

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

# مُجْلِهٗ حُجُوْجٍ دَادْغَرِي

---

سال هشتاد و دوم / شماره یکصد و یکم / بهار ۱۳۹۷

به موجب مجوز شماره 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

سردیر: حسین میرمحمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

محمد آشوری، محمدعلی اردبیلی، ریبعا اسکینی، نجادعلی الماسی، محمدمجود جاوید

سام سوادکوهی فر، سیدمرتضی قاسمزاده، علی حسین نجفی ابرندآبادی

حروفچینی، صفحه‌بندی و چاپ: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

قیمت: ۵۰۰۰۰ ریال

شمارگان: ۱۰۰۰

نشانی: تهران، بزرگراه شهید چمران، بزرگراه پادگار امام (ره)، بعد از خروجی اوین در که،

پژوهشگاه قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری

صندوق پستی: ۱۱۱۵۵ - ۳۵۱۵

تلفکس: ۰۲۱ - ۲۲۰۹۱۸۶۹

وب سایت: [www.jlj.ir](http://www.jlj.ir)

نشانی پست الکترونیک: [Majaleh\\_hoghooghi@jpri.ir](mailto:Majaleh_hoghooghi@jpri.ir)

---

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



## راهنمای تدوین مقالات

- مقاله باید 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، کد پستی، شماره تلفن و نامبر و نشانی پست الکترونیک.
  - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسمی 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 بلا فاصله پس از ذکر اولیه 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 بلا فاصله 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 باید در جای دیگر چاپ شده یا در دست بررسی باشد.
- مقاله ترجمه شده پذیرفته نمی شود.
- مسئولیت صحت مطالب مقاله، به عهده نویسنده مسئول است.
- مجله در ویرایش مقالات، آزاد است. مقاله، بازگردانده نمی شود.



# مجموعه حقوقی

از نشریات  
اداره فنی وزارت عدالت

دروس آموزگاری های وزارت عدالت

مواد اتحانات مستخدمین قضائی  
بحث در موضوعات حقوقی  
اصیمات محکم      متن قوانین و تعلیمات رسی      حقوق بیمه

هفته یکبار منتشر میشود

مخصوص مستخدمین عدله و داوطلبان خدمت قضائی

چهار شنبه ۷ اردیبهشت ماه ۱۳۹۲

شرکت چاپ خودکار و ایران

## شماره مسلسل فهرست مندرجات

صفحة	شماره پنجم (سال دوم) مجموعه حقوقی	
	نوبنده	موضوع
<u>دروس آموزشگاهی و زارت عدیله</u>		
	آموزشگاهی، قضایی	
۱	آفای دکتر شاپگان	حقوق مدنی
۳	آفای دکتر جلال بیده	اصول محاکمات حقوقی
۵	آفای دکتر اخزی	قانون مجازات عمومی
۷	آفای دکتر ملک استبی	جزئیات
۹	۵ حسن امامی	ثبات اسناد و املاک
<u>مواد امتحانات صنعتخدمین قضائی</u>		
۱۱	آفای مظاہر	حقوق بین الملل عمومی
۱۳	آفای دکتر عبدالحمید اعظمی زنگنه	حقوق تجارت
<u>بحث در موضوعات حقوقی</u>		
۲۱	آفای سعید بروجردی	اصول حقوقی
۲۳	آفای طفی رئیس استیناف مرکز	حقوق جزائی
۲۷	راجح بتوضیح معاملات بیمه	راجح بتوضیح معاملات بیمه
۲۹	حیات بین المللی اطفال	حیات بین المللی اطفال
۳۱	آفای هدی و حدت	توقف موقع در حقوق بلژیک
<u>تصمیمات محاکم</u>		
۳۵	تصمیم دیوان عالی تمیز بر نقض در مورد تبرئه نهضم بقاجاق اشیاء منتوع	۱۳
۳۶	در مورد مجازات منقوصی ثبت ملک منتع زیاده برسیم خود	۱۴
۳۷	که در قانون تکلیف خاصی برای آن معین شده نمیشود	۱۵
۳۸	تصمیم دیوان عالی تمیز بر نقض در مورد تبرئه نهضم بقاجاق اسلحه و اینکه عدم تجدید جواز اسلحه در حکم قاجاق است	۱۶
۳۹	تصمیم دیوان عالی تمیز در مورد تأثیر جزائی سند عادی	۱۷
۴۰	دعوى زوجه نسبت بین ترک	۱۸
۴۰	بر نقض راجح بانکه شبیه بودن از ارکان جمل نیست	۱۹
۴۱	در مورد سرفتاژ خوشنان نسبی و سیبی	۲۰
۴۲	تشخیص تاجر بودن مسر ورد یا قبول عرضحال اعشار	۲۱
۴۳	فسخ معامله بتوان خیار غیر	۲۲
۴۳	تطبیق عمل با کلام برواری یا خیانت در امانت	۲۳
۴۴	تشخیص وحدت یا تهدید مجرم	۲۴
۴۵	احاله امور قضائی در حقوق جزائی فرانسه	۲۵
<u>حقوق تطبیقی</u>		
	آفای امیر علامی	۲۶

# دوس آموزگاه‌های وزارت عدالت

## آموزگاه قضائی

دبیله شماره ۳ سال دوم

درس آقای دکتر شایگان  
در آموزشگاه قضائی

## حقوق مدنی

قانون مدنی اگر سفیه به نحوی از انجاء باعث ضرر غیر شود ضامن است زیرا ولايت و قيمومت سفیه يعني سپرستی او راجع بالزاماً تیست که سفیه در آن موثر میباشد و الا حجر سفیه مسئولیت او را از میان نمیرد چنانکه اگر مرتكب جرم یا شبه جرم شود ضامن است.

### ۳- مجنون

#### الف. تعريف

جنون را قانونگذار مستغنی از تعریف دانسته است زیرا تشخیص آن بعده طبیب است و پس از تشخیص هم باید در محکمه ثابت شود (مادة ۱۲۱۰ قانون مدنی). جنون درجات مختلف و ضعف و شدت دارد ولی در مورد حجر یا بن اختلاف ترتیب اثر نمیدهد یعنی جنون را بهر درجه که باشد موجب حجر میدانند (مادة ۱۲۱۱ قانون مدنی) مشروطه باينکه مجنون در حین اجرای عمل حقوقی در حال جنون باشد.

توضیح آنکه جنون ممکنست دائمی یا ادواری باشد جنون دائمی آنستکه شخص پیوسته مجنون باشد یعنی هیچگاه حال جنون از او زائل نشود بعکس جنون ادواری که گاه عارض میشود و گاه زائل گشته مجنون افاقه پیدا می کند.

همانطور که گفتیم و ذیلا هم ملاحظه خواهد شد مجنون در حال افاقه محجور نیست و حجر مخصوص حال جنون است.

### عقود مجاز

عقود مجاز یا عقودیکه در حجر سفیه داخل نیست یعنی سفیه میتواند آنها را واقع سازد عقودیست که بوسیله آن سفیه تمکن بلا عرض مینماید از قبیل هبه و صلح بلا عرض (مادة ۱۲۱۴ قانون مدنی)

### عقود ممنوع

بموجب ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی معاملات تصرفات غیر رشید در اموال خود نافذ نیست مگر با اجازه ولی یا قیم او اعم از اینکه این اجازه قبل از داده شده باشد یا بعد از انجام عمل....

بنابراین سفیه بر هر تصرفی در اموال خود ممنوع است ولی حجر و منع سفیه با حجر و منع صغیر تفاوت کلی دارد زیرا چنانکه سابقاً دیدیم اعمال و اقوال صغیر در اموال و حقوق مالی خود باطل است و حال آنکه به موجب ماده مذبور اعمال سفیه فقط نافذ نیست و میتوان آنرا تنفیذ نمود.

اجاره تنفیذ بولی یا قیم سفیه واگذار شده است. اجازه ممکن است قبل از معامله یا بعد از آن داده شود. واضح است که در مورد وجود اجازه قبلی اصلاح معامله سفیه بصحت صورت گرفته و عنوان تنفیذ بر اجازه بعد از وقوع معامله صادق است.

### الزمات خارج از عقد

از عقد که بگذریم حجر سفیه دیگر از او رفع تکلیف نمیکند و بموجب ماده ۱۲۱۶

حدود حجر مجنون	حدود حجر مجنون را در عقد و شبه عقد و جرم و شبه جرم مطالعه میکنیم.
عقد و شبه عقد	بموجب ماده ۱۲۱۳ قانون مدنی «مجنون دائمی مطلقاً و مجنون ادواری در حال جنون نمیتواند هیچ تصرفی در اموال و حقوق مالی خود بنماید و او با اجازه ولی یا قیم خود لکن اعمال حقوقیکه مجنون ادواری در حال افاقه مینماید نافذ است مشروط بر اینکه افاقه او مسلم باشد». در این ماده بدو مطلب باید توجه نمود: اولاً مجنون دائمی چون از حیث جنون تغییر حال نمیدهد پیوسته از تصرف اموال و حقوق مالی خود من نوع است و حال آنکه مجنون ادواری در حال افاقه اگر افاقه او مسلم باشد محجور نیست و اعمال حقوقی او نافذ یعنی صحیح است.
ثانیاً چون مجنون کاملاً فاقد قصد است وسعت و شدت حجر او از حجر غیر ممیز و غیر رشید بیشتر است زیرا مجنون از طرفی برای ایفاء هیچگونه عقدی اهلیت ندارد و از طرف دیگر معاملات او هم باطل است نه غیر نافذ.	راجع بشبه عقد ماده ۱۲۱۵ قانون مدنی میگوید هرگاه کسی مالی را بتصرف مجنون بدهد مجنون مسئول ناقص با تلف شدن او نیست.
جرائم و شبه جرم	مطابق تعریفی که از جرم نمودیم مجنون چون فاقد قصد است نمیتواند مجرم شود و تمام اعمال او که خسارته وارد آورد شبه جرم و مشمول ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی است که میگوید هرگاه مجنون باعث ضرر غیر شود ضامن است.

در حقوق ایران برای حفظ اموال و سرپرستی محجورین دو ترتیب مقرر است ولایت و قیمومت بموجب ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی طفل صغیر تحت ولایت و قهری پدر و جد پدری خود میباشد و همچنین است (طفل) غیر رشید یا مجنون در صورتیکه عدم رشد یا جنون او متصل بصغر باشد و بموجب ماده ۱۱۸۸ همان قانون «هریک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری میتواند برای اولاد خود که تحت ولایت او میباشند وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگاهداری و ترتیب آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید» بنابر این دو ماده تا اولیاء خاص (ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی) یعنی پدر و جد پدری و یا وصی منصوب از طرف یکی از آنها وجود دارد محجورین مزبور تحت ولایت هستند و حق هم همین است زیرا پدر و جد پدری نظر بقراحتی که دارند وصی منصوب از طرف آنها نظر باینکه معتمد پدر و یا جد پدری بوده است قاعدة در حفظ اموال و سرپرستی طفل صغیر بیشتر خواهد کشید.

اگر اولیاء خاص وجود نداشته یا بعلتی نتوانند در امور محجور مداخله کنند و هم چنین در صورتیکه عدم رشد یا جنون متصل بصغر نباشد یعنی پس از ۱۸ سالگی عارض شخص گردد برای محجور نصب قیم میشود. موضوع ولایت را با سایر حقوق و تکالیف ناشی از قرابت توأم در کتاب دوم مورد بحث قرار میدهیم و در اینجا فقط از قیمومت سخن میرانیم چه علاوه براینکه ولایت منطقاً باید با حضانت مورد مطالعه واقع شود.

## فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چینش مقالات در این شماره براساس حرف نخست نام خانوادگی نویسنده مسئول می‌باشد.	
❖ اصل ترافعی بودن محاکمات کیفری در حقوق ایران ..... ۱۱	عباس زراعت / محمود اشرفی
❖ بایسته‌های کیفرگزینی در رویارویی با جرایم سایبری با تأکید بر رویه قضایی ..... ۳۷	جلال توحیدی نافع / حسین امیرلی
❖ بررسی قابلیت جبران پذیری عدم‌النفع در فقه امامیه ..... ۶۱	محمد روشن / علی‌اکبر جعفری / مجتبی جهان‌تیغی
❖ شرع‌گرایان و قانون در عصر انقلاب مشروطه ایران ..... ۸۵	محمد راسخ / فاطمه بخشیزاده
❖ رویکرد قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به جرایم منافی عفت ..... ۱۱۷	مهردی شیدائیان / زینب شیدائیان
❖ تحلیل حقوقی ارکان دعوای اعتراض به تشخیص اراضی ملی ..... ۱۴۱	حسن لطفی / یاسر غلامی
❖ اثر حاکمیت نوع نظام ادله‌ای بر هدف دادرسی مدنی در حقوق ایران ..... ۱۶۷	رحیم مختاری
❖ بررسی تطبیقی مفهوم و معیارهای تشخیص نقض اساسی قرارداد ..... ۱۸۷	رسول قاسمی / سید محمد‌هادی مهدوی / داود نصیران
❖ زیرساخت فنی - حقوقی تصدیق هویت در بانکداری نوین با نگاهی به جرم دستری غیرمجاز ..... ۲۱۳	حسین میرمحمدصادقی / افشین آذری‌متین
❖ حق اتباع و سرمایه‌گذاران خارجی در دستری به شبکه انرژی ..... ۲۳۳	حمیدرضا نیکبخت / مهدی هفتانی / سارا میرمحمدصادقی



## اصل ترافعی بودن محاکمات کیفری در حقوق ایران

عباس زراعت\*

محمود اشرافی\*\*

### چکیده

تناظر یکی از اصول بنیادین در هر گونه رسیدگی است. اما مفهوم این اصل در فرایند کیفری - که تفاوت اساسی با دادرسی حقوقی خصوصاً به دلیل وجود تحقیقات مقدماتی و احتمال اتخاذ تصمیماتی در این مرحله بدون استعمال اظهارات و بررسی دلایل طرفین امر کیفری دارد - و همچنین حدود و شغور اجرای این اصل چندان مشخص نیست. از همین رو بررسی چگونگی اعمال این اصل به ویژه در رابطه با قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، که در صدد هر چه بیشتر ترافعی نمودن فرایند کیفری به مانند دادرسی حقوقی است، لازم می‌باشد. تناظر در دادرسی کیفری یعنی هیچ تصمیمی در دادرسی مگر بعد از استعمال اظهارات و بررسی ادله طرفین دعوی (متهم و دادستان) له و علیه یکی از اطراف دعوی عمومی در هیچ کدام از مراحل دادرسی (تعقیب، تحقیق و محاکمه) نباید اخذ گردد. قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ صراحتاً متذکر این اصل نشده، اما تناظر به صورت تلویحی مورد پذیرش قرار گرفته و مهم‌ترین مصادیق رعایت این اصل در قانون مذکور مورد اشاره قرار گرفته است. اما با توجه به وضعیت نابرابر اطراف دعواه عمومی و تأکید اسناد بین‌المللی بر ارتقای وضعیت متهم از طریق اعمال هر چه بیشتر آموزه‌های حقوق بشری از جمله رعایت اصل تناظر در فرایند کیفری در اینجا به مصادیقی مانند صدور قرار عدم دسترسی به پرونده، اختیار حضور دادستان در جریان تحقیقات مقدماتی و نظارت بر آن، انجام تحقیقات غیرعلنی از شهود و عدم حضور طفل متهم در دادگاه اشاره خواهد شد که ناقض تناظر علیه متهم است.

**کلیدواژه‌ها:** تساوی سلاح‌ها، دادرسی عادلانه، رسیدگی ترافعی، دادرسی کیفری.

Zeraat@kashanu.ac.ir

\* عضو هیأت علمی دانشگاه کاشان

Mahmood.ashrafy@yahoo.com \*\* عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد خوارسکان (نویسنده مسئول)

تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۷/۱۰

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۱/۰۵

## مقدمه

اصل تناظر به عنوان یکی از قدیمی‌ترین قواعد دادرسی از دیرباز مورد توجه دست‌اندرکاران فرایند دادرسی بوده است؛ به گونه‌ای که این اصل در حقوق لاتین، در حقوق اسلام و در حقوق ایران پیش از اسلام، به عنوان نمونه‌های قدیمی از نظام‌های حقوقی ضابطه‌مند، رعایت می‌شده است. با این حال بهویژه در فرایند کیفری از یک سو به دلیل نابرابری تاریخی طرفین اصیل دعوی عمومی، یعنی دادستان و متهم و از سوی دیگر به دلیل لزوم هر چه بیشتر عدالانه‌تر شدن دادرسی کیفری خصوصاً از منظر موازین بین‌المللی حقوق بشر، امروزه رعایت اصل تناظر در دادرسی کیفری از ضرورت ویژه‌ای برخوردار است، زیرا رعایت کامل این اصل مقتضی آن است که اتخاذ هر تصمیمی در مراحل دادرسی کیفری صرفاً پس از استماع هر دو طرف دعوی (خصوصاً متهم به عنوان طرفی که جایگاه نابرابری در مقابل دادستان دارد) صورت پذیرد.

البته مسأله رعایت اصل تناظر بهویژه مصاديق و مظاهرش در دادرسی کیفری، که در اسناد بین‌المللی مرتبط با حقوق بشر به عنوان یکی از ضوابط دادرسی عدالانه کیفری به شمار می‌رود، نه تنها از نظر مقررات داخلی اهمیت دارد؛ بلکه همچنین عدم رعایت آن می‌تواند از سوی مراجع بین‌المللی دست‌اندرکار حقوق بشر در عرصه جهانی نیز منجر به موضع‌گیری در مقابل نظام قضایی ایران به عنوان عدم رعایت موازین بین‌المللی دادرسی عدالانه در فرایند رسیدگی کیفری ایران گردد. با این حال حدود اعمال اصل تناظر در حقوق کیفری ایران، پرسش اساسی است که نیازمند بررسی دقیق در مقررات قانون آیین دادرسی کیفری است. البته به عنوان پیش‌فرض اولیه به نظر می‌رسد با توجه به ساختار دادرسی کیفری ایران که در مرحله تحقیقات مقدماتی مبتنی بر اوصاف شیوه تفتیشی است و به صورت محروم‌های (ماده ۹۱) و غیرعلنی (ماده ۱۹۲) صورت می‌پذیرد، که خود منجر به اعمال محدودیت‌های دیگری نیز علیه متهم می‌گردد، خصوصاً اصل تناظر در این مرحله در راستای منافع و حقوق متهم نمی‌تواند به صورت کامل رعایت گردد. بدین ترتیب در این مقاله لازم است در ابتدا معنا و مفهوم اصل تناظر را در فرایند کیفری شناسایی نماییم و پس از آن به چگونگی و حدود اعمال این اصل در فرایند کیفری در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ می‌پردازیم.

### ۱. مفهوم تناظر کیفری

تناظر در لغت به معنای «با هم در امری گفتگو کردن، جدال نمودن»<sup>۱</sup> و «مقابله نمودن»<sup>۲</sup> می‌باشد. اهمیت این اصل بنیادین در تحقق یک رسیدگی عدالانه تا حدی است

۱. عمید، حسن، فرهنگ عمید، جلد اول، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۷، ص. ۳۷۰.  
۲. دهخدا، علی‌اکبر، لغتنامه، جلد چهارم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ص. ۶۱۳۸.

که دامنه اجرای این اصل را نسبت به تمامی انواع رسیدگی‌ها گسترانیده است و هر نوع از دادرسی را شامل می‌شود.<sup>۱</sup> درباره اصل تناظر بین حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن را «اصل ترافعی»<sup>۲</sup> و «ترافعی بودن»<sup>۳</sup> نامیده‌اند. برخی دیگر بر آن «اصل تناظر» نام نهاده‌اند و آن را به «دادن فرصت و امکان طرح ادعاه، ادله و استدلال‌های خویش»<sup>۴</sup> تعریف نموده‌اند.<sup>۵</sup> عده‌ای دیگر در بیان اوصاف سیستم کیفری اتهامی این اصل را به «تدافعی» خوانده‌اند: «محاکمه به طور تدافعی صورت می‌گیرد؛ یعنی شاکی خصوصی اعلام جرم می‌کند و متهم از آن دفاع به عمل می‌آورد. مدعی خصوصی و متهم هر دو مانند خواهان و خوانده در دعوى حقوقى، در يك محل قرار مى‌گيرند و مرافعه مى‌كنند».<sup>۶</sup> آن را در کنار علنى و شفاهى بودن رسیدگى، جزء اوصاف سیستم اتهامی تلقى نموده‌اند.<sup>۷</sup> همچنین «اصل تناظر عبارت است از اتخاذ کلیه وسایل و طرق قانونی در برابر دعوى یا اختلاف و اتهامی که به طرفین نسبت داده شده است».<sup>۸</sup>

همچنین این اصل به «تعادل ترافعی»<sup>۹</sup> و «اصل تقابلی»<sup>۱۰</sup> که مبتنی بر ترافع و تقابل منافع طرفین در دعوى مدنى است، نامیده شده است.<sup>۹</sup> بر همین اساس است که «دادرس مکلف است در مقام تمییز حق با رعایت تقابل منافع اصحاب دعوى آنان را به طور مساوی در جریان جزئیات دادرسی قرار داده و بدون حضور طرف مقابل، از دیگری ادعا یا دفاعی نشنود و هیچ تصمیمی را بدون اطلاع طرف ذی‌نفع به مرحله اجراء نگذارد، چرا که در غیر این صورت گفتن اینکه دادرس بی‌طرفانه اقدام نموده بعيد به نظر می‌رسد».<sup>۱۰</sup> بر اساس این تعاریف به نظر می‌رسد که نویسنده‌گان تعاریف و مقابل‌هایی را که برای تناظر ذکر نموده‌اند، همکی را مفید یک امر می‌دانند و «ترافع»، «تناظر»، «تدافع»، «تضابل» و «تعادل ترافعی» ناظر بر یک ماهیت حقوقی می‌باشد. یعنی

۱. محمود، سیداحمد، اصول التقاضی وفقاً لقانون المراجعت، قاهره، دار ابوالمسجد للطباعة بالهرم، ۲۰۰۵، ص. ۳۲۱.

۲. متین دفتری، احمد، آین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۸، ص. ۴۰۲.

۳. آشوری، محمد، آین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۵، ص. ۲۸.

۴. شمس، عبدالله، آین دادرسی مدنی، جلد دوم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۱، ص. ۱۳۱.

۵. آخوندی، محمد، آین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران، انتشارات وزارت ارشاد و فرهنگ اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۵، ص. ۶۲.

۶. کریمی، عباس؛ رحیمی پور، ایمان، «قواعد حاکم بر استجواب کیفری»، مجله حقوق دانشکده حقوق و علوم

سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۸، ص. ۳۰۲.

۷. گلدو زیان، ایرج، «حق دفاع در مراجع قضایی»، مجله دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۳، ۱۳۷۱، ص. ۴۰.

۸. قلی پور، حسن؛ احمدی، سیدمهدي؛ جعفری متنه کلائی، محمدمحسن، «بررسی اصل تعادل ترافعی (تناظر) در

دادرسی قضایی و داوری تجاری بین‌المللی»، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۳۷، پاییز

۱۳۹۳، ص. ۱۲۷.

۹. غمامی، مجید؛ محسنی، حسن، آین دادرسی مدنی فرامی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص. ۵۵.

۱۰. همان، ص. ۵۶.

برابری طرفین دعوی به نحوی که در جلسه رسیدگی هر آنچه یکی از اطراف دعوی ادعا نماید و یا ادله‌ای را به دادگاه ارائه نماید، بایستی به اطلاع طرف دیگر برسد و توسط طرف مقابل در محاکمه مورد ترافع قرار گیرد تا او نیز بتواند از حقوق خود دفاع نماید، به گونه‌ای که دادرس نمی‌تواند هیچ تصمیمی را درباره هیچ رکنی از دعوی اتخاذ نماید مگر آنکه اظهارات هر دو طرف دعوی را استماع نموده باشد. آن گونه که گفته‌اند: «هر یک از اصحاب دعوا باید، علاوه بر اینکه فرصت و امکان مورد مناقشه قرار دادن ادعاهای، ادله و استدلالات رقیب را داشته باشد، باید فرصت و امکان طرح ادعاهای، ادله و استدلالات خود را نیز دارا باشد». <sup>۱</sup> چنین تعبیری از اصل تناظر که مختص دادرسی حقوقی، و نه کیفری، می‌باشد صرفاً در ارتباط با جلسات محاکمه در دادگاه حقوقی است و تنها واجد مفهوم رسیدگی ترافعی در مفهوم اخص خود است که با آنچه با توجه به وجود مراحل مختلف در فرایند کیفری از اصل تناظر مدنظر است، متفاوت است.

درباره مقتضای رعایت اصل تناظر در دادرسی حقوقی گفته‌اند که این اصل «... اقتضا دارد که هر یک از طرفین دعوا در زمان مناسب نسبت به تمام عناصر اعم از ادعاهای جهات و ادله که به وسیله طرف مقابل به دادگاه ارائه شده یا قاضی آنها را رأساً استخراج نموده، اطلاع یابد». <sup>۲</sup> البته در این باره به دلیل آنکه تنها مکانی که اطراف دعوی حقوقی می‌توانند به مناقشه مستقیم درباره ادله و اظهارات طرف مقابل خود بپردازنند، فقط دادگاه حقوقی است و برخلاف دادرسی کیفری که دعوی عمومی در مراحل و مراجع مختلف جریان دارد، مقتضای اصل تناظر هر چند در دادرسی حقوقی به درستی بیان شده است، اما دادرسی کیفری مقتضی رعایت تناظر در تمامی مراجع و زمان‌های فرایند کیفری است و صرفاً شامل رسیدگی ترافعی در دادگاه نمی‌باشد.

می‌توان علت این اختلاف در انتخاب معادلی مناسب را با وجود به کار بستن مقررات مشابه در دو نظام حقوق نوشته و حقوق عرفی درباره رعایت حق استماع طرفین، ترجمه اصطلاحات مقابل همدیگر در زبان‌های انگلیسی و فرانسوی دانست. در بند ۱ ماده مقدماتی قانون آینین دادرسی کیفری در متن فرانسوی از واژه «contradictoire» استفاده شده است و در ترجمه آن به زبان انگلیسی این واژه معادل «adversarial» به حساب آمده است. این در حالی است که معادل این واژه انگلیسی در زبان فارسی «ترافعی» است. همچنین در ترجمه واژه «contradictoire» از ماده مذکور به زبان فارسی نیز از

۱. شمس، عبدالله، «اصل تناظر»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره‌های ۳۵ و ۳۶، بهار تا زمستان ۱۳۸۱، ص. ۵۹.

۲. حیدری، سیروس، «اصل تناظر در حقوق فرانسه و کامن‌لان»، مطالعات حقوقی، دوره دوم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص. ۱۲۳.

واژه‌های «ترافعی»<sup>۱</sup> و «تدافعی»<sup>۲</sup> استفاده شده است. بنابراین به نظر می‌رسد ترجمه «contradictoire» از زبان فرانسوی به ترافعی در زبان فارسی چندان صحیح نمی‌باشد و به همین دلیل است که برخی حقوقدان از واژه «تناظر» برای افاده این مطلب بهره برده‌اند و بهترین معادل آن را نیز همین اصطلاح دانسته‌اند. همچنان که معادل انگلیسی واژه «contradictoire» نمی‌تواند «adversarial» باشد و به همین دلیل است که دیگران نیز از «the principle of contradictoriness» به منظور افاده مفهوم «تناظر» استفاده نموده‌اند<sup>۳</sup> و نه از «adversarial» که خود یکی از لوازم تناظر است.

با این همه به نظر می‌رسد آنچه که از «تدافعی»، «ترافعی» و ... بودن ذکر شده است همان برگزاری ترافعی رسیدگی در دعاوی حقوقی می‌باشد. اما این امر به طور کامل نمی‌تواند بیانگر اصل تناظر در فرایند کیفری باشد زیرا در دادرسی کیفری، رسیدگی ترافعی از لوازم اصل تناظر است. بدین ترتیب در فرایند کیفری اتهامی، مبتنی بر اصل ترافعی بودن، طرفین با توصل به تساوی سلاح‌ها نسبت به مباحثه مستقیم در حضور قاضی، به عنوان داوری خنثی، اقدام به طرح تمامی ادله خود می‌نمایند، به نحوی که طرف مقابل بتواند به جرح آن بپردازد. بنابراین ترافعی بودن، خود، صرفاً شامل چگونگی برگزاری جلسه رسیدگی است که در سیستم دادرسی اتهامی شامل تحقیقات مقدماتی نیز می‌باشد، زیرا رسیدگی مقدماتی نیز در این نظام پس از ختم تحقیقات مقدماتی و پیش از ارسال پرونده امر به نزد دادگاه صالح بین دادستان و متهم به صورت ترافعی انجام می‌شود.<sup>۴</sup>

بدین ترتیب به کار بردن واژگان مذکور برای القای مفهوم «اصل تناظر» در دادرسی کیفری ناکارآمد است. زیرا در فرایند کیفری اصل تناظر را می‌توان واحد مفهومی گسترشده‌تر از صرف رسیدگی ترافعی دانست. چه آنکه دادگاه اروپایی حقوق بشر که از دهه ۱۹۸۰ علاوه بر تساوی سلاح‌ها حق بر داشتن رسیدگی ترافعی را نیز در آرای مختلفی برای متهم در نظر گرفته، مفهوم ترافعی بودن رسیدگی را چنین دانسته است که «به دادستان و به متهم بایستی فرصلت آگاه شدن و اظهار عقیده درباره مشاهدات خود از پرونده و ادله ابرازشده توسط طرف دیگر اعطاء گردد».<sup>۵</sup>

۱. تدبی، عباس (مترجم)، قانون آین دادرسی کیفری فرانسه، تهران، انتشارات خرسندي، ۱۳۹۱، ص. ۲۵.

۲. الیوت، کاترین؛ ورنون، کاترین، نظام حقوقی فرانسه، ترجمه صفر بیگزاده، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۷، ص. ۲۴۳.

3. Krapac, Davor, "Some Trends in Continental Criminal Procedure in Transition Countries of South-Eastern Europe", in: Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context, Essays in Honor of Professor Mirjan Damaška, edited by John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers, Oregon, Hart Publishing, 2008, p. 120.

4. Samaha, Joel, Criminal Procedure, 8th Edition, Belmont, Wadsworth, Cengage Learning, 2012, p. 422.

5. Jackson, John, "Transnational Faces of Justice: Two Attempts to Build Common Standards Beyond National Boundaries", in: Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and

شاید به همین دلیل باشد که علی‌رغم تصریح به اصل تناظر در مواد ۱۴ تا ۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، در کامن‌لا به این اصل تصریح نشده است<sup>۱</sup> زیرا ساختار دادرسی اساساً ترافعی است و نهادهای دیگری (مانند سؤال مقابل<sup>۲</sup> و افشاری مدارک<sup>۳</sup>) برای متناظر بودن طرفین دعوا پیش‌بینی شده است؛ به نحوی که نیازی به تصریح به اصل تناظر در این سیستم حقوقی نیست. از همین روست که در کامن‌لا برای افاده مفهوم تناظر با گستردگی مذکور از اصطلاح «أصول ترافعی»<sup>۴</sup> و نه «رسیدگی ترافعی»<sup>۵</sup> استفاده شده است. بنابراین ویژگی نظام اتهامی مدنی، که سیستم دادرسی کیفری اتهامی نیز از آن متأثر است، مبتنی بر منافع متقابل اطراف دعوا است.<sup>۶</sup>

بدین ترتیب مفهوم رسیدگی ترافعی در فرایند کیفری اخص از اصل تناظر در معنای مصطلح مورد استفاده در محاکمه است. چنین وضعیتی بین این دو اصل اساسی از دو نظام دادرسی مختلف یادآور این جمله است که «ما باید اصول دادرسی کیفری را با احتیاط مطالعه نماییم، زیرا این محدوده از حقوق کیفری همچنان استانداردسازی نشده است. به همین دلیل نباید اصول مذکور را به عنوان معیارهایی به منظور قضاؤت درباره اینکه یک قانون آیین دادرسی کیفری خاص بهتر یا بدتر از قانون آیین دادرسی کیفری دیگری است، به کار برد». <sup>۷</sup>

## ۲. اصل تناظر با تأکید بر قانون آیین دادرسی کیفری

اصل تناظر در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به صراحت بیان نشده است. این مسئله شاید به دلیل بداهت لزوم اجرای اصل تناظر در فرایند رسیدگی باشد. البته این اصل از سابقه تاریخی بسیار طولانی در تاریخ بشریت برخوردار است. اصل تناظر از قاعده لاتین «طرف دیگر را بشنو»<sup>۸</sup> که به مفهوم «لزوم استماع هر دو طرف دعوا» است، نشأت گرفته شده است. تناظر قبل از تعلق به عالم حقوق و دنیای قضاؤت منشأ الهی دارد و جزئی از جایگاه انسان و منشعب از وجودان عمومی شهروندان و مبتنی بر اصول عدالت طبیعی می‌باشد.<sup>۹</sup>

→ International Context, Essays in Honor of Professor Mirjan Damaška, edited by John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers, Oregon, Hart Publishing, 2008, p. 231.

۱. حیدری، سیروس، منبع پیشین، ص. ۱۲۳.

2. Cross examination

3. Disclosure

4. Adversarial principles

5. Adversarial procedure

۶. محسنی، حسن، اصول حاکم بر دادرسی عادلانه در دعاوی مدنی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی،

دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، ص. ۱۶۹.

7. Krapac, Davor, Op. cit, p. 120.

8. Audi alteram partem.

۹. حیدری، سیروس، منبع پیشین، ص. ۱۲۷.

تناظر همچنین به صراحت در اسناد بین‌المللی حقوق بشری در رابطه با موازین دادرسی عادلانه ذکر نشده است. این امر می‌تواند ناشی از اختلافات دو نظام عمدۀ حقوقی (نوشته و کامن‌لا) باشد که مانع شده است تا تدوین‌کنندگان اسناد بین‌المللی به صراحت نامی از این اصل تحت عنوان «رسیدگی ترافعی»<sup>۱</sup> و یا «اصول تناظری»<sup>۲</sup> به میان بیاورند.

با این حال می‌توان آثاری از این اصل را در این اسناد مشاهده نمود. به عنوان مثال می‌توان به بند ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر که پس از بیان اصل برائت به محاکمه‌ای با وجود تمامی تضمینات دفاعی اشاره می‌نماید و بدین نحو بیان داشته است: «هر کس که به بزه‌کاری متهم شده باشد بی‌گناه محسوب خواهد شد، تا وقتی که در جریان یک دعوی عمومی که در آن تمامی تضمین‌های لازم برای دفاع او تأمین شده باشد تقصیر او قانوناً محرز گردد» و قسمت «د» از بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌الملل حقوق مدنی و سیاسی که بر اساسی ترین حق در دادرسی یعنی حضور در محاکمه با این بیان توجه دارد: «در محاکمه حاضر بشود...» و به همین ترتیب قسمت «ه» بند ۳ ماده مذکور نیز بر حق سؤال پرسیدن از شهود اشاره دارد که کامل کننده رسیدگی ترافعی و از اجزای بنیادین اصل تناظر است، اشاره نمود. همچنین در قسمت «د» بند ۲ ماده ۸ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر نیز در این باره بیان شده است: «متهم حق دارد شخصاً یا با کمک مشاور حقوقی از خود دفاع نماید...» و قسمت «و» بند مذکور نیز بر حق به چالش کشیدن شهود اقامه‌شده علیه متهم اشاره دارد که متضمن اصل تناظر است. در منشور آفریقایی حقوق بشر و خلق‌ها نیز قسمت «ب» بند ۱ ماده ۷ به مفاد این اصل اشاره دارد.

ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین نیز از این حق غافل نشده است. بند ۱ ماده ۶ این کنوانسیون را، که راجع به حق دادرسی عادلانه مقرراتی کلی را وضع نموده است، می‌توان متضمن بسیاری از اوصاف اصل تناظر، که مشتمل بر رسیدگی ترافعی نیز می‌باشد، دانست. البته بسیاری از مقررات این بند با موازین بند ۳ همین ماده هم‌پوشانی دارد از جمله در بند «د» درباره حق متهم راجع به پرسیدن سؤال از شاهدی که علیه او اقامه شده است.<sup>۳</sup> شاید به همین دلیل است که در آرای مختلف دیوان اروپایی حقوق بشر در این باره از «رسیدگی ترافعی»<sup>۴</sup> و نه از فرایند یا دادرسی ترافعی نام برده شده است.<sup>۵</sup> هر چند بر اساس آرای دیوان به نظر می‌رسد حق بر دادرسی ترافعی هر چند نمی‌تواند به طور کامل بیانگر مقتضیات اصل

1. Adversarial processing
2. The principles of contradictoriness
3. European court of human rights, guide on article 6: right to a fair trial, 2014, available at [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), p. 20.
4. Adversarial hearing
5. Ibid

تناظر مبني بر آگاهی و اعلام نظر طرفين نسبت به تمامي مدارك و مستندات و صدور هر گونه تصميم دادگاه با اطلاع اطراف دعوي باشد، اما شايد بتوان با امتزاج حقوق ديگر (يعني افشاري ادله و سؤال از شاهد) دادرسي ترافعي را مسامحه<sup>۱</sup> معادل با اصل تناظر به حساب آورد. چه آنکه ديوان به عنوان نمونه در پرونده رو و ديويس عليه انگلستان<sup>۲</sup> تخلف از حق افشاري مستندات را نقض بند ۱ ماده ۶ کنوانسيون اروپائي حمایت از حقوق بشر و آزادی هاي بنیادين اعلام داشته است. هر چند آن چنان كه قبلاً هم ذكر شد چنین برداشتی می تواند وجود مستقل عناصر و اصول دادرسي کيفري (در اينجا رسيدگي ترافعي، افشاري مستندات و سؤال از شاهد) را متاثر نماید و اين اركان را، كه محصول سالها تلاش سيسitem اتهامي دادرسي کيفري است، در سائر اصول مضمحل نماید و ارزش مستقلانه آنها را ناديده انگارد. از همين روست كه به نظر مى رسد تدوين کنندگان کنوانسيون مذكور تعمداً به صراحت نامي از ترافعي بودن رسيدگي به ميان نياورده اند؛ در حالی كه بسياري از ضوابط يك دادرسي ترافعي را به منظور تحصيل دادرسي عادلانه مطابق با آنچه در اروپاي بري به اصل تناظر معروف است، در بندes هاي ماده ۶ کنوانسيون وارد نموده اند تا نه تنها موجبات مجادلات بين دو سيسitem متعارض دادرسي کيفري را بيش از پيش ايجاد نکنند، بلكه بر عکس سبب تعالي اين دو را نيز فراهم آورند. از همين روست كه بر خلاف ديدگاه هاي سنتي «ترافعي عليه اتهامي»<sup>۳</sup> برخى از دادرسي دانان مشهور دنيا توانيتهد نظربيه اي «دو وجهي (دو بعدی)»<sup>۴</sup> ارائه دهنده که توانيي جايگزين شدن با ديدگاه سنتي مذكور را داراست.<sup>۵</sup>

تناظر و برابري اطراف دعوي همچنین در ايران باستان نيز ساقبه اي طولاني دارد به نحوی که اگر کسی عليه شاه شکایتي مطرح مى نمود دعوي در محکمه اي به قضاوت موبد موبدان رسيدگي مى شد. يكى از قواعد اساسی اين محکمه آن بود که شاه از سر خود تاج برمى داشت تا در نظر موبد موبدان با شاكى برابر باشد و او بتواند به دور از هر گونه تأثيرپذيری از جايگاه مشتكی عنه به مساوات اظهارات هر دو طرف دعوي را استمع نماید و آن گاه به صدور رأي اقدام نماید و اگر رأي صادرشده عليه شاه مى بود تا زمانی که مفاد رأي را اجرا نمی کرد تاج خود را دو مرتبه بر سر نمی گذاشت.<sup>۶</sup>

1. Rowe and Davis v. the United Kingdom.

2. Adversary-versus-inquisitorial

3. Two-dimensional theory

4. Frase, Richars, "Sentencing and Comparative Law Theory", in: Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context, Essays in Honor of Professor Mirjan Damaška, edited by John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers, Oregon, Hart Publishing, 2008, p. 353.

۵ صانعی، پرویز، «ترجمه مقدمه ماتیکان هزار دادستان»، مجله حقوق مردم، شماره ۲۶، ۱۳۵۰، ص. ۴۱.

۶ برای مطالعه بيشتر درباره حقوق ايران بيش از اسلام مراجعه شود به: شهرزادی، رستم (مترجم و گردآورنده)، قانون مدنی زرتشتيان در زمان ساسانيان: گفتاری درباره كتاب ماتیکان هزار دادستان، تهران، انتشارات فرهنگ، ۱۳۸۶.

در فقه امامیه نیز تناظر، برابر انگاشتن و آگاهی یافتن از دفاعیات اطراف دعوی از اصول بنیادین به حساب می‌آید. به عنوان نمونه امام باقر (ع) در نقل روایتی از پیامبر اکرم (ص) درباره تناظر طرفین دعوی چنین فرموده‌اند: «اذا تقاضى اليك رجلان فلا تقضى للآخر حتى تسمع من الآخر». <sup>۱</sup> البته برخی از روایت مذکور عدم جواز صدور حکم غیابی را استنباط نموده‌اند، اما مفاد این روایت بدین معنا است که «قاضی نباید بدون استماع اظهارات طرفین رسیدگی به دلایل آنها حکم نهایی صادر نماید». <sup>۲</sup> یعنی همان چیزی که امروزه در حقوق تحت عنوان اصل تناظر مبنی بر لزوم استماع اظهارات اطراف دعوی و سپس صدور رأی توسط قاضی مشهور شده است.

بنابراین و با توجه به سابقه این اصل به نظر می‌رسد که عدم تصریح به آن در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و حتی در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ به معنای مخالفت مقتن با این اصل ابتدایی حقوق نمی‌باشد، بلکه شاید به دلیل بداهت این اصل و پذیرش ضمنی آن است که قانون‌گذار به صراحت از آن یاد ننموده است. چه آنکه مقتن در بند «ب» ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ درباره اعمال نظریه بطلان در آیین دادرسی کیفری ایران مقرر داشته است: «هرگاه رأى مخالف قانون، يا بدون توجه به ادلہ و مدافعت طرفین صادر شده باشد یا رعایت تشریفات قانونی نشده و آن تشریفات به درجه‌ای از اهمیت باشد که موجب بیاعتباری رأى شود، شعبه دیوان عالی کشور، رأى را نقض ... می‌کند.» بدین ترتیب به دلیل آنکه اصل تناظر نیز از اساسی‌ترین اصول دادرسی کیفری است و عدم رعایت آن به درجه‌ای از اهمیت است که موجب بیاعتباری رأى می‌گردد و تخلف از آن موجب بطلان رأى صادر شده می‌باشد، <sup>۳</sup> می‌توان معتقد بر پذیرش اصل تناظر در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ بود، به نحوی که تخلف از آن نیز موجب بطلان تصمیمات می‌باشد.

با این حال ماده ۳۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در بیان شیوه رسیدگی در محکمه به ترافعی بودن آن اشاره نموده و بند «ج» این ماده نیز با درنظر گرفتن ماهیت رسیدگی ترافعی به رسیدگی درباره ادلہ ابرازشده توسط طرفین اشاره دارد که همانا مفهوم رسیدگی ترافعی می‌باشد، اما اصل تناظر آن چنان که آمد ناظر بر تمام فرآیند دادرسی است و فقط شامل ترافع طرفین درباره ادلہ ابرازشده نمی‌باشد. شاید به همین دلیل باشد که آنان که بر هر دو مفهوم تناظر در حقوق فرانسه و ترافعی در

۱. طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه، جلد ششم، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵، ص. ۲۲۸.

