید، ترجمه ابراهیم صادقیانی، تهران، انتشارات جهان رایانه، بهار ۱۳۷۸.
- مجتمع فرهنگی آیت الله طالقانی، حقوق بشر در جهان امروز (مجموعه مقالات کنگره بررسی مسائل اساسی حقوق بشر در جهان امروز)، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
- محقق داماد، سید مصطفی، حقوق بشردوستانه بین‌المللی، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳.

- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ویرایش سوم، انتشارات دانشگاه تهران، زمستان ۱۳۷۷.
- مرکز مطالعات حقوق بشر، حقوق بشر و چشم‌اندازها، نشر گرایش، تابستان ۱۳۸۲.
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد ۲، ویرایش سوم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۴.
- ممتاز، جمشید، و امیرحسین رنجبران، حقوق بین‌الملل بشردوستانه مخاصمات مسلحانه داخلی، نشر میزان، ۱۳۸۴.
- موسوی، سید عباس، شکنجه در سیاست جنایی ایران، سازمان ملل متحد و شورای اروپا، نشر خط سوم، ۱۳۸۲.
- مهاجری، علی، جرائم خاص کارکنان دولت، انتشارات کیهان، ۱۳۷۲.
- مهرپور، حسین، نظام بین‌المللی حقوق بشر، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۷.
- میرعباسی، سید باقر؛ و رُزی میرعباسی، نظام جهانی ارزیابی و حمایت از حقوق بشر، انتشارات جنگل، ۱۳۸۷.
- ناصحی، مصطفی، تفکیک قوا و ولایت فقیه، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸.
- نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، ویرایش دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰.
- هاشمی، محمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، ویرایش دوم، انتشارات میزان، پاییز ۱۳۸۴.
- هنجنی، سید علی، «قواعد بنیادین حقوق بین‌المللی کیفری و قواعد آمره»، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس، ریاست جمهوری ۱۳۸۴.
- ابن روزبهان، فضل‌الله، سلوک الملوک، انتشارات خوارزمی، ۱۳۶۲.
- ابن عابدین، حاشیه ردالمحتار، جلد ۴، بیروت، انتشارات دارالفکر، ۱۴۱۵ هـ.ق.
- الحصفکی، المصطفی، حقوق الانسان فی دعوا الجزائیه، جلد ۵، بیروت، انتشارات مؤسسه نوفل، بی تا.
- العاملی، الشیخ زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، جلد ۷، انتشارات داورى، ۱۴۱۰ هـ.ق.
- الماوردی، ابی الحسن علی بن حبیب البصرى البغدادی، الاحکام السلطانیه، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، بی تا.
- الثقفی، ابراهیم بن محمد، القارات، جلد ۱، انتشارات بهمن، بی تا.
- الموسوی الخویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، جلد ۱، انتشارات لطفی و دارالهادی، ۱۴۰۷ هـ.ق.
- الهیثمی، نورالدین، مجمع الزوائد و منبع الفوائد، جلد ۱، قم، انتشارات دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۸ هـ.ق.
- جرجانی، حسین بن حسن، جلاء الاذهان و جلاء الاحزان، جلد ۸، ۱۳۳۸.

- قاضی ابویعلی، محمدبن حسین فراء، احکام السلطانیه، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، بی تا.
 - مجلسی، محمد باقر، بحارالانوار الجامعه لدرر اخبار الائمه الاطهار، جلد ۲، بیروت، انتشارات مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ هـ.ق.
 - _____، بحارالانوار الجامعه لدرر اخبار الائمه الاطهار، جلد ۷۶، بیروت، انتشارات مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ هـ.ق.
 - محقق اردبیلی، مجمع الفائده والبرهان، جلد ۱۱، قم، انتشارات جامعه المدرسین، ۱۴۰۹ هـ.ق.
 - نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۲، قم، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
 - _____، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۴۱، قم، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
 - واعظ کاشفی، کمال الدین حسین، مواهب علیه، جلد ۳، انتشارات اقبال، ۱۳۱۷.
 - هندی، متقی، کنز العمال، جلد ۱، بیروت، انتشارات مؤسسه الرساله، بی تا.
-
- Brownlie, Ian, Basic Documents on Human Rights, 2nd Ed, London, Oxford University Press, 1994.
 - Kuhner, R, Torture, Bernhardt (editor), Encyclopedia of Public International Law, 1985.
 - Roy S, Lee (editor), The International Criminal Court, Elementals of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, NY, Transnational Publishers, 2002.
 - Smith, Rhone, Textbook on International Human Rights, London, oxford University Press, 2005.
 - Walker, David, The Oxford Companion to Law, Published by Oxford University Clarendon Press Oxford, 1980.

تأملی درباره ماهیت و مبنای ارش مدنی

علی اکبر ایزدی فرد*

مهدی فلاح**

چکیده

در باب ماهیت و مبنای ارش مدنی، هم در فقه و هم در حقوق ایران، بحث‌های بسیاری درگرفته است، به گونه‌ای که برخی ضمان ارش را ضمان ید یا ضمان قیمی تلقی نموده و نفس تفاوت قیمت مبیع سالم و معیوب در بازار را، ملاک تعیین میزان ارش می‌دانند و برخی، با انتقاد از این نظر، ارش را غرامت و جبران خسارتی می‌دانند که به دلیل عیب مبیع، بر خریدار وارد می‌شود. گروهی هم، ضمان ارش را ضمان معاوضی قلمداد نموده که باید از عین ثمن پرداخت گردد.

با این وجود، ارش، نه ضمانی قیمی است، نه ضمان معاوضی، نه ضمان ناشی از نقض عهد و نه غرامت؛ بلکه، شیوه‌ای برای اجرای تعهد توافق شده در خود عقد است. وقتی طرفین عقد، بر مبنای تعادل ارزش عوضین به انعقاد قراردادی مثل بیع، مبادرت می‌ورزند، اگر این تعهد، به دلایلی همچون معیوب بودن مبیع، نقض گردد، باید به گونه‌ای این تعهد منقوض، اجرا گردد. پرداخت ارش سبب می‌شود که تعهد مورد توافق طرفین در رابطه با برقراری تعادل میان ارزش عوض و معوض، به اجرا درآید. بر این اساس، مبنای ضمان ارش، تراضی طرفین است و مفاد قرارداد طرفین، بر این اصل و تعهد استوار است که ارزش عوضین در قرارداد، نسبتاً برابر باشد. پس، مسئولیت بایع در پرداخت ارش، بر این مبنا که ناشی از مفاد قرارداد و تراضی طرفین بر برابری ارزش عوضین می‌باشد، مسئولیتی قراردادی است.

کلیدواژه‌ها: ارش، تعادل ارزش، ضمانت اجرا، ضمان معاوضی، لاضرر.

*استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول)

Ali85akbar@yahoo.com

**دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران و مدرس دانشگاه
mehdi.fallahh@yahoo.com

وقتی قرارداد معوضی مثل بیع منعقد می‌گردد، در صورتی که مبیع، معیوب درآید، به گونه‌ای که خریدار متوجه عیب کالا نشده باشد، در حقوق قراردادهای وی این حق را دارد که قرارداد منعقد را فسخ نماید یا اینکه با ابقاء عقد، مابه‌التفاوت میان مبیع سالم و معیوب را دریافت نماید. این مابه‌التفاوت میان مال سالم و معیوب، که مشتری حق دریافت آن را در صورت عدم تمایل به فسخ قرارداد دارد، در فقه و حقوق ایران، با عنوان «ارش» شناخته می‌شود.

بررسی کتب فقها و حقوق‌دانان نشان می‌دهد که گروهی بر این نظرند ضمان ارش، ضمان ید یا ضمان به قیمت می‌باشد و بر این اساس، نفس تفاوت قیمت مبیع سالم و معیوب در معاملات بازار، شیوه صحیح تعیین میزان ارش است. اما، گروهی دیگر با انتقاد از این نظر، ارش را با عنوان غرامت و جبران خسارت مورد بررسی قرار داده‌اند، با این توجیه که فقدان سلامت مبیع، ضرری است که بر خریدار وارد شده و به دلیل نهی و نفی ضرر در اسلام، باید به گونه‌ای جبران گردد و این شیوه‌ی جبران، ارش نامیده می‌شود. گروهی هم ضمان ارش را به این دلیل که در معاملات معوض، جزئی از ثمن در مقابل سلامت مبیع قرار گرفته و با فقدان این وصف و عیب مبیع، ثمن مقابل آن، باید به خریدار مسترد گردد، ضمان معاوضی قلمداد نموده که باید از عین ثمن پرداخت گردد.

بی‌تردید در کنار تمام مباحثی که پیرامون ماهیت و مبنای ارش مطرح شده‌است، آنچه در روشن ساختن ارش و مبنا و ماهیت آن به ما کمک خواهد کرد آن است که بدانیم، ارش به چه معنایی است و در لسان فقها و حقوق‌دانان چگونه استعمال شده است و در واقع از چه ماهیت حقوقی برخوردار است. علاوه بر این، باید بدانیم که ضمان ارش بر چه مبنایی استوار است و چگونه توجیه می‌شود. به عبارت دیگر، ضمان ارش چه نوع ضمان یا مسئولیتی است و بر چه مبنایی، بر بایع تحمیل می‌گردد.

هرچند در باب ماهیت و مبنای ارش در نوشته‌های فقهی و همچنین کتاب‌های حقوقی همچون قواعد عمومی قراردادها اثر دکتر کاتوزیان، جلد اول کتاب حقوق مدنی اثر دکتر امامی و تئوری موازنه اثر دکتر جعفری لنگرودی و غیره بحث و گفتگوها بسیار است و همچنین پایان‌نامه‌هایی در این باب نوشته شده‌است اما، استخراج ماهیت و مبنای ارش از خود قرارداد و تراضی طرفین و مفاد آن، امر متمایزکننده‌ای است که در این مقاله، چارچوب نظری بحث را مشخص می‌سازد. مقاله پیش‌رو، از دو قسمت تشکیل می‌شود؛ قسمت نخست، بررسی مفهوم و ماهیت ارش را در دستور کار دارد و قسمت دوم به تحلیل مبنای ارش می‌پردازد.

۱. مفهوم ارش

ارش به همزه مفتوحه و سکون راء و جمع آن اُروش، در فرهنگ لغت فارسی به معنای «دیه، پاداش، کیفر، دیه جراحات، غرامت، تاوان زخم‌ها، جبران و آنچه که در جراحات وارده واجب باشد» آمده است^۱ و در فرهنگ لغت عربی-فارسی، به معنای «دیه جراحت، رشوه، خراش، طلب خصومت، نقصان جامع»^۲ و همچنین به معنای «دیه، تاوان زخم، خون بها»^۳ آمده است. برخی واژه‌ی ارش را مترادف لفظ فارسی «ارج» دانسته‌اند و معتقدند که ارش از واژه ارج برگرفته شده است.^۴ قابل ذکر است که «ارج» در لغت به معنای «ارزش، قیمت، قدر، مقدار و اندازه» آمده است.^۵ در ادامه خواهیم دید که این دیدگاه، چه اندازه با مفهوم ارش، قرابت دارد. ارش در مفهوم مدنی، مابه‌التفاوت میان مبیع معیوب و سالم است که مشتری در صورت معیوب بودن مبیع از بایع دریافت می‌دارد. این مابه‌التفاوت دریافتی را از آن رو ارش می‌نامند که از اسباب اختلاف و نزاع میان طرفین عقد بیع قلمداد می‌شود.^۶ این ارش که به ارش عیب، معروف است قدر مطلق تعاریف موجود در باب ارش مدنی است که در واقع آن چیزی است که به عنوان تفاوت قیمتی که میان سلامت و عیب کالا موجود است، به مشتری داده می‌شود.

برخی از فقها ارش را جزئی از ثمن می‌دانند که نسبت آن به ثمن همانند نسبتی است که میان قیمت مال سالم و معیوب وجود دارد^۷ و در مکاسب، ارش مالی است که به جای نقص موجود در کالای فروخته شده، اخذ می‌گردد.^۸ حقوق دانان نیز مفهوم متفاوتی از ارش ارائه نکرده‌اند و همین تعاریف در نوشته‌های آنان آمده

۱. دهخدا، علی اکبر، فرهنگ لغت دهخدا، جلد ۵، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۲۸، ص. ۱۸۶۴.
۲. سیاح، احمد، فرهنگ جامع عربی-فارسی، جلد اول، تهران، کتابفروشی اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۴۸، ص. ۳۱.
۳. آذرنوش، آذرتاش، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، تهران، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص. ۸.
۴. زراعت پیشه، محمود، ارش عیب مبیع (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰، ص. ۲.
۵. دهخدا، علی اکبر، پیشین، ص. ۱۶۵۱.
۶. الجوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقیق عبد الغفور، احمد، الجزء الثالث، بیروت، دار العلم للملایین، الطبعة الرابعة، ۱۴۰۷ هـ ق، ص. ۹۹۵.
۷. جبعی العاملی، زین‌الدین (الشهید الثانی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، الجزء الثالث، جامعة النجف الدینیة، الطبعة الثانیة، ۱۳۹۸، ص. ۴۷۴.
۸. أنصاری، مرتضی، مکاسب، الجزء الثانی، قم، مجمع الفکر الإسلامی، الطبعة الأولى، ۱۴۲۰ ق، ص. ۳۹۱. مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی (زیر نظر محمود هاشمی شاهرودی)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، جلد اول، مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۵، ص. ۲۵۹.

است.^۱ هرچند هریک از فقها و حقوق دانان، ارش را تعریف کرده اند اما، تعاریف قریب به اتفاق آنان را می توان، اینگونه بیان کرد که؛ ارش عبارت است از تفاوت میان بهای مال سالم و معیوب یا به عبارتی دیگر، مابه التفاوت قیمت مبیع سالم و معیوب. هرچند ماهیت و شیوه‌ی محاسبه آن، در نظرات فقها و حقوق دانان شاید متفاوت باشد.

آنچه که از ارش در مفهوم مدنی آن از این تعریف به دست می آید این است که در ذهن فقها و حقوق دانان، ارش مدنی همان ارش عیب می باشد و ارش و عیب چنان با هم گره خورده اند که گویی ارش فقط در حالت معیوب بودن مال، قابل طرح است و در غیر آن، ارش مفهوم و مصداقی ندارد. در این میان، برخلاف رویه‌ی مذکور در تعریف ارش در کتاب مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تفاوت قیمت مال در معامله و قیمت واقعی بازار در تاریخ عقد ارش مدنی است در صورتیکه در معاوضات یا معاملات، تدلیس یا غبن یا تخلف از وصف یا عیب روی دهد.^۲

آنچه که در این دو تعریف ارایه شده، حائز اهمیت می باشد، آن است که ارش مدنی متفاوت از ارش عیب می باشد و رابطه میان آنها مترادف نیست بلکه عموم و خصوص از نوع مطلق آن است. به این معنا که هر ارش عیبی، ارشی مدنی است اما، هر ارش مدنی، ارش عیب نیست بلکه ارش مدنی ممکن است در مواردی به وجود آید که عیبی در کار نباشد و ارش عیب یکی از مصداق های ارش مدنی است.

۲. ماهیت حقوقی ارش

ضمان ارش یا مسئولیت بایع در پرداخت آن، یا ماهیتی قهری دارد یا قراردادی؛ یعنی ریشه و مبنای ضمان ارش یا باید قرارداد باشد یا امری خارج از قرارداد. بنابراین، جداگانه به بررسی نظرات، پیرامون ماهیت قهری یا قراردادی ارش می پردازیم.

۲-۱. ماهیت قهری

برخی بر این نظرند که ارش دارای ماهیتی قهری است به این معنا که ضمان ارش یا مسئولیت در پرداخت ارش، مسئولیتی قهری است. منظور از مسئولیت قهری

۱. نگاه کنید به: کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۳، ص. ۲۶۸ و همچنین؛ صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادها، جلد دوم، تهران، موسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱، ص. ۳۲۱ و انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد اول، تهران، انتشارات محراب فکر، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص. ۱۸۶.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص. ۲۸۲.

که به عقیده برخی، یکی از شعبه‌های مسئولیت مدنی است.^۱ مسئولیتی است در جهت جبران خسارت که بدون هیچ گونه قرارداد و پیمانی، تنها بر مبنای شرع و قانون به وجود می‌آید.^۲ این گروه، مبنای ضمان ارش را قرارداد یا تراضی طرفین نمی‌شمارند بلکه به عقیده اینان، آنچه ارش را بر عهده بایع بار می‌کند، قانون یا شرع است. پس در اینجا به طور خلاصه، به دو گونه از مسئولیت‌های قهری می‌پردازیم که در دیدگاه برخی، ضمان ارش، از آن نوع قلمداد شده است و تشریح مطالب را در بحث پیرامون مبنای ارش، پی خواهیم گرفت.

۲-۱-۱. ضمان قیمی

برخی ضمان ارش را ضمان ید یا همان ضمان قیمی قلمداد می‌کنند و معتقدند که مسئولیت بایع در پرداخت ارش همانند غاصب است. در واقع همان‌طور که در غصب، غاصب ضامن قیمی اصل مال است، ضامن قیمی نقص آن مال هم می‌باشد چراکه ضمان نقص، تابع اصل مال است و نقص، فوت جزئی از اصل مال است و وقتی که ضمان اصل مال، قیمی باشد، ضمان نقص و عیب همان مال هم، قیمی است.^۳ ضمان ید که از آن با عناوینی چون ضمان قیمی یا ضمان واقعی نیز یاد می‌شود^۴ به این معناست که در صورتی که شخصی بر مال دیگری مستولی شود، در مقابل مالک، ضامن تلف و نقص آن مال محسوب می‌شود^۵ و ملزم به بازگرداندن آن مال به مالکش و در صورت تلف یا ایراد خسارت، ملزم به جبران خسارات می‌باشد.^۶ به عبارت دیگر متصرف مال غیر، در مقابل مالک، مسئول می‌باشد که در صورت بقای عین، اصل مال را بازگرداند و در صورت تلف مال یا ایجاد نقص در مال، از عهده زیان وارده برآید.^۷

۱. مسئولیت قراردادی و قهری دو چهره گوناگون از مسئولیت مدنی است، هرچند در حقوق انگلستان و آمریکا، مفهوم مسئولیت مدنی (tort) را از نقض قرارداد جدا می‌سازند: کاتوزیان، ناصر، الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری و مسئولیت مدنی)، جلد اول، تهران، دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۸۴، ص. ۷۴.

۲. همان، ص. ۷۲. لطفی، اسد الله، موجبات و مسقطات ضمان قهری، تهران، مجد، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص. ۱۴. محمدی، ابوالحسن، قاعده ضمان ید، اهواز، چاپ حافظ، تیرماه ۱۳۴۷، ص. ۱۱.

۳. ابن بابویه قمی، علی، فقه الرضا، مشهد، المؤتمر العالمي للامام الرضا، (بی تا)، ص. ۲۵۳. شیخ مفید، ابوعبدالله محمد بن محمد، المقنعه، قم، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۰ه.ق، ص. ۵۹۶.

۴. لطفی، پیشین، ص. ۱۴.

۵. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی ۱)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۵، ص.

۶۱

۶. محقق داماد، پیشین، ص. ۶۶.

۷. کاتوزیان، پیشین، ص. ۲۹.

در نظر شیخ مفید و ابن بابویه، عیب مال، نقص مال محسوب شده است و در واقع وقتی کالایی معیوب باشد به این معناست که جزئی از مال، مفقود است. پس وصف سلامت، جزئی از مال قلمداد می‌شود، بر این اساس ضمان ارش، خلاف قاعده محسوب نمی‌شود. لذا، چون ضمان ارش، قیمی محسوب شده است پس ارش، نفس تفاوت قیمت میان مبیع سالم و معیوب است. شیوه تعیین آن نیز به این صورت است که مبیع در دو حالت سلامت و معیوبی در بازار قیمت می‌شود و تفاوتی که میان قیمت این دو وجود دارد، همان ارش است.^۱

۲-۱-۲. غرامت و جبران خسارت

گروه دیگر با انتقاد از ضمان قیمی بودن ارش، معتقدند که بایع با نقض تعهدی که در تسلیم مبیع سالم بر عهده داشته است سبب ورود خسارت بر بایع می‌شود و بر مبنای قاعده لاضرر باید این خسارت را جبران نماید.^۲ در واقع آنچه که در بیع، ضمان ارش را توجیه می‌کند، قاعده لاضرر است و همین قاعده، این ضمان را بر بایع بار می‌کند. پس ارش، جبران خسارت و غرامتی است که از طریق قاعده لاضرر بر بایع تحمیل می‌شود، چنانچه که در مکاسب نیز همین دیدگاه مورد تأیید قرار گرفته است^۳ و به ادعای برخی، علامه در تذکره به این امر تصریح کرده و ظاهر عبارت شهیدین بیان‌کننده این مسئله است.^۴ اما، باید گفت که عبارات علامه در تذکره و شهید ثانی در الروضه البهیة نه تنها مؤید این ادعا نمی‌باشد بلکه با طرفداری از جزئیت وصف صحت، نسبت به مبیع، در واقع، معاوضی بودن ضمان ارش را پذیرفته‌اند.^۵ بنابراین این ادعا که این فقها ارش را غرامت و جبران خسارت دانسته‌اند، برداشت صحیحی به نظر نمی‌رسد. شیوه تعیین میزان ارش در نظر اینان نیز با ضمان قیمی متفاوت است. به این صورت که نسبت میان قیمت مبیع در دو حالت سلامت و معیوبی را در بازار، حساب کرده و ارش، همان نسبت از میزان ثمن نه خود ثمن، محسوب می‌شود.^۶

۱. ابن بابویه، پیشین، ص. ۲۵۳؛ و شیخ مفید، پیشین، ص. ۵۹۶.

۲. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ص. ۳۰۸.

۳. انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، ص. ۳۰۰.

۴. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱، تهران، مجد، چاپ دوم، دی ماه ۱۳۸۳، ص. ۶۱. امامی،

حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ ۵، ۱۳۵۳، ص. ۵۰۲.

۵. حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقها، الجزء الحادی عشر، قم، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ق.، ص.

۸۳. جبعی العاملی، پیشین، ص. ۴۷۶ و ۴۷۴.

۶. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص. ۳۱۳.

۲-۲. ماهیت قراردادی

به عقیده برخی، ضمان ارش با توجه به مبنای آن، ریشه در تراضی طرفین دارد. بر این اساس، دو عقیده در باب ماهیت ارش به وجود می‌آید که یکی ضمان معاوضی است و دیگری ضمانت اجرای تعهد قراردادی.

۲-۲-۱. ضمان معاوضی

گروهی که ماهیت ارش را ضمان معاوضی می‌شمارند، بر این نظرند که وصف سلامت، بخشی از مبیع قلمداد می‌شود. پس، در بیع بخشی از ثمن در مقابل آن قرار گرفته و هرگاه این بخش از مبیع مفقود گردد، بخش مقابل آن در ثمن، باید به مشتری مسترد گردد.^۱

همان طور که بایع ملزم به تسلیم تمام مبیع است و اگر مبیع قبل از قبض تلف شود، طبق قاعده تلف مبیع قبل از قبض، که ناشی از اصل همبستگی عوضین است و خود ریشه در تراضی طرفین دارد، الزام مشتری به تسلیم ثمن نیز محو می‌شود و درواقع ضمان تلف بر عهده بایع قرار می‌گیرد و اگر این تلف، تلف بخشی از مبیع باشد به همان نسبت، از تعهد مشتری به تسلیم ثمن از بین می‌رود.

شیوه تعیین آن به این صورت است که چون ارش جزئی از ثمن است، نسبت آن جز به ثمن مانند نسبت تفاوت قیمت مال سالم و معیوب به مال سالم است و ضمان نیز ضمان معاوضی است.^۲ با این توضیح که بایع ضامن تسلیم مبیع به طور تمام و کمال است و اگر تسلیم بعضی از آن مبیع فوت شود، وی ضامن آن مقدار از ثمنی است که به آن بخش فوت شده که تسلیم نشده است، اختصاص دارد.^۳

۲-۲-۲. ضمانت اجرای تعهد قراردادی

در باب ضمان ارش می‌توان گفت که این ضمان، ضمانی قیمی نیست و نمی‌تواند ضمان معاوضی و یا غرامت و جبران خسارت قلمداد گردد، بلکه شیوه‌ای برای اجرای خود تعهد توافق شده در خود عقد است. وقتی طرفین بر مبنای تعادل ارزش عوضین به انعقاد قراردادی مثل بیع مبادرت می‌ورزند، اگر این تعهد به دلایلی

۱. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۳، بیروت، دار لایه‌التراث، ۱۳۷۶ه.ق، ص. ۲۳۵.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فرهنگ عناصر شناسی، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص. ۴۱۲.
۳. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، جلد ۱، تهران، مجد، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص. ۲۵۰. برای دیدن این نظر و نقد آن: کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ص. ۳۰۸.

همچون معیوب بودن مبیع، نقض گردد، باید به گونه‌ای این تعهد منقوض اجرا گردد. پرداخت ارزش سبب می‌شود که تعهد مورد توافق طرفین در رابطه با برقراری تعادل میان ارزش عوض و معوض، اجرا گردد. درواقع، تعهد به برقراری تعادل ارزش میان معوض و عوض یعنی مبیع و ثمن، در ابتدا با ثمن و مبیع مورد توافق و مطابق توافق انجام می‌شود اما وقتی که مبیع تسلیمی، موافق مبیع مورد توافق نباشد، اولین نتیجه آن، نقض تعهد به برقراری تعادل، از جانب بایع است. دوم آنکه این تعهدی که نقض شده است، باید به شیوه‌ای، دوباره اجرا گردد یا به عبارتی، بایع باید ملزم به اجرای آن شود چراکه این تعهد، از زمان انعقاد تا اجرای کامل قرارداد تماماً حاکم بر طرفین قرارداد است.

می‌دانیم آنچه که سبب نقض تعهد شده است، عیب مبیع است نه ثمن لذا باید این مبیع به ارزشی برسد که با عوض برابر باشد. چراکه قرارداد با مبیعی معین در مقابل ثمنی تعیین شده، منعقد شده بود. بنابراین امکان تعویض مبیع مثل مال کلی موجود نیست و ثمن نیز قابل کم یا زیاد کردن نیست چراکه جزو رکن قرارداد است. تنها راهی که برای اجرای تعهد منقوض، باقی می‌ماند، ارزش است تا تعادل قراردادی برقرار شود. به همین دلیل، ماهیت ارزش، ضمانت اجرای این تعهد و نوعی الزام و اجبار متعهد به انجام تعهد مربوطه است. به عبارتی ضمانت ارزش شیوه‌ای برای اجرای مفاد خود عقد است. با توجه به آنچه که بیان شد دو نکته نیز شایان ذکر است که ارزش امری خلاف قاعده یا استثنائی نیست بلکه مبتنی بر دلیل محکم آیه تراضی است (إلا أن تكون تجاره عن تراض) ^۱ و دیگر اینکه اطلاق عقد اقتضای صحت و سلامت مبیع را دارد که می‌تواند به عنوان مبنای قراردادی بودن تلقی گردد به بیان دیگر، اقتضای اطلاق عقد، شرط سلامت مبیع نیست تا الزاماً به خیار تخلف از شرط منتهی شود بلکه یک اعتماد عقلایی و عرفی است که به خیار اشتراط باز می‌گردد.

۳. مبنای ارزش

در این قسمت از بحث، به دنبال یافتن پاسخی برای این پرسش هستیم که ارزش بر چه مبنایی استوار است. به عبارت دیگر، چه عاملی ضمانت ارزش را توجیه می‌کند؟ برای یافتن پاسخ پرسش مذکور، بحث مبنای ارزش را، جهت دقت و سهولت، در سه قسمت جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱. بقره: ۱۸۸.

۳-۱. قاعده لاضرر

برخی از فقها به پیروی از نظر شیخ بزرگ، انصاری^۱ بر این نظرند که قاعده مذکور، نمی‌تواند اثبات ضمان کند به این دلیل که نقش لاضرر، رفع و برداشتن حکمی است که ضرری باشد نه وضع حکم جدید، چراکه قاعده لاضرر همواره، به صورت معارض و مخالف عمومات دیگر وارد می‌شود و بر آنها غلبه می‌کند. پس همیشه باید حکم عامی وجود داشته باشد و برخی از مصادیق آن ضرری باشد، تا به موجب قاعده لاضرر، شمول آن حکم عام، نسبت به آن مصادیق مرتفع گردد.^۲ در واقع به نظر این گروه اگر قاعده لاضرر، بتواند وضع حکم کند، لازم می‌آید که فقه جدیدی تاسیس شود و باید بر مسایلی ناآشنا فتوا داد.^۳

گروه دیگر از فقها و البته حقوق‌دانان معاصر، دایره قاعده لاضرر را محدود به رفع حکم نمی‌دانند و نسبت به مواردی که خلا قانونی و شرعی، موجب ورود زیان گردد، لاضرر را وضع حکم می‌شناسند. از دید اینان، مفاد قاعده، نفی ضرر جبران نشده و اضرار به غیر است و تدارک ضرر از لوازم این نفی است، در نتیجه برای اثبات مسئولیت عامل زیان از این قاعده استفاده می‌کنند و بنای عقلا را شاهد مدعی خود می‌گیرند.^۴ پس از این مقدمه اجمالی، پیرامون قاعده لاضرر، آنچه که در اینجا اختصاصاً باید به آن پرداخته شود این است که آیا قاعده مذکور، می‌تواند مبنای دریافت ارش در کنار حق فسخ در خیار عیب باشد؟

بی تردید، اگر قاعده لاضرر را تنها رافع احکام بدانیم و با دسته نخست، همگام باشیم، نمی‌توانیم قاعده مذکور را مبنای دریافت ارش بدانیم. زیرا وقتی که برای مثال، عقد بیع واقع می‌گردد و مبیع معین، معیوب درآید، حکم اولیه لزوم عقد، سبب ضرر مشتری است و با قاعده لاضرر این حکم ضرری، رفع می‌شود. بنابراین، مشتری زیان‌دیده، تنها حق فسخ پیدا می‌کند و مسئولیت بایع در پرداخت ارش، وضع حکم دیگری است که از توان قاعده مذکور بیرون است.

گروهی با وجود اعتقاد به نظر گروه نخست، با طرح نظریه قائم مقامی ارش، که می‌تواند کوششی باشد در جهت نزدیک ساختن احکام خیار عیب به مبنای آن،

۱. انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، جلد ۵، ص. ۱۶۱.

۲. خوانساری، احمد، جامع المدارک، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۹۴ه.ق، ص. ۱۹۲.

۳. همان.

۴. نزاقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام، قم، الطبعة الثالثة، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ه.ق، ص. ۱۹. طباطبایی، علی

بن محمد علی، ریاض المسائل، جلد ۲، قم، بی‌نا، ۱۲۹۲ه.ق، ص. ۳۰۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، صص. ۱۵۴ و ۱۵۵.

محمدی، ابوالحسن، پیشین، ص. ۱۶۸. محقق داماد، مصطفی، پیشین، صص. ۱۶۱-۱۶۰.

اینگونه، ضمان ارزش را بر مبنای لاضرر توجیه می‌کنند که اگر اجرای حق فسخ ناشی از اعمال قاعده لاضرر، با مانعی برخورد نماید، رفع ضرر از طریق حق فسخ، امکان نخواهد داشت، پس تدارک و جبران این زیان، باید به گونه‌ای دیگر انجام شود و آن هم ضمان ارزش است.^۱ نظریه قائم مقامی ارزش، هرچند با توجه به ظاهر روایات در باب خیار عیب و بر مبنای قاعده لاضرر، در بادی امر درست به نظر می‌آید اما، با این ایراد روبروست که قرارداد حق دریافت ارزش حتی در نظریه قائم مقامی، باز وضع ضمانی است که با عقیده رافع بودن صرف قاعده لاضرر مطابقت ندارد.^۲ وانگهی، صاحبان نظریه قائم مقامی، که خود مخالف وضع ضمان از طریق لاضرر هستند، حال چگونه در اینجا وضع ضمان می‌کنند؟ اعتقاد به رافع بودن صرف قاعده لاضرر سبب می‌شود که قاعده مذکور حتی با طرح تئوری قائم مقامی نیز نتواند مبنای استواری برای وضع ضمان باشد.

حال اگر مفاد قاعده مذکور را نفی هرگونه ضرر ناروا بدانیم، یعنی علاوه بر رافع حکم بودن، واضح حکم هم بدانیم در اینجا می‌توان گفت که هدف اصلی، جبران زیان مشتری است و رفع حکم ضرری لزوم، به عنوان یکی از شیوه‌های جبران ضرر مورد استفاده واقع می‌شود و دریافت ارزش شیوه‌ای دیگر است برای جبران ضرر وارد بر مشتری، تا زیان دیده بتواند از هرکدام که زیانش را متدارک می‌کند، استفاده نماید.

با توجه به مطالب گفته شده، اگر مبنای ضمان را در ارزش، قاعده لاضرر بدانیم، باید مبنایی قهری قلمداد شود و مسئولیت ناشی از آن، مسئولیت قهری. البته این امر، به این معنا نیست که قائل به وحدت مبنا در رابطه با مسئولیت قهری و قراردادی باشیم و هر دوی اینها را یکجا و تحت عنوان ضمان قهری یا قانونی یا غیر قراردادی مورد مطالعه قرار دهیم بلکه همان‌طور که شرح داده شد، مسئولیت عامل زبانی که در اثر نقض عهد و مفاد قرارداد به وجود می‌آید، با تعهد اصلی که در قرارداد بر شخص بار می‌شود به کلی متفاوت و مستقل است، به عبارتی دیگر تعهدی که یکی از طرفین به موجب قرارداد، به عهده می‌گیرد تعهدی قراردادی است و در صورت نقض آن، مسئولیت ناقض و الزام وی به اجرای آن، مسئولیتی قراردادی است

۱. انصاری، شیخ مرتضی، جلد ۵، پیشین، ص. ۲۷۵. طوسی، جعفر محمد بن الحسن بن علی، المبسوط فی فقه الإمامیه، الجزء الثانی، تهران، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، المطبعة الحیدریه، ۱۳۸۸ه.ش.، صص. ۱۲۶، ۱۳۱ و ۱۳۳.

۲. طباطبایی یزدی، محمدکاظم، پیشین، ص. ۶۸.

اما اگر متعهد، این تعهد قراردادی را نقض کند و امکان اجرای آن هم وجود نداشته باشد، ضمان ناقض در رابطه با جبران خسارت ناشی از این نقض، بر طرف مقابل، مسئولیت و تعهدی جدا و مستقل از تعهد اصلی است که دیگر مبنای الزام و اعتبار آن، قرارداد نیست بلکه قاعده لاضرر و حکم قانون‌گذار است. در واقع، اگر مبنای جبران زیان ناشی از نقض عهد در اینجا ضمان ارش را، لاضرر بدانیم، مسئولیت بایع در پرداخت ارش ناشی از توافق طرفین نیست و ریشه قراردادی ندارد بلکه مسئولیت وی ناشی از حکمی است که از قاعده لاضرر صادر می‌شود.

آنچه که بی‌تردید در مباحث پیرامون قاعده لاضرر به چشم می‌خورد آن است که در تفسیر قاعده مذکور، اختلاف آنقدر شدید است که برخی آن را از مبهمات حقوقی می‌دانند و عمل به قدر متیقن را که رفع حکم ضرری است، جایز می‌شمارند^۱ و برخی که مفاد قاعده مذکور را علاوه بر نفی حکم، وضع حکم هم می‌دانند برای تفسیر موسعشان، به بنای عقلا و مستقلات عقلی و اجرای عدالت تمسک می‌جویند^۲ و همین امر، نشان می‌دهد که صرف تفسیر این قاعده به جبران کامل خسارت، هم با رفع حکم ضرری و هم با وضع حکم، برداشتی متزلزل و شکننده است. به همین دلیل به مبنای دیگری همچون بنای عقلا روی می‌آورند. به عبارت دیگر، اینکه هر ضرر ناروایی باید متدارک شود امری عقلی و بدیهی است اما آیا این روایت و قاعده لاضرر، متضمن چنین مفاد و پیامی است، امری است مشکوک و مورد اختلاف. بنابراین استناد به قاعده مذکور به گونه‌ی مستقل به عنوان مبنای دریافت ارش، نمی‌تواند استواری برای وضع حکم دریافت ارش در کنار حق فسخ باشد.^۳

۳-۲. تراضی بر اصل همبستگی عوضین

برخی مسئولیت فروشنده در پرداخت ارش را مسئولیتی قراردادی از نوع ضمان معاوضی می‌شناسند. این ضمان که التزام به بازگرداندن عوض قراردادی تعریف می‌شود، در قراردادهای معوض قابل طرح است و با قیمت واقعی مبیع در بازار رابطه‌ای ندارد بلکه از خود ثمنی که در عقد به عنوان عوض مورد توافق قرار گرفته است، حرف

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، روش جدید در مقدمه‌ی عمومی علم حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص. ۱۹۲.

۲. محقق داماد، مصطفی، پیشین، صص. ۱۵۱ و ۱۶۱.

۳. شهابی، محمود، پیشین، ص. ۳۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، پیشین، ص. ۱۹۲.

می‌زند. ضمان معاوضی که در فقه و حقوق کشورمان با قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» شناخته می‌شود، مستند فقهی آن حدیث «کل مبیع تلف قبل قبضه، فهو من مال بایعه»^۱ می‌باشد.^۲

به عقیده گروهی، ضمان معاوضی یا قاعده تلف مبیع قبل از قبض، مطابق با قواعد عمومی معاملات و نتیجه معاوضه عوضین و ناشی از قصد مشترک طرفین یا تراضی آنهاست.^۳ به عبارت دیگر، برای این ضمان یا قاعده مذکور، مبنای قراردادی می‌شناسند. به این صورت که در یک قرارداد معوض همچون بیع، تعهدهای طرفین و عوض و معوض، چنان به یکدیگر وابسته‌اند که با از بین رفتن یکی، دیگری نیز محو می‌شود. این همبستگی نه تنها در زمان تراضی، جزو مفاد تراضی است بلکه در زمان اجرای عقد نیز وجود دارد تا طرفین به مقصود نهایی خویش برسند. در قراردادی مثل بیع، قصد بایع از قرارداد، دستیابی به ثمن و قصد مشتری دستیابی به مبیع است و پیمان مربوط به تملیک، مقدمه و سبب رسیدن به این هدف اساسی است. با ایجاب و قبول عقد واقع می‌شود و مالکیت انتقال می‌یابد ولی طرفین زمانی به مقصود خویش می‌رسند و عقد بیع تمام می‌شود که عقد به درستی اجرا گردد.^۴ بنابراین هنگامی که بعد از انعقاد عقد و قبل از قبض و اقباض، مثلاً مبیع کالا یا جزئاً، تلف شود، تعهد به تسلیم عوض مقابل نیز به همان نسبت، از بین می‌رود.

با این مبنا، گروهی از فقها همچون صاحب جواهر، علامه حلی، شهید ثانی، سید یزدی و همچنین برخی از حقوق دانان مثل لنگرودی و بروجردی، بر این اعتقادند که از آنجایی که وصف سلامت، جزئی از مبیع است، هرگاه مبیع معیوب از آب درآید، درواقع جزئی از مبیع تلف شده است، به این معنا که عدم تسلیم مبیع به طور سالم، به معنای تلف جزئی مبیع است. این تلف جزئی، مسئولیت خریدار را در تعهد به تسلیم ثمن، به طور جزئی از بین می‌برد چراکه هر جزء ثمن در برابر هر جزئی از مبیع قرار دارد و حال که جزئی از مبیع تلف شده است، جزئی از ثمن نیز باید به خریدار در صورت تسلیم آن، مسترد گردد. این بخش از ثمن که در تراضی طرفین در برابر وصف سلامت قرار دارد، در

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص. ۳۴.

۲. نجفی، حسن، پیشین، ص. ۲۳۵. حلی، محمد، پیشین، ص. ۸۳. جبعی العاملی، زین الدین، پیشین، ص. ۴۷۴.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم، پیشین، ص. ۶۸. بروجردی عبده، محمد، پیشین، ص. ۲۵۰. جعفری

لنگرودی، محمد جعفر، فرهنگ عناصر شناسی، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص. ۴۱۲.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، دوره عقود معین (۱)، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴، ص. ۱۸۹.

۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ۱۱، ۱۳۸۵، ص. ۲۳۸. فن

استدلال (منطق حقوق اسلام)، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص. ۱۸۱.

صورت عیب مبیع، بر عهده فروشنده قرار می‌گیرد که در صورت دریافت، باید به مشتری مسترد دارد و در غیر این صورت، حقی بر این بخش نخواهد داشت. به همین علت این بخش از ثمن، ارزش شناخته شده است و ضمان معاوضی نام گرفته است.^۱

نخستین پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا وصف سلامت، می‌تواند جزئی از مبیع قلمداد شود تا جزئی از ثمن، در معامله، با وصف صحت، مقابله شود و هرگاه وصف مفقود گردد، ارزش به عنوان جزئی از ثمن قابل مطالبه باشد؟ این عقیده که وصف سلامت بخشی از مبیع است با انتقاد مواجه شده است به این صورت که در قصد مشترک طرفین، سلامت نیز مثل اوصاف دیگر مبیع، محرک و ترغیب‌کننده مشتری به انعقاد قرارداد است نه اینکه این وصف، جزئی از مبیع باشد و مبیع اجزایی داشته باشد و وصف سلامت جزئی از آن باشد.^۲

ثمن معامله در تراضی طرفین در برابر مبیع با همه اوصافی که داراست قرار می‌گیرد بدون اینکه این ثمن قابل تجزیه باشد و بخشی از آن به وصف سلامت اختصاص یابد. قرار دادن بخشی از ثمن در برابر ذات مبیع و بخشی دیگر در برابر وصف سلامت با آنچه که در واقعیت امر، واقع می‌شود، سازگاری ندارد.^۳ در پاسخ بیان می‌شود که درست است که وصف مبیع به طور مستقل حصه‌ای از ثمن را به خود اختصاص نمی‌دهد اما در حال عارض شدن بر موصوف خود یعنی مبیع، موجب افزایش مقدار ثمن می‌گردد. پس هرگاه مبیع مثلاً معیب از کار درآید، آن افزایش ظاهری قدر ثمن (که حقیقت نداشته است) باید حذف شود به نفع کسی که آن فزونی از دارایی او خارج شده است.^۴

بر فرض پذیرش این سخن، دیگر ارزش نمی‌تواند ضمان معاوضی باشد. وقتی که وصف، جزئی از مبیع نباشد، تلفی نیست تا تلف قبل از قبض باشد. در فقه و حقوق کشورمان، ضمان، هنگامی معاوضی خوانده می‌شود که در قراردادی معوض، کل مبیع یا بخشی از آن، قبل از تسلیم، محدود به شرایطی، تلف شود و امکان تسلیم آن ممتنع گردد. وقتی ضمان ارزش می‌تواند تحت قاعده ضمان معاوضی توجیه شود که وصف

۱. نجفی، حسن، پیشین، ص. ۲۳۵. حلی، محمد، پیشین، ص. ۸۳. جعی العالمی، زین الدین، پیشین، ص. ۴۷۴.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم، پیشین، ص. ۶۸. بروجردی عبده، محمد، پیشین، ص. ۲۵۰. جعفری

لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصر شناسی، پیشین، ص. ۴۱۲.

۲. انصاری، مرتضی، پیشین، جلد ۲، ص. ۳۱۱. موسوی خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، جلد ۵، قم، مکتبه

الداوری، ۱۳۷۷ ه.ش، ص. ۲۲۸. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، پیشین، ص. ۳۰۷.

۳. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص. ۳۰۷.

۴. طباطبایی یزدی، محمدکاظم، پیشین، ص. ۶۸. در واقع هر عاملی که در ارزش عوضین موثر باشد و در

تراضی، عوض با همین ملاحظه تعیین گردد.

سلامت، بخشی از مبیع باشد و درمقابل، بخشی از ثمن در برابر آن، معاوضه شود تا فوت وصف سلامت، تلف بخشی از مبیع محسوب گردد و جزیی از ثمنی که در برابر آن بخش از مبیع تلف شده، قرار داشت، با عنوان ضمان معاوضی ارش به مشتری برگردد. به عبارتی دیگر، با فرض پذیرش اینکه وصف سلامت بخشی از مبیع نیست تا بخشی از ثمن را به خود اختصاص دهد، امکان اینکه ضمان ارش به عنوان ضمان معاوضی توجیه گردد منتفی می‌شود.

آنچه که ممکن است مورد ایراد قرار بگیرد آن است که با فرض پذیرش اینکه بخشی از ثمن در برابر وصف قرار گیرد و ارش درواقع، همان بخش است که به خریدار داده می‌شود تا تعادل قراردادی دوباره بدست آید، این امر اخلال در شرایط درستی معامله است که باعث بطلان یا انفساخ عقد می‌شود نه ایجاد خیار. به عبارتی دیگر تلف جزیی از مبیع قبل از قبض، عقد را به دو قرارداد منفسح و صحیح تقسیم می‌کند. به همین دلیل است که بخشی از ثمن باید به مشتری مسترد گردد چراکه قرارداد در رابطه با بخشی از مبیع، منفسخ یا باطل است.

در پاسخ به این ایراد، که گفته‌اند با فرض پذیرش اینکه مبنای ارش موازنه در ارزش است که ریشه در تراضی دارد، درواقع اگر این موازنه بهم بخورد، مقتضای قاعده اختلال در تراضی و بطلان، به معنای اعم، است نه خیار، فارغ از مسئله‌ی ارش، باید گفت که با وجود اینکه طبق عقل و منطق، رضایی که خلل به آن راه یافت، نباید خالق موجودات اعتباری باشد، عرف عادت و تبعاً قانون‌گذاران، مصلحت جامعه را در ابقاء عقود دیده‌اند که خلل در رضای عاقد راه یافته است^۱ اما خلل موجود باید به گونه‌ای رفع شود. لذا برای رفع آن و یا مقابله با مانع مذکور، راه‌حلهایی انتخاب می‌کنند مانند حق خیار و یا تعدیل عقد و مانند اینها. که همه‌ی اینها، مشمول عنوان اداری عقد است که بر سکوی ابقا عقد قرار می‌گیرد.^۲

این سخن شاید در بادی امر درست به نظر آید اما در نظام حقوقی اسلام، قرارگرفتن عیب مبیع در بحث خیارات، خود دلیل این امر است که از بحث ضمان معاوضی خارج است. اگر عیب مبیع، تلف جزیی از مبیع محسوب می‌شد، تحت قاعده «تلف مبیع قبل از قبض»، قرار می‌گرفت و مقتضای این قاعده، انفساخ عقد است نه حق فسخ. درواقع در فقه و حقوق ایران، وصف سلامت نه تنها بخشی از مبیع نمی‌باشد تا بخشی از ثمن در مقابل آن قرار گیرد بلکه با فرض پذیرش این امر نیز، این ایراد

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص. ۷۴.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فرهنگ عناصرشناسی، پیشین، ص. ۲۶.

وجود دارد که در حقوق اسلام، با فرض پذیرش تلف جزئی از مبیع، مقتضای قاعده تلف مبیع قبل از قبض که ریشه در تراضی دارد، انفساخ عقد می‌باشد و نمی‌توان این انفساخ را با مصلحت و اصولی همانند ابقاء عقود به حق فسخ تبدیل کرد.

۳-۳. تراضی بر تعادل نسبی ارزش عوضین

هنگامی که طرفین به گفتگو و مذاکره می‌پردازند و تراضی صورت می‌پذیرد و عقد تشکیل می‌گردد، این قرارداد بی‌تردید در خلاء منعقد نمی‌شود، بلکه طرفین بر بستری به نام عرف و بر مبنای آن، وارد معامله می‌شوند و خود را ملتزم به قرارداد می‌نمایند. این بستر عرفی، گاه، چنان قواعدی بدیهی دارد که طرفین بر آن آگاهند و بر مبنای آن‌ها و به عنوان پیش فرض، پیش می‌روند و بداهت این امور، آنقدر آشکار است به گونه‌ای که طرفین بدون اینکه صریحاً بر آن تراضی نمایند، بر قصد مشترکشان تحمیل می‌شود و طریقی برای کشف اراده طرفین به حساب می‌آید. این قواعد و اصول ابتدائاً عرفی، از طریق تحمیل بر اراده، وارد تراضی و قصد مشترک طرفین شده و سبب ایجاد تعهد می‌گردند که این تعهد، ناشی از اراده طرفین محسوب شده و مبنای الزام و اعتبار آن، تراضی طرفین قلمداد می‌شود تا عرف در این جا نقش کاشفیت قصد مشترک را ایفا نماید. یکی از تعهدات عرفی در عقود معوض مالی که مفاد ضمنی عقد محسوب می‌گردد و به این صورت وارد تراضی می‌شود، تعهد به برقراری تعادل میان ارزش عوضین است. در معاملات معوض، هریک از طرفین عقد، مالی را به دیگری می‌دهد تا عوضی با ارزش متعادل دریافت نماید و بر همین مبنای با طرف خود تراضی می‌کند. بنای برابری نسبی ارزش دو عوض، چندان نوعی و عام است که نمی‌توان اعتقاد به آن را در شمار انگیزه‌های شخصی آورد.^۱

اصولاً در یک عقد تملیکی معوض، عوضین فارغ از نو و جنس آن، از یک ارزش اقتصادی متعادلی برخوردارند، به گونه‌ای که میان ارزش عوض و ارزش معوض، توازن برقرار است. به عبارت دیگر اصولاً در یک عقد معوض، طرفین معامله، مالی را در برابر مالی قرار می‌دهند که ارزش برابری با توجه به همه‌ی شرایط داشته باشد. علاوه بر این، زمانی که قرارداد منعقد می‌گردد، قاعدتاً به این معناست که دو نفع متضاد و مقابل هم، سازگار شده، تا با این سازگاری، توافق به وجود آید و زمانی این سازگاری طرفین در قالب توافق، نمایان می‌گردد که تعادل ارزش عوضین، نسبتاً برقرار شده باشد. با توجه

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، ص. ۲۳۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، پیشین، ص. ۱۸۰.

به اینکه مطابق نظر حقوق دانان، برابری و تعادل نسبی ارزش عوضین به عنوان امری عرفی و نوعی قلمداد شده و مورد پذیرش قرار گرفته است، اولین پرسش آن است که منظور از عرف چیست؟ سپس باید به این امر بپردازیم که عرف چگونه می‌تواند مبنایی برای ایجاد تعهد باشد؟ به عبارتی دیگر آیا مستقلاً در قرارداد مبنای ایجاد تعهد است یا نه؟

در اصطلاح حقوقی، عرف در قرارداد، به انس ذهنی جامعه یا یک گروه خاص به امری مربوط به قرارداد، اطلاق می‌شود.^۱ برای تحقق عرف لازم نیست تمام افراد یک جامعه یا یک گروه خاص به آن امر، انس یابند بلکه انس اکثریت یک جامعه هم می‌تواند تشکیل دهنده‌ی عرف باشد. در واقع، عرف همان بنای عقلا است چراکه منظور از بنای عقلا، اکثریت افراد جامعه هستند که عادتاً دارای رشد اجتماعی بوده و رفتارشان مطابق مصلحت و اداره نظام یافته اموال خود است.^۲ به همین دلیل، عرف را معمول به و معمول بلد نیز نامیده‌اند و فقهای اسلام، اطراد و اغلیت را از شرایط اعتبار آن می‌دانند.^۳ حال، آیا این رفتار اکثریت جامعه که بنای عقلای جامعه هم است، می‌تواند مستقلاً در قرارداد، مبنایی برای قرارداد و آثار آن، از جمله تعهد، باشد یا نه؟

سیری گذرا در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف، نشان می‌دهد که حاکمیت بخشیدن قانونگذار به عرف در روابط قراردادی، به منظور آشکارشدن هرچه بیشتر مقصود طرفین قرارداد و مفاد آن است تا ابهام و خلا موجود در قراردادهای پراگردد، نه اینکه مبنای اصیل دیگری برای قرارداد و آثار آن وضع شود. به همین دلیل است که طرفین قرارداد، می‌توانند برخلاف عرف و مفاد مقررات تکمیلی، توافق و تراضی نمایند چراکه با این توافق، دیگر نیازی به عرف و قوانین تکمیلی برای پی بردن به قصد مشترک طرفین در آن موضوع مورد توافق، نیست و اینکه کارایی آن دو، در آشکار ساختن مقصود طرفین، در موارد ابهام و سکوت در قرارداد است.^۴ نگاهی کوتاه به برخی از مواد قانون مدنی کشورمان، نقش کاشفیت عرف از اراده مشترک طرفین قرارداد، به راحتی قابل برداشت است؛ به عنوان نمونه، ماده ۲۲۵ قانون مدنی، متعارف بودن امری را به منزله ذکر در عقد قلمداد می‌کند که نشان از وابستگی مقتضای عرف به اراده مشترک دارد و همچنین مواد ۳۴۴ و ۵۴۹ ق.م. دالالت آشکار بر اعتبار عرف

۱. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، مجد، چاپ چهارم، ۱۳۸۵، ص. ۳۰۳.

۲. همان، صص. ۳۰۱ و ۳۰۵.

۳. سلجوقی، محمود، نقش عرف، تهران، میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۸، صص. ۶۹ و ۷۰.

۴. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، پیشین، ص. ۳۳۲.

به علت حاکی بودن آن از قصد و تراضی طرفین دارد. در فقه نیز مبنای اعتبار عرف و منشا حاکمیت آن در قرارداد، اصولاً دلالت آن بر اراده مشترک طرفین است. پس بنابر این گفته‌ها، منشأ اساسی اعتبار عرف، اراده طرفین است و ناشی شدن حاکمیت عرف از اراده مشترک طرفین قرارداد و کاشفیت عرف از قصد مشترک طرفین، باید به عنوان قاعده مورد پذیرش قرار گیرد و انصراف از این قاعده جز در موارد استثنایی قانونی، قابل توجیه نخواهد بود.^۱

تعهدهای عرفی یا موضوع و مدلول عرف، به عنوان امری که در جامعه یا گروهی خاص، مانوس ذهن افراد است، غالباً صریحاً در عقد وارد نمی‌شوند بلکه به گونه‌ای غیرصریح و ضمنی در اراده مشترک طرفین قرارداد منعکس می‌گردد. در واقع آنچه که بر تعهد ناشی از عرف دلالت می‌کند، الفاظ طرفین قرارداد نیست بلکه آگاهی و آشنایی طرفین که از بازتاب شیوه مستمر جامعه آنها، حاصل می‌شود، می‌باشد. به عبارت دیگر، تعهد عرفی را باید شیوه آشنای طرفین قرارداد دانست که جز در صورت توافق برخلاف آن، طرفین حاکمیت آن را در روابط خویش به طور غیرصریح پذیرفته‌اند. پس می‌توان گفت که تعهد عرفی، جزو مفاد غیرصریح عقد محسوب می‌شود^۲ و تعهد به برقراری تعادل نسبی ارزش عوضین نیز، جزو مفاد ضمنی عقد تملیکی معوض مثل بیع که شایع‌ترین عقود است، می‌باشد.

حال، پرسشی که مطرح می‌شود این است که چه عواملی بر ارزش عوضین اثر گذارند و سبب بالارفتن یا کاهش ارزش عوضین می‌شوند؟ به طور معمول، ارزش چهره نوعی و همگانی دارد. در غالب موارد، چیزی نوعاً دارای ارزش است که بتوان در برابر آن پولی قرار داد.^۳ یکی از عواملی که در ارزش عوضین موثر است و نقش سازندگی در تعادل ارزش عوضین دارد، وصف مال مورد معامله است. هرچند ثمن در برابر موصوف پرداخت می‌شود ولی موصوف بدون وصف، بی‌تردید ارزشی کمتر از با وصف دارد و این وصف عاملی موثر در بالا بردن ارزش موصوف است.^۴ به عبارت دیگر، وصف دارای ارزش است نه مستقل از مبیع و به تنهایی، تا وصف بخش جدایی از مبیع قلمداد شود و بخشی از ثمن در مقابل آن باشد بلکه وصف به همراه مبیع و با مبیع است که ارزش می‌یابد و در تعیین ثمن قراردادی موثر می‌افتد، درحالی که هیچ بخش جداگانه‌ای از ثمن را نیز به خود اختصاص نمی‌دهد.

۱. همان، صص. ۳۳۴ و ۳۳۵.

۲. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، پیشین، ص. ۳۰۲.

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، پیشین، صص. ۱۶۳ و ۱۶۴.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تئوری موازنه، پیشین، ص. ۸۰.

فقدان وصف، به دو صورت می‌تواند سبب اختلال در تعادل ارزش گردد. گاهی وصف کمالی یا وصف خاصی را طرفین ذکر می‌کنند و در واقع زیر عنوان خیار تخلف وصف یا خیار تخلف از شرط صفت قابل بررسی است و دیگری وصف صحت و سلامت است که اینجا مورد بررسی قرار می‌گیرد. فقدان وصف سلامت که از آن به عیب تعبیر می‌شود، نوعاً سبب کاهش ارزش مورد معامله است و وصف سلامت به عنوان اوصاف مال، بود و نبود آن بر ارزش مال اثرگذار است و اگر این وصف نباشد، تعادل ارزش عوضین بهم می‌خورد. پس هر وصفی که در دید عرف، بر ارزش مال موثر باشد و یا بودن آن باعث بالا رفتن ارزش مال گردد، در برقراری تعادل ارزش عوضین نیز تأثیرگذار است. بنابراین می‌توان گفت؛ به طور معمول، ارزش، چهره نوعی و همگانی دارد و هرآنچه را که عرف بر ارزش کالا تأثیرگذار بداند، بر تعادل ارزش عوضین موثر است. این امر ناظر به مورد غالب است اما اگر وصفی یا چیزی در رابطه میان دو طرف بر پایه نیاز معقول و اخلاقی دارای ارزش باشد حتی اگر عرفاً ارزشی نداشته باشد این امر، می‌تواند در برقراری تعادل عوضین تأثیرگذار باشد. نکته‌ای که باید بدان اشاره کرد این است که، تعادل ارزش عوضین از شرایط صحت قراردادها نیست تا در نبود آن معامله باطل باشد مگر اینکه ارزش یکی از دو عوض چندان ناچیز باشد که انسان متعارف به آن اعتنا نکند، در این صورت، عقد باطل یا رایگان محسوب می‌شود چراکه عرف به عوض‌های ناچیز که معمولاً برای انحراف از قواعد حاکم بر قرارداد و صورت‌سازی بکار برده می‌شود، در آن رابطه به دیده عوض نمی‌نگرد.^۱

حال با شناختن عوامل تأثیرگذار بر ارزش عوضین، باید ببینیم که با به هم خوردن تعادل ارزش و نقض تعهد به برقراری آن، چه اتفاقی می‌افتد و چه مسئولیتی بر ناقض بار می‌شود؟ طرفین یک قرارداد، باید به مفاد پیمان خویش که قبلاً بر آن توافق و تراضی نموده‌اند، پایبند باشند و تنها در این صورت است که حیات قرارداد با اجرای تمام تعهدهای ناشی از اراده‌ی طرفین و تراضی آنها پایان می‌پذیرد. وقتی قرارداد منعقد می‌گردد و طرفین ضمن مفاد آن، خویشان را به برقراری تعادل ارزش میان عوض و معوض، متعهد می‌نمایند، این تعهد در زمان اجرای عقد نیز وجود دارد. حال اگر در این هنگام، این اصل و تعهد، نقض گردد به مانند هر تعهد دیگری، ناقض تعهد، باید به اجرای آن تعهد، مجبور گردد تا آنچه که به آن، ضمن تراضی ملتزم شده بودند، به انجام رسد. در عقد بیع، هرگاه مبیع معیوب از آب درآمد و مشتری از آن عیب آگاه نباشد، اولین حقی که برای وی به ذهن متصور می‌شود، حق فسخ قرارداد است با

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، پیشین، صص. ۱۶۱ و ۱۶۴.

این دلیل که هر قرارداد بیعی با این شرط ضمنی همراه است که مبیع باید سالم باشد و عیب مبیع به معنای تخلف از شرط ضمنی سلامت، سبب می‌شود که خریدار حق فسخ قرارداد را بدست آورد. به عبارت دیگر این حق فسخ، خیار تخلف از شرط ضمنی سلامت مبیع می‌باشد. اما نکته‌ای که باید در نظر داشت آن است که این شرط ضمنی سلامت مبیع یکی از آن عواملی است که در ارزش مبیع و به تبع آن، بر اصل تعادل ارزش میان عوض و معوض تاثیرگذار است. پس وقتی وصف سلامت مفقود گردد، نه تنها حق فسخ به خریدار می‌دهد بلکه سبب بر هم خوردن تعادل ارزشی می‌شود که درواقع نوعی نقض عهده است که طرفین ضمن مفاد عقد به اجرای آن گردن نهاده بودند. حال اگر مشتری نخواهد عقد را به دلیل تخلف از شرط ضمنی سلامت مبیع، فسخ نماید، این حق برای او وجود خواهد داشت که با الزام ناقض، به اجرای مفاد عقد یعنی برقراری اصل تعادل ارزش، به تعهد خود بر برقراری این اصل پایبند بماند. درواقع، وصف سلامت مبیع به عنوان شرط ضمنی و تعهد به برقراری تعادل میان ارزش عوضین به عنوان مفاد عقد، هردو از طریق عرف، وارد تراضی شده و اعتبار می‌یابند و باید ببینیم که عرف چه نسبت تجزیه ناپذیری از ارزش مبیع را به وصف سلامت اختصاص می‌دهد تا به همان نسبت از ثمنی که در معامله تعیین کرده‌اند به خریدار دهد. این نسبت، همان ارزش است. ماهیت آن بی‌تردید مسئولیت قراردادی است که در نتیجه نقض عهد به وجود می‌آید و شیوه‌ای جهت الزام طرف به اجرای عقد محسوب می‌شود. درواقع با این پرداخت ارزش، ناقض، تعهد به برقراری تعادل راه، به اجرا در می‌آورد و برابری نسبی را برقرار می‌کند و از ضرر خریدار جلوگیری می‌کند.

تعهد به برقراری اصل تعادل، تعهد ثابت و تک چهره‌ای نیست و به یک شکل نیز اجرا نمی‌شود و اگر به دلیلی نقض گردد، الزام ناقض به اجرای آن به شیوه‌ای دیگر امکان دارد. به همین مناسبت ارزش، الزام ناقض به اجرای قرارداد است و مبنای این الزام، تراضی یا همان قرارداد است. حال اگر مشتری قرارداد را به علت تخلف بایع از شرط ضمنی سلامت مبیع، نخواهد فسخ کند، قرارداد همچنان باقی می‌ماند و نتیجه این حیات، اجرای مفاد آن است. بنابراین بایع که تعهدی را نقض کرده است یعنی تعهد به برقراری تعادل میان ارزش عوض و معوض، باید به برقراری اصل تعادل اجبار شود و با قراردادن مسئولیت پرداخت ارزش است که این تعهد نقض شده توسط ناقض به اجرا گذارده می‌شود.

بررسی کتب حقوق دانان و بررسی نظرات گوناگون، ما را به این جمع‌بندی رهنمون می‌سازد که در هر قرارداد معوضی، طرفین بر مبنای عرف، به گونه‌ای غیرصریح، تعهد به برقراری تعادل و برابری نسبی میان ارزش عوضین می‌نمایند و این

تعهد، مفاد ضمنی و غیر صریح هر عقد معوضی محسوب می‌شود. از طرف دیگر، در هر قراردادی، عواملی وجود دارند که بر ارزش عوضین موثر هستند و به این طریق بر چگونگی این تعهد به برابری نسبی ارزش، اثرگذارند. یکی از این عوامل، وصف سلامت مبیع است که بی‌تردید در ارزش مبیع در دید عرف دادوستد و معامله‌کنندگان، موثر است. حال اگر به هر دلیلی، وصف مذکور مفقود گردد، معامله‌ای انجام گرفته است که تعهد به تعادل ارزش عوضین به دلیل فقدان وصف سلامت نقض شده است. نقض هر تعهدی اولین حقی را که برای متعهدله فراهم می‌کند اجبار متعهد به اجرای تعهد منقوض است، در صورتی که امکان اجرای آن وجود داشته باشد. می‌دانیم که در صورت فقدان وصف سلامت و معیوب بودن مبیع، تعهد به برقراری تعادل از جانب بایع نقض شده است.

بر اساس مقدمات مستخرج بالا، بایع برای اجرای این تعهد که آن را نقض کرده است، باید ارزش مبیع را به اندازه‌ای افزایش دهد که با ارزش ثمن برابری کند. پس ابتدا باید ارزشی که مبیع دارای وصف سلامت و مبیع معیوب در بازار مشخص شده و نسبت میان این دو، در ثمن معامله ضرب می‌شود تا ارزش مشخص گردد. در اینجا گمان نشود که ارزش، با توجه به شیوه محاسبه آن، جزئی از ثمن است بلکه استفاده از ثمن، تنها برای محاسبه میزان ارزش است، تا به ارزشی که در کنار بازار، به عوضین معامله، توسط طرفین داده شده است توجه شود و اراده طرفین در این باره لحاظ گردد. پس آنچه مبنای ضمان ارزش محسوب می‌شود، تراضی طرفین است به این صورت که مفاد قرارداد طرفین، بر این اصل و تعهد استوار است که ارزش عوضین در قرارداد نسبتاً برابر باشد و مسئولیت بایع در پرداخت ارزش بر این مبنا که ناشی از قرارداد و تراضی طرفین است، مسئولیت قراردادی است.

نتیجه‌گیری

دوباره ماهیت ضمان ارش می‌توان چنین نتیجه گرفت که ارش نمی‌تواند ضمان قیمی محسوب گردد تا نفس تفاوت قیمت میان مبیع معیوب و سالم در بازار ملاک تعیین میزان ارش باشد و علاوه بر آن به دلیل اینکه هیچ جزئی از مبیع، حتی وصف صحت، در مقابل هیچ جزئی از ثمن قرار نمی‌گیرد نمی‌توان ضمان ارش را ضمان معاوضی قلمداد نمود و هرچند ارش در نگاه اول و درنهایت، منجر به جبران خسارت خریدار می‌گردد اما با توجه به مبنای آن، نمی‌تواند غرامت باشد. لذا به عنوان نتیجه باید بر این نظر بود که ضمان ارش ضمانت اجرای تعهد قراردادی و شیوه‌ای برای اجرای خود تعهد توافق شده در خود عقد است. با این توجیه که هریک از طرفین قرارداد معاوض بر مبنای برابری نسبی ارزش عوض و معاوض، قرارداد را منعقد می‌نمایند و چنانچه این تعهد به برقراری تعادل به دلیلی مثل فقدان وصف صحت، نقض گردد، باید به شیوه‌ای این تعهد منقوض اجرا گردد. ضمان ارش و مسئولیت پرداخت آن به خریدار متضرر، شیوه‌ای است که باعث می‌شود تعهد مورد توافق طرفین قرارداد در رابطه با برقراری تعادل نسبی میان ارزش عوضین که به دلیل عیب مبیع نقض شده بود، دوباره اجرا گردد.

در واقع، تعهد به برقراری تعادل ارزش میان معاوض و عوض یعنی مبیع و ثمن، در ابتدا با ثمن و مبیع مورد توافق، مطابق توافق انجام می‌شود. در واقع، وصف سلامت به عنوان شرط ضمنی و تعهد به برقراری تعادل میان ارزش عوضین به عنوان مفاد عقد، هر دو از طریق عرف، وارد تراضی شده و اعتبار می‌یابند، با این توضیح که دلالت عرف محدود به شرط ضمن عقد نیست و آنچه که به دلالت عرف در عقد ثابت می‌گردد، می‌تواند مفاد ضمنی عقد و وابسته به خود عقد باشد و منظور از مفاد ضمنی عقد، خصوصیات و ویژگی‌های وابسته به عقد است که بدون تصریح با لفظ و اشاره، مورد توافق طرفین قرارداد، قرار می‌گیرد و اعتبار عرف هم به دلیل همین کاشفیت آن از قصد و اراده مشترک طرفین قرارداد است. نتیجه آنکه تعهد به برقراری اصل تعادل نسبی ارزش عوضین، جزو مفاد ضمنی عقد تملیکی معاوض مثل بیع که شایع‌ترین عقود است، می‌باشد. حال، وقتی که مبیع تسلیمی، موافق مبیع مورد توافق نباشد، اولین نتیجه آن، نقض تعهد به برقراری تعادل، از جانب بایع نقض شده است. دوم آنکه این تعهدی که نقض شده است، باید به شیوه‌ای، دوباره اجرا گردد یا به عبارتی، بایع باید ملزم به اجرای آن شود چراکه این تعهد، از زمان انعقاد تا اجرای کامل قرارداد تماما حاکم بر طرفین قرارداد است.

می‌دانیم آنچه که سبب نقض تعهد شده است، عیب مبیع است نه ثمن لذا باید این مبیع به ارزشی برسد که با عوض برابر باشد چراکه قرارداد با مبیعی معین در مقابل ثمنی تعیین شده منعقد شده بود. بنابراین، امکان تعویض مبیع مثل مال کلی موجود نیست و ثمن نیز قابل کم یا زیاد کردن نیست چراکه جزو رکن قرارداد است. تنها راهی که برای اجرای تعهد منقوض، باقی می‌ماند، ارزش است تا تعادل قراردادی برقرار شود. به عبارت دیگر، باید ببینیم که عرف چه نسبت تجزیه‌ناپذیری از ارزش مبیع را به وصف سلامت اختصاص می‌دهد تا به همان نسبت از قیمتی که در معامله تعیین کرده‌اند به خریدار پرداخت گردد. این نسبت، همان ارزش است.

پس، ماهیت ارزش، ضمانت اجرای تعهد به برقراری تعادل نسبی میان ارزش عوضین و نوعی الزام و اجبار متعهد به انجام تعهد مربوطه است. به عبارت دیگر، ضمان ارزش، شیوه‌ای برای اجرای مفاد خود عقد است و مسئولیتی قراردادی است که مبنای آن، توافق و تراضی غیرصریح و ضمنی طرفین بر پایه عرف در قرارداد است.

منابع

- آذرنوش، آذرتاش، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، تهران، نشر نی، ۱۳۷۹.
- امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ ۵، ۱۳۵۳.
- انصاری، مسعود، طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، ج اول، تهران، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴.
- بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، مجد، ۱۳۸۰.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، الفارق، ج اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶.
- _____، تئوری موازنه (فلسفه‌ی عمومی حقوق بر پایه‌ی اصالت عمل)، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱.
- _____، روش جدید در مقدمه‌ی عمومی علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷.
- _____، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
- _____، فرهنگ عناصر شناسی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
- _____، فلسفه‌ی اعلی در علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
- _____، فن استدلال (منطق حقوق اسلام)، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
- _____، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- _____، مسائل منطق حقوق و منطق موازنه، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴.
- دهخدا، علی اکبر، فرهنگ لغت دهخدا، جلد ۵، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۲۸.
- زراعت‌پیشه، محمود، ارش عیب مبیع (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)، دانشکده حقوق، دانشگاه شهیدبهبشتی، ۱۳۷۱.
- سلجوقی، محمود، نقش عرف، تهران، میزان، زمستان ۱۳۸۸.
- سیاح، احمد، فرهنگ جامع عربی-فارسی، جلد اول، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ چهارم، ۱۳۴۸.
- شهابی، محمود، دو رساله: وضع الفاظ و قاعده لاضرر، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۳۰.
- شهیدی، مهدی، اصول قراردادهای و تعهدات، تهران، مجد، چاپ چهارم، ۱۳۸۵.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران، مجد، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.
- _____، حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱، تهران، مجد، چاپ دوم، دی ماه ۱۳۸۳.

- _____ ، سقوط تعهدات، تهران، مجد، ۱۳۸۱.
- صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادهای، جلد دوم، تهران، موسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ یازدهم، ۱۳۸۵.
- _____ ، الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری و مسئولیت مدنی)، جلد اول، تهران، دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.
- _____ ، حقوق مدنی، دوره عقود معین (۱)، دوره عقود معین (۱)، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴.
- _____ ، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۱ و ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۳.
- _____ ، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۳ و ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۸۳.
- لطفی، اسدالله، موجبات و مسقطات ضمان قهری، تهران، مجد، ۱۳۷۹.
- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی ۱)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۵.
- محمدی، ابوالحسن، قاعده ضمان ید، اهواز، چاپ حافظ، تیرماه ۱۳۴۷.
- مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی (زیر نظر محمود هاشمی شاهرودی)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، جلد اول، مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- مولوی وردنجانی، سعید، نظریه ارزش در فقه و حقوق ایران با مطالعه تطبیقی (رساله دکتری)، مدرسه عالی شهید مطهری، سال تحصیلی ۱۳۸۸.
- ابن بابویه قمی، علی، فقه الرضا، المؤتمر العالمی للامام الرضا، مشهد، (بی تا).
- أنصاری، مرتضی، المكاسب، مجمع الفكر الإسلامی، الطبعة الأولى، قم، ۱۴۲۰ ق.
- جبعی العاملی، زین‌الدین (الشهید الثانی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، الجزء الثالث، جامعة النجف الدینیة، الطبعة الثانیة، ۱۳۹۸ ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربیة، تحقیق عبدالغفور، احمد، الجزء الثالث، دار العلم للملایین، الطبعة الرابعة، بیروت، ۱۴۰۷ ق.
- حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، الجزء الحادی عشر، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۴ ق.
- خوانساری، احمد، جامع المدارک، مکتبه الصدوق، تهران، ۱۳۹۴ ق.
- خوانساری نجفی، موسی بن محمد، منیه الطالب، مطبعة المرتضویه، نجف، ۱۳۵۷ ق.

- شيخ مفيد، ابو عبدالله محمد بن محمد، المقنعه، موسسه النشر الاسلامى التابعه لجماعه المدرسين، قم، ١٤١٠ق.
- طباطبايى يزدى، سيد محمد كاظم، حاشيه المكاسب، الجزء الثانى، مؤسسه إسماعيليان، قم، ١٣٧٨.
- طباطبايى، على بن محمد على، رياض المسائل، بى نا، قم، ١٢٩٢ق.
- طوسى، جعفر محمد بن الحسن بن على، المبسوط فى فقه الإماميه، الجزء الثانى، المكتبه المرتضويه لإحياء الآثار الجعفرية، المطبعه الحيدريه، تهران، ١٣٨٨.
- كركى، على بن حسين، جامع المقاصد فى شرح القواعد، جلد ٥، موسسه آل البيت لاحياء التراث، قم، ١٤٠٨ ق.
- مقدس اردبيلى، احمد، مجمع الفائده و البرهان، جلد ٨، موسسه النشر الاسلامى التابعه لجماعه المدرسين، قم، ١٤١١ق.
- موسوى خويى، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، جلد ٥، مكتبه الداورى، قم، ١٣٧٧.
- نجفى، محمد حسن، جواهرالكلام فى شرح شرايع الاسلام، جلد ٢٣، دار لاحياء التراث، بيروت، ١٣٧٦ق.
- نراقى، احمد بن محمد مهدي، عوائد الايام، الطبعة الثالثه، مكتبه بصيرتى، قم، ١٤٠٨ق.

رویکرد نوین حقوق کیفری در موضوع بار اثبات دفاعیات

نسرین مهرا*

عبدالوحید زاهدی**

چکیده

صرف ارتکاب رفتار مادی مجرمانه نمی‌تواند منجر به محکومیت شخص مرتکب شود بلکه اثبات جرم و انتساب رفتار مجرمانه به شخص مرتکب است که منجر به محکومیت وی به مجازات جرم ارتكابی می‌گردد. در واقع بر مبنای قواعد شکلی است که وقوع جرم اثبات شده و مجرم محکوم و مجازات می‌شود. مسئله حائز اهمیت در اثبات وقوع جرم و مجرمیت متهم، «بار اثبات جرم و دفاعیات مطروحه» پدر روند رسیدگی کیفری می‌باشد.

بار اثبات، پاسخ به این سؤال است که چه شخص یا مقامی باید در جریان رسیدگی کیفری ادعای خود را اثبات نماید. در این جا بحث بر سر وجود دلیل نیست بلکه مهم مسئولیت و وظیفه اثبات می‌باشد. اگر دادستان (مقام تعقیب) بار اثبات ادعای خود را بر عهده داشته باشد، در صورت عدم اثبات، متهم تبرئه می‌شود. بالعکس اگر متهم باید بار اثبات ادعای خود مبنی بر وجود دفاع را تحمل کند، در صورت عدم ارائه دلیل کافی و مناسب، متهم محکوم می‌گردد. بدیهی است نتیجه محاکمه رابطه تنگاتنگی با قرار دادن بار اثبات بر دوش متهم یا دادستان دارد.

در خصوص دفاعیات آمده در قوانین جزائی شامل عوامل موجهه جرم و عوامل رافع مسئولیت کیفری و بار اثباتی آنها، قوانین جزایی و دکترین نظر واحدی را ارائه نداده و اتفاق نظری در این موضوع وجود ندارد. در این مقاله سعی شده با رویکرد نوین حقوق کیفری مبنی بر شکل‌گیری تئوری «قواعد جامع»^۱ در مقابل «قواعد نقض‌پذیر»^۲

n_mehra@sbu.ac.ir

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

** دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

zahedi.abdolvahid@gmail.com

1. Comprehensive
2. Defeasible

در حقوق اروپایی و نفوذ تدریجی آن در قوانین داخلی، پاسخ به این مسئله به نحو دقیق‌تری مورد بررسی قرار گیرد و مشخص گردد که با تمسک به مفهوم گسترده مجرمیت و شمول عدم وجود موانع تعقیب در تعریف مجرمیت علاوه بر احراز عناصر جرم و شرایط مسئولیت کیفری، دادستان مسئول اثبات تمامی عناصر جرم و نقض تمامی موانع تعقیب و مجازات شناخته می‌شود.

کلیدواژه‌ها: بار اثبات، موانع شخصی مسئولیت کیفری، موانع عینی مسئولیت کیفری، قواعد جامع، قواعد نقض‌پذیر.

بار اثبات در امور کیفری همواره محل بحث جدی حقوقدانان و دکتربین حقوقی بوده است. قاعده کلی در تعقیب کیفری، وظیفه اثبات را بر عهده دادستان (مقام تعقیب) می‌گذارد. این دادستان است که باید از عهده اثبات عناصر متشکله جرم برآید. اما در خصوص دفاعیات همواره در بین دکتربین اختلاف نظر بوده است که آیا دادستان به عنوان مقام عمومی تعقیب باید عدم وجود دفاعیات را نیز علاوه بر اثبات عناصر جرم و شرایط مسئولیت کیفری اثبات نماید یا این که به دلیل این مهم که ارائه و استناد به دفاعیات از سوی متهم انجام می‌گیرد، این خود شخص متهم است که به عنوان مدعی وجود شرایط دفاعیات باید از عهده بار اثبات این عوامل برآید. بررسی این مهم قطعاً روند دادرسی کیفری را تحت تأثیر قرار داده و نتایج مهمی و حیاتی در بر خواهد داشت. بررسی و یافتن پاسخ این سؤال هدف اصلی نگارش و تدوین مقاله حاضر می‌باشد.

۱. مفهوم بار اثبات و تمایز آن از مفاهیم مشابه

اهمیت بار اثبات از آن جهت است که با قرار دادن این بار بر عهده هریک از طرفین و عدم ارائه دلایل کافی از سوی وی، رأی به نفع طرف مقابل بدون هرگونه وظیفه اقدام دیگری صادر می‌گردد. موضوع دفاعیات نیز از این قاعده کلی مستثنی نمی‌باشد. مطابق با قاعده کلی بار اثبات در دعاوی کیفری بر عهده دادستان می‌باشد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با تایید این مهم، در اصل ۳۷ خود به صراحت اصل را بر براءت متهم گذارده و وی را معاف از هرگونه وظیفه‌ای در اثبات بی‌گناهی خود دانسته است. همچنین قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز در ماده ۴ خود بر اصل براءت تأکید داشته است. این قاعده تا جایی به راحتی قابل پذیرش است که متهم در روند رسیدگی کیفری مدعی امری نگردد. لیکن در خصوص دفاعیات، شامل عوامل موجهه جرم و عوامل رافع مسئولیت کیفری، این متهم است که مدعی وجود یکی از دفاعیات در حین ارتکاب جرم می‌گردد. به هر حال، این دفاعیات و ادعاها نیاز به اثبات دارد. سئوالی که پیش می‌آید، این است که آیا متهم علیرغم وجود اصل براءت به عنوان مدعی، ملزم به اثبات وجود عوامل موجهه جرم یا شرایط رافع مسئولیت کیفری است؟ یا این وظیفه دادستان است که به عنوان مقام عمومی تعقیب، اثبات تمامی عناصر جرم و خلاف ادعاهای متهم و نقض تمامی موانع تعقیب کیفری را بر عهده گیرد؟ در ابتدای مقاله و پیش از ورود به بحث اصلی، لازم است بدو مفهوم بار اثبات را تعریف و تمایز آن با مفاهیم مشابه مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۱. مفهوم بار اثبات^۱

منظور از بار اثبات، تکلیف مدعی به ارائه دلیل برای اثبات ادعای خود می‌باشد.^۲ در واقع این مدعی است که باید ثابت کند قضیه مورد ادعای وی واقعیت داشته و اتفاق افتاده است. بار اثبات، تکلیف مدعی به اثبات ادعاهای خود در جریان رسیدگی در مقابل طرف دعوی می‌باشد. بار اثبات هم در دعاوی مدنی و هم در دعاوی کیفری مطرح می‌شود. در دعاوی مدنی با استناد به قاعده البینه علی المدعی تکلیف کاملاً روشن است و هر کسی مدعی امری شود باید آن را اثبات نماید. ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی نیز تصریح نموده در صورتی که مدعی علیه در مقام دفاع از خود مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد، اثبات امر بر عهده اوست. اما در حقوق کیفری، مفهوم بار اثبات پاسخ به این سؤال است که اگر یکی از طرفین (متهم یا دادستان) ادعایی مطرح کند، اثبات این ادعا بر عهده کیست؟ آیا اصولاً بار اثبات همانند دعاوی مدنی بر عهده متهمی که ادعای وجود دفاع را نموده است، می‌باشد؟ یا اثبات خلاف و نقض وجود آن ادعا بر عهده دادستان است؟

در بحث بار اثبات آنچه اهمیت دارد، وجود دلیل نیست بلکه اقناع و اثبات است که مهم تلقی می‌شود. اگر بار اثبات بر عهده یک طرف باشد و طرف مذکور نتواند مسئله را اثبات نماید، در آن موضوع حکم علیه وی صادر خواهد شد. به عبارت دیگر، بار اثبات بر عهده یک طرف، خطر عدم اقناع را ایجاد می‌نماید.^۳ نتیجه محاکمه، رابطه نزدیکی با قراردادن بار اثبات بر عهده دادستان یا متهم خواهد داشت.

۱-۲. مفهوم قابلیت طرح^۴

ضروری است تمایز میان مفهوم «بار اثبات» با مفهوم «قابلیت طرح» را مشخص شود. مفهوم «قابلیت طرح» آن است که برای شروع به رسیدگی به یک ادعای مطرح شده در دادگاه، آن ادعا باید با دلایل کافی و مناسب از سوی مدعی مطرح شده باشد. بدیهی است صرف ادعا به تنهایی و بدون هیچ‌گونه دلیل و مدرک «قابلیت طرح» نداشته و مرجع کیفری به آن توجهی نمی‌کند. بنابراین در صورتی که در پرونده

1. Burden of proof

۲. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر دادگستر، ۱۳۷۷، ص. ۷۷۰.