۲. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (۳) بخش قضایی، تهران، انتشارات علوم اسلامی، ۱۳۷۷، ص. ۳۳۷.

۳. زراعت، عباس، بطلان در آیین دادرسی کیفری، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۰، ص. ۲۱۲.

حقوق کامن لا آشنایی دارند برای بیان مفهوم ترافعی در سیستم کامن لا نه از اصل تناظر بلکه از «اصول تناظری»<sup>۱</sup> بحث نموده‌اند.<sup>۲</sup>

البته لازم به ذکر است که در ماده ۱۹۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ راجع به امکان رسیدگی ترافعی در دادسرا نسبت به جرایم قابل گذشت و ماده ۳۵۹ آن قانون درباره شیوه رسیدگی ترافعی در زمان برگزاری محاکمه در دادگاه، مقتن به صراحة از رسیدگی ترافعی نام برده است اما آن چنان که قبلًا ذکر شد منظور از رسیدگی ترافعی اخص از اصل تناظر در تمامی وجوه دعوی کیفری است و صرفاً شامل محاکمه در دادگاه کیفری نمی‌باشد. بر همین اساس و با پذیرش اصل تناظر در دادرسی کیفری در این قسمت و به ترتیب در مرحله پیش از محاکمه و در مرحله رسیدگی در دادگاه به موارد ناقض اصل تناظر علیه متهم که در مقابل دادستان به عنوان طرف اصیل و ضعیف دعوای عمومی محسوب می‌گردد (یعنی استثنایات اصل تناظر) پرداخته می‌شود. البته به دلیل آنکه شاکی به عنوان طرف اصیل دعوای عمومی به حساب نمی‌آید و اسناد حقوق بشری بین‌المللی نیز بر وضعیت متهم در دادرسی کیفری توجه ویژه‌ای معطوف داشته‌اند، در اینجا صرفاً به مقرراتی که موجب نقض اصل تناظر علیه متهم در دادرسی کیفری می‌گردد، می‌پردازیم.

## ۱-۱. اصل تناظر در مرحله تحقیقات مقدماتی

هر چند قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ اجرای اصل تناظر را به صراحة در مرحله پیش از محاکمه در دادگاه بیان نداشته است، اما این مرحله نیز بر اساس اصول کلی دادرسی کیفری مبتنی بر تناظر می‌باشد و در قانون مذکور نیز نشانه‌هایی از این اصل به خوبی مشهود است. از جمله می‌توان به این موارد اشاره نمود: به موجب تبصره ۲ ماده ۹۱ راجع به مقررات اعطای نیابت درباره استماع شهادت و اخذ اقرار و ادله‌ای که مورد استناد قاضی کیفری می‌باشد، قابل تحصیل از راه اعطای نیابت به قاضی دیگری نیست؛ بلکه قاضی صادرکننده رأی باید آن را استماع کند. لزوم حضور متهم در مواردی که دادستان دعوای عمومی را به صورت شفاهی در دادگاه صالح مطرح می‌نماید به موجب ماده ۸۶، امکان حضور افراد دخیل در امر کیفری در زمان انجام معاینه محل و تحقیق محلی به موجب ماده ۱۲۵، ابلاغ نظریه کارشناس به متهم و شاکی و اختیار ایشان به منظور ملاحظه نظریه و اظهار نظر درباره آن به موجب ماده ۱۶۱ و ارائه عذر موجه توسط متهم زمانی که احضار شده است اما قادر به حضور نمی‌باشد به موجب ماده ۱۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲.

1. The principles of contradictoriness  
2. Krapac, Davor, Op. cit., p. 134.

حق متهم بر درخواست احضار شاهد و پرسش نمودن از او نیز از دیگر لوازم اصل تناظر کیفری است. از همین رو متن در ماده ۲۰۴ قانون اخیرالذکر به حق متهم مبنی بر درخواست احضار شهود او اشاره دارد؛ به نحوی که حتی بر اساس تبصره ۱ ماده مذکور امکان جلب شاهد نیز برای کشف واقعیت پیش‌بینی شده است. با این حال با در نظر گرفتن ماده ۲۰۶ قانون مذکور مبنی بر تحقیق غیرعلنی از شهود در مرحله تحقیقات مقدماتی و ماده ۲۰۷ ناظر بر انجام تحقیق به صورت انفرادی از شهود به نظر می‌رسد که در مرحله پیش از محاکمه در دادگاه مواجهه شاهد و متهم امکان‌پذیر نمی‌باشد و در نتیجه در این مرحله سؤال نمودن متهم از شاهد موضوعیت ندارد. البته به نظر می‌رسد که این وضعیت مختص زمانی است که مقام تحقیق از اختیاری که ماده ۱۹۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مبنی بر ترافعی برگزار نمودن تحقیقات مقدماتی جرایم قابل گذشت به وی داده است، استفاده ننماید و تحقیقات به صورت غیرعلنی و سری و نه ترافعی انجام گردد؛ چه آنکه رسیدگی ترافعی خود مستلزم سؤال از شاهد است. بنابراین در ماده ۱۹۲ قانون مذکور حق سؤال نمودن از شاهد برای متهم قابل تصور است.

اما با وجود این می‌توان مواردی را در دادرسی کیفری به عنوان ناقض این اصل بنیادین علیه متهم به حساب آورد. به نحوی که تصمیم اخذشده صرفاً بر اساس مستندات و اظهارات شاکی (البته نه به عنوان طرف اصیل دعوا عمومی چه آنکه اطراف دعوا عمومی دادستان و متهم هستند)<sup>۱</sup> و بدون استماع اظهارات و بررسی ادله متهم صادر شده است. از جمله می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود.

#### ۱-۱-۲. اختیارات ضابطین دادگستری درباره جرایم مشهود

هر چند جرم مشهود بنا به وضعیت و شرایطی که در آن رخ می‌دهد مستلزم انجام اقدامات سریع به منظور جلوگیری از امحاء آثار و ادله وقوع جرم می‌باشد، اما با این حال اعطای اختیارات گسترده تحقیقاتی و حتی اختیار بازداشت نمودن متهم و سلب آزادی تن او به ضابطان دادگستری، بدون استماع اظهارات و بررسی ادله طرفین دعوا عمومی و در نتیجه بدون دستور مقام قضایی صالح، خود می‌تواند یکی از موارد شایع نقض اصل تناظر باشد. در چنین وضعیتی و خصوصاً زمانی که امر منجر به بازداشت متهم قبل از دستور مقام قضایی می‌گردد، اظهارات متهم و ادله او مورد بررسی مقام قضایی قرار نگرفته است، بنابراین به سهولت می‌توان نقض اصل تناظر را به ضرر متهم در این موارد مشاهده نمود. از سوی دیگر وجود چنین اختیاری را مبنی بر

۱. زراعت، عباس، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳، ص. ۱۲۷.

بازداشت افراد بدون دستور قضایی توسط ضابطان دادگستری، که نماینده دادستان محسوب می‌شوند، می‌توان ناشی از عدم توازن حقیقی بین اختیارات قضایی قضات و اختیارات قضایی ضابطان دادگستری و در واقع به گونه‌ای تفوق قوه مجریه در قبال اختیاراتی که ذاتاً قضایی محسوب می‌شوند، دانست.<sup>۱</sup>

### ۲-۱-۲. اختیار دادستان بر نظارت نسبت به تحقیقات مقدماتی

در مرحله تحقیقات مقدماتی هیچ امری در پرونده کیفری بر اساس قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نسبت به دادستان محترمه و سری محسوب نمی‌شود. از همین روست که مقتن در ماده ۷۴ قانون مذکور اختیار حضور در جریان تحقیقات مقدماتی و نظارت بر آن را به طور مطلق به دادستان اعطا نموده است. علاوه بر این به موجب ماده ۱۰۵ قانون مذکور بازپرس مکلف به اجرای تقاضای قانونی دادستان می‌باشد. بدین ترتیب بسیار محتمل است که دادستان ادله و اظهاراتی را علیه متهم نسبت به پرونده امر مطرح نماید؛ در حالی که با توجه به محترمانگی دعواه کیفری در این مرحله نسبت به متهم در برخی از موارد (قرار عدم دسترسی به پرونده به موجب ماده ۱۹۱) متهم از دست یابی و اطلاع یافتن از این ادله و اظهارات محروم باشد و در نتیجه مقام تحقیق صرفاً بر اساس ادله ابرازشده توسط یک طرف دعوا علیه طرف دیگر، که ماهیتاً نیز از نظر جایگاه نسبت به دادستان ضعیفتر هم می‌باشد، بدون استماع اظهارات و بررسی ادله طرف مقابل علیه متهم تصمیماتی را اخذ نماید. این در حالی است که اگر متهم از ادله و اظهارات دادستان مطلع بود، می‌توانست در مقابل آنها از خود دفاع نماید و مانع اتخاذ تصمیم توسط مقام تحقیق علیه خود گردد. بدین ترتیب وجود چنین اختیاری برای دادستان و در مقابل منوعیت آگاهی متهم از تمام مستندات و اطلاعات دعواه عمومی می‌تواند موجبات نقض اصل تناظر را در این مرحله فراهم آورد؛ به نحوی که قاضی بدون استماع اظهارات و بررسی ادله هر دو طرف، علیه یکی از اطراف دعوا تصمیمی اتخاذ می‌نماید.

### ۳-۱-۲. تحقیق غیرعلنی از شهود

یکی از مصادیق تناظری بودن رسیدگی کیفری حق متهم درباره شهادت شهود است زیرا از این رهگذر هم یکی از مهمترین دلایل توسط مرجع رسیدگی کننده استماع می‌گردد و هم شهودی که علیه متهم استماع شده‌اند مورد سؤال او قرار می‌گیرند تا این روش، ادله اطراف امر کیفری توسط مقام قضایی مورد مشاهده و بررسی قرار گیرد که این امر همانا متضمن موضوع اصل تناظر مبنی بر استماع هر دو طرف دعوا و کشف حقیقت است که

۱. دلماس - مارتی، میری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳، ص. ۲۶۶.

در سیستم دادرسی اتهامی از طریق سؤال از شاهد و در سیستم دادرسی تفتیشی از طریق نقش فعال قاضی منجر به کشف واقعیت می‌گردد.<sup>۱</sup>

این حق واجد دو جنبه است. اول آنکه متهم نیز همانند دادستان حق دارد شهود خود را معرفی نماید تا از طریق مرجع رسیدگی کننده جهت بیان اظهارات خود احضار گردد. این حق در قسمت «ه» بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، قسمت «د» بند ۳ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین، قسمت «و» بند ۲ ماده ۸ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر مورد پذیرش قرار گرفته است. بدین ترتیب متهم نیز همانند دادستان و با همان ترتیباتی که او می‌تواند شهود خود را در مرجع رسیدگی کننده حاضر نماید، حق دارد تا درخواست احضار شهود خود را از مرجع رسیدگی کننده بنماید تا این رهگذر از نظر دیوان اروپایی حقوق بشر فرصت مساوی به منظور استماع شهود او نیز فراهم آید که این مقررات هم بیانگر مصادقی از تساوی اختیارات دفاعی طرفین و هم نشان‌دهنده نموهای از تناظر کیفری است.<sup>۲</sup> البته متهم حق غیرمحدودی مبنی بر احضار شهود ندارد بلکه مراجع داخلی رسیدگی کننده به طور معمول این حق را به منظور تصمیم‌گیری درباره اینکه آیا حضور یک شاهد ضروری است یا خیر، دارند.<sup>۳</sup>

جنبه دوم حق پرسیدن سؤال از شهودی است که علیه متهم اقامه شده است و به چالش کشیدن صحت اظهارات ایشان می‌باشد. این حق یکی از لوازم دادرسی ترافعی سیستم اتهامی محسوب می‌شود. این حق نیز در اسناد بین‌المللی حقوق بشری به صراحةت به عنوان یکی از لوازم تحقق دادرسی عادلانه ذکر شده است. قسمت «ه» بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، قسمت «د» بند ۳ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین، قسمت «و» بند ۲ ماده ۸ کنوانسیون امریکایی حقوق بشر راجع به این امر می‌باشد. تصریح به وجود چنین حقی برای متهم به خوبی یادآورنده نظام دادرسی ترافعی است<sup>۴</sup> که متهم تحت عنوان سؤال متقابل<sup>۵</sup> در برابر سؤال اولیه‌ای که از شاهد توسط فردی که او را احضار نموده است، توسط متهم یا وکیل او صورت می‌گیرد<sup>۶</sup> و به خوبی می‌تواند زمینه را برای بررسی ادله اطراف دعوای کیفری

1. Ambos, Kai, "International Criminal Procedure: Adversarial, Inquisitorial or Mixed?", International Criminal Law Review, vol. 3, 2003, p. 14.

2. Perna v. Italy available at <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61075>

3. S.N. v. Sweden available at:

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60564>

4. Nowak, Manfred, UN Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary, Second Revised, N.P. Engel Publisher, 2005, p. 262.

5. Cross-examination

6. Ellis Wild, Dusan, Webster's new World Law Dictionary, Wily Publishing Inc, 2008, pp. 136-137.

خصوصاً شهودی را که در مرحله تحقیقات مقدماتی علیه متهم به ارائه اطلاعات خود پرداخته‌اند، برای متهم و وکیل او فراهم آورد و اصل تناظر را به منصه ظهور رساند. کمیته حقوق بشر نیز با تأکید بر الزام شهود نسبت به حضور در دادگاه استفاده، مراجع رسیدگی کننده کشورهای عضو را از اظهارات کتبی ارائه شده توسط شهود، صراحةً مغایر با موازین میثاق اعلام داشته است. از منظر این کمیته هدف از برقراری حق پرسش از شاهد آن است که متهم دارای همان اختیاراتی برای احضار شهود و سوال پرسیدن از او باشد، که برای دادستان نیز مقرر شده است. از همین روست که کمیته در قضیه‌ای بیان داشته است: «با توجه به اینکه متهم نتوانسته شهود خود را در دادگاه حاضر نماید و شهود مقابله را مورد پرسش قرار دهد، مقررات میثاق در این باره نقض گردیده است». به علاوه پنهان نگاه داشتن هویت شهود از متهمین جرایم قاچاق مواد مخدر و جرایم تروریستی، به عنوان نقض این حق محسوب شده است.<sup>۱</sup> در دیوان کیفری بین‌المللی نیز علی‌رغم به رسمیت شناخته شدن حق سؤال از متهم ممکن است با در نظر گرفتن مسائل امنیتی شهود اخذ شهادت نه به گونه مرسوم بلکه به هر طریق مجاز دیگری صورت گیرد.<sup>۲</sup>

در حقوق ایران یکی از مهم‌ترین ادله‌ای که می‌تواند موجبات محکومیت یا برائت متهم را فراهم آورد اظهارات شهود و مطلعان است. به موجب ماده ۲۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ تحقیق از شهود و مطلعان در تحقیقات مقدماتی به صورت غیرعلنی و به موجب ماده ۲۰۷ همان قانون در غیاب متهم صورت می‌گیرد. بدین ترتیب دلیلی که علیه متهم ابراز شده است از دسترس او خارج است و او نمی‌تواند اظهارات خود را در قبال چنین دلیل بالهمیتی ابراز نماید و ادله مخالف آن را ابراز نماید. بنابراین در چنین حالتی نیز خصوصاً اگر به موجب ماده ۱۹۱ قانون اخیرالذکر قرار عدم دسترسی به محتويات پرونده علیه متهم نیز صادر شده باشد او از محتوای اظهارات شهود و مطلعین ناآگاه خواهد بود و نمی‌تواند از خود در قبال آن دفاع نماید. از همین رو محتمل است که قاضی تحقیق بدون استماع اظهارات متهم در قبال شهادت شهود به اتخاذ تصمیمی علیه متهم اقدام نماید و به عنوان نمونه قرار تأمین کیفری را تشديد نماید.

#### ۴-۱-۲. صدور قرار تأمین خواسته

صدور قرار تأمین خواسته در دادرسی مدنی نیز به عنوان یکی از استثنایات بارز اصل تناظر به حساب می‌آید، چه آنکه ماده ۱۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های

1. Safferling, Christophe, Towards an International Criminal Procedure, Oxford University Press, 2001, p. 277.

2. بیگزاده، ابراهیم، «سازمان ملل متحد و محاکم کیفری بین‌المللی: تئوری و عمل»، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۳۷۴، ۱۸، ص. ۱۳۱.

عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ مدیر دفتر دادگاه را مکلف نموده است تا به محض دریافت درخواست تأمین خواسته پرونده را فوری به نظر دادگاه برساند و دادگاه نیز بدون اختصار به طرف به دلایل درخواست کننده تأمین رسیدگی نماید و قرار تأمین یا قرار رد تأمین را صادر نماید. در ماده ۱۰۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز مقرر به مقام تحقیق اختیار صدور قرار تأمین خواسته را به نفع شاکی و علیه متهم بدون اطلاع او اعطا نموده است و علاوه بر این به موجب ماده ۱۰۹ همان قانون در مواردی که ابلاغ فوری قرار مذکور ممکن نباشد و تأخیر در اجراء موجب تضییع خواسته شود، اجرای قرار تأمین خواسته را قبل از ابلاغ نیز پیش‌بینی نموده است. بدین ترتیب صدور قرار تأمین خواسته هر چند مستقیماً راجع به دعواه عمومی نمی‌باشد و درباره دعواه خصوصی و ضرر و زیان ناشی از جرم است اما بدون استماع اظهارات و بررسی ادله هر دو طرف دعواه صادر می‌شود و می‌توان آن را به عنوان یکی از موارد ناقض اصل تناظر به حساب آورد.

## ۲-۲. اصل تناظر در مرحله محاکمه در دادگاه

مفad اصل تناظر در مرحله دادرسی در دادگاه کیفری نیز پذیرفته شده است. به عنوان نمونه ماده ۳۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ درباره لزوم برگزاری جلسه محاکمه به صورت ترافعی به نحوی که تمامی ادله‌ای که در مرحله تحقیقات مقدماتی علیه متهم به شیوه غیرعلنی و سری جمع‌آوری شده است، در محضر دادگاه و در حضور طرفین (خصوصاً متهم) مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد؛ به گونه‌ای که متهم حق به چالش کشیدن تمامی ادله ابرازشده را دارد. همچنین ماده ۳۲۶ نیز ناظر بر حق سؤال پرسیدن از شاهد طرف مقابل است. ماده ۳۵۱ نیز راجع به حق اطلاع یافتن متهم و شاکی از محتويات پرونده و اخذ تصویر از اوراق آن می‌باشد. یکی دیگر از مهم‌ترین مصاديق اجرای اصل تناظر را نیز ماده ۳۷۳ قانون مذکور مبنی بر عدم دریافت لوایح، اسناد و مدارک جدید توسط دادگاه پس از اعلام ختم رسیدگی بیان داشته است تا از این رهگذر تمامی ادله و اظهارات اطراف دعواه به اطلاع و استماع هم‌دیگر برسد و بدین ترتیب اصل تناظر با دریافت لوایح و مستندات جدید بعد از اعلام ختم مذاکرات مخدوش نگردد.

رسیدگی ترافعی<sup>۱</sup> و یزگی اصلی دادرسی مدنی است و در دادرسی‌های کیفری سیستم اتهامی<sup>۲</sup> نیز شیوه غالب رسیدگی است و ماهیت اساسی محسوب می‌شود.<sup>۳</sup>

البته بعضاً و بنا بر اشتباه مصطلح این دو، یعنی ترافعی و اتهامی، معادل همدیگر به حساب آمدند.<sup>۱</sup> در این گونه از رسیدگی اساساً قاضی به عنوان داوری منفعل محسوب می‌شود<sup>۲</sup> قاضی صرفاً تصمیم‌گیر نهایی بر اساس اظهارات طرفین دعوای است و هیچ اختیار عملی خصوصاً در دعاوی کیفری در جهت تحصیل دلیل ندارد.<sup>۳</sup> اما همین ویژگی نظام اتهامی است که قاضی را صرفاً به عنوان «هدایت‌گر بی‌طرف دادرسی»<sup>۴</sup> معرفی می‌نماید.<sup>۵</sup> با این حال قاضی همیشه نگران و درگیر رعایت قواعد دادرسی است تا مباداً قواعد و اصول دادرسی نادیده انگاشته شوند.<sup>۶</sup> در نظام دادرسی اتهامی حتی «رسیدگی ابتدایی»<sup>۷</sup> نیز به صورت ترافعی صورت می‌گیرد. دادستان ادله جمع‌آوری شده را ارائه می‌دهد و سپس متهم آنها را به چالش کشیده و حتی می‌تواند دلایل خود را نیز ارائه دهد؛ به نحوی که این تحقیقات نیز علنی صورت می‌گیرد.<sup>۸</sup>

یکی از مصادیق بارز اصل تناظر، حق متهم مبنی بر پرسیدن سؤال از شاهدی است که علیه او به ارائه اطلاعات می‌پردازد. سؤال از شاهد طرف مقابل که از عناصر رسیدگی ترافعی در نظام اتهامی است به دور از روابط شخصی و خویشاوندی، عداوت و وجود دعاوی بین شاهد و طرف دعوا کیفری محک مطمئنی در جهت اثبات صدق و کذب شهادت شاهد محسوب می‌گردد، به نحوی که بسیاری از مدعیان یا متهمان که حق اقامه شاهد را دارند از این امر امتناع می‌ورزند؛ چه آنکه در چنین حالتی طرف مقابل و وکیل او می‌توانند در جلسه محاکمه با انبوه سؤالات وضع را بیشتر به ضرر طرفی نمایند که شاهد را اقامه داشته است.<sup>۹</sup>

از همین روست که ماده ۳۲۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز به وجود این حق همانند ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸ تصویح نموده است. البته این سؤال نیز مطرح است که آیا مقتن صرفاً طرح نمودن سؤالات را از شاهد در نظر دارد و یا آنکه تأسیسی را مشابه نهاد سؤال مقابل در

1. Cryer, Robert; Friman, Hakan; Robinson, Darry; Wilmhurst, Elizabeth, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, 2007, p. 349.
2. Kubicek, Theodore, Adversarial Justice: Americas Courts System on Trial, Alogora Publishing, New York, 2006, p. 47.
3. Ibid.
4. The impartial director of the trial
5. Landsman, Stephan, Reading on Adversarial Justice: the American Approach to Adjudication, West Publishing Company, 1988, p. 87.
6. Bacigal, Ronald J., Criminal Law and Procedure: an Overview, 3rd Edition, Delmar Cengage Learning, 2009, p. Xxxviii.
7. Preliminary hearing
8. Samaha, Joel, Op. cit., p. 422.
9. ریاضی، علی‌اکبر، «سؤال از شاهد طرف مقابل»، مجله کانون وکلا، شماره‌های ۱۵۰ و ۱۵۱، بهار و تابستان ۱۳۶۹، صص. ۱۴۶-۱۴۷.

---

کامن لا انگلستان که امری است پیچیده و مشتمل بر سلسله سؤالات مکرر و تقریباً با سرعت بالا<sup>۱</sup> با توجه به تصریح به ترافعی بودن محاکمات کیفری در ماده ۳۵۹ قانون مذکور، مدنظر دارد.

به نظر می‌رسد با عنایت به غیرمرسوم بودن سیستم اتهامی رسیدگی در ایران و در نتیجه ناآشنایی دست‌اندرکاران امر قضا نسبت به این نظام و خصوصاً تفاوت ماهوی و مبنایی دادرسی کیفری ایران، که نمی‌توان آن را حتی در مرحله محاکمه در دادگاه نیز واجد ماهیتی اتهامی دانست چه آنکه در سیستم اتهامی آن چنانکه سابق هم متذکر شدیم قاضی اساساً داوری خنشی محسوب می‌شود، اما در دادرسی کیفری ایران به موجب ماده ۳۶۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ علی‌رغم تصریح به ترافعی برگزار شدن محاکمات کیفری در دادگاه‌ها بر اساس ماده ۳۵۹ همان قانون قاضی همچنان دارای اختیاراتی فراتر از آن حدی است که بتوان او را صرفاً به عنوان داوری خنشی به شمار آورد. زیرا او همچنان اختیار دارد تا علاوه بر ادله طرفین هر گونه تحقیق و اقدامی را که در راستای کشف حقیقت لازم است، انجام دهد چه آنکه اساساً وظیفه سؤال نمودن در سیستم تفتیشی را قاضی فعال بر عهده دارد و اطراف دعوی نیز می‌توانند سؤالات خود را پس از اعلام ختم سؤالات قاضی مطرح نمایند.<sup>۲</sup> در نتیجه نمی‌توان معتقد بر این بود که مقنن در دادرسی کیفری ایران نیز قصد تأسیس نهادی جدید مشابه سؤال متقابل در سیستم کامن لا دارد و صرفاً مانند گذشته دادرسی کیفری در ایران اطراف دعوی کیفری می‌توانند سؤالات خود را از شهود همدیگر مطرح نمایند؛ بدون آنکه در قالب کامن لا یی چنین امری مد نظر باشد. زیرا در یک سیستم سنتی تفتیشی، آن قاضی است و نه اطراف دعوی که تصمیم می‌گیرد کدام فرد یا افراد معرفی شده، به عنوان شاهد احضار گردد.<sup>۳</sup> در هر حال با توجه به به چالش کشیده شدن شهادت شهود در محضر مقام رسیدگی‌کننده، این حق یکی از لوازم رسیدگی ترافعی در سیستم اتهامی و از مصادیق اصل تناظر در نظام دادرسی حقوق نوشته می‌باشد.

با وجود این می‌توان در مواد مختلف قانون اخیرالذکر مواردی را یافت که برخلاف اصل تناظر محکمه بدون استماع اظهارات و بررسی ادله هر دو طرف دعوی عمومی نسبت به اتخاذ تصمیمی اعدام می‌کند. بدین ترتیب می‌توان موارد ذیل را به عنوان استثناء اصل تناظر در مرحله محاکمه کیفری به حساب آورد.

1. Zander, Michael, Cases and Material on English Legal System, 10th Edition, Cambridge University Press, 2007, p. 419.
2. Ibid, p. 395.
3. Ibid, p. 396.



## ۱-۲-۲-۱. اخراج متهم از دادگاه

قاضی محکمه موظف است نظم دادگاه را به هر طریقی برقرار نماید. اما بعضی اوقات حضور متهم در محاکمه موجب بر هم خوردن نظم جلسه می‌شود. در چنین وضعیتی باید تا آنجا که امکان دارد نظم دادگاه با حضور طرفین برقرار گردد. اگر قاضی نتواند نظم را بر پا نماید، چاره‌ای جز اخراج متهم از جلسه رسیدگی باقی نخواهد داشد. اما اخراج متهم از دادگاه موجبات نقض برخی از اصول دادرسی کیفری و تبعاً تضییع حقوق او را فراهم می‌آورد. اما سبب این محرومیت خود متهم است. اگر متهم در جلسه دادگاه حضور نداشته باشد، تفهیم اتهام و اخذ آخرین دفاع از او امکان نخواهد داشت و اعلام ختم مذاکرات و صدور رأی به موجب ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز قانوناً بدون اخذ آخرین دفاع ممکن نخواهد بود. از همین روست که مقتن برخلاف تبصره ۲ ماده ۱۸۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸ با در نظر گرفتن تبعات منفی اخراج اصحاب دعوی خصوصاً اخراج متهم و به موجب ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در صورت بر هم زدن نظم جلسه محاکمه توسط اصحاب دعوی بدون اخراج آنها دادگاه صرفاً می‌تواند دستور حبس ایشان را به مدت یک تا پنج روز صادر نماید. اما اگر افراد دیگری به غیر از اصحاب دعوی از جمله وکلای مدافع اصحاب دعوی موجب اخلال در نظم جلسه گردند، دادگاه حق اخراج آنها را دارد. بدین ترتیب درست است که مقتن با در نظر گرفتن توالی فاسد اخراج متهم از جلسه رسیدگی این امر را تجویز ننموده است، اما همچنان امکان اخراج وکیل مدافع او که بدون حضور او ممکن است متهم نتواند از خود به خوبی دفاع نماید و از رهگذر اخراجش ممکن است اصل تناظر مخدوش گردد اما در هر حال اخراج نتیجه عمل خود وکیل مدافع است و نمی‌توان دیگران را در این امر دخیل و مسئول دانست.

## ۱-۲-۲-۲. عدم حضور طفل متهم در محاکمه

جلسات محاکمه اطفال و نوجوانان به صورت غیرعلی و محترمانه برگزار می‌گردد و هر فردی حق حضور در آن را ندارد، مگر با موافقت دادگاه. طفل یا نوجوان متهم نیز علی‌الاصول در جلسه دادگاه حضور دارند. اما در برخی از موارد مصلحت متهم نابالغ مقتضی آن است که در جلسه دادگاه حاضر نباشد. چنانچه دادگاه احراز نماید که حضور طفل در دادگاه موجب صدمات روانی به وی می‌گردد، او را از حضور در دادگاه معاف می‌نماید. سخنان طفل معمولاً اثر حقوقی ندارد زیرا اراده او کامل نیست. از همین رو ممکن است چنین ادعا شود که عدم حضور وی منافاتی با اصل تناظر ندارد،

بلکه اگر حضور هم داشته باشد، دفاعی انجام نمی دهد. این ادعا معقول است اما ممکن است استماع اظهارات طفل در جلسه دادرسی، مؤثر باشد.<sup>۱</sup> در هر حال ماده ۴۱۴ قانون اخیرالذکر در این باره چنین بیان داشته است: «هر گاه مصلحت طفل موضوع تبصره ۱ ماده ۳۰<sup>۲</sup> این قانون اقتضا کند، ممکن است تمام یا قسمتی از دادرسی در غیاب او به عمل آید. رأی دادگاه در هر صورت حضوری محسوب می شود.»

## ۲-۲-۳. رسیدگی غیابی

در مواردی، اگر چه مفتن احترام به اصل تناظر را پیش‌بینی نموده و محکمه تناظری را مقرر داشته است اما بنا به دلایل متهم عملاً از فرصت و امکان دفاع محروم بوده و در نتیجه اصل تناظر رعایت نمی‌گردد. در اغلب موارد آن گونه است که متهم یا وکیل او با حضور در جلسه رسیدگی و یا تقدیم لایحه دفاعیه ادله جمع‌آوری شده را به چالش می‌کشند و آنچه را که لازم می‌دانند در دفاع از متهم اظهار می‌نمایند. اما همواره چنین نیست و این احتمال نیز وجود دارد که متهم به دلیل عدم اطلاع از زمان محکمه به علت عدم ابلاغ واقعی احضاریه و یا علی دیگر در جلسه محکمه حاضر نشده و لایحه دفاعیه نیز تقدیم ننماید. در چنین وضعیتی دادگاه به موجب ماده ۴۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ چنانچه جرم ارتکابی از جمله جرایم صرفاً حق‌اللهی (مثل شرب خمر و سبّ نبی) نباشد، می‌تواند نسبت به مسئله مطروحه رسیدگی نموده و حکم محکومیت علیه متهم صادر نماید. بنابراین رعایت اصل تناظر در محکمه غیابی عملاً ممکن نمی‌باشد. اما در این جا نیز قانون‌گذار در هر حال به محکوم‌علیه بدين ترتیب رعایت بعدی اصل تناظر امکان‌پذیر می‌گردد، زیرا بر اساس ماده ۴۰۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ پس از واخواهی، دادگاه مکلف به تعیین وقت محکمه و دعوت طرفین و بررسی ادله و دفاعیات محکوم‌علیه غایب می‌باشد تا براساس قاعده کلی و عقلی «الغائب على حجته» اصل تناظر با استماع اظهارات او برقرار و رعایت گردد.

از همین رهگذر است که به موجب ماده مذکور «چنانچه رأی دادگاه مبنی بر محکومیت متهم باشد، ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ واقعی، قبل واخواهی در همان دادگاه است...». حق واخواهی محکوم‌علیه غایب نسبت به حکم غیابی صرف نظر از میزان

۱. درباره چگونگی تأثیر اظهارات اطفال، مراجعه شود به: آخوندی، محمود، داستان یک زندگی: نیم قرن در دادگستری، تهران، سازمان چاپ و انتشارات، ۱۳۸۹، صص. ۳۱۷ - ۳۲۲.

---

مجازات پیش‌بینی شده است. و اخواهی حتی در صورتی که رأی ابلاغ واقعی هم نشده باشد، در هر زمان که محاکوم علیه غایب از مفاد رأی مطلع گردد، به موجب تبصره ۲ ماده ۴۰۶ قانون مذکور قابل طرح است. محاکمه غیابی متهم و اعطای حق و اخواهی به محاکوم علیه غایب شیوه معقول به منظور جمع بین حق عمومی جامعه در برقراری نظم و امنیت و حق شخصی متهم در استماع اظهارات و بررسی ادله او می‌باشد.

## نتیجه‌گیری

اصل تناظر در فرایند کیفری بر خلاف تناظر در دادرسی حقوقی صرفاً شامل استماع اظهارات و بررسی ادله اطراف دعوی و مناقشه (ترافق) درباره آن در جلسه رسمی محاکمه در دادگاه نزد دادرسی که قرار است نسبت به امر مطروحه اتخاذ تصمیم نماید، نمی‌باشد. تناظر کیفری به دلیل وجود مراحل و مراجع مختلف در یک فرایند کیفری مقتضی رعایت همیشگی استماع اطراف دعوی عمومی به ویژه متهم و خصوصاً در مرحله تحقیقات مقدماتی است که مستلزم اتخاذ تصمیمات متعدد و مختلف اعدادی و تمهدی از جمله صدور دستور جلب (ماده ۱۷۹)، قرار تأمین کیفری (ماده ۲۱۷)، قرار نظارت قضایی (ماده ۲۴۷)، قرار تأمین خواسته (ماده ۱۰۷)، قرار عدم دستری به پرونده (ماده ۱۹۱) و قرار معاینه و تحقیق محلی (ماده ۱۲۳) می‌باشد، که علی‌الاصول همگی باید مبتنی بر تناظر کیفری صورت گیرند که مقتضی اعمال این اصل بنیادین همانا اتخاذ هر گونه تصمیمات مربوط به دعوی کیفری پس از استماع طرفین و به چالش کشیدن دلایل اطراف دعوی عمومی است. بنابراین اگر تناظر کیفری مقدمه اتخاذ تصمیم در چنین اموری نباشد در نتیجه اصل تناظر کیفری نیز مخدوش شده و به طور کامل رعایت نمی‌گردد.

بدین ترتیب تناظر کیفری نه فقط شامل رسیدگی ترافعی در زمان محاکمه در دادگاه، به عنوان محدوده اصل تناظر در رسیدگی‌های حقوقی و حتی رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر، می‌باشد بلکه لوازم دیگری که در نظام حقوقی نانوشته به طور معمول در فرایند دادرسی مرسوم می‌باشد؛ مانند سؤال از شاهد و به چالش کشیدن او و افشاء مدارک و مستندات که در تمامی لحظات جریان دعوی عمومی به عنوان جزء لاینفک اصل تناظر در یک فرایند کیفری به حساب می‌آید که نتیجه آن تصمیم‌گیری درباره امور مطروحه در دعوای کیفری صرفاً بر اساس مرافعه و به چالش کشیدن اظهارات، ادعاهای و مستندات طرف مقابل در دعوی عمومی می‌باشد؛ چه آنکه صرفاً در چنین حالتی است که می‌توان رعایت تناظر کیفری را به صورت کامل به نظره نشست.

در قانون آیین دادرسی کیفری ایران نیز هر چند تصریحی به اصل تناظر کیفری صورت نگرفته، اما این اصل از لوازم یک رسیدگی عادلانه کیفری است. زیرا تنها در صورت اعمال اصل تناظر است که می‌توان به استماع اظهارات و بررسی و مناقشه دلایل ارائه شده به ویژه علیه متهم، امید داشت. به گونه‌ای که اتخاذ هر تصمیمی توسط مقام قضایی مبتنی بر اطلاع یافتن از اظهارات هر دو طرف دعوی کیفری باشد و نه صرفاً با آگاهی یافتن از دلایل و اظهارات طرفی که خواستار صدور تصمیمی است. هر چند اصل

---

بر رعایت کامل تناظر کیفری در سرتاسر فرایند کیفری است با این حال در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و خصوصاً در مرحله قبل از محاکمه متهم در دادگاه بر عموم این اصل نیز استثنائاتی وارد آمده است که اعمال آن را تا حدی تعديل نموده است و در نتیجه تصمیماتی در فرایند کیفری بدون تقابل طرفین دعوی عمومی به ویژه علیه متهم اتخاذ می‌گردد که می‌تواند بیش از پیش حقوق و آزادی‌های متزلزل متهم را در معرض خطر قرار دهد.

## منابع

- آخوندی، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۵.
- آخوندی، محمود، داستان یک زندگی: نیم قرن در دادگستری، تهران، سازمان چاپ و انتشارات، ۱۳۸۹.
- آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۵.
- الیوت، کاترین؛ ورنون، کاترین، نظام حقوقی فرانسه، ترجمه صفر بیگزاده، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۷.
- بیگزاده، ابراهیم، «سازمان ملل متحد و محاکم کیفری بین‌المللی: تئوری و عمل»، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۸، ۱۳۷۴.
- تدین، عباس (مترجم)، قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، تهران، انتشارات خرسندي، ۱۳۹۱.
- حیدری، سیروس، «اصل تناظر در حقوق فرانسه و کامن‌لا»، مطالعات حقوقی، دوره دوم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۸۹.
- دلماس - مارتی، می‌ری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.
- دهخدا، علی‌اکبر، لغتنامه، جلد چهارم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
- ریاضی، علی‌اکبر، «سؤال از شاهد طرف مقابل»، مجله کانون وکلا، شماره‌های ۱۵۰ و ۱۵۱، بهار و تابستان ۱۳۶۹.
- زراعت، عباس، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.
- ———، بطلان در آیین دادرسی کیفری، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۰.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۱.
- ———، «اصل تناظر»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره‌های ۳۵ و ۳۶، بهار تا زمستان ۱۳۸۱.
- شهرزادی، رستم (مترجم و گردآورنده)، قانون مدنی زرتشتیان در زمان ساسانیان: گفتاری درباره کتاب ماتیکان هزار داتستان، تهران، انتشارات فروهر، ۱۳۸۶.
- صانعی، پرویز، «ترجمه مقدمه ماتیکان هزار دادستان»، مجله حقوق مردم، شماره ۲۶، ۱۳۵۰.

- 
- طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه، جلد ششم، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.
  - عمید، حسن، فرهنگ عمید، جلد اول، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۷.
  - غمامی، مجید؛ محسنی، حسن، آیین دادرسی مدنی فراملی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
  - قلی پور، حسن؛ احمدی، سیدمهدی؛ جعفری متله کلائی، محمدحسن، «بررسی اصل تعادل ترافعی (تناظر) در دادرسی قضایی و داوری تجاری بینالمللی»، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۳۷، پاییز ۱۳۹۳.
  - کریمی، عباس؛ رحیمی‌پور، ایمان، «قواعد حاکم بر استجواب کیفری»، مجله حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۸.
  - گلدوzیان، ایرج، «حق دفاع در مراجع قضایی»، مجله دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۳، ۱۳۷۱.
  - متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۸.
  - محسنی، حسن، اصول حاکم بر دادرسی عادلانه در دعاوی مدنی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
  - «نظام‌های دادرسی مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۷، شماره ۱، بهار ۱۳۸۶.
  - محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (۳) بخش قضایی، تهران، انتشارات علوم اسلامی، ۱۳۷۷.
  - محمود، سیداحمد، اصول التقاضی وفقاً لقانون المرافعات، قاهره، دار ابوالمسجد للطبع بالهرم، ۲۰۰۵.

- Ambos, Kai, "International Criminal Procedure: Adversarial, Inquisitorial or Mixed?", International Criminal Law Review, vol. 3, 2003.
- Bacigal, Ronald J., Criminal Law and Procedure: an Overview, 3rd Edition, Delmar Cengage Learning, 2009.
- Cryer, Robert; Friman, Hakan; Robinson, Darry; Wilmshurst, Elizabeth, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, 2007.

- 
- Ellis Wild, Dudan, Webster's new World Law Dictionary, Wily Publishing Inc, 2008.
  - Frase, Richars, "Sentencing and Comparative Law Theory", in: Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context, Essays in Honor of Professor Mirjan Damaška, edited by John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers, Oregon, Hart Publishing, 2008.
  - Hungerford-Welch, Peter, Criminal Litigation and Sentencing, Sixth Edition, Cavendish Publishing Limited, London, 2004.
  - Jackson, John, "Transnational Faces of Justice: Two Attempts to Build Common Standards Beyond National Boundaries", in: Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context, Essays in Honor of Professor Mirjan Damaška, edited by John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers, Oregon, Hart Publishing, 2008.
  - Krapac, Davor, "Some Trends in Continental Criminal Procedure in Transition Countries of South-Eastern Europe", in: Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context, Essays in Honor of Professor Mirjan Damaška, edited by John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers, Oregon, Hart Publishing, 2008.
  - Kubicek, Theodore, Adversarial Justice: Americas Courts System on Trial, Alogora Publishing, New York, 2006.
  - Landsman, Stephan, Reading on Adversarial Justice: the American Approach to Adjudication, West Publishing Company, 1988.
  - Nowak, Manfred, UN Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary, Second Revised, N.P. Engel Publisher, 2005.
  - Safferling, Christophe, Towards an International Criminal Procedure, Oxford University Press, 2001.
  - Samaha, Joel, Criminal Procedure, 8th Edition, Belmont, Wadsworth, Cengage Learning, 2012.
  - Zander, Michael, Cases and Material on English Legal System, 10th Edition, Cambridge University Press, 2007.



## بایسته‌های کیفرگزینی در رویارویی با جرایم سایبری با تأکید بر رویه قضایی

جلال توحیدی نافع\*

حسین امیرلی\*\*

### چکیده

کیفرگزینی برای جرایم سایبری پاسخ رسمی و قهری به مجرمان سایبری و مهم‌ترین راهکار رویارویی با این جرایم است. کیفرگزینی به معنای اختیارات قضایی در تعیین کیفر برای محاکومان به ارتکاب جرایم رایانه‌ای است که در سه قالب تغییر مجازات قانونی، اجرای ناقص مجازات و عدم اجرای مجازات نمود می‌یابد. در بادی امر، کیفرگزینی یا تعیین قضایی کیفر نسبت به مرتكبان جرایم رایانه‌ای همانند دیگر مرتكبان است؛ ولی وقتی قانون‌گذار در کیفرگذاری برای این جرایم، برخی رویکردهای افتراقی را اتخاذ کرده است، در کیفرگزینی نیز همین رویکردهای افتراقی مطرح می‌شود. رویکرد افتراقی به کیفرگزینی نسبت به جرایم رایانه‌ای مبتنی بر رابطه عکس مجرم رایانه‌ای و جرم رایانه‌ای است. به همان اندازه که مجرمان رایانه‌ای به جهت ویژگی‌های سنی، جنسیتی، مکان و شرایط ارتکاب جرم، استعداد و قابلیت‌های بالا و مانند اینها ممکن است از جهت اعمال نهادهای مساعد به حال محاکوم، مورد توجه قرار بگیرند، به همان اندازه نیز جرم رایانه‌ای به جهت خسارت‌های گسترده، تحقق آسان تعدد جرم، تحقق در مکان‌های مختلف، ایجاد مشکلات متعدد نهادهای تعقیب برای کشف و حفظ آثار و علایم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم و مانند اینها مستحق نگاه سخت‌گیرانه قضایی است. این وضعیت تعارض‌گونه سبب می‌شود تا کیفرگزینی مجرم محور از کیفرگزینی جرم محور فاصله بگیرد و اهمیت کیفرگزینی برای رویارویی با جرایم رایانه‌ای نیز در درک و اعمال درست همین وضعیت تعارض‌گونه است.