۳. فلچر، جورج پی، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، سید مهدی سیدزاده ثانی، انتشارات آستان قدس رضوی، ص. ۱۷۲.

4. Burden of going forward

کیفری، متهم ادعا کند «مقتول به وی حمله کرده است»، صرف این ادعا به تنهایی و بدون دلیل کافی برای دفاع مشروع کفایت نکرده و هیچ فایده‌ای را برای مدعی در برنخواهد داشت. از سوی دیگر، دادستان نیز کیفر خواست را باید به نحوی صادر کند که مبتنی بر دلایل قطعی و معتبر باشد تا «قابلیت طرح» نزد مقام رسیدگی کننده را داشته باشد.

بنابراین هر جای این مقاله به بحث در خصوص «بار اثبات» پرداخته می‌شود، منظور ادعاهایی است که با دلایل کافی از سوی مدعی مطرح شده و «قابلیت طرح» دارند.

۱-۳. مفهوم معیار اثبات^۱

مفهوم دیگری که باید تمایز آن را با مفهوم بار اثبات مشخص کرد، «معیار اثبات» است. این مفهوم، معیار و میزان اقناعی را که دلایل ادعایی باید برای قاضی دادگاه ایجاد نمایند، معین می‌کند. این میزان اقناع گاه «قطعی و یقینی» و به اصطلاح «اقناع وجدانی» است که در حقوق انگلیس با معیار «فراتر از هرگونه شک معقول»^۲ شناخته می‌شود.^۳ گاه نیز مبنی بر «دلیل غالب» می‌باشد که حد پایین‌تری از معیار قبلی بوده و به این معناست که احتمال صحت ادعا بیش از احتمال نادرستی آن است. معیار دیگر «دلیل واضح و اقناع‌آور» است که بالاتر از «دلیل غالب» و پایین‌تر از «اقناع وجدانی» قرار می‌گیرد.

در امور مدنی نوعاً «دلیل غالب» بر محاکمات حاکم است و دلایل طرفین با معیار «دلیل غالب» مورد پذیرش قرار می‌گیرد. اما در امور کیفری غالباً معیار «اقناع وجدانی» و در حقوق انگلستان «فراتر از هرگونه تردید معقول» و به ندرت «دلیل واضح و اقناع‌آور» مورد توجه قرار می‌گیرد. به دلیل همین تفاوت در معیار اثبات در دعوای کیفری و مدنی است که در خصوص موضوعی واحد، در دعوای کیفری به دلیل عدم اقناع وجدانی دلیل، دعوی رد می‌شود اما در همان موضوع، در دعوی مدنی برای مثال مبنی بر جبران خسارت و ضرر و زیان، دلایل مورد قبول قرار گرفته و حکم به نفع مدعی صادر می‌گردد. زیرا اگرچه دلایل مدعی به حد معیار «اقناع وجدانی» نرسیده لیکن به حد معیار «دلیل غالب» که در دعوای مدنی مورد پذیرش قرار می‌گیرد، رسیده است.

۲. تفاوت بار اثبات در امور مدنی و کیفری

طبیعی است موضوع مهم بار اثبات در هر دو دعوی مدنی و کیفری مطرح شده و شخص مسئول بار اثبات در هر دوی این دعاوی می‌تواند حائز اهمیت و مورد بحث قرار گیرد. لیکن با توجه به تفاوت ماهوی این دو نوع دعوا، مفهوم و مسئول بار اثبات در این دو نوع دعوا نیز متفاوت بوده و باید از هم تمیز داده شود.

۲-۱. بار اثبات در امور مدنی

در دعاوی مدنی به عنوان یک قاعده کلی، مدعی باید ادعاهای خود را ثابت نماید که تحت عنوان قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی المنکر» شناخته می‌شود. در این دعاوی گاه «انقلاب دعوی» رخ می‌دهد و آن در جایی است که مدعی علیه (خوانده) در مقام دفاع از خود مدعی امری گردد. این موضوع در ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی بدین نحو بیان شده است که «هرکس مدعی امری باشد، باید آن را ثابت کند و مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع، مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد، اثبات امر بر عهده اوست.» بنابراین تکلیف بار اثبات در امور مدنی کاملاً روشن است و هیچ ابهامی وجود ندارد. هر چند که تعیین مدعی و منکر در امور مدنی امری است اعتباری و نسبی و احتمال دارد هر دو وصف به اعتبارهای گوناگون در یک شخص جمع شود.^۱ اما به طور معمول شخصی که دادخواست می‌دهد خواهان و مدعی محسوب می‌گردد و طرف مقابل وی خوانده و مدعی علیه که گاه با توجه به دفاعی که از خود می‌نماید، می‌تواند در جریان دعوی، مدعی محسوب شود. همان طور که بیان شد در امور مدنی معیار اثبات نوعاً همان «دلیل غالب» است.

۲-۲. بار اثبات در امور کیفری

در امور کیفری، بار اثبات در مرحله تعقیب به طور معمول با دادستان است زیرا اوست که جرمی را به متهم نسبت داده است. بنابراین باید از عهده اثبات جرم و عناصر متشکله آن برآید. این امر حتی در جرایم غیرعمدی نیز که عنصر معنوی آن کوتاهی و سهل‌انگاری است، صدق می‌کند.^۲ این قاعده با اصل ۳۷ قانون اساسی مبنی بر اصل برائت کاملاً مطابقت دارد. بر اساس این اصل، اصل بر برائت متهم است و او نیازی به هیچ‌گونه دلیلی برای اثبات بی‌گناهی خود ندارد و این دادستان است که با دلایل

۱. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، نشر میزان، ۱۳۸۲، ص. ۸۴.

۲. آزمایش، علی، جزوه درسی تفریبات، سال تحصیلی ۱۳۸۵-۱۳۸۴، ص. ۴۶.

قوی و محکمه‌پسند باید این اصل را نقض کرده و مجرمیت وی را ثابت نماید. در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز با تأکید بر این مهم در ماده ۱۶۹ تأکید شده که بازپرس تنها زمانی می‌تواند افراد را به عنوان متهم احضار یا جلب نماید که دلایل کافی برای توجه اتهام بر ایشان وجود داشته باشد. بنابراین بر اساس این ماده تحقیقات و ادله ارائه شده باید اقناع وجدانی در بازپرس ایجاد نموده باشند و این اقناع وجدانی به میزانی باشد که توجه اتهام به متهم را اثبات نموده باشد تا مجوزی برای احضار یا جلب وی ایجاد شود.^۱ معیار اثبات در امور کیفری بر خلاف امور مدنی، با توجه به ارتباط نزدیک آن با جان و مال و حیثیت و آبروی افراد، دقیق‌تر و دشوارتر است. «اقناع وجدانی»، «فراتر از هرگونه شک معقول»^۲ و «اثبات قطعی و یقینی» همگی اصطلاحاتی هستند که برای نشان دادن «معیار اثبات» در دعوی کیفری به کار می‌روند و همگی فراتر و محکم‌تر از معیار اثبات «دلیل غالب» در امور مدنی می‌باشند.

۲-۳. تکلیف اثباتی غیر مستقیم در امور کیفری

اصطلاح تکلیف اثباتی غیرمستقیم در برابر تکلیف اثباتی مستقیم یعنی همان قاعده «البینه علی المدعی» و تکلیف مدعی به اثبات ادعای خود، به کار می‌رود. منظور از این اصطلاح، ارائه ادعایی از سوی طرف مقابل مدعی می‌باشد. این وضعیت در آیین دادرسی مدنی به «قلب یا انقلاب دعوی» معروف است که همان طور که آمد تکلیف آن در امور مدنی در ماده ۱۲۵۷ ق. م. مشخص شده است. اما در امور کیفری که دادستان قاعداً باید ادعای خود را علیه متهم اثبات نماید، موضوع کاملاً متفاوت است.

موضوع بار اثبات در امور کیفری زمانی که متهم در جریان دفاع از خود، دفاعیاتی شامل عوامل موجهه جرم و عوامل رافع مسئولیت کیفری را مطرح می‌کند، پیچیده می‌شود. در این جا همانند امور مدنی، متهم مدعی دفاعیات محسوب می‌شود و در نتیجه بحث تکلیف اثباتی غیر مستقیم مطرح می‌گردد. آیا در دعوی کیفری نیز مانند دعوی مدنی، بار اثبات تکلیف اثباتی غیر مستقیم بر عهده متهم (مدعی) می‌باشد؟ آیا این متهم است که در صورت طرح ادعایی مانند «دفاع مشروع» باید «دفاع» و «مشروعیت» عمل خود را اثبات نماید؟ یا دادستان به عنوان مقام عمومی تعقیب که نماینده تمامی اعضای جامعه در روند رسیدگی کیفری است باید عدم وجود عوامل

۱. اشوری، محمد، اصل براءت و آثار آن در امور کیفری، مجموعه مقالات عدالت کیفری، گنج دانش، ۱۳۷۶، ص. ۱۲.
 ۲. وضعیتی است که در آن قاضی رسیدگی‌کننده به مجرمیت متهم یقین قطعی و فراتر از هر گونه شکی که برای یک شخص معقول متصور است رسیده است و اقناع وجدانی پیدا کرده است. در این وضعیت قاضی کیفری به دلیل و یقین قطعی به مجرمیت متهم دست یافته است.

موجهه جرم یا شرایط رافع مسئولیت را اثبات نماید؟ این مسئله به دلیل وجود اصل «برائت» حاکم در دعاوی کیفری از اهمیت فوق العاده‌ای برخوردار است.

۲-۴. منشأ بروز اختلاف در بار اثبات

برای پاسخ به سؤال مطرح شده در قسمت قبل و حل مشکل، نخست باید ریشه و مبنای اختلاف را کشف نمود. دکترین حقوقی در طول تاریخ همواره میان «جرم» از یک طرف و «دفاع» از سوی دیگر تمایز قائل شده‌اند. ایجاد تمایز میان این دو مفهوم علیرغم دارا بودن فواید بسیار، موجب بروز مسائل مهم و دقیق حقوقی و فلسفی گردیده که یکی از مهم‌ترین آن‌ها همین موضوع «بار اثبات» است.

مبنای این تمایز آن است که برخی ادعاها «اتهام‌زننده»^۱ محسوب می‌شوند و برخی دیگر «تبرئه‌کننده»^۲ عناصر جرم که دادستان در کیفر خواست می‌آورد «اتهام‌زننده» محسوب می‌گردد و دفاعیات احتمالی ارائه شده از سوی متهم اعم از دفاع مشروع، جنون، مستی، رضایت و... «تبرئه‌کننده». بنابراین تمایز میان این دو مفهوم باعث تغییر در شخص مدعی می‌گردد و در موقعیت‌های خاص، گاه دادستان و گاه متهم مدعی محسوب می‌گردند، دادستان مدعی ادعاهای اتهام‌زننده و متهم مدعی ادعاهای تبرئه‌کننده. حال در برخی موارد، این که موضوعی از عناصر اتهام‌زننده تلقی شود و در نتیجه، بار اثبات آن بر عهده دادستان باشد و یا این که از عناصر تبرئه‌کننده و دفاع محسوب شود و بار اثبات آن بر عهده متهم قرار گیرد، بستگی به نگرش ما به موضوع دارد. برای مثال، در دفاع مشروع اگر انگیزه خلاف قانون را از عناصر جرم بدانیم، اثبات آن بر عهده دادستان و اگر نداشتن داعی خلاف قانون و تعارض با قانون را دفاع محسوب کنیم، اثبات آن بر عهده متهم قرار می‌گیرد. بدیهی است که تعیین شخصی که بار اثبات بر دوش اوست، در امور کیفری به چه میزان اهمیت دارد و نتیجه دعوی کیفری چه ارتباط تنگاتنگی با این موضوع دارد.

۳. مسئول بار اثبات؛ دادستان یا متهم؟

همان‌طور که بیان شد سؤال اساسی در دعوی کیفری این است که اگر متهم در مقام دفاع از خود مدعی وجود عوامل موجهه جرم یا شرایط رافع مسئولیت کیفری شد، اثبات این ادعا بر عهده کیست؟

1. Inculcate
2. Exculpate

در این خصوص دکترین حقوقی به دو گروه تقسیم می‌شوند که ذیلاً به بیان دیدگاه و دلایل آن‌ها می‌پردازیم:

۳-۱. اعتقاد به تکلیف متهم برای اثبات ادعا

معتقدین به تکلیف متهم به اثبات ادعا برای اثبات اعتقاد خود، دعوی کیفری را با دعوی مدنی قیاس کرده و قاعده «البینه علی المدعی» را در دعوی کیفری نیز مجری می‌دانند.^۱ این گروه معتقد هستند با ادعای متهم مبنی بر وجود دفاع، بار اثبات به دوش وی منتقل شده و او مکلف به اثبات ادعای خود در مقابل دادستان می‌باشد. در متون فقهی هر چند به این مسئله به صورت مستقل پرداخته نشده است لیکن غالب فقها، بدون تفکیک دعوی مدنی و کیفری قاعده «البینه علی المدعی» را در هر دوی این دعوی قابل اعمال دانسته و بین دعوی تمایزی قائل نمی‌شوند.^۲ اما قیاس دعوی مدنی با کیفری، نوعی قیاس مع الفارق است. در دعوی مدنی، اصل رقابت و برابری قوا حاکم بوده و طرفین دعوا (خواهان و خوانده) در جمع‌آوری و ارائه دلایل خود از شرایط و امکانات مساوی برخوردار هستند اما در دعوی کیفری دادستان با دارا بودن امکانات دولتی و قضایی از امکان بیشتری نسبت به متهم برای جمع‌آوری ادله برخوردار است. در حالی که متهم به ویژه زمانی که بازداشت باشد، از امکانات لازم برای جمع‌آوری دلایل به منظور اثبات بی‌گناهی خود محروم است. از سوی دیگر، دادستان در دعوی کیفری به نمایندگی از آحاد جامعه شرکت می‌کند و وظیفه او صرفاً جمع‌آوری ادله و قرائن جرم است و باید در کمال بی‌طرفی و انصاف این دلایل را چه به نفع متهم باشند و چه به ضرر وی، جمع‌آوری نماید. ماده ۴۴ قانون اصول محاکمات جزایی مصوب ۱۲۹۱ در کشور ما در بردارنده چنین حکمی در خصوص مسئولیت مقام تحقیق بود که مقرر می‌داشت: «مستتطق باید با کمال بی‌غرضی تحقیقات را نموده، در کشف اوضاع و احوالی که بر نفع و ضرر متهم است، فرقی نگذارد.» همچنین ماده ۹۳ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ نیز به خوبی بر بی‌طرفی بازپرس تأکید داشته و مقرر می‌دارد که بازپرس باید در کمال بی‌طرفی تحقیقات را انجام داده و در کشف اوضاع و احوالی که به نفع یا ضرر متهم است فرقی نگذارد. این

۱. رحمدل، منصور، قانون اساسی و بار اثبات در امور کیفری، نشریه حقوق اساسی، سال چهارم، شماره ۸، ۱۳۸۶، ص. ۵۱.

۲. منصور آبادی، عباس، بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم، (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، انتشارات سمت، ۱۳۸۳، ص. ۳۴۲.

ماده به وضوح معین می‌سازد که در رسیدگی کیفری وظیفه بازپرس کشف واقع و حقیقت است و در این مقام به عنوان نماینده شهروندان و نه نماینده شاکی پرونده، انجام وظیفه می‌نماید. این در حالی است که در دعاوی مدنی، هر یک از طرفین صرفاً به دنبال اثبات ادعای خود می‌باشند. در واقع در دعاوی کیفری، متهم نیز به نوبه خود یکی از افراد جامعه است و در جریان تعقیب و رسیدگی کیفری، مقام تعقیب نباید در حمایت از وی دریغ کند. بنابراین محکومیت و یا برائت متهم باید برای مقام تعقیب بالسویه باشد و تنها تلاش وی باید در جهت احراز واقع و اجرای عدالت باشد نه آنکه صرفاً به دنبال محکوم نمودن متهم تحت هر شرایطی باشد. از این رو قیاس دعاوی مدنی و کیفری با یکدیگر با عنایت به وجود تفاوت‌های اساسی میان این دو دعوی، چندان صواب نبوده و اغلب منجر به نتایج غیر عادلانه می‌گردد.

۳-۲. اعتقاد به تکلیف دادستان برای اثبات ادعا

این گروه برای اثبات اعتقاد خود به دلایلی چند متوسل می‌شوند:

الف) تعقیب دعوی عمومی بر عهده دادستان است و اوست که به عنوان نماینده جامعه باید کلیه ارکان و عناصر جرم و شرایط تحقق آن را اثبات نماید. از نظر این گروه اثبات وجود مقتضی تعقیب (جرم) و نبود مانع تعقیب (دفاعیات) بر عهده دادستان می‌باشد.^۱

ب) اصل اساسی حاکم بر دعاوی کیفری «اصل برائت»^۲ می‌باشد. بر اساس این اصل که در اصل ۳۷ قانون اساسی نیز آمده، متهم نیازی به ارائه هیچ دلیلی برای اثبات بی‌گناهی خود ندارد و این دادستان است که باید با دلایل غیر قابل تردید مجرمیت وی را اثبات نماید. همچنین ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز در صدر ماده به اصل برائت تصریح نموده است.

ج) «تفسیر شک به نفع متهم» که نتیجه اعمال اصل برائت است اقتضا دارد که برای صدور حکم محکومیت متهم، قاضی کیفری به اقناع وجدانی رسیده و هیچ‌گونه شک و ابهامی در محکومیت وی نداشته باشد. این در حالی است که برای صدور حکم برائت، صرف احتمال کفایت کرده و شک و تردید به نفع متهم تفسیر می‌گردد.

د) شناسایی حق سکوت برای متهم در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ که نتیجه حکومت اصل برائت در دعاوی کیفری است یکی دیگر از دلایل

۱. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، انتشارات سمت، ۱۳۷۹، ص. ۸۳.

توجه و اعتقاد مقنن به تحمیل بار اثبات بر عهده دادستان می‌باشد. به هر صورت متهم حق دارد در برابر اتهامات وارد بر خود سکوت نماید و الزام به هیچ‌گونه دفاع و ارائه ادله‌ای مبنی بر بی‌گناهی خود نیست بلکه این دادستان و مقام تحقیق می‌باشند که موظف به اثبات ادعای مجرمیت متهم با معیار اقناع وجدانی و رفع هر گونه شک معقول قضایی کیفری می‌باشند.

هـ) دلیل دیگر بر اعتقاد به تکلیف دادستان در اثبات ادعای خود مبنی بر وجود عناصر جرم و شرایط مسئولیت کیفری می‌تواند ماده ۲۷۹ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ باشد که یکی از مطالبی که در کیفر خواست الزاماً باید ذکر گردد را در بند الف ماده ادله انتساب اتهام ذکر نموده است.

بر این اساس، اگر متهم نزد دادگاه ادعا کند که برخوردار از عوامل موجهه جرم یا عوامل رافع مسئولیت کیفری می‌باشد، بدون تردید دادگاه به صرف این ادعا و یا احتمال نمی‌تواند او را از اتهام منتسبه تبرئه کند ولی در مقابل با وجود این احتمال نمی‌تواند صرفاً به این دلیل که متهم برای اثبات ادعای خود دلیلی اقامه نکرده، او را محکوم کند. زیرا تکلیف دادگاه است که راجع به صحت و سقم این ادعا تحقیقات لازم را مبذول داشته و از دادستان تقاضای دلایل محکم و قطعی نماید. بدیهی است، در صورتی که دادگاه از انجام این تکلیف سر باز زند، حقوق دفاعی متهم را نادیده گرفته است. لذا تضمین حقوق دفاعی متهم نیز به نوبه خود اقتضا دارد که تکلیف اثباتی را در هر حال به عهده غیر از متهم قرار دهیم.^۱ به نظر می‌رسد با در نظر گرفتن استدلالات ارائه شده از سوی گروه دوم، نظر ایشان به صواب نزدیک‌تر بوده و موجه‌تر به نظر می‌رسد.

۴. رویکرد مطلوب در بار اثبات

معمولاً در حقوق کیفری بیان می‌شود دادستان باید فراتر از هرگونه تردید معقول و با اقناع وجدانی دادرس، «مجرمیت» را به اثبات برساند. حال باید دید مفهوم «مجرمیت» چیست؟ آیا منظور از مجرمیت صرفاً اثبات عناصر و ارکان متشکله جرم یا همان مقتضی تعقیب می‌باشد؟ یا آن که دفاعیات مطرح در پرونده و اثبات خلاف آن‌ها و در واقع عدم وجود مانع تعقیب نیز داخل در مفهوم مجرمیت است؟

تفکر سنتی در حقوق کیفری، دفاعیات را خارج از محدوده مجرمیت دانسته و در نتیجه بار اثبات آن‌ها را بر عهده متهم قرار می‌دهد. با این حال امروزه در اغلب

۱. فتوحی سرور، احمد، القانون الجنایی الدستوری، به نقل از منصور آبادی، پیشین، ص. ۳۶۷.

کشورها،^۱ با ارائه تفسیری موسع از مفهوم مجرمیت، تمام مسائل مربوط به مسئولیت اعم از وجود مقتضی تعقیب (جرم) و عدم وجود مانع تعقیب (دفاعیات) را داخل در محدوده مفهوم مجرمیت می‌دانند. این دیدگاه، مخالف انتقال بار اثبات بوده و نگرش جدیدی به مفهوم مجرمیت با خود به همراه دارد.

۴-۱. به سوی قواعد جامع

با ارائه تفسیر موسع از مفهوم مجرمیت، رفته‌رفته در نظام‌های حقوقی تمایز میان «جرم» و «دفاع» از بین رفته و این مفاهیم همگی به عنوان یک کل واحد داخل در مفهوم موسع مجرمیت می‌باشند. تا پیش از این، تعریف جرایم به وسیله قواعد «ناتمام» بود که هارت آن‌ها را «قواعد نقض‌پذیر» می‌نامید.^۲ در قواعد نقض‌پذیر، مفهوم مجرمیت تنها شامل عناصر و ارکان متشکله جرم بوده و دفاعیات به عنوان عاملی خارجی محسوب می‌شوند. شخص مرتکب جرم در این نوع قواعد، در دفاعیات، ارتکاب جرم را قبول می‌کرد لیکن با مطرح نمودن امری به عنوان یک استثنا از عواقب عمل دوری می‌جست. برای مثال در قتل عمد، شخص قتل عمدی دیگری را قبول می‌نمود اما شرایطی استثنایی را مطرح می‌کرد که ماهیت عمل وی را تغییر می‌داد. به این شرایط در حقوق انگلستان «اقرار و گریز»^۳ نام نهاده‌اند. شاید بتوان شرایط اقرار و گریز در حقوق انگلستان را معادل اصطلاح دفاع توأم با ادعای انتخابی توسط برخی دکترین دانست.^۴ در این قواعد عناصر جرم همان عناصر سه گانه شناخته شده می‌باشند و دفاعیات، خارج از محیط جرم و به صورت متمایز مطرح می‌گردند.

در مقابل این قواعد، نظام‌های حقوقی رفته رفته با حذف تمایز میان جرم و دفاع، به سوی «قواعد جامع و کامل» پیش می‌روند. در قواعد جامع، تمامی معیارها و عناصر برای اثبات یک جرم و انکار عوامل نافی آن پیش‌بینی می‌شود و آنها داخل در ماهیت جرم و عناصر آن قرار می‌گیرند. در این شرایط، ادعای وجود عوامل نافی از سوی متهم به مثابه انکار «عناصر جرم» تلقی می‌گردد. بنابراین هر ادعایی انکار یکی از عناصر جرم و مجرمیت تلقی می‌شود.^۵

۱. برای مثال رویه کشورهای انگلستان، استرالیا و آمریکا را می‌توان ذکر کرد. برای اطلاعات بیشتر رجوع کنید به: رحمدل، منصور، قانون اساسی و بار اثبات در امور کیفری، نشریه حقوق اساسی، شماره ۸، ۱۳۸۶، ص. ۷۵.

2. H.L.A. Hart, The Ascription of Responsibility and Right, Proceedings of the Aristotelian society, 49 proceeding, Aristotelian Publication, 1949, p.17.

3. Defeansing condition

۴. فلچر، پیشین، ص. ۱۷۴.

۵. همان.

۴-۲. تشخیص بار اثبات با پذیرش تئوری قواعد جامع

در صورتی که نظام حقوقی با کنار گذاردن قواعد نقض‌پذیر و تمایز میان جرم و دفاع حداقل در ارتباط با موضوع بار اثبات، به سوی پذیرش قواعد جامع حرکت کند، مشکل بار اثبات در امور کیفری به راحتی قابل حل می‌نماید.

دلایل این ادعا را می‌توان به نحو ذیل توضیح داد:

اولاً سادگی ظاهری: در صورتی که ما دفاعیات را به عنوان انکار یکی از عناصر جرم تلقی کنیم و نه مفهومی جدای از جرم، به سادگی می‌توانیم بار اثبات را بر دوش دادستان به عنوان مقامی که بار اثبات تمامی عناصر جرم و عدم وجود خلاف آن را فراتر از هرگونه تردید معقول بر عهده دارد، بگذاریم. در واقع در این جا دادستان با ادعایی روبروست که نقض‌کننده یکی از ارکان جرمی است که وی به دنبال اثبات آن است. به همین دلیل باید آن عناصر را تا حد «اقناع وجدانی» برای قاضی به اثبات رسانده و ادعای وجود دفاع را نقض و مردود سازد.

ثانیاً مطابقت با اصل برائت: اصل برائت اصل مستحکم حاکم بر دعاوی کیفری است و همچون سپری مستحکم به حمایت و دفاع همه جانبه از متهم می‌پردازد. بنابر این اصل، متهم نیازمند ارائه هیچ‌گونه دلیلی برای اثبات بی‌گناهی خود نمی‌باشد. دادستان است که باید تمام عناصر و ارکان جرم را بدون هیچ‌گونه مانعی اثبات نماید. وجود قواعد جامع دقیقاً بر همین مبنا استوار است که دادستان باید تمامی حقایق ضروری برای اثبات جرم و داخل در مفهوم موسع مجرمیت را اثبات نماید. با پذیرش قواعد جامع هیچ‌گونه انتقالی در بار اثبات ایجاد نمی‌گردد و با اظهار یک ادعا یا دفاع از سوی متهم، عنصری از عناصر جرم متزلزل شده و بر مبنای اصل برائت، این دادستان است که عناصر متزلزل شده و مبهم را به نحو یقینی و قطعی باید اثبات نماید.

ثالثاً مطابقت با مفهوم اخلاقی مجرمیت: رویکرد نوین حقوق جزا مبتنی بر اخلاق و عدالت اخلاقی است. در نگاه و رویکرد اخلاقی به حقوق جزا، بیان می‌شود که حقوق جزا تنها و تنها باید مجرمانی را مجازات نماید که از نظر اخلاقی مقصر و قابل سرزنش باشند. در این رویکرد متهمی مسئول تلقی می‌گردد که عدالت و انصاف مجرمیت و مجازات وی را اقتضا کند. بنابراین در این رویکرد ابتدا میزان سرزنش‌پذیری مرتکب بررسی شده و سپس در خصوص مجرمیت وی اظهار نظر می‌گردد.

بنابراین با رویکرد اخلاقی به مفهوم مجرمیت باید تمامی ارکان و شرایط جرم بدون هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای اثبات گردد تا شخص قابلیت سرزنش داشته باشد و هیچ مانعی باعث تردید در سرزنش‌پذیری وی نگردد. با در نظر گرفتن این مفهوم اقتضا

دارد که دادستان سرزنش‌پذیری مرتکب را فراتر از هرگونه شک و تردید و به صورت قطعی ثابت نماید و نقض هرگونه ادعای خلافی را نیز بر عهده بگیرد. با تکیه بر رویکرد اخلاقی به مجرمیت، تردیدی نیست که رویه واحدی در خصوص بار اثبات در دعاوی کیفری ایجاد می‌گردد و از اختلاف و تشتت آراء جلوگیری می‌شود. با تبدیل قواعد نقض‌پذیر به قواعد جامع در قلمروی حقوق کیفری، تمامی ادعاها و دفاعیات در قلمرو مفهوم جرم و مجرمیت قرار گرفته و جزء عناصر آن محسوب شده و دادستان است که باید بطلان تمامی ادعاها را اثبات نماید.

۵. بررسی مصدافی برخی از مواد قانونی ایران و رویکرد تطبیقی به بار اثبات

هر چند که قوانین اغلب کشورها از جمله ایران در خصوص بار اثباتی دفاعیات مطروحه در روند رسیدگی کیفری، مقررۀ مشخصی را تقنین ننموده‌اند؛ لیکن با نگاه به برخی از مواد قانونی شاید بتوان رویکرد قانون‌گذار کیفری را کشف نمود.

۵-۱. رویکرد مقنن ایرانی در قانون مجازات اسلامی

در برخی از مواد قانون مجازات اسلامی می‌توان ردپایی از اعتقاد قانون‌گذار را مبنی بر وظیفه دادستان بر اثبات تمامی ارکان و عناصر جرم همراه با اقناع وجدانی مقام رسیدگی‌کننده، مشاهده نمود. ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: «مسئولیت کیفری در حدود، قصاص و تعزیرات تنها زمانی محقق است که فرد حین ارتکاب جرم، عاقل، بالغ و مختار باشد...» در مواد ۲۱۷ و ۲۱۸ نیز به صراحت این امر در حدود پذیرفته شده و در ماده ۲۱۸ تصریح گردیده: «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... ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود.» بنابراین کاملاً واضح است قانون‌گذار کیفری صرف احتمال صدق در گفتار و ایجاد ابهام و تردید در مجرمیت مرتکب را کافی برای پذیرش ادعای وی و صدور حکم برائت دانسته و بار اثبات خلاف آن را بر عهده دادستان (مقام تعقیب) قرار داده است. نمونه مشابه دیگر از چنین رویکردی از سوی قانون‌گذار کیفری کشورمان تبصره ۲ ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی در باب دفاع مشروع می‌باشد. در این تبصره آمده است: «هرگاه اصل دفاع محرز باشد ولی رعایت شرایط آن محرز نباشد اثبات عدم رعایت شرایط دفاع بر عهده مهاجم است.» همان‌طور که مشاهده می‌شود در این تبصره نیز با احراز نفس دفاعی بودن عمل از سوی مرتکب و عدم انگیزه و داعی خلاف قانون توسط وی، این مهاجم است که باید بار اثبات عدم

رعایت شرایط دفاع و نقض ادعای مرتکب را بر دوش بکشد. بدیهی است دلیل این امر نیز آن است که با احراز نفس عمل دفاعی، مجرمیت متهم در مفهوم اخلاقی آن و سرزنش‌پذیری وی با شک و تردید مواجه می‌شود و همین تردید برای صدور حکم بر برائت وی کفایت خواهد نمود و این بر عهده مهاجم است که خلاف این ادعا را اثبات نموده و به نحو قطع و یقین عدم رعایت شرایط دفاع و مجرمیت مرتکب را اثبات نماید. اهمیت این تبصره زمانی بیشتر مشخص می‌گردد که متوجه شویم تا پیش از این، در هیچ یک از مقررات قانونی و به ویژه در قانون مجازات اسلامی سابق مصوب ۱۳۷۰ در خصوص دفاع مشروع و بار اثباتی آن، حکمی پیش‌بینی نشده و با استناد به این سکوت، نظر غالب دکترین حقوقی بر وظیفه متهم بر اثبات مشروع بودن دفاع خود بنا بر خلاف اصل بودن ادعای وی، بود. همچنین در این خصوص می‌توان به تبصره ۲ ماده ۳۰۲ ق.م.ا. اشاره کرد. در این تبصره مقرر شده که در خصوص بند «ت» متن ماده چنان چه نفس دفاع صدق کند ولی از مراتب آن تجاوز شود قصاص منتفی است، لکن مرتکب به شرح مقرر در قانون به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود. در متن ماده مواردی بر شمرده شده که ارتکاب قتل عمدی از سوی مرتکب به دلیل وجود شرایط خاص مجنی علیه منجر به قصاص نمی‌شود. یکی از این شرایط متجاوز بودن مقتول در شرایط دفاع مشروع می‌باشد که در بند «ت» ذکر شده است. در این شرایط قتل شخص متجاوز در حالت دفاع مشروع و به دلیل اعمال قاعده اقدام که شخص با تجاوز خود حرمت نفس خود را از بین برده است، منجر به قصاص نخواهد شد. حال در تبصره ۲ مذکور باز هم مقنن با تکرار مقرر و قاعده جدید آمده در تبصره ۲ ماده ۱۵۶ احراز و اقامه دلیل برای نفس عمل دفاعی را بر عهده شخص مدعی دفاع گذارده که عمل تجاوز کارانه مجنی علیه و ماهیت دفاعی رفتار خود را اثبات نماید. با اثبات این امر و ارائه دلیل در این خصوص با معیار توازن احتمالات، دفاع مشروع قابلیت طرح پیدا کرده و قصاص منتفی می‌شود. در این شرایط بار اثبات خلاف این ادعا و عدم رعایت شرایط دفاع با معیار فراتر از هرگونه شک معقول، بر عهده دادستان و اولیای دم مقتول قرار می‌گیرد. در صورت ناتوانی در اثبات عدم رعایت شرایط دفاع متهم با دفاع موفقیت‌آمیز دفاع مشروع تبرئه می‌شود. حتی در صورت اثبات عدم رعایت شرایط دفاع از سوی مرتکب قتل توسط دادستان یا اولیای دم مقتول، باز هم به دلیل نفس عمل دفاعی متهم و عدم وجود سوءنیت و قصد قتل دیگر قصاص منتفی است و متهم صرفاً به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود. شایان ذکر است در خصوص مفاد این تبصره، معیار قابلیت طرح پیدا کردن عمل دفاعی از سوی متهم، صرفاً ایجاد شک معقول در

سوءنیت و قصد قتل شخص مهاجم می‌باشد در حالی که ادعای خلاف این امر از سوی دادستان یا اولیای دم مقتول باید با معیار فراتر از هرگونه شک معقول در نظر گرفته شود. دو مصداق ذکر شده در مواد قانون مجازات اسلامی که هیچ‌گونه مشابهی در قانون پیشین مجازات اسلامی نداشتند، به خوبی بحث انقلاب دعوی و قرار گرفتن بار اثبات دعوی بر عهده دادستان یا مهاجم با اثبات صرفاً قابلیت طرح داشتن دفاع از سوی متهم را آشکار می‌سازد. طبق قانون در کشور انگلستان بار اثبات عدم صدق دفاع مشروع بر عهده دادستان است و باید فراتر از شک معقول ثابت کند که متهم در مقام دفاع مشروع نبوده است.^۱

در مقابل این رویکرد، برخی دکتربین با استناد به موادی دیگر از قانون مجازات اسلامی، بر این عقیده‌اند که قانون‌گذار کیفری بار اثباتی برخی از دفاعیات را بر عهده متهم گذارده است. یکی از این موارد ماده ۳۰۳ ق.م.ا. می‌باشد که در بین دکتربین تحت عنوان قتل مهدورالدم مشهور است. در خصوص اثبات مهدورالدم بودن مقتول قانون‌گذار تعیین تکلیف کرده است و به موجب ماده مذکور قاتل یعنی متهم باید مهدورالدم بودن مقتول یا اعتقاد خود مبنی بر مهدورالدم بودن وی را اثبات کند. از نظر قانون همه افراد جامعه محقون‌الدم تلقی می‌شوند و مدعی باید مهدورالدم بودن مقتول را اثبات کند.

مثال دیگر از همین نوع ماده ۳۰۹ ق.م.ا. می‌باشد که در آن، در صورتی که مرتکب ادعا کند وی پدر یا یکی از اجداد پدری مجنی علیه است، باید این ادعا را در محضر دادگاه به اثبات برساند و در صورت عدم اثبات، حق قصاص، حسب مورد، با سوگند مجنی علیه یا ولی دم او ثابت می‌شود.

همچنین ماده ۳۰۸ قانون مجازات اسلامی در خصوص بحث جنون یا صغر نیز قانون مجازات مشتمل بر حکم جدیدی در باب بار اثبات می‌باشد. این ماده با توسل به قاعده فقهی استصحاب و فرض وجود و تداوم حالت سابق تکلیف موارد اختلافی در خصوص بلوغ یا صغر و یا جنون یا عاقل بودن در حین ارتکاب جرم را مشخص کرده است. در این ماده تصریح شده در صورتی که حالت صغر یا جنون متهم سابق بوده و از قبل وجود داشته باشد، با تمسک به قاعده استصحاب بار اثبات بلوغ یا عاقل بودن در حین ارتکاب جرم بر عهده ولی دم یا مجنی علیه قرار می‌گیرد زیرا ادعای آن‌ها خلاف اصل بوده و باید فراتر از هرگونه شک معقول ادعای خلاف اصل خود را اثبات نمایند. در این صورت در فرض اثبات ادعای مجنی علیه یا اولیای دم وی فراتر از هرگونه شک

۱. رحمدل، منصور، قانون اساسی و بار اثبات در امور کیفری، نشریه حقوق اساسی، شماره ۸، ۱۳۸۶، ص. ۱۱۲.

معقول، متهم محکوم می‌شود لیکن در صورت عدم اقامه بینه بدون نیاز به هیچ‌گونه ادله یا سوگندی از سوی متهم وی تبرئه می‌شود. در حالت سبق حالت عاقل بودن متهم و ادعای جنون عارضی از سوی وی، باز هم با تمسک به قاعده استصحاب این متهم است که ادعای خود را مبنی بر مجنون بودن در حین ارتکاب جرم باید اثبات نماید. البته به نظر نگارنده این بار اثبات با معیار ایجاد شک معقول و قابلیت طرح می‌باشد. نکته حائز اهمیت در این خصوص ذیل همین ماده است که مقنن در صورت عدم اثبات جنون از سوی متهم باز هم ولی‌دم یا مجنی علیه را موظف به اقامه سوگند برای اثبات ادعای خود و اثبات قصاص متهم می‌نماید. به نظر تکلیف ارائه سوگند از سوی اولیای دم در این فرض به دلیل عدم توازن و تساوی سلاح‌ها در دعوی کیفری است که مورد نظر و تأکید نگارنده نیز می‌باشد. چنین رویکردی از سوی مقنن کاملاً مطابق با قواعد حقوق بشری و حمایت از متهم در دعوی کیفری می‌باشد. در تمامی مصادیق مذکور کاملاً انقلاب دعوی و تحمیل بار اثباتی بر طرفین دعوی کیفری مشخص می‌باشد. البته در تمامی مصادیق مذکور که در قانون مجازات اسلامی بار اثبات بر عهده متهم قرار گرفته است به نظر نگارنده باید این بار اثبات با توجه به عدم تساوی سلاح‌ها در دادرسی کیفری با معیار توازن احتمالات و صرفاً ایجاد شک معقول در نظر گرفته شود و متهم با ایجاد شک و با توسل به اصل برائت و تفسیر شک به نفع متهم و همچنین قاعده فقهی درآ آمده در مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ ق.م.ا. باید از طرف قاضی رسیدگی کننده تبرئه شود و دادستان یا شاکی در صورت ادعای خلاف باید ادعای خود را فراتر از هرگونه شک معقول و با اقتناع وجدانی قاضی رسیدگی کننده به اثبات رسانند.

همان‌طور که بیان شد، برخی دکترین با استناد به موادی مشابه مواد مذکور مدعی اعتقاد قانون‌گذار کیفری بر وظیفه متهم به اثبات ادعاهای دفاعی خود، می‌باشند. هر چند به طور قطعی و یقینی نمی‌توان به رویکرد قانون‌گذار ایرانی در این خصوص دست یافت و قانون‌گذار در هیچ ماده‌ای به نحو صریح و روشن تکلیف این مسئله را مشخص ننموده است، لیکن با توجه به مثال‌های ذکر شده و تأکید ویژه قانون‌گذار در موادی از ق.م.ا. بر اثبات تمامی عناصر جرم توسط دادستان و همچنین تأکید دوباره بر این موضوع در مواد ق.ا.د.ک. همچون ماده ۴ این قانون مبنی بر حاکمیت اصل برائت در دعوی کیفری، ماده ۱۹۷ قانون در خصوص برخورداری متهم از حق سکوت در مرحله تحقیقات، ماده ۲۷۹ همین قانون در خصوص الزام دادستان بر ذکر ادله انتساب اتهام به متهم در کیفرخواست، رویکرد متعالی تبصره ۲ ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی در خصوص دفاع مشروع و همچنین تبصره ۲ ماده ۳۰۲ همین قانون، می‌توان امیدوار بود رفته رفته مقررهای قانونی و رویکرد دکترین

معظم حقوقی کشور به سوی پذیرش مفهوم اخلاقی مجرمیت در خصوص دفاعیات خاص کیفری مطروحه در پرونده، حرکت نماید. این رویکرد از آن جا صواب به نظر می‌رسد که بنا به تصریح ماده ۱۴۰ ق.م.ا. تا زمانی که شرایط مسئولیت کیفری و مجرمیت به نحوی قطعی محرز و مسلم نباشد، در مجرمیت مرتکب شک وجود دارد و با توجه به اصل برائت و تفسیر شک به نفع متهم، حکم به برائت وی صادر خواهد شد.