Jalaltohidi@gmail.com

H.amirli@chmail.ir

\* دکتری حقوق جزا و معoun دادستان عمومی و انقلاب تهران (نویسنده مسئول)

\*\* داشجوی دکتری مدیریت امنیت فضای سایبر دانشگاه عالی دفاع ملی

تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۵/۱۰

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۲/۱۶

---

**کلیدواژه‌ها:** کیفرگزینی، جرم سایبری، مجرم سایبری، پرونده شخصیت، تناسب جرم و مجازات.

بایسته‌های کیفرگزینی در روابطی با جرایم سایبری با تأکید بر رویه قضایی

## مقدمه

کیفرگزینی مهم‌ترین و شاخص‌ترین قسمت رویه قضایی در رویارویی با پدیده‌های مجرمانه است. در واقع رویه قضایی در امور کیفری بیشتر از هر چیزی تابع کیفرگزینی است. دلیل این امر این است که قانون‌گذار در راستای واقعی و فردی کردن پرونده‌های کیفری، اختیارات عدیده‌ای به قضات می‌دهد تا لزوماً در پی تعیین کیفر قانونی نباشند و با توجه به این اختیارات، کیفری را تعیین کنند که نه تنها اهداف حقوق کیفری را مدنظر داشته باشد، بلکه متناسب با جرم ارتکابی و البته مرتكب آن باشد. این اختیارات عدیده‌ای رویه قضایی می‌شود که خود هویت مستقلی پیدا می‌کند و جدا از منابع اصلی حقوق کیفری و به ویژه قانون قابل تحلیل و ارزیابی است.

جرائم سایبری طیفی جدید از جرائم است که به جهت تبلور قضایی جدید به نام محیط تبادل اطلاعات یا محیط سایبر شکل گرفته‌اند. ویژگی‌های این قبیل جرایم از منظر بستر جرم، موضوع مورد حمایت، مرتكب و مانند اینها سبب شده است تا رویه قضایی به ویژه در زمینه کیفرگزینی، متفاوت از دیگر جرایم به نظر برسد. اینکه پس از گذشت کمتر از یک دهه از تصویب قوانین مرتبط با نقض هنجارهای رایانه‌ای و سایبری و به طور ویژه قانون جرایم رایانه‌ای مصوب خرداد ۱۳۸۸، رویه قضایی مشخصی با محوریت کیفرگزینی در ایران شکل گرفته است یا خیر، منوط به درک رویکردهای گوناگون در تعیین قضایی کیفر برای مجرمان سایبری از یک سو و لحاظ رویه قضایی ایران دست‌کم به شیوه استقرای ناقص از سوی دیگر است. هر چند عدم بررسی رویه قضایی ایران و تحلیل همه یا بیشتر آرای قضایی به عنوان یک آسیب جدی در ادبیات حقوقی ایران به شمار می‌رود، ولی دلایل عدم بررسی آن به جهات مختلف مانند عدم انتشار همه آرای کیفری، عدم ارتباط تنگانگ دستگاه قضایی و دانشگاهها و در نتیجه عدم تبادل فرآگیر اندیشه‌ها و نیز دگرگونی‌های عدیده قوانین کیفری که مجالی برای شکل‌گیری رویه قضایی مستمر و محکم باقی نمی‌گذارد، تا اندازه‌ای قابل توجیه است. با این حال بررسی رویه قضایی به ویژه از منظر کیفرگزینی باید به عنوان یک راهکار اساسی در رویارویی علمی و درست با جرایم و به طور ویژه جرایم سایبری لحاظ شود. بر این اساس چالش اصلی این نوشتار در اتخاذ رویکرد مناسب در کیفرگزینی در قبال جرایم سایبری است. ماهیت و شرایط ویژه جرایم سایبری، اقتضای چه رویکردی در کیفرگزینی دارد و اختیارات قضات در مواجهه با مرتكب آن، که متضمن اجرای عدالت، برقراری نظام عمومی و حفظ هنجارهای قضایی سایبر باشد، باید به کدام سو جهت پیدا کند؟ از آنجا که هنوز نظام و رویه مشخصی در قبال کیفرگزینی در رویارویی با جرایم سایبری در ایران شکل نگرفته است، در این نوشتار به بایسته‌های کیفرگزینی در رویارویی با جرایم سایبری از منظر سه رویکرد پرداخته می‌شود. در رویکرد اول بر

مبناه مجرم محوری به رویکرد سهل‌گیرانه پرداخته می‌شود که بر اساس سه عامل عمومیت‌گرایی، فرد محوری، فرعیت این طور استدلال خواهد شد که قاضی پرونده در مواجهه با جرایم سایبری اساساً باید نگاه تخفیف‌یافته و تعدیل‌مدار به تعیین کیفر داشته باشد. در رویکرد دوم بر مبنای جرم محوری به رویکرد سخت‌گیرانه پرداخته می‌شود که بر پایه سه عامل رفتار‌گرایی، پیامد‌گرایی و بازدارندگی، به این شکل تحلیل خواهد شد که پدیده جرایم سایبری اساساً در ردیف جرایم خطناک بوده و باید قاضی در تعیین مجازات، تشدید و سرکوب را سرلوحه خود قرار دهد. در رویکرد سوم بر پایه یک رویکرد فنی و بستر محور به رویکرد افتراقی پرداخته می‌شود. در این رویکرد بر اساس سه معیار بستر محور، موضوع محور و چندگانگی عاملیت در جرم، به این صورت استدلال خواهد شد که قاضی در رسیدگی به پرونده‌های مرتبط با جرایم سایبری باید از اتخاذ رویکردهای سهل‌گیرانه یا سخت‌گیرانه بپرهیزد و بر اساس یک منظر افتراقی به تعیین کیفر مبادرت ورزد. این سه رویکرد با بررسی رویه قضایی کنونی ایران همراه خواهد بود ولی پیش از بیان آنها، ابتدا لازم است که مفهوم و اوصاف کیفرگزینی به ویژه در پیوند با جرایم سایبری معرفی شود. بنابراین نوشتار حاضر در چهار جستار بیان می‌شود.

## ۱. اوصاف بnipادین کیفرگزینی

معیارهای تعیین قضایی مجازات سه ویژگی بنیادین دارند. نخست آنکه قاعده محوراند. دوم آنکه پویا و برنامه محوراند و سوم آنکه مساعد به حال محکوماند. برپایه ویژگی نخست یعنی قاعده محوری، تعیین قضایی مجازات به شیوه‌ها و جلوه‌های تجلی مجازات قانونی در رأی دادگاه کیفری گفته می‌شود. دادرس با توجه به اختیاراتی که قانون به وی داده، نسبت به کیفر قانونی آن چنان سلطه می‌باید که در عمل، کمتر آنچه که قانون گذار پیش‌بینی کرده به اجرا در می‌آید؛ از این رو کیفر قضایی هویتی جدا از کیفر قانونی می‌باشد که به جرأت می‌توان گفت که قواعد عمومی مجازات‌ها به اعتبار اختیارات قضایی معنا پیدا می‌کند و گرنه کیفر قانونی چنان ظرفیتی ندارد که بتوان برای آن قواعد عمومی کیفر به گونه‌ای که در حقوق جزای عمومی کشورها گفته می‌شود؛ در نظر گرفت. دلیل این امر روش است؛ زیرا پیش‌بینی قانونی کیفرها به همراه استثنایات آن مانند تخفیف‌ها یا تشددیهای قانونی یا تعلیق یا منع تعلیقی که خود قانون گذار به طور الزامی پیش‌بینی می‌کند، نمی‌تواند منشأ قواعد عمومی کیفرها باشد؛ زیرا موردهای استثنایی قانونی، چنان که از نام آنها بر می‌آید، مستثنیاتی‌اند که قانون گذار با یک پیش‌فرض مطرح کرده است؛ در حالی که نمی‌تواند از پیش تشخیص دهد که به طور عام و قاعده‌وار چه کسانی مشمول تخفیف یا تعلیق با تشدد شوند.

در واقع تعیین قواعد عمومی از سوی قانون‌گذار تنها در جایی صدق می‌کند که به طور مشخص و غالبی، قانون‌گذار خود را در نقش قاضی قرار می‌دهد و احساس می‌کند که در چنین حالتی می‌توان قاعده عمومی مرتبط با تعیین کیفر را مطرح کرد؛ مانند فراری دادن متهم یا شخص دستگیرشده یا مساعدت برای خلاصی مجرم از محکمه از سوی اقارب درجه اول متهم، قاعده‌ای قابل پیش‌بینی است؛ زیرا به جهت علقوه‌های خویشی و خانوادگی و به جهت نگاه سودانگارانه غالب افراد به رابطه بین قانون‌مداری و خواسته‌های بنیادین خویش؛ قابل درک و پیش‌بینی است که یک پدر یا فرزند واقعیت عینی یعنی متهمی که به اعتبار پدر بودن یا فرزند بودن برایش معنا یافته را بر قانون‌هراسی که واقعیتی اعتباری دارد؛ ترجیح می‌دهد. از این رو قانون‌گذار نیز با نگاه موردنی پیش‌بینی کرده که مقدار مجازات فراری یا خلاصی دهنده در هر مورد از نصف حداقل تعیین شده برای مرتكبی که رابطه خویشی درجه یک ندارد؛ بیشتر نخواهد بود.

(تبصره ماده ۵۵۴ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی).

قاعده‌های قانونی تعیین کیفر، عینی و پیش‌بینی‌پذیر هستند و قانون‌گذار نمی‌تواند جنبه‌های شخصی و موقعیت و شرایطی که بر اساس آنها، یک جرم رخ می‌دهد را به تفکیک پیش‌بینی کند. حتی اگر بخواهد در چنین مقامی باشد که کلیه قاعده‌های تعیین کیفر را خود تعیین کند با دو چالش بزرگ روبرو خواهد بود: نخست اینکه برای تک تک جرایم مجبور است قاعده‌های مجزا و جداگانه درنظر بگیرد؛ دوم آنکه برای شخصیت مرتكب و نیز موقعیت ارتکاب جرم نیز مجبور خواهد بود تا فروض و صور مختلفی را پیش‌بینی کند. این نوع قانون‌گذاری عملاً ناممکن بلکه نامعقول است. از همین رو است که قاعده‌های قانونی تعیین کیفر مستثنی شده و اختیارات قضایی در اعمال قواعد عمومی پررنگ‌تر می‌گردد. طبق ویژگی دوم یا پویایی، تعیین قضایی کیفر یک اقدام آنی نیست که قاضی در یک لحظه مشخص یا در مرحله مشخصی پس از اثبات مجرمیت متهم و محکومیت وی به انجام آن مبادرت می‌کند. تعیین قضایی کیفر یک برنامه کنترل‌پذیر، پویا و مستمر از سوی قاضی نیست به محکوم است که اتفاقاً با مفهوم فراغ دادرس سر ناسازگاری دارد. اگر در فراغ دادرس، قاضی نسبت به پرونده‌ای که رسیدگی کرده، مجدد رسیدگی و اظهار نظر نمی‌کند و به طور ویژه در حقوق کیفری نمی‌تواند نسبت به یک مرتكب تحت یک عنوان اتهامی دو یا چندبار رسیدگی کند، ولی در تعیین مجازات به جهت رعایت حال محکوم، امکان تجدیدنظر به کیفر تعیین شده پیشین وجود دارد. در واقع قاعده فراغ دادرس برای حمایت از حق محکوم است ولی زمانی که قاضی بخواهد در راستای منفعت محکوم، میزان یا نوع کیفر تعیین شده را تغییر دهد یا در اجرای کامل یا ناقص آن تجدیدنظر کند، نه تنها منع

قانونی و عقلانی وجود ندارد بلکه با توجه به تغییر شرایط و میزان اصلاح مرتكب یا رضایت بزه دیده یا جامعه، این امکان وجود دارد که کیفر پیشین اصلاح گردد. از این منظر، تعیین قضایی کیفر یک برنامه یا فرایند پویا و تغییرپذیر است. هر چند که عموماً در زمان صدور حکم، نسبت به محکوم تعیین تکلیف می‌شود؛ ولی پس از تعیین مجازات، همچنان دو راه بنیادین وجود دارد که کیفر قضایی تعیین شده را تحت تأثیر قرار می‌دهد: نخست، تغییر مجدد کیفر که قاضی می‌تواند کیفر پیشین را که خود تعیین کرده است، به نفع محکوم تغییر دهد. برای این مورد می‌توان به ماده ۴۸۳ ق.آ.د. ک. ۱۳۹۲ اشاره کرد که طبق آن هرگاه شاکی یا مدعی خصوصی در جرایم غیرقابل گذشت، پس از قطعی شدن حکم از شکایت خود صرفنظر کند، محکوم علیه می‌تواند از دادگاه صادر کننده حکم قطعی، درخواست کند که در میزان مجازات او تجدیدنظر شود. در این صورت، دادگاه به درخواست محکوم علیه در وقت فوق العاده و با حضور دادستان یا نماینده او با رعایت مقررات ماده (۳۰۰) این قانون، رسیدگی می‌کند و مجازات را در صورت اقتضا در حدود قانون تخفیف می‌دهد یا به مجازاتی که مناسب‌تر به حال محکوم علیه باشد، تبدیل می‌کند. دوم، ناتمام گذاشتن اجرای مجازاتی که از قبل قاضی نسبت به اجرای کامل آن مصمم بوده است. این حالت در نهادهایی مانند آزادی مشروط به کرات دیده می‌شود. این دو راه، قانوناً تنها برای قاضی صادر کننده رأی یا تعیین کننده کیفر مصدق دارد و گرنه طبق اصل فوریت اجرای کیفرها و نیز اصل اجرای کامل کیفر قضایی، هیچ نهادی به استثنای موارد مرتبط با اختیارات رهبری درباره عفو یا تخفیف مجازات محکومان نمی‌تواند جلوی اجرای حکم را بگیرد. طبق ماده ۴۹۴ ق.آ.د. ک. ۱۳۹۲ عملیات اجرای رأی با دستور قاضی اجرای احکام کیفری شروع می‌شود و به هیچ وجه متوقف نمی‌شود، مگر در مواردی که قانون مقرر نماید. روشن است که توقف قانونی اجرای مجازات هم شامل موردهای ویژه قانونی مانند بیماری محکوم علیه یا وضعیت خاص وی است و هم شامل اختیارات قاضی صادر کننده رأی درباره تغییر در رأی پیشین یا تجدیدنظر نسبت به اجرای کامل کیفر.

پویایی و فرایندمحوری تعیین قضایی کیفر نشان می‌دهد که تنها محدود به زمان صدور حکم نیست؛ بلکه زمان اجرای حکم را هم در بر می‌گیرد. از این منظر شاید بتوان به تعریفی مناسب از تعیین قضایی کیفر دست یافت که تعیین قضایی کیفر عبارت است از «اختیار دادگاه در تغییر مجازات قانونی یا تغییر در وضعیت اجرای آن». این تعریف کوتاه‌تر هم شامل نهادهای تغییر مجازات قانونی و نیز اجرای ناقص و عدم اجرای کیفر می‌گردد و هم اینکه شامل اختیارات دادگاه در زمان صدور حکم و قبل از صدور حکم و بعد از آن می‌شود. با این حال این نقص را دارد که به اختیار قاضی در تعیین مجازات

بین حداقل و حداکثر قانونی اشاره نمی‌کند. شاید این اختیار در محدوده قانونی به واقع در زمرة اختیارات قضایی نباشد ولی باید دانست که نسبت به محکوم انتخاب مایل به حداقل تا گزینش مایل به حداکثر بسیار تعیین‌کننده و سرنوشت‌ساز است.

در نظام کیفری ایران، قاضی اجرای احکام نسبت به رأی قطعی دادگاه، اختیار ماهوی ندارد؛ از این رو قاضی اجرای احکام را نمی‌توان در فرایند تعیین قضایی کیفر تأثیرگذار دانست. طبق ماده ۴۸۹ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲، وظایف قضایی اجرای احکام تنها حول محور اجرا بدون تعیین کیفر یا تغییر کیفر است نظیر صدور دستور اجرای احکام لازم‌الاجرا کیفری و نظارت بر شیوه اجرای آنها، نظارت بر زندان‌ها در امور راجع به زندانیان، اعلام نظر درباره زندانیان واجد شرایط عفو و آزادی مشروط مطابق قوانین و مقررات و اعطای مخصوصی به محکومان براساس قوانین و مقررات. شاید ماده ۷۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲، موقعیت قضایی اجرای احکام در فرایند تعیین قضایی مجازات‌های جایگزین حبس را شفاف‌تر کند که مقرر می‌دارد: «قاضی اجرای احکام می‌تواند با توجه به وضعیت محکوم و شرایط و آثار اجرای حکم، تشديد، تخفیف، تبدیل یا توقف موقت مجازات مورد حکم را به دادگاه صادر کننده رأی پیشنهاد کند.» با این حال قاضی اجرای احکام و دیگر نهادها ممکن است بنا به پیش‌بینی قانون‌گذار در روند تعیین قضایی تأثیرگذار باشند؛ برای نمونه طبق بند (ت) ماده ۵۲۴ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲، شورای انضباطی زندان می‌تواند محرومیت از پیشنهاد آزادی مشروط حداکثر تا شش‌ماه برای زندانی مختلف تعیین کند که پس از تأیید قاضی اجرای احکام لازم‌الاجرا می‌گردد. در اینجا قاضی صادر کننده رأی نمی‌تواند بر خلاف نظر شورای انضباطی و قاضی اجرای احکام، زودتر از موعدی که برای استفاده از آزادی مشروط تعیین شده، حکم به آزادی مشروط صادر نماید.

ویژگی سوم تعیین قضایی مجازات، مساعد بودن آن به حال محکوم است. تعیین قضایی مجازات در مفهوم اصلی و خاص خود با محکومیت ملازمه دارد و تعیین کیفر در طول محکومیت قرار می‌گیرد. فرض بر این است که اختیارات قضایی در تعیین کیفر در راستای مساعدت و توجه به محکوم است و گرنه قانون‌گذار در تعیین مجازات نهایت سخت‌گیری و برابری را اعمال کرده است؛ از این رو در تشديد کیفر، منطقاً اختیاری برای قاضی نیست و عموم آنچه که باید به میزان قانونی کیفر افروده شود، توسط خود قانون‌گذار انجام می‌گیرد. در واقع در تشديد مجازات، قاعده‌های قانونی تعیین کیفر حالت موردي و استثنائي نبوده و بر قاعده‌های قضایي تعیین کیفر غلبه دارند. قانون‌گذار درمی‌یابد که افزایش کیفر به میزانی محدودتر از آنچه که در قالب حداقل و حداکثر قانونی پیش‌بینی شده یا حتی نزدیک به حداکثر یا خود حداکثر و یا فراتر از آن، باید

تنها به صورت یک قاعده قانونی و مسلم باشد تا مرتکب بیشتر از آنچه مدنظر قانون گذار بوده، کیفر نبیند. تشدید کیفر به اندازه‌ای از تعیین قضایی دور می‌شود که حتی موردهای عام افزایش مجازات یعنی تعدد جرم، تکرار جرم و سرددستگی در زمرة موضوعات مرتبط با جرم مطرح می‌شوند تا مجازات؛ هر چند که اثر آنها مهم‌تر از ماهیت آنها است و از همین منظر در زیر تشدید عام مجازات قرار می‌گیرند؛ زیرا اثر آنها افزایش کیفر است. در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، قانون گذار گام‌های مهمی برداشته تا تشدید کیفر از ساحت تعیین قضایی دور شود. با این حال، هر چند تشدید کیفر بیشتر در دست قانون گذار است تا قاضی؛ ولی این نهاد به عنوان یک استثنای در کنار معیارهای تعیین قضایی کیفر که عموماً مساعد به حال محکوم‌اند، لحاظ می‌شود.

تعیین قضایی کیفر در قبال جرایم سایبری شامل هر اقدام یا فرآیندی است که قانون برای قاضی تجویز کرده و اعمال آن را در اختیار قاضی نهاده است. هر چند این اختیار به طور موردی در تعیین اقدام تأمینی و نیز میزان جبران خسارت بزه، قابل اعمال است؛ ولی در اصل منطبق بر مفهوم خاص مجازات یعنی واکنش اصلی به جرم است. اختیار قاضی یا در محدوده مجازات قانونی معنا پیدا می‌کند یا بیرون از محدوده قانونی که در اصل، کیفرگزینی در همین جا معنا پیدا می‌کند و از کیفرگذاری تفکیک می‌شود. کیفرگزینی در سه حالت نمود دارد: یا قاضی اختیار تغییر نوع یا میزان مجازات را دارد، یا اختیار اجرای ناقص مجازات یا اختیار در عدم اجرای مجازات. به جز تشدید کیفر و برخی صور جایگزین‌های جبس که قاضی اختیار در محدوده قانونی دارد، اعمال سایر نهادهای کیفری همگی در اختیار قاضی‌اند.

در مواجهه با جرایم سایبری اگر رویه قضایی از اختیارات سه‌گانه فوق بهره بگیرد، در این صورت رویه قضایی همانند دیگر جرایم است مگر اینکه به طور معناداری، میزان اعمال اختیارات در جرایم سایبری بیشتر یا جهت‌دار باشد. بنابراین در قبال جرایم سایبری می‌توان این اختیارات را بر اساس سه رویکرد سنجید که نخستین رویکرد، همان تبعیت از مقتضای اختیارات قضایی یعنی سهل‌گیری نسبت به مرتکب است.

## ۲. رویکرد سهل‌گیرانه در کیفرگزینی

رویکرد سهل‌گیرانه در کیفرگزینی مبتنی بر این است که قاضی مواجه با جرایمی است که به اندازه جرایم فضای سنتی خطرناک نیستند، زیرا این جرایم معمولاً از سوی عموم شهروندان سر می‌زند و نیز گاهی استعداد و توانایی در انجام آنها شرط است و گاهی به کمترین تلاش برای انجام دادن نیاز دارند و فراتر از همه اینها، کیفرگزینی در قبال این جرایم عموماً بر این محور استوار است که فضای سایبر، فرع بر فضای سنتی و

فیزیکی است و نباید برای یک فضای جایگزین و فرعی، سخت‌گیری روا داشت. بر این اساس، رویکرد سهل‌گیرانه در قالب سه شاخص بررسی می‌شود.

یکم، عمومیت‌گرایی. فضای سایبر فضای خلوت‌ها است و در این فضا به جهت محوریت اطلاعات، حريم خصوصی و محروم‌گی داده و سامانه، اولین و مهم‌ترین اولویت است. همین ویژگی سبب شده تا عmom شهروندان در فضای سایبر، احساس نبود کنترل دولتی و کنترل‌های اجتماعی و فرهنگی داشته باشند و بستر ارتکاب جرم مانند سرقت و بارگذاری‌های غیرمجاز، نقض حقوق پدیدآورندگان و هرزه‌نگاری را فراهم بینند. گرایش عمومی به ارتکاب جرایم سایبری به ویژه اگر همراه با محدودیت‌های متعدد قانونی باشد؛ نشان می‌دهد که شمار مرتكبان جرایم سایبری در مقایسه با شمار کاربران یک استثنا تلقی نمی‌شود؛ برای نمونه انتشار محتوای مبتذل یا انتشار بدون مجوز م-tone علمی و دانشگاهی در شبکه‌های اجتماعی مجازی جرم به شمار می‌رود ولی بخش بزرگی از کاربران این شبکه‌ها از ارسال یا بارگذاری چنین محتویاتی ابا نمی‌کنند. هر چند یک روی این سکه، بالا بودن آمار سیاه بزهکاری است ولی روی دیگر آن گرایش عمومی به ارتکاب دست‌کم بخشی از جرایم سایبری است و همین نکته نشان می‌دهد که قاضی نمی‌تواند در تعیین کیفر برای جرایم سایبری رویکرد سخت‌گیرانه‌ای داشته باشد، وقتی چنین رویکردی نمی‌تواند اهداف حقوق کیفری را در این زمینه تأمین کند.

دوم، فردمحوری. فردگرایی یا فردگرایی همانا متناسب ساختن کیفر با وضعیت مرتكب و شرایط حاکم بر ارتکاب جرم است. آنچه که به تناسب قضایی جرم و کیفر اطلاق می‌شود، نسبت به جرایم سایبری، اقتضای رویکرد سهل‌گیرانه را دارد. تناسب جرم و کیفر، برای منظور کردن همه بایسته‌های پرونده در تعیین کیفر گفته می‌شود که گاه اصل فردی کردن کیفر نیز در برابر آن گفته می‌شود. محتوای پرونده گویای واقعیت‌های فردی، اجتماعی و محیطی آن است که سبب می‌شود تا قاضی بر اساس آنها اقدام به تعیین کیفر نماید. گاه قانون‌گذار به طور موردي به لزوم رعایت نسبت مجازات با این واقعیت‌ها اشاره کرده است؛ برای نمونه، طبق تبصره ماده ۶۴ ق.م.ا، ۱۳۹۲ دادگاه در ضمن حکم، به سنتیت و تناسب مجازات مورد حکم با شرایط و کیفیات مقرر در این ماده تصریح می‌کند.

تناسب جرم و مجازات در جرایم مهم بیشتر در گرو تشكیل و مدیریت پرونده شخصیت و در جرایم کم‌اهمیت عموماً مبتنی بر تشخیص ساده قضایی است. پرونده شخصیت که به صورت مجزا از پرونده عمل مجرمانه تشكیل می‌گردد، حاوی مطالب زیر است: الف - گزارش مددکار اجتماعی در خصوص وضع مادی، خانوادگی و اجتماعی متهم و ب - گزارش پزشکی و روان‌پزشکی. خلاصه پرونده شخصیت در کیفرخواست منعکس

می‌شود (ماده ۲۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲). این پرونده می‌تواند بیان چرایی ارتکاب جرم رایانه‌ای باشد ولی قاضی نمی‌تواند این مورد را نادیده بگیرد که بخشی از مرتكبان جرایم رایانه‌ای، اشخاص مستعد یا دارای منزلت اجتماعی یا کسانی هستند که به جهت کنترل‌های دولتی و اجتماعی بیرونی در برابر جرم خویشتن‌دار هستند. تشکیل پرونده شخصیت برای چنین اشخاصی، عموماً نمی‌تواند چرایی ارتکاب جرم سایبری را توضیح دهد. از این رو هر چند بخش بزرگی از جرایم سایبری در ردیف جرایم مهم (تعزیری درجه یک تا چهار) نیستند ولی در هر حال قاضی در کیفرگزینی نمی‌تواند وضعیت روانی، اجتماعی و خانوادگی مرتكب را با معیارهای جرایم غیررایانه‌ای بسنجد.

سوم، فرعیت بستر جرم. فضای سایبر هر چند به عنوان دنیای جدید با امکانات گسترده مطرح می‌شود که مرازها را در نوردیده است، ولی در نهایت به عنوان فرع دنیای واقعی بشر شناخته می‌شود. بنابراین امکانات و تجهیزات این فضا که در چهار دهه پیش برای بیشتر کشورها شناخته شده نبود، نمی‌تواند آن چنان اساسی و حیاتی باشد که زندگی بشر را به خود وابسته کند. از این رو جدا از وابستگی برخی نهادهای خدمات رسان حیاتی به فضای سایبر ولی مجموعاً زندگی اشخاص حقیقی و حقوقی به‌گونه‌ای نیست که وابستگی بنیادین به فضای سایبر داشته باشد. همین امر سبب می‌شود تا قاضی دادگاه، نسبت به حمایت از هنجارها و ارزش‌های فضای سایبر، برخلاف هنجارها و ارزش‌های سنتی، انعطاف به خرج دهد. بنابراین اساس فضای سایبر یعنی اطلاعات و نیز بستر تحقق آن یعنی سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی اگر با ارزش‌ها و هنجارهای بیرونی سنجیده شوند، نشان می‌دهد که فضای سایبر در هرحال فرع بر دنیای بیرونی و فیزیکی است. برای نمونه قاچاق مخابراتی یا استفاده از پهنانی باند بین‌المللی بدون مجوز، در یک نگاه مقایسه‌ای، استفاده کردن غیر مجاز از امکان اتصال در نقطه تماس بین‌المللی است که از دید قاضی می‌تواند یک بزه نوین و ساختگی به اقتضای فضای سایبر تلقی شود که چندان تعارض شدید با ارزش‌ها و هنجارهای بیرونی نداشته باشد. طبق ماده ۲۴ قانون جرایم رایانه‌ای (ماده ۷۵۲ قانون مجازات اسلامی الحاقی ۱۳۸۸)، هرکس بدون مجوز قانونی از پهنانی باند بین‌المللی برای برقراری ارتباطات مخابراتی مبتنی بر پروتکل اینترنتی از خارج ایران به داخل یا بر عکس استفاده کند، به حبس از یک تا سه سال یا جزای نقدی از یکصد میلیون ریال تا یک میلیارد ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد. در واقع «عملکرد قانون‌گذار از جهت میزان مجازات در برخی موارد به هیچ‌وجه قابل دفاع نیست؛ برای مثال حبس به مدت سه سال و جزای نقدی به مقدار یک میلیارد ریال، موضوع مجازات ماده ۲۴ قانون جرایم رایانه‌ای

مجازات به هیچ‌وجه قابل مسامحه نیست.<sup>۱</sup> در دید دادگاه هم کمینه کیفر مدنظر قرار می‌گیرد. در یک پرونده، قاضی ضمن اشاره به عنوان اتهامی «قاچاق مخابراتی» که البته در قانون چنین عنوانی نیامده است، مقرر می‌دارد که «ارتکاب بزه انتسابی از سوی نامبرده محرز است، لذا به استناد ماده ۷۵۲ قانون مجازات اسلامی (ماده ۲۴ قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۸۸/۳/۵) متهم موصوف را به تحمل یک سال حبس تعزیری محکوم می‌نماید.<sup>۲</sup> این مجازات در واقع حداقل مجازات مقرر برای مرتكب است. البته در این رأی کوتاه روشن نمی‌شود که قاضی چرا از عنوان «قاچاق مخابراتی» استفاده کرده و در تعیین کیفر چه ذهنیتی از آن داشته است ولی می‌توان گفت که چنین تعبیری، همانندسازی آن با عنوان‌های مجرمانه مرتبط با قاچاق است که در محیط بیرونی کاربرد دارد و مجموعاً در زمرة جرایم مهم تلقی می‌شوند. به همین دلیل محکوم کردن به حداقل مجازات قانونی در رأی پیش‌گفته می‌تواند حاکی از همین ذهنیت باشد، چرا که در رأی دیگری از شعبه دیگر با عنوان اتهامی «مشارکت در قاچاق مخابراتی دادگاه» مستند به ماده ۲۴ قانون جرایم رایانه‌ای حکم محکومیت برای آقایان ... و ... به پرداخت یکصد میلیون ریال جزای نقدي و آقای ... به پرداخت پانصد میلیون ریال جزای نقدي صادر می‌کند و در اجرای مواد ۴۶ و ۵۰ و ۵۲ و ۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اجرای تمامی

مجازات مقرر در خصوص آقایان ... و ... به مدت دو سال معلق می‌گردد.<sup>۳</sup>

این رأی برای فرد سوم که متضمن محکومیت به پانصد میلیون ریال جزای نقدي است، در واقع غیابی بوده است. سنجش دو رأی نشان می‌دهد که در رأی اول شخص به جهت قاچاق مخابراتی به یک سال حبس و در رأی دوم، دو تن از متهمان به جهت مشارکت در قاچاق مخابراتی به جزای نقدي متعلق شده محکوم می‌شوند که جدا از فاصله دو رأی از همدیگر، ولی به جهت مختص بودن هر دو رأی، این نکته بیان می‌شود که ذهنیت قضاط برای جرایم جدیدالظهور مانند جرایم سایبری اساساً مبتنی بر مساعدت است و هر چند به نظر در هر دو رأی مساعدت بر مبنای تعیین حداقل کیفر قانونی بوده است ولی در رأی دوم، اعمال تعليق کامل کیفر که عمولاً برای حبس توجیه‌پذیرتر است، نشان می‌دهد اساساً برای محکومین، کیفر قابل اجرایی در نظر گرفته نشده است.

۱. حاجی ده‌آبادی، احمد؛ سلیمی، احسان، «اصول جرم‌انگاری در فضای سایبر با رویکردن انتقادی به قانون جرایم رایانه‌ای»، فصلنامه مجلس و راهبرد، شماره ۸۰، زمستان ۱۳۹۳، ص. ۷۴.

۲. رأی شماره ۹۰۰۰۶۹۴ در پرونده کلاسه ۹۱۰۹۹۸۲۱۷۹۲۰۰۴۸۱ صادره از شعبه ۱۰۴۱ دادگاه کیفری دو تهران.

۳. رأی شماره ۹۰۰۰۶۰ در پرونده کلاسه ۹۰۰۹۹۸۲۱۷۹۲۰۱۰۷۵ به تاریخ ۱۳۹۴/۲/۵ صادره از شعبه ۱۰۲۸ دادگاه عمومی جزایی تهران.

### ۳. رویکرد سخت‌گیرانه در کیفرگزینی

رویکرد سخت‌گیرانه به جرایم سایبری، قرائت غالب در بیشتر نظامهای حقوقی کشورها و از جمله ایران است. چنین جرایمی خطرناک تلقی می‌شوند، چون رفتار آنها در همان حال که به راحتی محقق می‌شوند، خطرناک برای کلیت فضای سایبری یا بخشی از محیط تبادل اطلاعات است. شاید مهم‌تر از آن، جرایم سایبری به جهت نتایج و آثار گسترهای که به همراه دارد و سبب زیان‌های فراگیر می‌شود، چهره خطرناکی دارد. افزون بر این دو، شکنندگی اطلاعات و سامانه‌ها در فضای سایبر اقتصای آن را دارد که برای بازدارندگی از ارتکاب جرایم سایبری، به واقع قضی باشد برای مجرمان سایبری، نگاه منفی و سخت‌گیرانه داشته باشد. بنابراین بر اساس سه نگاه زیر، رویکرد سخت‌گیرانه توجیه می‌شود.

یکم، رفتارگرایی. توجه به رفتار جرایم سایبری نشان می دهد که ویژگی های آن تماماً قاضی را به سمت شدت در تعیین کیفر رهنمون می کند که از جمله مهم ترین آنها عبارت اند از اینکه اولاً رفتار این جرایم با زمان اندک و با سرعت ولی در مکان های گستردگی روی می دهد. چنین وضعیتی، رفتار جرم سایبری را شبیه یک بیماری مسری می کند که در زمان کوتاه در مکان های بسیار شیوع پیدا می کند. ثانیاً ناشناختگی انجام دهنده رفتار که «از یک سو اصولاً شناسایی کاربران ماشین متصل به شبکه امری پیچیده و پرهزینه است. از سوی دیگر استفاده از شیوه های سرقت مشخصات دیگر ماشین ها، استثمار آنلاین و سایر مخفی کاری های موجود، امر شناسایی مرتبکین را به صورت معمول سخت و بعضاً غیر ممکن ساخته است. این جرایم عمدتاً قبل از اطلاع نهادهای قانونی و حتی خود قربانی رخداده و آثار جرایم و نرم افزارهای مورد استفاده، پس از ارتکاب توسط بزهکار سریعاً نابود می شوند و یا به صورت اتوماتیک از بین می روند.»<sup>۱</sup> ثالثاً بخش عمده ای از رفتار جرایم رایانه ای را اشخاص حقوقی انجام می دهند. امکانات اشخاص حقوقی و رویکرد سودگرایی در قبال فعالیت آنها به همراه قصد و اراده جمعی بر انجام برنامه های شخص حقوقی، بیانی از خطرناکی رفتار اشخاص حقوقی در مقایسه با اشخاص حقیقی است. از همین رو بوده است که نقطه شروع مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام حقوقی ایران، جرایم سایبری بوده است و «اقدام قانون گذار ایران در رابطه با ایجاد مسئولیت کیفری برای این اشخاص امری کاملاً طبیعی بوده و در واقع استفاده از ابزار گسترش مسئولیت کیفری برای مبارزه با جرایم جدید است.»<sup>۲</sup>

<sup>۱۰</sup> جوان جعفری، عبدالرضا، «جرایم سایبر و رویکرد افتراتی حقوق کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی بخش، حرام، ایمانه»، مجله دانش و تخصص، شماره ۳۴، اسفند ۱۳۸۹، ص. ۱۷۶.

۲. رضوی فرد، بهزاد؛ موسوی، سید نعمت‌الله، «مسئولیت کیفری در فضای سایبر در حقوق ایران»، پژوهش حقوق کیفری، سال انتخاب شانزدهم، سال ۹۵، ص. ۹۵.

انجام رفتار جرایم سایبری با صفحه کلید یا حرکت موس یا لمس صفحه هوشمند یا ارسال موج و نظری اینها بسیار با تدارک انجام رفتار جرایم در محیط بیرون فرق می‌کند. به هر اندازه که رفتار جرم آسان‌تر و سریع‌تر محقق شود، به همان اندازه نیز باید در تعیین کیفر سخت‌گیری روا داشته شود؛ زیرا این سخت‌گیری ارسال پیامی برای مرتكبان است که راحتی انجام رفتار یا فراهم بودن محیط سایبری برای ارتکاب جرم یا حتی فرامرزی بودن جرایم سایبری نباید دستاویزی برای جرم سایبری باشد.

دوم، پیامدگرایی: آثار و پیامدهای جرایم سایبری از رفتار این جرایم مهم‌تر است. نقض محرمانگی و تمامیت داده‌ها و سامانه‌ها از یک سو و اثرگذاری بر کارکرد سامانه‌ها و شبکه از سوی دیگر به همراه تهدیدات عدیده بر ضد حریم خصوصی و حیثیت یا شهرت اشخاص حقیقی و حقوقی، بیانی از مخاطرات جرایم سایبری است که جز رویکرد سخت‌گیرانه در تعیین کیفر را اقتضانمی‌کند. در واقع اگر رفتار گرایی بیشتر به عملکرد بزهکار توجه دارد پیامدگرایی بیشتر بر لحاظ موقعیت بزهدهیده است. بدین ترتیب «آنچه از حقوق حمایتی بزهدهیده و همچنین اصول تضمین حقوق بزهدهیده در مرحله فرآیند صدور حکم حاصل می‌شود شامل مستدل بودن احکام، تسريع صدور حکم، صدور حکم ضرر و زیان در ضمن حکم کیفری تقاضای اعسار و معافیت وقت از پرداخت هزینه دادرسی در شکایت کیفری و در دعاوی ضرر و زیان ناشی از جرم، تشديد حکم مجازات بدوی در مرحله تجدیدنظر خواهی می‌باشد.»<sup>۱</sup>

پیامدگرایی از دو جهت مورد توجه قرار می‌گیرد. نخست از منظر گستردگی نتایج زیان‌بار و دوم که مرتبط با مورد اول است، کثرت بزه‌دیدگان است. جرایم رایانه‌ای به‌گونه‌ای قابلیت ارتکاب دارند که با امکانات و ریسک کمتر، می‌توانند در مقایسه با جرایم سنتی، بزه‌دیده بیشتری داشته باشد. در واقع این قابلیت نشان می‌دهد که جرایم سایبری مبتنی بر کثرت بزه‌دیده‌اند و در این میان مثال کلاهبرداری رایانه‌ای شاید از همه بر جسته‌تر باشد. در مقررات کیفری سنتی، زمانی که کلاهبرداری با استفاده از تبلیغ عامه از طریق وسائل ارتباط جمعی از قبیل رادیو، تلویزیون، روزنامه و مجله یا نطق در مجامع و یا انتشار آگهی چاپی یا خطی صورت گرفته باشد، مشهور به کلاهبرداری مشدد می‌شود. در واقع رسانه قابلیت گستردگی رفتار و در نتیجه تعدد بزه‌دیده‌هایی را به همراه دارد که مرتبط با رسانه و معتمد به آن هستند. به همین ترتیب، فضای سایبر که امروزه قوی‌ترین و گستردگترین رسانه به شمار می‌رود، بستر تحقق کلاهبرداری، اینهای، ۵. مقابله سیاست‌الات از کلاهبرداری، سنت، مشدد خواهد بود. از این‌و

۱. اسلامی، ابراهیم، «جایگاه حایات از بزدیدگان جرایم سایبری در مقررات کیفری حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل»، *بیهودشنامه حقوق اسلام*، شماره ۴۳، بهار و تابستان، ۱۴۰۰، ص ۳۹۵-۱۷۷.

قضات در این زمینه، تنها با رویکرد سخت‌گیری در کیفرگزینی می‌توانند پاسخ مناسبی به رفتار مرتکب در گزینش بزه‌دیدگان متعدد بدنهن. در یک پرونده، دادگاه فارغ از میزان مال موضوع جرم، به جهت اقدام مرتکب در دست‌اندازی به قربانیان متعدد، کیفر قابل توجهی را مدنظر قرار داده است. در رأی صادره در این پرونده «متهم با ورود در سیستم‌های بانکی مبالغی را از حساب دیگران به حساب آنان واریز و سپس برداشت می‌نموده است و شکات در مقام متهم در مراجع دیگر تحت تعقیب قرار می‌گیرند در حالی که بزهکار اصلی آقای ... بوده که با استفاده از حساب بانکی آنان مرتکب کلاهبرداری اینترنتی گردیده است. بناءً علیه‌هذا دادگاه بزهکاری وی را محرز و به استناد ماده ۱۳ قانون جرایم رایانه‌ای وی را به تحمل دو سال حبس تعزیری، رد وجوه ادعایی شکات و بیست میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌نماید و در خصوص مازاد بر مبالغ برداشت از حساب شکات که ذی حق نبوده و به عنوان حساب واسط از حساب دیگران خارج و با حساب آنان واریز و سپس حساب آنان توسط متهم برداشت شده است، شکات حاضر استحقاقی نداشته و پس از احراز بزه در مراجع ذی صلاح متهم فوق الذکر مکلف به پرداخت آن می‌باشد.»<sup>۱</sup> جدا از جنبه صلاحیتی ارجاع رأی به احراز بزه‌های دیگر متهم که در همین راستا انجام داده و با لحاظ اینکه قاضی خود را فارغ از بررسی وضعیت قربانی‌های دیگر وی دانسته و یا احتمالاً منتظر شکایت آنها در قبال کلاهبرداری (که البته یک جرم غیرقابل گذشت است) بوده است، ولی میزان کیفر تعیین شده برای مبالغ متعلق به شکات حاضر در پرونده (یکی پنج میلیون و پانصد هزار ریال و دیگری سیصد هزار ریال) با لحاظ کیفر قانونی کلاهبرداری رایانه‌ای (حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست میلیون (۲۰۰۰۰۰۰) ریال تا یکصد میلیون (۱۰۰۰۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات) بالا بوده و به احتمال زیاد درک قاضی از این کیفر به جهت تنوع قربانیان جرم بوده است.

کلاهبرداری رایانه‌ای چنان که گفته شد اساساً قابلیت تجمیع قربانیان متعدد را دارد است. در رأی دیگر، دادرسان به جهت تعداد قربانیان (بالغ بر ۶۸ تن که از حساب بانکی آنها برداشت شده است) و با لحاظ رویکرد تعدد جرم بابت هر رفتار نسبت به هر بزه‌دیده به حداقل کیفر مقرر در ماده ۱۳ قانون جرایم رایانه‌ای محکوم کرده است. در تأیید این رأی، دادگاه تجدیدنظر مقرر کرده که «در خصوص اتهام آقای ... به اتهام مشارکت در تحصیل غیرمجاز از طریق سامانه رایانه‌ای به تحمل پنج سال حبس تعزیری و پرداخت جزای نقدی و ششم‌ماه حبس برای جعل امضا و ششم‌ماه حبس برای استفاده از اسناد

۱. رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۳۰۸۰۰۲۶۶ در پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۸۲۱۷۸۴۰۰۱۲۹ به تاریخ ۱۳۹۳/۵/۲۲ صادره از شعبه ۱۰۶۰ دادگاه عمومی جزایی تهران ویژه رسیدگی به جرایم کارکنان دولت.