۵-۲. رویکرد تطبیقی به مبحث بار اثبات

همان‌گونه که بیان شد در قوانین اغلب کشورها، پاسخ مشخصی به موضوع و سؤال بار اثبات نمی‌توان یافت. لیکن با توجه به برخی از متون قانونی و رویه قضایی حاکم در برخی کشورها، می‌توان پاسخی هر چند محدود به این سؤال پیدا کرد. در حقوق انگلستان در غالب موارد بار اثبات تمامی عناصر متشکله جرم و نقض تمامی دفاعیات را بر عهده دادستان گذارده‌اند. رویه قضایی انگلستان در پرونده‌های متعددی تصریح نموده بار اثبات نقض دفاعیات مطروحه از سوی متهم بر عهده مقام تعقیب می‌باشد. قدیمی‌ترین پرونده‌ای که در این خصوص مطرح شده است، پرونده آبرومویت^۱ در سال ۱۹۱۴ است. در این پرونده دادگاه تصریح نمود که متهم هیچ‌گونه الزامی به اثبات بی‌گناهی خود ندارد بلکه این مقام تعقیب است که باید مجرمیت وی را فراتر از هرگونه شک معقول اثبات نماید.^۲ در پرونده‌های مشابه دیگری از جمله وول مینگتون (۱۹۳۵)، ماسینی (۱۹۴۲)، برد (۱۹۶۱) و پرونده‌های بسیاری دیگر، رویه قضایی بر تکلیف دادستان بر تحمل بار اثباتی تاکید نموده است. در عین حال، رویه قضایی کشور انگلستان از دیرباز دفاع جنون را از این قاعده استثنا کرده و بار اثباتی ادعای جنون را بر عهده متهم یا وکیل مدافع وی نهاده است.^۳ در حقوق کشورهای بلژیک، ایتالیا، چک و اسلواکی و آلمان در غالب موارد از همین نظریه پیروی شده و در غالب موارد تکلیف بار اثبات بر عهده مقام تعقیب و دادستان گذارده شده است.

در مقابل، رویه قضایی برخی کشورها از این نظریه تبعیت نکرده‌اند. حقوق آمریکا بیشتر تمایل به گذاردن بار اثبات دفاعیات شامل عوامل موجهه جرم و عوامل رافع مسئولیت کیفری بردوش متهم دارد. رویه قضایی این کشور، متهمان را برای بهره‌مندی از انواع دفاعیات معاف‌کننده، مکلف به اثبات و ارائه دلیل نموده است. بدیهی است

1. Abromavith

2. Jones Cross & Card, Introduction to Criminal law, Eleventh Edition, London, Cambridge, 1988, p. 43.

۳. آشوری، پیشین، ص. ۱۳۸.

زمانی که متهم دلایل قانع کننده بر وجود شرایط دفاع و رافع مسئولیت ارائه نمود، این دادستان است که فراتر از هرگونه شک معقول باید مجرمیت متهم و نقض دفاعیات وی را نزد مقام رسیدگی کننده اثبات نماید.^۱ به طور کاملاً استثنایی در پرونده سوء قصد جان هینکلی به جان رئیس جمهور وقت آمریکا رونالد ریگان در سال ۱۹۸۲، با طرح ادعای جنون از ناحیه وکلای متهم، بار اثبات سلامت روانی وی که مورد تردید قرار گرفته بود، از سوی هیئت منصفه و دادگاه بر عهده مقام تعقیب قرار گرفت مبنی بر آن که مقام تعقیب باید فراتر از هرگونه شک معقول سلامت روانی متهم را اثبات نماید. رویه قضایی کشور فرانسه نیز در اغلب پرونده‌ها همچون پرونده‌های دفاع مشروع اثبات وجود شرایط قانونی حمله و دفاع را بر عهده متهم گذارده است.^۲

1. Joel Samaha, op.cit, p. 240.

۲. استفانی، گاستون، آیین دادرسی کیفری، حسن دادبان، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۷۷، ص. ۳۶۶.

نتیجه‌گیری

امروزه توجه بیش از پیش به اصل برائت و رویکرد اخلاقی به مفهوم مجرمیت، زمینه را برای حمایت همه جانبه از متهم در روند رسیدگی کیفری فراهم نموده و موجب ایجاد این تفکر شده است که تا زمانی که رفتار ارتكابی به طور قطع و یقین از سوی دادستان به اثبات نرسیده است و تمامی موانع رفع مسئولیت از بین نرفته و تمامی دفاعیات و ادعاهای متهم نقض نشده است، نباید حکم به محکومیت متهم صادر گردد. تأکید بر رویکرد اخلاقی باعث از بین رفتن تمایز بین جرم و دفاع در نظام‌های حقوقی شده و در نتیجه تمامی عناصر جرم و موانع مسئولیت کیفری را داخل در مفهوم مجرمیت قلمداد نموده و با اختیار نمودن مفهوم وسیع و اخلاقی مجرمیت، بار اثبات تمامی موضوعات مرتبط با مجرمیت را بر عهده دادستان قرار داده‌اند. تبدیل قواعد نقض‌پذیر که مبتنی بر تمایز جرم و دفاع است به قواعد جامع و کامل که مبتنی بر مفهوم اخلاقی مجرمیت بوده و تمامی دفاعیات و موانع را در قلمروی مفهوم مجرمیت می‌داند، خود گامی در جهت نیل به «عدالت کیفری» و معیارهای «دادرسی عادلانه» می‌باشد.

در حقوق کیفری ایران، قانون‌گذار کیفری با تصریح به شرایط مسئولیت کیفری و ابتدای مجرمیت و محکومیت بر این شرایط، خود را نزدیک به رویکرد قواعد جامع و کامل نموده و هرگونه تردید و ابهامی را مانع محکومیت متهم دانسته است. بنابراین جای امیدواری است که با حرکت تدریجی قانون‌گذار کیفری و دکترین حقوقی به سوی مفهوم اخلاقی مجرمیت، در صورتی که دادرسی نسبت به وجود دفاعیات شامل عوامل موجهه جرم و عوامل رافع مسئولیت کیفری شک و تردید داشته باشد، نخست باید با بررسی دلایل و مدارک موجود در پرونده و اصول عملی و عرفی و فقهی، شک خود را برطرف نماید. اما در صورتی که در خصوص موضوع، اصلی وجود نداشته باشد و دادستان نیز در نقض دفاعیات و رفع ابهامات، دلایل قطعی ارائه ننماید، با توجه به اصل برائت و تمسک به مفهوم اخلاقی مجرمیت، حکم به محکومیت مرتکب دشوار می‌نماید. زیرا دادستان در پرونده کیفری بر اساس قواعد جامع و کامل، هم باید وجود مقتضی تعقیب (جرم) را با تمامی عناصر و ارکان آن ثابت نماید و هم عدم وجود مانع تعقیب و مجازات (یعنی عوامل موجهه جرم و عوامل رافع مسئولیت کیفری) را. پیش‌بینی قاعده درآ در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ نشانگر توجه مقنن کیفری ایرانی بر این مهم بوده و به خوبی مشخص می‌سازد که دادستان باید فراتر از هرگونه شک معقول نه تنها تمامی عناصر جرم و شرایط مورد نیاز برای تحقق مسئولیت

کیفیری را اثبات نماید بلکه باید هرگونه دلیلی بر نفی آن‌ها را که وجود دارد یا از سوی متهم قابلیت طرح یافته است را فراتر از هرگونه شک معقول رد کرده و جای هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای در ذهن قاضی در محکومیت متهم باقی نگذارد. بدیهی است معیار این موضوع اقناع وجدانی قاضی و قطع و یقین قاضی کیفیری در محکومیت متهم می‌باشد. توسل به قواعد کامل و جامع و تکلیف دادستان به اثبات تمامی عوامل مقتضی تعقیب و نقض تمامی موانع تعقیب، با توجه به تأکید قوانین بر محترم شمردن جان و مال و آبروی اشخاص و وجود اصل متیقن براءت و تفسیر شک به نفع متهم و قاعده فقهی درأ با روح حقوق کیفیری و معیارهای دادرسی عادلانه، سازگاری بیشتری خواهد داشت. بر اساس مطالب بیان‌شده باید اثبات تمامی عناصر جرم و عوامل مقتضی تعقیب و عدم وجود موانع تعقیب با معیار اقناع وجدانی و رفع هرگونه شک معقول بر عهده دادستان قرار گیرد و در مواردی که بار اثبات در قوانین بر عهده متهم قرار گرفته، این بار اثبات را به مفهوم قابلیت طرح ادعا تفسیر نمود و معیار اثباتی آن را نیز ایجاد شک معقول در ذهن قاضی دانست.

منابع

- آزمایش، علی، تعزیرات، درس حقوق کیفری عمومی، دوره کلاس‌های آزاد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، نیمسال دوم سال تحصیلی ۱۳۸۵-۱۳۸۴.
- آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۹.
- _____، اصل برائت و آثار آن در امور کیفری، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.
- حبیب‌زاده، جعفر، مقایسه عوامل موجهه جرم و عوامل رافع مسئولیت کیفری، فصل‌نامه مدرس علوم انسانی، ۱۳۸۴.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسایل الشیعه و مستدرکها، جلد ۱۸، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۹.
- رحمدل، منصور، قانون اساسی و بار اثبات در امور کیفری، نشریه حقوق اساسی، سال چهارم، شماره ۸، ۱۳۸۶.
- شاملو، باقر، اصل برائت کیفری در نظام‌های نوین دادرسی، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
- فلچر، جورج پی، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، سیدمهدی سیدزاده ثانی، چاپ دوم، مشهد، انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۴.
- کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، جلد ۱، تهران، چاپ دوم، نشر میزان، ۱۳۸۲.
- _____، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸.
- استفانی، گاستون، و دیگران، آیین دادرسی کیفری، ترجمه حسن دادبان، جلد ۱، تهران، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۷۷.
- منصورآبادی، عباس، بار اثبات شرایط مساعد به حال متهم، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
- Cross, Jones & Card, Introduction to Criminal Law, Eleventh Edition, London, Cambridge, 1988.
- Hart, H.L.A., The Ascription of Responsibility and Rights, Proceedings of the Aristotelian Society, 49, Aristotelian, 1949.
- Samaha, Joel, Criminal law, Fifth Edition, U.S.A, West Publishing Company, 1999.

عدم رعایت مصلحت در انتقال مال از سوی وکیل

عباس زمانی*

چکیده

در کلیه معاملاتی که شخصی به وکالت از دیگری مالی را منتقل می‌کند، بر مبنای ماده ۶۶۷ قانون مدنی باید مصلحت موکل خود را رعایت کند. در عقود معوض و مغایبی وکیل در راستای تأمین مصلحت موکل خویش، باید تعادل در عوضین را رعایت کند. معیار رعایت مصلحت در این خصوص انتقال به ثمن عرفی است که اصطلاحاً به آن «ثمن‌المثل» می‌گویند. این موضوع از دو منظر قابل توجه است. نخست از حیث شیوه وکالت اعطایی، زیرا وکالت ممکن است «خاص»، «مطلق» و یا «عام» باشد. در وکالت خاص، حدود اختیار وکیل از حیث ثمن مشخص است. اما در دو شکل دیگر رعایت مصلحت موکل ضروری است. دوم از حیث ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت در انتقال مال از سوی وکیل است. گاهی انتقال بدون رعایت مصلحت موکل صرفاً موجب مسئولیت وکیل است. اما گاه، بالاخص وقتی سوءنیتی وجود داشته باشد، عقد غیرنافذ است.

کلید واژه‌ها: وکالت، مصلحت، ثمن‌المثل، غبطه، تعادل عوضین.

* عضو هیأت علمی گروه حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی مرودشت

امروزه، قراردادهای مربوط به انتقال اموال از آن چنان اهمیتی برخوردار است که می‌توان بقای زندگی اجتماعی بشر را وابسته به آنها دانست. این قراردادها با اهداف و انگیزه‌های متفاوتی منعقد می‌شوند. گاهی انتقال بلاعوض و مسامحی است و گاه نیز انتقال معاوضی بوده و هدف و انگیزه انتقال‌دهنده، دریافت معوض و مابه‌ازای چیزی است که منتقل می‌کند. قراردادها، غالباً، از سوی ذینفع اصلی (اصیل) منعقد می‌شود، اما، در برخی موارد، انعقاد عقد به نیابت از سوی مالک، توسط وکیل، انجام می‌شود. در چنین فرضی اگر وکیل مصلحت موکل را رعایت نکند و به عنوان مثال ملک موکل را به ثمن ناچیز منتقل کند، وضعیت حقوقی معامله چگونه خواهد بود؟ آیا درجه عدم توازن عوضین، تأثیری در وضعیت عقد دارد؟ آرای محاکم حقوقی ایران دلالت بر آن دارد که در این زمینه رویه واحدی وجود ندارد. به همین جهت، بررسی رویکرد فقهی - حقوقی به موضوع، در این مقاله مورد توجه بوده و آرای مغایر محاکم نیز مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

۱. مفهوم مصلحت موکل

بر مبنای ماده ۶۶۷ قانون مدنی، وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را رعایت کند. مصلحت از ماده «صلح» است. برخی، آن را به معنی خیر و کار نیک و آنچه موجب سود و صلاح اشخاص است، دانسته‌اند.^۱ برخی دیگر، آن را مقابل مفسده و فساد و هر چیزی که مانع از فساد و تباهی و خروج شیء از حالت اعتدال شود، بیان کرده‌اند.^۲ منظور قانونگذار از مصلحت در ماده فوق، از معنای لغوی آن دور نیست؛ یعنی، وکیل باید خیر و صلاح موکل را رعایت نموده، از حالت اعتدال خارج نشود. «در بسیاری امور موکل فرصت آن را نمی‌یابد تا درباره همه جزئیات کار وکالت تعلیم لازم را بدهد یا ضرورتی نمی‌بیند، پس، چگونگی اجرای وکالت را به امانت و کاردانی و مراقبت وکیل وا می‌گذارد، اذن موکل مقید بر این است که وکیل به سود او گام بردارد و چون امینی دلسوز مصلحت او را در نظر داشته باشد.»^۳ یکی از مواردی که موضوع رعایت مصلحت در آن دارای اهمیت زیادی است، رعایت تعادل در عوضین معامله است.

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد سوم، چاپ هفدهم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۰، ص. ۴۱۷۶.
 ۲. ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم، لسان‌العرب، جلد دوم، چاپ سوم، بیروت، نشر دارصار، ۱۴۱۴ قمری، ص. ۵۱۷.
 ۳. کاتوزیان، ناصر، عقود معین حقوق مدنی، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، صص. ۱۸۱-۱۸۰.

قابل ذکر است که همیشه تعادل عوضین قرارداد ضرورت ندارد، زیرا در یک تقسیم‌بندی، عقود به «معاوضی» و «تبرعی» تقسیم شده‌اند. چنانچه میان دو عوض، تقابل وجود داشته باشد، عقد معاوضی است «اما اگر تقابل وجود نداشته باشد، عقد غیرمعاوضی خواهد بود. خواه این عدم تقابل به خاطر وجود تعهد واحد و نبود عوض در برابر آن بوده یا به دلیل عدم همبستگی متقابل بین تعهدات باشد.»^۱ در عقود رایگان، بنای طرفین یا یکی از آنها احسان و مسامحه است؛ یعنی یک طرف و گاه هر دو طرف، قصد بخشش مال خویش را دارند. در چنین وضعیتی، تعادل میان عوضین لزومی ندارد. در یک تقسیم بندی دیگر عقود به «مسامحی» و «مغابنی» تقسیم می‌شوند. در عقود مسامحی هدف اصلی از انعقاد عقد به دست آوردن مال نیست و به عبارت دیگر رعایت تعادل عوضین مورد نظر نیست. اما در عقود «مغابنی» هدف متعاقدين به دست آوردن حداکثر سود و منافع مادی در معامله است. به همین جهت، تلاش می‌کنند که در نتیجه عقد، چیزی را به دست آورند که از لحاظ ارزش اقتصادی معادل یا بیشتر از مالی باشد که از دست می‌دهند. پس، رعایت عدالت در این قراردادها به معنای نوعی برابری در عوضین است و بی‌عدالتی هم نوعی نابرابری محسوب می‌شود. به همین دلیل می‌گویند که قرارداد در خدمت معاوضه اشیای هم‌ارزش است.^۲ بنابراین، در قراردادهای مغابنی که از سوی وکیل منعقد می‌گردد، برای جلوگیری از بی‌عدالتی در حق موکل، وکیل باید تمام سعی خود را به کار گیرد تا تعادل میان عوضین رعایت گردد. اما، چه معیاری برای این امر وجود دارد؟

۱-۱. مصلحت در تعادل عوضین

آن گونه که بیان شد، یکی از مواردی که رعایت مصلحت از سوی وکیل ضروری است، تعادل عوضین است. اما، معیار تعادل چیست؟ برای پاسخگوئی به این پرسش، ابتداء باید شیوه وکالت اعطایی مورد توجه قرار گیرد. معمولاً وکالت به چند شیوه، به شرح زیر، منعقد می‌گردد.

۱-۱-۱. وکالت با اختیار خاص

گاهی موکل محدوده عمل وکیل را از لحاظ عوض قرارداد معین می‌کند. فقها این نوع وکالت را وکالت خاص نامیده‌اند.^۳ یعنی اصیل مبلغ خاصی را برای انتقال مال در

۱. محقق داماد، سید مصطفی و دیگران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، چاپ اول، تهران، سمت، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۹.

۲. انصاری، مهدی، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، چاپ اول، تهران، انتشارات جاودانه، جنگل، ۱۳۹۰، ۳۵۲.

۳. از این حیث امام خمینی وکالت را به وکالت خاص، عام و مطلق تقسیم بندی کرده است. ر.ک: خمینی، روح اله الموسوی، تحریرالوسیله، بدون نوبت چاپ، جلد سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا، ص. ۷۲.

عقد وکالت تعیین می‌نماید. در این صورت وقتی می‌توان ایجاب و قبول وکیل به نیابت از مالک را معتبر شناخت که از ثمن مورد نظر تجاوز نکند، زیرا رضای درونی موکل به مبلغ خاصی تعلق گرفته و این مبلغ به نحو «وحدت مطلوب» در قرارداد درج شده و وکیل مجاز نیست از مبلغ تعیین شده تخطی کند.^۱ مثلاً چنانچه موکل در عقد وکالت شرط کند که وکیل مجاز به فروش ملک وی به مبلغ ده میلیون تومان است، فروش به کمتر از مبلغ مقید، مجاز نبوده و خارج از اذن محسوب است.

۱-۲-۱. وکالت مطلق

در بیشتر موارد، وکالت به طور مطلق اعطاء می‌شود. عقد مطلق عقدی است که هیچ قیدی در برداشته باشد؛ یعنی طرفین آن را خالی از هر شرط و قیدی اراده کرده باشند.^۲ وکالت مطلق به منزله اختیار تام وکیل در انتقال مال موکل به هر نحو یا قیمت نیست. هنگامی که عقد به طور مطلق و بدون قید و شرط منعقد می‌شود، مقررات تکمیلی و عرف بر آن حاکم است.^۳ بنابراین، می‌توان گفت که اطلاق عقد را باید با عرف حاکم بر جامعه تکمیل کرد. در مانحن فیه، آن گونه که فقها گفته‌اند: «اطلاق وکالت اقتضای معامله به ثمن‌المثل را دارد.»^۴ وقتی سخن از ثمن‌المثل به میان می‌آید، به منزله دستیابی به معیاری در رعایت مصلحت و غبطه موکل است. زیرا ثمن‌المثل قیمت عرفی مال مورد وکالت در جامعه است. هرگز نمی‌توان تصور کرد که موکل با انعقاد عقد وکالت به طور مطلق، به وکیل اجازه داده است تا مال وی را به هر قیمت، حتی به ثمن بسیار نازل منتقل کند، بلکه شرط ضمنی طرفین، انتقال به ثمن عرفی یا ثمن‌المثل است.

انتقال به کمتر از ثمن‌المثل، همیشه هم به معنی عدم رعایت مصلحت نیست؛ زیرا چنانچه عدول از ثمن‌المثل مختصر باشد، قابل مسامحه خواهد بود. چون استنباط عرفی جامعه به گونه‌ای است که مثلاً یک درصد کمتر یا بیشتر از ثمن‌المثل قابل مسامحه است.^۵ و این تسامح عرفی را نمی‌توان خروج وکیل از امانت داری تصور کرد. مطابق آنچه گفتیم، وکیل باید در زمان انتقال، مصلحت موکل را از حیث تعادل عوضین، رعایت کند. پرسشی که در این زمینه وجود دارد این است که معیار رعایت

۱. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، چاپ اول، قم، موسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ قمری، ص. ۵۱۰.

۲. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، جلد ۴، چاپ سوم، قم، نشر دارالحکمه (علامه)، ۱۴۲۶ قمری، ص. ۳۲۸.

۳. سلطان احمدی، جلال، تأثیر عرف در تفسیر قراردادها، چاپ اول، تهران، نشر جنگل، ۱۳۸۰، ص. ۱۱۱.

۴. شهید ثانی، حاشیه شرایع، چاپ اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ قمری، ص. ۵۰۶.

۵. همان.

تبادل، نوعی است یا شخصی. اگر صرفاً بنا بر معیار نوعی باشد، لازم است در تمام مواردی که شخص مالی را از سوی موکل خود انتقال می‌دهد، بدون توجه به شرایط شخصی مالک و نوع معامله، فقط به قیمت عرفی یا همان ثمن‌المثل تکیه کنیم. اگر معامله، هر چند با نقصانی جزئی، به ثمن‌المثل بود، آن را مطابق مصلحت بدانیم و در غیر این صورت، آن را مخالف مصلحت موکل معرفی کنیم. اما اگر معیار شخصی را مدنظر قرار دهیم، توجه به شرایط خاص معامله یا وضعیت شخصی موکل نیز ضروری خواهد بود. به عنوان مثال جایی که موکل اضطرار دارد و وکیل هم از این امر مطلع باشد، آیا مجوزی برای فروش به کمتر از ثمن‌المثل وجود دارد؟ یا اگر خریداری به بیش از ثمن‌المثل یافت شود، چنانچه وکیل به ثمن‌المثل معامله کند، خلاف مصلحت عمل کرده است؟

پاسخ به سئوالات فوق بیانگر توجه به معیار شخصی در تشخیص مصلحت است و در بین اندیشمندان بالاحص فقهای عظام، در این گونه موارد اختلاف نظر وجود دارد. برخی، فروش به کمتر از ثمن‌المثل، در حالت اضطرار موکل را بلامانع دانسته‌اند.^۱ اما برخی دیگر گفته‌اند که صرف اطلاع از اضطرار موکل برای انتقال مال به کمتر از قیمت عرفی صحیح نبوده و اگر موکل راضی به این امر نباشد معامله اشکال دارد.^۲ در خصوص وقتی که خریدار به بیش از قیمت عرفی نیز وجود دارد، بیشتر فقها معتقدند که بر وکیل واجب است که به بیش از ثمن‌المثل بفروشد.^۳ زیرا، اگر کسی حاضر باشد به بیش از ثمن‌المثل معامله کند، اما وکیل به کمتر از آن معامله کند، غبطه و مصلحت موکل را رعایت نکرده است.^۴ بدیهی است، در این فرض اطلاق وکالت دلالت بر ثمن‌المثل ندارد بلکه وکیل در راستای رعایت مصلحت موکل باید به قیمتی که خریدار دارد و بیش از ثمن‌المثل است، معامله کند. بنابراین، تشخیص رعایت مصلحت از حیث تعادل عوضین رعایت قیمت عرفی است. غالب اوقات، معیار چنین تشخیصی معیار نوعی و صرف توجه به ثمن‌المثل است. اما گاهی، باید به طور خاص و با معیار

۱. سبزواری، محمد باقر بن محمد بن مومن، کفایه الاحکام، جلد اول، چاپ اول، قم، دفتر نشر اسلامی، ۱۴۲۳ قمری، ص. ۶۷۴.

۲. مجاهد طباطبائی حائری، سید محمد، کتاب المناهیل، چاپ اول، قم، موسسه آل‌البیت (ع)، ۱۲۴۲ قمری، ص. ۴۴۷.

۳. مجاهد طباطبائی حائری، همان. و علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام، جلد دوم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ قمری، صص. ۳۲۸-۳۳۷.

۴. عاملی کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۸، چاپ دوم، قم، موسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ قمری، ص. ۸۹.

شخصی مورد را سنجید و وضعیت خاص موکل یا معامله را مدنظر قرارداد تا بتوان تصمیم درستی اتخاذ کرد.

۱-۱-۳. وکالت عام (با اختیارات وسیع)

گاهی وکالت برای انتقال مال، حاوی اختیارات وسیعی برای وکیل است و غالباً این اختیارات با چنین الفاظی بیان می‌گردد: «اختیار فروش به هر شخص و هر مبلغ» یا «اختیار هر نوع معامله حتی صلح به هر مبلغ و هر شرط ولو با خود». آیا در این موارد نیز اختیار وکیل محدود به ثمن‌المثل است؟ در این زمینه در برخی از کتب فقهی نقل شده که این نوع وکالت از لحاظ انعقاد صحیح نیست، زیرا احتمال ضرر برای موکل وجود دارد.^۱ اما این گونه وکالت، در حد بررسی این تحقیق، مورد توجه خاص فقها نبوده است، زیرا بیشتر ایشان صرفاً به بررسی وکالت مطلق پرداخته‌اند. ولی رویه قضایی رویکرد واحدی نسبت به موضوع نداشته و دو رویه متفاوت را اتخاذ کرده است. به عنوان مثال یکی از شعب دیوان عالی کشور در مواردی که به وکیل اختیار داده شده است که هر گونه صلاح و مقتضی می‌داند معامله کند، رعایت مصلحت موکل را ضروری دانسته است. این شعبه در نقض دادنامه فرجام‌خواسته می‌نویسد: «تکیه رأی فرجام‌خواسته بر این اساس است که تشخیص مصلحت موکل (با توجه به جمله به هر مبلغ و به هر ترتیب که صلاح و مقتضی بدانند) در اختیار وکیل قرار داده شده، موجه و منطقی تشخیص نمی‌گردد، زیرا قبول این امر مغایر ماده ۶۶۷ قانون مدنی بوده و اعمال آن به نحو اطلاق نوعی تجاوز از اختیار بر حسب قرائن و عرف و عادت و منافی قسمت اخیر ماده مذکور خواهد بود.»^۲ دادگاه تجدیدنظر تهران نیز در دادنامه دیگری چنین مرقوم نموده است: «چون قید کلمات «فروش و انتقال قطعی آپارتمان موصوف جزئاً یا کلاً به هر کس و هر مبلغ» مفید عدم رعایت مصلحت موکل نیست و خصوصاً در انتقال این ملک به وکیل رعایت مصالح موکل کاملاً ضروری است؛ زیرا عقد وکالت از عقود امانی است و رعایت ضوابط مربوط به امین مانع از انجام عمل به ضرر موکل است؛ لذا چون قیمت فروش با قیمت متعارف املاک تفاوت فاحش دارد... حکم به بطلان سند صادر و اعلام می‌گردد.»^۳

۱. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۷، چاپ هفتم، تهران، دارالکتب اسلامی، ۱۳۹۴ قمری، ص. ۳۸۴.

۲. دادنامه شماره ۹۹۰۸-۶۳/۳/۲۹-۹/۹۰۸ شعبه نهم دیوان عالی کشور.

۳. دادنامه شماره ۸۳/۱۱/۱۳۶۸۰۷ در پرونده کلاسه ۹۸۱/۱۲/۸۳ برگرفته از ماهنامه کانون شماره ۱۲۲، ص. ۱۹۸.

همچنین، دادنامه دیگری از یکی از شعب حقوقی شیراز صادر و چنین استدلال کرده است که «در فرضی که به وکیل اختیار وسیع داده شده است که هر گونه صلاح و مصلحت بداند معامله نماید نیز رعایت مصلحت موکل ضروری است.»^۱

در مقابل گروه دیگری از قضات نظری متفاوت ارائه کرده‌اند. شعبه بیست و هشتم دادگاه تجدیدنظر تهران در موردی مشابه چنین اظهار نظر کرده است: «به کار بردن کلماتی نظیر عبارات مندرج در این وکالت‌نامه (اختیار معامله به هر کس و به هر قیمت) همگی حاکی از این است که [موکل] کلیه حقوق خود را دریافت کرده است و معقول به نظر نمی‌رسد کسی که حقوق خود را دریافت نکرده باشد چنین اختیاراتی را به طرف مقابل بدهد.» لذا به صحت معامله اظهار نظر کرده‌اند.^۲ شعبه ۱۸ دادگاه حقوقی شیراز نیز در نظری مشابه استدلال کرده است که «بر خلاف ادعای خواهان معامله فضولی نبوده و به موجب وکالت‌نامه رسمی خواهان کلیه اختیارات در خصوص فروش و انتقال و مصالحه ملک به هر شخصی و به هر قیمت را به وکیل تفویض نموده و وکیل نیز با استفاده از اختیارات تفویضی در وکالت‌نامه مبادرت به انتقال موضوع وکالت نموده است.»^۳ با مذاقه در آراء مورد اشاره، ملاحظه می‌گردد که در وضعیتی که در وکالت اختیار انجام هر نوع معامله و به هر قیمت به وکیل اعطاء شده است، برخی از دادگاه‌ها معتقدند که وکیل مختار است به هر قیمت مال موکل خویش را انتقال دهد، در مقابل گروهی عقیده دارند که در این صورت نیز وکیل مجاز به تخطی از معیار ثمن‌المثل و خروج از مصلحت نیست.

۲-۱. ارزیابی نظرات

بدیهی است که قصد و رضا پایه‌های بنیادین تشکیل یک عقد هستند، زیرا عقد محصول اراده درونی طرفین است که به یکدیگر ابراز می‌دارند. باید قصد طرف اول به طرف دوم اعلام شود و در صورت قبول او عقد منعقد می‌گردد. اما لازم نیست همواره خود شخص معامله را انشاء کند بلکه نماینده یا وکیل وی نیز در صورت اجازه انشای عمل حقوقی، این اختیار را خواهد داشت. وکیل می‌تواند به نام و حساب اصیل

۱. دادنامه شماره ۹۴۱/۲۰۰۶۶۲ مورخه ۹۱/۷/۲۹ صادره از شعبه ۱۸ حقوقی شیراز، برگرفته از سایت CMS دادگستری فارس.

۲. همان.

۳. دادنامه شماره ۱۲۳۰-۸۴/۴/۲۹ در پرونده کلاسه ۱۲۵۴/۲۸/۸۴ صادر از شعبه ۲۸ تجدیدنظر تهران برگرفته از ماهنامه کانون، شماره ۱۲۲، ص. ۱۹۹.

قراردادی ببندد که آثار آن به طور مستقیم دامن‌گیر اصیل شود.^۱ باید این مهم را همواره در نظر داشت که وکیل امین است و از امین اقدام بر پایه و مصلحت انتظار می‌رود. لذا از عباراتی که در وکالت‌نامه قید می‌شود و متضمن اختیار انجام معامله با هر قیمت است، چنین بر نمی‌آید که موکل مصلحت خود را از یاد برده و زمام کار را به طور مطلق در اختیار وکیل قرار داده است. در هر وکالت ولو با اختیار وسیع به وکیل «لزوم رعایت مصلحت موکل» و «فروش به بهای عادلانه» به طور ضمنی وجود دارد. بنابراین، اصل بر این است که اختیار وکیل محدود به رعایت مصلحت است. در برخی کتب معتبر فقهی نیز خدشه‌ی بطلان عقد، به لحاظ غری بودن چنین وکالتی، مردود اعلام شده زیرا این نوع وکالت را منوط به رعایت مصلحت دانسته‌اند؛ اگر وکیل اعمالی را برخلاف عرف و عادت انجام دهد، جایز نبوده و ضمانت اجرای خاص خود را دارد.^۲ فراموش نکنیم که اصل حاکمیت اراده این اقتضا را دارد که شخص بتواند هر طور که خود مصلحت می‌داند معامله کند و زمانی که به دیگری نیابت انجام یک معامله را اعطا می‌کند نیز می‌تواند مصلحت خود را سنجیده و بر مبنای آن نماینده اختیار کند. بنابراین، در ارزیابی اعمال وکیل باید اراده واقعی طرفین در تعیین حدود اختیارات وکیل و دامنه تصرفاتی که نیابت در آن واگذار شده نیز ملاک عمل قرار گیرد. گاهی موکل مال مورد وکالت را منتقل کرده و دیگر سلطه‌ای نسبت به مال مورد وکالت ندارد. به همین جهت، وکالتی با تمام اختیارات به وکیل داده است که او به عنوان مال متعلق به خود هر طور مصلحت می‌داند عمل کند و شاید به جهات دیگری موکل در زمان انعقاد عقد راضی به انتقال مال خویش به کمتر از قیمت عرفی بوده و به همین لحاظ وکالتی با اختیارات وسیع به وکیل داده است. لذا «با فرض معلوم بودن اراده واقعی طرفین در تعیین حدود اختیارات وکیل و دامنه تصرفاتی که نیابت در آن به او واگذار شده، تحدید دامنه این اختیارات برخلاف مفاد اراده واقعی به اقتضای اراده مفروض قابل انتساب به طرفین از طریق تمسک به عناوینی چون مصلحت و غبطه» جایز نیست.^۳

تمیز مصلحت موکل با خود اوست و قانون منعی در راه تراضی طرفین و حدود اختیاری که موکل به نایب خود می‌دهد ایجاد نمی‌کند. پس اگر چه در صورت اعطای وکالت به شکل مورد بحث بر وکیل رعایت مصلحت ضرورت دارد، اما چنانچه معلوم شود که اراده واقعی موکل به انتقال کمتر از ثمن‌المثل تعلق گرفته است، نمی‌توان

۱. قاسم‌زاده، سید مرتضی، اصول قراردادهای و تعهدات، چاپ چهارم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۱.

۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص. ۱۸۱.

۳. عابدیان، میرحسین و دیگران، در تکاپوی عدالت، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص. ۱۷۹.

بر خلاف اراده واقعی طرفین تصمیم گرفت. البته بار اثبات این ادعا به عهده مدعی است. اما اگر چنین اراده‌ای اثبات نگردد، به صرف اینکه اختیارات وسیعی در قرارداد وکالت برای وکیل مقرر شده باشد، این اختیارات مجوزی برای نادیده گرفتن مصلحت موکل نیست و در هر حال رعایت مصلحت بالاخص در تعادل عوضین ضروری است. زیرا بر هر متصرفی که از جانب غیر در مالی تصرف می‌کند، لازم است که مصلحت را مراعات کند.^۱

۲. ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت موکل

آن‌چنان که بیان شد، رعایت مصلحت موکل در انتقال مال از سوی وکیل ضروری است. اما اگر این مهم رعایت نگردد، چه راهکار حقوقی برای مقابله با آن وجود دارد؟ عدم رعایت مصلحت در تعادل عوضین و به عبارت دیگر، انتقال مال به کمتر از ثمن‌المثل می‌تواند از مصادیق «غبن» باشد. در این رهگذر وقتی موازنه بین عوضین بر هم می‌خورد، عدالت معاوضی ایجاب می‌کند که امکان فسخ عقد فراهم آید، زیرا رعایت برابری در حقوق قراردادی طرفین یک عقد مغایبی، اقتضای این را دارد که حقوق طرفین قرارداد مانند دو کفه ترازو با هم برابری نمایند.^۲ هرگاه این تعادل عوضین وجود نداشته باشد، یعنی بهای عوضین آشکارا متفاوت باشد، قاعده موازنه مخدوش گشته و حکم به وضع خیار غبن مطابق مواد ۴۱۶ الی ۴۲۱ قانون مدنی ضرر موکل را جبران خواهد کرد. بدیهی است، عدم تعادل در صورتی که در عرف قابل مسامحه باشد موجب خیار نخواهد بود.

اما این راهکار قانونی همیشه امکان‌پذیر نیست: فسخ عقد بر پایه «خیار غبن» شرایطی دارد که ممکن است فراهم نباشد. به عنوان مثال: ممکن است، وکیل در قراردادهای خیار غبن را ساقط کرده باشد. در چنین فروضی، قانون مدنی علی‌الظاهر حکم خاصی ندارد. اما در کتب فقهی و حقوقی و به دنبال آن در آراء محاکم دو شیوه متفاوت در برخورد با موضوع وجود دارد. یکی حکم به صحت عقد و دیگر فضولی بودن آن است.

۲-۱. صحت عقد و مسئولیت وکیل

چنانکه گفتیم، اولین راهکار جلوگیری از ضرر موکل در فرض فروش مال به کمتر از قیمت عرفی از سوی وکیل فسخ معامله است. اما چنانچه فسخ به هر علتی ممکن

۱. شبکی، تاج‌الدین عبدالوهاب، الاشباه والنظائر، جلد اول، چاپ اول، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۱ قمری، ص. ۳۱۰.

۲. خندان، سیدپدرام، و محمد خاکباز، «تفسیر نظریه عدالت معاوضی در قلمرو قراردادها»، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۵ شماره ۸، بهار و تابستان ۹۲، ص. ۷۱.

نباشد، خواه وکیل خیار را ساقط کرده و یا از فوریت آن گذشته باشد، راه دیگری که قابل پیش‌بینی است، قائل بودن به صحت عقد و مسئولیت وکیل در جبران خسارت است. کسانی که به این نظر پایبند هستند، معتقدند که وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود، مصلحت موکل را رعایت کند؛ زیرا وکیل امین موکل است و هر گاه از اختیارات خود تجاوز کند و در نتیجه سبب ورود خسارت به موکل گردد، عمل او تعدی محسوب است و تعدی وکیل در مال موکل موجب ضمان او است و از موجبات بطلان و انحلال عقد نیست.^۱ در برخی از کتب فقهی نیز این نظر نقل شده و شیوه جبران ضرر موکل را پرداخت مابه‌التفاوت قیمت فروخته‌شده و قیمت مبیع دانسته‌اند؛ یعنی وکیل باید مابه‌التفاوت قیمت مبیع تا ثمن‌المثل را پرداخت کند.^۲ اگر چه این دیدگاه منتسب به گروه اقلیت فقهاست، اما در رویه قضایی مورد توجه واقع شده و بعضی از دادگاه‌ها براساس آن انشاء رأی می‌نمایند. به عنوان نمونه شعبه نوزدهم دادگاه حقوقی تهران در همین خصوص طی دادنامه‌ای که از سوی شعبه چهل و چهار دادگاه تجدیدنظر تهران تأیید شده، چنین استدلال کرده است که رعایت نکردن غبطه موکل توسط وکیل مسئولیت‌آور است؛ نه مبطل عمل حقوقی که وکیل انجام داده است.^۳

شعبه هجدهم دادگاه حقوقی شیراز نیز در دادنامه مشابهی استدلال نموده است که عدم رعایت غبطه و مصلحت بر فرض ثبوت از موارد ابطال معامله‌ای که صحیحاً واقع شده نمی‌باشد و موکل صرفاً حق مطالبه ثمن معامله به قیمت عادلانه روز را از وکیل دارد و حق ابطال معامله را ندارد. این حکم نیز از سوی شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر فارس تأیید شده است.^۴

۲-۲. غیرنافذ بودن عقد

وکیل در انعقاد عقد، خود قصد انشاء می‌نماید و تعهدات وی، اعم از مثبت و منفی برای موکل است. نقش اصلی وکیل ایجاد رابطه حقوقی میان موکل و طرف دیگر قرارداد است و در انجام این وظیفه، اختیار خود را از عقد وکالت می‌گیرد. حال چنانچه

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷، صص. ۳۵۹ و ۹۲۵.

۲. علامه حلی، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، ص. ۵۱.

۳. دادنامه شماره ۹۱۰۶۸۰۱۰۶۸۰۲۲۴۴۰۹۹۷۰۹۱ مورخ ۹۱/۷/۹ صادره از شعبه ۱۹ حقوقی تهران که به تأیید شعبه ۴۴ دادگاه تجدیدنظر تهران رسیده است. به نقل از مجموعه آرای قضائی دادگاه‌های تجدیدنظر تهران، چاپ اول، تهران، پژوهشگاه قوه قضائیه، مهرماه ۱۳۹۱، ص. ۱۱۱.

۴. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۷۱۱۹۳۰۱۴۳۴۰۱۴۳۴ مورخ ۹۱/۱۲/۲۷ صادره از شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر فارس. برگرفته از سایت CMS دادگستری فارس.

بدون رعایت مصلحت موکل مال او را به کمتر از ثمن المثل منتقل کند، عده‌ای نفس عمل انجام‌شده را مورد خدشه قرار داده‌اند.

برخی از فقها در این خصوص بیان کرده‌اند که احتمال بطلان بیع وجود دارد. در این صورت باید مال عودت شود و چنانچه امکان رد مال وجود نداشته باشد باید مثل یا قیمت آن را بازگرداند.^۱ اما باید به این نکته توجه نمود که منظور از بطلان از باب مسامحه است. زیرا برخی فقها از الفاظ دیگری استفاده کرده‌اند که دلالت بر بطلان عقد ندارد. بعضی دیگر خروج وکیل از انتقال به ثمن المثل را موجب عدم صحت بیع دانسته‌اند. حتی اگر وکیل برای خود حق فسخ در نظر گرفته باشد.^۲ مشهور فقهای امامیه این گونه عقود را که وکیل بدون رعایت مصلحت موکل به کمتر از ثمن المثل، مال او را منتقل می‌کند فضولی دانسته و صحت آن را منوط به اجازه مالک کرده‌اند.^۳ فضولی پنداشتن عقد دارای توجیه حقوقی است، زیرا هر عملی که وکیل خارج از حدود وکالت انجام دهد نسبت به موکل فضولی خواهد بود و بی‌شک عدم رعایت مصلحت یکی از مصادیق خروج از اذن است.^۴

این دیدگاه در رویه قضایی نیز انعکاس یافته است. به عنوان نمونه، شعبه شانزدهم دادگاه حقوقی شیراز در حکمی در این خصوص چنین بیان کرده است: «مستنبط از مواد ۱۰۷۳ و ۱۰۷۴ قانون مدنی در موردی که وکیل به عمد مصلحت موکل را نادیده گرفته و به سود خود اقدام می‌نماید، عمل او فضولی است».^۵ دادگاهی دیگر در همین مورد چنین استدلال کرده است که «در مواردی که وکیل عمداً یا غیرعامدانه مصلحت موکل را رعایت نکند، از حدود اختیارات خود تجاوز نموده و در چنین موارد در فضولی بودن عمل وکیل تردیدی وجود ندارد».^۶

۱. علامه حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام، چاپ اول، جلد دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳، قمری، صص. ۳۳۷-۳۳۲.

۲. شهیدثانی، زین الدین بن علی عاملی، حاشیه شرایع الاسلام، چاپ اول، قم: نشر دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲، ص. ۵۰۶.

۳. شهید اول، شمس الدین محمد بن مکی العاملی، لمعه دمشقیه، چاپ اول، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۵، ص. ۱۱۳. و شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه، چاپ اول، جلد ۴، قم، نشر کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰، ص. ۲۱۷.

۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ ششم، جلد دوم، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۰ شمسی، ص. ۲۲۴.
۵. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۷۰۳۱۰۰۲۶۰ مورخ ۹۳/۳/۳۱ صادره از شعبه ۱۶ دادگاه حقوقی شیراز، برگرفته از سایت CMS دادگستری فارس.

۶. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۷۲۸۱۶۰۰۳۹۶ مورخ ۹۳/۵/۲۹ صادره از شعبه پنجم دادگاه حقوقی مرودشت، فارس برگرفته از سایت CMS دادگستری فارس.

ملاحظه می‌گردد که بر خلاف گروه نخست که در فرض عدم رعایت مصلحت موکل، عقیده به صحت عقد داشتند، گروه دیگری از قضات و حقوق‌دانان در چنین فرضی معتقدند که معامله فضولی است و بنابراین عدم تنفیذ از سوی مالک موجب بطلان عقد خوددهد بود.

۲-۳. ارزیابی نظرات

آن گونه که بیان شد، در فرض عدم رعایت مصلحت در انتقال مال از سوی وکیل، بعضی اعتقاد به صحت عقد و مسئولیت وکیل در جبران خسارت وارده به موکل دارند و برخی دیگر اعتقاد به غیرنافذ بودن قرارداد راجع به انتقال داشته و در صورت عدم تنفیذ عقد بطلان آن را امکان‌پذیر می‌دانند. این رویکرد دوگانه در رویه قضایی کماکان وجود دارد و موجب صدور آراء مغایر در موضوعی واحد می‌گردد. پابندی به هر یک از این نظرات به طور مطلق ممکن نخواهد بود؛ زیرا تعهد وکیل، تعهد به وسیله است. چنانچه وکیل در حدود متعارف رفتار کند اما با وجود این مصلحت موکل به طور کامل رعایت نشود، نمی‌توان عمل وکیل را فضولی تلقی کرد، چون در تعهدات به وسیله، متعهد در حد امکانات و توان موجود خود، متعهد به تدارک حق ذی‌حق خواهد بود. معیار سنجش آن نیز رفتار انسانی متعارف است.^۱ وکیل ملزم است در راستای انتقال مال موکل و به قصد رعایت مصلحت او، در حدود عرف کوشش کند، پس اگر این گونه عمل کند، اما مصلحت موکل رعایت نشده باشد نباید به عدم نفوذ عقدنظر داشت. اما در جایی که وکیل در جهت حفظ مصلحت موکل از جهد عرفی خودداری کرده و در نتیجه قصور او مصلحت موکل رعایت نشده باشد، به ویژه زمانی که وکیل به عمد مصلحت موکل را نادیده می‌گیرد، بالاخص زمانی که به سود خود یا دیگران اقدامی را علیه موکل انجام می‌دهد، در فضولی بودن عمل وکیل نباید تردید داشت. زیرا وی به مقتضای امانت رفتار نکرده و هنگام انجام وکالت به مصلحت موکل و نیابت نمی‌اندیشیده، بلکه معامله را به سود خود انجام داده است. به همین جهت طبیعی است که کار او نباید نفوذ حقوقی داشته باشد. تفاوتی نمی‌کند که وکیل مصلحت موکل را به سود خود یا به سود شخص ثالثی رعایت نکرده باشد؛ زیرا قصور و عمد وکیل خواه به سود او باشد یا به سود شخص دیگر ماهیت عمل را تغییر نخواهد داد. در عقود مغایبی بی‌تردید طرف معامله حتی در فرض عدم تبانی با وکیل نیز از قیمت عادلانه با خبر بوده

۱. مرتضوی، عبدالحمید، حقوق تعهدات- تعهد به وسیله و به نتیجه، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۹، صص. ۶۳-۶۴.

ولی با قیمتی دیگر وارد معامله شده است؛ لذا در چنین وضعی نیز فضولی بودن معامله به صواب نزدیک تر است. به ویژه اگر وکیل با طرف معامله برای سوءاستفاده تبانی کرده باشد. هر چند، قانون مدنی در باب معاملات حکم خاصی در این زمینه ندارد، ولی در باب نکاح و به شرح مواد ۱۰۷۳ و ۱۰۷۴ عدم رعایت مصلحت موکل را موجب عدم نفوذ عقد بیان کرده است. برخی از حقوق دانان با الغاء خصوصیت از عقد نکاح این حکم را یکی از قواعد عمومی قراردادها تلقی کرده اند^۱ و مبنای بیشتر احکام در این رابطه نیز موارد مورد اشاره از قانون مدنی است.

نتیجه‌گیری

در هر مورد که شخصی به وکالت از دیگری مالی را منتقل می‌کند، لازم است مصلحت موکل را رعایت کند. مهم‌ترین موردی که رعایت غبطه و مصلحت ضروری است، رعایت تعادل در عوضین قرارداد است. دو سوی قرارداد برای نفع خویش فعالیت می‌کنند و هر کدام می‌خواهد هر چه بیشتر بستاند و کمتر بدهد. وکیل نیز باید چون امینی دلسوز این گونه عمل کند و اهتمام ورزد که تعادل در عوضین وجود داشته باشد. برابری در عوضین نیز رعایت نمی‌شود مگر اینکه وکیل به «ثمن‌المثل» مال را منتقل کند. به عبارت دیگر، فروش باید به قیمت عرفی باشد. انتقال به قیمت عرفی نشان از رعایت مصلحت است؛ اگر چه غالباً وسیله سنجش قیمت عرفی، معیار «نوعی» است، اما گاهی قیمت عرفی را باید با «معیار شخصی» یعنی با در نظر گرفتن شرایط خاص معامله یا موکل مشخص کرد. مثلاً اگر در بازار خریدار به بیش از «ثمن‌المثل» وجود داشته باشد؛ فروش به قیمت عرفی که همان ثمن‌المثل است، موافق با مصلحت موکل نیست.

وکالت گاهی به صورت «مطلق» و گاه به نحو «عام» منعقد شده و به وکیل اختیارات وسیعی اعطاء شده تا هر طور می‌خواهد عمل کند. در هر دو شکل رعایت مصلحت موکل و انتقال مال وی به قیمت عرفی ضروری است. مگر اینکه وکیل یا مدعی اثبات نماید که اراده موکل به انتقال به کمتر از قیمت عرفی بوده است.

در جایی که وکیل به قصد رعایت مصلحت موکل، در حدود عرف کوشش کند، اما به دلایلی مصلحت موکل رعایت نشود، چون تعهد وکیل تعهد به وسیله بوده و ایشان تلاش خود را در انتقال مال انجام داده است، نباید به عدم نفوذ عقد نظر داشت. اما در جایی که در نتیجه عمد یا قصور وکیل، مصلحت موکل در انتقال مال وی رعایت نشده است، به ویژه زمانی که وکیل به سود خود یا دیگران، اقدامی را علیه موکل انجام دهد، می‌توان عمل او را بر اساس وحدت ملاک مواد ۱۰۷۳ و ۱۰۷۴ قانون مدنی و توجهاً به قاعده جلوگیری از سوءاستفاده از حق بر مبنای اصل ۴۰ قانون اساسی، فضولی و غیرنافذ پنداشت تا موکل بتواند در صورت صلاحدید نسبت به عدم تنفیذ معامله و در نتیجه بطلان آن اقدام نماید.

منابع

- امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ ششم، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۷۰.
- انصاری، مهدی، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، چاپ اول، تهران انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۹۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی - قانون مدنی، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.
- خدانی، سید پدram، و محمد خاکباز، «تفسیر نظریه عدالت معاوضی در قلمرو قراردادها»، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۵، شماره ۸، بهار و تابستان ۹۲.
- سلطان احمدی، جلال، تأثیر عرف در تفسیر قراردادها، چاپ اول، تهران، نشر جنگل، ۱۳۸۰.
- عابدیان، میرحسین، و دیگران، در تکاپوی عدالت، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ چهارم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر، عقود معین ۴، حقوق مدنی، چاپ پنجم، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۸۵.
- _____، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ پنجم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۰.
- محقق داماد، سیدمصطفی و دیگران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، چاپ اول، تهران، نشر سمت، ۱۳۷۹.
- مرتضوی، عبدالحمید، حقوق تعهدات - تعهد به وسیله و به نتیجه، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل.
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد سوم، چاپ هفدهم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۰.
- ابن منظور، جمال الدین بن محمد بن مکرم، لسان‌العرب، جلد ۲، چاپ سوم، بیروت، نشر دارصار، ۱۴۱۴ قمری.
- انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، جلد ۴، چاپ سوم، قم، نشر دارالحکمه (علامه)، ۱۴۲۶ قمری.
- خمینی، روح‌اله، تحریرالوسیله، جلد سوم، بدون نوبت چاپ، قم، دفترانتشارات اسلامی، بی تا.
- سبزواری، محمد باقر بن محمد بن مومن، کفایه الاحکام، جلد اول، چاپ اول، قم، دفتر نشر اسلامی، ۱۴۲۳ قمری.
- شبکی، تاج‌الدین عبدالوهاب، الاشباه و النظائر، جلد اول، چاپ اول، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۱ قمری.

- شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، حاشیه شرایع الاسلام، چاپ اول، قم، نشر دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ قمری.
- _____، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، جلد ۴، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰.
- شهید اول، شمس الدین محمد بن مکی عاملی، لمعه الدمشقیه، چاپ اول، تهران، نشر مجد، ۱۳۸۵.
- عاملی کرکی، محقق ثانی، علی ابن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۸، چاپ دوم، موسسه آل البیت (ع)، ۱۴۱۴ قمری.
- عاملی، سید جواد بن محمد بن حسین، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۲۱، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۹.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، چاپ اول، قم، موسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ قمری.
- _____، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، جلد دوم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی ۱۴۱۳ قمری.
- مجاهد طباطبائی حائری، سید محمد، کتاب المناهیل، چاپ اول، قم، موسسه آل البیت (ع)، ۱۴۴۲ قمری.
- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع اسلام، جلد ۲۷، چاپ هفتم، دارالکتب اسلامی، ۱۳۹۴ قمری.

معامله به مال آینده

عباس کریمی*

هادی شعبانی کندسری**

چکیده

در این مقاله، امکان معامله به مال آینده مورد بازبینی قرار گرفته است. هدف از انجام این پژوهش، بررسی مبانی بطلان معامله نسبت به مال آینده و طرح قاعده عمومی برای چنین معاملاتی بود و با این پرسش‌ها مواجه بودیم که به چه دلیل مشهور فقها و حقوق دانان معامله نسبت به اموالی را که در آینده به وجود می‌آیند، باطل دانسته‌اند و استدلال‌های طرح شده تا چه حد اعتبار دارد و همچنین، در چه مواردی می‌توان تحت یک قاعده عام، معامله به مال آینده را صحیح دانست. نتیجه حاصل شده این بود که معامله به مال آینده عمدتاً به دلیل برخی از روایات وارده و منع تعلق تملیک به معدوم و غرری بودن آن باطل دانسته شده است، درحالی‌که روایاتی نیز مبنی بر صحت معامله به مال آینده وارد شده است. به‌علاوه، تملیک فوری مقتضای عقود تملیکی نیست و تملیک پس از پیدایش موضوع قرارداد صورت می‌گیرد. همچنین، معامله به مال آینده، در صورتی که ظن ایجاد آن اموال در آینده و طبق روال عادی امور وجود داشته باشد و از حالت بخت و احتمال خارج شود و حالت ریسک و خطر شدید نداشته باشد، غرری نیست و باید صحیح شمرده شود. از این رو، وجود مورد معامله حین عقد از شرایط اساسی و قاعده عمومی قراردادها نیست و تنها در مواردی ضرورت دارد که بنای طرفین بر معامله به مال موجود باشد.

کلیدواژه‌ها: مال آینده، تملیک معدوم، غرر، خطر، جهل، عین معین.

* استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

abkarimi@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

H_shabani1367@ut.ac.ir

در فقه امامیه و حقوق ایران مصادیقی وجود دارد که موضوع عمل حقوقی هنگام انعقاد آن موجود نیست و در آینده ایجاد می‌شود، کما این‌که در اجاره موضوع اجاره که منافع عین می‌باشد، در طول زمان و در اثنای مدت اجاره ایجاد می‌شود و کسی نیز در صحت آن تردیدی ندارد.^۱ همچنین، طبق ماده ۸۴۲ ق.م.م. ممکن است نسبت به مالی که هنوز به وجود نیامده است، وصیت نمود. در فقه امامیه نیز وصیت به مالی که امکان و ظن ایجاد آن در آینده می‌رود، صحیح است.^۲ به علاوه، در بیع مال کلی نیز ممکن است هیچ یک از مصادیق آن کلی هنگام قرارداد وجود نداشته باشد و در آینده ایجاد شود.^۳

با وجود این، در سایر موارد در امکان معامله نسبت به مالی که در آینده به وجود می‌آید، تردید جدی وجود دارد؛ به گونه‌ای که در دو مصداق بارز معامله به اموال آینده، یعنی پیش‌فروش محصولات کشاورزی و مصنوعات بشری (قرارداد سفارش ساخت کالا یا استنصاع) نظر بسیاری از فقها بر بطلان آنهاست.^۴ افزون بر مصادیق مزبور، بسیاری از فقهای امامیه بیع مال معدوم و حتی فراتر از آن، هر نوع معامله‌ای نسبت مال غیرموجود، از جمله هبه و وقف مال معدوم را باطل دانسته‌اند.^۵ در مذاهب اهل سنت نیز، بسیاری از فقیهان حنفی، شافعی و حنبلی، با استناد به پاره‌ای از روایات، یکی از شرایط معقودعلیه را موجود بودن آن حین عقد دانسته و معتقدند: در صورتی که مبیع یا مال موهوب و مرهون حین عقد وجود نداشته باشد، عقد مربوطه باطل است.^۶ پاره‌ای از نویسندگان نیز گفته‌اند: «اصل در عقود آن است که بر موضوع موجود واقع شود و لذا بستن عقد بر شیء معدوم باطل است ... شرط است که در هبه مال موهوب هنگام عقد موجود باشد. بنابراین، هبه انگور باغی که بعداً به ثمر خواهد رسید یا کره اسبی که بعداً موجود خواهد شد، صحیح نیست».^۷ حتی پاره‌ای از آنان که موجود بودن مورد قرارداد

۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه المکاسب، جلد ۱، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱، ص. ۵۳-۵۴.

۲. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام، جلد ۲۸، چاپ هفتم، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴، ص. ۲۷۸.

۳. موسوی قزوینی، سیدعلی، ینابیع الأحكام، جلد ۲، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۲۴، ص. ۷۴۲.

۴. رک: شعبانی کندسری، هادی، وثیقه شناور در حقوق انگلیس و تحلیل آن در مبانی حقوق ایران و فقه امامیه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علوم قضایی، ۱۳۹۲، ص. ۸۲ به بعد.

۵. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام، جلد ۲۴، ص. ۵۶: «المبیع لا بد أن یکون موجوداً».

۶. الشیخ نظام و جماعه من علماء الهند، الفتاوی الهندیة فی مذهب الإمام الأعظم أبي حنیفة النعمان، دار الفکر، بیروت، ۱۴۱۱، جلد ۳، ص. ۲ و جلد ۴، ص. ۳۷۴ و جلد ۵، ص. ۴۳۲.

۷. محمضانی، صبحی، النظریه العامه للموجبات و العقود فی الشریعه الاسلامیه، ص. ۳۲۷-۳۲۶.

را شرط می‌دانند، در توجیه عقد اجاره که به طور طبیعی ناظر به مال آینده است، به تکلف افتاده و گفته‌اند: معقودعلیه در اجاره عین مستأجره است، نه منافع آن، زیرا منفعت معدوم است و نمی‌تواند مورد اجاره باشد.^۱

در حقوق ما نیز بسیاری از استادان حقوق مدنی یکی از شرایط عمومی قراردادهای راجع به عین معین یا در حکم آن را وجود مال موضوع عقد در هنگام انعقاد قرارداد برشمرده‌اند. حتی گفته شده است: مورد رهن باید حین عقد موجود باشد و رهن مال غیرموجود صحیح نیست. علاوه بر آن، ادعا شده است در مورد مالی که وجود آن محتمل است یا قابلیت وجود را در آینده دارد، امکان انتقال را به عنوان قاعده نمی‌توان پذیرفت و حتی ماده ۸۴۲ ق.م. را نمی‌توان به یاری قیاس توسعه داد.^۲

با وجود این، در حقوق کنونی مصادیق بسیار زیادی وجود دارد که موضوع قرارداد هنگام انعقاد وجود خارجی ندارد و در آینده به وجود می‌آید. باطل دانستن چنین قراردادهایی نظام قراردادهای را به هم می‌ریزد و مردم را دچار مشکلات عدیده می‌کند. علاوه بر آن، وجود پاره‌ای از مصادیق معامله نسبت به مال معدوم و آینده در حقوق اسلام و ایران ضرورت وجود مورد معامله حین عقد را به عنوان شرط اساسی قراردادهای با تردید جدی روبه‌رو می‌سازد. از این رو، این پرسش مطرح می‌شود که دلیل بطلان معامله به مال آینده چیست؟ آیا می‌توان قاعده‌ای به دست داد که بطلان معامله به مال آینده را توجیه کند؟ به علاوه، در چه مواردی معامله به مال آینده صحیح است و چگونه می‌توان به قاعده عامی در این زمینه دست یافت؟ برای پاسخ به پرسش‌های مذکور، لازم است ابتدا مبانی بطلان چنین معاملاتی مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد، سپس نظریه عمومی معامله نسبت به مال آینده طراحی شود.

۱. بررسی مبانی بطلان معامله به مال آینده

برای این که مبانی بطلان معامله به مال آینده به درستی تبیین شود و مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد، بهتر است ابتدا دلایل بطلان معامله به مال آینده مطرح گردد، سپس به ارزیابی آنها پرداخته شود.

۱. نقل از: النووی، یحیی بن شرف، روضة الطالبین و عمدة المفتین، جلد ۵، المكتب الإسلامی، بیروت، ۱۴۰۵، ص. ۲۰۷.

۲. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۲: انعقاد و اعتبار قرارداد، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۸، صص. ۱۸۸-۱۸۷.

۱-۱. دلایل بطلان معامله به مال آینده

بسیاری از فقها و حقوق دانان، همانطور که اشاره شد، موجود بودن مورد معامله حین عقد را شرط صحت قرارداد می‌دانند و برای اثبات ادعای خود به دلایل روایی، قانونی، سیره عقلا و تحلیلی استناد می‌نمایند.

۱-۱-۱. دلیل روایی

دلیل روایی که از طرف فقهای شیعه برای بطلان معامله به مال آینده مورد استناد قرار گرفته، روایات متعددی است که از فروش میوه یک‌ساله قبل از ظهور منع می‌کند^۱ و بسیاری از فقهای امامیه به استناد آن احادیث، فروش میوه قبل از ظهور را جایز ندانسته‌اند و حتی پاره‌ای از آنان بر آن ادعای اجماع کرده‌اند.^۲ دلیل آن نیز این است که وجود مورد معامله در صورت یادشده محرز نیست و ممکن است بر اثر آفت و مانند آن، محصولی به دست نیاید.^۳ منوط ساختن فروش میوه قبل از ظهور به ضمیمه مال دیگر نیز تأکیدی بر اعتبار وجود فعلی در مورد معامله است.^۴ در فقه اهل سنت نیز برای بطلان مال معدوم و آینده به حدیث «لا تبع ما لیس عندک» استناد می‌کنند که به موجب آن پیامبر اسلام (ص) از فروش چیزی که نزد انسان نیست، نهی کرده‌اند، زیرا فروش مال معدوم در قیاس با مال موجودی که نزد صاحب آن نیست، به بطلان سزاوارتر است^۵ و به همین دلیل، حکم به عدم جواز استصناع شده و برخی نیز برای اثبات صحت آن به استحسان روی آورده‌اند. پاره‌ای دیگر نیز برای اثبات بطلان چنین معاملاتی به برخی دیگر از روایات از جمله منع فروش میوه قبل از آشکار شدن صلاحیت آن تمسک جستند.^۶

۱-۱-۲. دلیل قانونی

به حکم ماده ۳۶۱ ق.م. «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است». بطلان بیع اعم است از این که مبیع عین معین پیش از انعقاد قرارداد وجود داشته، ولی حین عقد از بین رفته است یا این که هنوز ایجاد نشده و طبق

۱. عاملی (حرّ)، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، جلد ۱۸، چاپ اول، مؤسسه آل‌البیت (ع)، قم، ۱۴۰۹، صص. ۲۰۹ به بعد.

۲. نجفی، جواهر الکلام، جلد ۲۴، صص. ۵۶ و ۷۴.

۳. نجفی، أنوار الفقاهه: کتاب البیع، ص. ۲۱۷.

۴. محقق داماد، سیدمصطفی و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد ۲، چاپ اول، سبحان، قم، ۱۳۸۹، ص. ۴۰۷.

۵. السرخسی، المبسوط للسرخسی، جلد ۱۲، ص. ۱۱۹.

۶. ابن قدامه، الکافی فی فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل، جلد ۲، ص. ۴.

قرارداد می‌بایست در آینده به وجود آید. در نتیجه، نمی‌توان مال غیر موجود را انتقال داد، ولو آن‌که پیدایش آن در زمان بعد محقق باشد.^۱

۱-۱-۳. سیره عقلا

دلیل دیگری که بر لزوم موجود بودن مورد معامله ابراز شده، سیره عقلا است. بدین تعبیر که مردم چیزی را که در وجودش تردید است، مورد معامله قرار نمی‌دهند و چنین معامله‌ای را چیزی شبیه قمار می‌دانند. از طرف دیگر، عموماً نفوذ عقد، منصرف به مواردی است که در میان مردم رواج داشته و مورد عمل آنان باشد. بنابراین، قراردادی که مورد معامله در آن وجود ندارد یا وجود آن مورد تردید است، خارج از شمول عموماً و باطل خواهد بود.^۲

۱-۱-۴. دلایل تحلیلی

برای بطلان معامله نسبت به مال آینده دو دلیل تحلیلی از سوی طرفداران آن مورد استناد قرار گرفته است، یکی منع تملیک معدوم (۲-۲-۴-۱) و دیگری غرری بودن معامله به مال آینده (۲-۴-۱-۲).

۱-۱-۴-۱. منع تملیک معدوم

در عقد بیع یکی از شرایط اساسی مبیع، موجود بودن آن هنگام عقد است و آنگاه هرگاه مبیع حین عقد وجود خارجی نداشته باشد، تملیک آن بی‌معنا و عقد مربوط به آن همچون جسم بی‌جان است،^۳ زیرا عقد بیع عقد تملیکی است و تملیک نیازمند محل موجود است و به معدوم تعلق نمی‌گیرد.^۴ به بیان دیگر، ملکیت عرضی از اعراض است و همان‌گونه که سفیدی و سیاهی نیاز به محلی برای ظهور و بروز دارد، ملکیت نیز احتیاج به محل و موضوع دارد و تا ملکیت امکان‌پذیر نباشد، تملیک هم که ایجاد مالکیت است، ممکن نخواهد بود. در حقیقت، آنچه موجود نیست، مملوک هم نیست و آنچه مملوک نیست، تملیک آن غیرممکن است.^۵ برخی از فقهای اهل سنت نیز در

۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، جلد ۱: تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ هفتم، مجد، تهران، ۱۳۸۸، صص. ۳۰۹-۳۰۸.

۲. محقق داماد و همکاران، پیشین، ص. ۴۰۸.

۳. همان، ص. ۴۰۵.

۴. نجفی، همان، ص. ۵۶.

۵. محقق داماد و همکاران، پیشین، ج ۲، ص. ۴۰۶؛ عاملی کرکی، جامع المقاصد، ج ۹، ص. ۱۴۵: «لامتناع تملیک ما لیس بمملوک».

بطلان هبه مال آینده گفته‌اند: هبه تملیک فعلی است و تملیک معدوم محال است. همچنین، گفته شده است: بیع مال آینده به صورت عین معین قابل تصور نیست، زیرا مال معین مالی است که به خاطر وجودش تعیین و تشخیص پیدا کرده است. بنابراین مالی که وجود ندارد، نمی‌تواند تعیین خارجی داشته باشد و اگر تعیین خارجی داشته باشد، نمی‌تواند وجود نداشته باشد. در نتیجه، «معامله مال آینده به صورت عین معین» در بطن خود دارای تناقض است.^۱

۱-۴-۲. غرری بودن معامله به مال آینده

فروش مال آینده از مصادیق بیع غرری است که در حدیث نبوی از آن نهی شده است، زیرا اطمینانی به حصول آن در آینده وجود ندارد. بنابراین، چنین معامله‌ای مشمول «نهی النبی (ص) عن بیع الغرر» قرار می‌گیرد و در نتیجه باطل است.^۲

۱-۲-۲. ارزیابی دلایل بطلان معامله به مال آینده

دلایلی که برای اثبات بطلان معامله به مال آینده مورد استناد قرار گرفته است، قابل انتقاد به نظر می‌رسند و می‌توان به همان ترتیب ذکر شده به آنها جواب داد.

۱-۲-۱. نقد دلیل روایی

احادیثی که بیع ثمره قبل از ظهور را منع می‌کنند، دلالت بر تحریم ندارند و پاره‌ای از روایات نیز پیش‌فروش آن را صحیح دانسته‌اند^۳ و به همین خاطر، بعضی از فقها فروش میوه قبل از ظهور را تجویز کرده‌اند.^۴ به علاوه، برخلاف آنچه ادعا شده است، استفاده از ضمیمه در پیش‌فروش میوه، برای خروج از غرر است، نه بدین دلیل که مورد معامله لزوماً می‌بایست وجود خارجی داشته باشد و استفاده از ضمیمه به چنین معامله‌ای اعتبار می‌بخشد. اگر چنین است، چرا فروش میوه قبل از ظهور برای دو یا چند سال، با این‌که موضوع قرارداد هنوز وجود خارجی ندارد، صحیح دانسته شده است؟!^۵

۱. نقل از امینی، منصور، جزوه حقوق مدنی پیشرفته، دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید

بهشتی، سال تحصیلی ۹۲-۱۳۹۱، ص. ۴۱.

۲. نراقی، مولی احمد، عوائد الأیام فی بیان قواعد الأحكام، چاپ اول، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۴۱۷، ص. ۹۴.

۳. کلینی، الکافی (ابوجعفر)، محمد بن یعقوب، الکافی، جلد ۵، چاپ چهارم، دار الکتب الإسلامیة، تهران، ۱۴۰۷، صص. ۱۷۴-۱۷۵.

۴. حسینی روحانی، سیدصادق، فقه‌الصادق (ع)، جلد‌های ۱۵، ۱۶ و ۱۸، چاپ اول، دارالکتاب، قم، ۱۴۱۲، ص. ۱۹۷.

۵. رک: شعبانی کندسری، پیشین، صص. ۸۸-۸۷.

در مورد روایت «لا تبع ما لیس عندک» نیز باید گفت که در تفسیر آن هم بین علمای اهل سنت و هم میان فقهای شیعه اختلاف نظر بسیار جدی وجود دارد.^۱ گذشته از آن، در منابع روایی شیعه احادیث بسیار زیادی وجود دارد که در آنها معامله نسبت به مالی که نزد بائع نیست، مجاز شناخته شده است.^۲ فقیهان امامیه نیز به استناد احادیث مزبور بیع اشیاء حال را اگرچه نزد بائع نباشد، جایز دانسته‌اند.^۳ افزون بر همه اینها، حدیث «لاتبع ما لیس عندک» اعم از مدعاست و قابل استناد نمی‌باشد، زیرا شامل مبیع موجودی که در حال حاضر نزد فروشنده نیست، نیز می‌شود. درحالی‌که کسی در صحت چنین بیعی تردید ندارد و فقهای امامیه بر درستی آن ادعای اجماع کرده‌اند.^۴

۱-۲-۲. نقد دلیل قانونی

در تفسیر ماده ۳۶۱ ق.م.م، همان‌طور که برخی از اساتید حقوق گفته‌اند، باید بین موردی که طرفین از هم اکنون می‌خواهند مال موجود در آینده را تملیک کنند یا بنای آنان بر تملیک مال موجود است، با فرضی که قصد دارند سبب تملیک مال آینده را پس از وجود آن فراهم آورند، تفاوت گذارد. در مورد نخست، چون حق قائم به معدوم نمی‌شود، طبیعی است که تراضی طرفین درباره فروش مالی که وجود خارجی ندارد، عقیم می‌ماند، زیرا بنا به فرض، حقی وجود ندارد که موضوع انتقال قرار گیرد. ماده ۳۶۱ ناظر به همین فرض است. اما در فرض دوم که طرفین سبب را به گونه‌ای می‌سازند که تملیک بعد از وجود انجام می‌پذیرد، نفوذ عقد با اشکال پیشین مواجه نمی‌شود، زیرا حق مالکیت پس از ایجاد، انتقال می‌یابد و هیچ‌گاه بر معدوم استوار نمی‌شود. به بیان دیگر، تملیک زمانی صورت می‌گیرد که مبیع موجود است. جدایی سبب از مسبب نیز به تحلیل مزبور صدمه نمی‌زند، زیرا در امور اعتباری چگونگی و زمان و شرایط تأثیر سبب در اختیار سازنده آن است.^۵

۱. ر.ک.: شویدح، احمد ذیاب و ابوهریبد، عاطف، عقد التورید و المقاوله فی ضوء التحدیات الاقتصادية المعاصرة، بی‌نا، بی‌جا، ۲۰۰۷ م، جلد ۱، ص. ۱۴.
۲. در این زمینه ر.ک.: عاملی (حرّ)، محمدبن‌حسن، وسائل‌الشیعه، جلد‌های ۱۷ و ۱۸، چاپ اول، مؤسسه آل‌البیت (ع)، قم، ۱۴۰۹ ق، صص. ۴۶-۵۳.
۳. بحرانی (آل‌عصفور)، یوسف، الحدائق‌الناظره فی أحكام العترة‌الطاهرة، جلد‌های ۱۹ و ۲۲، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۵ ق، ص. ۱۳۹.
۴. شیخ انصاری، مرتضی، کتاب‌المکاسب، جلد ۴، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق، ص. ۱۸۳.
۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۱: معاملات معوض - عقود تملیکی، چاپ دهم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۷، ص. ۲۷۵.

ظاهر ماده ذکر شده که مقرر می‌دارد: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است»، نیز برداشت مزبور را تأیید می‌کند، زیرا از آن چنین بر می‌آید که فرض ماده حالتی است که بنای طرفین بر معامله نسبت به مال موجود است. در نتیجه، هرگاه حین عقد معلوم باشد که مبیع در زمان انعقاد قرارداد وجود خارجی ندارد و می‌بایست در آینده ایجاد شود و در واقع، بنای طرفین بر مال موجود نباشد، چنین بیع عین معینی مشمول این ماده نمی‌شود. از نظر تحلیل حقوقی نیز به نظر می‌رسد دلیل اصلی بطلان معامله مذکور در ماده ۳۶۱ ق.م. فقدان موضوع است، در حالی که در معامله به مال آینده قرارداد دارای موضوع می‌باشد و موضوع آن مالی است که باید در آینده به وجود آید.

برخی از حقوق دانان مصری نیز گفته‌اند: اگر قصد طرفین بر مبیع موجود باشد، ولی مبیع موجود نبوده، عقد باطل است، حتی اگر وجود آن در آینده امکان‌پذیر باشد. بطلان عقد در این فرض ناشی از قصد طرفین است. اما، هرگاه قصد طرفین این نباشد که مبیع موجود هنگام عقد را معامله کنند، اشکالی بر صحت بیع وارد نخواهد بود. به عبارت دیگر، وقوع بیع بر مبیعی که در آینده به وجود می‌آید، منطبق با قصد طرفین است، لذا جایز می‌باشد.^۱

۱-۲-۳. استقرار سیره عقلا بر معامله به مال آینده

برخلاف آنچه ادعا شده است، معامله نسبت به مال غیرموجود و آینده نه تنها غیرعقلایی نیست، بلکه برعکس، موارد بسیار زیادی وجود دارد که در آن خردمندان و دوراندیشان جامعه به مال آینده رغبت زیادی نشان می‌دهند و به معامله آن مبادرت می‌ورزند. خرید و فروش میوه و سبزیجات قبل از ظهور یا برای دو یا چند سال که از زمان معصومین علیهم السلام رواج داشته، گواه این مدعاست.^۲ به علاوه، استفاده از عقد استصناع در زمان فقهایی چون شیخ طوسی برای ساخت کالاهای آینده و متناسب با نیاز آن دوران نیز متعارف و عقلایی بودن معامله به مال آینده را تأیید می‌کند.^۳ در زمان حاضر نیز شیوع پیش‌خرید آپارتمان و خودرو (با مشخصات ویژه و به صورت عین معین) هرگونه ادعایی مبنی بر غیرعقلایی بودن معامله به مال آینده را مردود می‌سازد.

۱. السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، جلد ۴، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، بی‌تا، ص. ۱۹۲.

۲. ر.ک: شعبانی کندسری، پیشین، صص. ۱۰۰-۸۲.

۳. همان، صص. ۱۱۳-۱۰۱.

۱-۲-۴. نقد دلایل تحلیلی

دو دلیل تحلیلی که از جانب طرفداران بطلان معامله به مال آینده مطرح شده است، قابل خدشه به نظر می‌رسد که به ترتیب به آنها جواب داده می‌شود.

۱-۲-۴-۱. عدم شرطیت فوریت در تملیک

برخی از فقهای امامیه بر عدم امکان تملیک مال غیرموجود ایراد کرده، گفته‌اند: در برخی از مصادیق، تملیک معدوم صحیح است. به عنوان مثال، بیع کلی در ذمه درست است، در حالی که در زمان عقد چیزی در خارج وجود ندارد. فروش میوه‌جات نیز برای دو سال یا بیشتر و یا به همراه ضمیمه درست است. در اجاره، در حالی که منافع به تدریج حاصل می‌شود، تملیک از زمان عقد صورت می‌گیرد. وصیت به مال آینده نیز صحیح است. تمام این موارد نشان می‌دهد که ملکیت نیاز به محل موجود ندارد.^۱

بعضی در پاسخ به موارد نقض یادشده گفته‌اند: در این موارد ملکیت حقیقی تحقق نمی‌یابد، بلکه آنچه در نتیجه عقد ایجاد می‌شود، آمادگی و استعداد برای ملکیت است.^۲ برخی از نویسندگان حقوق مدنی نیز آن را به واگذاری استعداد عین در ایجاد مال تعبیر کرده‌اند.^۳ در جواب ایراد مذکور گفته شده است: در بیع تملیک حقیقی صورت می‌گیرد، نه قابلیت و استعداد و تأهل و چنین تحلیلی با قصد طرفین و ادله منافات دارد.

با وجود این، در توجیه تملیک مال معدوم فقهای امامیه به تکلف افتاده‌اند. به عنوان مثال، مرحوم سید محمدکاظم طباطبایی، ملکیت را از اعراض دانسته، گفته‌اند: ملکیت، اگرچه از اعراض است که نیازمند محل موجود می‌باشد، اما حقیقت آن جز امر اعتباری عقلایی نیست و امر واقعی غیرمجموع تلقی نمی‌شود، بدین معنی که عقلا یا شارع آن را اعتبار کرده‌اند و اگر امری اعتباری باشد، محل آن نیز ممکن است اعتباراً موجود باشد؛ بدین صورت که عقلا کلی ذمی یا منفعت معدوم یا میوه متجدد را شی موجود اعتبار می‌کنند که ملکیت به آن تعلق می‌گیرد.

همچنین، ایشان در جای دیگر می‌نویسند: ملکیت از قبیل سیاهی و سفیدی نیست که نیاز به محل خارجی داشته باشد، زیرا ملکیت امری اعتباری است. در نتیجه، محل اعتباری کفایت می‌کند. به بیان دیگر، همان‌طور که ملکیت امری اعتباری است،

۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، تکملة العروة الوثقی، جلد ۱، چاپ اول، دآوری، قم، ۱۴۱۴، ص. ۲۰۹.

۲. نجفی، همان، ص. ۳۶۳.

۳. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، چاپ یازدهم، میزان، تهران، ۱۳۸۵، ص. ۱۱.

موضوع و محل آن نیز ممکن است وجود اعتباری داشته باشد.^۱ همچنین، معامله نسبت به ثمره قبل از ظهور را به خاطر اعتباری بودن تملیک، عقلایی دانسته و به وجود مستقبلی آن استناد کرده‌اند.^۲

برخی دیگر راه حل را در آن دیده‌اند که بیع انتقال بالفعل ملکیت به دیگری است، خواه ملکیت نیز بالفعل موجود باشد یا انتظار حصول آن قوی باشد. بنابراین، معنی «به تو تملیک کردم»، این است که از هم اکنون مالکیتی را که بعد از مدتی برای من حاصل خواهد شد، به تو منتقل کردم.^۳ همچنین، در اجاره که منافع حین عقد وجود ندارد، برخی از فقها که موجود بودن مورد معامله را شرط می‌دانند، به تکلف افتاده و وجود تقدیری را برای صحت معامله کافی دانسته‌اند.^۴ بعض دیگر، راه چاره را در این دیده‌اند که عین شخصی گاه بالفعل موجود است و گاه بالقوه. در نتیجه، بیع اثمار متجدد داخل در اعیان موجود می‌شود.^۵

ولی، توجیه‌های گفته شده قانع کننده به نظر نمی‌رسد و وجدان حقیقت طلب را اقناع نمی‌کند. چگونه ممکن است مالی را که در آینده به وجود می‌آید، از هم اکنون دارای وجود اعتباری دانست؟! یا به وجود مستقبلی یا تقدیری آن توسل جست؟! افزون بر آن، چگونه ممکن است ملکیتی را که هنوز به وجود نیامده است، بتوان به دیگری منتقل نمود؟!

به نظر می‌رسد راز معما در این است که وجود موضوع قرارداد شرط صحت و قاعده عمومی قراردادها نمی‌باشد، زیرا نه تنها در هیچ روایت یا قانونی موجود بودن مورد معامله شرط صحت قرارداد تلقی نشده، بلکه در هیچ حدیث یا قانونی نیز به طور عام از فروش مال معدوم نهی نشده است. در مقابل، همان‌طور که گفته شد، مواردی وجود دارد که موضوع قرارداد حین عقد وجود ندارد، ولی هیچ کس در صحت آنها تردیدی به خود راه نداده است. علاوه بر مصادیق مزبور، در زمان حاضر نیز استفاده از عقد استصناع برای ساخت کالاها و پیش‌فروش ساختمان که در واقع بیع مال آینده محسوب می‌شود، شدت پیدا کرده است. وجود مصادیق متعدد مذکور نشان می‌دهد که

۱. طباطبایی یزدی، منبع پیشین، صص. ۲۱۰-۲۰۹.

۲. همان، صص. ۷۴۷-۷۴۶.

۳. نراقی، منبع پیشین، ص. ۱۱۲.

۴. حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه، جلد‌های ۲ و ۳، چاپ اول، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، ۱۴۲۰ ق، ص. ۲۹۱.

۵. مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهه: کتاب البیع، یک جلد، چاپ اول، مدرسه الإمام علی بن ابی‌طالب (ع)، قم، ۱۴۲۵ ق، ص. ۱۵.

نمی‌توان وجود موضوع معامله در زمان تشکیل قرارداد را شرط صحت آن دانست و به نظر می‌رسد پیدایش این قاعده بدین دلیل بوده که فقهای مزبور انتقال فوری مالکیت را مقتضای ذات عقد پنداشته و چون در مال معدوم انتقال فوری صورت نمی‌گیرد، با یک دلیل عقلی تملیک مال معدوم را بی‌معنا دانسته، گفته‌اند: مالکیت به معدوم تعلق نمی‌گیرد. به علاوه، تصور غرری بودن بیع مال آینده و وجود برخی از روایات که از فروش مال معدوم در آنها نهی شده، نقش بسزایی در ایجاد قاعده مذکور داشته است. در حالی که انتقال ملکیت در زمان عقد مقتضای عقود تملیکی نیست، بلکه امور زیادی، از جمله تعلیق عقد و تأخیر در انتقال مالکیت ممکن است بین انعقاد عقد و انتقال مالکیت فاصله اندازد. همین‌طور است در مورد معامله کلی و بیع سلم. در واقع، مالکیت از نظر فوریت و عدم فوریت لا به شرط است. در نتیجه، در عقود تملیکی، انتقال مالکیت لزوماً هم‌زمان با تشکیل قرارداد صورت نمی‌گیرد. در اموال آینده نیز پس از انعقاد عقد و با ایجاد موضوع قرارداد، مالکیت خود به خود منتقل می‌شود. امری که موافق خواست طرفین است و با مقتضای عقود ناقل ملکیت نیز مغایرتی ندارد. در واقع، عقد سبب تملیک مال آینده می‌شود، نه این که ملکیت به معدوم تعلق گیرد. به عبارت دیگر، مالکیت زمانی منتقل می‌شود که مورد قرارداد موجود است. برخی از فقهای امامیه نیز به ایجاد مالکیت بعد از ایجاد مال در آینده تصریح کرده‌اند.^۱

از این رو، اگر وجود مورد معامله هنگام انعقاد قرارداد شرط صحت عقد نباشد، نیازی به توجیهات دور از ذهن و تصنعی برای حل مشکل عدم انتقال فوری مالکیت در عقود تملیکی احساس نمی‌شود. بلکه، راه‌حل مزبور این است که در عقود تملیکی، انتقال مالکیت یا ایجاد هرگونه حق عینی، از جمله حق عینی تبعی، مقتضای عقد است، اما تملیک فوری و بدون قید و شرط اثر ذاتی چنین عقود نیست. بلکه، در صورتی که تمامی اسباب و شرایط لازم برای انتقال فوری مالکیت وجود داشته باشد و مانعی نیز در بین نباشد، مالکیت به محض تحقق عقد انتقال می‌یابد؛ وگرنه، هر زمان که کلیه شرایط لازم تحقق یافت و موانع برطرف گردید، مالکیت منتقل می‌شود و عقد سبب این انتقال قرار می‌گیرد.