مجموع و آقای ... به اتهام مشارکت در تحصیل غیرمجاز از طریق سامانه رایانه‌ای به تحمل پنج سال حبس تعزیری و پرداخت جزای نقدی و هر دو به نحو تساوی به رد مبالغ به شکات بر استدلال دادگاه نخستین خدشه و خللی مترتب نیست.»<sup>۱</sup>

سوم، بازدارندگی: کیفر برای جرایم سایبری به همان اندازه که می‌تواند مبتنی بر سزاگرایی باشد، می‌تواند از منظر بازدارندگی توجیه شود. به‌ویژه بازدارندگی برای جرایم سایبری به مراتب بیشتر از جرایم دیگر قابل توجه است، زیرا برای یک محیط جهانی و بدون مرز که کنترل دولتی و اجتماعی بر آن دشوار است و به جهت خطرناکی اقدام مرتكب برای رایانه‌ها و سامانه‌ها و کاربران، بازدارندگی کیفر بیش از هر دستاویز دیگر توصیه می‌شود. به سخن دیگر، بازدارندگی کیفر هم نسبت به خود مرتكب و هم دیگران ارسال پیامی است که اگرچه فضای جهانی سایبر، فضای خلوت‌ها و با کنترل کمتر است ولی در هر حال شدت کیفر جرم مرتكب در همین راستا است که در آینده، طرز تلقی محیط مناسب برای نقض هنجار برای شهروندان پیش نیاید.

بخشی از بازدارندگی برای کسانی است که از درونی و مخفیانه‌بودن محیط جرم انگیزه می‌گیرند. «از آنجا که اقدامات مجرمانه درونی از ناحیه افراد مورد اعتماد انجام می‌شود، آثار گسترده‌تری نسبت به اقداماتی که از ناحیه افراد بیگانه انجام می‌شود دارند، قانون‌گذار کیفری این وضعیت را یک کیفیت مشدده تلقی کرده و مجازات شدیدتری نسبت به آنها اعمال می‌کند؛ مانند آنچه در اختلاس در مقایسه با خیانت در امانت و سرقت مستخدمان در مقابل سرقت معمولی در قانون مجازات اسلامی دیده می‌شود. این مشکل در بزههای سایبری به صورت حادتری مشاهده می‌شود. یکی از مشکلات جرایم سایبری، درونی بودن بسیاری از جرایم است. مستخدمان، پیمانکاران، مشاوران، شرکا و همکاران شرکت و مشاوران و پیمانکاران آنها، عاملان اصلی جرایم علیه یک شرکت یا سازمان هستند که تفکیک آنها از خارجی‌ها به سهولت امکان‌پذیر نیست.»<sup>۲</sup>

رویکرد بازدارندگی باید بیشتر حول محور ارزش اطلاعات و مرتبط با جرایمی باشد که با عنوان جرایم ناب رایانه‌ای شناخته می‌شوند. به‌ویژه در این زمینه جرایم مرتبط با اخلال سامانه‌ها و از همه فراتر، تروریسم سایبری به عنوان یک تهدید بسیار مهم تلقی می‌شود. «تروریسم سایبری ناب، تنها به رفتار خشونت بار یا تهدیدآوری گفته می‌شود که در فضای سایبر رخ می‌دهد و به سخن دیگر تنها به رفتارهایی اطلاق می‌شود که با انگیزه سیاسی بر ضد داده و سامانه و شبکه ارتکاب می‌یابد. در تفکیک مهم میان دو

۱. رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۲۱۳۱۳۰۰۱۸۱ در پرونده کلاسه ۹۱۰۹۹۸۲۱۷۸۲۰۰۱۸۹ به تاریخ ۱۳۹۲/۵/۳۰ صادره از شعبه ۶۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۲. جوان جعفری، عبدالرضا، منبع پیشین، ص. ۱۸۱.



مفهوم استفاده از اینترنت به عنوان یک عامل تبعی در پیشبرد تروریسم و تهاجمات صرف سایبری، گروه بسیاری معتقدند فقط گزینه دوم در مفهوم تروریسم سایبری می‌گنجد؛ تروریسم سایبری همگرایی تروریسم و فضای سایبری است و عموماً به معنای تهاجم غیرقانونی و تهدید به تهاجم علیه رایانه‌ها، شبکه‌ها و اطلاعات ذخیره شده در آنها است، به منظور ارعاب یا اعمال زور بر دولت یا ملتی جهت پیشبرد هدف‌های سیاسی یا اجتماعی است. تهاجم باید منجر به تعریضی علیه شخص یا اموال شود یا حداقل مسبب صدمه‌ای شود که ایجاد ترس نماید. مانند تهاجماتی که موجب مرگ یا جراحت بدنی، انفجار، سقوط هواپیما، آلودگی آب یا خسارت‌های شدید اقتصادی می‌شوند و حتی تهاجمات شدید علیه زیرساخت‌های حیاتی را، بسته به میزان اثرات آنها می‌توان در رده اقدامات تروریستی قرار داد و تهاجماتی که خدمات غیراساسی را مختل می‌سازند یا عمدتاً مزاحمتی پژوهینه هستند در این مقوله قرار نخواهند گرفت.<sup>۱</sup> رویکرد بازدارندگی البته با تقبیح فعالیت‌های فضای سایبر با همان طرز تلقی فضای بیرونی نمی‌تواند مؤثر باشد. این طرز تلقی سبب می‌شود تا جرم سایبری به عنوان یک تهدید برای شهروندان جامعه یا عفت و اخلاق آنها محسوب گردد که همین امر بدون در نظر گرفتن این نکته که معمولاً حضور در فضای سایبر به امر ارادی کاربران است؛ ولی در رویکرد سنتی این طور به نظر می‌رسد که برای بازدارندگی باید با عموم فعالیت‌های فضای سایبر که در محیط سنتی و بیرونی تحمل نمی‌شود، مقابله شود. رأی زیر از جهت رویکرد سخت‌گیرانه به انتشار تصاویر مرتبط با مدلینگ قابل توجه است:

«... صرف نظر از قبح نفس عمل ارتکابی «مدل قرار دادن با بدن نیمه عریان» و حرمت شرعی آن، انتشار این تصاویر در فضای مجازی را مصدق موضوع ماده ۱۴ قانون جرائم رایانه‌ای (ماده ۷۴۲ قانون مجازات اسلامی الحاقی ۱۳۸۸) دانسته و ثانیاً نظر به محکومیت قطعی متهم به مجازات تعزیری درجه ۶ به موجب دادنامه‌های شماره ۲۱۰۰۰۵۹ - ۱۳۹۴/۱/۲۴ به پرداخت مبلغ بیست میلیون ریال بابت انتشار تصاویر شخصی صادره از سوی دادگاه همدان و شماره ۱۲۰۰۲۰۰ - ۱۳۹۴/۲/۲۳ بابت تولید و انتشار آثار مبتذل صادره از سوی دادگاه شهریار، و ارتکاب مجدد وی به جرم تعزیری درجه ۶ عمل وی مصدق ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌باشد که ضمن محرومیت از مجازات‌های جایگزین حبس موضوع ماده ۶۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به جهت سابقه محکومیت قطعی به جزای نقدی بیش از ده میلیون ریال، مشمول تشديد مجازات مقرر قانونی ماده ۱۳۷ به حداکثر مجازات تا یک و نیم

۱. پاکزاد، بتول، تروریسم سایبری، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸، ص. ۱۷۹.

برابر می‌گردد؛ لذا به استناد تبصره ۱ ماده ۱۴ قانون یاد شده و ماده ۱۳۷ قانون مذکور نامبرده به تحمل چهار ماه حبس تعزیری محکوم می‌کند.<sup>۱</sup>

این نگاه که فضای سایبر، جرایم را خطرناک‌تر کرده است، گاهی اوقات منطبق بر تصوراتی است که هر جرم قابل ارتکاب از طریق رایانه را باید جرم سایبری تلقی کرده و بر همین اساس برخورد کرد. نمونه رأی در این زمینه با اتهام «انتشار اکاذیب از طریق رایانه» قید شده است ولی در رأی آمده که «در خصوص اتهام آفای ... دائر بر افترا از طریق رایانه در فضای مجازی موضوع شکایت خانم ... دادگاه بزه منتبه را محرز دانسته و در اجرای ماده ۶۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ با رعایت بند ۲ از ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین با رعایت ماده ۳۷ و بند ث از ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (حسن سابق و فقدان سابق مؤثر کیفری) حکم بر محکومیت متهم به پرداخت مبلغ ده میلیون ریال جزای نقدی صادر می‌کند.<sup>۲</sup> جدا از اعمال تخفیف کیفر که با طبیعت جرم و شرایط و اوضاع و احوال مرتبط با آن همخوانی دارد ولی روشن نیست که این جرم غیررایانه‌ای چرا با عنوان اتهامی نشر اکاذیب از طریق رایانه و سپس در متن با تعبیر «افترا از طریق رایانه در فضای مجازی» که دو بار تأکید بر سایبری بودن است، یاد شده است؟

رویکرد سخت‌گیرانه در رأی بالا سبب شده تا دادگاه به اشتباه از قاعده تکرار جرم استفاده کند. گفتنی است که ماده ۷۴۲ قانون مجازات اسلامی بخش الحاقی، ۱۳۸۸ انتشار، توزیع یا معامله محتويات مستهجن یا تولید یا ذخیره یا نگهداری آنها به صد تجارت یا افساد را مستوجب حبس از نود و یک روز تا دو سال یا جزای نقدی از پنج میلیون (۵/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا چهل میلیون (۴۰/۰۰۰) ریال یا هر دو مجازات که با لحاظ بیشینه کیفر و شاخص‌های مندرج در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در درجه شش قرار می‌گیرد ولی طبق تبصره یک ماده ۷۴۲ قانون مجازات اسلامی الحاقی، ۱۳۸۸، ارتکاب اعمال فوق در خصوص محتويات مبتدل موجب محکومیت به حداقل یکی از مجازات‌های فوق می‌شود. یعنی اصل ماده درباره محتويات مستهجن و تبصره یک آن درباره محتواهای مبتدل است و برای محتويات مبتدل طبق قانون، حداقل یکی از دو مجازات یعنی یا نود و یک روز حبس یا پنج میلیون ریال جزای نقدی لحاظ می‌شود که به اعتبار حبس در درجه هفت جای می‌گیرد. از آنجا که

۱. دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۲۱۲۴۴۰۰۶۳۲ در پرونده ۹۴۰۹۹۸۲۱۷۸۳۰۰۲۴۷ به تاریخ ۱۳۹۵/۱۳۵ صادره از

شعبه ۱۰۸۹ دادگاه کیفری دو تهران.

۲. دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۲۱۹۱۱۰۰۹۷۸ در پرونده ۹۵۰۹۹۸۲۱۷۸۳۰۰۲۰۷ به تاریخ ۱۳۹۵/۸/۱۷ صادره از

شعبه ۱۰۳۶ دادگاه کیفری دو تهران.

اتهام مطرح شده در دادنامه پیش‌گفته درباره محتویات مبتذل است، جرم یاد شده در درجه هفت جای می‌گیرد و اساساً مشمول تکرار جرم موضوع ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی نمی‌گردد.

#### ۴. رویکرد افتراقی در کیفرگزینی

رویکرد افتراقی در تعیین قضایی کیفر نسبت به جرایم سایبری، نگاهی بینابین به کیفرگزینی دارد. این رویکرد به جهت اشاره به بستر متفاوتی که جرایم سایبری در آن ارتکاب می‌یابد، نگاه پیشینی به سهل‌گیری یا سخت‌گیری را کنار می‌نهد و به اقتضای این بستر تصمیم می‌گیرد. علاوه بر این، موضوع‌ها یا ارزش‌هایی که در بستر سایبر مطرح می‌شود اقتضای آن را دارد که همانند ارزش‌های فضای سنتی سنجیده نشود که خود سبب نگاه افتراقی به آنها می‌شود و نهایتاً قاضی در قبال جرایم سایبری غالباً به این نتیجه می‌رسد که جرم سایبری تنها مولود مرتكب آن نیست و عوامل مختلفی در قبال ارتکاب آن نقش بازی می‌کنند که از جمله مهم‌ترین آنها بزهده است؛ بنابراین کیفرگزینی که واکنشی به جرم یک شخص دارای مسئولیت کیفری است، نباید صرف‌توجه تام به عملکرد مرتكب جرم باشد. رویکرد افتراقی بر اساس شاخص‌های زیر بررسی می‌شود.

یکم، بستر ارتکاب جرایم سایبری، فضای سایبر است. نمی‌توان این بستر را وسیله‌ای پنداشت که جرم سایبری از طریق آن واقع می‌شود، چرا که در این بستر انواع فعالیت‌ها و اقسام کارها انجام می‌شود و یکی از آنها می‌تواند برای ارتکاب جرم باشد. از این رو بستر جرم سایبری یا فضای سایبر از منظر یک دنیای جدید نگریسته می‌شود که بشر در آن حضور یافته است. فضای سایبر عموماً با سه معیار شناخته می‌شود: «فضای سایبر همچون جهانی نو که با ظهور اینترنت تبلور و شهرت یافته است. فضای سایبر همچون منبع اطلاعاتی که به جهت محتواهی که در آن قرار دارد. در واقع از جهت نرم‌افزاری، این فضا چیزی جز داده و اطلاعات نیست و نهایتاً فضای سایبر همچون پیوندگاه سامانه‌ها که فضای سایبر از پیوند چندین رایانه یا سامانه ارتباطی بنیاد گرفته است.»<sup>۱</sup>

فضای سایبر و تحقق سریع رفتار در مکان‌های گستردۀ بهویژه می‌تواند برای حیثیت و حریم خصوصی اشخاص یک تهدید جدی باشد که البته اقتضای سخت‌گیری در این زمینه را دارد. در یک رأی، دادگاه مرتكب را به جهت کلامبردار خطاب کردن دیگری در فضای سایبر، محکوم کرده و در «اجراهی ماده ۶۹۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ با رعایت بند ۲ از ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد

معین با رعایت ماده ۳۷ و بند ث از ماده ۳۸ قانون مجازات‌های اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (حسن سابقه و فقدان سابقه مؤثر کیفری) حکم بر محکومیت متهم به پرداخت ده میلیون ریال جزای نقدی<sup>۱</sup> صادر می‌کند. در رأی دیگر، سخت‌گیری قاضی به گونه‌ای است که با لحاظ حیثیت افراد، شماره تلفن را هم به عنوان سر شخصی تلقی کرده و افشاءی آن در فضای سایبر را قابل کیفر دانسته است. در این رأی، برای متهم به انتشار عکس‌های مستهجن جهت تشویق شاکیه به عمل منافی عفت و انتشار شماره تلفن وی بر پایه اقرار وی، «به استناد مواد ۱۳۴، ۱۷۱ و ۲۱۱ و ۷۴۲ و ۷۴۳ و ۷۴۵ قانون مجازات اسلامی (ماده ۱۴، بند ب ماده ۱۵ و ۱۷ قانون جرایم رایانه‌ای) نامبرده را بابت ۱- انتشار عکس‌های مستهجن در فضای مجازی به تحمل دو سال حبس تعزیری ۲- تشویق و ترغیب شاکیه به عمل منافی عفت در فضای مجازی به تحمل یک سال حبس تعزیری ۳- انتشار اسرار خصوصی (شماره تلفن) شاکیه و قرار دادن در صفحات مستهجن فضای مجازی و انتشار اکاذیب از طریق رایانه منجر به هتك حیثیت شاکیه در سطح وسیع به تحمل دو سال حبس تعزیری و با قابلیت اجرای یکی از مجازات‌های اشد، محکوم می‌کند».<sup>۲</sup> در اینجا تمرکز دادگاه بر انجام رفتارهای صورت‌گرفته در فضای سایبر و تلقی رایج از اینکه این فضا مستعد اقدام بر ضد حیثیت افراد است، سبب شده تا ضمن تلقی کردن شماره تلفن به عنوان سر خصوصی و نیز اشاره به نشر اکاذیب، نهایتاً بر اساس ماده ۷۴۵ قانون مجازات اسلامی الحاقی ۱۳۸۸ به جهت افشاءی سر منتهی به هتك حیثیت محکوم کند، در حالی که معرفی شماره تلفن دیگری که در زمرة اسرار خصوصی نیست و بر حسب نحوه معرفی می‌تواند مصدق یک جرم غیررایانه‌ای مانند قذف یا توهین یا حتی نشر اکاذیب رایانه‌ای باشد.

دوم، موضوع محوری موضوع بنیادین فضای سایبر، اطلاعات است و تبادل اطلاعات در این فضا به منزله انجام همه امور و فعالیت‌ها است. تجمعیت موضوع‌ها و ارزش‌ها در اطلاعات سبب شده تا سخن رفتارهای بهنجار و نابهنجار در این فضا تا اندازه‌ای شبیه هم باشند. اطلاعات به همان اندازه که می‌تواند دارای اهمیت باشد به همان اندازه می‌تواند زمینه کنجدکاوی و ارتکاب جرایم را فراهم سازند، به ویژه آنکه محیط تبادل اطلاعات و بهطور کلی فضای سایبر و تجهیزات رایانه‌ای، محیطی مبتنی بر جذب استعدادها و بهطور ویژه کودکان و نوجوانان است که از دید دادرسان دور نمی‌ماند؛ مانند این رأی که مقرر می‌دارد: «در خصوص اتهام آقای ... متولد ۱۳۷۸ مبنی بر آموزش ساخت ویروس

۱. دادنامه شماره ۹۷۸۰۰۹۷۸ به تاریخ ۱۳۹۵/۸/۱۷ در شماره پرونده ۹۵۰۹۹۷۲۱۹۱۱۰۰۹۷۸ در شماره پرونده ۹۵۰۹۹۸۲۱۷۸۳۰۰۲۰۷ صادره از شعبه ۱۰۳۶ دادگاه کیفری دو تهران.

۲. رأی شماره ۹۴۰۹۹۷۲۱۲۴۴۰۰۹۰۷ در پرونده ۹۴۰۹۹۸۲۱۷۹۰۰۰۲۰ به تاریخ ۱۳۹۴/۹/۴ صادره از شعبه ۱۰۸۹ دادگاه کیفری دو تهران.

در و بلاگ شخصی در اوایل خرداد ۱۳۹۳، دادگاه با عنایت به اینکه مرتکب، حین الواقع  
بزه، صغیر بوده است و به استناد ماده ۱۴۶ قانون مجازات اسلامی، ۱۳۹۲، اطفال فاقد  
مسئولیت کیفری می‌باشند و به لحاظ عدم احراز ضرورت تعزیر، قرار موقوفی تعقیب،  
طفل موصوف را از تحمل مجازات بزه انتسابی صادر و اعلام می‌دارد که به منظور تأدیب  
موازینی و نظارت و تربیت صحیح، مشارالیه به سرپرست قانونی اش تسیلیم گردد.<sup>۱</sup>

گرایش نوجوانان به محیط تبادل اطلاعات، ارتباط مستقیمی با توانایی‌های آنان دارد  
که اگر کنترل نشود به سادگی جنبه منحرفانه و مجرمانه به خود می‌گیرد و این مورد  
تعیین ضمانت اجراءها در دادگاه لحاظ می‌شود؛ مانند این رأی که مقرر می‌دارد:  
«رخصوص اتهام آقای ... هفده ساله دائز بر مزاحمت تلفنی برای خانم ... و نشر اکاذیب از  
طریق سامانه رایانه‌ای و قرار دادن شماره تلفن شاکیه در فیسبوک به عنوان زنی بدکاره ...  
دادگاه با توجه به اینکه متهم حین الواقع نوجوان (بالغ زیر ۱۸ سال) بوده است و با هدف  
غایی بازپروری و ادغام اجتماعی صحیح و مجدد کودک بزهکار مبحوث و به استناد مواد ۱  
و ۳ و ۶ و ۲۰ و ۳۶ و ۴۰ پیمان نامه حقوق کودک مصوب ۲۰ نوامبر ۱۹۸۹ و ۱۰ و ۱۹ و  
۸۹ (بند ت و ث) و ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و مواد ۱۸ قانون جرایم رایانه‌ای  
مصطفوب ۱۳۸۸ و ۱۳۸۱ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات ۱۳۷۵ متهم را بابت بزه ردیف  
اول به یک میلیون ریال و بابت بزه ردیف دوم به ۵۵ میلیون ریال جزای نقدی محکوم  
می‌نماید.<sup>۲</sup> هر چند روشن نیست که دادگاه از چه جهت، جزای نقدی را برای بازپروری  
مناسب دانسته ولی اساساً رأی دادگاه مبتنی بر تخفیف صادر شده است و باز روشن  
نیست که چرا در رأی به قاعده تعدد جرم موضوع ماده ۱۳۴ استناد کرده است؛ زیرا  
دادگاه مقررات ماده ۱۳۴ را اعمال نکرده است، اساساً این رأی و به تبع آن قاعده تعدد در  
اینجا جاری نیست؛ زیرا مجازات مزاحمت تلفنی به استناد ماده ۶۴۱ قانون مجازات  
اسلامی - تعزیرات ۱۳۷۵ مستوجب حبس یک تا شش ماه است که در درجه هفت قرار  
می‌گیرد و تنها یک جرم تعزیری از درجه یک تا شش یعنی نشر اکاذیب رایانه‌ای باقی  
می‌ماند که اساساً به جهت واحد بودن، سخن از ماده ۱۳۴ صحیح نخواهد بود.

سوم، رویکرد چندعامی. در ارتکاب جرایم سایبری، هر چند باید رابطه علیت میان  
رفتار و مرتکب یا میان نتیجه و رفتار مرتکب برقرار شود و از این رو جرم سایبری به  
مرتكب آن مناسب می‌شود؛ ولی ویژگی فضای سایبر و اقتضائات فرهنگی و اجتماعی در  
استفاده از فضای سایبر به ویژه شیوه‌های مجازی اجتماعی به گونه‌ای است که نمی‌توان

۱. دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۲۱۷۲۶۰۰۲۳ در پرونده کلاسه ۹۳۰۹۹۸۲۱۷۸۳۰۰۵۱۱ صادره از شعبه ۱۱۸۶

دادگاه عمومی اطفال مجتمع قضایی شهید فهمیده تهران.

۲. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۱۷۲۶۰۰۵۵۵ در پرونده ۰۳۹۹ شعبه ۹۱۰۹۹۸۲۱۷۸۳۰۰۴۹۹ به تاریخ ۱۳۹۳/۹/۱ صادره از

شعبه ۱۱۸۶ دادگاه عمومی جزایی تهران.

بر عوامل مختلف تأثیرگذار بر جرم سایبری از محدودیت‌های محیط بیرون گرفته تا زمینه‌های وسوسه‌انگیز خلوت سایبری و از نقش یا بی‌احتیاطی بزهده‌گان گرفته تا نبود سازوکارهای کنترلی در فضای سایبر چشم بست. جرایم سایبری به ویژه طیفی از آنها که ارتکابشان در محیط بیرونی دشوار است مانند هرزه‌نگاری، در بستر عوامل مختلف محقق می‌شود. در هرزه‌نگاری که به طور مستقیم بزهده مطرح نمی‌شود، میل کاربران به محتوای مستهجن و نیز عدم صدق واقعی نقض عفت و اخلاق عمومی که تعبیری واقعی و بیرونی است، سبب می‌شود تا رویکرد قاضی به این قبیل جرایم صرفاً بر سرزنش یک طرفه مرتكب جرم نباشد. هر چند فصل چهارم بخش یکم قانون جرایم رایانه‌ای از تعبیر «جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی» استفاده کرده است ولی روشن است که فضای سایبر هیچگاه نمی‌تواند نقش محیط بیرون و در نتیجه ظهور و بروز عفت و اخلاق که جایگاه بیرونی و ظاهری دارند را منعکس کند. از این رو به نظر می‌رسد که دادرسان به ندرت نقض هنجارهای اخلاقی در فضای سایبر را با اقتضایات بیرونی یکسان بدانند و در این زمینه احیاناً در پی کیفرهای شدید برای مرتكب یا حتی تطبیق آن با جرایم حدی سنگین مانند افساد فی‌الارض باشند. رأی صادره از دادگاه انقلاب در قبال مدیریت چندین سایت فارسی مستهجن و با قید به فساد کشاندن جامعه و انحراف جوانان در نهایت به تعیین حبس و جزای نقدی منتهی می‌شود و نه تشخیص افسادی‌الارض. طبق این رأی «در خصوص اتهام آقای ... به مباشرت در مدیریت سایتها مستهجن فارسی و با لحاظ فعالیت مؤثر وی و مدیریت سایتها ضد اخلاقی و دینی شهوت‌سرا و ایکس پرشیا به عنوان مدیر کل سایت و مدیریت تمامی مدیران و اعضای تحت مجموعه و ایجاد هماهنگی میان سایتها مستهجن و نظارت بر آنها و فعالیت مؤثر و چشمگیر در جهت به فساد کشاندن جامعه اسلامی و انحراف جوانان مستند» به ماده ۱۴ قانون جرایم رایانه‌ای به تحمل دو سال حبس با احتساب ایام بازداشت و پرداخت مبلغ چهل میلیون ریال جریمه محکوم می‌نماید.<sup>۱</sup> جدا از اینکه در این رأی به اتهام مدیریت تارنماهای مستهجن اشاره شده و نه افساد فی‌الارض و نیز بر اساس قانون جرایم رایانه‌ای رسیدگی شده و نه قانون مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز می‌کنند مصوب ۱۳۸۶، تا صلاحیت دادگاه را توجیه کند ولی مشخص است که رویکرد سخت‌گیرانه دادگاه انقلاب در مواجهه با هرزه‌نگاری مبتنی بر اقتضایات فضای سایبر و به طور ویژه گرایش و میل کاربران به تقویت تارنماهای جنسی و عدم حضور افراد نامتمایل به این سایتها نهایتاً سبب می‌شود تا صدق افساد فی‌الارض در قبال هرزه‌نگاری‌های گسترده دور از واقعیت باشد.

## نتیجه‌گیری

کیفرگزینی یا اختیارات قضایی در تعیین کیفر در رویارویی با جرایم سایبری مبتنی بر انتخاب رویکرد افتراقی است. این رویکرد افتراقی به سه اعتبار توجیه می‌شود. نخست به اعتبار جرم که در برخی جرایم سایبری به جهت قابلیت ارتکاب بر ضد بزهده‌گان بسیار یا قابلیت ایجاد زیان‌های گسترده، قصاص باید از رویکرد سخت‌گیرانه در تعیین مجازات بهره بگیرند. این جرایم معمولاً معطوف به جرایم صرف رایانه‌ای است که معادل سنتی یا بیرونی در قوانین کیفری دیگر ندارند. چنین جرایمی بر ضد اطلاعات یا سامانه‌های رایانه یا بر ضد اموال اشخاص که در قالب داده ثبت شده‌اند، محقق می‌گردد. مشخصاً جدیدالظهور بودن این جرایم و ارزشمندی اطلاعات و سامانه‌ها در فضای سایبر از یک سو و وجود مؤلفه‌های تشجیع مرتكبان به انجام جرم مانند خلوت فضای سایبر، کنترل ناپذیری و سادگی انجام از سوی دیگر، کیفرگزینی سخت‌گیرانه را توجیه می‌نماید. در برابر نسبت به جرایم قابل ارتکاب با رایانه که همان جرایم وسیله محوراند، انعطاف قضایی قابل توجیه است، زیرا چنین جرایمی معادل بیرونی یا فیزیکی دارند و هر چند فضای سایبر انجام آنها را تسهیل کرده است ولی به جهت عدم صدق ویژگی‌های سنتی و فیزیکی بر فضای سایبر از قبیل اماکن عمومی یا عفت و اخلاق عمومی از یک سو و نیز به جهت گرایش بخشی از کاربران به ارتکاب جرایم به ویژه در حوزه جرایم جنسی و هرزه‌نگاری که به گونه‌ای فرار از محدودیت‌های فرهنگی و اجتماعی بیرونی است؛ قصاص باید در کیفرگزینی جانب سهل‌گیری را داشته باشد. در واقع چنین جرایمی در اصل از آن محیط سنتی و فیزیکی و مغایر با ارزش‌های واقعی هستند که با وسیله یا بستر مبادلات الکترونیکی نیز محقق می‌شوند. در نتیجه قابل درک است که تغییر وسیله حتی اگر وقوع جرم را تسهیل کرده یا در سطح گسترده آن را نمود می‌دهد، باز به اندازه انجام این جرایم در محیط بیرون و در مرئی و کنترل همگانی خطرناک نیست.

دوم به اعتبار مرتكب جرم که باز می‌توان از این منظر که انجام بخشی از جرایم رایانه‌ای به ویژه جرایم مالی، جاسوسی رایانه‌ای و دسترسی غیرمجاز از سوی اشخاص حقوقی یا افراد مستعد یا با حمایت نهادها یا دولتها محقق می‌شود، تعیین قضایی کیفر با رویکرد سخت‌گیرانه توجیه می‌باید ولی از این منظر که بخش بزرگی از مرتكبان جرایم رایانه‌ای نوجوانان و جوانان هستند، رویکرد سهل‌گیرانه مدنظر قرار می‌گیرد. نباید از منظر قاضی این نکته دور بماند که در دنیای امروزین کودکان با وسائل رایانه‌ای بزرگ شده و به جهت محدودیت‌های بیرونی و نیز استعدادهای رو به رشد، ارتباط با

---

فضای سایبر تنگاتنگ می‌شود و گاه ارتکاب جرم چهره کنجکاوی یا جوانی به خود می‌گیرد. بنابراین چنین مرتکبانی نباید اساساً به جهت فضای سایبری که متفاوت از فضای بیرونی تلقی می‌کنند مستوجب کیفرهای سنگین شوند.

سوم به اعتبار پرونده یا بررسی موردی شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر ارتکاب جرم که در اینجا رویکرد افتراقی در رسیدگی به جرایم سایبری همانند دیگر جرایم خواهد بود. ولی اصل فردی کردن مجازات که در جرایم مهم بر تشکیل پرونده شخصیت استوار است و در جرایم غیرهمم نیز باید مدنظر دادرس دادگاه کیفری قرار بگیرد، در جرایم سایبری به مراتب مهم‌تر است. نتیجه اینکه مقام قضایی نباید جرایم سایبری را گونه یا مجموعه‌ای از جرایم همسان، همانند جرایم ضد امنیت یا جرایم ضد اشخاص تلقی کند. در اصل این جرایم به طیف گسترده‌ای از جرایم قابل ارتکاب در فضایی جدید با شرایط متفاوت و البته مرتکبان گوناگون است. همچنان که در برخی از جرایم و یا نسبت به برخی از مرتکبان می‌تواند پیش‌فرض سخت‌گیری و در برخی دیگر پیش‌فرض سهل‌گیری در کیفرگزینی داشته باشد، در رسیدگی موردي به پرونده‌ها نیز باید این نکته را لحاظ کند که در دنیای بیرونی برای مرتکبی تعیین کیفر می‌کند که رفتار مجرمانه‌اش را در دنیای دیگری انجام داده است. شناخت این دنیای جدید با همه لوازمش راهی است به قانونمندی و معقولیت همزمان در کیفرگزینی نسبت به جرایم سایبری.

## منابع

- اسلامی، ابراهیم، «جایگاه حمایت از بزهديدگان جرایم سایبری در مقررات کیفری حقوق داخلی و حقوق بینالملل»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۴۳، بهار و تابستان ۱۳۹۵.
- پاکزاد، بتول، تروریسم سایبری، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸.
- جوان جعفری، عبدالرضا، «جرائم سایبر و رویکرد افتراقی حقوق کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی بخش جرائم رایانه‌ای»، مجله دانش و توسعه، شماره ۳۴، اسفند ۱۳۸۹.
- حاجی ده‌آبادی، احمد؛ سلیمانی، احسان، «اصول جرم‌انگاری در فضای سایبر با رویکردی انتقادی به قانون جرائم رایانه‌ای»، فصلنامه مجلس و راهبرد، شماره ۸۰، زمستان ۱۳۹۳.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر؛ هوشیار، مهدی، «تناسب جرم با مجازات از منظر تئوری‌های مجازات»، تعالی حقوق، شماره ۵، خرداد و تیر ۱۳۸۹.
- رضوی‌فرد، بهزاد؛ موسوی، سید نعمت‌الله، «مسئولیت کیفری در فضای سایبر در حقوق ایران»، پژوهش حقوق کیفری، سال پنجم، شماره شانزدهم، پاییز ۱۳۹۵.
- صفاری، علی، مقالاتی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی، چاپ اول، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱.
- عالی‌پور، حسن، حقوق کیفری فناوری اطلاعات، چاپ چهارم، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵.

سایت‌های کیفری‌بینی در روایتی: جرایم سایبری با آنکه بر رویه قضا

## بررسی قابلیت جبران پذیری عدم النفع در فقه امامیه

محمد روشن\*

علی‌اکبر جعفری\*\*

مجتبی جهان‌تیغی\*\*\*

### چکیده

در بخش اخیر ماده ۷۲۸ ق.آ.د.م پیشین آمده بود: «... ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است.» این حکم، به همه گفت‌وگوها درباره امکان مطالبه «منافع فوت‌شده» پایان می‌بخشید و به طلبکار حق می‌داد که زیان ناشی از محروم ماندن خود از منافع مسلم را، در کنار تلف اموال و فروختن بدھی‌های خود، از متخلص بگیرد. پس از پیروزی انقلاب اسلامی و تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۵۸، طبق اصل چهارم مقرر شد که «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد» و این اصل بر لزوم اسلامی بودن کلیه قوانین و مقررات تأکید نمود. مبنای بازگشت سال‌ها پس از انقلاب در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م ۱۳۷۹ که علی القاعده طبق اصل چهارم ق.آ.می‌بایست مبتنی بر فقه اسلامی باشد، مقرر نمود: «خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست...» و بدین وسیله اختلاف‌نظرهای شدیدی را میان صاحبان فن ایجاد نمود. در این مقاله در صدد بیان این مطلب هستیم که در فقه اسلامی تمامی ادله ناظر بر جبران ناپذیری خسارت ناشی از عدم النفع قابل رد است و بالعکس؛ بر خلاف این ادله دلیل وجود دارد و لذا استنباط مبنای از منابع فقهی در وضع این قاعده پس از انقلاب بر طریق صواب نبوده است. بنابراین، نه تنها تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م ۱۳۷۹ از منظر

M-roshan@sbu.ac.ir

\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

Aliakbar.89.jafari@gmail.com

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی (نوبنده مسئول)

Jahantighi.mojtaba@gmail.com

\*\*\* دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۱/۰۵

تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۱/۲۴

---

این پژوهش خلاف قانون اساسی و بهویژه اصل چهارم است، بلکه با مبانی فقهی نیز سازگاری ندارد و لذا اصلاح آن ضروری است.

**کلیدواژه‌ها:** عدم النفع، لاضرر، اتلاف و تسبیب، ضمان ید و غصب.

## مقدمه

تعیین خسارات قابل جبران و گستره جبران‌پذیری این خسارات در فقه امامیه از همیت به سزاوی برخوردار می‌باشد. در فقه امامیه، یکی از مهم‌ترین مباحث فقهی، مسئله موجبات ضمان است که منظور از آن التزام زیان‌زننده به جبران خسارت به واسطه یکی از موجبات ضمان، همچون اتلاف و تسبیب می‌باشد. روش تحقیق و بحث اکثر فقهای امامیه در این حوزه چنین است که آنها بدون اینکه بحث مستقلی را به مقوله تعیین خسارات قابل جبران اختصاص دهند و قاعده‌ای کلی در این باره بنا نهند، به مناسبت در بحث‌های مختلف فقهی معرض خسارات قابل جبران شده و در هر مقام مباحثی را در خصوص قابل جبران بودن بعضی از خسارات و تمییز آن از خسارات غیر قابل جبران مطرح نموده‌اند. فی‌المثل، در بحث از قواعد اتلاف، ضمان ید، غصب و ... مباحثی توسط فقهاء رائمه شده و آنها در این قسمت‌ها به بحث جبران خسارت پرداخته و طی آن حکم به جبران پاره‌ای از خسارات داده و در خصوص بعضی دیگر، ضمان را منتفی دانسته‌اند.<sup>۱</sup> در این میان عدم‌النفع، به عنوان یکی از اقسام خسارات که گاه نتیجه پیمان‌شکنی متعهد و گاه نتیجه فعل یا ترک فعل زیان‌آور شخص است، واجد آثار فراوانی در سرنوشت اقتصادی فرد می‌باشد. اما در عین حال، در خسارت بودن و قابلیت مطالبه آن اختلاف نظرهای فراوانی به چشم می‌خورد که ریشه این امر را باید در فقه جست‌وجو کرد. به عبارت روش‌تر، بحث از خسارات ناشی از عدم‌النفع در فقه امامیه از پیشینه‌ای کهن برخوردار است؛ هر چند این مسئله در فقه امامیه در مبحث خاصی با این عنوان مطرح نشده، اما در ضمن مسائلی چون حبس انسان آزاد و فوت منفعت‌وی، ممانعت بایع از فروش مبیع خود و تنزیل قیمت سوقیه (بازاری) در اثر منع و ... پیرامون آن سخن گفته شده است. صرف نظر از شیوه تحقیق فقهای عظام، در این مقاله در پی آن هستیم که با بررسی آرای فقهاء در خصوص مقوله قابلیت جبران خسارات ناشی از عدم‌النفع، جایگاه آن را در نظرات آنها بیابیم و به این نتیجه‌گیری بررسیم که آیا در فقه امامیه خسارات ناشی از عدم‌النفع از سوی فقها به رسمیت شناخته شده است یا خیر؟ و آیا پذیرش جبران چنین خساراتی با موازین فقهی و شرعی مغایرت دارد یا خیر؟

### ۱. مفهوم عدم‌النفع

#### ۱-۱. تعریف عدم‌النفع

همان‌طور که اشاره شد، بحث اختصاصی در مورد عدم‌النفع در فقه کمتر مطرح شده و فقها بیشتر در ذیل بررسی برخی مصاديق به آن پرداخته‌اند. اما حقوق‌دانان عدم‌النفع را

۱. اصفهانی، محمدحسین، القواعد الفقهیه و الاجتہاد و التقليد (نهایه الدرایه)، چاپ اول، قم، کتابفروشی سیدالشهداء، ۱۳۷۴، ق، ص. ۷۴۵.



تعریف نموده‌اند. بعضی حرمان از منافعی که به احتمال قریب به یقین، حسب جریان عادی امور، اوضاع و احوال خاص، امید وصول به آن معقول، مترقب و مقدور بوده باشد را عدم‌النفع دانسته‌اند.<sup>۱</sup> به نظر برخی دیگر از نویسنده‌گان، «عدم‌النفع عبارت از این است که شخص از فایده‌ای که انتظار دارد محروم شود».<sup>۲</sup> در تعریف دیگری آمده است: هنگامی از عدم‌النفع سخن به میان می‌آید که در نتیجه عمل زیان‌بار، دارایی شخص فزونی نیافته است، در حالی که اگر این واقعه رخ نمی‌داد، بر طبق روند عادی امور و تجربه جاری و آماری زندگی این افزایش انجام می‌پذیرفت.<sup>۳</sup> تعریف دیگر اینکه «عدم‌النفع یعنی نفع و منافعی که پیش‌بینی شده است در آینده حاصل شود، ولی به علت نقض قرارداد (در مسئولیت قراردادی) یا فعل زیان‌بار (در مسئولیت مدنی)، این منافع تحقق نیافته است».<sup>۴</sup> قدر مشترک تعاریف یادشده و ارائه تعریفی جامع از عدم‌النفع به این صورت خواهد بود که: «عدم‌النفع ممانعت از منفعت بالقوه قابل پیش‌بینی و مورد انتظار است که مقتضی آن حاصل شده و وجود آن از نظر عرف عقلاً قطعی و مسلم است».

## ۱-۲. اقسام عدم‌النفع

عدم‌النفع به لحاظ متعلق آن بر دو قسم است: عدم‌النفع محقق‌الحصول و عدم‌النفع محتمل‌الحصول.<sup>۵</sup> عدم‌النفع محقق‌الحصول، منفعتی است که هرگاه فعل معین موجود نمی‌گشت محققاً آن منفعت به متضرر می‌رسید و فعل مزبور علت منحصر نرسیدن منفعت شده است. مثلاً هرگاه کسی، کارگری را بازداشت نماید و از کار روزانه باز دارد، مانع از رسیدن مزد او که منفعت محقق می‌باشد شده است.<sup>۶</sup> عدم‌النفع محتمل‌الحصول، منفعتی است که هرگاه فعل معین موجود نمی‌گشت احتمال داشت که آن عاید طرف گردد. در این قسم فاعل ضامن منفعت مزبور نخواهد بود، زیرا رابطه علی بین فعل و عدم پیدایش منفعت موجود نیست، و بر فرض هم که فعل ایجاد می‌گشت، احتمال داشت که منفعت حاصل نشود. برای مثال موزع روزنامه، روزنامه‌ای را که در آن اعلان مزایده ملکی درج شده است به

۱. جعفری لنگرودی، محمد‌جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۴، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶، ص. ۲۵۰۷.
۲. بهرامی احمدی، حمید، سوءاستفاده از حق، چاپ دوم، موسسه اطلاعات، ۱۳۷۰، ص. ۲۳۸.
۳. درودیان، حسنعلی، جزوی حقوق مدنی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، ص. ۳۴.
۴. شیروی، عبدالحسین، «نقد و بررسی مقررات آینین دادرسی مدنی راجع به مطالبه خسارات قراردادی و تأخیر تأییه»، مجله مجتمع آموزشی عالی قم، شماره ۹، ۱۳۸۰، ص. ۲۵.
۵. در حقوق ایران، به نظر می‌رسد که تفسیر معقول از تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م آن است که بگوییم تصره یاد شده ناظر به عدم‌النفع احتمالی است که قابل مطالبه نمی‌باشد؛ اما فوت منفعت مسلم، یعنی نفعی که بر حسب جریان عادی امور قابل حصول است، ضرر به شمار می‌آید و باید جبران گردد؛ صفائی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد ۲، چاپ سیزدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۱، ص. ۲۱۱.
۶. امامی، سید‌حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، تهران، انتشارات اسلامیه، بی‌تا، ص. ۴۰۷.

مشترک آن روزنامه نمی‌رساند و او در مزایده شرکت نمی‌کند. مشترک پس از اطلاع، بر این امر اقامه دعوی علیه موزع می‌نماید و خسارات وارد خود را از او می‌خواهد، بدین ترتیب که هرگاه روزنامه را موزع به او می‌رسانید، او در مزایده که وزارت دارایی اعلان نموده بود شرکت می‌کرد و برنده شناخته می‌شد و از آن مبلغ استفاده می‌نمود و چون روزنامه را موزع نرسانیده باید خسارت وارد را به مشترک بپردازد. مشترک حق خواستن آنچه را خسارت می‌پندارد نخواهد داشت، زیرا منفعت مزبور محتمل می‌باشد و ممکن بود مشترک در صورت پیشنهاد برنده مزایده نمی‌شد.<sup>۱</sup>

باید توجه داشت که از بین این دو قسم، تردیدها تنها پیرامون قسم اول است و قسم دوم قابل مطالبه نیست.