پذیرش چنین تحلیلی با تخلف معلول از علت مواجه نمی‌شود، زیرا برخلاف امور تکوینی، در امور اعتباری زمان و نحوه تأثیرگذاری سبب در اختیار سازنده آن است. به عبارت دیگر، اراده، سبب و سازنده عقد است و زمان کامل شدن علت تامه و تحقق

۱. نجفی، همان، ص. ۳۶۴.

تمامی شرایط با همان اراده می‌باشد. در نتیجه، فاصله و جدایی بین علت و معلول پیش نمی‌آید، بدین دلیل که مالکیت به عنوان معلول زمانی منتقل می‌شود که عقد به عنوان علت کامل باشد.

در خصوص تعارض گفته شده نیز، به نظر می‌رسد در این دیدگاه بین موجود بودن و معین بودن موضوع معامله خلط شده و به همین خاطر مال معینی که وجود خارجی ندارد و در آینده ساخته می‌شود، غیر قابل تصور دانسته شده است. در واقع، هر چند در تعریف عین معین گفته شده است: مالی است موجود در خارج که به وسیله حس لامسه قابل لمس و ادراک باشد،^۱ اما به نظر می‌رسد در تعریف عین شخصی، بیش از آن که روی موجود بودن مال در خارج تأکید شود، می‌بایست به متعین شدن و تشخیص پیدا کردن مال توجه نمود. در حقیقت، از آن رو به مالی «عین معین» گفته می‌شود که تعین یافته و دارای مصداق منحصر است و اگر هم روی خارجی بودن و مصداق مشخص داشتن آن در جهان خارج تأکید می‌شود، به دلیل منحصر به فرد بودن آن است. به عبارت دیگر، عین مالی است که اگر به وجود آید، مشخص و متعین خواهد بود، نه این که هنگام عقد موجود باشد.

بنابراین، می‌توان در تعریف عین معین گفت: مالی است که تنها یک مصداق دارد، خواه آن مصداق هم اکنون در خارج وجود داشته باشد یا اگر بخواهد در آینده ایجاد شود، در قالب مال مشخص و منحصر به فرد متجلی می‌شود.

در نتیجه، هرگاه پذیرفته شود که بین موجود بودن و معین بودن تفاوت وجود دارد و منظور از مال معین، مالی است که به خاطر داشتن مصداق منحصر تعین و تشخیص پیدا کرده است، تفاوتی نمی‌کند که مال موجود در خارج به دلیل منحصر به فرد بودن تعین پیدا کند یا مالی که می‌بایست در آینده ایجاد شود، به گونه‌ای توصیف گردد که متعین شده و هرگاه به وجود آید، در قالب مال معین تجلی و بروز می‌یابد. در حقیقت، مال معین یا عین شخصی ممکن است خارجی هم باشد، بدین معنی که هنگام قرارداد در جهان خارج وجود داشته باشد و ممکن است خارجی نباشد، بلکه در آینده و در قالب عین شخصی به وجود آید. بنابراین، تصور معین بودن نسبت به مال آینده نه تنها با دشواری روبه‌رو نمی‌شود، بلکه وجود مصادیق آن، از قبیل آپارتمانی که در آینده طبق نقشه معین و در قطعه زمین مشخص بنا خواهد شد، یا فروش میوه آینده باغ معین و یا کشتی ساخته نشده با مشخصات معین و امکانات و تجهیزات خاص، روشن می‌سازد که مال آینده معین دارای مصادیق فراوانی است.

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، چاپ یازدهم، میزان، تهران، ۱۳۸۵، ص. ۳۵.

۱-۲-۴-۲. مفهوم قاعده نفی غرر

دلیل تحلیلی دیگر که به نظر می‌رسد محور بحث و علت اصلی بطلان بیع مال معدوم و آینده باشد، قاعده نفی غرر است. در لغت و از دیدگاه واژه‌شناسان برای غرر معانی مختلفی ذکر شده است و در معانی چون خدعه، فریب، آنچه ظاهری محبوب و باطنی مجهول دارد، غفلت، جهل، خطر، هلاکت و در معرض هلاکت قرار دادن آمده است.^۱ اما در معنی اصطلاحی و دقیق، حداقل سه نظر برای تفسیر غرر در فقه امامیه ارائه شده است. برخی از فقها معتقدند غرر به معنای خطر است، بدین معنی که با چنین قراردادی شخص یا مال او در معرض خطر و هلاکت قرار می‌گیرد.^۲ منشأ خطر ممکن است جهل به جنس یا اوصاف یا مقدار مبیع باشد و به همین دلیل بیع مال مجهول باطل اعلام شده است.^۳ علاوه بر آن، غرر ممکن است ناشی از عدم قدرت بر تسلیم مبیع باشد و بدین خاطر در برخی روایات، بیع عبدی که فرار کرده است یا بیع پرنده در آسمان یا ماهی در دریا، غرری معرفی شده است.^۴ همچنین، منشأ غرر ممکن است عدم اطمینان به ایجاد مبیع در آینده باشد. بر این اساس، در روایات از بیع حمل قبل از تولد یا میوه قبل از بدو صلاح نهی گردیده است.^۵ البته، نکته قابل توجه در این بحث آن است که هر خطری در معامله سبب غرری شدن معامله نخواهد شد و هر معامله خطری، غرری و باطل نیست؛ بلکه مقصود از غرر، خطری است که عرفاً قابل مسامحه نباشد و عرف و عقلا از آن احتراز کنند و گرنه خطری را که عرف و عقلا ناچیز بدانند و در مقابل آن بی‌پروا باشند، غرر محسوب نشده و محل به صحت عقد نخواهد بود.^۶ عده‌ای دیگر بیع غرری را مساوی با بیع مجهول می‌دانند؛^۷ منتها برخی از فقها معتقدند تنها جهل به اوصاف مبیع مشمول غرر قرار می‌گیرد و جهل به قدرت بر تسلیم مبیع خارج از محدوده مفهوم غرر است،^۸ در حالی که عده‌ای دیگر بر این باورند که غرر

۱. طریحی، فخرالدین، مجمع‌البحرین، جلد ۳، چاپ سوم، کتابفروشی مرتضوی، تهران، ۱۴۱۶، ص. ۴۲۳.

۲. حسینی عاملی، سید جواد، مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۱۳، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۹ ق، ص. ۳۲۷.

۳. نراقی، منبع پیشین، ص. ۹۴.

۴. همان، ص. ۲۵۳.

۵. نراقی، مولی احمد، عوائد الأیام، ص. ۹۴.

۶. مراغی، عبدالفتاح العناوین الفقهیه، جلد ۲، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۷ ق، ص. ۳۱۴.

۷. حلی (ابن ادریس)، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد ۲، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق، ص. ۳۲۲.

۸. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، جلد ۲، چاپ دوم، بی‌نا، قم، ۱۴۲۷ ق، ص. ۴۱.

به معنی مطلق جهل است، خواه نسبت به اوصاف مبیع باشد یا نسبت به قدرت بر تسلیم آن.^۱

گروه دیگری از فقهای امامیه معتقدند مفهوم «غرر» جامع مفاهیم خطر و جهل است و هر دو مفهوم را توأمان در خود دارد. بر مبنای این نظر، مقصود از «غرر» خطری است که ریشه در جهالت دارد. در حقیقت، غرر دارای دو عنصر است: یکی جهل و دیگری خطر. در این مفهوم، خطر ممکن است ناشی از جهل به وجود یکی از عوضین باشد یا ناشی از جهل به اوصاف عوضین یا قدرت بر تسلیم آن.^۲

در مقام داوری بین سه تفسیر ارائه شده از غرر، باید توجه داشت که از برخی از روایات که در آنها از فروش شیر در پستان یا پشم گوسفند به سبب جهل منع شده و به غرر استناد شده است،^۳ و پاره‌ای دیگر که از فروش برخی از اموال آینده از قبیل فروش حمل قبل از تولد نهی کرده و در مقام تعلیل به غرری بودن آن تمسک نموده‌اند،^۴ چنین برداشت می‌شود که هم جهل و هم خطر در تحقق مفهوم غرر دخالت دارند و موجب غرری بودن معامله می‌شوند. منتها، از آنها برداشت نمی‌شود که صرف جهل، ولو این که موجب خطر نگردد، نیز سبب غرری شدن معامله و در نتیجه بطلان آن گردد.

در حقیقت، دقت در مفاد این احادیث نشان می‌دهد که مبنای بطلان در آنها خطری است که از جهل ناشی می‌شود، زیرا در روایت نخست مقدار مبیع مجهول است و از این رو، طرف عقد را در معرض مخاطره قرار می‌دهد و در حدیث دوم نیز چون حصول مبیع مجهول است، سبب خطر می‌گردد. این تحلیل نشان می‌دهد آنچه در قاعده نفی غرر اصالت دارد و مبنای بطلان عقود غرری را تشکیل می‌دهد، خطری بودن آن است و جهالت طریقی است که سبب مخاطره‌آمیز بودن آن می‌گردد. در نتیجه، جهلی که مخاطره‌آمیز نباشد و طرف عقد را در معرض خطر و ریسک شدید قرار ندهد، از قبیل جهالت در عقود رایگان و مسامحی، مخل به صحت عقد نخواهد بود. همچنین، برخلاف آنچه ادعا شده است که عقود مخاطره تخصصاً از شمول غرر خارج هستند،^۵ نمی‌توان صرف علم و آگاهی از وجود خطر و استقبال از خطر و ریسک شدید را سبب

۱. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، جلد ۴، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق، ص. ۱۷۹.

۲. همان.

۳. طباطبایی بروجردی، آفاحسین، جامع احادیث الشیعه، چاپ اول، انتشارات فرهنگ سبز، تهران، جلد ۲۲، ص. ۸۶۶.

۴. حر عاملی، منبع پیشین، ص. ۳۵۲.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۲، صص. ۳۹۰-۳۴۶.

خروج عقد از شمول غرر دانست و حکم به صحت عقود بختکی نمود.^۱ در واقع، نهی از غرر جنبه آمره دارد و به موجب آن اسلام نوعی نظم عمومی در معاملات برقرار نموده و افراد را از قرار گرفتن در معرض مخاطره و هلاکت بازداشته است. بنابراین، قراردادی که مخالف این نظم عمومی باشد، باطل و بلاثر خواهد بود. حال، پس از تبیین مفهوم غرر، لازم است غرری بودن یا نبودن معامله به مال آینده روشن شود که در مبحث دوم بدان پرداخته می‌شود و تلاش می‌گردد با توجه به نقش غرر در چنین معاملاتی، قاعده جامعی در این خصوص ارائه شود.

۲. تدارک قاعده عام معامله به مال آینده

از آنچه گفته شد، معلوم می‌شود که در معامله به مال کلی لازم نیست مورد معامله حین عقد موجود باشد و اختلافی در این زمینه مشاهده نمی‌شود. با وجود این، درباره معامله به عین معین آینده، نظر مشهور در حقوق اسلام و ایران بر بطلان آن است و به نظر می‌رسد علت اصلی بطلان معامله به مال معدوم، قاعده نفی غرر باشد. در تأیید این برداشت می‌توان به پاره‌ای از اقوال فقها استناد کرد. به عنوان مثال، برخی از فقهای امامیه گفته‌اند: تعلق ملکیت به معدوم غیر عقلایی نیست، زیرا عقلاً چنین معامله‌ای را اعتبار می‌کنند و مورد قرارداد نیز وجود مستقبلی دارد و ظاهر این است که دلیل ممنوعیت بیع مال معدوم وجود غرر است. پس، اگر اجماعی وجود نداشت، در صورتی که اطمینان به حصول موضوع معامله وجود داشته باشد، ما نیز قائل به جواز می‌شدیم.^۲ همچنین، بعضی از متأخران در انتقاد به صاحب جواهر که معامله به مال معدوم را به خاطر معدوم بودن و سپس به دلیل غرر و جهالت باطل دانسته است، گفته‌اند: سبب بطلان غرر است نه عدم، زیرا بیع معدوم اگر مبتنی بر غرر نباشد و تسلیم آن در وقت استحقاق ممکن باشد، مانعی ندارد.^۳ برخی از حقوق‌دانان نیز به سبب غرر فروش مال معدوم را باطل دانسته‌اند.

ابن قیم جوزیه نیز در تفسیر حدیث «لا تبع ما لیس عندک» می‌گوید: مراد از آن بیع چیزی است که بر حصول یا عدم حصول آن اطمینانی وجود ندارد و چنین بیعی غرری می‌باشد، زیرا نه در کتاب خداوند و نه در سنت رسول الله (ص)، از بیع مال معدوم به طور کلی نهی نشده، بلکه تنها فروش برخی از اشیای معدوم باطل دانسته

۱. ر.ک.: اراکی، محمدعلی، کتاب البیع، جلد ۲، چاپ اول، مؤسسه در راه حق، قم، ۱۴۱۵ ق. ص. ۱۱۰.

۲. طباطبایی یزدی، عروه الوثقی، جلد ۲، صص. ۷۴۶-۷۴۷.

۳. مغنیه، محمدجواد، فقه الإمام الصادق (ع)، جلد ۳، چاپ دوم، مؤسسه انصاریان، قم، ۱۴۲۱ ق. ص. ۲۸۵.

شده، همان طور که از بیع برخی از کالاهای موجود نهی شده است. در این اشیا علت نهی، وجود یا فقدان موضوع قرارداد نیست، بلکه وجود غرر است. بنابراین، با چنین تفسیری از حدیث مزبور، تنها آن قسم از بیع مال معدومی که مبتنی بر غرر باشد، مورد نهی قرار گرفته است، نه هر مال معدومی به طور عام.^۱

حال، با مشخص شدن مفهوم غرر، تشخیص غرری بودن یا نبودن معامله به مال آینده با سهولت بیشتری انجام می‌پذیرد، زیرا هرگاه در معامله به مال آینده خطری وجود داشته باشد که از جهل به عناصر اصلی قرارداد ناشی می‌شود و طرف عقد را در معرض خطر و ریسک شدید قرار دهد، بدون تردید باید حکم به بطلان آن داد. در غیر این صورت، بطلان معامله وجهی ندارد. علاوه بر آن، از پاره‌ای از مصادیق که در روایات و متون فقهی در رابطه با غرر مطرح شده است، می‌توان برای تمهید قاعده عمومی کمک گرفت.

به عنوان مثال، در برخی از روایات بیع میوه قبل از ظهور با ضمیمه صحیح دانسته شده است^۲ و بسیاری از فقها بر اساس آن حکم به صحت چنین معامله‌ای داده‌اند.^۳ استفاده از قاعده ضمیمه در فروش میوه و قدرت بر تسلیم و امثال آن^۴ نشان می‌دهد که اگر ترتیبی برای رفع غرر پیش‌بینی شود، معامله مزبور صحیح است. امام (ع) نیز بدین دلیل که اگر ثمره حاصل نشود، ثمن در برابر ضمیمه قرار می‌گیرد، حکم به صحت چنین معامله‌ای دادند. همچنین، فروش ثمره برای دو یا چند سال، بدین دلیل که اگر امسال بار ندهد، سال آینده بار خواهد داد، توسط معصوم (ع) صحیح دانسته شده^۵ و این نشان می‌دهد که برای امکان تحصیل مال در آینده پیروی از جریان عادی امور کفایت می‌کند، زیرا به حکم طبیعت و براساس جریان متعارف امور بسیار بعید است که باغی دو یا چند سال پیاپی میوه ندهد. امام (ع) نیز به همین احتمال عرفی بسنده کرده‌اند. افزون بر آن، همان طور که گذشت، پاره‌ای از روایات، فروش ثمره درختان را قبل از ظهور صحیح دانسته‌اند، علی‌رغم این که مبیع در معرض آفت است و ممکن است در اثر عوامل زیادی از بین برود. از این مصادیق معلوم می‌شود که هر نوع خطر یا جهلی موجب بی‌اعتباری قرارداد نمی‌شود، بلکه به بیان فقها می‌بایست خطر

۱. زرعی (ابن قیم الجوزیه)، محمد بن ابی بکر، زاد المعاد فی هدی خیر العباد، جلد ۵، مکتبه المنار الإسلامیه، الکویت، ۱۴۱۵ ق، صص. ۸۱۰-۸۰۷.

۲. حر عاملی، وسائل الشیعه، جلد ۱۸، ص. ۲۱۹.

۳. حسینی روحانی، منبع پیشین، صص. ۱۹۹-۲۰۰.

۴. نجفی، منبع پیشین، ص. ۶۸.

۵. شیخ طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الأحکام، جلد ۷، چهارم، دار الکتب الإسلامیه، تهران، ۱۴۰۷، ص. ۸۷.

هلاکت وجود داشته باشد تا بتوان بر اساس قاعده نفی غرر حکم به بطلان قرارداد نمود. به زبان حقوقی، برای حکم به بطلان قرارداد غرر و خطر باید شدید و کثیر باشد. افزون بر آن، فقیهان امامیه بیع پرنده در هوا را به دلیل عدم قدرت بر تسلیم و غرر باطل دانسته‌اند. با وجود این، هرگاه پرنده عادت به بازگشت داشته باشد، بیع آن صحیح است.^۱ از اینجا نیز فهمیده می‌شود هرگاه امکان دستیابی به مبیع به طور متعارف در آینده وجود داشته باشد، باید حکم به صحت بیع داد. در حقیقت، در فروش پرنده‌ای که در قفس نیست، بلکه در آسمان پرواز می‌کند، گرچه عادت به بازگشت داشته باشد، هیچ‌گاه قطع به برگشت مجدد آن حاصل نمی‌شود، بلکه ظن و اطمینان عرفی بازگشت پرنده وجود دارد و فقها همین ظن عرفی و روال متعارف را ملاک قرار داده و بدین خاطر حکم به صحت آن داده‌اند.

از آنچه گذشت، می‌توان برای تدارک قاعده عمومی معامله به مال آینده استفاده نمود و تحت یک قاعده عام بیان داشت که هرگاه در دید عرف احتمال حصول مورد معامله در آینده زیاد باشد، به نحوی که عقلا و خردمندان جامعه به چنین معامله‌ای مبادرت ورزند و حصول موضوع معامله را ممکن شمرند، باید حکم به صحت آن داد، زیرا هرگاه طبق روال عادی امور امکان تحصیل مال در آینده زیاد باشد و مشخصات و اوصاف مورد معامله که در قیمت آن مؤثر هستند، معلوم شود، غرر به مفهومی که گفته شد، منتفی خواهد بود، زیرا در فرض مزبور خطری که از جهل ناشی شود، وجود ندارد. در حقیقت، پیروی از حکم متعارف و سیر عادی امور حالت جهل را از بین می‌برد و فرد را از افتادن در مهلکه باز می‌دارد.

البته، توجه به اوضاع و احوال خاص هر مورد به غرری بودن یا نبودن معامله کمک خواهد کرد. به عنوان مثال، پیش‌خرید محصولات کشاورزی در منطقه خوش آب و هوا که طبق عرف کشاورزی منطقه، احتمال بروز آفت ناگهانی بعید می‌نماید، باید صحیح تلقی شود. برعکس، پیش‌خرید چنین محصولاتی را در منطقه‌ای که احتمال از بین رفتن محصولات کشاورزی طبق متعارف زیاد می‌باشد، باید غرری و باطل شمرد. از ملاک برخی از احادیث، برای اثبات آنچه گفته شد، می‌توان استفاده نمود. به عنوان مثال، هشام بن سالم از امام صادق (ع) پرسید: «در قریه‌ای آسیاب، درختان خرما، باغ، کشتزار و یونجه وجود دارد، آیا محصول آنجا را بخرم؟ فرمودند: اشکال ندارد».^۲ این

۱. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، قواعد الأحكام، جلد ۲، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳، ص. ۲۲.
 ۲. عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، جلد ۱۸، ص ۲۱۹؛ طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، جلد ۷، ص. ۲۰۲.

حدیث از عبدالله بن ابی یعفر نیز نقل شده است.^۱ وجود آسیاب و درختان و کشتزار نشان می‌دهد که منطقه مزبور برای کشاورزی مناسب بوده و احتمال رسیدن محصول در آن بالاست و عرفاً قرارداد پیش خرید محصولات چنین منطقه‌ای غرری نمی‌باشد. به همین خاطر امام (ع) حکم به صحت چنین قراردادی داده‌اند. اطلاق روایت مزبور شامل موردی نیز می‌شود که مبیع به مرحله بدو صلاح نرسیده و حتی ظاهر نیز نشده است.

آنچه به عنوان قاعده گفته شد، از قول برخی از فقیهان امامیه و حقوق‌دانان ایران نیز برداشت می‌شود. به عنوان مثال، مرحوم نراقی گفته‌اند: شرط است که مبیع موجود بوده یا انتظار حصول آن قوی باشد. همچنین، همان‌طور که در بالا گفته شد، مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی و آیت‌الله خویی نیز، در صورتی که اطمینان به ایجاد مبیع در آینده وجود داشته باشد و تسلیم آن در زمان مقرر ممکن باشد، حکم به صحت چنین بیعی داده‌اند. صاحب کتاب فقه الإمام الصادق (ع) نیز معتقد است: بیع معدوم اگر مبتنی بر غرر نباشد و تسلیم آن در وقت استحقاق ممکن باشد، مانعی ندارد.^۲ برخی از علمای معاصر شیعه نیز گفته‌اند: روایات بطلان بیع معدوم منصرف به مواردی است که مبیع در خارج شناخته شده نبوده و اطمینانی به تحقق آن در ظرف زمانی خودش نباشد که موجب رفع غرر و خطر گردد.^۳ پاره‌ای از نویسندگان حقوقی نیز بر این باورند که شرط وجود مبیع در بیع عین معین تنها ناظر به صورتی است که طرفین با فرض موجود بودن عینی عقد بیع منعقد کنند و پس از آن معلوم شود که مورد معامله هنگام عقد وجود نداشته است. از این رو، در فرضی که طرفین با فرض ایجاد مال در آینده عقد بیعی واقع می‌سازند و وجود مبیع در آینده قطعی یا متعارف است و به عبارتی مبیع ممکن الوجود است، عقد بیع نسبت به عین معین صحیح است و خدشه‌ای بر صحت آن از حیث عدم وجود مبیع وارد نخواهد بود.^۴

در فقه اهل سنت نیز برخی از علما گفته‌اند: در مواردی که موضوع معامله هنگام عقد موجود نیست، تنها در صورتی معامله غرری و باطل تلقی می‌شود که در وجود یا عدم آن پس از عقد شک و تردید وجود داشته باشد.^۵ ماده ۱۳۱ قانون مدنی مصر نیز بیع اموال

۱. طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، جلد ۷، ص. ۹۰.

۲. مغنیه، منبع پیشین، ص. ۲۸۵.

۳. هاشمی شاهرودی، سید محمود، «استصناع (سفارش ساخت کالا)»، مجله فقه اهل بیت (ع)، شماره ۱۹ و ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۷۸، ص. ۱۶.

۴. سیفی زیناب، غلامعلی؛ و منصوره حسن‌زاده، «استصناع در فقه و حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، ص. ۲۰۴.

۵. الزیلعی الحنفی، فخرالدین عثمان بن علی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، جلد ۴، دار الکتب الإسلامی، القاهرة، ۱۳۱۳، ص. ۱۲۴.

آینده را صحیح دانسته و بیان داشته است: «جایز است محل التزام شی آینده باشد». حقوق دانان این کشور نیز معتقدند ممکن الوجود بودن مبیع کفایت می‌کند. از این رو، بیع در صورتی باطل است که مبیع در اصل غیرموجود باشد و یا وجود آن در آینده غیرممکن باشد.^۱ با پذیرش قاعده عام معامله به مال آینده، می‌بایست پیش‌فروش تمامی محصولات کشاورزی را در صورتی که احتمال بروز آفات نامتعارف باشد و غیرمنتظر جلوه کند و بر اساس روال عادی و طبیعی امور ظن نوعی به رسیدن آنها وجود داشته باشد، صحیح دانست. همین‌طور، فروش مصنوعات آینده بشری نیز، در صورتی که ظن عرفی برای حصول مبیع در آینده وجود داشته باشد، باید صحیح شمرده شود. به ویژه آن‌که امکان ایجاد مال در آینده در مصنوعات بشری از محصولات طبیعی بیشتر است، زیرا در محصولات کشاورزی و طبیعی، عوامل گوناگون طبیعی ممکن است به نتیجه رسیدن محصول را با مانع روبه‌رو سازد. حوادثی از قبیل رگبارهای شدید و جاری شدن سیلاب و یا گرمای شدید و خشکسالی همیشه محصولات کشاورزی را تهدید می‌کند. در حالی که، در محصولات صنعتی و تولیدی، عوامل طبیعی دخالت چندانی ندارد و دخالت عوامل انسانی نیز به طور معمول قابل پیش‌بینی است. تولیدکنندگان و سازندگان کالاها و مصنوعات بشری، با توجه با امکانات و ابزارها و ماشین‌آلاتی که در اختیار دارند، به امر تولید می‌پردازند و بر اساس سیر طبیعی و روال عادی امور، به تولید محصولات و کالاها ادامه داده، به ساخت کالاهای موضوع قرارداد مبادرت می‌ورزند و در موعد مقرر نیز کالای ساخته شده را تحویل می‌دهند. در نتیجه، پیش‌خرید چنین اموالی غرری محسوب نمی‌شود. به همین دلیل است که پیش‌خرید محصولات نظیر اتومبیل از شرکت‌های خودروسازی بسیار شایع است.

به علاوه، چون ظن عرفی و احتمال معقولی بر تولید آینده کالا وجود دارد، افزون بر بیع و اجاره کالاهای آینده که مصداق بارز معامله نسبت به مال آینده می‌باشند، پذیرش قاعده عمومی معامله به مال آینده اقتضا دارد که علاوه بر صحت وصیت به مال آینده، رهن اموال آینده و همچنین، هبه و وقف، قرض، معاوضه و صلح آنها نیز صحیح باشد و در عقودی که قبض شرط صحت آنهاست، لزوم قبض را بایستی به بعد از پیدایش موضوع قرارداد موکول کرد.

نتیجه‌گیری

بازپژوهشی امکان معامله نسبت به مال آینده در حقوق اسلام و ایران نشان می‌دهد که غالب فقها و حقوق‌دانان چنین معامله‌ای را باطل می‌دانند. دقت در نظر مشهور نمایانگر این است که بطلان معامله به مال معدوم و آینده عمدتاً به دلیل منع تملیک مال معدوم و قاعده نفی غرر می‌باشد، هر چند وجود برخی از روایات وارده و ماده ۳۶۱ قانون مدنی نیز در این میان سهم بسزایی داشته است. با وجود این، در جهت مخالف نیز در منابع فقه شیعه، روایاتی وجود دارد که فروش مال آینده در آنها تجویز شده است. ماده ۳۶۱ قانون مدنی نیز مبهم‌تر از آن است که بتوان با استناد به آن معامله به مال آینده را باطل دانست، زیرا قانونگذار در شرایط اساسی صحت قراردادها و در بین شرایط مربوط به مورد معامله، به موجود بودن آن اشاره نکرده است. به علاوه، در ماده مزبور به جای شرط دانستن وجود مبیع عین معین حین عقد بیع، حکم به بطلان معامله‌ای شده است که معلوم گردد که مبیع حین عقد وجود نداشته است و از آن چنین فهمیده می‌شود که فرض ماده مزبور حالتی است که معامله بر مبنای موجود بودن مال موضوع قرارداد واقع شده باشد و از این رو، در شمول ماده مزبور بر فرضی که قصد طرفین بر معامله نسبت به مال آینده است، تردید جدی وجود دارد و با اجرای عمومات در فرض مذکور می‌بایست حکم به صحت چنین قراردادهایی داد. به ویژه آنکه مبنای تاریخی قانون مدنی، یعنی فقه امامیه نیز چنین برداشتی را تأیید می‌کند، زیرا نه تنها در هیچ روایتی وجود مورد معامله از شرایط عمومی و اساسی صحت قراردادها شمرده نشده است، بلکه هیچ روایتی نیز وجود ندارد که معامله به مال آینده را به طور کلی منع کند. حتی بر عکس، برخی از روایات مبین صحت معامله بر مالی است که در آینده به وجود می‌آید.

افزون بر آن، تملیک فوری و بدون قید و شرط نه جز ذات عقود تملیکی نیست و نه جز ذاتیات و لوازم جدایی‌ناپذیر آن، بلکه انتقال مالکیت یا حق عینی پس از پیدایش موضوع آن صورت می‌گیرد. همچنین، معامله به مال آینده در صورتی غرری است که احتمال دستیابی و حصول مبیع ضعیف باشد؛ به طوری که عرف عقلا و خردمندان جامعه از آن اجتناب کنند. ولی، هرگاه ظن ایجاد مورد معامله در آینده به قدری زیاد باشد که از حالت بخت و احتمال خارج شود و حالت هلاکت و خطر شدید نداشته باشد، به گونه‌ای که افراد معقول و خردمندان جامعه چنین معامله‌ای را عقلایی بدانند و بدان مبادرت ورزند، باید آن را صحیح دانست. به همین خاطر، در خصوص تدارک قاعده عام معامله به مال آینده، به نظر می‌رسد بهترین راه حل اعتماد به حکم متعارف و تبعیت از روال طبیعی و عادی امور باشد، زیرا هرگاه به حکم جریان عادی امور حصول

مورد معامله در آینده مورد انتظار باشد، چنین معامله‌ای دیگر غرری محسوب نمی‌شود. ولی اگر امکان ایجاد موضوع قرارداد براساس روال عادی امور بعید یا ضعیف باشد، قرارداد مزبور را می‌بایست به دلیل غرری بودن باطل دانست.

منابع

- امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ بیست و ششم، اسلامیه، تهران، ۱۳۸۵.
- امینی، منصور، جزوه حقوق مدنی پیشرفته، دکترای حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۹۲-۱۳۹۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد ۱، چاپ اول، مشعل آزادی، بی‌جا، ۲۵۳۷.
- _____، دایره‌المعارف عمومی حقوق، الفارق، جلد‌های ۱ و ۳، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۶.
- _____، فلسفه اعلی در علم حقوق، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۲.
- ره‌پیک، حسن، حقوق مدنی: حقوق قراردادها، چاپ اول، خرسندی، تهران، ۱۳۸۵.
- سیفی زیناب، غلامعلی، و منصوره حسن‌زاده، «استصناع در فقه و حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۸.
- شعبانی کندسری، هادی، وثیقه شناور در حقوق انگلیس و تحلیل آن در مبانی حقوق ایران و فقه امامیه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علوم قضایی، ۱۳۹۲.
- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، جلد ۱: تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ هفتم، مجد، تهران، ۱۳۸۸.
- صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد ۲: قواعد عمومی قراردادها، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۴.
- عیسائی تفرشی، محمد؛ نصیری، مرتضی؛ شهبازی‌نیا، مرتضی؛ و فریده شکر، «وثیقه شناور در نظام حقوقی آمریکا و ایران»، مدرس علوم انسانی - پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، چاپ یازدهم، میزان، تهران، ۱۳۸۵.
- _____، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، چاپ هشتم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۱.
- _____، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲: انعقاد و اعتبار قرارداد، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۸.
- _____، حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۱: معاملات معوض - عقود تملیکی، چاپ دهم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۷.
- محقق داماد، سیدمصطفی و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد ۲، چاپ اول، سبحان، قم، ۱۳۸۹.

- هاشمی شاهرودی، سیدمحمود، «استصناع (سفارش ساخت کالا)»، مجله فقه اهل بیت (ع)، شماره ۱۹ و ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۷۸.
- ابن عابدین، محمدامین، حاشیه ردالمختار علی الدرالمختار شرح تنویر الأبصار فقه أبوحنیفه، جلد های ۵ و ۸، دارالفکر، بیروت، ۱۴۲۱ ق.
- ابن منظور، جمال الدین، لسان العرب، جلد ۵، چاپ سوم، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۴ ق.
- اراکی، محمدعلی، کتاب البیع، جلد ۲، چاپ اول، مؤسسه در راه حق، قم، ۱۴۱۵ ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۸، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۳ ق.
- اصفهانی، محمد حسین، الإجاره، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۹ ق.
- انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، جلد ۴، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، جلد ۲، چاپ دوم، بی نا، قم، ۱۴۲۷ ق.
- بحرانی (آل عصفور)، یوسف، الحدائق الناظره فی أحكام العترة الطاهره، جلد های ۱۹ و ۲۲، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۵ ق.
- بهبهانی، محمدباقر، حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، چاپ اول، مؤسسه علامه المجدد الوحید البهبهانی، قم، ۱۴۱۷ ق.
- تمیمی مغربی (ابوحنیفه)، نعمان بن محمد، دعائم الإسلام، جلد ۲، چاپ دوم، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۳۸۵ ق.
- الحنبلی البهوتی، منصور بن یونس، کشف القناع عن متن الإقناع، تحقیق: هلال مصیلحی، جلد ۳، دارالفکر، بیروت، ۱۴۰۲ ق.
- جزیری، عبدالرحمن و غروی، سید محمد - یاسر مازح، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت (ع)، جلد ۳، چاپ اول، دارالثقلین، بیروت، ۱۴۱۹ ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیه، جلد ۲، چاپ اول، دارالعلم للملایین، بیروت، ۱۴۱۰ ق.
- حائری، سیدکاظم، فقه العقود، جلد ۲، چاپ دوم، مجمع اندیشه اسلامی، قم، ۱۴۲۳ ق.
- حسینی حنفی، سید محمدمرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، ۲۰ جلد، جلد ۷، چاپ اول، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، ۱۴۱۴ ق.
- حسینی روحانی، سیدصادق، فقه الصادق (ع)، جلد های ۱۵، ۱۶ و ۱۸، چاپ اول، دار الكتاب، قم، ۱۴۱۲ ق.
- حسینی شیرازی، سیدمحمد، إیصال الطالب إلی المکاسب، جلد ۹، چاپ اول، منشورات اعلمی، تهران، بی تا.

- حسینی عاملی، سید جواد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامه، جلد های ۱۳، ۱۸ و ۱۹، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۹ ق.
- حلی (ابن ادريس)، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى، ۳ جلد، جلد ۲، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق.
- حلی، شمس الدین محمد، معالم الدین فی فقه آل یاسین، جلد ۱، چاپ اول، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، ۱۴۲۴ ق.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف، تحرير الاحكام الشرعيه على مذهب الإمامیه، جلد های ۲ و ۳، چاپ اول، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، ۱۴۲۰ ق.
- _____، تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)، جلد ۱۰، چاپ اول، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۴۱۴ ق.
- _____، قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، جلد ۲، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳ ق.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، چاپ دوم، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۸ ق.
- الحنفی، کمال ابن همام، فتح القدير، جلد ۵، مطبعه الامریه، قاهره، ۱۳۱۶ ق.
- خلخالی، سید محمد مهدی، فقه الشیعۀ - کتاب الإجاره، چاپ اول، تهران، انتشارات منیر، ۱۴۲۷ ق.
- خوانساری، محمد، الحاشیۀ الأولى علی مکاسب، بی نا، بی جا، بی تا.
- خوبی، سید ابوالقاسم، مبانی العروه الوثقی، جلد ۲، چاپ اول، مدرسه دار العلم - لطفی، قم، ۱۴۰۹ ق.
- _____، مصباح الفقاهه (المکاسب)، جلد های ۲ و ۵، بی نا، بی جا، بی تا.
- _____، منهج الصالحین، جلد های ۲، چاپ بیست و هشت، نشر مدینه العلم، قم، ۱۴۱۰ ق.
- رافعی، ابی القاسم عبدالکریم، شرح الوجیز (المعروف بالشرح الكبير)، جلد ۱۲، دار الکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۷ ق.
- راغب اصفهانی، حسین، مفردات ألفاظ القرآن، چاپ اول، دارالعلم، لبنان، ۱۴۱۲ ق.
- رشتی، میرزا حبیب الله، کتاب الاجاره، یک جلد، چاپ اول، بی نا، بی جا، بی تا.
- زرعی (ابن قیم الجوزیه)، محمد بن أبی بکر، زاد المعاد فی هدی خیر العباد، جلد ۵، مکتبۀ المنار الإسلامیۀ، الكويت، ۱۴۱۵ ق.
- _____، حاشیۀ ابن قیم علی سنن أبی داود، جلد ۹، دار الکتب العلمیۀ، بیروت، ۱۴۱۵ ق.
- سبزواری، محمد باقر، کفایه الأحكام، جلد ۱، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۲۳ ق.

- السرخسی، شمس‌الدین أبو بكر، المبسوط للسرخسی، دراسة وتحقیق: خليل محی الدين المیس، دارالفکر، بیروت، ۱۴۲۱ ق.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، جلد ۴، دار الاحیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، جلد ۲، چاپ پنجم، قم، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق.
- الشیخ نظام و جماعه من علماء الهند، الفتاوی الهندیة فی مذهب الإمام الأعظم أبی حنیفة النعمان، جلد های ۳ تا ۵، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۱ ق.
- شویدح، احمد ذیاب و ابوهریبید، عاطف، عقد التورید والمقاولة فی ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة، بی تا، بی جا، ۲۰۰۷ م.
- صدوق، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، جلد ۳، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳ ق.
- طباطبایی بروجردی، آقاحسین، جامع أحادیث الشیعه، جلد ۲۲، چاپ اول، انتشارات فرهنگ سبز، تهران، ۱۴۲۹ ق.
- طباطبایی قمی، سیدتقی، مبانی منهاج الصالحین، جلد ۸، چاپ اول، منشورات قلم الشرق، قم، ۱۴۲۶ ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، تکملة العروة الوثقی، جلد ۱، چاپ اول، داوری، قم، ۱۴۱۴ ق.
- _____، حاشیه المکاسب، جلد ۱، چاپ دوم، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۲۱ ق.
- _____، عروه الوثقی، جلد ۲، چاپ دوم، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، بیروت، ۱۴۰۹ ق.
- _____، العروه الوثقی مع التعليقات، جلد ۲، چاپ اول، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، قم، ۱۴۲۸ ق.
- طریحی، فخرالدین، مجمع البحرين، جلد ۳، چاپ سوم، کتابفروشی مرتضوی، تهران، ۱۴۱۶ ق.
- طوسی (شیخ)، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، جلد ۳، چاپ اول، دار الکتب الإسلامیة، تهران، ۱۳۹۰.
- _____، تهذیب الأحکام، جلد ۷، چهارم، دار الکتب الإسلامیة، تهران، ۱۴۰۷ ق.
- _____، المبسوط فی فقه الإمامیة، جلد ۲، چاپ سوم، المكتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، تهران، ۱۳۸۷.

- عاملی (حرّ)، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، جلدهای ۱۷ و ۱۸، چاپ اول، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۴۰۹ ق.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحشّی - کلاتر)، جلدهای ۳، ۴ و ۵، چاپ اول، کتاب‌فروشی داوری، قم، ۱۴۱۰ ق.
- عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلدهای ۴، ۵، ۹ و ۱۰، چاپ دوم، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۴۱۴ ق.
- فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، چاپ اول، منشورات دار الرضی، قم، بی‌تا.
- الکاسانی، علاء‌الدین، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، جلدهای ۵ و ۶، دار‌الکتاب العربی، بیروت، ۱۹۸۲ م.
- کلینی (ابوجعفر)، محمد بن یعقوب، الکافی، جلد ۵، چاپ چهارم، دار‌الکتب الإسلامیه، تهران، ۱۴۰۷ ق.
- محمصانی، صبحی، النظریه العامه للموجبات و العقود فی الشریعه الاسلامیه، چاپ سوم، دار‌العلم للملایین، بیروت، بی‌تا.
- مراغی، عبدالفتاح، العناوین الفقهیة، جلد ۲، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۷ ق.
- مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، جلد ۷، چاپ اول، مرکز‌الکتاب للترجمه و النشر، تهران، ۱۴۰۲ ق.
- مغنیه، محمدجواد، فقه الإمام الصادق (ع)، جلد ۳، چاپ دوم، مؤسسه انصاریان، قم، ۱۴۲۱ ق.
- المقدسی (ابن قدامة)، عبدالله، الکافی فی فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل، دار‌الکتاب العربی، بیروت، ۱۴۲۱ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهه: کتاب البیع، یک جلد، چاپ اول، مدرسه الإمام علی بن‌أبی‌طالب (ع)، قم، ۱۴۲۵ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، جلد ۶، چاپ اول، انتشارات مدرسه امام علی بن‌ابی‌طالب (ع)، قم، ۱۴۲۴ ق.
- موسوی بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیة، جلد ۷، چاپ اول، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹ ق.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله، تحریر الوسیله، جلدهای ۱ و ۲، چاپ اول، دار‌العلم، قم، بی‌تا.
- _____، کتاب البیع، جلد ۳، چاپ اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۴۲۱ ق.

- موسوی خمینی، سیدمصطفی، کتاب البیع، جلد ۲، چاپ اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۴۱۸ ق.
- موسوی قزوینی، سیدعلی، ینابیع الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، جلد ۲، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۲۴ ق.
- نائینی، محمدحسین، المكاسب و البیع، جلد ۲، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳ ق.
- نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد های ۲۲، ۲۴ و ۲۸، چاپ هفتم، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴ ق.
- نجفی (کاشف الغطاء)، حسن بن جعفر، أنوار الفقاهة: کتاب البیع، چاپ اول، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف اشرف، ۱۴۲۲ ق.
- نجفی (کاشف الغطاء)، محمد حسین، تحریر المجله، جلد های ۱ و ۲، چاپ اول، المكتبة المرتضوية، نجف، ۱۳۵۹ ق.
- نراقی، مولی احمد، مستند الشیعة فی أحكام الشریعه، جلد ۱۴، چاپ اول، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۴۱۵ ق.
- _____، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام، چاپ اول، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۴۱۷ ق.
- نراقی، مولی محمد بن احمد، مشارق الأحكام، یک جلد، چاپ دوم، کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد، قم، ۱۴۲۲ ق.
- نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد ۱۳، بیروت، مؤسسه آل البيت (ع)، اول، ۱۴۰۸ ق.