## ۲. ادله مثبتین جبران‌پذیری عدم النفع

در فقه امامیه بحث مستقلی درباره عدم النفع صورت نپذیرفته است و فقهاء بیشتر در خلال بررسی برخی مصاديق آن، به ابراز نظر پرداخته‌اند. در راستای جبران‌پذیری عدم النفع، از سوی فقهاء ادله‌ای هر چند به صورت غیرمستقیم مطرح شده که در این قسم آنها را بیان می‌نماییم.

### ۱-۲. بنای عقلا

مراجعه به زندگی خردمندان این نکته را مسلم می‌کند که عقلا هنگامی که شخصی دیگری را از تحصیل نفع مسلمی که مورد انتظار بوده است، محروم می‌کند، عامل زیان را مسئول جبران خسارت وارد می‌دانند. به عبارت روشن‌تر، بنای عقلا با استناد به سیره قطعیه عقلاییه ممانعت از تحصیل نفع مسلم را از موجبات ضمان دانسته و عدم ردع شارع بر این طریقه عقلاییه را دلیل بر امضای چنین سیره‌ای می‌دانند. آیت‌الله خوبی در این باره می‌فرمایند: «آری انسان آزادی که دارای حرفة و عمل خاصی است که هر روزه بدان اشتغال دارد مانند بنایی، تجارت، خیاطی و...؛ اگر از کار خود منع شود برای مانع (عامل زیان) با استناد به سیره قطعیه عقلاییه ضمان ایجاد می‌شود.»<sup>۲</sup> همچنین، آیت‌الله بجنوردی نیز علاوه بر استناد به بنای عقلا در ضمان عامل زیان به حکم عرف نیز اشاره کرده و عدم ردع شارع بر سیره عقلاییه را موبیدی بر کلام خود می‌آورند و تقویت منافع غیرمستوففات را از موجبات ضمان می‌شمارند.<sup>۳</sup>

۱. همان، ص. ۴۰۸.

۲. خوبی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهه (المکاسب)، جلد ۲، بی‌جلد، بی‌تل، ص. ۳۶.

۳. موسوی بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، جلد ۴، چاپ اول، قم، نشر الهادی ۱۴۱۹ق، ص. ۱۸۴.

## ۲-۲. جواز مقابله به مثل

برخی از فقهاء<sup>۱</sup> با استناد به آیاتی از قرآن کریم از قبیل «فمن اعتدى عليکم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليکم» (بقره ۱۹۰) و «جزاء سیئه سیئه مثلها» (شورا ۳۸) قائل به جواز مقابله به مثل بوده و نهایتاً امکان مطالبه خسارت عدم النفع را مسلم دانسته‌اند؛ مثلاً هرگاه شخصی با حبس کردن دیگری موجب محروم شدن او از کار شود، این شخص نیز می‌تواند مثل آنچه را از دست داده یعنی معادل خسارت وارد شده بر او را از عامل آن مطالبه کند. همچنین محقق اردبیلی، هر چند ادعای عدم خلاف بین فقهاء امامیه در عدم ضمان منافع غیرمستوفات می‌کند با این همه خود طلب اجرت منافع فوت شده در انسان آزاد را موجه می‌داند و برای توجیه آن به قاعده اعتداء به مثل تمسک می‌کند و می‌فرماید: «مطالبه و اخذ اجرت برای دفع مفاسد و ضرر عظیم است، زیرا ممکن است زیان دیده و افراد واجب‌النفقة وی از گرسنگی بمیرند. مضافاً که حبس کننده ظالم و تجاوزگر است و اگر مطالبه اجرت از او موجه نباشد دست او در ارتکاب ظلم و ستم باز گذاشته می‌شود.»<sup>۲</sup>

## ۳. ادله مخالفان جبران‌پذیری عدم النفع

فقهاء مخالف قابلیت جبران خسارت ناشی از عدم النفع، مقوله ضرر ناشی از عدم النفع را به عنوان یکی از موجبات ضمان به رسمیت نمی‌شناسند؛ به نحوی که نمی‌پذیرند که با تتحقق ضرر ناشی از عدم النفع لزوماً ضمان نیز ایجاد شود. به عبارت روش‌تر، ضرر ناشی از عدم النفع خارج از قلمرو موجبات ضمان همچون قاعده ائتلاف، ضمان ید، غصب و ... بوده و طبق این‌گونه قواعد توجیه‌پذیر نیست تا بتواند اثبات ضمان برای عامل زیان کرده و متعاقب آن وی را ملزم به جبران چنین ضرری کند. آیت‌الله خوانساری در این رابطه می‌فرمایند: «دانسته شد که از سوی هیچ فقیهی نفس ضرر به عنوان یکی از موجبات ضمان معرفی نشده است مگر آنکه ضرر در قالب ائتلاف درآید تا قابل جبران دانسته شود.»<sup>۳</sup>

## ۱-۳. ائتلاف و تسبیب

استناد به این قواعد منوط به این است که بر عدم النفع عنوان مال موجود صادق باشد؛ چه اینکه به موجب این دو قاعده از بین بردن مال موجود دیگری خواه به عنوان

۱. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، رسائل فقهیه (للشيخ الانصاری)، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۴، ق، صص. ۱۱۹-۱۲۰.

۲. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائد و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۱۰، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳، ق، ص. ۵۱۳.

۳. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، رساله فی قاعده نفی الضرر، چاپ اول، تهران، المکتبة المحمدیة، ۱۳۷۳، ق، ص. ۲۰۶.

اتلاف و خواه به عنوان تسبیب موجب مسئولیت عامل زیان است. به عبارت دیگر، ضمانتاشی از اتلاف و تسبیب مربوط به مواردی است که مورد اتلاف یا تسبیب مال موجود باشد و منافع هر چند حتمی الحصول باشد، چون هنوز موجود نیست تا تلف بر آن صدق کند، از این رو ضمانتی در این موضوع به وجود نمی‌آید، زیرا اتلاف یا تسبیب وقتی موجب ضمانت است که مال موجود اعم از عین یا منفعت موجود از بین برده شود و اگر کسی مانع حصول منافعی گردد، چون این منافع به وجود نیامده است مشمول قاعده اتلاف یا تسبیب نمی‌گردد. صاحب عناوین در این رابطه می‌فرماید: «اگر شخصی مانع از این بشود که دیگری زمینش را احیا و بازسازی کند، در اثر منع مانع ضرری به مال محقق نخواهد شد، زیرا که در این فرض مال موجودی وجود ندارد تا اینکه بر آن نقص وارد شود.»<sup>۳</sup> وانگهی، تنزیل قیمت سوقیه مبيع در صورتی که در اثر منع بایع توسط شخص مانع از فروش مبيع صورت بگیرد، قطعاً مضمون نخواهد بود، زیرا آنچه که فوت شده است مال موجود نیست بلکه شدن از کسب مال می‌باشد. بنابراین سزاوار نیست که در عدم ضمانت شخص مانع شک کرد؛ زیرا مالی وجود نداشته که تفویت - خواه مباشرتاً و خواه به صورت تسبیب - بر آن صدق کند.<sup>۴</sup> به علاوه در رابطه با فوت منافع انسان آزاد در اثر حبس او باید گفت که منافع آدمی مادام که استیفا نشده یا موضوع قرارداد واقع نگشته معدوم است و مال محسوب نمی‌شود و بنابراین تسبیب در تلف امری معدوم متصور نیست.

٣-٢. لاضرر

برای قابلیت مطالبه عدم النفع در صورتی می‌توان به این قاعده تمسک جست که اولاً عدم النفع ضرر محسوب شود و ثانیاً قاعده لا ضرر باید اثبات حکم (ضمان) کند تا بتوان از طریق استناد به این قاعده برای عامل زیان اثبات ضمان کرد و او را مستئول دانست. در رابطه با فرض اول باید گفت که بین (عدم) النفع و ضرر فرق واضحی وجود دارد و نسبت میان این دو تضاد است و نه تناقض و این گونه نیست که هر عدم النفعی ضرر باشد. به عبارت روشن‌تر، اگر تقابل ضرر و نفع تضاد باشد، آن گاه ضرر امری وجودی و ضد نفع خواهد بود و در این صورت به قطع عدم نفع ضرر نخواهد بود.

١. حسيني مraghi, سيد ميرعبدالفتاح بن علي, العناوين الفقهية, جلد ١, چاپ اول, قم, دفتر انتشارات اسلامی, ١٤١٧ق، ص ٣١٠.

<sup>٢</sup> نجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، جلد ٣٧، چاپ هفتم، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٤ھ، ص. ١٥.

<sup>۱۳۹۱</sup> ۳. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، چاپ سی و هفتم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ص ۷۶.

بنابراین، عدم نفع ضرر محسوب نخواهد شد و ضرری وجود نخواهد داشت تا اینکه لازم باشد به قاعده لاضرر تمسک جست. به علاوه، اگر هم عدم النفع ضرر محسوب شود، باز قاعده لاضرر، عدم النفع را در بر نخواهد گرفت چرا که این قاعده اثبات حکم (ضمان) نمی‌کند. زیرا قاعده لاضرر همیشه به صورت معارض و مخالف عمومات دیگر وارد صحنه می‌شود و بر آنها غلبه می‌کند. پس باید حکم ثابتی به نحو عموم وجود داشته باشد تا به موجب قاعده لاضرر شمول آن حکم عام نسبت به آن مصادق مرتفع گردد.<sup>۱</sup> به دیگر سخن، نقش ایفای لاضرر چیزی جز نفی احکام مجعلیه ضرری نمی‌باشد فلذاً قاعده لاضرر در خصوص ضرری که ناشی از فقد حکم می‌باشد مانند عدم النفع هیچ رسالت و نقشی ندارد. این بدین معناست که اگر حکم عدمی، حکم به عدم ضمان باشد، در این صورت مشمول قاعده لاضرر می‌شود ولی فرض این است که هیچ جعلی نه مثبت و نه منفی از طرف شارع صورت نگرفته است؛ در این صورت چگونه می‌توان لاضرر را حاکم بر چیزی دانست که اصلاً وجود ندارد.<sup>۲</sup> همچنین نمی‌توان به روایاتی نظری «کل شیء یضر بطریق المسلمين فصاحبہ ضامن لما یصیبہ»<sup>۳</sup> متمسک شد تا از این طریق نتیجه گرفت که قاعده لاضرر اثبات حکم (ضمان) می‌کند و متعاقب آن عدم النفع مضمون است؛ زیرا بازگشت این روایات به ضمان از طریق تسبیب است که به اتلاف برمی‌گردد، ولی بحث در جایی است که ضمان از نفس اضرار حاصل شود. به علاوه تمسک به روایت شفعه<sup>۴</sup> جهت اثبات اینکه لاضرر اثبات حکم می‌کند، بدین شرح که به واسطه قاعده لاضرر حکم عدمی (عدم حق شفعه) نفی شده و نتیجه آن ثبوت حق شفعه است خالی از اشکال نیست. زیرا ثبوت حق شفعه به خاطر حکومت قاعده لاضرر نبوده بلکه ثبوت این احکام از باب حرج بوده است و گذشته از آن ضرر علت صدور این احکام نبوده بلکه حکمت تشریع بوده است؛ اینکه ضرر ثبوتاً نمی‌تواند علت حکم باشد به این جهت است که بیع شریک نمی‌تواند علت ورود ضرر باشد به این معنی که بین آنها رابطه علت و معلولی وجود ندارد. تنها چیزی که می‌تواند باشد این است که از معدات ضرر محسوب شود. مثل رابطه استخراج آهن از معدن و جنایتی که ممکن است با سلاحی که از آهن ساخته می‌شود اتفاق بیفتد. وقتی که در نظر بگیریم که بیع شریک از مقدمات اعدادیه محسوب می‌شود، نتیجه آن است که ضرر احتمالی و اتفاقی بعدی نمی‌تواند مجعلو شرعی یعنی علت حکم باشد. اینکه اثباتاً نیز ضرر نمی‌تواند علت حکم باشد به این جهت است که ضابطه اینکه چیزی مجعلو

۱. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منبع پیشین، ص. ۲۲۱.

۲. سبحانی تبریزی، جعفر، الرسائل الأربع، جلد ۲، چاپ اول، قم، مؤسسۀ امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۵ق، ص. ۱۱۱.

۳. اصفهانی، محمد تقی، روضه المتقيین فی شرح من لا يحضره الفقيه، جلد ۱۰، چاپ دوم، قم، مؤسسۀ فرهنگی اسلامی کوشانبور، ۱۴۰۶ق، ص. ۴۳۹.

۴. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، الکافی، جلد ۵، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ق، ص. ۲۸۰.

شرعی باشد این است که مورد موضوعاً و حکماً در آن مندرج باشد؛ یعنی علت به عنوان کبرای کلی بتواند موارد مختلف را تحت شمول خود در آورد ولی لا ضرر در حدیث شفعته نمی تواند کبرای کلی باشد؛ زیرا اولاً بیع شریک از مصادیق خارجی ضرر نیست بلکه از مقدمات اعدادیه ضرر محسوب می شود. ثانیاً اگر لا ضرر در انتهای این روایت نباشد به سادگی نمی توان حکم شفعته را به دست آورد.<sup>۱</sup> از اینها گذشته ثبوت حق شفعته به خاطر دلیلی خاص بوده است لذا سایر موارد را نمی توان بر این مثال ها قیاس کرد.<sup>۲</sup> از همین قبیل است روایت نهر و آسیاب؛<sup>۳</sup> که طبق آن نمی توان بر آن عقیده بود که اگر کسی نهر آبی را از آسیاب کسی بگرداند باید آن را به حال اول برگرداند و از آن نتیجه گرفت که لا ضرر اثبات حکم (ضمان) می کند؛ زیرا شاید صاحب آسیاب به موجب قراردادی جداگانه چنین حقیقتی داشته باشد گفت دستور امام بر بازگشت وضعیت نهر به مسیر سابق خود، برای این بوده که صاحب نهر حق تغییر آن را نداشته است.<sup>۴</sup> به همه استدللهای پیشین مبنی بر عدم توانایی قاعده لا ضرر در اثبات حکم (ضمان) باید اشکال دیدگاه برخی از فقهاء را نیز افزود که نظر داده اند که اگر زنی از ادامه علقه زوجیت و یا از غیبت شوهر و یا عدم انفاق شوهر زیان ببیند حق دارد نسبت به طلاق خود اقدام کند و از این حکم استفاده کرده اند که لا ضرر حکم به جواز طلاق داده پس اثبات حکم کرده است.<sup>۵</sup> اما با کمی تعمق می توان دریافت مبنای نظر این فقیهان لا ضرر نبوده بلکه اخبار دیگری بوده که در مورد زنی وارد شده که شوهرش غایب بوده و کسی نبوده که نفقه او را بپردازد و بر طبق این اخبار، حاکم حق دارد طلاق او را واقع سازد. به علاوه در این زمینه اخبار معارض وجود دارد از جمله روایتی که از پیامبر (ص) رسیده که فرمود: «همسر مردی که مفقود است باید صبر کند تا خبر مرگ یقینی شوهر یا طلاق شوهر به او برسد.»<sup>۶</sup>

٣-٣. ضمار، بد و غصب

توجیه پذیری مطالبه عدم النفع با استناد به ضمان ید در صورتی است که استیلا و سلطه عرفی عامل زیان بر زیان دیده صدق کند که فقهای این بحث را ضمن منافع انسان آزاد بحث نموده‌اند. مدرک و مستند روایه، قاعده ضمان ید، حدیث مشهوری از رسول

۱. بهرامی احمدی، حمید، منبع پیشین، صص. ۹۴-۹۳.

۲. نجفی، خوانساری، موسی، بن محمد، منبع پیشین، ص: ۲۲۰.

<sup>٣</sup>. طوسي، ابو جعفر، محمد بن حسن، تهذيب الأحكام، جلد ٧، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الإسلامية، ١٤٠٧ق، ص. ١٤٦.

۹۴. بهرامی احمدی، حمید، منبع پیشین، ص.

<sup>٥</sup> طباطبائی بزدی، سید محمد کاظم، تکمله العروه الوثقی، جلد ١، چاپ اول، قسم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴ق. ص. ٧٥.

<sup>٦</sup> سیستانی، سید علی حسینی، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، چاپ اول، قم، دفتر آیه‌الله سیستانی، ۱۴۱۴ق، ص. ۳۰۷.

اکرم (ص) است که می‌فرماید: «علی الید ما أخذت حتى تودى»؛ که اگر ضعفی در سند آن باشد، این ضعف با شهرت جبران شده است.<sup>۱</sup> با اطلاق و عمومی که در روایت مربوط به ضمان ید دیده می‌شود به نظر می‌رسد تصرف مال اعم از اینکه عالمًا باشد یا از روی جهل موجب ضمان است، با این تفاوت که اگر تصرف از روی عمد و قصد باشد از مصاديق غصب و دارای عقوبت شرعاً و مجازات است، در حالی که تصرف غیر عمدی فقط موجب ضمان حقوقی است و عقوبات و مجازات در پی ندارد. به عبارت دیگر، در تحقق این ضمان، تقصیر دخالتی ندارد بلکه مبنای این مسئولیت، وضع ید و استیلا بر مال دیگری است اعم از اینکه عالمًا عامدًا صورت گرفته باشد و یا از روی جهل و غیر عمد. در نتیجه دایره ضمان ید اختصاص به غصب ندارد بلکه وسیع تر و اعم از آن است.<sup>۲</sup> «علی» در حدیث فوق به معنای عهده است و مثلاً گفته می‌شود: لفلانٰ علیَّ مال. همچنین منظور از «ید» دست جسمانی نیست بلکه مراد از ید مسلط شدن و استیلاه عرفی و تصرف است و علت اینکه عبارت «در دست» به کار رفته، آن است که تصرف غالباً با دست صورت می‌گیرد و این معنای است که در عرف شایع شده است. پس منظور از تصرف به وجود آمدن استیلا و سلطه عرفی است اعم از اینکه تصرف با دست به صورت فیزیکی و مادی انجام شده باشد یا به شکل دیگر باشد و واژه ید کنایه از متصرف است. به علاوه، کلمه «ما» در حدیث، کنایه از مال اخذ شده است و بنابراین همان چیزی که مورد استیلا قرار گرفته متعلق «علی» است، نه بازگرداندن آن و لذا مفاد حدیث، حکم وضعی ضمان خواهد بود نه حکم تکلیفی وجوب اداء.<sup>۳</sup>

با توجه به توضیحات بالا، عدم النفع و فوت منفعت انسان حر از طریق تسلط و استیلا بر او بر مبنای قاعده ضمان ید قابل مطالبه نیست؛ زیرا منظور از موصول در روایت چیزی است که به ملکیت درآید چرا که ظاهر روایت بیان حکم ضمان و مسئولیت است و ضمان به صرف تصرف در غیر مملوک محقق نمی‌شود، به علاوه روایت پایان ضمان را ادا کردن مال قرار داده است و ادا کردن مال به معنی دفع و دادن آن به کسی است که باید به او داده شود مانند مالک و نظایر آن؛ حال آنکه چیزی که به ملکیت در نماید را نمی‌توان تأدیه و رد کرد چون کسی که به او داده می‌شود وجود ندارد پس خروج مال غیر مملوک از روایت روشن است.<sup>۴</sup> در مورد عدم ضمان کسی که بر انسان آزاد تسلط می‌یابد گفته می‌شود که چنین موردی مشمول دلیل ضمان قرار نمی‌گیرد چرا که متبادر از دلیل ید (حدیث ضمان) چیزی است که به ملکیت

۱. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، منبع پیشین، ص. ۴۱۶.

۲. محقق داماد، مصطفی، منبع پیشین، ص. ۶۷.

۳. انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، جلد ۲، چاپ اول، قم، موسسه دارالکتاب (الجزایری)، ۱۴۱۸ق، ص. ۱۸۱.

۴. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، منبع پیشین، ص. ۴۲۵.

در می‌آید به ویژه به خاطر قرینه حتی تودی و مانند آنکه شامل چیزی که قابل تملک نباشد مانند انسان آزاد نمی‌شود.<sup>۱</sup> همچنین، منافع انسان آزاد تحت استیلا و تصرف قرار نمی‌گیرد مگر به تبع عین انسان؛ و از آنجا که عین انسان حر تحت ید داخل نمی‌شود پس منافع وی نیز همچون عین انسان حر تحت استیلا داخل نشده و مضمون نمی‌باشد.<sup>۲</sup> از اینها گذشته، طبق تعریف برخی از فقهاء<sup>۳</sup> از غصب و آوردن واژه «مال» در این تعریف<sup>۴</sup> ایشان در صدد آن بوده‌اند که انسان حر و منافعش را از این تعریف خارج نمایند، چرا که از منظر ایشان منافع و عین انسان حر مال نیست تا تحت استیلا قرار گیرد و لذا مضمون نمی‌تواند باشد. به عبارت روشن‌تر، انسان آزاد از اموال محسوب نمی‌شود و منافع او تابع وجود او بوده مالی مستقل به شمار نمی‌آید و همان‌گونه که انسان را نمی‌توان تحت ید قرار داد این عنوان در تسلط بر منافع او نیز تحقق نمی‌یابد. پس منافع انسان آزاد در استیلای دیگری واقع نمی‌شود و هرگاه بدون استفاده تلف شود، در تصرف خود او از بین رفته و ضمان آن بر عهده دیگری قرار نمی‌گیرد و به تعبیر دیگر، منافع انسان آزاد همواره در سلطه و قبض خود او قرار دارد و اگر از بین رود در ید خودش از بین رفته است.<sup>۵</sup> همچنانی با آوردن قید «استیلاه یا إثبات اليد» در تعریف غصب معتقد بوده‌اند که، آنچه که استیلا و تصرف بر آن صدق نکند، هر چند مصادق عدم‌النفع باشد، مضمون و قابل جبران نخواهد بود من جمله ممانعت بایع از فروش مبیع خود و تنزیل قیمت سوقیه یا تلف آن در اثر منع.<sup>۶</sup>

#### ۴. نقد ادله مخالفان جبران‌ناپذیری عدم‌النفع

در مبنای جبران‌ناپذیری عدم‌النفع، زیربنای تمام این قواعد در راستای بررسی قابلیت جبران عدم‌النفع سه قاعده فقهی اتفاف، ضمان ید و لاضر می‌باشد؛ به طوری که دیگر قواعد فقهی در توجیه عدم‌النفع به این سه قاعده بازگشت می‌کنند. ادله ارائه شده ذیل قواعد فقهی فوق‌الذکر مبنی بر جبران‌ناپذیری خسارت ناشی از عدم‌النفع ناتمام بوده و قابل نقد است که در ذیل به آن اشاره می‌شود.

۱. همان، ص. ۴۲۶.

۲. موحدی لنگرانی، محمد فاضل، تفصیل الشریعه - الغصب، إحياء الموات، المشترکات و اللقطه، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۹ق، ص. ۲۲.

۳. عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه، جلد ۳، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق، ص. ۱۰۵.

۴. و هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواً.

۵. محقق داماد، مصطفی، منبع پیشین، ص. ۷۴.

۶. عاملی، زین الدین بن علی، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحتی - کلانتر)، جلد ۷، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۴ و ۲۷.

#### ۱-۴. نقد توجیه‌نایابی جبران عدم‌النفع ذیل قاعده اتلاف و تسبیب

عمل انسانی که آزاد است و دارای حرفة باشد مال به شمار می‌آید، زیرا بدیهی است که دوختن لباس و کندن چاه مالی است که عقلاً حاضرند در برابر آن عوضی پرداخت نمایند و مال نیز چیزی نیست مگر آنچه مورد تقاضای عقلاً باشد. البته مالیت عمل به اعتبار این است که در آینده تحقق پیدا می‌کند نه به این معنی که آینده بودن قید مالیت باشد بلکه سبب به شمار آمدن مال می‌گردد. تفاوت میان عمل کسی که دارای حرفة است و عمل کسی که حرفاً ندارد در صدق عنوان مال است به این ترتیب که عمل انسانی که دارای حرفة است در زمرة اموال قرار می‌گیرد به خلاف عمل انسان بی‌حرفة. آری، تفاوت میان عمل انسان دارای حرفة و عمل انسان بدون حرفة در ضمان ناشی از حبس است؛ بنابراین ظاهر آن است که حبس انسان آزاد دارای حرفة نزد عقلاً موجب ضمان است به خلاف انسان آزاد بی‌حرفة.<sup>۱</sup> وانگهی، حسب تعریف رایج، مال چیزی است که عقلاً در مقابل آن، مال پرداخت می‌کنند و بی‌گمان نیروی بالقوه کار انسان در بازار با پول مبادله می‌شود و اعتبار مالیت آن نیازی به استیفا و یا انعقاد قرارداد ندارد. پیروان مشهور خود تصدیق دارند که چنانچه کارگر اجیرشده‌ای بازداشت شود و نتواند کار کند، بازداشت‌کننده ضامن اجرت او خواهد بود و لذا جای این سؤال است که آیا صرف انعقاد قرارداد اجاره می‌تواند به امری که مالیت ندارد (عمل فرد محبوس) مالیت ببخشد؟<sup>۲</sup> فلذًا وقتی بر این‌گونه از منافع ازدست‌رفته عنوان مال صدق می‌کند، چرا از باب اتلاف قابل جبران نباشد؟ بنابراین، به نظر می‌رسد جبران خسارت ناشی از عدم‌النفع عمل انسان محبوس دارای حرفة از طریق استناد به قاعده اتلاف قابل توجیه باشد چرا که صدق عنوان مال بر آن می‌کند و من أتلف مال الغير فهو له ضامن چه مباشرتاً و چه از طریق تسبیب. آیت‌الله سیستانی در این رابطه می‌فرمایند: نفس دلیل و قاعده اتلاف شامل مواردی چون حبس کردن کاسب مانند حبس کردن بنده یا حبس کردن حیوان می‌شود؛ چرا که در نظر عقلاً حبس از بین بردن منافع اوست که می‌توانست از آن به دست بیاورد. همچنین اگر کسی را بگیرند و نگهدارند تا اسبش یا غلامش فرار کند یا سیل وارد خانه یا باغ او شده و خانه اش را ویران کند، یا نگه دارند تا آتشی که روشن کرده غذایش را بسوزاند یا آتش بیفت و خانه‌اش بسوزد همه این موارد را اتلاف می‌گویند و کننده این کار با قاعده من أتلف ضامن جبران خسارت اوست.

۱. خمینی، سید روح الله موسوی، کتاب البیع، جلد ۱، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سرمه، ۱۴۲۱ق، صص. ۳۷-۳۸.  
۲. محقق داماد، مصطفی، منبع پیشین، صص. ۷۷-۷۸.

در این مسائل نیازی به لاضر نیست البته از لاضر به معنی وسیع نیز در جبران خسارت زیان دیده در این مسائل می‌توانیم استفاده کنیم.<sup>۱</sup>

## ۲-۴. نقد توجیه‌ناپذیری جبران عدم‌النفع ذیل قاعده لاضر

در پاسخ به این سؤال که آیا عدم‌النفع ضرر می‌باشد یا نه باید گفت ضرر امری عدمی است و بین ضرر و نفع تقابل عدم و ملکه است و معنای ضرر عدم نفعی است در موضوعی که در آن قابلیت نفع باشد.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر، اگر چیزی شائش این باشد که متصف به صفتی شود، وجود صفت در آن چیز ملکه است و فقدان آن عدم ملکه. مثلاً شأن انسان این است که متصف به صفت بینایی شود، پس بینایی ملکه است و کوری عدم ملکه. شأن مال نیز این است که سود و رشد کند پس نفع ملکه است و زیان و عدم نفع عدم ملکه. در واقع عدم‌النفع در مال که شأنش نفع می‌باشد عرفاً از مصاديق ضرر است. پس اگر بگوییم تقابل نفع و ضرر تقابل تضاد است چون ممکن است مال نه افزایش پیدا کند و نه کاهش صحیح نیست، زیرا عرفاً و عادتاً شأن مال این است که رشد و نمو کند و سود بددهد نه آنکه راکد بماند. از اینها گذشته، اگرچه پیرامون این سؤال که چه چیزی ضرر هست و چه چیزی ضرر نیست بحث‌های زیادی در گرفته ولی نکته مهم این است که همه فقهیان معتقدند که این بحث، بحث فقاهتی و حقوقی نیست بلکه بحث عرفی و لغوی است. بنابراین به نظر می‌رسد که قول مشهور فقها نیز که عدم‌النفع را ضرر نمی‌داند ناظر به عدم‌النفعی است که عرف آن را ضرر نمی‌شمارد.<sup>۳</sup> مرحوم نائینی در این‌باره بعد از اشاره به ضرر می‌فرمایند: حتی عدم‌النفع نیز اگر موجباتش فراهم شده باشد عرفاً ضرر شمرده می‌شود.<sup>۴</sup> اما در پاسخ به این سؤال که آیا لاضر اثبات حکم (ضمان) می‌کند یا خیر می‌گوییم شیخ انصاری که در رابطه با قاعده لاضر معتقد است: «لاضر و لاضرار فی الإسلام» یعنی «لا حکم ضرری فی الإسلام» - به این معنا که واژه حکم را در تقدیر گرفته است و در صدد بیان آن است که هر حکمی که از ناحیه شارع صادر گردد، اگر مستلزم ضرر باشد یا از اجزای آن ضرری برای مردم حاصل شود، طبق قاعده لاضر برداشته می‌شود؛<sup>۵</sup> - در رابطه با قابلیت اثبات حکم (ضمان) این قاعده می‌فرمایند: فقط احکام وجودی ضرری نفی نشده، بلکه هر آنچه در شرع اسلام بدان ملتزم می‌شوند و بر طبق آن

۱. سیستانی، سید علی حسینی، منبع پیشین، صص. ۲۹۴-۲۹۵.

۲. خراسانی، محمد کاظم، قاعده الضرر والجهاد والتقلید (کفایه الأصول)، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ق، ص. ۳۸۱.

۳. بهرامی احمدی، حمید، قواعد فقه (قاعده لاضر)، جلد ۲، چاپ اول، تهران، نشر دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹، ص. ۲۰۰.

۴. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منبع پیشین، ص. ۱۹۹.

۵. محقق داماد، مصطفی، منبع پیشین، ص. ۱۴۲.

رفتار می‌کنند چنانچه ضرری باشد خواه امر وجودی باشد یا عدمی با قاعده لاضرر نفی می‌شود. پس همان‌گونه که منت بر امت اقتضا می‌کند که احکام وجودی ضرری را نفی کند همین‌طور هم منت اقتضا می‌کند احکامی را که از عدم آنها ضرر متوجه بندگان می‌شود، جعل و وضع کند مضافاً یعنیکه حکم عدمی مستلزم حکم وجودی است. پس اگر قرار باشد منافع کسی که به واسطه منع از کسب و کار فوت شده مضمون نباشد، لازم می‌آید که مطالبه اجرت و تقاض از مال حابس و تعرض نسبت به او حرام باشد بنابراین از عدم ضمان حابس، حرمت مطالبه اجرت منافع فوت شده و حرمت تقاض لازم می‌آید و حرمت که حکم وجودی است سبب ضرر خواهد شد. از طرفی لاضرر نفی حکم ضرری است، در نتیجه به کمک لاضرر می‌توان حرمت مطالبه و حرمت تقاض را از میان برداشت.<sup>۱</sup> به علاوه، جناب شیخ انصاری که از پیشوaran نظریه رافعیت در قاعده لاضرر است، در مواردی از قاعده لاضرر برای وضع ضمان استفاده فرموده‌اند. شیخ انصاری در مبحث بیع فضولی در فرضی که بایع فضول مبیع را به مشتری جاهل فروخته است و مشتری جاهل از مبیع استفاده برده است و مالک به مشتری رجوع کرده و منافع مستوفات به وسیله مشتری را از او اخذ نموده است، یکی از دلایل رجوع مشتری جاهل به فضول را قاعده لاضرر دانسته و می‌فرماید: فضول خریدار را فریب می‌دهد و خریدار به گمان اینکه منافع مبیع را به صورت مجانی مورد استفاده قرار می‌دهد در آنها تصرف می‌کند. حال اگر مالک خسارت منافع را از او بگیرد و خریدار نیز حق مراجعته به فروشنده را نداشته باشد، ضرری برای خریدار به حساب می‌آید؛ در حالی که اسلام، احکام ضرری وضع نمی‌کند پس باید خریدار بتواند به فروشنده مراجعته کند.<sup>۲</sup> همچنین در پاسخ به این استدلال نیز که اگر حکم عدمی، حکم به عدم ضمان باشد، در این صورت مشمول قاعده لاضرر می‌شود ولی فرض این است که هیچ جعلی نه مثبت و نه منفی از طرف شارع صورت نگرفته است باید گفت که در فرض فوق الذکر جعل صورت گرفته است؛ چرا که در فرض فقدان ادله کاشف از واقع، نفس اصول عملیه از قبیل برائت و استصحاب که به آن اشاره خواهد شد حکمی است ضرری از سوی شارع و لذا لاضرر آن را نفی می‌کند و از این طریق خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه است. همچنین، از حدیث سمره چنین مستفاد می‌شود که قاعده لاضرر شامل احکام عدمی هم می‌شود و به عبارت دیگر قاعده لاضرر اثبات حکم (ضمان) می‌کند و بر همین اساس پیامبر به مرد انصاری حق داد که درخت سمره را بکند و برای این حکم به لاضرر استناد فرمود و علت این بود که بدون استناد به این حکم، مرد انصاری چنین حقی نداشت و پیامبر به این وسیله از مرد انصاری

۱. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، منبع پیشین، ص. ۱۱۹.
۲. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری)، جلد ۳، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق، صص. ۴۹۸-۴۹۹.

دفع ضرر کرد.<sup>۱</sup> وانگهی در قاعده لاضر نه فقط به نصوص لفظی، بلکه به بنای عقلاباید تمسک شود. بی تردید عقلابی این را مسئول جبران خسارت می دانند و پشتونه اصلی در قاعده ضرر، همان بنای عقلابی احراز امضای آنان از طریق عدم رد است؛<sup>۲</sup> به علاوه، این اشکال که ضرر در حدیث شفعه علت صدور حکم نبوده بلکه حکمت تشریع بوده و به همین دلیل لاضر نمی تواند مبنای ثبوت حق شفعه برای شریک باشد و اثبات حکم کند، وارد نیست؛ زیرا قائل به این سخن بین بیع شریک با ضرری که بر شریک دیگر وارد می آید رابطه نزدیکی مشاهده نمی کند یعنی فرض قائل از «ضرر» اقداماتی است که احیاناً ممکن است در آینده از سوی خریدار مال مشترک صورت گیرد، در حالی که مطلب می تواند غیر از این باشد. در شرکت در اموال غیر منقول، ویژگی های شخصی شریک اهمیت زیادی دارد و شریک شدن با فردی که در جامعه خوشنام نیست نه تنها برای شریک دیگر زیان های معنوی و حیثیتی زیادی دارد بلکه در قیمت ملک مشترک نیز اثر بسیاری می گذارد، خواه از سوی شریک اقدام های زیان آوری صورت بگیرد یا نگیرد. بنابراین، قابل درک است که در مورد بیع شریک، شارع برای شریک دیگر حق شفعه را در نظر گرفته باشد تا اگر بیع شریک را مضر به حال خود دید به این وسیله از خود دفع ضرر کند. همچنین در روایت نهر و آسیاب، سخن اساسی قائل این است که اگر پذیریم که آنچه در حدیث گفته شده دستور به اعاده نهر به حالت سابق بوده باید بگوییم که علت این دستور آن بوده که صاحب نهر از قبل حق تغییر آن را نداشته است؛ در حالی که متن حدیث هرگز چنین چیزی را نمی رساند، بلکه بر عکس نشان می دهد که حق صاحب نهر محدود نبوده و تنها محدودیت آن به تصریح متن حدیث، حکم لاضر بوده است. در رابطه با زیان ناشی از تداوم علقه زوجیت برای زوجه واستدلال قائل به عدم مبنای قرار گرفتن لاضر جهت اثبات حکم طلاق باید گفت شاید نقطه نظر قائل این بوده است که اگر ادامه زوجیت به زیان زن باشد، لازم می آید که امر طلاق در دست او قرار گیرد. اما در این موارد باید توجه داشت که این نگرانی بهجا نیست، زیرا نصوصی وجود دارند که حق طلاق را در اختیار زن قرار نمی دهنند. اگر این نصوص در اختیار فقهاء نبود شاید فقهاء در این باب نیز مثل بقیه ابواب فقه به قاعده لاضر استناد نموده و در شرایط خاصی به زن حق طلاق می دادند. بنابراین استناد به قاعده لاضر در این مورد این نتیجه را نمی دهد که طلاق در دست زن قرار گیرد بلکه در شرایط خاصی طلاق در دست حاکم قرار می گیرد تا او به استناد نفی ضرر به طلاق زوجه اقدام کند. همچنین مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی بزدی به استناد روایتی که ابوبصیر از امام

۱. سیحانی تبریزی، جعفر، مرجع پیشین، ص. ۱۰۹.

۲. محقق داماد، مصطفی، منبع پیشین، ص. ۱۶۱.

باقر نقل کرده و به استناد قاعده لاضرر به امکان طلاق زنی که از ادامه زوجیت زیان می‌بیند اشاره کرده است. متن روایت به شرح زیر است: «اگر کسی همسری داشته باشد ولی لباسی که او را بپوشاند برای او تهیه نکند و شکم او را سیر ننماید، بر امام است که بیانشان جدایی برقرار کند.»<sup>۱</sup>

### ۴-۳. نقد توجیه‌ناپذیری جبران عدم‌النفع ذیل قاعده ضمان ید و غصب

در توجیه‌پذیر بودن مطالبه خسارت ناشی از عدم‌النفع با استناد به قاعده ضمان ید که فقهاء در بحث منافع انسان حر از آن سخن رانده‌اند می‌توان چنین استدلال کرد که درست است انسان آزاد به دلیل قرینه «حتی تودی» از شمول روایت و نص خارج شده است و عبارت «حتی تودی» دلالت می‌کند بر اینکه مورد تصرف قبل تملک باشد، اما اگر شخصی که بر منفعت دیگری تسلط پیدا می‌کند، از آن استفاده ننماید اما به دلیل ممانعت صاحب ید یا تسلیط او منفعت از بین رود در این صورت اگرچه عین داخل روایت نیست اما منفعت شایسته است مشمول روایت قرار گیرد چون قابل تملک است. با وجود این فقهاء<sup>۲</sup> اعتقاد دارند که منافع انسان آزاد که به دلیل غصب کردن و تحت ید در آمدن از بین رفته است، ضمان‌آور نیست. پس اگر بگوییم منافع انسان آزاد نیز قابل تملک نیست و در نتیجه مشمول روایت نمی‌شود بر ما لازم می‌آید که سخن خود را با جواز اجاره کردن منافع انسان و صلح و مانند آن نقض کنیم، زیرا اگر منفعت انسان آزاد، قابل تملک و ارزش مالی نباشد پس چگونه موضوع عقود معاوی قرار می‌گیرد؟ و اگر بگوییم که خارج شدن عین انسان از شمول خبر، باعث خارج شدن منافع وی از شمول خبر می‌شود این ایراد بر ما وارد می‌شود که عین و منفعت دو چیز هستند که عرفاً تحت ید و تصرف در می‌آیند و عدم ضمان یکی از آنها (یعنی عین انسان) و خارج شدن آن از روایت نبوی که به خاطر دلیل یا تخصص است، موجب خارج شدن دیگری نمی‌شود. اگر بگوییم که منافع انسان آزاد تا زمانی که استفاده نشده باشد تحت شمول ید در نمی‌آید، چون ید و تصرف انسان آزاد نسبت به منافع خودش مقدم‌تر از ید غاصب است و منفعت انسان مانند لباس انسان آزاد است که آن را پوشیده و می‌دانیم که اگر انسان آزاد را همراه با لباسش حبس کنند ضمانتی نسبت به لباس او به وجود نمی‌آید چون لباسش عرفًا تحت ید خود انسان آزاد است و تحت ید و تصرف غاصب نیست پس منافع وی به طریق اولی موجب ضمان نمی‌شود چون منافع جزء امور

۱. طباطبائی بزدی، سید محمد‌کاظم، منبع پیشین، ص. ۷۵.

۲. محقق حَلَّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۳، چاپ دوم، قم، مؤسسۀ اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق، ص. ۱۸۵؛ عاملی کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۶، چاپ دوم، قم، مؤسسۀ آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ق، ص. ۲۲۰.

حکمیه‌اند و از اعیان خارجی نمی‌باشند، ایراد بر ما گرفته می‌شود که این ادعا درمورد بردۀ صحیح است زیرا تسلط بردۀ بر منافع خودش که از امور حکمیه هستند بیشتر از تسلط غاصب بر منافع اوست پس چگونه می‌توان گفت که منافع عد به دلیل از بین رفتشان، ضمان آور هستند؟ به علاوه، تصرف یک مسأله شرعی نیست تا بگوییم که بردۀ شرعاً بر منافع تصرف ندارد بلکه ملاک تصرف عرفی می‌باشد و بردۀ نیز همین تصرف را بر منافع خود دارد. اگر بگوییم که آنچه از عموم عبارت «ما أخذت» به ذهن متبارد می‌شود چیزی غیر از امثال منفعت انسان آزاد است که در تصرف او می‌باشد و هنوز استیفا نشده است چرا که چیزهایی مثل آن داخل در دلیل ید قرار نمی‌گیرند سخن ما با منافع وقف عام نقض می‌شود چون منافع وقف عام با از بین رفتن تحت ید غاصب، ضمان آور هستند حال آنکه آیا فرق میان انسان آزاد و وقف است؟<sup>۱</sup> از اینها گذشته، برخی از فقهاء با نگاه دیگری به تعریف غصب،<sup>۲</sup> منافع انسان آزاد من جمله عدم‌النفع را مضمون دانسته‌اند، بدین شرح که وقتی استیلا و سلطه عدوانی بر آنچه که متعلق به غیر است (نه لزوماً مال طبق تعریف مشهور) غصب محسوب می‌شود، بنابراین استیلا بر نفس غیر نیز غصب خواهد بود و از آن جایی که منافع انسان تابع عین و نفس اوست، پس هرگاه نفس او غصب شود منافع وی نیز به تبع نفس مغضوب تلقی می‌شود و چون غاصب ضامن منافع اعم از مستوفات و غیرمستوفات می‌باشد، در نتیجه ضامن عدم‌النفع و منافعی که بر اثر استیلاه او استفاده نشده نیز خواهد بود.<sup>۳</sup>

## ۵. بررسی و نقد جبران‌ناپذیری عدم‌النفع مبتنی بر اصول عملیه

از جمله دلایل عامی که فقهاء برای رد جبران‌ناپذیری عدم‌النفع در فقه امامیه، بدان متمسک شده‌اند، اصل برائت و استصحاب در میان اصول عملیه می‌باشد. اصول عملیه عبارت‌اند از سلسله دستورهایی عقلی و شرعی که در هنگامه جهل و حیرت در احکام واقعی، از سوی شارع و عقل، تشریع و اعتبار می‌گردند. غرض از این قواعد و ظایاف ظاهری بیرون کشیدن مکلف از حیرت و سرگردانی در مقام عمل است و موقعی که مکلف به تمام معنا از رسیدن به حکم واقعی مایوس می‌گردد، از این اصول بهره می‌گیرد.<sup>۴</sup> آنچه که به واسطه این اصول محقق می‌شود اثبات حکم شرعی ظاهری است

۱. مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی، العناوین الفقهیة، ج ۱ و ۲، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷-۱۴۲۷ هـ، ص ۴۲۷-۴۲۸.

۲. إنَّ الْمُأْخُوذَ فِي تعرِيفِ الغصبِ هو الاستِيلَاءُ عَلَى مَا لِلْغَيْرِ، وَهُوَ لَا يشْمَلُ نَفْسَ الْغَيْرِ، وَلَكِنَّهُ رِبَما يُجَابُ عَنْهُ - مضافاً إِلَى أَنَّ هَذَا التَّعْرِيفُ لَمْ يَرِدْ فِي دَلِيلٍ - بَأَنَّهُ إِذَا كَانَ الاستِيلَاءُ عَلَى مَا لِلْغَيْرِ غَصْبًا، فَالْأَسْتِيلَاءُ عَلَى نَفْسِ الْغَيْرِ يَكُونُ غَصْبًا بِطَرِيقٍ أَوَّلِيٍّ.

۳. موحدی لنکرانی، محمد فاضل، منبع پیشین، ص ۲۱.

۴. محمدی، علی، شرح اصول فقه مظفر، جلد ۴، چاپ دوازدهم، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۹۰، ص ۹.

که به ملاحظه جهل مکلف نسبت به واقع، از سوی شرع مقدس جعل گردیده است، یعنی شارع مقدس وظایفی را برای مواردی که مکلف جاهل به حکم واقعی و مردد در آن باشد، مقرر فرموده که نام آنها احکام ظاهری است. در ادامه به عبارات فقهاء در تمسک به این دو اصل می‌پردازیم.

### ۱-۵. اصل برائت

مورد استفاده این اصل شک در اصل تکلیف است.<sup>۱</sup> به موجب اصل برائت، ذمه تمام مکلفین از اشتغال به تکالیف شرعی و قانونی بری است مگر آنکه به دلایل متقن ذمه آنها مشغول گردد و حال آنکه به موجب قوانین شرع چنین دلیل متقنی برای مسئولیت مکلفین نسبت به خسارت عدم النفع وجود ندارد. پس اگر در این خصوص شک کنیم که آیا بر طبق موازین شرعی عدم النفع قابل جبران می‌باشد یا خیر؟ باید بنابر اصل برائت، حکم به قابل جبران نبودن این نوع خسارت دهیم. شیخ طوسی در این باب می‌فرماید: «اگر کسی انسان آزاد صغیری را غصب کرد و وی در ید غاصب تلف گردید، مسئولیتی نسبت به عین و منافع از دست رفته مغضوب بر دوش غاصب نیست ... و دلیل ما بر این حکم اصل برائة الذمه می‌باشد.»<sup>۲</sup>

### ۲-۵. اصل عدم و استصحاب عدمی

دلیل دومی که می‌توان برای عدم پذیرش قابلیت جبران عدم النفع ذکر نمود، اصل عدم و استصحاب عدمی می‌باشد. قبل از ورود زیان به زیان‌دیده، اصل بر عدم مسئولیت زیان‌زننده است؛ چه اینکه به موجب اصل عدم، اصل، عدم وجود چیزی است تا وجودش ثابت شود به این معنا که همه چیز از عدم به وجود و از نیستی به هستی آمده است و برای اثبات عدم، نیاز به دلیل و برهان نیست و این اثبات وجود چیزی است که محتاج دلیل است،<sup>۳</sup> ولی بعد از ورود زیان به زیان‌دیده توسط عامل زیان، وی مسئول خساراتی است که در فقه دلیل بر جبران آن وارد شده است همچون اتلاف، ضمان ید و ... اما نسبت به خساراتی همچون عدم النفع که صراحتاً در فقه دلیلی بر جبران آن وارد نشده است، تردید حاصل می‌شود که آیا مسئولیت جبران این‌گونه خسارات بر عهده عامل زیان هست یا نه؟ که با عنایت به تعریف استصحاب<sup>۴</sup> و یقین سابق (عدم مسئولیت)، با

۱. انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، منبع پیشین، ص. ۱۳.

۲. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الخلاف، جلد ۳، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق، ص. ۴۲۱.

۳. محمدی، ابوالحسن، مبانی استبطاق حقوق اسلامی، چاپ پنجاهم، تهران، موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۱، ص. ۳۰۰.

۴. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، جلد ۱، چاپ ششم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۱ق، صص. ۲۷۷-۲۷۸.

---

شک لاحق در مسئولیت عامل زیان پس از تحقق عدم‌النفع، عدم مسئولیت او را استصحاب می‌کنیم. صاحب جواهر در این رابطه می‌فرمایند: «اگر شخصی، دیگری را از بیع کالایش منع کند و در اثر این منع قیمت سوچیه کالا در زمان بعد از آن تنزیل یابد و یا عین کالا تلف شود، شخص مانع ضامن نخواهد بود ... زیرا اصل بر عدم مسئولیت است به این دلیل که در این فرض عدم مسئولیت ناشی از غصب به علت فقدان ید و سلطه مفروض است.»<sup>۱</sup>

### ۵-۳. نقد مبنای جبران‌ناپذیری عدم‌النفع مبتنی بر اصول عملیه

همان‌طور که پیش‌تر ذکر شد، اصول عملیه در هنگامه جهل و حیرت در احکام واقعی، از سوی شارع و عقل، تشریع و اعتبار می‌گردد و حال آنکه در ما نحن فيه جهل و حیرتی برای مکلفین نسبت به جبران‌پذیری خسارات ناشی از عدم‌النفع وجود ندارد و بلکه بالعکس، با تعمق در شرع امکان تعیین قابلیت جبران‌پذیری این خسارت موجود است. در نتیجه اساساً، موضوع بحث تخصصاً از حیطه اصول عملیه خارج است و امکان تمسک به این اصول در این مقال جایی ندارد.

## نتیجه‌گیری

بسیاری از فقیهان به جبران ناپذیری عدم النفع حکم کرده‌اند؛ چرا که نتوانسته‌اند خسارت ناشی از عدم النفع را طبق قواعد فقهی از قبیل لاضر و ضمان ید موجود در حقوق اسلامی توجیه کنند و الا آنها نیز متوجه بوده‌اند که عدم النفع عرفاً ضرر محسوب می‌شود. در این پژوهش با بررسی ادله موافقان و مخالفان قابلیت جبران پذیری عدم النفع در فقه امامیه، مشخص شد که برداشت این دسته از فقه‌ها از قواعد مزبور قابل انتقاد بوده و خلاف آن قابل تصور است؛ فلذا امکان جبران پذیری عدم النفع در فقه امامیه موجود است و طبق ادله مذکور در تحقیق نباید در امکان تدارک ضرر ناشی از خسارت عدم النفع تردید روا داشت. بنابراین به نظر می‌رسد برداشت مقнن از فقه در رابطه با مسئله عدم النفع خلاف رأی صواب و عکس نظر اولو‌الآباب بوده است و نیاز به اصلاح دارد و لهذا نه تنها قابلیت جبران پذیری عدم النفع از طریق تمسک به قواعد لاضر، اتلاف و تسبیب، ضمان ید و غصب امکان پذیر است، بلکه ادله دیگری نظری بنای عقلاً و جواز مقابله به مثل نیز بر آن دلالت دارد.

## منابع

- اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۱۰، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، رسائل فقهیه (للشیخ الانصاری)، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۴ ق.
- انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، رسائل فقهیه (للشیخ الانصاری)، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- اصفهانی، محمد تقی، روضه المتقین فی شرح من لا يحضره الفقيه، جلد ۳، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۸ ق.
- اصفهانی، محمد حسین، القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التقليد (نهایه الدرایه)، چاپ اول، قم، فرائد الاصول، جلد ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه دارالكتاب (الجزایری)، ۱۴۱۸ ق.
- اصفهانی، محمد تقی، روضه المتقین فی شرح من لا يحضره الفقيه، جلد ۱۰، چاپ دوم، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانیور، ۱۴۰۶ ق.
- اصفهانی، محمد حسین، القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التقليد (نهایه الدرایه)، چاپ اول، قم، کتابفروشی سیدالشهداء، ۱۳۷۴ ق.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، تهران، انتشارات اسلامیه، بی تا.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۲، چاپ اول، تهران، نشر دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹ ق.
- بهرامی احمدی، حمید، سوءاستفاده از حق، چاپ دوم، مؤسسه اطلاعات، ۱۳۷۰.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۴، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.
- حائری طباطبایی، سید علی بن محمد، ریاض المسائل، جلد ۱۴، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
- حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، جلد های ۱ و ۲، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- خراسانی، محمد کاظم، قاعده الضرر و الاجتهاد و التقليد (کفایه الأصول)، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
- خمینی، سید روح الله موسوی، کتاب البيع، جلد ۱، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سرہ، ۱۴۲۱ ق.
- خوبی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهه (المکاسب)، جلد ۲، بی جا، بی تا.
- درودیان، حسنعلی، جزو حقوق مدنی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.

- سبحانی تبریزی، جعفر، الرسائل الأربع، جلد ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۱۵ ق.
- سیستانی، سید علی حسینی، قاعدة لا ضرر و لا ضرار، چاپ اول، قم، دفتر آیه‌الله سیستانی، ۱۴۱۴ ق.
- شیروی، عبدالحسین، «نقد و بررسی مقررات آیین دادرسی مدنی راجع به مطالبه خسارات قراردادی و تأخیر تأدیه»، مجله مجتمع آموزشی عالی قم، شماره ۹، ۱۳۸۰.
- صفائی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد ۲، چاپ سیزدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۱.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، تکمله العروه الوثقی، جلد ۱، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴ ق.
- طوسي، ابو جعفر، محمد بن حسن، الخلاف، جلد ۳، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- ———، تهذیب الأحكام، جلد ۷، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق.
- عاملی، زین الدین بن علی، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحتشی - کلانتر)، جلد ۷، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
- ———، مسالک الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۱۲، چاپ اول، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۱۸، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- عاملی کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۶، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
- عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه، جلد ۳، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، الكافی، جلد ۵، چاپ چهارم، تهران، دارالكتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق.
- محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۳، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، چاپ سی و هفتم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۱.

- 
- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ پنجم، تهران، موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.
  - محمدی، علی، شرح اصول فقه مظفر، جلد ۴، چاپ دوازدهم، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۹۰.
  - مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، جلد ۱، چاپ ششم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۱ ق.
  - موحدی لنکرانی، محمد فاضل، تفصیل الشريعة - الغصب، إحياء الموات، المشتركات و اللقطه، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۹ ق.
  - موسوی بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، جلد ۴، چاپ اول، قم، نشر الهادی ۱۴۱۹ ق.
  - نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۳۷، چاپ هفتم، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ ق.
  - نجفی خوانساری، موسی بن محمد، رساله فی قاعده نفی الضرر، چاپ اول، تهران، المکتبة المحمدیة، ۱۳۷۳ ق.



## شرع‌گرایان و قانون در عصر انقلاب مشروطه ایران<sup>۱</sup>

محمد راسخ\*

فاطمه بخشیزاده\*\*

### چکیده

بیش از یک سده پیش انقلابی بزرگ در ایران رخ داد که هدف اصلی اش استقرار حکومت مبتنی بر قانون بود. بنابراین، مفهوم قانون از مفاهیم بنیادین و در عین حال، چالش‌برانگیز در نهضت مشروطه‌خواهی ایران بوده است. اهمیت موضوع به آن اندازه است که شاید بتوان ریشه بحران مشروطیت در ایران را عدم توفیق در ارائه مفهومی روشن از قانون دانست. مانع جدی در این زمینه، وجود مفهوم و نظام قدیمی شرع بود که در بادی امر جایی برای قانون باز نمی‌گذاشت. متفکران شرع‌گرا دو رویکرد متفاوت به نسبت میان قانون و شرع اتخاذ نمودند: سازگاری و عدم سازگاری. رویکرد سازگاری نه تنها تلفیق و گاه یکسانی را میان احکام قانونی و شرعی ممکن می‌دانست، بلکه در نهایت اولویت را به قانون و اقتضائات آن می‌داد. یکی از اختلافات اساسی به «مرجع قانون‌گذاری» باز می‌گشت. شرع‌گرایان، در آخر، وضع قانون بشری را پذیرفتند. اما این پذیرش باب اختلاف و مباحثات را در خصوص خاتمیت پیامبر اسلام (ص)، بدعت و استحسان علی گشود. مقاله پیش رو، در پی آن است که مفهوم قانون را از دیدگاه متفکران شرع‌گرا در عصر مشروطه ایران، با استفاده از اسناد و آثار آن دوران، بررسی و تحلیل نماید. این تحلیل، زمینه فکری و تاریخی مشکل مشابه و همچنان حل ناشده را در نظام حقوقی پس از انقلاب اسلامی در کشور فراهم می‌آورد.

**کلیدواژه‌ها:** مفهوم قانون، انقلاب مشروطه ایران، شرع، متفکران شرع‌گرا، خاتمیت پیامبر، بدعت، استحسان علی.

۱. نویسنده‌گان بر خود فرض می‌دانند از زحمات آقای مهدی شمسائی و خانم فائزه عامری برای مطالعه مقاله و ارائه نظرات گرانبهای انتقادی و اصلاحی صمیمانه تشکر کنند. بی‌گمان، مسئولیت همه کاستی‌ها و خطاهای این نوشتار بر عهده نویسنده‌گان است.

\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

M-rasekh@sbu.ac.ir

Matin\_bakhshizade\_88@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۹۶/۰۹/۱۷

تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۹/۱۲

## مقدمه

هنگام شکل‌گیری و پیدایش انقلاب مشروطه در جامعه ایران، شرع‌گرایان کنشگرانی مؤثر در عرصه اجتماع بودند.<sup>۱</sup> به گونه‌ای که کمتر طرح و برنامه‌ای بدون جلب نظر و همراهی ایشان قرین توفيق می‌گردید.<sup>۲</sup> تلاش‌هایی که اندیشه‌ورزان متقدم در شناسایی و تبیین مفهوم قانون طی سالیانی طولانی، پیش از انقلاب مشروطه، انجام داده بودند،<sup>۳</sup> علمای دینی را در شرایطی قرار داد که ناگزیر از اتخاذ موضع نسبت به آن مفهوم کرد.<sup>۴</sup> ایشان به زبانی سخن می‌گفتند که مراجع دینی قانع شوند؛ چرا که اگر مراجع یادشده قانع می‌شدند، به سبب نفوذ کلام و مرجعیتی که در میان مردم داشتند و نیز به علت حضور پرقدرت گفتار رایج دینی در آن دوره، توده مردم را قانع می‌کردند.<sup>۵</sup> متفکران شرع‌گرا که خود را بنا بر وظیفه دینی موظف به پاسخ به شرایط جدید جامعه می‌دیدند، به دو گروه تقسیم شدند. گروه نخست، علمای دینی سنت‌گرا بودند که زیر عنوان مشروطه‌خواهان از ایشان نام برده می‌شود. رویکرد کاملاً سنتی آنان به دین مانع از پذیرش وضع قوانین بشری می‌شد و در نهایت فتوا به حرمت مشروطه دادند. گروه دوم، علمای دینی نوگرا بودند که زیر عنوان مشروطه‌خواهان از ایشان نام برده می‌شود. با آنکه ایشان، همچون گروه پیشین، آرای خود را مدلل به استدلال‌های فقهی می‌کردند، وضع قانون عرفی را در موضوعات خارج از حوزه احکام دینی می‌پذیرفتند و از مطابقت قانون با اصول دین سخن می‌راندند. با این حال، حتی چنین پذیرشی نیز به شکل کامل نبود و قید عدم مخالفت با شرع، به مثابه یک شرط تغییرناظری، به آن اضافه شد.

۱. «دوره قاجار فقط از لحظه قدرت سیاسی فوق العاده علماء اهمیت نداشت، بلکه از نظر مشارکت آنها در امور روزمره جامعه نیز بی‌همتا بود. شمار کتاب‌ها و مقاله‌هایی که می‌نوشتند روز به روز بیشتر می‌شد و مؤسسات آموزشی آنها شکوفا‌تر می‌گشت. نظام قضایی علاما در زمینه‌های زیادی با نظام قضایی دولت رقابت می‌کرد و مردم غالباً دادگاه‌های ایشان را بر دادگاه‌های عرفی ترجیح می‌دادند، چون هم سریع‌تر عمل می‌کرد و هم عدالت‌تر رأی می‌داد...» نک: اوری، پیتر (سرپرست مؤلفان)، تاریخ ایران دوره پهلوی (از رضاشاه تا انقلاب اسلامی)، ترجمه مرنضی تاقبفر، چاپ سوم، تهران: انتشارات جامی، ۱۳۹۲، ص. ۲۸۷.

۲. نک: راسخ محمد، «فقه و حقوق: کدام فقه؟ رویکردی عمل‌گرا به نظریه حقوقی»، در: رنجربیان، امیرحسین (به کوشش)، حقوق جانمایه بقایای اجتماع (گفتارهای حقوقی در نکوداشت استاد دکتر سید عزت‌الله عراقی)، انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، تهران، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۵، ص. ۵۶۶.

۳. نک: راسخ، محمد؛ بخشی‌زاده، فاطمه، «مفهوم قانون در عصر مشروطه: نویسنده‌گان متقدم»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۳۹۳، ۶۸.

۴. در خصوص تأثیر تحولات اجتماعی و سیاست بر فقه، نک: سروش، عبدالکریم، «فقه در ترازو: طرح چند پرسش از محضر آیت الله منتظری»، مجله کیان، شماره ۴۶، ۱۳۷۸.

۵. عنایت، حمید، «در حاشیه برخورد آراء در انقلاب مشروطیت»، یادنامه استاد شهید مرتضی مطهری، جلد دوم، تهران: سازمان انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۶۳، ص. ۱۵۷.

در این جستار، درک و برداشت متفکران شرع‌گرا از قانون را بررسی خواهیم نمود. ابتدا به شباهت‌های فکری میان ایشان و سپس به تفاوت‌های ایشان اشاره می‌کنیم. در این نوشتار سعی کرده‌ایم تا با روش تحلیلی و با استفاده از نسخ رسالات، مکتوبات، مکاتبات و گاه اخوانیات برجسته‌ترین متفکران شرع‌گرا در عصر انقلاب مشروطه ایران درک و برداشت ایشان را از مفهوم قانون بررسی نماییم. بنابراین، مقاله در دو قسمت «شباهت‌ها» و «تفاوت‌ها»، اصلی‌ترین ویژگی‌ها و شاخه‌هایی را جستجو می‌کند که نقاط اشتراك و افتراق طیف شرع‌گرایان را نسبت به مفهوم قانون نشان می‌دهند. تکوین مفهوم قانون در ایران قصه غامض و همچنان ناشناخته‌ای است که موضوع اصلی بسیاری از آثار نویسنده‌گان بوده است. مفهوم یادشده را از منظری تحلیلی و فلسفی در یک دوره تاریخی مشخص مطالعه می‌کنیم. از این رو، چیستی، منبع و مبنای قانون در قسمت شباهت‌ها و امکان یا عدم امکان جعل قانون بشری در قسمت تفاوت‌ها بررسی شده‌اند. هر یک از عنایون یادشده به نوبه خود با زیرعنوان‌های دیگر شرح و تفصیل یافته‌اند.

منابع نوشتار حاضر در دو سطح اصلی، که همانا منابع دسته اول و نگاشته شده به قلم خود اندیشه‌گران مورد نظر بوده‌است و همچنین سطح منابع فرعی که تحلیل‌ها و گاه نقدهایی درباره آثار ایشان بوده‌است، قابل تقسیم‌بندی هستند.

## ۱. شباهت‌ها

در این قسمت، ویژگی‌های مشترک شرع‌گرایان را در دوره انقلاب مشروطه ایران بر می‌شماریم. در درجه نخست، از دیدگاه این گروه، وجود قانون برای حفظ نظام اجتماع ضروری می‌نمود. به دیگر سخن، «علمای شیعه ایران هیچ کدام در فضیلت و فواید وجود مهر قانونی بر قدرت شاه و دربار شک نداشتند.<sup>۱</sup> با این حال، ایشان در فلسفه وجودی قانون اختلاف نظر داشتند. دلایلی مانند «دفع استبداد»، «برقراری نظم» و «حفظ دین» برای ضرورت وجود قانون ذکر می‌شد. در درجه دوم، یکی دیگر از وجود مشترک میان شرع‌گرایان باور به برتری و اصالت شریعت بود، به گونه‌ای که هیچ قاعده و قانونی را بر خلاف شریعت نمی‌پذیرفتند؛ حتی اگر قانون مخالف با شریعت در راستای دفع استبداد و برقراری نظم می‌بود. برتری و اصالت یادشده را می‌توان با بررسی «چیستی قانون»، «منبع قانون» و «مبنای قانون» از منظر ایشان به روشنی نشان داد.

۱. عنایت، حمید، اندیشه سیاسی در اسلام معاصر، ترجمه: بهاءالدین خرمشاهی، چاپ پنجم، تهران، انتشارات خوارزمی، ۱۳۸۹، ص. ۲۸۶.

## ۱-۱. لزوم وجود قانون در اجتماع

علمای شرع‌گرا بر این توافق داشتند که قانون برای حفظ حیات اجتماعی لازم است.<sup>۱</sup> ایشان معتقد بودند که استبداد مطلقه مهم‌ترین مانع در برقراری نظم جامعه است و نیز خودرأی‌ی حاکم مطلقه مانع از حفظ و اجرای احکام الهی می‌شود. در نتیجه، راهی جز سلطنت قانون وجود ندارد. با این حال، درک آنان از مفهوم قانون متفاوت بود. برای نمونه، در این مورد که آیا تنها «سلطنت قواعد محض شرعاً»<sup>۲</sup> باید باشد یا قوانینی که خلاف شرع نیستند نیز قابلیت وضع به منظور برقراری نظم و حفظ دین را دارند یا خیر، تفاوت دیدگاه وجود داشت. به هر حال، هر دو گروه بر سر اصل الزام وجود قانون توافق اولیه داشتند، صرف نظر از آنکه علمایی که از این الزام سخن می‌رانند قانون را به چه معنا و با چه ویژگی‌هایی درک می‌کردند. مهم انتظاراتی بود که ایشان از نفس وجود قانون در جامعه داشتند.

با این توضیح مقدماتی، اکنون می‌توان به طور کلی لزوم وجود قانون نزد شرع‌مداران را تحت اهداف زیر دسته‌بندی کرد.

### ۱-۱-۱. دفع استبداد

در طول تاریخ، اندیشمندان مسلمان احکام شریعت را در جامعه لازم‌الاجرا می‌دانستند و بسیاری از آنان از لزوم عمل به احکام در برابر استبداد سخن می‌گفتند. گفتنی است که استبداد به معنای اعمال خودسرانه قدرت و گریز از ضابطه و قانون در انجام امور حکومتی است؛ خواه این ضابطه و قانون از ناحیه شریعت آمده باشد یا براساس قرارداد اجتماعی تنظیم و یا از هر منشأ و مصدر دیگر نشأت گرفته باشد.<sup>۳</sup> بنابراین، آنچه مسلم می‌نمود لزوم وجود قانون در جامعه برای رهایی از سلطنت بی‌قانون بود؛ سلطنتی که اگر هم به ظاهر قانون داشت، قانونش «مغلوط و نامربوط» بود.<sup>۴</sup> شیخ فضل‌الله نوری، در جایگاه رهبر مشروعه‌خواهان، «قانون اساسی و داخلی و نظامنامه و دستورالعمل‌ها» را برای «محدود کردن سلطنت مطلقه» لازم می‌شمرد.<sup>۵</sup>

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص مخرج مشترک خواسته‌های انقلاب مشروطیت در میان گروه‌های فعلی، نک: کاتوزیان، همایون، «نقلاپ برای قانون»، در: ایران، جامعه کوتاه مدت، تهران، نشر نی، ۱۳۹۱، ص. ۷۵-۱۰۰.

۲. «اگر از اول امر عنوان مجلس، عنوان سلطنت جدید بر قوانین شرعیه باشد قائمه اسلام همواره مشید خواهد بود»، نک: نوری، شیخ فضل‌الله، «لزوم تبعیت مجلس از قوانین اسلامی» (ذیقعده ۱۳۲۴ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۲، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰، ص. ۲۹۱.

۳. فراستخواه، مقصود، «سنن قانون اساسی در ایران»، مجله بازتاب اندیشه، شماره ۲۲، ۱۳۸۰، ص. ۴۷.

۴. خلخالی، عمال‌العلماء، «رساله معنی و فواید سلطنت مشروطه» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۴، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰، ص. ۱۶۵.

۵. نوری، شیخ فضل‌الله، «در دفاع از نظرات خود درباره مشروطیت و مجلس شورا» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوانی)،

یکی از همفکران وی، در شرح نظرات انتقادی شیخ بر عملکرد مشروطه‌خواهان، از قوانینی سخن می‌راند که تنها قرار بود پادشاه و هیئت سلطنت را محدود کند و راه ظلم و تعدی را مسدود نماید.<sup>۱</sup> بر این اساس، می‌توان به وجوب وجود قانون نزد اندیشه علمای مشروعه‌خواه نیز پی‌برد.

علمای مشروعه‌خواه به نوبه خود نظام مشروطه را به معنای «تحدید حدود سلطنت» می‌گرفتند و قانون را نیز به مثابه ابزار این تحدید به شمار می‌آوردن.<sup>۲</sup> بنابراین، ایشان به طور طبیعی همه امتیازاتی را که در فواید مشروطه بر می‌شمرند به وجود و الزام وجود قانون نیز سراست می‌دادند.<sup>۳</sup> این نکته را نباید از خاطر دور داشت که گروهی از مشروعه‌خواهان تا زمانی که مهار قدرت سیاسی موجود هدف مشروطه بود، همراه با آن بودند، اما زمانی که مشروطه را به معنای حاکمیت قانون بشری تفسیر کردند، فتوای حرمت آن را صادر نمودند.<sup>۴</sup>

## ۱-۲. برقراری نظام در جامعه

یکی از آثار وجود قانون در هر جامعه‌ای، برقراری نظام در امور آن است. گویی که قانون و نظام حقوقی هدفی جز «نظم برای بقا»<sup>۵</sup> ندارند. انسان‌ها برای این بقای خود به

← محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۲، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰، ص. ۲۹۶.

۱. نگارنده نامعلوم، «شرح نظرات انتقادی حاج شیخ فضل الله نوری بر عملکرد مشروطه‌خواهان» (۱۳۲۵)، در: رجی (دوازی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۳، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰، ص. ۳۵۳.

۲. نک: محلاتی نجفی، محمد اسماعیل، اللالی المریوطه فی بیان وجوب المشروطه، کاتب: محمدحسن بن علی مشهور به آقابزرگ طهرانی، تهران، کتابخانه مجلس شورای اسلامی، نسخه خطی به شماره IR10-۱۳۲۵۸، ۱۳۲۷-۲۸ ق، ص. ۹.

Haire, A. H. "Why Did the 'Ulamā Participate in the Persian Constitutional Revolution of 1905-1909?", Die Welt des Islams, Vol. 17 (1/4), 1976-1977; Amir Arjomand, S. "The Ulama's Traditionalist Opposition to Parliamentarianism: 1907-1909", Middle Eastern Studies, Vol. 17 (2), 1981, pp. 174-175.

۳. نائینی بعد از تقسیم حکومت به دو نوع ولایتیه و تمیلکیه، ولایت امام معصوم را از نوع اول که همان حکومت مشروطه بوده به حساب می‌آورد. با این عقیده که حفظ مشروطیت و مهار قدرت سیاسی از دو راه درونی، که در گرو عصمت معصوم است و بیرونی که در صورت فقدان قوه عاصمه عصمت همان قانون اساسی و مجلس شورای اسلامی در دوره غیبت امام است، امکان پذیر می‌باشد. بدین ترتیب قانون در نظر نائینی جانشین عصمت در فرمانتوایان غیرمعصوم و ابزار محدودیت قدرت سیاسی آنان بود. نک: نائینی، میرزا محمدحسین، تتبیه الامه و تنزیه الملء، در: زرگری نژاد، غلامحسین، رسائل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، جلد ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، ص. ۴۲۰-۴۲۷.

۴. «... شبھه و ریبی نماند که قانون مشروطه با دین اسلام ... منافی است و ممکن نیست که مملکت اسلامی در تحت قانون مشروطگی بباید مگر به رفع ید از اسلام، پس اگر کسی از مسلمانان سعی در این باب نماید که ما مسلمانان مشروطه شدیم، ... چنین آدمی مرتد است ...». نک: نوری، شیخ فضل الله، «رساله حرمت مشروطه»، در: ترکمان، محمد، مکتوبات، اعلامیه‌ها، ... و چند گزارش پیرامون نقش شیخ فضل الله نوری در مشروطیت، جلد دوم، تهران، مؤسسه خدمات فرهنگی رسا، ۱۳۶۳، ص. ۱۱۴.

۵. برای دریافت مجموعه‌ای از نظریات اندیشمندان غربی درباره این هدف از قانون، نک: راسخ، محمد، بنیاد

وسایل گوناگونی متولّ می‌شوند که یکی از مهم‌ترین آنها قانون است. فلسفه یادشده در مورد وجود قانون در جامعه، نزد متفکرین دینی آن زمان به روشنی وجود داشت؛ چرا که «حفظ نظم عالم» را «محتاج به قانون» می‌دانستند و باور داشتند «هر ملتی که تحت قانون داخل شدند» و بر طبق آن عمل نمودند، «مور آنها به استعداد قابلیت قانونشان منظم خواهد شد.<sup>۱</sup> دوام و استمرار انتظام در جامعه را که از اهداف مرتبط با این فلسفه وجودی قانون است، می‌توان در تمثیل وجود پادشاه عادل و مشعل روش نزد یکی از علمای آن زمان دریافت: «از وجود یک پادشاه عادل یا یک وزیر عاقل همان قدر نظم و ترقی حاصل می‌شود که یک روشناهی از یک مشعل بزرگ، به مجرد آنکه مشعل خاموش شود روشناهی آن هم فوراً تمام می‌شود. سلطان عادل یا وزیر کامل همین که مأموریت و عمرشان به آخر رسید جمیع خوبی‌ها و انتظامها با آنها از میان خواهد رفت. اما در حالتی که در یک دولت، قانون وضع شده باشد در تغییر اشخاص یا چند وزیر خلیی به ارکان نظم نخواهد رسید.<sup>۲</sup>

اندیشه‌گران مسلمان نیز به درستی علت نظم کارها به موجب قانون را آن می‌دانستند که «مطابق قانون، هر کس از شاه و گدا تکلیف خود را بر وفق قانون بداند» و «از همان قرار رفتار نماید» و «از وظیفه خود تجاوز ننماید»<sup>۳</sup> چرا که «قانون» عبارت بود از «تشخیص حدود و حقوق».<sup>۴</sup>

طرفه آنکه علمای مشروعه خواه هنگامی که به بررسی «وضع قانون در سایر دول غیر از اسلام» می‌پرداختند، هدف واضعان آن را که «عقلاً و علمای آن دولت و منتخبین رعایا» بودند، «اصلاح امر دنیا» و «ترتیب انتظامات» درمی‌یافتدند؛ چرا که می‌دانستند با «هرچ و مرج به انتفاعات زندگی و مشتهیات خود» نائل نمی‌شوند.<sup>۵</sup> از

- ← نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴، صص. ۶۸-۶۶.
۱. نوری، شیخ فضل الله، «رساله تذکره الغافل و ارشاد الجاهم»، در: زرگری نژاد، غلامحسین، رسایل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰. (در این منبع نویسنده «بی‌نا» نامیده شده است، اما در اکثر کتب تاریخی این رساله منتبث به شیخ فضل الله نوری دانسته شده است، برای نمونه، نک: ترکمان، مکتوبات، اعلامیه‌ها، ... و چند گزارش پیرامون نقش شیخ فضل الله نوری در مشروطیت، ص. ۵۶، ص. ۱۳۹۰. ۲۸۳).
  ۲. کاشانی، شیخ یحیی، «در اهمیت قانون اساسی و توجیه علماء نسبت به آن» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۳، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰، ص. ۸۵.
  ۳. بی‌نا، «رساله مکالمات حاجی مقیم و مسافر در روایت موافقان و مخالفان، جلد ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، ص. ۳۳۱.
  ۴. خلخالی، عمال‌العلماء، منبع پیشین، ص. ۱۶۵.
  ۵. برگرفته از: تبریزی (فخرالعلماء)، شیخ مهدی، «در زیان‌های استبداد و فواید مشروطیت» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۲، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰؛ محلاتی‌نجفی، محمداسماعیل، منبع پیشین، جواب به شک یازدهم.

Hairi, "Why did the 'Ulamā Participate in the Persian Constitutional Revolution of 1905-1909?", p. 129.

دیدگاه ایشان، نظم و اصلاح امور و در نتیجه راحت و آرامش ملت از وجود قانون مترتب مم شود، قانونه که «قید راحت‌اندوز مشروطتی» است.

١-١-٣. حفظ دین

اندیشه توأم بودن دین و ملک سابقهای دیرین در میان متفکران داشته و به نکته‌ای بنیادین نزد نویسنده‌گان دینی اشاره می‌کند.<sup>۲</sup> از این منظر، به عقیده شرع‌گرایان، «آنچه می‌دانیم تا آنچه از اسلام می‌دانیم»<sup>۳</sup>

سنت مشروعیت‌بخشی علمای دین به سلطنت پادشاهان نیز، که از زمان پادشاهان صفوی، به منصه ظهور رسیده بود، ریشه در این تصور داشت که پادشاهان «مجريان احکام دین» هستند.<sup>۴</sup> از این دیدگاه، وجود قانون در درجه نخست برای بقای نظام سیاسی موجود واجب می‌نمود تا در سایه حضور آن، احکام و فرایض دینی مجال اجرا و اعمال بیابند. به دیگر سخن، «حفظ دین بسته به بقای سلطنت بود و بقای سلطنت هم بسته به قانون».<sup>۵</sup>

«حفظ احکام الهیه» و «ضروریات دینیه» از عمدۀ دلایلی بود که مرجع بزرگ نجف، آخوند خراسانی، را بر آن داشت تا مشروطیت دولت را از «ظهور ضروریات دین اسلام» بداند و منکر اصل وجود بش را در عداد «منکر ضروریات» محسوب نماید.<sup>۶</sup> ایشان

<sup>۲۹</sup> افصح المتكلمين، «معانی مشروطه و حدود آزادی» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۴، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰، ص. ۲۹.

۲. ارشیور بابک با همه هوش و فرهنگ ... آخرین اندرز او به شاهپور این بود که سلطنت با منبر توأم است: صورت تلگراف علمای شیراز به ولیعهد محمد علی میرزا، نک: کرمکان، نظام‌الاسلام، تاریخ بیداری ایرانیان یا

۲. طباطبائی، محمدرفیع، «مشروعیت علماء و سلطانین و لزوم اتحاد میان آن دو»، در: رجی (دانی)، تاریخ مشروطه و حمیفی مشروطت ایران، جلد ۱، چاپ نهم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۱، ص. ۲۲۱.

۲. برای نمونه، پنگرید به فرمان و جوب اطاعت از اوامر ناصرالدین شاه به دلیل مشروع بودن سلطنت او: «سلطنت محمدحسن، مکتبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۱، تهران، شری، ۱۹۰۰، ص. ۳۶۱».

و پادشاهی اعلیحضرت همایون، ناصرالدین شاهی ... بر ان حضرت که شاخص شخص ظل الهی و ظل شخص سبحانی است، از فرایض عینه و مفروضات شخصیه شرعیه آن وجود اقس همایون است و بدین جهت دولت و سلطنت اعلیحضرت، مفروضه شرعیه خواهد بود ... و دلیل بر این مطلب به نحو اجمال بلا اطباب و امثال، آنکه از ضروریات عقلیه و مسلمات احکام شرعیه است در كل فرق اسلام و جو布 حفظ بیضه دین و نظام شرع و آئین و محافظت ثغور و رفع و دفع شرور و امر به معروف و نهی از منکر و اقامه حدود و احکام و ملازمت بر و تقوی و نشر عدل و احسان و دفع جور و عدوان «نائیتی، میرزا محمد»، مشروعیت سلطنت ناصرالدین شاه و وجوب اطاعت از امراء او، در: رجی (دانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات ساسی، اجتماعی، علمی، شعیه، جلد ۱، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰، ص. ۳۰۴.

۵۷. طباطبائی، سید ضیاءالدین، «در تلاش در جهت استحکام مبانی مشروطیت» (۱۳۲۵)، در: رجبی (دوایی)، محمدحسن، مکتبات و سیاست ساسی و اجتماعی، علماء شعبه، جلد ۳، تهران، نش. ن، ۳۹۰، ص ۴۱۷.

۶. آخوند خراسانی، «رساله ضرورت علاج عاجل امراض مهلکه»(۱۳۲۶ق)، در: زنگنه نژاد، غلامحسین، رسایل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، جلد ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، ص. ۱۷۸.

مجلسی را که تأسیس آن، از جمله، برای رفع ظلم و حفظ بیضه اسلام باشد، قطعاً، عقلاءً، شرعاً و عرفاً راجح و بلکه واجب دانستند.<sup>۱</sup>

حفظ دین به مثابه دلیل وجود قانون را بیشتر در استدلال آن دسته از نویسنده‌گانی می‌توان یافت که وظیفه مجلس را وضع قوانین اجرایی برای احکام شرع و قوانین الهی می‌دانستند. برای نمونه، سخنان زیر نشانگر فلسفه وجود قانون، به مثابه وسیله اجرای احکام دینی، بود: «قوانين امروزه تمام برای این است که تمام قوانین شرعیه که تا به حال معطل بود و مجری نمی‌شد با یک قوه قانونی مجری شود و در بوته تعطیل و اهمال نماند و باید به تأیید علماء اعلام و مجلس مقدس، احکام شرع مبین که از دیرباز اجرا نمی‌شد اجرا شود». بر این اساس، می‌توان دریافت که، در نظر بسیاری از داعیان شریعت، قانون رکن اعظم حفظ سلطنت اسلامیه بوده است، رکنی که مانع از تبدل آن سلطنت می‌شد و عدم تجاوز از حدود منحصر و متوقف در آن بود.<sup>۲</sup>

## ۱-۲. اصالت شریعت

شباهت دوم میان دو گروه علمای دینی مشروعه‌خواه و مشروعه‌خواه آن بود که در موارد ناسازگاری میان قانون و شریعت، اصالت را به شریعت می‌دادند. دغدغه اصلی آنان حفظ نظام مسلمین و شریعت احمدی (ص) بود. با این حال، علمای يادشده در چگونگی اثبات این اصالت به اختلاف و تفاوت می‌رسیدند. علمای دینی مشروعه‌خواه با این استدلال که قانون الهی جامع و کامل است و علمای مشروعه‌خواه با این رویکرد که جعل هر قانون تنها در صورتی که در مقابله با قانون الهی باشد کفر است و، در نتیجه، عدم مغایرت قانون با شرع را به مثابه شرط و قید تعیین می‌نمودند، شریعت را اولی بر قانون موضوعه بشری می‌دانستند. با در نظر گرفتن این تفاوت میان دو گروه از شرع‌گرایان، در این قسمت چیستی، منبع و مبنای قانون را نزد این گروه از نویسنده‌گان و نظریه‌پردازان بررسی می‌کنیم. بررسی پاسخ ایشان به پرسش از چیستی، منبع و مبنای قانون به دریافت‌مان از اصالت شریعت نزد آنان مساعدت بسیار می‌نماید.

### ۱-۲-۱. چیستی قانون

برجسته‌ترین نظریه در باب چیستی قانون نزد شرع‌گرایان آن بود که به قانون به

۱. کدیور، محسن، سیاست‌نامه خراسانی: قطعات سیاسی در آثار آخوند ملامحمد‌کاظم خراسانی صاحب الکفایه ۱۳۲۹ - ۱۲۵۵ق)، چاپ دوم، تهران، انتشارات کویر، ۱۳۸۷، ص. ۱۷۲.

2. Hermann, D. "Akhund Khurasani and the Iranian Constitutional Movement", Middle Eastern Studies, Vol. 49 (3), 2013, p. 434.

۳. اظهارات سید عبدالحسن شهشهانی. نک: مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی، جلسه ۲۸، ۲۶۵ ربیع الثانی ۱۳۲۶ق.

۴. میرموسوی، سیدعلی، اسلام، سنت، دولت مدرن: نوسازی دولت و تحول در اندیشه سیاسی معاصر شیعه، تهران، نشر نی، ۱۳۸۴، ص. ۲۹۶.

مثابه فرمان الهی می‌نگریستند. ایشان وسیله لازم برای نیکبختی و کمال عمومی را قانونی می‌دانستند که شعوری بالاتر از عقل و خرد انسان تنظیم کرده باشد. این شعور را «وحی» می‌نامیدند.<sup>۱</sup> از دید ایشان، وحی قانونی بود که از سوی یک دستگاه در کننده دیگر صادر و وظایف واقعی زندگی را به انسان می‌فهماند.<sup>۲</sup> به دیگر سخن، قانون نزد شرع‌گرایان تجلی اراده الهی است که بشر را مکلف به تنظیم زندگی خصوصی و عمومی خود بر آن اساس می‌کند.<sup>۳</sup> در دوره انقلاب مشروطه ایران، که پرسش اصلی پیرامون امکان قانون‌گذاری از سوی بشر دور می‌زد، علمای دینی مشروعه خواه معتقد بودند که تنها به دستورات الهی می‌توان عنوان قانون داد و آدمی صلاحیت قانون‌گذاری ندارد. از این رو، آنچه در این دنیا زیر عنوان قانون‌گذاری بشر انجام می‌شود در واقع صرفاً استنباط احکام از شریعت است<sup>۴</sup> که این امر نیز تنها بر عهده مجتهدان است. در مقابل، گروه علمای دینی مشروطه خواه نیز قانون را همان قانون الهی و دستورات دینی می‌دانستند و ضمن قبول انحصار قانون‌گذاری الهی، وضع قانون بشری را به شرط همخوانی با دستورات دینی ممکن می‌دانستند.

## ۲-۲-۱. منبع قانون

رویکرد خاص هر گروه از نویسندها و نظریه‌پردازان شرع‌گرا به قانون منجر به اتخاذ موضعی متناسب با آن رویکرد در خصوص منشاء و منبع قانون شده است.<sup>۵</sup> این امر به نوبه خود به شکل مستقیم بر بحث از مبنای موجهه قانون از نظر ایشان نیز تأثیر گذارده است.

با توجه به مباحث فقهی و اصولی که در طول تاریخ نظریه‌پردازی در میان مسلمانان در همه مذاهب اسلامی ارائه شده می‌توان گفت منبع اصلی و اولیه قواعد و احکام (قوانين) قرآن و سنت است.<sup>۶</sup> این قوانین باید در یک نظام سلسله مراتبی به اراده خداوند منتهی شوند. بنابراین، تأکید اصلی نویسندها دینی بر منابع وحیانی و دینی بوده و اگر هم از عقل به مثابه منبع برای احکام و قوانین سخنی به میان آورده‌اند در

1. Weiss, B.G. *The Spirit of Islamic Law*, London, The University of Georgia Press, 1988, p. 24.

2. طباطبایی، سید محمدحسین، شیعه در اسلام، چاپ ششم، تهران، کتابخانه بزرگ اسلامی، ۱۳۵۴، صص. ۱۷۹-۱۸۴.

3. Nasr, S.H. *Ideals and Realities of Islam*, London: Published by George Allen and Unwin Ltd, 1966, pp. 93-94.

4. نک: ترکمان، محمد، رسائل، اعلامیه‌ها، مکتوبات و روزنامه شیخ شهید فضل الله نوری، جلد اول، تهران، مؤسسه خدمات فرهنگی رسا، ۱۳۶۲، صص. ۵۷-۵۹.