مفهوم و صورت‌های نسخ قانون

اقبالعلی میرزایی*

چکیده

نسخ قانون در اصطلاح حقوقی و در بیانی ساده عبارت است از بی‌اعتبار شدن قانونی که در تاریخ معین وضع شده به وسیله قانونی دیگر که پس از آن وضع می‌شود. برخلاف آنچه شایع و مشهور شده است، تقسیم نسخ به دو نوع صریح و ضمنی قابل دفاع نیست؛ زیرا مطابق مفهوم نسخ، فقط قانون‌گذار می‌تواند قانونی را که خود پیش‌تر وضع کرده است، نسخ نماید و این مهم زمانی محقق می‌شود که به صراحت اعلام شود که این یا آن قانون منسوخ است؛ تنها در این صورت نسخ قانون واقع شده و اعتبار آن زایل می‌شود. لیکن، نسخ ضمنی قانون که در پی تفسیر قوانین متعارض و ناتوانی از جمع آنها اعلام می‌شود، نه از اقسام نسخ قانون که از قواعد تفسیر و رفع مغایرت قوانین است. بر این مبنا، ماهیت نسخ یکی بیش نیست اما، به گونه‌ها یا صورت‌های مختلف ظاهر می‌شود؛ بر این مبنا، چنانچه کلیه ماده‌ها و مقررات یک قانون منسوخ گردد، نسخ کلی آن محقق است. لیکن، در صورت وقوع نسخ جزئی قانون، نه تمامی مقررات آن بلکه دست کم یک حکم و یا چند ماده قانون یا بخش‌هایی از آن نسخ می‌شود. به علاوه، با لغو شدن قانون معین نسبت به برخی افراد و موضوعات معین، نسخ نسبی یا تخصیص آن محقق است. بالاخره اینکه برخی قوانین، بر حسب طبیعت خود، به تبع قانون دیگر منسوخ می‌شوند. در نتیجه، صورت‌های نسخ قانون عبارت است از نسخ کلی، نسخ جزئی، نسخ نسبی و نسخ تبعی قانون. به علاوه، نسخ تبعی در مورد قوانین تفسیری، اذنی، مکرر و قوانین احاله‌کننده صادق است.

کلیدواژه‌ها: قانون، انواع نسخ، اصلاح، تخصیص، تفسیر.

* استادیار گروه حقوق دانشگاه شهرکرد

Alimirzaee443@yahoo.com

در تاریخ فقه و حقوق اسلامی کمتر مفهومی به اندازه مفهوم «نسخ» محل نظر و نزاع بوده است؛ اهتمام مسلمین به این موضوع بی علت و دلیل نیست. همان‌گونه که برخی محققان نوشته‌اند: «اگر به خاطر آوریم که مطابق مسلمات علم کلام اسلامی هیچ حکمی از احکام شرع و افعال الهی را نمی‌توان با محک عقل سنجد^۱، آن‌گاه، در موارد احتمالی ناسازگاری ظاهر احکام با دلیل عقل، چاره‌ای جز این نمی‌ماند که در سند و دلیل حکم مناقشه رود. از این رو، به جای تأمل و خدشه در مدلول احکام، ابتدا تقدّم و تأخر آنها از یکدیگر تعیین می‌شود؛ سپس به یاری دانش ناسخ و منسوخ و انتساب نتیجه کار به اراده شارع نتیجه گرفته می‌شود که حکم متأخر بیانگر آخرین اراده شارع و ناسخ حکم متقدّم است»^۲.

همچنان که در علم حقوق موضوعه، ضرورت مطالعه مفهوم نسخ و احکام آن پوشیده نیست. به ویژه که با شناخت قوانین منسوخ، قوانین معتبر و موجود نیز خودبه‌خود شناخته می‌شود. زیرا قوانین معتبرانهایی هستند که اعتبارشان باقی است و نسخ نشده‌اند. بنابراین، اگر بگوییم قانون معتبر قانونی است که منسوخ نشده باشد سخن به گرافه نگفته‌ایم.

در این مقاله مفهوم نسخ قانون در بخش اول و صورت‌های وقوع نسخ در بخش دوم مطالعه می‌شود.

۱. مفهوم نسخ قانون و مبانی آن

۱-۱. مفهوم مشهور نسخ در فقه و حقوق

به زعم بیشتر فقیهان اسلامی، بسیاری آیه‌ها در قرآن و روایت‌ها از سنت وجود دارند که در موضوعی واحد احکامی متناقض مقرر داشته‌اند. در مقام ناتوانی از جمع و عمل به احکام مذکور توسل به قاعده نسخ آخرین چاره است که مطابق آن حکم متأخر ناسخ حکم متقدم قرار می‌گیرد. در این باره از سرخسی نقل شده است: «محال است در کلام الهی یا سنت رسول تناقض باشد. اگر تعارض ظاهری به چشم می‌خورد علت آن

۱. غزالی، ابو حامد محمد، المستصفی من علم الاصول، تصحیح دکتر محمد یوسف نجم، دار صادر للطباعة و النشر، ج ۱ و ۲، بیروت، ۱۴۲۲ق، ص. ۲۳۷.

2. Burton, John, The Sources of Islamic Law: Islamic Theories of Abrogation, Edinburg University Press, 1990, p. 20.

است که ما از تقدم و تأخر صدور احکام بی خبریم. بنابراین در صورت اطلاع از زمان وضع احکام تعارضی باقی نمی ماند. چه حکم متأخر همواره نسخ حکم متقدم است.^۱ همین اندیشه در طول تاریخ فقه اسلامی غالب بوده است. صاحب الذریعه، از متقدمان فقه امامیه، در این باره تصریح کرده است: وقوع نسخ جز با وقوع تعارض و تضاد ممکن نیست.^۲ برخی نویسندگان قول مخالفی در این موضوع نیافته اند و آن را مورد اتفاق فقیهان اسلامی دانسته اند.^۳

در برخی کتاب های اصول فقه در مقام توجیه نظر مشهور و به عنوان قاعده نوشته شده است: «هیچ فریضه و حکمی نسخ نمی شود، مگر اینکه به جای آن حکمی دیگر وضع شود» و در تعریف نسخ آمده است: «نسخ عبارت است از الغاء حکم مندرج در خطاب متقدم به وسیله حکم مخالف که با خطاب متأخر تشریح شده است».^۴ بدین سان، نزد فقیهان آنچه سبب تحقق نسخ می شود نه اراده و اعلام شارع که وقوع تنافی و تعارض میان دو حکم است. به این واقعیت برخی فقیهان چنین تصریح کرده اند: «در صورتی که دو حکم شرعی که با فاصله زمانی از یکدیگر صادر شده اند به گونه ای با هم در تنافی و تناقض باشند که نتوان به هر دو عمل کرد از آنجا که عقلاً محال است شارع دو امر متناقض را اراده کرده باشد به ناچار و در رفع تعارض دو حکم باید حکم متأخر را نسخ حکم متقدم قرار داد. هر چند شارع به نسخ آن نظر نداشته باشد».^۵

این مفهوم از نسخ که نزد فقیهان مشهور شده، با اندک تفاوت در میان نویسندگان حقوقی شایع است. تعریف نسخ به انشاء حکمی که هدف آن سلب اعتبار از قانون معتبر است^۶ و تقسیم آن به دو قسم نسخ صریح و ضمنی که در نوشته های حقوقی ما مرسوم شده از مضمون نظریه های فقهی چندان دور نیفتاده است. چنان که در نوشته های حقوقی ما شایع است: «نسخ صریح آن است که قانون گذار ضمن قانون جدیدی منسوخ بودن قانون قدیم را اعلام کند. لیکن نسخ ضمنی در فرضی محقق

1. Ibid, p. 20

۲. علم الهدی، سیدمرتضی، الذریعه الی اصول الشریعه، جلد اول، تحقیق دکتر ابوالقاسم گرگی، دانشگاه تهران، ۱۳۶۲، ص. ۴۱۵.

۳. الباجی، ابوالولید سلیمان بن خلف، احکام الفصول فی احکام الاصول، دارالغرب الاسلامی، بیروت، ۱۴۰۷ ق، ص. ۴۲۴.

۴. شافعی، ابن ادریس، الرساله، تصحیح احمد محمد شاکر، مصطفی البابی الحلبي، مصر، ۱۲۴۰ ق، ص. ۱۱۰-۱۰۹.

۵. جناتی، محمد ابراهیم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، کیهان، ۱۳۷۰، ص. ۶۰.

۶. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، ص. ۳۲۶.

است که دو قانون در یک موضوع وجود داشته باشد و جمع میان آنها میسر نشود، قانون مؤخر به طور ضمنی کاشف از نسخ قانون مقدم است.^۱ نویسندگان حقوق فرانسه نیز به همین راه رفته‌اند و از دو نوع نسخ صریح^۲ و نسخ ضمنی^۳ سخن گفته‌اند^۴ و در تبیین آن تصریح کرده‌اند: «نسخ صریح آن است که یک قانون به گونه‌ای قاطع و مشخص قانون پیش از خود را نسخ نماید و در فرضی که قانون متأخر متضمن حکمی مغایر با قانون سابق باشد، قانون مؤخر به طور ضمنی^۵ نسخ قانون قدیم خواهد بود».^۶ حتی در برخی فرهنگ‌های حقوقی فرانسه در تعریف نسخ منحصرأ به بیان مفهوم نسخ ضمنی اشاره شده است.^۷ رویه قضایی آن کشور نیز عقاید مشهور نزد دکترین را تأیید کرده است.^۸

در حقوق انگلیس^۹ نیز از دو قسم نسخ صریح و ضمنی^{۱۰} یاد شده است و در میان نویسندگان مشهور است که: «اگر دو قانون معارض در زمان‌های متفاوت تصویب شده باشند، تبعیت از قانون متأخر در هر حال ضروری است. زیرا هر قانونی یا به منظور تغییر و اصلاح قواعد موجود تصویب می‌شود یا با هدف ایجاد قواعد بهتر. بنابراین، قانون قدیمی که معارض با این اهداف است غیرقابل اعتنا خواهد بود».^{۱۱}

۱-۲. تبیین منشاء اختلاط و نقد عقیده مشهور

چنان که خواهد آمد، نسخ قانون زمانی محقق است که منطوق قانون دیگر بر آن دلالت داشته باشد. بدین معنی که صریحاً اعلام شده باشد که این یا آن حکم قانونی منسوخ است. چنین مفهومی در حقوق موضوعه بسیار واقع شده و مصادیق فراوان دارد. اما، واقعیت این است که در هیچ یک از ادله احکام شرعی (قرآن و سنت) به صراحت

۱. همان، ص. ۳۳۵. نیز ر.ک. محمد جعفر جعفری لنگرودی، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، بنیاد استاد، ۱۳۵۷، ذیل واژه نسخ.

2. Abrogation Express
3. Abrogation Tacit
4. Beudant, R. Course de Droit Civil Francis, T. 1, Paris, 1934, T. 1, pp. 167 – 168; Mazeaud, Hanry and Jean, Chabas, Francois, Le Course De Droit Civil T. 1: Introduction Al'etud Du Droit Civil, Paris, 2000, p. 147; Dalloz, 1973, p. 11.
5. Implique
6. Beudent, op.cit, pp. 167 – 168; Mazeaud, op.cit, p. 147 et sui . et: Dalloz Encyclopedie Juridique, T. IV. p. 11.
7. Nectoux, J, Jurisprudence Francais, T. 4,p. 2743, N. 28.
8. Ibid, p. 2743, N. 285.
9. Black's Law Dictionary, pp. 15, 21, 691 & 888.
10. Express abrogation or repeal; Implied repeal or abrogation.
11. Kemp, Allen, Carleton, Law in the Making, Oxford, University Press, 1970, pp. 474 – 475.

اعلام نشده است که این یا آن آیه از قرآن یا روایت از معصوم منسوخ است. به همین جهت، فقیهان اسلام در شناخت مصادیق و موارد نسخ به راهی دیگر رفته‌اند و نزد آنان آنچه سبب تحقق نسخ دانسته شده، نه اراده و اعلام شارع که وقوع تنافی و تعارض میان دو حکم شرعی است. به این ترتیب، اگر گفته شود که هر آنچه از احکام شرعی منسوخ دانسته شده، حاصل استنباط فقیهان از مغایرت و تعارض میان احکام است، سخنی ناروا نیست.

در مقام تبیین و تحلیل چنین عقیده‌ای کافی است اشاره کنیم که معمولاً نسخ قانون معین زمانی واقع می‌شود که قانون مزبور کهنه و ناکارآمد شده و به همین جهت، قانون لاحق جایگزین قانون سابق می‌شود. این دگرگونی و جابه‌جایی قوانین، این نکه را به ذهن متبادر می‌کند که مفهوم نسخ قانون اثر و کارکردی دوگانه دارد. نخست، وضع شدن قانون جدید و دیگری لغو شدن اعتبار قانون قدیم. به دیگر سخن، تقارن زمانی نسخ قانون سابق و تصویب قانون جدید، این اندیشه را القاء می‌کند که آنچه که موجب نسخ شدن قانون قدیم می‌شود، تصویب قانون جایگزین و جدید است و به تعبیر فقیهان علت نسخ و الغای قانون قبلی، تعارض و مغایرت آن با قانون کنونی است. در نتیجه هر بار که مقرراتی تازه وضع می‌شود، دلالت ضمنی بر این دارد که قوانین و مقررات پیشین در صورت مغایرت لغو می‌شوند. به ویژه که به حکم عقل و منطق ترتب دو حکم قانونی بر یک موضوع و در زمان واحد محال است.

با وجود این، باید گفت: گذشته از اینکه در بسیاری موارد درباره تحقق مغایرت میان دو حکم قانونی اتفاق نظر حاصل نشده و درباره وقوع یا عدم وقوع نسخ اختلاف است، مواردی نیز وجود دارد که افزوده شدن حکمی به موضوع معین، موجب تردید در بقای حکم سابق نشده است. چنانکه صاحب قوامع الفضول اشاره کرده است، هیچ کس افزودن حکم تبعید بر جلد در مورد زناکاران غیر محصن را سبب نسخ حکم جلد ندانسته است.^۱ زیرا اجرای چند مجازات در مورد جرم واحد عملاً ممکن است. به این ترتیب، قاعده عدم امکان ترتب احکام متعدد بر موضوع واحد که اساس نظریه نسخ ضمنی قرار گرفته است، نقض می‌شود.

گویا این ایراد اساسی سبب شده تا برخی اصولیان نسبت به شناخت ماهیت و حقیقت نسخ مصمم شوند و در این باره تصریح کنند: «باید پذیرفت که کارکرد حقیقی نسخ بی‌اثر کردن حکم و سلب اعتبار آن نسبت به آینده است. بنابراین، آنچه ماهیت نسخ را تشکیل می‌دهد، نه اثبات حکم بدل و معارض که زوال حکم منسوخ است. نسخ

۱. میثمی عراقی، محمود بن جعفر، قوامع الفضول عن وجوه حقایق الاصول، چاپ سنگی، ۱۳۰۵ق.، ص. ۲۹۶.

حکم یعنی زوال حکم منسوخ بدون اثبات بدل^۱. دیگر نویسندگان، افزوده‌اند: «در شناخت کارکرد نسخ و قانون ناسخ همین کافی است که از طریق آن علم حاصل شود از تکلیف سابق نباید در آینده اطاعت شود. حال اگر بر حسب مورد حکمی هم جایگزین آن شود رفع اثر از حکم سابق است که سبب منسوخ شدن آن می‌گردد نه اثبات یا وضع حکم جانشین^۲. در نتیجه، با الغاء حکم بدون اثبات حکمی جایگزین، نسخ آن محقق است. زیرا، چنان که گذشت، ماهیت نسخ یکی بیش نیست و آن عبارت است از زوال حکم و یا از بین رفتن اعتبار قانون منسوخ. قانون‌گذار خود نیز چنین می‌اندیشد بی‌آنکه ما را به استنباط وقوع نسخ از قواعد جدید ملزم بداند، به رسم عادی دیرین در ماده پایانی قانون جدید، نسخ قوانین سابق را مستقیماً انشاء و به صراحت اعلام می‌کنند.

اگرچه شکل مرسوم و رایج نسخ در حقوق موضوعه به صورت حذف یک یا چند ماده از یک قانون ظاهر می‌شود. با وجود این، مواردی نیز که در آن قانون‌گذار با انشاء قانون مستقل، به نسخ تمامی ماده‌های قانون معین اقدام می‌کند در حقوق ما کم نیست. از این قبیل است: لایحه قانونی «الغاء قانون تکمیل و اجاره واحدهای مسکونی مصوب ۱۳۵۶ مصوب ۵۸/۴/۲۵ شورای انقلاب» و لایحه قانونی «لغو قانون ۲۱ مهر ۱۳۴۳ راجع به اجازه استفاده مستشاران نظامی آمریکا در ایران از مصونیت‌ها و معافیت‌های قرارداد وین مصوب ۱۳۵۸/۲/۲۷».

۳-۱. شناخت و تبیین مفهوم نسخ در منطق حقوق

بر اساس آنچه گذشت، مفهوم نسخ حسب ماهیت آن سلب اعتبار از یک قانون به موجب قانون متأخر است. ماهیت نسخ در بیانی ساده عبارت است از اعلام بی‌اعتبار شدن قانونی که در تاریخ معین وضع شده با تصویب قانونی که پس از آن وضع می‌شود. به علاوه، چنان که اشاره شد، عمل نسخ طی انشای قانونی دیگر ظاهر می‌شود که از آن می‌توان با عنوان «قانون ناسخ» یاد کرد. بر این مبنا، قانون‌گذار ضمن انشاء نسخ، مشخصات دقیق قانون منسوخ را باید اعلام نماید. چنان که مرسوم است، نسخ قوانین سابق در قالب ماده پایانی هر قانون جدید انشا می‌شود. به عنوان نمونه در ماده ۴۰ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ مقرر است: «قانون اعسار و افلاس مصوب ۲۵ آبان ماه ۱۳۱۰ نسخ می‌شود» و یا در ماده ۱۰ قانون تدوین و تنقیح مقررات کشور مصوب

۱. علم الهدی، سید مرتضی، منبع پیشین ۱۳۶۲، صص ۴۱۷-۴۱۴.

۲. مجاهد طباطبایی، محمد، مفاتیح الاصول، چاپ سنگی، ۱۳۲۹ ق.، ص ۲۵۸.

۱۳۸۹/۴/۲ می‌خوانیم: «قانون تشکیل سازمان تنقیح و تدوین قوانین و مقررات کشور مصوب ۱۳۵۰/۱۲/۲۹... نسخ می‌گردد». گاهی نیز قانون‌گذار، بی‌آنکه مقرراتی جدید وضع نماید، ضمن قانونی مستقل، نسخ قانون یا قوانین دیگر را انشاء می‌کند. به این ترتیب، نسخ قانون با وضع قانونی مخصوص واقع می‌شود؛ قانونی که مفاد و مضمون آن اعلام نسخ قانون دیگر است. قانون «لغو قانون انگشت‌نگاری عمومی» مصوب ۱۳۶۸ و لایحه قانونی لغو قانون کاپیتولاسیون مصوب ۱۳۵۸/۲/۲۷ شورای انقلاب اسلامی، مثال‌های مشهور قانون ناسخ‌اند که فقط به منظور نسخ قانونی دیگر وضع شده‌اند. اصطلاح «قانون ناسخ» ناظر به این دسته قوانین است؛ قوانینی که طی آنها نسخ قانونی دیگر انشاء و اعلام می‌شود و قانون منسوخ قانونی است که نام و نشانی آن صریحاً و مشخصاً در قانون ناسخ ذکر می‌شود.

۱-۴. تبیین قاعده نسخ ضمنی

چنان که گذشت، نسخ قانون، همانند وضع آن، امری مرتبط با مقام قانون‌گذاری و انشای قانون است. لیکن، نسخ ضمنی، به‌واقع، از قواعد تفسیری مرتبط با حل تعارض قواعد حقوقی و نمایانگر تأثیر مفهوم نسخ بر فن تفسیر قانون است. چنان که برخی نویسندگان دریافته‌اند^۱؛ قواعد حل تعارض قوانین در حقوق داخلی، در بیشتر نظام‌های حقوقی از این قرار است: به موجب نخستین قاعده: «قانون مؤخر التصویب بر قانون معارض متقدم مرجح داشته می‌شود». مفهوم این قاعده همان است که در عبارت معروف «قانون لاحق ناسخ قانون سابق است» تجلی یافته و با عنوان «نسخ ضمنی» مشهور است. بی‌گمان، اثر نسخ ضمنی قانون، منحصر به این است که در پرونده‌ای معین به حکم آن استناد نشود و حداکثر اینکه قانون مزبور مطابق رویه پراکنده میان دادرسان منسوخ پنداشته می‌شود. با وجود این، باید گفت: اعتبار قانونی که به نظر یک یا چند دادرس منسوخ پنداشته شده و به همین جهت کنار گذاشته شده است از بین نمی‌رود. در حالی که، بی‌تردید، نسخ قانون به دست قانون‌گذار اعتبار آن را زایل می‌کند. به دیگر سخن، استنباط نسخ ضمنی در پی استدلال و تفسیر قانون حاصل می‌شود: قاضی پس از ثبوت موضوع دعوی، درصدد یافتن حکم قضیه بر می‌آید و در مقام جست و جوی قانون حاکم گاه با دو ماده قانونی متعارض و متهافت برخورد می‌کند. بی‌گمان، ترتب دو حکم بر موضوع واحد عقلاً محال است. همچنین تا جایی که

1. Dworkin, Ronald, The model of Rules, in: Conard Johnson, Philosophy of Law, 1993, p. 104

ممکن است نباید قانون گذار را به تناقض گویی متهم کرد. دادرس برای دفع این ایرادهای عقلی از دلیل عقل راهنمایی می گیرد: ابتدا به یاری قواعد تفسیر قانون کلام قانون گذار را بر معنایی حمل می کند که وقوع تعارض منتفی شود؛ در نبود چنین امکانی عقلاً سه راه پیش پای او قرار دارد: تساقط دو حکم، تغییر یا انتخاب دلخواه یکی از آن دو و بالاخره، اعتقاد به نسخ ضمنی قانون سابق. از این میان، راهی را بر می گزیند که به خودسری و استنکاف از اجرای قانون متهم نشود. از این رو، عقیده به نسخ ضمنی را بر می گزیند و بی محابا استدلال می کند که قانون متأخر ترجمان آخرین اراده قانون گذار است و تصویب قانون مغایر با مقررات موجود به منزله تغییر اراده پیشین. حال آن که در چنین مواقعی، به واقع، نسخی روی نداده است و عنوان نسخ ضمنی تنها سرپوشی بر عملکرد دادرسان می شود تا بر آنان ایراد نشود که خلاف قانون رأی داده اند. درست به همین دلیل، نمی توان گفت عمل قاضیانی که با جمع قوانین به ظاهر معارض به حکم هر دو عمل کرده اند، پیروی از قانون منسوخ است. در حالی که استناد به قانون منسوخ و رأی بر اساس آن ممکن نیست.

۱-۵. مبنای تفکیک نسخ از نسخ ضمنی در منطق حقوق

همان گونه که برخی نویسندگان، به حق، دریافته اند که می توان از یک منظر، علم حقوق را به مفاهیم مرتبط با اراده و عقل تقسیم و نظریه های مربوط به هر یک را از هم تفکیک کرد: استدلال حقوقی به این دلیل پذیرفته می شود که توجیه عقلی دارد و درست است. در حالی که اطاعت از حکم قانون به علت آن است که از تصمیم مرجع قدرت باید پیروی کرد. بر این مقدمه باید بیفزاییم که نسخ قانون همانند وضع آن، از جمله مفاهیم مربوط به اراده و قدرت است. از این رو ناسخ قانون نیز همچون وضع آن باید اقتدار و اختیار انشاء داشته باشد. وجود مجالس قانون گذاری در همه نظام های حقوقی تأییدی بر این حقیقت است که وضع قانون جز با وجود نهادی صالح متعذر است. به علاوه، اصلاح و نسخ قانون وظیفه ای توأم و مرتبط با اختیار تصویب قانون است و فقط از قانون گذاران بر می آید. اما، دادرسان و سایر مقامات رسمی و اجرایی کشور، حق وضع قاعده حقوقی و تصویب قانون را ندارند و درست به همین علت است که در موضع سکوت قانون سعی می شود که حکم استنادی از روح قانون، عرف یا منابع فقهی معتبر به دست آید. پس، باید پذیرفت که نسخ قانون نیز فراتر از اختیار آنهاست. اما موضع تفسیر، جولانگاه عقل است؛ در حقوق مدرن، تفسیر قرارداد یک فرایند تحلیلی -

عقلی است که کارگزار اصلی در آن فهم و استدلال است تا خواست و اراده طرفین عقد. همچنین، در تفسیر قانون سخن گفتن از اراده قانون‌گذار دقیق نیست.^۱ دادرسی نیز همچون دیگر مفسران با استدلال و برهان به نتیجه می‌رسد. هر چند نتیجه کار خود را به اراده ضمنی قانون‌گذار یا قصد متعاقدين منتسب می‌کند. به دیگر سخن، فقط قانون‌گذار اقتدار نسخ احکامی را که خود وضع کرده در دست دارد اما، قاضی یا مفسر بی‌نیاز از چنان اختیاری، مکلف به تبعیت از حکم شرع یا قانون است. بنابراین طبیعی است که هنگام مواجهه با احکام به ظاهر متعارض با تکیه بر اصلی به استحکام اصل عدم نسخ و قاعده‌ای مشهور به «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» تا سرحد امکان باید به تمامی احکام و مقررات عمل شود و نتوان حکمی از احکام شرع و قوانین را به بهانه نسخ ضمنی کنار گذاشت. به علاوه، از آنجا که، اعتقاد یک یا چند حقوقدان و فقیه مبنی بر تحقق تعارض میان احکام و پذیرش نسخ ضمنی برخی از آنها الزامی برای دیگران ایجاد نمی‌کند، مابینت مفهوم نسخ ضمنی با حقیقت نسخ آشکار می‌شود. چنان که هر قاضی صاحب‌نظر می‌تواند با استدلال قانع‌کننده در جمع میان احکام معارض بکوشد و از این طریق اعتبار حکم به ظاهر نسخ شده را باز گرداند. در حالی که استناد به قانون منسوخ و عمل به آن در دادگاه ممکن نیست.

۱-۶. تفکیک مفهوم نسخ از قاعده نسخ ضمنی در مقام ثبوت و اثبات

در میان فقیهان، «اصل عدم نسخ» مشهور است. این اصل برای حقوقدانان نیز شناخت. در نوشته‌های فقهی در مقام تبیین اصل یاد شده گفته می‌شود: «فقیه همواره باید به جمع میان احکام بیندیشد و بیهوده حکمی را کنار نگذارد، چون هریک از دو حکم معارض حکم خداوند است. بنابراین تا آنجا که امکان جمع هست نباید به قاعده نسخ توسل جست».^۲ برخی نیز در تأیید این قول افزوده اند: «در صورت امکان جمع بین دو روایت، باید به هر دو عمل شود و گرنه کنار گذاشتن یکی از آنها مستلزم این است که از حجت و دلیلی قطعی بدون وجود دلیل و برهان تخلف شود».^۳

از این گفته‌ها می‌توان نتیجه گرفت: در مقام ثبوت، اصل بر عدم امکان نسخ ضمنی قانون است و مراد از اصل مزبور، چنانکه بیان شد، عدم امکان وقوع نسخ به اراده مفسران و مجریان قانون است. همان‌گونه که گذشت، مجتهد و قاضی فقط مفسر و

۱. ر.ک: میرزائی، اقبالعلی، مبانی فلسفی تفسیر قانون، فصلنامه دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه شهرکرد، سال ششم، شماره ۲۰ و ۲۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰.

۲. Burton, op cit, p.26

۳. الباجی، پیشین، ص. ۴۲۸

مجری قانون است؛ او اختیار کنار گذاشتن حکم شرع یا قانون را حتی به بهانه نسخ ضمنی آن ندارد. بلکه باید در جمع و اجرای دو قانون متعارض بکوشد. قاعده «الجمع مَهْمَا امکنَ اُولیٰ مِنَ الطَّرْحِ» در صدد بیان همین معنی است. بنابراین، مقام تفسیر و فهم قانون، مقام اثبات است. اگر در این مقام دادرس با قوانین معارض روبه‌رو شود، باید به اصل عدم وقوع نسخ ضمنی پایبند باشد.

اگرچه قاعده جمع میان احکام و قوانین معارض در نظریه‌های اصولی - فقهی پرورده شده، لیکن فقیهان در تبیین مبنای نظریه خود چندان موفق نبوده‌اند. شاید یکی از دلایل این ناکامی این باشد که در بیان مبنای اصل جمع، به اصالت عدم در منطق اثبات امور وقایع استناد شده است تا به منطق حقوق. بنابر عقیده غالب، دلیل ترجیح جمع بر نسخ چنین است: «وجود قانون سابق در زمان وضع قانون جدید معارض، یقینی است، پس زوال آن باید مسلم باشد و با تردید و احتمال نمی‌توان حکم قانون را از نظم حقوقی خارج ساخت. در نتیجه باید پذیرفت که نسخ قانون خلاف اصل است و تا جایی که امکان دارد بایستی از لغو حکم پرهیز گردد».^۱ به این ترتیب مبنای اصل عدم نسخ، استصحاب حکم شرع یا قانون است. لیکن به این پرسش‌ها که یقین به زوال و نسخ حکم چگونه و از چه راهی باید حاصل شود؟ آیا طریقه حصول این علم، فهم و تفسیر مجتهد است یا اعلام شارع؟ پاسخی داده نشده است.

در پاسخ به این پرسش‌ها باید گفت: در مقام جمع دو حکم متعارض یا رأی به نسخ ضمنی یکی از آن دو ابزاری جز استدلال به کار نمی‌آید و روشن است که محصول فرایند استدلال نه یقین که اقتناع است. به همین دلیل نمی‌توان به یاری دلایل و تفسیرهای موجه، پایان گرفتن استصحاب را ثابت کرد. چون اثبات وجود یا استصحاب امر خارجی با استدلال مفهومی میسر نمی‌شود. این نقص و نارسایی، از طرفی معلول اختلاط مقام ثبوت و اثبات و در پی آن، ناشی از خلط میان دو مفهوم نسخ و نسخ ضمنی است.

بی‌گمان، در صورتی که اجماع فقیهان و نویسندگان حقوقی مبنی بر نسخ ضمن حکم معین باشد، این اتفاق نظر فقط ناظر به مقام اثبات و اجرای حکم قانون است. لیکن در عالم ثبوت نسخی روی نداده است. زیرا قانون‌گذار می‌تواند قانونی را که همگان به استناد آن قانون متقدم را منسوخ انگاشته‌اند، به صراحت نسخ کند. در این صورت، حکم معارضی برای قانون سابق باقی نمی‌ماند و سخن از نسخ آن بیهوده می‌شود. در

۱. کاتوزیان، پیشین، ص ۳۴۲

نتیجه حکم قانونی مزبور که منسوخ به نسخ ضمنی دانسته شده بود، خودبه‌خود احیا می‌شود. حال آنکه تحقق این معنی خلاف ماهیت و قواعد نسخ قانون است: از جمله قواعد مربوط به نسخ قانون قطعی بودن وقوع نسخ است. یعنی نسخ شدن قانون به معنای حقیقی کلمه در صورتی محقق است که اعتبار حکم منسوخ به طور قطعی زائل شود و دیگر برنگردد. به عبارت دیگر حتی با نسخ شدن قانون ناسخ اعاده اعتبار قانون منسوخ ممکن نیست.^۱ و این معنی در فرض نسخ ضمنی قانون محقق نیست. در نتیجه، با عقیده به نسخ ضمنی قانون، در عالم ثبوت نسخی روی نداده است تا نوبت به اثبات آن برسد. لیکن، در خصوص مفهوم نسخ باید میان دو موضع ثبوت و اثبات تفکیک شود: از طرفی، مقام قانون‌گذاری اما، خواه وضع قانون باشد یا نسخ آن، مرتبه ثبوت است و در شأن مقنن و شارع قرار دارد. در مقام ثبوت، اصل بر وقوع نسخ است نه عدم آن. زیرا فلسفه وجودی قوه مقننه در نظام حقوقی چیزی جز وضع و تغییر قوانین نیست. به دیگر سخن، نهاد وضع‌کننده قانون همواره صلاحیت نسخ و تغییر آن را دارد به علاوه، به مقتضای اصل جواز نسخ قانون، هر قانونی قابل نسخ است و مقنن بدون هیچ منع و محدودیتی می‌تواند مقرراتی را که خود وضع کرده نسخ نماید و چنان که برخی نویسندگان اذعان کرده‌اند، کمترین پیامد نامطلوب جاودانه اعلام شدن قانون برانگیختن انقلاب و شورش عمومی است.^۲ در مقابل، اصل عدم نسخ قانون، به عنوان اصلی اثباتی به کار می‌آید. در مقام اختلاف میان مدعی منسوخ بودن قانون و منکر آن، اثبات ادعای نسخ با مدعی آن است و اصل عدم نسخ به عنوان یک اصل اثباتی به یاری منکر نسخ می‌آید. به استناد این اصل می‌توان گفت: آنکه ادعای نسخ قانونی را دارد باید قانون ناسخ را به دادگاه بیاورد. به علاوه، به دستاویز کهنه و قدیمی بودن قانون نمی‌توان به نسخ آن نظر داد و مادام که به دلیلی متقن ثابت نشود قانون‌گذار نسخ قانونی را انشاء کرده، اعتبار آن استصحاب می‌شود.

۲. اقسام و صورت‌های نسخ قانون

بر اساس آنچه گذشت، مفهوم نسخ در علم حقوق عبارت است از: لغو شدن حکم یا قانونی که در تاریخ معین وضع شده به موجب قانونی که پس از آن به تصویب

۱. در برخی فرهنگ‌های حقوقی از قاعده «قطعی بودن نسخ» (*L'abrogation est definitive*) یاد شده است (Daloz Encyclopedie juridique, T. IV. P. 11). در حقوق برخی کشورها این قاعده وارد قانون شده است؛ به موجب ماده ۱۵ قانون تفسیر ۱۹۷۸ انگلیس: «نسخ قانون ناسخ سبب احیای اعتبار قانون منسوخ نیست...» (Mc leod, Ian, legal method, Macmillan Press, London, 1999, p. 336).

2. Kemp, op.cit, P. 469

می‌رسد. همچنین، نسخ قانون فقط در صورتی محقق است که قانون‌گذار اعلام کند این یا آن قانون منسوخ است. بنابراین ماهیت نسخ یکی است ولی، این ماهیت به صورت‌های گوناگون ظاهر می‌شود: اقسام و صورت‌های وقوع نسخ از قرار زیر است: ۱. نسخ کلی قانون، ۲. نسخ جزئی و اصلاح قانون، ۳. نسخ نسبی قانون، ۴. نسخ تبعی قانون.

۲-۱. نسخ کلی قانون

چنانچه کلیه ماده‌ها و مقررات یک قانون منسوخ گردد، نسخ کلی آن محقق است. به دیگر سخن، مراد از نسخ کلی قانون این است که مجموعه‌ای از مواد قانونی که به صورت یکجا و با هم وضع شده‌اند و یا در زمان‌های متعدد و به صورت الحاقات و اصلاحات، ذیل عنوانی واحد گرد آمده‌اند، به طور یکپارچه و همزمان به موجب قانونی واحد نسخ و ملغی شوند. هر چند تعداد ماده‌های قانون نسخ شده بالغ بر صدها ماده قانونی باشد؛ مانند قانون مجازات عمومی سابق که با همه الحاقات و اصلاحات وارد بر آن به موجب ماده ۷۲۹ قانون مجازات اسلامی اصلاحی ۱۳۷۷ به کلی منسوخ شد و یا قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰ قمری به همراه کلیه اصلاحیه‌ها و الحاقیه‌های آن نسبت به دادگاه‌های عمومی و انقلاب نسخ شد.

بنابراین، شرط تحقق نسخ کلی، ذکر دقیق و صریح مشخصات قانون منسوخ است و کافی نیست که صرفاً به ذکر عنوان قانونی که نسخ می‌شود، بسنده شود. چه بسا قوانین متعددی با یک عنوان یا عناوین مشابه به تصویب رسیده باشند. اما، آنچه به دقت و کمال، قوانین هم‌نام را از یکدیگر متمایز می‌کند، تاریخ تصویب آنهاست. رویه قانون‌گذاران نیز بر همین روش قرار گرفته است. چنان که اشاره شد، بنا بر سنتی دیرین، در قوانین جدید و ناسخ، علاوه بر نام و عنوان قانون منسوخ تاریخ تصویب آن نیز صریحاً ذکر می‌شود. هر چند گاهی در این باره کاهلی شده است. برای مثال در ماده ۲۰۰ قانون کار مصوب ۱۳۶۹/۷/۲۹ می‌خوانیم: «با تصویب این قانون ... قوانین کار و کشاورزی مغایر این قانون لغو می‌گردند». در این ماده قوانین منسوخ کاملاً معلوم و مشخص نشده‌اند. با وجود این، چنان که برخی نویسندگان گفته‌اند: مراد از قوانین کار و کشاورزی مذکور در ماده یاد شده، قانون کار مصوب ۱۳۳۷ و قانون کشاورزی ۱۳۵۳ می‌باشد. زیرا جز این دو قانون، قوانین معتبر دیگری با این عناوین یا مشابه آنها وجود نداشته است.^۱

از این رو، اهمیت نحوه بیان قانون ناسخ و تأثیر آن در وقوع نسخ آشکار است.

۱. عراقی، سید عزت الله، حقوق کار (۱)، انتشارات سمت، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۱، ص. ۵۰.

کلام قانون‌گذار در این باره باید از صراحت کافی برخوردار باشد و جای تردید یا احتمال تفسیر باقی نگذارد. ماده ۶۰۰ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، نمونه‌ای از این موارد است که به تفکیک از چند قانون منسوخ نام برده است. نیز، ماده ۵۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ قوانینی را که نسخ شده، طی ۱۱ بند، برشمرده است.

۲-۲. نسخ جزئی و اصلاح قانون

۲-۲-۱. مفهوم و فواید نسخ جزئی قانون

در صورت وقوع نسخ جزئی قانون، چنان که از عنوان آن پیداست، نه تمامی مقررات آن که پاره‌ای از مجموعه مقررات و ماده‌های یک قانون نسخ می‌شود. بر این مبنا و با پذیرش اینکه مجموعه‌ای از مقررات و مواد قانونی مرتبط که با هم انشاء شده‌اند یک کل واحد را تشکیل می‌دهد، الغاء یا حذف بخشی از این کل سبب تحقق نسخ جزئی آن است. خواه آن جزء بخش بزرگی از مقررات قانون را تشکیل دهد یا در حد کمترین اندازه باشد: چنانکه برای مثال بند ۱ ماده ۷۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ پنج باب از مقررات قانون اصول محاکمات حقوقی ۱۳۲۹ قمری را نسخ کرد و تنها یک باب یعنی باب ششم^۱ آن را نگه داشت. در مقابل، ماده ۵۵ قانون وکالت ۱۳۱۴ مقرر داشته است: «... و عبارت «با تحصیل جواز وکالت» مذکور در ماده اول قانون [وکالت] مصوب اول مرداد ۱۳۰۹ نسخ می‌شود».

از این رو، پذیرش مفهوم نسخ جزئی تأیید و تأکیدی بر این حقیقت است که الغاء و نسخ پاره‌ای از احکام و ماده‌های یک قانون سبب بی‌اعتباری دیگر مقررات آن نیست. رویه عملی قانون‌گذاران نیز موافق با این حقایق است. چنان که به موجب قانون آزمایشی اصلاح موادی از قانون مدنی، مصوب ۶۱/۱۰/۸ و تشبیت آن مطابق قانون مصوب ۷۰/۸/۱۴ حکم پاره‌ای از مواد قانون مدنی تغییر یافته است.

به دیگر سخن، به کارگیری شیوه نسخ جزئی قانون گذشته از اینکه قانون‌گذار را از زحمت دوباره‌کاری‌ها می‌رهاند، مانع از آن می‌شود که بخش مهمی از مقررات یک مجموعه قانون به بهانه اصلاح جزئی آن دست‌خوش دگرگونی ناخواسته شود. نقایص و نارسایی‌های قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ را باید نمونه‌ای از این خلل‌ها دانست. برای نمونه در ماده ۱۲۹ قانون مزبور رعایت مقررات مستثنیات دین درباره اجرای قرار تامین خواسته نیز ضروری دانسته شده و به همین جهت به مقررات مذکور

۱. گفتنی است مقررات باب مزبور مربوط به اجرای احکام دادگستری بود که بعدها به موجب قانون اجرای احکام مدنی ۱۳۵۶ جایگزین و منسوخ شد (ماده ۱۸۰ قانون اجرای احکام مدنی).

ارجاع داده شده است. اما نشانی مقررات مورد ارجاع اشتباهاً باب هشتم آن قانون اعلام شده است. در حالی که احکام مستثنیات دین در باب نهم قانون یادشده آمده است. نیز، همان گونه که برخی نویسندگان دریافته‌اند: «اقتباس تقسیمات فصل‌ها و مباحث قانون آیین دادرسی مدنی جدید از قانون سابق موجب بروز پاره‌ای اشتباهات گردیده است. عنوان باب دهم قانون جدید با اقتباس از قانون سابق خسارت و اجبار به انجام تعهد نام گرفته است. اما ذیل عنوان مزبور هیچ ماده و مقرره‌ای درباره‌ی اجرای اجباری [تعهد] دیده نمی‌شود. در حالی که در قانون قدیم مقررات اجرای اجباری [تعهدات] طی مادتين ۷۲۹ و ۷۳۰ آن قانون و ذیل عنوان (اجبار به انجام تعهد) مقرر شده بود»^۱.