5. Zubaida, S. *Law and Power in the Islamic World*, London, I.B. Tauris & Co Ltd, 2005, pp. 11-16.

6. Rasekh, M. "Sharia and Law in the Age of Constitutionalism", *Journal of Global Justice and Public Policy*, Vol. 2 (2), 2016, p. 272.

کنار و عرض منابع اصلی با قید کاشفیت از اراده خداوند بوده است.<sup>۱</sup>

متفکران شرع‌گرا همگی دین را به منزله منبع هر گونه دستور و مقررات می‌دانستند، هر چند نباید روش‌های متفاوت استدلال دو گروه شرع‌گرایان را از نظر دور داشت. شیخ فضل الله نوری در جایگاه علمدار مشروعه خواهان مشروطه که صراحتاً «جعل قانون کلی و جزئی را، در منافات با اسلام»<sup>۲</sup> می‌دید، دین و احکام آن را در مرتبه اول، یعنی همان قانون، می‌دانست و در مرتبه دوم دین و احکام آن را منبع هر قانونی می‌پنداشت که مرجع تشخیص آن فقهاء و علماء بودند. در نتیجه، قانون نویسی نزد معتقدان این نحله فکری بی‌معنا بود. از نظر ایشان، قانون را «طبقه بعد طبقه روات اخبار و محدثین و مجتهدین، حفظ و ترتیب» کردند و همچنین «تعداد حفظه (حفظ کنندگان) آنها نیز بسیار بودند».<sup>۳</sup>

در مقایسه، نائینی ضمن قبول قانون گذاری الهی و پذیرش دین به منزله منبع قانون، قانون گذاری از سوی بشر را تنها در شرایطی خاص بدعت می‌شمرد که در ادامه<sup>۴</sup> به آن خواهیم پرداخت.

## ۱-۲-۳. مبنای قانون

نzd شرع‌گرایان، مبنای موجّهه قانون همان شریعت و احکام الهی بود. به دیگر سخن، آنچه موجب مشروعيت قانون می‌شد و وجود و لزوم آن را توجیه می‌کرد دین و دستورات الهی بود. ایشان قانون را به آن دلیل موجب حفظ دین می‌دانستند که مشروعيت همه قوانین را به قوانین الهی باز می‌گردانند. از نظر نویسنده‌گان شرع‌گرا، تنها مرجع واقعی قانون گذاری خداوند بود و بر اساس این باور هر گونه قانون ساخته دست انسان‌ها باید از قوانین الهی ریشه بگیرد.<sup>۵</sup> برای نمونه، از نظر آخوند خراسانی «حقیقت مشروطیت [...] عدم تجاوز دولت و ملت از قوانین منطبقه بر احکام خاصه و عامه مستفاده از مذهب و مبتنیه بر اجراء احکام الهیه عزّ اسمه و حفظ نوامیس شرعیه و مليه و منع از منکرات اسلامیه و اشاعه عدالت و محظوظی ظلم و سد ارتکابات خودسرانه و صیانت بیضه اسلام و حوزه مسلمین و صرف مالیه مأمور از ملت در مصالح نوعیه راجعه به نظم و حفظ و سد غفور مملکت» بود.<sup>۶</sup>

۱. جوادی آملی، عبدالله، فلسفه حقوق بشر، قم، مرکز نشر اسراء، ۱۳۷۵، ص. ۱۰۵.
۲. نوری، شیخ فضل الله، «رساله تذکره الغافل و ارشاد الجاهل»، منبع پیشین، ص. ۲۸۴.
۳. نوری، شیخ فضل الله، «رساله حرمت مشروطه»، منبع پیشین، ص. ۱۰۴.
۴. نک: مبحث «امکان جعل قانون».
۵. لاری، عبدالحسین، «قانون مشروطه مشروعه»، در: زرگری نژاد، غلامحسین، رسائل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، جلد ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، ص. ۷۴۷.
۶. برای مطالعه نظرات و فتاویٰ آخوند خراسانی در این زمینه، نک: کدبور، محسن، منبع پیشین، صص. ۲۹۵-۲۴۶.

## ۲. تفاوت‌ها

پس از اشاره اجمالی به شباهت‌های میان باورهای شرع‌گرایان در دوران انقلاب مشروطه، تفاوت برداشت‌های ایشان از مفهوم قانون را بررسی می‌کنیم. بی‌گمان، اگر اهم علل و دلایلی را که باعث ایجاد شکاف میان نویسنده‌گان و نظریه‌پردازان شرع‌گرای آن زمان شد در منابع تاریخی انقلاب مشروطه ایران جستجو کنیم، خواهیم دید که یکی از بنیادی‌ترین اختلافات به بحث از امکان و شرایط جعل و وضع قانون به دست انسان باز می‌گردد. متدينان موافق و مخالف مشروطه در اصالت قائل شدن برای شریعت مشترک بودند. از این رو، اختلاف ایشان به سازگاری یا ناسازگاری میان قانون بشری و شریعت باز می‌گشت. بنابراین، مباحث زیر مفهوم قانون را در معنای جدید کلمه با همه اقتضائاتش به میان نمی‌آورد، بلکه در بی‌تبیین اختلاف پیش‌گفته است.

مطالعه و بررسی رسالات و مکتوبات شرع‌گرایان در عصر مشروطه نشانگر وجود سه دیدگاه یا رویکرد به قانون در آن دوره است. سه نگاه یا رویکرد یادشده به قانون جدید عبارت بودند از: «منافی شرع»، «وسیله اجرای شرع» و «واقع در حوزه خارج از شرع». بنا بر رویکرد نخست، قانون ساخته دست بشر در منافات با شریعت پنداشته می‌شد. طرفداران این دیدگاه بر آن بودند که معتقدان به وضع قانون «مخرجین از ریقه اسلام» هستند؛ چرا که به باور ایشان شریعت دارای احکام مشخص در همه حوزه‌هast و، در نتیجه، وضع هر گونه قانون به معنای ورود به حوزه دین و احکام دینی و مخالفت با آنها است. بنا بر دیدگاه دوم، وضع قانون به معنای مخالفت با شریعت نبود، بلکه به معنای تدوین قواعد برای اجرای احکام شرعی بود؛ چرا که به باور ایشان اگر چه دین یک نظام کامل بود و همه حوزه‌های مختلف تدین و تعیش را در بر می‌گرفت، قواعدی لازم بود تا نظام دینی را اجرا کند و بدین وسیله مشکلات برآمده از عدم اجرای قوانین دینی را رفع کند. بنا بر رویکرد سوم، حوزه‌هایی خارج از نظام شریعت - مانند عرف، امور ملکیه، امور غیرمنصوص و رُخص - وجود داشتند که به منزله مناطقی آزاد به شمار می‌آمدند. در این حوزه‌ها بود، که به باور طرفداران دیدگاه سوم، آدمی آزادی تدوین و وضع قاعده داشت. نکته مهم در تفاوت این رویکرد دینی با آرای نویسنده‌گان و نظریه‌پردازان غیردینی نهفته بود. مطابق دیدگاه سوم، قواعد و قوانین ساخته دست بشر مخالف اصول و مقررات شرع محسوب نمی‌شد.

### ۱-۲. منافی شرع

چنان که آمد، گروهی از شرع‌گرایان قانون را منافی با شریعت و قانون الهی می‌انگاشتند. از ویژگی‌های بارز این دیدگاه یا رویکرد به قانون آن بود که با وضع قانون



بشری و اقتضایات آن مخالفت می‌شد. دلایل ارائه شده در این نگاه به قانون را در زیر بررسی می‌نماییم.

### ۱-۲. عدم نیاز به جعل

در نظر طرفداران دیدگاه تنافی قانون با شریعت، قانون الهی کامل‌ترین و جامع‌ترین قوانین بود که توان تکفل همه امور شخصی، اجتماعی و سیاسی را داشت. ایشان، این باور را نزد عامه متدینان آن قدر آشکار و بدیهی می‌دانستند که خود را بی‌نیاز از اقامه دلیل در توضیح آن می‌دانستند: «این مطلب از برای مسلمانان محتاج به دلیل نیست و، بحمدالله ما طایفه امامیه بهترین و کاملترین قوانین الهیه را در دست داریم.»<sup>۱</sup>

معتقدان به رویکرد تنافی ابدآ خود را «محتاج به جعل قانون جدید» نمی‌دانند؛ چرا که «برای اسلام ناتمامی وجود نداشت»<sup>۲</sup> تا آنکه احدي با تقنين و جعل حکم آن را تمام کند. ایشان بر این باور بودند که همه موارد از «صلاح دنیا و آخرت بندگان»<sup>۳</sup> در آن قانون الهی آمده به گونه‌ای که «کامل‌ترین قوانین» بود و تا روز قیامت کامل می‌ماند و «حاجت به قانون اروپا و سایر کشورها را منتفی می‌ساخت.»<sup>۴</sup>

نکات پیش‌گفته بیانگر آن است که با آنکه در این دیدگاه بر لزوم وجود قانون در جامعه صحه گذاشته می‌شود (که پیشتر به مثابه وجه شباهت میان همه شرع‌گرایان بیان نمودیم)، بهترین قوانین را قانون الهی، و نه قانون بشری، می‌دانستند و مذهب شیعه را واحد بهترین و کامل‌ترین قوانین معرفی می‌کردند. در نتیجه، با قانون‌گذاری در مجلس نمایندگان مخالفت می‌شد.<sup>۵</sup> با این حال، فقط «تدوین دستورالعمل و تعیین صفویات اعمال مأمورین دولت» و «تعیین ضابطه برای امور شخصی»<sup>۶</sup> را در مجلس می‌پذیرفتند.<sup>۷</sup>

۱. نوری، شیخ فضل الله، «رساله تذکره الغافل و ارشاد الجاھل»، منبع پیشین، ص. ۲۸۳.

Martin, V. "The Anti-Constitutionalist Arguments of Shaikh Fazlallah Nuri", Middle Eastern Studies, Vol. 22 (2), 1986, p. 184.

۲. نوری، شیخ فضل الله، «رساله حرمت مشروطه»، منبع پیشین، ص. ۱۱۴.

۳. تبریزی، محمدحسین بن علی بن اکبر، «رساله کشف المراد من المشروطه و الاستبداد»، در: زرگری نژاد، غلامحسین، رسائل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، ص. ۲۰۴.

۴. لاهیجی، شیخ علی، «در دلایل انتقاد از روند مشروطیت» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۳، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰، ص. ۲۹۶.

۵. Martin, V., Op. cit, pp. 185 & 188.

۶. نوری، شیخ فضل الله، «رساله تذکره الغافل و ارشاد الجاھل»، منبع پیشین، ص. ۲۸۶.

۷. «این مجلس که به مرحمت اعلیحضرت همایونی ...، مرحمت شد، محض رفاهیت رعیت و اصلاح امور دولت است. فقط حدود این مجلس رسماً کارهای دولتی و اصلاحات امور سلطنتی است که سابقاً بر وجه استقلال واقع می‌شد و حال باید بر وجه شوروی شود و به هیچ روى در امور شرعیه و احکام سلطانیه اثنی عشری، چه معاشیه و چه معادیه، حق دخالت و تعرض ندارد.» مسوده پاسخ استفتاء پیرامون حدود مجلس شورای ملی. نک: ترکمان، محمد، منبع پیشین، ص. ۶۶.

## ۲-۱-۲. عدم امکان جعل

دلیل دوم، از منظر تنافی قانون با شرع، آن بود که ادعا می‌شد اساساً امکان جعل قانون، خواه جعل قانون الهی یا قانون بشری، وجود ندارد. مطالعه توضیحاتی که طرفداران این دیدگاه در مکاتبات و رسالات خود آورده‌اند، نشانگر آن است که ایشان عدم امکان را از دو حیث «عقیدتی» و «عملی» به میان می‌آورند. بر این اساس، در دو قسمت زیر عدم امکان عقیدتی و عدم امکان عملی جعل قانون را توضیح می‌دهیم:

## ١-٢-١-٢. عدم امکان عقیدتی، جعل

از دیدگاه «منافی با شرع»، وضع قانون بشری به سه دلیل با دستورات دینی منافات پیدا می‌کند: «ناسازگاری با خاتمیت پیامبر(ص)»، «قانون‌گذاری به مثابه بدعوت» و «نامشروع بودن استحسان عقله».

۱-۲-۱-۱-۱. ناسازگاری با خاتمت

ناسازگاری وضع قانون از سوی انسان برخاسته از اعتقاد به «کامل بودن قانون الهیه و بالاخص قانون امامیه»، به دیگر سخن، جامعیت و ابیدت احکام و مقررات دین اسلام بود.<sup>۱</sup> بر اساس این باور، جعل و وضع هر قانون «کلاؤ آم بعضاً در منافات با اسلام» پنداشته می‌شد، چرا که برای جعل قانون شأن شغل پیامبری لازم بود و ادعا می‌شد که «اگر در صدر اسلام به انعقاد مجلس شورا، ولی حق را خانه نشین کردند، حال می‌خواهند به شورای دیگر، ختم احکام نبوت را بگیرند».<sup>۲</sup> ایشان استدلال می‌کردند که «اگر قانون پیغمبر خاتم ناقص بود»، بر خدا لازم بود که پیغمبری بعد از آن حضرت بیاورد و «قانون عطا نماید تا حجتش بر خلق ناقص نماند» و دیده شد که «کسی را نیا، ده»، «حرا که بیغمب ما اکما. جمعه انساء بوده است».<sup>۳</sup>

این گروه از نویسنده‌گان، دلیل ناسازگاری قانون ساخته انسان با خاتمیت را یک دلیل عقلی معرفی می‌کردد.<sup>۴</sup> توضیح آنکه، بنا به اعتقاد متکلمان مسلمان، نبوت از آن

۱۱. «ملل اروپا شریعت مدونه نداشته‌اند، لهذا برای هر عنوان نظامانه نگاشته‌اند، ما اهل اسلام شریعتی داریم آسمانی و جاودانی که از سب متنین و صحیح و کامل و مستحکم است نسخ برمنی دارد. صادع آن شریعت در هر موضوع حکمی و برای هر موقع تکلیفی مقره است.»: مطبع در آستانه مقدسه حضرت عبدالعظیم برای انتباه و رفع الشتباه از بارداران یمنی، دوشنیه ۱۸ جمادی الثانی ۱۴۲۵ق. نک: رضوانی، هما، لواجع آقا شیخ فضل الله نوری، تهران، نشر تاریخ ایران، ۱۳۶۲، ص. ۳۱.

٢- تبریزی، محمدحسین بن علی بن اکبر، «رساله کشف المراد من المشروطه و الاستبداد»، در: زرگری نژاد، غلامحسین، رسایل مشروطه‌یت به روایت موافقان و مخالفان، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و تئوری علم انسان، ۱۳۹۰، ص. ۲۰۴.

۳۹۶ لامپ شنیدن و شنیدن

<sup>١٦</sup> لاهیجی، سیح علی، متبوع پیشین، ص. ١٦.

۴. «اسلام بدون اقرار به نبوت محقق نیست و اقرار به نبوت به غیر دلیل عقلی متصوّر نیست و دلیل عقلی بر نبوت سوای احتیاج ما به چنین قانونی و جهله و عجز ما از تعیین آن نمی‌باشد و اگر خود را قادر بر آن

جهت عقلأً ضروری است که عقول بشری به دلیل نقصان و محدودیت از وضع بهترین و کاملترین قانون عاجز هستند. از این رو، به باور ایشان نبوت وجوب عقلی دارد. اگر فرض بر این باشد که انسان‌ها خود قادر به وضع و جعل قانون کامل هستند، دلیل عقلی نبوت بی‌اساس می‌شود. به این ترتیب، دلیل عقلی نبوت جز نیاز انسان به قانون الهی و جهل و عجز بشری در تعیین قانونی همچون قانون جامع و کامل الهی نیست.

در نتیجه، اگر وضع قانون بشری اساس عقیده مسلمانان و مهم‌ترین اصول دین ایشان، یعنی نبوت، را متزلزل می‌نمود، پس اگر کسی گمان می‌کرد که «ممکن و صحیح است که جماعتی از عقلاً و حکماً و سیاسیین جمع شوند و به شوری ترتیب قانونی دهند»، ناگزیر آن کس از «ربقه اسلام خارج می‌گشت»؛ چرا که انکار خاتمیت کرده بود و «انکار خاتمیت به حکم قانون الهی کفر» بود.<sup>۱</sup>

به باور ایشان، نه تنها جعل قانون از سوی انسان، بلکه گمان این مطلب که «اقتضایات عصر، بعضی از مواد قانون الهی را تغییر می‌دهد» و یا «آن را تکمیل می‌کند» نیز با اعتقاد به خاتمیت و کمال دین نهایت منافات را داشت، چرا که به همان دلیل «پیغمبر، خاتم انبیاء است» و «قانون او ختم قوانین» است. در نتیجه، نقش زمان و مکان نیز در تغییر یا تکمیل قوانین الهی پذیرفتی نیست.<sup>۲</sup>

در اینجا، باید افزود که از نظر ایشان امکان «وقوع فروعات جدید» و «حوادث واقعه»، بنا بر روایاتی مانند مقبوله عمر بن حنظله،<sup>۳</sup> وجود داشت. بر این اساس، راه مقابله با اقتضایات جدید یک راه استنباطی و تفسیری بود (نه تقنین و جعل)،<sup>۴</sup> که باب الاحکام یعنی نایابان امام (ع) از طریق رجوع به منابع دینی انجام می‌دادند.

## ۲-۱-۲-۱-۲. بدعت

قانون الهی اکمل قوانین شمرده می‌شد و احکام دین منحصر به نماز و روزه و عبادات دانسته نمی‌شد، در نتیجه، ادعا بر این بود که همه اعمال مسلمانان حتماً «تحت یکی از احکام خمسه (واجب، حرام، مستحب، مکروه و مباح) مندرج است».<sup>۵</sup> یکی از ادعاهای از منظر منافات قانون و شرع، آن بود که وضع قانون به معنای «تولید الزام در

← بدانیم، پس دیگر دلیل عقلی بر نبوت نخواهیم داشت.» نک: نوری، شیخ فضل الله، «رساله تذکره الغافل و ارشاد الجاهل»، منبع پیشین، ص. ۲۸۴.

۱. همان، صن. ۲۸۳-۲۸۵.

۲. میرموسوی، سیدعلی، منبع پیشین، ص. ۲۹۹.

۳. نوری، شیخ فضل الله، «رساله حرمت مشروطه»، منبع پیشین، ص. ۱۱۴. همچنین، برای ملاحظه اصل روایت، نک: حر عاملی، شیخ محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۲ق، ص. ۱۴۰.

۴. نوری، شیخ فضل الله، «رساله حرمت مشروطه»، منبع پیشین، ص. ۱۱۳.

۵. تبریزی، محمدحسین بن علی بن اکبر، «رساله کشف المراد من المشروطه والاستبداد»، منبع پیشین، ص. ۲۲۵.

حوزه مباح» است؛ چرا که در نظر ایشان آنچه در این وضع و جعل اتفاق می‌افتد همانا الزام و التزام به چیزی خارج از شریعت بود و این امر را نمی‌توان چیزی جز «حرام تشریعی و بدعت در دین»<sup>۱</sup> به شمار آورد که به شکل‌های گوناگون و با عناوین مختلف ظاهر می‌شود. برای نمونه، از دیدگاه شیخ فضل‌الله نوری، سه نوع بدعت به منصه ظهور می‌رسید و، از این رو، مشروطه حرمت می‌یافت: (۱) بدعت تدوین قانون اساسی در جامعه اسلامی، (۲) بدعت الزام به قانون موضوعه بدون ملزی شرعی و (۳) بدعت مؤاخذه و وضع مجازات بر تخلف از قوانین موضوعه.<sup>۲</sup>

از آنجا که قانون در این دیدگاه قانون الهی بود، هر گونه تغییر در قانون نیز به منزله تغییر در قانون الهی تلقی می‌شد. در نتیجه، اعتقاد به تغییرپذیری قوانین، همانند نفس وضع آن، بدعت و تشریع در دین محسوب می‌شد. به باور ایشان، تغییر قانون یا «تغییر از اسلام به کفر بود و یا از کفر به اسلام» یا «من الاسلام الى الاسلام». در تغییر از کفر به اسلام حرفی نبود. اما، تغییر از اسلام به کفر آشکارا نادرست بود. از تغییر «من الاسلام الى الاسلام» تغییر یک مباح به مباحی دیگر اراده می‌شد. «گرچه این تغییر را متصرور می‌دانستند»، ولی از آنجایی که «امر مباح عند الشارع جائز الفعل والترك بود» (انجام و ترك آن جائز بود)، اگر با وضع قانون قرار بود فعل مباح لازم العمل شود و مجازات بر مخالفت آن مرتقب شود،<sup>۴</sup> چنانی چیزی را نمی‌پذیرفتند و الزامی شدن یک امر جائز را دلیل بر نادرستی آن تلقی می‌نمودند. از نظر آنان، تبدیل افعال مباح و واجب در صورتی «جائز» بود که زیر یکی از «عناوین ثانویه که در شرع، منشأ اختلاف حکم می‌شود»، مانند اطاعت والد، نذر یا یمین (سوگند) و مانند اینها که در فقه محصور است، صورت پذیرد.<sup>۵</sup>

### ۱-۲-۳. استحسان عقلی

از دیدگاه منافات قانون و شرع، جعل قانون از مصاديق استحسان عقلی<sup>۶</sup> و پیروی

۱. نوری، شیخ فضل‌الله، «رساله حرمت مشروطه»، منبع پیشین، ص ۱۰۹.

۲. نک: فیرحی، داود، آستانه تجدد در شرح تنبیه الامه و تنزیه المله، چاپ دوم، تهران، نشر نی، ۱۳۹۵، ص ۳۲۱.

3. Martin, V, Op. cit, p. 188.

۴. نوری، شیخ فضل‌الله، «رساله حرمت مشروطه»، ص ۱۰۹.

۵. همان.

۶. «استحسان مشتق از حسن و در لغت به معنای نیک دانستن و پسندیدن است ... علمای امامیه استحسان را حجت نمی‌دانند و برای آن تعریفی نکرده‌اند و به ذکر تعاریف دیگران و رد آنها اکتفا کرده‌اند ... از دید علمای حنفی و مالکی که استحسان را حجت می‌دانند استحسان عبارت است از اینکه در جایی که با قیاس یا قاعده کلی یا دلیل دیگر می‌توان حکم شرعی را استبطاط کرد، از آن صرفنظر کرده و به ملاحظه مصلحت خاص مورد، حکمی مخالف برای مسأله پیدا کیم ... نظریه جدیدی که از سوی فقهای این زمان ابراز شده است این است که اگر استحسان قطعی باشد در حجت آن اشکالی نیست، ولی اگر ظنی باشد حجت نمی‌باشد». نک: محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، چاپ بیست و هشتم، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، ص ۲۴۳-۲۴۸.

از عقل فردی است، در نتیجه، پذیرفتندی نبود. مخالفت با استحسان وجهی شرعی داشت؛ چرا که این امر در زمرة ادله شیعه برای استنباط احکام از منابع نبود.<sup>۱</sup> بدین ترتیب، به باور ایشان جعل قانون «حتی اگر موافق شرع» صورت می‌گرفت، باز هم عمل به استحسان عقلی و حرام شمرده می‌شد.<sup>۲</sup>

با توجه به موارد پیش‌گفته شاید بتوان دلیل مخالفت با وضع قانون از سوی آن گروه از نویسندها را این گونه نیز توضیح داد که، در نظر آنان، اساساً امکان عملی جعل بهترین قانون وجود نداشت. توضیح این نکته را به قسمت بعد موكول می‌کنیم.

## ۲-۱-۲. عدم امکان عملی جعل

افزون بر دلایل نظری پیش‌گفته، به متابه زیربنای فکری مخالفان جعل قانون از سوی انسان، بحثی دیگر به میان آمد که بیانگر عدم امکان عملی وضع قانون کامل و جامع از سوی آدمیان بود. از نظر این گروه از نویسندها شرع‌گرا، برای آنکه قانون بتواند رسالت خود را به شکل کامل انجام دهد، باید امر معاملش و معاد را به شکل برابر و همسو سالمان بدهد. ایشان بر این باور بودند که تنها این مفهوم از قانون معتبر و قابل اتکاست.<sup>۳</sup> در نتیجه، گفته می‌شد که نمایندگان مردم قادر به وضع قانون «جامع هر دو جهت زندگی دنیای و اخروی» نیستند، و تنها «پیغمبران بودند که از برای امور معاد و معاش امت، قانونی در کتب آسمانی برای آن‌ها فرستاده شده بود.»<sup>۴</sup>

بر این اساس، شرع‌گرایان یادشده مدعی بودند که در سایر دول غیر از اسلام که هیچ یک از آنها «کتاب آسمانی مشتمل بر تفصیل احکام حدود و سیاست و مواريث و معاملات نداشتند»، ناگزیر بودند «جمعی از عقلا و علمای آنها» گرد هم آمده، به مشورت و صلاح‌بینی یکدیگر «قانونی برای اصلاح امر دنیايشان» وضع کنند و اگر خطأ و یا نقصی ببینند «به تدریج زمان و به مقتضای عصر به اصلاحش بکوشند».<sup>۵</sup> از این رو، ایشان

۱. منظور کتاب، سنت، اجماع و عقل است. نک: موسوی اربیلی، عبدالکریم، «قانون»، فصلنامه حق، شماره ۳، ص. ۱۴، ۱۲۶۴.

۲. در شرع امامیه حرام است که از روی استحسان و قیاس تعیین احکام الهیه بنمایند». نک: نوری، شیخ فضل الله، «رساله تذکره الفاعل و ارشاد الجاھل»، منبع پیشین، ص. ۲۸۶.

۳. همان طور که در سطور پیشین اشاره شد، قانونی را که شیخ فضل الله در برهمای از زمان با وضع آن در مجلس موافقت کرد، مربوط به تکالیف دولت و خدمات مربوط به دیوان بود: «گفتند معالجه این مرض مهلك ... آن است که مردم جمع بشوند ... و در تکالیف دولتی و خدمات دیوانی و وظایف درباری قراری بگذارند که من بعد رفتار و کردار پادشاه و طبقات خدم و حشم او هیچ وقت از آن قرار تخطی نکنند ... و نام آن قرارداد قانون است». هچنین، «پس حاجت ما مردم ایران به وضع قانون منحصر است در کارهای سلطنتی». نک: رضوانی، هما، منبع پیشین، صص. ۳۲ و ۲۷.

۴. لاهیجی، شیخ علی، منبع پیشین، ص. ۴۰۲.

۵. تبریزی، محمدحسین بن علی بن اکبر، منبع پیشین، ص. ۲۱۲.

«حقیقت مشروطه» را چنین تعریف می‌کردند: «منتخوبین از بلدان به انتخاب رعایا در مرکز مملکت جمع شوند و اینها هیأت مقتنه مملکت باشند و نظر به مقتضیات عصر بکنند و قانونی مستقل‌اً مطابق با اکثر آراء بنویسند، موافق مقتضی عصر. به عقول ناقصه خودشان بدون ملاحظه موافقت و مخالفت آن با شرع اطهر، بلکه هر چه به نظر اکثر آنها نیکو و مستحسن آمد، او را قانون مملکتی قرار بدهند، مشروط به اینکه اساس تمام مواد آن قانون به دو اصل مشئوم که مساوات و حریت افراد سکنه مملکت است، باشد.»<sup>۱</sup>

به رغم آنکه «اصل دیده‌بانی علماء بر قوانین»<sup>۲</sup> با پیشنهاد این گروه در متمم قانون اساسی مشروطه گنجانده شد،<sup>۳</sup> در نهایت آنان با این ادعا که «آیچه در مجلس رخ می‌دهد ... آن است که باید در شریعت تصرف کرد و فروعی از آن را تغییر داد و آن قوانینی که به مقتضای یک هزار و سیصد سال پیش قرار داده شده است باید همه را با اوضاع و احوال مقتضیات امروز تغییر داد»<sup>۴</sup> به جمع مخالفان مشروطه و مجلس قانون‌گذاری پیوستند.

## ۲-۲. وسیله اجرای شرع

چنانکه پیش‌تر آمد، رویکرد دوم از سه رویکرد شرع‌گرایان به قانون آن بود که قانون را وسیله اجرای شرع می‌دانستند. به باور ایشان، جعل قانون از سوی بشر لازم بود تا قواعد اجرایی را برای احکام شریعت فراهم آورد.<sup>۵</sup> طرفداران این دیدگاه، همانند رویکرد نخست، به اکمل بودن قوانین الهی اعتقاد داشتند. به نظر ایشان، شریعت عبارت از «امور تمدنیه و دیانیه» بود که هم آسودگی و آسایش خلق در دنیا را در بر می‌گرفت و هم مجموعه‌ای از احکام و وظایفی را در خود جای می‌داد که موجب رستگاری در عقبی می‌شد.<sup>۶</sup> به تعییر یکی از آن نویسندها، بهترین راه برای اداره کشور «اجرای قوانین صافیه اکمل انبیا» بود، قوانینی که در جامعه آن روز «مهجور و معطل مانده بودند»<sup>۷</sup> و «جز

۱. نوری، شیخ فضل‌الله، «رساله تذکره الغافل و ارشاد الجاھل»، منبع پیشین، ص. ۲۹۲.

۲. منظور اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه، مشهور به اصل طراز، است. نک: کسری، احمد، تاریخ مشروطه ایران، چاپ ششم، تهران: مؤسسه انتشارات نگاه، ۱۳۹۰، ص. ۳۸۷.

۳. «چون دیدم این طور است به مساعدت جمعی ماده نظارت مجتهدین در هر عصر برای تمیز آرای هیأت مجتمعه اظهار شد، چون نتوانستند ظاهرآ در کنند قبول کردند...»؛ نوری، شیخ فضل‌الله، «رساله حرمت مشروطه»، منبع پیشین، ص. ۱۰۴.

۴. یکی از لایحه‌های بستنشیان، «مطبوع در آستانه مقدسه حضرت عبدالعظیم، الكرام برای انتباھ و رفع اشتباھ از برادران دینی»، نک: کسری، احمد، منبع پیشین، ص. ۴۳۲.

۵. اکبری، محمدعلی، تبارشناسی هویت جدید ایرانی (عصر فاجاریه و پهلوی اول)، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۴، ص. ۸۴.

۶. تقوی، حاج سیدنصرالله، «سؤال و جواب در فواید مجلس شورای ملی» (۱۳۲۴ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۲، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰، ص. ۲۵۷.

۷. همان، ص. ۲۵۴.

## ۲-۲. واقع در حوزه خارج از شرع

دیدگاه سوم در خصوص نسبت میان قانون و شرع یا اساساً امکان جعل قانون از

۱. تبریزی (فخرالعلماء)، شیخ مهدی، منبع پیشین، ص. ۳۶۸.
  ۲. اصطهباناتی، شیخ محمدباقر، «در فلسفه تأسیس مجلس شورا و لزوم تبعیت از آن» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دولتی)، محمدحسن، مکتبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۳، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰، ص. ۴۶.
  ۳. تبریزی (فخرالعلماء)، شیخ مهدی، منبع پیشین، ص. ۳۷۷.
  ۴. تقوی، حاج سیدنصرالله، منبع پیشین، ص. ۲۵۱.
  ۵. «مجدالاسلام گفت: ... مسلمانان که مشروطه می‌گویند مقصودشان عمل بر طبق احکام شرع است ... ما ملتزم هستیم به اجراء ... فکرتان را به منحصر به اجرای قانون اسلام بکنید ...». نک: کرمانی، نظامالاسلام، منبع پیشین، صص. ۱۸۲ و ۲۵۷.
  ۶. حائزی، عبدالهادی، منبع پیشین، ص. ۱۰۳.
- Martin, "Islamist Radicalism in the Provinces of Iran 1906-9: A Stage in the Development of Islamism", p. 689.

قلیلی طهارت و صوم و صلات، آن هم ناقص»<sup>۱</sup>، اجرا نمی‌شد. در نتیجه، «باید دارالشورایی تأسیس می‌گشت، که برای به موقع اجراء آمدن احکام و حدود شریعت مطهره، ترتیب اداره‌جات و وسائل می‌داد».<sup>۲</sup>

قانون از نظر ایشان بر دو قسم بود: قوانین کلی الهی و قوانین اجراء. قوانین کلی الهی همان «شرایع اسلام» بودند، قوانینی مانند وجوب زکات و لزوم جهاد. قوانین اجراء را این گونه تعریف می‌کردند: «به طریقی اقدام کنند که این احکام کلیه جاری شود»، مانند آنکه چند نفر برای جمع نمودن زکات تعیین شوند.<sup>۳</sup>

این گروه از شرع‌گرایان جعل و تغییر در قانون الهی را از سوی انسان ناممکن می‌دانستند. اما قانون را به مثابه وسیله اجرای شرع می‌خواستند. به باور آنان، چون این قانون اجراء خارج از ترتیبات دینیه بود، نه تنها خللی به کامل بودن قانون الهیه وارد نمی‌ساخت، که حافظ آن نیز به شمار می‌آمد. همچنین، از آنجا که قوانین اجرایی «تکلیف خلائق» بود، از سوی انسان‌ها ترتیب یافته بود، پس «به حسب اوقات و حالات» تفاوت می‌کرد. فایده مجلس، به منزله نهادی که امکان جعل قوانین اجرایی را فراهم می‌ساخت، آن بود که در نتیجه اقداماتش «قواعد و احکام اسلامیه مجری می‌گردید» و «از محاک تعطیل بپرون می‌آمد» و این «بزرگترین فایده مجلس بود که موجب حفظ اساس مذهب» می‌شد.<sup>۴</sup> مجلس باید قواعدی را که برای اجرای شریعت لازم بود به ترتیب مشخص می‌کرد تا شاه و درباریانش که در حقیقت مجریان قوانین بودند آنها را اجرا کنند و مردم نیز تکالیف خود را بدانند.<sup>۵</sup> بنابراین، درخواست این گروه برای بنیانگذاری یک مجلس نمایندگان لزوماً بدان معنا نبود که مجلس دارای اختیارات مستقل قانون‌گذاری مطابق الگوهای مردم‌سالاری‌های غربی باشد.<sup>۶</sup>

نگاه شرع‌گرایان، چنان که در بالا آمد، آن بود که حوزه‌هایی وجود دارند که به سبب سکوت شرع امکان جعل و وضع قانون در آنها هست. در حوزه‌های یادشده یا شرع ساکت است یا آنکه تنها کلیاتی را بیان نموده است و موضوعات در آن موارد تعیین نشده‌اند. دو رویکرد پیشین، یعنی دیدگاه منافات و وسیله اجرا، نشانگر آن است که طرفداران آنها نگاهی حداکثری به شریعت و احکام دینی داشته‌اند. به نظر می‌رسد که از نظر آنان حوزه و قلمرویی وجود نداشت که سفرای الهی در فرامین و دستورات آسمانی از آن سخنی به میان نیاورده و به تفصیل احکام مربوط به آن را مشخص نکرده باشند.

طرفداران رویکرد سوم در صدد ارائه فهمی از قانون برآمدند تا هم در برابر تحولات پیش آمده قابلیت و قدرت اداره أعمال و روابط را داشته و هم از نگاه دینی پذیرفتندی باشد.<sup>۱</sup> به دیگر سخن، شرع‌گرایان مشروطه‌خواه موضع خود را در انقلاب مشروطه یک موضع دینی اعلام کردند.<sup>۲</sup> استدلال‌هایی که ایشان در پذیرش مفهوم قانون مطرح کردند، بیش از آنکه در پی تبیین ایجابی و فعالانه قانون برآیند، در قالب پاسخ به اشکالاتی که مخالفین وضع قانون در مکتوبات‌شان مطرح کرده بودند ارائه می‌شد. از آنجا که ایرادات مطرح شده از سوی گروه‌های مخالف به لسان فقهی به میان آورده شده بود، گروه‌های موافق نیز به زبان فقاهتی و در چارچوب سنت فقهی در مقام پاسخ برآمدند. بر این اساس، دیدگاه «قانون به متابه امر خارج از حوزه شرع» را بر اساس توضیحات طرفداران این دیدگاه زیر سه عنوان «نیاز به جعل قانون»، «امکان عقیدتی جعل قانون» و در آخر «عدم قصد بر جعل قانون کامل» توضیح می‌دهیم. این سه عنوان دقیقاً متناظر سه استدلال اصلی پیش‌گفته علیه جعل قانون (یعنی عدم نیاز به جعل، عدم امکان عقیدتی و عدم امکان عملی جعل قانون) است.

## ۲-۳. نیاز به جعل قانون

آنکه قانون را منافی شرع می‌دانستند نظر خود را، از جمله، بر این دلیل بنا نهادند که قانون الهی کامل است، لذا نیازی به جعل قانون نیست. در مقابل، علمای شرع‌گرای مشروطه‌خواه برای نیاز به جعل قانون در مجلس شورا استدلال می‌کردند.

استدلال ایشان به نوبه خود بر انواع تقسیم‌بندی‌ها بنا می‌شد که در زیر به دو مورد از آنها، یعنی تفکیک میان منصوصات و غیرمنصوصات و تمییز میان شرع و عرف، اشاره خواهیم کرد. در اینجا، گفتنی است که این نوع تقسیم‌بندی‌ها و تفکیک‌ها در واقع

۱. «تأسیس این مجلس ملی هیچ چاره از حصولش نیست، اگر امروز تشکیل نگشته است، فردا بشود، فردا نشود، سال دیگر نشود، یقیناً جرما بتا (به طور قطع) تا ده سال دیگر مشکل و مقرر خواهد شد.» نک: تقوی، حاج سیدنصرالله، منبع پیشین، ص. ۲۵۴.

۲. حاجی، عبدالهادی، منبع پیشین، ص. ۱۲۹؛ محلاتی‌غروی، محمداسماعیل، منبع پیشین، ص. ۲۸۳.

Hairi, "Why did the 'Ulamā Participate in the Persian Constitutional Revolution of 1905-1909", pp. 144-46.

بیانگر نوعی واقع‌گرایی دینی یا یک رویکرد «ناحداکثرگرا» به دین بود. به دیگر سخن، به نظر می‌رسد ایشان به «عدم گستره احکام شرع به تمامی حوزه‌ها» باور داشتند.

### ۲-۱-۳-۲. منصوصات و غیرمنصوصات

بنا بر تفکیک میان منصوصات و غیرمنصوصات، در واقع «مجموع وظایف» متعلق به قلمرو نصوص دینی و قلمرو «ترخیص و ما لا نص فیه» دانسته می‌شوند. اگر در قلمرو اول احکام مشخص و ثابت وجود دارند، در قلمرو دوم حکمی مشخص نیست. در قلمرو غیرمنصوص، «وظیفه عملیه ... به‌واسطه عدم اندراج در تحت ضابط خاص و میزان مخصوص غیر معین است» و «تابع مصالح و مقتضیات اعصار و امسار و به اختلاف آن قابل تغییر و اختلاف است».<sup>۱</sup>

بر این اساس، ادعا آن است که حوزه جعل قانون مربوط به قلمرو غیرمنصوصات بوده و لازم است با رعایت اصل «عدم مخالفت با شریعت» انجام شود. این تفکیک از منظر برخی نویسندگان به شکل و صورتی دیگر بیان شده است. آنان بر این باورند که احکام شریعت به دو نوع ثابت و متغیر تقسیم می‌شوند. قلمرو منصوصات قلمرو احکام ثابت و قلمرو غیرمنصوصات قلمرو احکام متغیر است. در نتیجه، تدوین قوانین در حوزه احکام متغیر امکان‌پذیر دانسته می‌شد.<sup>۲</sup>

### ۲-۱-۳-۲. شرع و عرف

شرع‌گرایان در خصوص مفهوم و قلمرو عرف نیز اختلاف نظر داشتند. مطابق نظر اکثربت ایشان، که مشروعه‌خواه بودند، اعمالی که انجام و ترک آن جایز است در زمرة امور مباح هستند. مهم آنکه مباحثات یکی از احکام خمسه دین است. در نتیجه هیچ قول و فعلی نیست که خارج از حوزه شریعت باشد. به همین دلیل بود که ایشان جعل قانون را از آن جهت که مباحی را واجب و یا حرام می‌کرد بدعت و تشریع محسوب می‌کردند.<sup>۳</sup>

در مقابل، مطابق نظر اقلیت که مشروعه‌خواه بودند، در خصوص مباحثات تکلیفی به تصریح نیامده بود، از این رو، گویی شرع نسبت به آنها ساكت بود. بدین سان، شاید بتوان گفت که حوزه سکوت شرع حوزه خالی از هنجار یا همان حوزه عرف بود که امکان جعل قانون در آنجا وجود داشت.<sup>۴</sup> تبدیل عرف به قانون نیز در نتیجه استناد به

۱. نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، ص. ۴۶۸.

۲. همان، ص. ۴۶۷.

۳. نوری، شیخ فضل‌الله، «رساله حرمت مشروعه»، منبع پیشین، ص. ۱۰۹.

۴. در این ارتباط، برخی از قلمرو رُّخص سخن به میان آورده و آن را فراتر از مباحثات تفسیر کرده و به مستحبات و مکروهات نیز تسری می‌دهند. برای نمونه، نک: فیرحی، داود، «ریشه‌های تاریخی رابطه شریعت و قانون»، مجله سخن ما، ماهنامه سیاسی و فرهنگی، سال دوم، شماره هفتم، مهر و آبان ۱۳۹۴، ص. ۲۶.

«مقدمه واجب» برای حفظ نظام صورت می‌گرفت.<sup>۱</sup> به تعبیر برخی متاخران، وجود گستره عرف در واقع نمایانگر وجود یک «منطقه‌الفراغ در قلمرو شریعت»<sup>۲</sup> است. به دیگر سخن، قوانین و احکامی در مجلس وضع و انشاء می‌شوند که «ربطی به شرع و شریعت» ندارند.<sup>۳</sup> هر چند در همین حوزه‌های خارج از شرع نیز سیطره شرع بر قوانین موضوعه قطعی است. قوانین یادشده نباید مخالف قوانین الهی باشند. تحقق این امر شرط قانونیت قواعد جعل شده از سوی آدمیان است: «قوانينی که در آن مجلس محترم وضع می‌شود فقط در امور عرفیه است و در آن هم عدم مخالفت با قواعد شرعیه شده و می‌شود».<sup>۴</sup>

## ۲-۳-۲. امکان جعل قانون

چنان که پیش‌تر آمد، امکان جعل قانون از دو لحاظ عقیدتی و عملی مطرح می‌شد.

### ۲-۳-۲-۱. امکان عقیدتی

پاسخی که در مقابل عدم امکان عقیدتی جعل قانون مطرح می‌شد با پذیرش و مفروض گرفتن این باور بود که حوزه‌هایی خارج از دین، به نام عرف، وجود دارند. در دفاع از امکان جعل قانون باید به سه ایراد ناسازگاری با خاتمیت، بدعت و استحسان عقلی پاسخ گفته می‌شد.

### ۲-۳-۲-۱-۱. سازگاری با خاتمیت

از دیدگاه این گروه از نویسندگان، عقیده خاتمیت پیامبر (ص) با جعل قانون سازگار بود و «واهی بودن شباهات مغضبانه منتقدین» که «نفس تقین قوانین را اقتراحانه و دلبخواهانه مقابل با دستگاه نبوت شمرده بودند»<sup>۵</sup> نزد ایشان آشکار بود. در پاسخ به استدلال ناسازگاری، با فرض وجود حوزه‌های وسیع خارج از شمول منصوصات

۱. برای توضیحات بیشتر به قسمت «جعل قانون و عدم بدعت» در صفحات آتی رجوع شود.