۲-۲-۲. مفهوم و شیوه‌های اصلاح قانون

با چشم‌پوشی از معانی لغوی «اصلاح» می‌توان گفت که واژه مزبور در ادبیات حقوقی، مشترک لفظی میان دو معنی است: گاهی مراد از این واژه صلح و سازش دادن و اصلاح ذات‌البین است. اصطلاح «گزارش اصلاحی» برگرفته از این معنی است. معنای دیگر صلح، راست کردن و پیراستن چیزی یا کسی از عیب و ایراد است. چنان که در این معنا از اصلاح مجرمان و ترک عادت‌های ناپسند آنان سخن می‌رود. نیز، واژه اصلاح، در ترکیب «اصلاح قانون» در این معنی به کار رفته است. اصلاح قانون به معنای پیراستن آن و زدودن مقررات کهنه و ناکارآمد و تغییر جزئی قانون است. آوردن عبارت تغییر جزئی در این تعریف از این جهت است که در صورت اصلاح قانون تمامی مقررات آن تغییر داده نمی‌شود و گرنه باید از نسخ کلی قانون سخن گفت نه از اصلاح آن.

با استقراء در مجموعه‌های قوانین می‌توان دریافت که اصلاح قانون عمدتاً به دو شکل انجام می‌شود: اصلاح مستقیم یا لفظی و اصلاح غیرمستقیم یا فعلی. در روش نخست فصل‌ها، ماده‌ها، بندها و عبارت‌هایی که از قانون اصلی حذف و با قواعد جدید جایگزین می‌شوند یا آنچه که باید به متن موجود افزوده شود، به تفصیل ذکر می‌شوند. اصلاح قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵/۴/۱۶، طی دو قانون اصلاحی به سال‌های ۱۳۷۲ و ۱۳۸۲ به همین شیوه انجام گرفته است. برای مثال، در ماده یک قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۸۲/۶/۲ می‌خوانیم: «در ماده ۳ قانون صدور چک مصوب ۵۵/۴/۱۶ عبارت «صادر کننده چک باید در تاریخ صدور معادل مبلغ چک در بانک محال علیه (نقد یا اعتبار قابل استفاده) داشته باشد» به صورت زیر تغییر می‌یابد: «صادر کننده چک باید در تاریخ مندرج در آن معادل مبلغ مذکور در بانک محال علیه

۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی؛ آثار قراردادهای تعهدات، جلد ۳، انتشارات مجد، ۱۳۸۲، ص. ۱۸۵.

وجه نقد داشته باشد». نیز در ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون چک مصوب ۷۲/۸/۱۱ آمده است: «ماده ۶ به ماده ۷ تغییر و به شرح زیر اصلاح شد: هرکس مرتکب تخلف مندرج در ماده ۳ گردد به حبس تعزیری ... و حسب مورد به پرداخت جزای نقدی ... محکوم خواهد شد». بدین سان، کاملاً روشن است که حکم کدام مواد از قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵ در اصلاحات مکرر تغییر یافته است. همین ویژگی وضوح و روشنی در تعیین و تشخیص احکام و مواد اصلاح شده، سبب گردیده است که مفهوم اصلاح مستقیم از اقسام نسخ قانون محسوب شده و در کنار نسخ جزئی قانون قرار گیرد. چون مقررات و مواد اصلاحی نیز همچون مواد منسوخ و محذوف به طور مشخص از سوی قانون گذار تعیین و اعلام می شود. با این تفاوت که در صورت اصلاح مستقیم قانون، علاوه بر حذف حکم سابق و اصلاح شده، حکمی دیگر وضع و جایگزین می شود. در حالی که کارکرد نسخ جزئی با بی اعتبار شدن احکام و مقررات حذف شده پایان می یابد. دومین شیوه اصلاح قانون اصلاح غیرمستقیم آن است. در این صورت، قانون گذار بی آنکه اقدام و فعل خود مبنی بر اصلاح و تغییر قانون را شرح دهد و بدون اینکه ترتیب کار خود را بیان کند، عملاً مقرراتی از قانون سابق را نسخ و مقرراتی تازه به جای آنها وضع می کند. ولی به جزئیات و چگونگی این تغییر و تحول هیچ اشاره ای نمی کند و تنها عنوان قانون جدید را قانون اصلاحی می گذارد تا بدین وسیله منظور خود را رسانده باشد؛ خواه مقررات مورد اصلاح قسمت هایی از یک قانون باشند؛ خواه مقررات پراکنده از قوانین متعدد و متفرقه مورد اصلاح واقع شوند. قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری مصوب ۵۶/۳/۲۵ نمونه ای از قسم اخیر و قانون اصلاح قانون تشکیل سازمان تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۸/۵/۲ مثالی از نوع نخست است.

۲-۳. نسخ نسبی و تخصیص قانون

۲-۳-۱. مفهوم نسخ نسبی و ارتباط آن با تخصیص قانون

مفهوم این نوع نسخ را تا حدودی می توان از عنوان و وصف آن فهمید؛ نسبی بودن نسخ در مقابل مطلق و فراگیر بودن آن است. بر این مبنا، لغو شدن قانون معین نسبت به برخی افراد و موضوعات، سبب تحقق نسخ نسبی آن است. به دیگر سخن، چنانچه حکم قانونی به جای اینکه کاملاً منسوخ و بی اعتبار شود، از قلمرو حاکمیت آن نسبت به برخی موضوعات و افراد تحت شمول قانون کاسته شود، نسخ نسبی آن واقع شده است. در نتیجه، قانونی که نسخ نسبی می شود اعتبار خود را نه به گونه کامل که فقط به طور نسبی و نسبت به پاره ای موضوعات از دست می دهد. برای مثال در ماده ۳۰۸ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ مقرر

شده است: «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، دادگاه‌های عمومی و انقلاب فقط براساس این قانون عمل نموده و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۰ و اصلاحات بعدی آن ... نسبت به دادگاه‌های عمومی و انقلاب لغو می‌گردد». پیش‌تر، قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۴ نمونه‌ای دیگر از وقوع نسخ نسبی را در حقوق ما به دست داده بود. در ماده ۲۹۹ قانون مزبور آمده است: «آن قسمت از مقررات قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ مربوط به شرکت‌های سهامی که ناظر بر سایر انواع شرکت‌های تجاری می‌باشد نسبت به آن شرکت‌ها به قوت خود باقی است». مطابق مفهوم مخالف قسمت اخیر این ماده، مقررات مورد اشاره یعنی ماده‌های ۲۱ تا ۹۳ قانون تجارت ۱۳۱۱ نسبت به شرکت‌های سهامی نسخ شده است.

۲-۳-۲. قرابت دو مفهوم نسخ نسبی و تخصیص منفصل قانون

چنان که گذشت، کارکرد تخصیص کاستن از قلمرو شمول حکم کلی و عام است؛ حکمی که بنابر طبیعت موضوع خود کلیت و وسعت شمول دارد، با انشاء حکمی دیگر که ممکن است مقارن یا منفصل از حکم عام باشد، محدود و مضیق می‌شود. از این رو، باید از دو نوع تخصیص سخن گفت؛ تخصیص متصل و منفصل. گاهی تخصیص حکم عام همزمان با وضع و انشای آن واقع است. برای مثال، ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی که اقامه دعاوی مربوط به اموال غیر منقول را در صلاحیت دادگاه محل وقوع اموال یاد شده قرار داده، حکم کلی ماده ۱۱ همان قانون را مبنی بر اینکه دعوا باید در دادگاه محل اقامت خواننده اقامه شود، تخصیص زده است. در مقابل، چنانچه مدت‌ها از تصویب قانون عام گذشته باشد و قانون‌گذار بخواهد برخی افراد و موضوعات را از شمول آن خارج کند، تخصیص منفصل قانون مذکور محقق است. برای مثال، ماده واحده مصوب ۱۳۷۰/۷/۲۴، مدتی پس از تصویب قانون بخش تعاونی مصوب ۱۳۷۰/۶/۱۳، مقرر داشت: «سازمان مرکزی تعاون روستایی... از قانون بخش تعاونی... مصوب ۱۳ شهریور ۱۳۷۰ مستثنی... می‌باشد». در نتیجه مقررات قانون تعاون در مورد سازمان تعاون روستایی تخصیص خورده و برداشته شده است.

به این ترتیب، از طرفی، استثنا کردن یک موضوع از قانونی که بر افراد مشابه آن حاکم است، سبب تخصیص آن قانون می‌شود و از طرف دیگر، انشای حکم خاص مبنی بر استثنا کردن موضوع آن از حکم عام، تحقق نسخ نسبی آن را موجب می‌گردد. حسب طبیعت و تعریف نسخ، قانون ناسخ باید با فاصله زمانی و متأخر از قانون منسوخ وضع شود. تخصیص منفصل و متأخر از قانون عام، با این ویژگی و طبیعت نسخ سازگار است و به همین دلیل می‌توان گفت که مفهوم نسخ نسبی قانون بر مفهوم تخصیص منفصل

کاملاً قابل تطبیق است. در برخی نوشته‌های فقیهان به این حقیقت تصریح شده است.^۱ پاره‌ای نویسندگان حقوقی نیز از این نکته غافل نمانده‌اند و در این باره نوشته‌اند: «عدم اجتماع دو قانون بعضاً یعنی در قسمتی از قلمرو قانون اول... را در اصطلاحات حقوقی ما «تخصیص منفصل» نامیده‌اند. پس مخصص منفصل ناسخ قسمتی از قانون سابق است.»^۲ با وجود این، نزدیکی دو مفهوم نسخ و تخصیص سبب ادغام کامل آنها نمی‌شود و استقلال دو مفهوم مزبور در مورد آنچه تخصیص متصل نامیده می‌شود، آشکار است. بی‌گمان، اطلاق نسخ در مورد تبصره قانونی که استثنایی بر حکم ماده مربوط وارد کرده، دشوار است. زیرا معدوم ساختن یک شیء همزمان با ایجاد آن عقلاً متصور نیست و دست کم فایده عقلایی ندارد. در نتیجه، در صورت همزمانی دو حکم که یکی از وسعت و شمول دیگری می‌کاهد، آنچه محقق شده نه نسخ که تخصیص قانون است و به تعبیر برخی نویسندگان «در مورد تخصیص متصل چون [دو قانون] سابق و لاحق وجود ندارد، نسخ وجود ندارد».^۳

۳. نسخ تبعی قانون

۳-۱. مفهوم و انواع نسخ تبعی

در این نوع نسخ، چنانکه از وصف آن پیداست، با منسوخ شدن یک قانون، قانونی دیگر نیز به تبع آن لغو می‌شود. گویی میان دو قانون، رابطه تابع و متبوعی حاکم است و با از بین رفتن اصل، فروعات و توابع آن نیز معدوم می‌شوند. با جست‌وجو در مجموعه‌های قوانین می‌توان گفت که اقسام نسخ قانون به تبع قانونی دیگر، از این قرار است: ۱- نسخ تبعی قانون تفسیری، ۲- نسخ تبعی قانون اذنی و ۳- نسخ تبعی قوانین مکرر.

۳-۲. نسخ تبعی قانون تفسیری و محدوده آن

گاهی اتفاق می‌افتد که قوانین تصویب‌شده مجمل و مبهم به نظر می‌رسند، به گونه‌ای که دادرسان و دیگر مجریان قانون از تشخیص مراد واقعی مقنن درمی‌مانند. چنانچه در رفع این سرگردانی از قوه مقننه یاری خواسته شود، مصوبه مجلس که به منظور روشن کردن مضمون و معنای قانون مورد سؤال به تصویب می‌رسد، قانون تفسیری^۴ یا

۱. الانصاری، عبدالعلی محمد بن نظام الدین، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت فی اصول الفقه، المطبعه

الامیریة، مصر، ۱۳۲۲ق، ص. ۳۱۰.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق اموال، تهران، گنج دانش، ۱۳۵۵، ص. ۱۳.

۳. همان.

استفساری خواهد بود.^۱ بر این مینا، قانون تفسیری قانونی است که هدف از وضع آن تفسیر و تبیین مفاد قانون دیگر است.

چنان که از تعریف قانون تفسیری بر می آید، وجود آن تابع و فرع بر وجود قانون اصلی است. به عبارت دیگر، قانون تفسیری تنها برای رفع ابهام از قانونی دیگر و به منظور تبیین اجمال آن به تصویب می رسد. به همین جهت، از خود استقلال ندارد و طفیلی قانون دیگر است. در نتیجه، با نسخ شدن قانون اصلی، قانون تفسیری فلسفه وجودی خود را از دست می دهد و زاید و بیهوده می ماند.

به این ترتیب قاعده این است که در صورت حذف شدن قانون معین از نظام حقوقی، قانون تفسیری راجع به آن نیز به تبع لغو می شود. لیکن باید گفت، چنانچه حکم و مقررۀ مورد تفسیر عیناً در قانون جدید تکرار شود، قانون تفسیری مربوط به آن را باید ناظر به قانون جدید و در نتیجه معتبر و لازم الاجرا بدانیم. چنان که در یکی از نشست های ماهانه قضات دادگستری اظهار شده است: «از آنجا که مفاد ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی در ماده ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی مقرر شده است. در نتیجه حکم مزبور نسخ نگردیده است. تفسیر آن [ماده واحده تفسیر ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۱۴/۱۰/۲۴] نیز کماکان به قوت خود باقی است...»^۲.

۳-۳. نسخ تبعی قانون اذنی یا معاف کننده از تکلیف

اصطلاح قانون اذنی^۳ به تازگی در ادبیات حقوقی ما رایج شده است.^۴ با وجود این، تاریخ حقوق ما با مفهوم آن بیگانه نیست. در هر نظام حقوقی به طور تبعی و در کنار قواعد تکلیفی عام الشمول به وجود قاعده ای که اثر آن معافیت از تکلیف است، نیاز می افتد. چنین قانونی که تکلیفی عام را از عهده برخی اشخاص برمی دارد و به این عده آزادی عمل اعطا می کند، قانون اذنی نامیده می شود و برخی نویسندگان با تأکید بر جنبه معافیت از تکلیف، عنوان قانون معاف کننده را در این مورد مناسب یافته اند.^۵ به این ترتیب، قوانینی را که استثنایی بر قواعد عمومی وارد می کنند باید قانون اذنی محسوب کرد، مشروط بر این که ثمره آنها ایجاد اباحه و اختیار یا امتیازی برای اشخاص موضوع خود باشد.

۱. کاتوزیان، منبع پیشین، ص. ۲۱۶.

۲. ماهنامه دادرسی، سال ششم، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۱، شماره ۳۱، ضمیمه.

3. Loi facultative; permissive law; may law

۴. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲، ص. ۱۶۲.

5. Joseph Raz, The Concept of a legal system, oxford, 1977, p.147

مبنای عقیده به نسخ تبعی قانون اذنی طبیعت خاص این نوع قانون است؛^۱ اگر قانون اذنی، برحسب طبیعت خود، تکلیف عمومی را از دوش عده‌ای خاص برمی‌دارد، طبیعتاً با زوال آن تکلیف از عهدهٔ عموم، امتیاز خواص نیز پوچ و بی‌معنا می‌شود و براین اساس، قانون راجع به آن بیهوده و لغو می‌شود. زیرا هر استثنایی بر حسب طبیعت خود با زوال مستثنی منه مفهوم خود را از دست می‌دهد و صحبت از استثنا بدون اصل نه تنها بی‌فایده که نامعقول است.

برای مثال، مادهٔ ۶۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ دولت را از تادیبهٔ هزینهٔ دادرسی معاف کرده بود. در ایضاح این حکم هیأت عمومی دیوان عالی کشور طی رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۶ مورخ ۱۳۶۱/۲/۲۷، اعلام کرد: «نظر به اینکه طبق مقررات آیین دادرسی مدنی عموم اشخاص ... به طور کلی موظف به پرداخت هزینهٔ دادرسی هستند و معافیت از تادیبهٔ هزینهٔ دادرسی امری است استثنایی... بنابراین قسمت اخیر مادهٔ ۶۹۰ [قانون] آیین دادرسی مدنی انحصاراً ناظر به موردی [است] که دستگاه‌های دولتی به اعتبار شخصیت حقوقی دولت طرح دعوی کنند و شرکت‌های وابسته به دولت که دارای شخصیت حقوقی مستقل بوده و بودجه‌ای جدا از بودجهٔ عمومی دارند بر طبق قاعدهٔ کلی موظف به پرداخت هزینهٔ دادرسی هستند...». قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ در سال ۱۳۷۹ با قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی جایگزین شد. در قانون جدید سخنی از معافیت دولت از هزینه دادرسی به میان نیامد و معافیت سابق برداشته شد و دولت نیز مانند دیگران به تادیبهٔ هزینهٔ دادرسی ملزم گردید.^۲ در نتیجه، مفاد رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۶ مبنی بر الزام شرکت‌های دولتی به تادیبهٔ هزینهٔ دادرسی جنبهٔ معافیت و فایدهٔ خود را از دست داد. به دیگر سخن، زمانی که دولت معاف از تادیبهٔ هزینهٔ دادرسی بود، شرکت دولتی استثنائاً ملزم به تادیبهٔ آن دانسته می‌شد اما، وقتی که قاعدهٔ معافیت دولت لغو شد دیگر، سخن از استثنا بر آن نامعقول بود.

۳-۴. نسخ تبعی قانون مکرر

مفهوم حکم یا قانون مکرر، زمانی محقق است که مفاد قانونی یا مضمون قاعدهٔ حقوقی واحد در قوانین متعدد و ضمن ماده‌های جداگانه تکرار شود. به دیگر سخن،

1 . Ibid,p.175

۲. در تأیید این عقیده، در رأی وحدت رویه شماره ۶۵۲ مورخ ۸۰/۱/۲۸ آمده است: «... برطبق ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب [در امور مدنی] ماده ۶۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی [مصوب ۱۳۱۸] درمورد معافیت دولت از هزینه دادرسی نسخ شده است.»

قانون مکرر قانونی واحد است که بیش از یک بار از تصویب مجلس گذشته است و در واقع یک حکم به مناسبت‌های مختلف دو یا چند بار انشاء شده است. در حقوق ما مثالی مشهور در این زمینه هست: مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ قانون مدنی، رسیدن به سن هیجده سال را اماره رشد قرار داده بود.^۱ این اماره قانونی طی اصلاحات قانون یاد شده در سال‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ نسخ شد و به موجب ماده ۱۲۱۰ جدید و تبصره ۲ آن^۲ دادن اموال به تصرف صغیری که بالغ شده است، منوط به اثبات رشد در دادگاه شد^۳ و حکم ماده ۱۲۰۹ نیز از قانون مدنی حذف گردید. با وجود این، حکم ماده ۱۲۰۹ سابق در قانون دیگری با عنوان قانون راجع به رشد متعاملین، مصوب ۱۳۱۳/۷/۱۳ تکرار شده است^۴ اما، نسخ قانون اخیر الذکر، تاکنون از سوی قانون‌گذار اعلام نشده است. حال، درباره اینکه نسخ ماده ۱۲۰۹ مذکور سبب الغاء و بی‌اعتباری حکم مقرر در قانون راجع به رشد متعاملین نیز می‌شود یا اینکه چنین نیست و با حذف حکم ماده مزبور تنها همان ماده منسوخ می‌شود، در حقوق ما اتفاق نظر وجود ندارد و هر دو پاسخ طرفدارانی دارد. به عقیده برخی نویسندگان «در چنین مواردی در واقع یک حکم در دو قانون تکرار شده است. نسخ قانون نیز حکم را برمی‌دارد و قالب به تبع نسخ حکم از بین می‌رود. پس بنا به فرض اکنون که حکم مربوط به اماره رشد برداشته شده است هر قانون که چنین حکمی را در خود دارد نسخ ضمنی می‌شود»^۵ و در جای دیگر افزوده‌اند: «قانون‌گذار در حذف ماده ۱۲۰۹ نظری به شماره این ماده نداشته است. قصد

۱. ماده ۱۲۰۹ مصوب ۱۳۱۴ مقرر کرده بود: «هرکس که دارای ۱۸ سال تمام نباشد در حکم غیر رشید است. معذک در صورتی که بعد از پانزده سال تمام رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج می‌شود.» ماده ۱۲۱۰ نیز موافق با حکم ماده پیش از خود مقرر می‌داشت: «هیچ کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به هجده سال تمام به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.»

۲. مطابق این ماده: «هیچ کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد... تبصره ۲. اموال صغیری را که بالغ شده باشد در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد.»

۳. این نتیجه‌گیری و جمع میان صدر ماده ۱۲۱۰ و تبصره ۲ آن که در رأی وحدت رویه شماره ۳۰-۱۰۳/۶۴ اعلام شده و نقد و تفسیرهای متعددی را برانگیخته است. لیکن در هر حال همگان پذیرفته‌اند که با اصلاحات انجام شده، اماره قانونی رشد از قانون مدنی حذف و در نتیجه نسخ شده است.

۴. در قانون یاد شده می‌خوانیم: «از تاریخ اجرای این قانون در مورد کلیه معاملات و عقود و ایقاعات به استثنای نکاح و طلاق محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی باید کسانی را که به سن ۱۸ سال شمسی تمام نرسیده‌اند اعم از ذکور و اناث غیر رشید بشناسند. مگر آن که رشد آنها قبل از اقدام به انجام معامله... در محاکم ثابت شده باشد. اشخاصی که به سن ۱۸ سال شمسی تمام رسیده‌اند... رشید محسوب می‌شوند.»

۵. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹، ص ۳۱، پانویس شماره ۶۵.

او نسخ اماره رشد و ابتلا بالغان به شیوه مذکور در قرآن است. پس باید پذیرفت که اماره رشد در هر متن دیگری هم باشد نسخ شده است و حتی وصف این نسخ به صریح نزدیک‌تر است تا به ضمنی»^۱.

دیگران، در موضع مخالف، معتقدند: «حذف ماده ۱۲۰۹ ق. م در اصلاحات آزمایشی سال ۶۱ و تثبیت این وضعیت در سال ۱۳۷۰ دلالت بر نسخ مقررات ماده واحده مربوط به رشد متعاملین مصوب ۱۳۱۳ ... ندارد. زیرا ... حذف ماده قانونی الزاماً به معنی نسخ اصل حکم مندرج در آن ماده نمی‌باشد»^۲ و در استدلال بر آن افزوده‌اند: «حذف یک ماده قانونی یعنی از بین بردن قالب عبارتی ماده ... نه مدلول آن به طور مطلق. پس حذف یک ماده قانونی الزاماً دلالت بر حذف همه مواد قانونی که متضمن بیان حکم مشابه ماده محذوف باشد، ندارد»^۳.

در مقام داوری در این باره می‌توان گفت که در منطق علم حقوق کارکرد قانون و قاعده حقوقی در جهت تنظیم رفتار تابعان حقوق (مکلفان) بیش از آنکه با الفاظ، عبارات و تقسیمات ظاهری از قبیل ماده و تبصره قانونی یا شمارگان ماده‌ها مرتبط باشد، با محتوا و مفاد قانون سرشته است. به دیگر سخن، هر حکم و دستوری که قانون‌گذار صادر می‌کند در پی منظوری معین است؛ آن هدف نه با ظاهر الفاظ و مواد قانونی که با مدلول و مفاد قانون محقق می‌شود و آنچه محتوا و مفاد قانون را تشکیل می‌دهد، حکم قانون است. به این ترتیب، کار قانون‌گذار وضع حکم و ایجاد قواعد حقوقی است تا صرفاً تقریر و تحریر الفاظ و عبارات ماده‌های قانونی. افزون بر این، از ارتباط میان مفهوم قانون و نسخ آن نیز نباید غافل ماند: به مقتضای مفهوم و ماهیت نسخ، آنچه منسوخ می‌شود، همان حکم و اعتبار قانونی است. به دیگر سخن، شارع و قانون‌گذار حکمی را که خود پیش‌تر وضع کرده نسخ می‌کند.

اکنون با اعمال این قاعده در خصوص اماره رشد در حقوق ما «دشوار است بتوان گفت حکم ماده واحده رشد متعاملین با وجود حذف ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی هنوز به اعتبار خود باقی است و قانون‌گذار قصد نسخ اماره بودن سن هجده سال را نداشته است. چون انگیزه اصلی اصلاح‌کنندگان قانون مدنی از حذف ماده ۱۲۰۹ تغییر سن رشد بوده است. زیرا معتقد بودند سن رشد همان سن بلوغ است و در راستای تطبیق قانون با حقوق اسلام اقدام به حذف ماده مزبور و انضمام دو تبصره به ماده ۱۲۱۰

۱. کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد ۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، ص. ۳۵۶.

۲. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، جلد ۱، تشکیل قراردادهای و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ چهارم، ۱۳۸۴، ص. ۲۴۷.

۳. همان، ص. ۲۷۱.

نموده‌اند.^۱ به دیگر سخن، از آنجا که موضوعی به عنوان امارهٔ رشد در فقه امامیه سابقه نداشته است، حکم مادهٔ ۱۲۰۹ قانون مدنی در این باره با موازین شرعی مغایرت داشته و به همین علت حذف شده است. در نتیجه اعتقاد به اعتبار کنونی امارهٔ رشد هیچ‌ده سال مخالف منظور قانون‌گذار از نسخ مادهٔ ۱۲۰۹ قانون مدنی بوده و به همین دلیل قابل دفاع نیست.

۱. باریک‌لو، علیرضا، حقوق مدنی (۱)؛ اشخاص و حمایت‌های حقوقی آنان، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۷، صص. ۱۸۳-۱۸۲.

نتیجه‌گیری

این پژوهش با تکیه بر منطق حقوقی و در تأیید روش فیلسوفانی است که بهترین تئوری علمی را نظریه‌ای می‌دانند که بتواند از عهده توجیه واقعیت و نقد منطقی آن برآید. بر این پایه، مقاله حاضر ضمن ترسیم افقی تازه در موضوع خود، بر ایده‌های محوری زیر استوار است:

۱. نسخ قانون به معنای لغو شدن اعتبار آن است که به موجب قانونی دیگر اعلام می‌شود. به دیگر سخن، نسخ حکم دلالت بر آن دارد که تکلیف سابق برداشته شده و از حکم منسوخ نباید در آینده پیروی کرد. بنابراین، ماهیت نسخ همانا الغاء و حذف شدن حکم منسوخ است و قانون منسوخ قانونی است که نام و نشانی آن مشخصاً در قانون ناسخ ذکر می‌شود. بر این مبنا، چنانچه قانون‌گذار مایل است مقررات موجود را با آوردن قواعدی تازه جایگزین کند، نباید به عبارت مبهم و کلی «قوانین مغایر لغو می‌شود» بسنده کند. بلکه باید نام و نشانی قوانین منسوخ را اعلام کند و به این وسیله راه را بر اختلاف و تردیدها درباره اعتبار قوانین ببندد.
۲. سخن اقسام نسخ شامل نسخ کلی، جزئی، نسبی و تبعی قانون و تبیین آنها، ثمره دیگر تحقیق حاضر است که حاصل سیر در تاریخ قانون‌گذاری صد ساله کشورمان است. به کارگیری ادبیات حقوقی تازه در این بخش محصول تبیین و تحلیل کار قانون‌گذاران و توجیه رویه عملی قانون‌گذاری است. بنابراین اگرچه ممکن است محققان و نویسندگانی به امر تنقیح قوانین یکصد ساله کشور و شناخت و تفکیک قوانین ناسخ و منسوخ دست زده باشند لیکن، تا آنجا که نویسندگان اطلاع دارد درباره مبانی و اصول تغییر قوانین نظریه پردازی نشده و این خلاء در ادبیات حقوقی دنیا نمایان است.
۳. اگرچه استفاده از قاعده نسخ ضمنی در جایگاه خود و در مقام رفع مغایرت قوانین کاملاً مفید و ضروری است اما، قرار دادن آن در کنار نسخ صریح روا نیست و این گونه نگرش ماهیت حقیقی نسخ را در پرده ابهام می‌گذارد و موجب آشفته‌گی ذهنی محققان تازه کار می‌شود. اگرچه این بازگونه‌نمایی واقعیت سابقه تاریخی طولانی دارد و در دلها نفوذ کرده است اما، در این نوشتار ضمن بازگویی پاره‌ای حقایق و واقعیت‌های تاریخی و به یآوری منطق حقوقی از تفکیک دو مقام ثبوت و اثبات در عالم قانون‌گذاری و اجرای قانون سخن رفته است و بدین سان، مبانی و جایگاه دو مفهوم نسخ قانون و نسخ ضمنی آن نمایانده شده است.

۴. دست‌یابی به اصول و قواعد مربوط به نسخ و اصلاح قانون از دیگر نتایج این تحقیق است. از این رو، ضمن شناخت مبانی قاعده‌ ضرورت جمع قوانین متعارض و تبیین جایگاه اصل عدم نسخ ضمنی به تمهید اصل ثبوتی جواز نسخ قانون و دفاع از اصل اثباتی عدم نسخ قانون پرداخته شده است. نیز، قواعدی مانند قاعده قطعی بودن نسخ، قاعده اصلاح تبعی قانون احاله‌کننده، قاعده نسخ تبعی قوانین تفسیری، اذنی و تکراری به دست داده شده است.

منابع

- ابن حلاق، وائل، تاریخ تئوری‌های حقوقی اسلامی، ترجمه محمد راسخ، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- باریک‌لو، علیرضا، حقوق مدنی (۱)؛ اشخاص و حمایت‌های حقوقی آنان، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، بنیاد استاد، ۱۳۵۷.
- _____، حقوق اموال، تهران، گنج دانش، ۱۳۵۵.
- جناتی، محمدابراهیم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، کیهان، ۱۳۷۰.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ پنجم، نشر میزان، ۱۳۸۲.
- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، جلد اول: تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.
- _____، حقوق مدنی، جلد سوم؛ آثار قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
- صفایی، سید حسین؛ و سیدمرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، انتشارات سمت، ۱۳۸۲.
- عراقی، سید عزت‌الله، حقوق کار (۱)، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
- _____، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲.
- _____، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹.
- میرزائی، اقبال‌علی، تخصیص قانون، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲، دوره ۴۰، ۱۳۸۹.
- _____، مبانی فلسفی تفسیر قانون، فصلنامه دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه شهرکرد، سال ششم، شماره ۲۰ و ۲۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰.
- الانصاری، عبدالعلی محمد بن نظام‌الدین، فوائج الرحموت بشرح مسلم الثبوت فی اصول الفقه، المطبعه الامیریه، مصر، ۱۳۲۲ق.
- الباجی، ابوالولید سلیمان بن خلف، احکام الفصول فی احکام الاصول، دارالغرب الاسلامی، بیروت، ۱۴۰۷ق.
- البصری، ابی‌الحسین محمد بن علی، المعتمد فی اصول الفقه، به تصحیح شیخ خلیل المیس، جلد ۱، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۹۸۳.
- رحیم، محمدحسین بن محمد، فصول الغرویه فی اصول الفقهی، چاپ سنگی، بی‌تا.

- شافعی، ابن ادريس، الرساله، تصحيح احمد محمد شاکر، مصطفى البابي الحلبي، مصر، ۱۲۴۰ ق.
- شبلي، محمد مصطفى، اصول الفقه الاسلامي، دارالنهضة العربيه، بيروت، ۱۹۸۶.
- علم الهدی، سيد مرتضى، الذريعه الى اصول الشريعه، جلد اول، تحقيق دكتور ابوالقاسم گرچي، دانشگاه تهران، ۱۳۶۲.
- غزالي، ابو حامد محمد، المستصفي من علم الاصول، تصحيح دكتور محمد يوسف نجم، دار صادر للطباعه و النشر، ج ۱ و ۲، بيروت، ۱۳۲۲ ق.
- مجاهد طباطبائي، سيد محمد، مفاتيح الاصول، چاپ سنگي، ۱۲۲۹ ق.
- ميثمي عراقی، محمود بن جعفر، قوامع الفضول عن وجوه حقايق الاصول، چاپ سنگي، ۱۳۰۵ ق.

- Beudant, R. Course de Droit Civil Francis, T. 1, Paris, 1934.
- Bix, Brian, Jurisprudence: Theory and Context, sweet and Maxwell, London, 1996.
- Burton, John, The Sources of Islamic Law: Islamic Theories of Abrogation, Edinburg University Press, 1990.
- Dalloz Encyclopedie Juridique, Rrepertoire de Droit Civil, Tome IV, Paris, 1973.
- Johnson, Conard, Philosophy of Law, Macmillan, New York, 1993.
- Kemp, Allen, Carleton, Law in the Making, Oxford, University Press, 1970.
- Marty, G. and Raynaud, P. Droit Civil, T. 1: Introduction General, Sirey, 1972.
- Mazeand, Hanry, and Jean Chabas, Francois, le Course de Droit Civil T. 1: Introduction al'etud du Droit Civil, Paris, 2000.
- Mc leod, Ian, Legal Method, Macmillan Press, London, 1999.
- Nectoux, J. Boucly, F. and Vismard, M. Jurisprudence Fancais T.4.sirey, Paris, 2001.
- Raz, Joseph, the Concept of a Legal System, Oxford, 1977.
- Thornto, g. c. Legislative Drafting, London, 1970.

Concept and Types of Repealing a Law

Eghbal Ali Mirzai

Abstract

By repealing a law it ceases to be valid and by which the law's life terminate. In traditional approach abrogation takes in two manners: expressly and impliedly. This article tries to amend this theory. Abrogation is only express and it takes when legislator specify repealed law. But when judge cannot reconcile between two conflicting laws, his main task is to override one of them. Regarding the purport of laws and arguing pro or con a law in persuasive manner is exclusive way to proclaim tacit abrogation or predomination of it. Indeed judge has not authority to rescind law. Therefore implied repealing is matter of construction and metaphorical expression. Abrogation takes in four manners: Total, partial, subordinative and relative. By total abrogation legislator repeals abody of laws. Whereas in partial repeal only some sections of a law is abrogated. In subordinate repealing one law is rescinded, ipso facto, in subject to another law. Finally relative abrogation (=derogation) is abolishing a law, as by subsequent act which limits its scope.

Keywords: Statute, Repeal, Amending, Derogation, Interpretation.

Transaction of Future Property

Abbas karimi,
Hadi Shabani Kandsari

Abstract

The possibility of transaction of future property is studied in this article. The purpose of doing this paper is studying of the bases of nullity of transaction of future property and designing of the general rule for these transactions, and we were encountered to this question that why the famous of jurists and lawyers knew as nullity transaction of future property, and how much the given arguments are valid and also in what cases it is possible to know truth the transaction of future property under a general rule. The result was that transaction of future property has known as nullity mainly because of some Jurisprudential exemplum (called *Revayat* in Islamic Jurisprudence) and the forbidden of belonging of possession of nonexistent and its uncertainty, while there are also some Jurisprudential exemplum indicating the truth of transaction of future property. Moreover, prompt possession is not the inherent prerequisite of possessive contracts and possession takes place after the emersion of the subject of contract. In addition, transaction of future property is not uncertain and should be known as truth, if there is conjecture of creation of the property in the future according to the normal routine of affairs. Therefore, the existence of subject of contract meanwhile of conclusion is not of the main conditions and general rule and is necessary only in the cases which the mind basis of the parties is on the transaction of existent property.

Keywords: Future Property, Possession of Nonexistent, Uncertainty, Risk, Outer Substance.

Disregarding Interest in Transfer of Property by an Agent

Abbas Zamani

Abstract

According to article 667 of Iranian civil code, in all transactions in which an agent transfers an ownership on behalf of another, he or she must regard to interest of his principal. Measure of compliance of interest is common price or reasonable consideration. This subject should be considered from two points of view: first, the legal form of agency. Because it may be concluded as "Limited", "General" and "Public" forms. However, it should be noted that in the first kind of agency, the agent cannot exceed his authority, but in the other types, he or she must regard interests of his or her principal. The second subject is the consequence of disregard of interest in transfer of property by the agent. Sometimes, the transfer which has disregarded principal interest only leads to his or her liability. Moreover, the contract will be voidable when he has been abusing his power.

Keywords: Agent, Interest, Reasonable Consideration, Transfer

The New Approach of Criminal Law in Burden of Proof of the Defenses

Nasrin Mehra

Abdol Vahid Zahedi

Abstract

Being guilty in criminal law is one aspect of criminal proceeding and being prosecuted and punished is another one. In fact, it is on the basis of procedural rules that crime is proved and the offender is sentenced and punished. What is of significant importance in proving the crime and culpability of the accused is 'burden of proof of the crime and the presented defenses' in criminal trial. The burden of proof is the answer to the question that which person or authority should prove his claim in criminal trial. What is discussed in here is not the existence of proof but the important is the responsibility and duty to prove it. Should the prosecution undertake the burden of proving his claim, in case of not succeeding in it, the defendant will be acquitted. Conversely, if it is the defendant who should bear the burden of proving his claim, in case of failure to provide adequate and appropriate proof, he will be sentenced. Obviously, the outcome of trial is in close connection with placing the burden of proof upon the defendant or the prosecution. The general rule in criminal prosecution puts the burden of proof of constituting elements of crime on the prosecution. Iranian Constitution considering this important matter has allocated its Article 37 to the 'presumption of innocence' which says: "Innocence is the basic principle. No person is considered legally guilty, except in cases where his guilt is established in a competent court" and thus the defendant is exempt from proving his innocence. But in respect of the defenses including justifications and excuses, it's the defendant who claims existence of them during the commitment of crime. The question raised here is that in spite of the presumption of innocence, is the burden of proof of the existence of justifications and excuses on the defendant? Or is it the duty of the prosecution, as the public authority of prosecution, to prove all elements of crime and absence of all impediments to prosecution and punishment?

This question becomes even more important when the new approach of criminal law considering crimes such as economical crimes and security crimes, moves toward limiting the presumption of innocence and wastage of suspected persons rights.

Keywords: Burden of proof, Defenses, Justifications, Excuses, Comprehensive Rules, Defeasible Rules.

An Overview about Civil Arsh Nature and its Basis

Ali akbar Ezadi Fard

Mahdi Fallah

Abstract

There are many debates About the nature, meaning and basis of civil Arsh, both in jurisprudence and Iranian law, so that some authors considered Arsh as a non-contractual responsibility that difference between value of sound goods and defective ones, only in market price, should be the criteria to calculate amount of Arsh. Some others criticized these comments and believe in this idea that Arsh is compensations and damages that the buyer, due to defect of goods, sustains. In contrast, one group has considered Arsh as reciprocal responsibility that must be paid of the same price.

About Arsh it can be said that neither it is non-fungible liability nor reciprocal responsibility and nor compensation, but it is a way to implement and perform commitments agreed in the contract. When the parties proceed to contract based on the balance of considerations value, if this obligation, for some reasons such as being the object of contract defective, is violated, so this violated commitment should be implemented again. Arsh makes agreed obligation be enforced, in relation to balancing between the value of goods and its consideration. So mutual agreement or compromise is the basis of Arsh, As if contract provisions, and parties commitment is based on the principle of equal value of considerations and seller's responsibility to pay Arsh, is contractual.

Keywords: Arsh, Balance of Considerations Value, Guarantee of Contractual Obligation Performance, Reciprocal Responsibility, Principle of No Harm

**Explaining the Principles and Review of Iranian Criminal Policy
towards Prohibition of Torture**

Ahmad Haji dehabadi

Ebrahim Ahmadi

Jalalodin Samsami

Abstract

Torture is one of the most serious crimes against human rights. From the perspective of Islamic law as well as human rights rules, the reason of its prohibition is insolence to human dignity and integrity. In article 38 of constitution, torture has been forbidden by legal system of Islamic Republic of Iran. The basis of this Article is Islamic law and its international conventions. All religious arguments have absolutely prohibited human's persecution and ill-treatment. Global community also seeks to eradicate this ominous phenomenon.

Iranian criminal system has predicted torture as a crime in support of principles of Islamic Republic of Iran's Constitution. Article 578 of Islamic Penal Code has described torture as a crime. This article has weaknesses and shortcomings. Therefore, it cannot support efficiently Article 38 of constitution. Amendment of this article according to the Article 38 of constitution of Islamic Republic of Iran can be an important step towards preventing this crime.

Keywords: Torture, Islamic rights, Human rights, Iranian criminal policy

Contents

Explaining the Principles and Review of Iranian Criminal Policy towards Prohibition of Torture	a
Ahmad Haji dehabadi / Ebrahim Ahmadi / Jalalodin Samsami	
An Overview about Civil Arsh Nature and its Basis	b
Ali akbar Ezadi Fard / Mahdi Fallah	
The New Approach of Criminal Law in Burden of Proof of the Defenses	c
Nasrin Mehra / Abdol Vahid Zahedi	
Disregarding Interest in Transfer of Property by an Agent	d
Abbas Zamani	
Transaction of Future Property	e
Abbas karimi / Hadi Shabani Kandsari	
Concept and Types of Repealing a Law.....	f
Eghbal Ali Mirzai	

The Judiciary's
**Law
Journal**

The 79th Year of Publication/ No.90/ 2015 summer

Scientific – Research Quarterly

Concessionary: The Judiciary

Director-in-charge: Alireza Amini

Editor-in-Chief: Hossein Mir Mohammad Sadeghi

Executive Director: Mehdi Sabouri Pour

The Editorial Board (in Alphabetical Order):

Nejad Ali Almasi, Mohammad Ali Ardabili,
Mohammad Ashouri, Rabiaa Eskini, Mohammad
Javad Javid, Sam Savad Koochi far, Ali Hossein
Najafi Abrand Abadi

Circulation: 4500

Price: 50000 R

Fax: 021-22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: majaleh_hoghooghi@jpri.ir