۲. صدر، سید محمدباقر، اقتصاد ما، ترجمه: سید ابوالقاسم حسینی (ذرفا)، کتاب دوم، قم، انتشارات دارالصدر، ۱۳۹۳، ص. ۴۱۸.

۳. «آبا در قانون اساسی از شرایط صوم و صلاة و احکام حج و جهاد و مسائل خمس و زکوه یا در احکام معاملات چون شروط بیع و صلح و اجراء و نکاح و غیره و غیره بر خلاف اجتهاد مجتهدین چیزی مقرر داشته؟ یا بد از این مقرر خواهد داشت و در احکام کلیه الهیه که مرجع در آنها کتاب و سنت است و به دست یاری فهم مجتهدین بایست معین شود مداخله خواهند نمود و دین دیگری اختراع خواهند کرد؟ شخص چقدر بایست جاهل و از امور بی‌خبر باشد که این گونه خیالات را به خود راه دهد و نداند که ملخص قانون مشروطیت چنانچه گفته شد تحدید در اشغال سلطنت و امور عامه سیاسیه است کار به احکام کلیه شرعیه ندارد.» محلاتی نجفی، محمداسماعیل، منبع پیشین، ص. ۱۶۶.

۴. بهبهانی، سید عبدالله؛ طباطبائی، سیدمحمد؛ نوری، شیخ فضل الله، «در تطبیق قوانین مجلس با احکام شرع» (۱۳۲۵ق)، در: رجی (دواوی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۴، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰، ص. ۸۹.

۵. ناثینی، میرزا محمدمحسین، منبع پیشین، ص. ۴۶۹.

Lombardi, C. B. "Designing Islamic Constitutions: Past Trends and Options for a Democratic Future", International Journal of Constitutional Law, Vol. 11 (3), 2013, p. 617.

و احکام شرعی، به «وجوب حسبی» اشاره می‌شد. ادعا می‌شد که «وظیفه لازمه حسبیه» همانا «توقف حفظ نظام و ضبط اعمال مغتصبه متصدیان و منع از تعاون و تجاوزشان بر تدوین قوانین» است.<sup>۱</sup> حال، در ادامه ادعا می‌شد، از آنجا که تعیین حکم در قلمرو غیرمنصوصات به «نظر و ترجیح ولی نوعی موكول بود» با «حضور و بسط ید منصوب الهی [...] هم» می‌توانست «به نظر و ترجیحات منصوبین از جانب حضرتش موكول باشد» و «در عصر غیبت، به نظر و ترجیحات نواب عام یا کسی که در اقامه وظایف مذکوره، عَمَّنْ لَهُ ولایه الاذن، ماذون باشد، موكول» بود.<sup>۲</sup> از این رو، مجلس رسمی شورای ملی با امضاء و اذن «عَمَّنْ لَهُ ولایه الاذن»، همه وجوده صحت و مشروعيت را برای جعل قانون در همان محدوده غیرمنصوصات با رعایت احکام منصوص دارا می‌شود. لزوم حضور پنج تن از مجتهدین، که در اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه آمد، از چنین عقیده‌ای برگرفته شد.<sup>۳</sup>

## ۲-۱-۲-۳-۲. عدم بدعت

در پاسخ به ایراد بدعت به سبب جعل قانون، شرع‌گرایان مشروطه‌خواه از استنادات فقهی گروه مقابله کرد. استدلال طرف مقابل آن بود که «مباح را الزام کردن، حرام تشریعی است». جدای از تحلیل ایشان از مفهوم و قلمرو مباحثات، پاسخ داده شد که بدعت و تشریع در صورتی تحقق می‌پذیرد که «غيرمجموعول شرعی، به عنوان آنکه مجموعول شرعی و حکم الهی است» ارائه و الزام شود. بر این اساس، بدعت و تشریع «به قصد و عنوان» بازگشت داده می‌شد.<sup>۴</sup>

استدلال دیگر در پاسخ به ایراد بدعت بر مفهوم «مقدمه واجب» بنا می‌شد. شرع‌گرایان مخالف وضع قانون، تبدیل مباح به واجب را تحت عنوان ثانویه می‌پذیرفتند، عنوانی که از نظر آنها در فقه محصور باشد. در مقابل، شرع‌گرایان مشروطه‌خواه، با استناد به مقدمه واجب، واجب و لازم شدن امر مباح را ممکن اعلام کردند.<sup>۵</sup> از دیدگاه گروه اخیر، «همچنانکه امور غیرواجبه، بالذات به تعلق نذر و عهد و یمین و امر آمر لازم الاطاعه و اشتراط در ضمن عقد لازم و نحو ذلک، واجب و لازم العمل می‌شود، همین‌طور اگر اقامه واجبی هم بر آن متوقف شود، لامحاله عقلًا لازم العمل و بالعرض واجب خواهد شد». به

۱. همان.
۲. همان.

۳. برای آگاهی بیشتر از اصل مربوط به ضمانت شریعت در قوانین اساسی کشورهای مسلمان دیگر نک: Lombardi, “Designing Islamic Constitutions: Past Trends and Options for a Democratic Future”, pp. 623-636; and Martin, “Islamist Radicalism in the Provinces of Iran 1906-9: A Stage in the Development of Islamism”, p. 689.

۴. نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، ص. ۴۵۳.

۵. نک: آبادیان، حسین، مبانی نظری حکومت مشروطه و مشروعه، تهران، نشر نی، ۱۳۷۴، صص. ۷۲-۷۳.

۶. نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، ص. ۴۵۳.

نظر ایشان جعل قانون مقدمه حفظ حکومت و صیانت اساس محدودیت و مسئولیت سلطنت بود. به تعبیر یکی از نویسندهای آن دوره، «اموری که بالاصله مباح است، برای حفظ نظام که واجب بر همه مسلمین است، لابد باید التزام به فعل یا ترک آنها بشود نه به عنوان تشریع این قوانین».<sup>۱</sup> باری، گروه اکثریت نیز به مفهوم مقدمه واجب اعتقاد داشتند، اما از آنجا که قانون را منافی شرع می‌دانستند، این امر را «مقدمه حرام»<sup>۲</sup> تلقی می‌کردند که نمی‌توانست «مقدمه امر واجب قرار گیرد»، یعنی به حفظ سلطنت کمک کند.<sup>۳</sup>

### ۳-۲-۳-۲. عدم استحسان

در مقابل استدلال مبنی بر استحسان، پاسخ آن بود که با توجه به تفکیک عرف و شرع، حوزه عرف با همه وسعتی که داشت تنها با رعایت شرع و احکام آن می‌توانست به قانون تبدیل شود. بنابراین، در اینجا آن استحسان که به موجibus فقط عقل فاعل در انتخاب و تشخیص بهترین باشد صورت تحقق نمی‌یافتد؛ چرا که سایه «عدم مخالفت با شرع» همواره بر سر این انتخاب حضور داشت.<sup>۴</sup> به دیگر سخن، قانونی که تحت شرط «عدم مخالفت با شرع» وضع می‌شد از مصاديق استحسان محض عقلی نبود.

### ۳-۲-۳-۲. عدم جعل قانون کامل

چنان که در بالا آمد، ادعا می‌شد که امکان عملی جعل قانون از سوی بشر وجود ندارد، چرا که از نظر ایشان تنها قانونی قابل جعل بود که بتواند همزمان عهده‌دار تنظیم امور معاش و معاد باشد. فقط و فقط قانون الهی، که اکمل آن نیز قانون امامیه بود، می‌توانست از عهده چنین تنظیمی برآید.

پاسخ شرع‌گرایان مشروطه‌خواه به این اشکال آن بود که هدف از جعل قانون وضع یک قانون کامل، که امور دنیوی و اخروی را یکسان و همزمان سامان دهد، نبود. بلکه، هدف ارائه مشورت جهت وضع قانون در خصوص امور دنیوی بود،<sup>۵</sup> آن هم در مجلسی

۱. آقا میرزا فضلعلی، «در دلایل شرعی بودن قوانین مجلس شورا» (۱۳۴۵)، در: رجی (دانی)، محمدحسن، مکتبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۳، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰، ص. ۲۲۳.

۲. برای نمونه، نک: محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ص. ۲۲۵.

۳. نوری، شیخ فضل‌الله، «رساله تذکره الغافل و ارشاد الجاحل»، منبع پیشین، ص. ۲۹۳.

Martin, “The Anti-Constitutionalist Arguments of Shaikh Fazlallah Nuri”, p. 185.

۴. «... جز عدم مخالفت فصولش با قوانین شرعیه، شرط دیگری معتبر نخواهد بود». همچنین، «از برای مراقت در عدم صدور آراء مخالفه با احکام شریعت، همان عضویت هیأت مجتهدین و انحصار وظیفه رسمیه ایشان در همین شغل ... کفایت است». نک: ناثری، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، ص. ۴۲۱ و ۴۶۲.

۵. «شور ربطی به امور معادیه ندارد، بلکه مختص است به انتظام امر معاش [...]». پس قانون [...] مربوط به اوامر معادیه نیست و مشروعيت آن برای انتظام معاش است.» خراسانی ترشیزی، فاضل، «کلمه جامعه شمس کاشمری»، در: زرگری نژاد، غلامحسین، رسائل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، جلد ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، ص. ۶۱۰.

---

که «مؤسس قانون تعیش بود و حافظ قانون تدین».<sup>۱</sup> افزون براین، شرط نظارت بر قانون‌گذاری از سوی علماء با هدف حصول اطمینان از عدم مغایرت قوانین با شرع مطرح و تصویب شده بود.

۱. فخرالاسلام، «در ضرورت تأسیس مجلس شورای ملی» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوایی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۳، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰، ص. ۱۱۷.

## نتیجه‌گیری

مطالعه نظرات موافقان و مخالفان مشروطیت نشان می‌دهد که درک و فهم یکسانی از مفهوم قانون حتی در میان یک گروه خاص از نویسنندگان عصر مشروطه وجود نداشت. به رغم وجود نقاط مشترک فکری و فرهنگی بسیار مهم میان شرع‌گرایان، ایشان در خصوص قانون به اختلاف نظر جدی رسیدند. شمار کثیری از ایشان در راستای انکار قانون در معنای جدید و اصرار بر نگاه سنتی به این مهم گفتند و نوشتند.<sup>۱</sup> عدم امکان جعل قانون نزد این گروه، با تأکید بر ناسازگاری‌های عقیدتی چون تنافی با خاتمیت پیامبر (ص)، وجود بدعت و مفهوم استحسان، از جمله دلایلی بود که در نهایت به صدور فتوای حرمت مشروطه از سوی ایشان انجامید. اما، برخی دیگر از شرع‌گرایان در قالب پاسخ‌هایی به انکار و تردیدهای گروه نخست، به دفاع از قانون جدید برآمدند و سعی کردند به کمک مفاهیم سنتی جایی برای آن باز کنند.

یکی از آن مفاهیم منطقه‌رُخَّص و ما لا نصّ فیه بود. هر چند علمایی که جعل قانون را در منافات با شریعت می‌دیدند، اساساً به چنین حوزه‌ای که شرع در آن ساخت باشد باور نداشتند. مدافعان جعل قانون به قانون به منزله ابزار تحديد سلطنت، برقرارکننده نظم و حافظ دین می‌نگریستند که عمدتاً در این منطقه تعریف می‌شد و جای می‌گرفت. ایشان این منطقه را آن اندازه وسیع می‌دیدند که معظم سیاست‌نوعیه را در خود جای می‌داد. با این حال، منطقه فارغ از نفوذ شرع را هیچ گاه کاملاً از سلطنه شرع بیرون نمی‌گذاشتند. تعیین مرزهای نامشخص این منطقه بر عهده فقهاء بود<sup>۲</sup> و هر وضع و جعلی در این حوزه باید به تأیید ایشان می‌رسید. چنین فهمی از قانون بی‌گمان در تمایز آشکار با مفهوم قانون جدید بود؛ قانونی که در عصر جدید ماهیتی فرادینی یافته و از مجرای اراده عمومی معین می‌شد.<sup>۳</sup> بنابراین، وجود شباهت‌های فکری میان این گروه از اندیشه‌ورزان در خصوص چیستی، منبع و مبنای قانون، به رغم وجود تفاوت‌ها، ایشان را تبدیل به قائلین احالت شریعت نمود که، حتی در صورت فقدان احکام شرع، قوانین وضع شده امکان مخالفت با «قواعد مقدسه اسلام» و «قوانين موضوعه حضرت خیر الانام صلی الله علیه و آله و سلم»<sup>۴</sup> را نداشت.

اهمیت مطالعه تاریخ پیدایش مفهوم قانون جدید در کشور از آن جهت مهم است

1. See Amir Arjomand, "The Ulama's Traditionalist Opposition to Parliamentarianism: 1907-1909".

۲. میرموسوی، سیدعلی، اسلام، سنت، دولت مدنی: نوسازی دولت و تحول در اندیشه سیاسی معاصر شیعه، تهران، نشر نی، ۱۳۸۴، ص. ۳۰۳.

۳. برای نمونه، ر.ک: کاشانی، سید محمود، حقوق مدنی (قراردادهای ویژه)، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص. ۳۳.

۴. اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه.

---

که اندیشه‌ورزی‌های صورت گرفته در دوره یادشده تأثیر مستقیم بر تحولات فکری مربوط در دوره‌های پس از خود داشته است. تحقق انقلاب مشروطه و ورود اندیشه شرع گرایان به محتوای متمم قانون اساسی در قالب چند اصل مهم و مؤثر و همچنین سعی دوباره نظریه‌پردازان دینی، بعد از بیش از هفت دهه در قالب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، همگی نشان از تأثیر عمیق نویسنده‌گان و نظریه‌پردازان متقدم شرع‌گرا دارد که در مجالی دیگر به آن خواهیم پرداخت. نکته اما آن است که مسأله قدیمی هنوز لایحل و حکایت همچنان باقی است. فهم قانون و رواج آن در جامعه سنتی و کهن ایران بدون نظریه‌پردازی در مبانی و چیستی آن میسر و ممکن نیست. شناخت سیر تحول تاریخی در مباحث نظری پیرامون قانون و نظام حقوقی زمینه‌ساز شکل‌گیری فهمی عصری و بومی در این خصوص خواهد بود.

## منابع

- آبادیان، حسین، مبانی نظری حکومت مشروطه و مشروعه، تهران، نشر نی، ۱۳۷۴.
- آخوند خراسانی، «رساله ضرورت علاج عاجل امراض مهلکه» (۱۳۲۶ق)، در: زرگری‌نژاد، غلامحسین، رسایل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، جلد ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰.
- آقا، میرزا فضلعلی، «در دلایل شرعی بودن قوانین مجلس شورا» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۳، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- اکبری، محمدعلی، تبارشناسی هویت جدید ایرانی (عصر قاجاریه و پهلوی اول)، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۴.
- بهبهانی، سید عبدالله طباطبایی، سیدمحمد؛ نوری، شیخ فضل الله، «در تطابق قوانین مجلس با احکام شرع» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۴، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- اصطباناتی، شیخ محمدباقر، «در فلسفه تأسیس مجلس شورا و لزوم تعیت از آن» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۳، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- افصح المتكلمين، «معنای مشروطه و حدود آزادی» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۴، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- اوری، پیتر (سرپرست مؤلفان)، تاریخ ایران دوره پهلوی (از رضاشاه تا انقلاب اسلامی)، ترجمه مرتضی ثاقبفر، چاپ سوم، تهران: انتشارات جامی، ۱۳۹۲.
- بینا، «رساله مکالمات حاجی مقیم و مسافر در بیان معنای مشروطه و مطلقه»، در: زرگری‌نژاد، غلامحسین، رسایل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، جلد ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰.
- تبریزی (فخرالعلماء)، شیخ مهدی، «در زیان‌های استبداد و فواید مشروطیت» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۲، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- تبریزی، محمدحسین بن علی بن اکبر، «رساله کشف المراد من المشروطه والاستبداد»، در: زرگری‌نژاد، غلامحسین، رسایل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰.

- 
- ترکمان، محمد، رسائل، اعلامیه‌ها، مکتوبات و روزنامه شیخ شهید فضل الله نوری، جلد اول، تهران، مؤسسه خدمات فرهنگی رسا، ۱۳۶۲.
  - \_\_\_\_\_، مکتوبات، اعلامیه‌ها، ... و چند گزارش پیرامون نقش شیخ فضل الله نوری در مشروطیت، جلد دوم، تهران، مؤسسه خدمات فرهنگی رسا، ۱۳۶۳.
  - تقیوی، حاج سیدنصرالله، «سؤال و جواب در فواید مجلس شورای ملی» (۱۳۲۴ق)، در: رجبی (دانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۲، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
  - جوادی آملی، عبدالله، فلسفه حقوق بشر، قم، مرکز نشر اسراء، ۱۳۷۵.
  - حائری، عبدالهادی، تشیع و مشروطیت در ایران و نقش ایرانیان مقیم عراق، چاپ پنجم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۲.
  - حر عاملی، شیخ محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۲ق.
  - خراسانی ترشیزی، فاضل، «کلمه جامعه شمس کاشمری»، در: زرگری نژاد، غلامحسین، رسایل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، جلد ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰.
  - خلخالی، عمادالعلماء، «رساله معنی و فواید سلطنت مشروطه» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۴، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
  - راسخ، محمد، «فقه و حقوق: کدام فقه؟ رویکردی عمل‌گرا به نظریه حقوقی»، در: رنجبریان، امیرحسین (به کوشش)، حقوق جانمایه بقایای اجتماع (گفتارهای حقوقی در نکوداشت استاد دکتر سید عزت‌الله عراقی)، انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، تهران، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۵.
  - راسخ، محمد؛ بخشی‌زاده، فاطمه، «پیش‌زمینه مفهوم قانون در عصر مشروطه؛ از مالک‌الرقابی تا تنظیمات»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هفتم، شماره ۸۳، ۱۳۹۲.
  - \_\_\_\_\_، «مفهوم قانون در عصر مشروطه: نویسنده‌گان متقدم»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸، ۱۳۹۳.
  - رجبی (دانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، مجلدات اول تا چهارم، تهران: نشر نی، ۱۳۹۰.
  - رضوانی، هما، لواح آقا شیخ فضل الله نوری، تهران، نشر تاریخ ایران، ۱۳۶۲.

- زرگری نژاد، غلامحسین، رسایل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، مجلدات اول تا دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰.
- سروش، عبدالکریم، «فقه در ترازو: طرح چند پرسش از محضر آیت الله منظری»، مجله کیان، شماره ۴۶، ۱۳۷۸.
- صدر، سید محمدباقر، اقتصاد ما، ترجمه: سید ابوالقاسم حسینی (زرفا)، کتاب دوم، قم، انتشارات دارالصدر، ۱۳۹۳.
- طباطبایی، سید ضیاءالدین، «در تلاش در جهت استحکام مبانی مشروطیت» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۲، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- طباطبایی، سید محمدحسین، شیعه در اسلام، چاپ ششم، تهران، کتابخانه بزرگ اسلامی، ۱۳۵۴.
- طباطبایی، محمدرفیع، «مشروعیت علماء و سلاطین و لزوم اتحاد میان آن دو» (۱۳۰۵ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۱، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- طهرانی، محمدعلی، «در هشدار نسبت به اختلاف‌افکنی مشروطه‌خواهان غربزده» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۳، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- عنایت، حمید، اندیشه سیاسی در اسلام معاصر، ترجمه: بهاءالدین خرمشاهی، چاپ پنجم، تهران، انتشارات خوارزمی، ۱۳۸۹.
- \_\_\_\_\_، «در حاشیه برخورد آراء در انقلاب مشروطیت»، یادنامه استاد شهید مرتضی مطهری، جلد دوم، تهران: سازمان انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۶۳.
- فخرالاسلام، «در ضرورت تأسیس مجلس شورای ملی» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۳، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- فراتخواه، مقصود، «سنّت قانون اساسی در ایران»، مجله بازنگشته، شماره ۲۲، ۱۳۸۰.
- فیرحی، داوود، «ریشه‌های تاریخی رابطه شریعت و قانون»، مجله سخن ما، ماهنامه سیاسی و فرهنگی، سال دوم، شماره هفتم، مهر و آبان ۱۳۹۴.
- \_\_\_\_\_، آستانه تجدد در شرح تنبیه الامه و تنزیه الملء، چاپ دوم، تهران، نشر نی، ۱۳۹۵.

- کاتوزیان، همایون، استبداد، دموکراسی و نهضت ملی، تهران، نشر مرکز، ۱۳۷۲.
- ، «انقلاب برای قانون»، در: ایران، جامعه کوتاه مدت، تهران، نشر نی، ۱۳۹۱.
- کاشانی، سیدمحمود، حقوق مدنی (قراردادهای ویژه)، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸.
- کاشانی، شیخ یحیی، «در اهمیت قانون اساسی و توجیه علمای نسبت به آن» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۳، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- کدیور، محسن، سیاستنامه خراسانی: قطعات سیاسی در آثار آخوند ملامحمدکاظم خراسانی صاحب الکفایه (۱۳۲۹ق - ۱۲۵۵ق)، چاپ دوم، تهران، انتشارات کویر، ۱۳۸۷.
- کرمانی، نظامالاسلام، تاریخ بیداری ایرانیان یا تاریخ مشروح و حقیقی مشروطیت ایران با ۴۲ گراور، سه جلد در یک مجلد، چاپ نهم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۱.
- کسروی، احمد، تاریخ مشروطه ایران، چاپ ششم، تهران: مؤسسه انتشارات نگاه، ۱۳۹۰.
- لاری، عبدالحسین، «قانون مشروطه مشروعه»، در: زرگری نژاد، غلامحسین، رسایل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، جلد ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰.
- لاهیجی، شیخ علی، «در دلایل انتقاد از روند مشروطیت» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دوانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۳، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- محلاتی‌غروی، محمدماسماعیل، «مراد از سلطنت مشروطه یا کشف حقیقت مشروطیت»، در: زرگری نژاد، غلامحسین، رسایل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، جلد ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰.
- محلاتی‌نجفی، محمدماسماعیل، اللئالی المربوطه فی بیان وجوب المشروطه، کاتب: محمدحسن بن علی مشهور به آقابزرگ طهرانی، تهران، کتابخانه مجلس شورای اسلامی، نسخه خطی به شماره IR10-۱۳۲۵۸-۲۸-۱۳۲۷-۲۸ ق.
- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، چاپ بیست و هشتم، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی (۲۴ دوره متون مشروح مذاکرات)، لوح فشرده، تهران: کتابخانه، موزه و مرکز اسناد مجلس شورای ملی، ۱۳۹۲.

- موسوی اردبیلی، عبدالکریم، «قانون»، فصلنامه حق، شماره ۳، ۱۳۶۴.
- میرموسوی، سیدعلی، اسلام، سنت، دولت مدرن: نوسازی دولت و تحول در اندیشه سیاسی معاصر شیعه، تهران، نشر نی، ۱۳۸۴.
- نائینی، میرزا محمد، «مشروعیت سلطنت ناصرالدین شاه و وجوب اطاعت از اوامر او»، در: رجبی (دانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۱، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- نائینی، میرزا محمدحسین، تنبیه الامه و تنزيه الملء، در: زرگری نژاد، غلامحسین، رسائل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، جلد ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰.
- نگارنده نامعلوم، «شرح نظرات انتقادی حاج شیخ فضل الله نوری بر عملکرد مشروطه خواهان» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۳، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- نوری، شیخ فضل الله، «الزوم تبعیت مجلس از قوانین اسلامی» (ذیقعده ۱۳۲۴ق)، در: رجبی (دانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۲، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- ———، «در دفاع از نظرات خود درباره مشروطیت و مجلس شورا» (۱۳۲۵ق)، در: رجبی (دانی)، محمدحسن، مکتوبات و بیانات سیاسی و اجتماعی علمای شیعه، جلد ۲، تهران، نشر نی، ۱۳۹۰.
- ———، «رساله تذکره الغافل و ارشاد الجاھل»، در: زرگری نژاد، غلامحسین، رسائل مشروطیت به روایت موافقان و مخالفان، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰. (در این منبع نویسنده «بی‌نا» نامیده شده است، اما در اکثر کتب تاریخی این رساله منتس卜 به شیخ فضل الله نوری دانسته شده است، برای نمونه، نک: ترکمان، مکتوبات، اعلامیه‌ها... و چند گزارش پیرامون نقش شیخ فضل الله نوری در مشروطیت، ص. ۵۶)، ۱۳۹۰.
- ———، «رساله حرمت مشروطه»، در: ترکمان، محمد، مکتوبات، اعلامیه‌ها، ... و چند گزارش پیرامون نقش شیخ فضل الله نوری در مشروطیت، جلد دوم، تهران، مؤسسه خدمات فرهنگی رسا، ۱۳۶۳.

- Amir Arjomand, S. "The Ulama's Traditionalist Opposition to Parliamentarianism: 1907-1909", Middle Eastern Studies, Vol. 17 (2), 1981.

- 
- Hairi, A. H. "Why Did the 'Ulamā Participate in the Persian Constitutional Revolution of 1905\_1909?", *Die Welt des Islams*, Vol. 17 (1/4), 1976-1977.
  - Hermann, D. "Akhund Khurasani and the Iranian Constitutional Movement", *Middle Eastern Studies*, Vol. 49 (3), 2013.
  - Lombardi, C. B. "Designing Islamic Constitutions: Past Trends and Options for a Democratic Future", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11 (3), 2013.
  - Martin, V. "Islamist Radicalism in the Provinces of Iran 1906–9: A Stage in the Development of Islamism", *Middle Eastern Studies*, Vol. 53 (5), 2017.
  - Martin, V. "The Anti-Constitutionalist Arguments of Shaikh Fazlallah Nuri", *Middle Eastern Studies*, Vol. 22 (2), 1986.
  - Nasr, S.H. *Ideals and Realities of Islam*, London: Published by George Allen and Unwin Ltd, 1966.
  - Rasekh, M. "Sharia and Law in the Age of Constitutionalism", *Journal of Global Justice and Public Policy*, Vol. 2 (2), 2016.
  - Weiss, B.G. *The Spirit of Islamic Law*, London, The University of Georgia Press, 1988.
  - Zubaida, S. *Law and Power in the Islamic World*, London, I.B. Tauris & Co Ltd, 2005.

مهدی شیدائیان\*

زینب شیدائیان\*\*

### چکیده

بیشتر جرایم منافی عفت به صورت پنهانی ارتکاب می‌یابند. افشاءی جرایم مذکور به دلیل پیوند آنها با آبروی شهروندان آثار مخربی بر مرتكب و جامعه باقی می‌گذارد. از این رو اگرچه از منظر اسلام، اعمال منافی عفت مورد نکوهش است، اما سیاست جنایی اسلام نسبت به این جرایم مبتنى بر چشمپوشی و عدم تجسس در حریم خصوصی شهروندان است. اجرای این سیاست از افشاءی غیرضروری، قبح‌زدایی، عادی‌سازی و در نهایت رواج آنها پیشگیری می‌نماید. لذا قانون‌گذار در جهت همگرایی با سیاست جنایی اسلام، در قانون آینین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ اصل ممنوعیت تعقیب و تحقیق این جرایم را اعلام و آن را صرفاً در موارد استثنایی تجویز نموده است. مواردی که مصلحت موجود در تعقیب و تحقیق بیشتر از مصلحت بزه‌پوشی باشد و البته آن را از جهاتی محدودیت‌نازدی نموده است. این محدودیتها از جهات مختلف از جمله استثنایات اصل ممنوعیت تعقیب و تحقیق، مرجع تعقیب و تحقیق در مستثنیات، میزان اختیارات قاضی و ... وارد گردیده است. نوشتار حاضر به تبیین، توجیه و نقد رویکرد قانون آینین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و اصلاحات آن در جرایم منافی عفت می‌پردازد.

**کلیدواژه‌ها:** جرایم منافی عفت، تعقیب، تحقیق، بزه‌پوشی، سیاست جنایی اسلام.

## مقدمه

بی تردید در میان انواع مختلف جرایم، جرایم منافی عفت به لحاظ آثار خاص و تبعات زیان‌بار حیثیتی و اجتماعی که در پی دارد، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. نظام‌های کیفری در جرم‌انگاری و چگونگی واکنش نسبت به اعمالی که با عفت، عرض و آبروی اشخاص مرتبط است، معمولاً توجه و حساسیت بیشتری نشان داده و روشی متفاوت با سایر جرایم را در پیش می‌گیرند. نظام کیفری اسلام با اتخاذ سیاست «بزه‌پوشی» در این دسته از جرایم در صدد جلوگیری از دخالت و تجسس حکومت برآمده است، زیرا اثبات این جرایم، موجب عنی‌شدن جرم و ترویج فحشا می‌گردد. تأکید مقررات اسلام بر پرده‌پوشی مفاسد جنسی و جلوگیری از انتشار آن دسته از اعمال خلاف که پنهانی صورت می‌گیرد، شیوه‌ای است متناسب با قانون طبیعت که طرفدار رعایت حجاب و حیاست.<sup>۱</sup> از منظر اسلام، اعمال منافی عفت رفتارهایی مخالف با ارزش‌های اخلاقی و هنجارهای اجتماعی است و ارزش‌های اخلاقی تا درونی و نهادینه نگردد، هرگز مورد پذیرش و اجرا قرار نخواهد گرفت. واکنش رسمی به این جرایم نه تنها یگانه عامل مبارزه با آنها محسوب نمی‌گردد، بلکه اصولاً عکس العمل اساسی و بنیادین هم به شمار نمی‌آید.<sup>۲</sup> بحث در خصوص نحوه واکنش نسبت به جرایم منافی عفت از آن رو که با مبحث مهم دخالت حاکمیت در حوزه رفتار خصوصی افراد ارتباط دارد از اهمیت دوچندانی برخوردار است. در حقیقت به این دلیل که بسیاری از جرایم جنسی به طور پنهانی انجام می‌گیرد، تلاش برای کشف و اثبات با کنکاش و جستجو در امور شهروندان ارتباط پیدا می‌کند؛ در حالی که شهروندان معمولاً مایل نیستند که حاکمیت در حوزه امور شخصی و پنهان آنها دخالت کند.<sup>۳</sup> همچنین توجه به این نکته مهم است که کرامت، شرافت و شأن انسانی از فطری‌ترین نیازها و از مهم‌ترین حقوق اساسی بشر است که با عنی‌شدن جرایم منافی عفت، این بدیهی‌ترین حقوق نقض می‌گردد. با وجود این، چنانچه در آشکار و عنی‌شدن جرایم منافی عفت به دلالت عقل و شرع مصلحتی بزرگ‌تر از مصلحت بزه‌پوشی و حفظ کرامت و حیثیت انسانی باشد، بدون شک باید برابر مصلحت اقوی اقدام گردد.

قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری، با ایجاد سازوکار «ممنویت تعقیب و تحقیق» در جرایم منافی عفت، بر بزه‌پوشی تصریح و تأکید نموده

۱. نوبهار، رحیم، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی: چشم‌اندازی اسلامی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹، ص. ۱۵۰.

۲. صادقی، محمدهادی، «بزه‌پوشی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۸ و ۲۹، ۱۳۷۸، ص. ۱۶۷.

۳. نوبهار، رحیم، «اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی مستوجب حد در حقوق کیفری اسلام»، نامه مفید، شماره ۱۳۷۹، ۲۳، ص. ۱.

و گامی بلند در راستای حفظ و رعایت حریم خصوصی شهروندان برداشته که همسو با سیاست جنایی اسلام است. این رویکرد مترقبی اسلام اگرچه در قوانین سابق نیز تا اندازه‌ای مورد توجه قرار گرفته بود اما در قانون جدید با تغییرات گسترده و مثبتی همراه گردیده است. بنابراین شایسته است که رویکرد نوین قانون آینین دادرسی کیفری مورد تحلیل و بررسی دقیق قرار گرفته و پاسخ داده شود که قانون مورد بحث چه تحولاتی در رویکرد قوانین سابق نسبت به تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت ایجاد نموده و این تغییرات چگونه ارزیابی می‌شوند.

سیر مطالب نوشتار پیش رو به این گونه است که ابتدا مفهوم جرم منافی عفت (۱)، رویکرد سیاست جنایی اسلام به جرایم منافی عفت (۲) و رویکرد قانون آینین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به جرایم منافی عفت (۳) مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد و در نهایت نتیجه‌گیری ارائه می‌شود.

## ۱. مفهوم جرم منافی عفت

قانون گذار هیچ‌گاه تعریفی از جرایم منافی عفت ارائه نکرده، بلکه صرفاً به احصای مصادیق آن پرداخته است و حتی در برخی موارد احصاء مقتن حصری نبوده، بلکه تمثیلی می‌باشد.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد که منظور قانون گذار از عبارت «جرائم منافی عفت»، عبارت است از «هرگونه رفتار جنسی خارج از محدوده نکاح میان دو یا چند فرد که ناشی از غریزه جنسی باشد، خواه این التذاذ جنسی برای هر دو یا برای یکی از دو طرف باشد.» رفتار مذکور برخلاف عرف معمول بوده و اکثریت مردم با انجام آن عمل همگامی ندارند.<sup>۲</sup> ماده ۱۰۲ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ قبل از اصلاح، مؤید این تعریف بود زیرا بیان می‌داشت: «اجام هر گونه تعقیب و تحقیق در جرم زنا و لواط و سایر جرایم منافی عفت ممنوع است...» و همچنین در ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ بیان می‌شود: «... روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا از قبیل تقبیل و مضاجعه ...». همچنین قانون گذار با بیان تبصره ماده ۳۰۶ اصلاحی به تعیین برخی مصادیق جرایم منافی عفت پرداخته است: «منظور از جرایم منافی عفت در این قانون، جرایم جنسی حدی، همچنین جرایم رابطه نامشروع تعزیری مانند تقبیل و مضاجعه است». با توجه به این مواد، قانون گذار برای روشن نمودن مرادش از عمل منافی عفت به مثال‌های زنا، لواط، جرایم جنسی حدی، تقبیل و مضاجعه اشاره نموده و با واژگان «از قبیل»، «سایر جرایم» و «مانند» دست مقام

۱. مانند ماده ۶۳۷ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی: «هر گاه زن و مردی که بین آنها علقه زوجیت نباشد، مرتكب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا نود و نه ضربه محکوم خواهند شد و اگر عمل با عنف و اکراه باشد، فقط اکراه‌کننده تعزیر می‌شود.»  
۲. انصاری، مسعود، روانشناسی جرایم و احرافات جنسی، تهران، انتشارات اشراقی، ۱۳۷۱، ص. ۴۱.

قضایی را در تعیین دیگر مصادیق جرم منافی عفت باز گذارده است. اما این اختیار بی حد و اندازه نیست بلکه لازم است مصادیقی که از آنها نام برده نشده است، با معیارها و ویژگی‌های مصادیق مذکور مطابقت داشته و همسنخ آنها باشد.

جرائم فوق الذکر جرایمی هستند که در آنها رفتار جسمی و فیزیکی وجود داشته که ناشی از غریزه و التذاذ جنسی است. بنابراین یک عمل مادی است و نه صرف لفظ<sup>۱</sup> و این رفتارها محدود به روابط مرد با زن یا بالعکس نیست. به عبارت دیگر، اختلاف جنسیت در جرائم منافی عفت شرط نیست. البته مجددًا تأکید می‌گردد که رفتارهای جسمی و جنسی ناشی از رابطه مشروع نکاح، از تعریف جرم منافی عفت خارج است.<sup>۲</sup> نکته قابل توجه آن است که محدوده جرائم منافی عفت با تعریفی که ارائه گردید متفاوت از جرایمی است که عفت عمومی را جریحه‌دار می‌نماید<sup>۳</sup> و مورد نظر این مقاله همان تعریف پیش گفته است.

## ۲. رویکرد سیاست جنایی اسلام به جرائم منافی عفت

از آنجا که مقررات مربوط به جرائم منافی عفت در قانون آیین دادرسی کیفری براساس سیاست جنایی اسلام تدوین گردیده است، قبل از ورود به تحلیل رویکرد قانون به اختصار سیاست جنایی اسلام نسبت به این موضوع تبیین می‌گردد. سیاست «ستر عیوب»، «منع تجسس» و «بزه‌پوشی» در اسلام یک سیاست کلی و عام دانسته شده و پوشاندن خطای خود و سایر مؤمنان در جای جای آموزه‌های دینی توصیه شده، اما به طور ویژه‌ای در کتاب و سنت بر بزه‌پوشی جرائم منافی عفت حساسیت نشان داده شده است و از سوی دیگر در زمینه کشف، تعقیب، تحقیق و اثبات این جرائم تلاش چندانی به چشم نمی‌خورد. در قرآن کریم آیات فراوانی حکایت از این سیاست دارد؛ از قبیل: «همانا کسانی که دوست می‌دارند در میان اهل ایمان کار منکری اشاعه و شهرت یابد، آنها را در دنیا و آخرت عذابی دردناک خواهد بود و خدا می‌داند و شما نمی‌دانید» (نور، ۱۹). افشاء جرائم دیگران از مصادیق ترویج و اشاعه فساد است. از این جهت این امر ممنوع شده است؛ زیرا فرد با تجسس و متهم ساختن دیگران در واقع کثری‌ها را شهرت داده است و این از اموری است که به شدت تقبیح و مرتكبان آن به رنجی دردناک تهدید

۱. قدسی، سیدابراهیم؛ پورزین، علی، «تقد و بررسی ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی»، پژوهشنامه علوم انسانی و اجتماعی، شماره ۹ و ۱۰، ۱۳۸۲، ص. ۱۸۵.

۲. محمدی جورکویه، علی، «سیاست جنایی اسلام در جرائم جنسی»، حقوق اسلامی، شماره ۲۴، ۱۳۸۹، ص.

۳. رزم‌ساز، بابک، روش‌های پیشگیری از جرایم جنسی و خلاف عفت عمومی در سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران، تهران، مجد، ۱۳۹۳، ص. ۵۰؛ بالالوی، محمود، مجموعه قانون تعزیرات در نظم حقوقی کنونی، تهران، مجد، ۱۳۹۳، ص. ۴۹۳.

۴. ماده ۶۳۸ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی.

شده‌اند.<sup>۱</sup> در آیه دیگری سوءظن نسبت به دیگران و پرس و جو از نهانی‌های مردم مورد نهی شدید قرار گرفته است. «ای ایمان‌آورندگان از بسیاری از گمان‌ها پیرهیزید که برخی از آنها گناه است و تجسس و کاوش نکنید ...» (حجرات، ۱۲). نهی از تجسس را می‌توان به معنای ممنوعیت پیگیری و کشف لغزش‌های مردم دانست، چرا که تجسس به معنای پیگیری و تفحص از امور مردم است، اموری که مردم عنایت دارند پنهان بماند.

در اخبار و روایات متعدد نیز مضمون سیاست ستر عیوب و بزه‌پوشی از خود و دیگران در جامعه اسلامی آمده است و معصومین (ع) اقرار به گناه حتی در نزد امام و نیز تشویق دیگران به اقرار را نکوهش کرده‌اند و در عمل نیز از استماع اقرار اعراض می‌نموده‌اند. در مرفوعه<sup>۲</sup> احمد آمده است: «بسیار قبیح است که شخصی فحشاً را مرتکب شود، سپس با افشاری آن، خود را در میان مردم بی‌آبرو نماید، چرا چنین شخصی توبه نمی‌کند؟ به خدا قسم توبه او بین خود و خدایش برتر از اقامه حد از سوی من بر اوست». طبق این روایت، پرده‌پوشی موجب آن می‌گردد که قبیح ذاتی فحشاً محفوظ بماند و افراد مرتکب، فرستت یابند تا با تفکر، به زشتی عمل خود پی‌برند و عزم توبه و اصلاح خویش نمایند. در خبر أصیغ آمده که مردی نزد امیرالمؤمنین عليه‌السلام آمد و اقرار کرد: «من زنا کرده‌ام پاکم کن!» پس امام از او روی گردنده سپس فرمود: «بنشین!» و رو به جماعت کرد و فرمود: «چرا شخصی که مرتکب این سیئه شده است، عاجز از پوشاندن آن است؛ آن گونه که خداوند آن را پوشانده است؟»<sup>۳</sup> و به هزال در داستان ماعز فرمود: «اگر آن را با لباست می‌پوشاندی برای تو بهتر بود»<sup>۴</sup> و به خود ماعز فرمود: «شاید بوسیده‌ای یا در آغوش گرفته‌ای یا نظر انداخته‌ای.»<sup>۵</sup> امام با این بیان می‌خواهد او را ترغیب به عدم اقرار نماید و در خبر أبي العباس آمده است: «اگر بپوشاند سپس توبه نماید برای او بهتر است». حضرت رسول (ص) می‌فرمایند: «اگر تو در صدد پی‌جویی و کشف اسرار و یا لغزش‌های مردم باشی در این صورت آنان را به فساد کشانیده و یا به آن نزدیک ساخته‌ای».<sup>۶</sup> البته این سیاست عمومی مصون از

۱. صادقی، محمدهادی، گرایش کیفری سیاست جنبی اسلام، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۳، ص. ۱۶۰.

۲. به روایتی که بخشی از سلسله سند آن حذف شده است، مرفوعه می‌گویند.

۳. نجفی، محمدحسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴، ق، ص. ۳۰۷.

۴. عاملی، حمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹، ق، ص. ۳۸.

۵. نجفی، محمدحسن، منبع پیشین، ص. ۳۰۷.

۶. همان، ص. ۲۹۵.

۷. عاملی، حمد بن حسن، منبع پیشین، ص. ۳۲۸.

۸. بیهقی، ابی‌بکر احمد بن حسین بن علی، سنن بیهقی، بیروت، دارالعرفه، ۱۳۴۴، ق، ص. ۳۳۳.

تخصیص نبوده و در مواردی که ستر موجب مفسده‌ای باشد، اقامه کیفر امری واجب شمرده شده است. «ترک تعقیب و پوشاندن گناه دیگران مستحب است همان‌گونه که پوشاندن گناه خویش و توبه از آن مستحب است مگر آنکه پوشاندن، فسادی در برداشته باشد که در آن صورت گاهی تعقیب و پیگیری واجب است»؛<sup>۱</sup> اما همین امر نیز به موارد مشخصی اختصاص یافته است، که ذیلاً بیان می‌شود.

## ۱-۲. جرایم علنی

در روایات از جرایم علنی با واژه «تجاهر» یاد شده است. مراد از تجاهر، ارتکاب رفتار در انظار مردم است و جهر نزد دوستان و هم‌گروهی‌های مجرم نشانگر تجاهر وی نخواهد بود. در شریعت مقدس اسلام، نسبت به اثبات ارتکاب جرایم منافی عفت مقررات سختی وضع گردیده تا اثبات آنها به سهولت صورت نگیرد. برای مثال برای اثبات جرایم منافی عفت، چهار گواه لازم دانسته شده است. صاحب جواهر می‌فرماید: «گاه گفته می‌شود حکمت ثبوت زنا با چهار گواه این است که شارع می‌خواهد تا آنجا که ممکن است این گونه کارها مستور و پوشیده باشد و افراد به آسانی هتك نشوند».<sup>۲</sup> پوشاندن جرم تا جایی شایسته است که جرم خود پنهانی و در خفا رخ داده باشد. به همین جهت شیخ طوسی می‌فرماید: «هنگامی که گناه آشکار و ظاهر است، فایده‌ای در ترک تعقیب آن نیست»<sup>۳</sup> آثار سوء حاصل از انتشار جرم و نیز ضرورت واکنش مناسب با آن و هماهنگ با انتظارات عمومی - که ناشی از شیوع بزه‌کاری در جامعه است - تمایل به بزه‌پوشی و امکان آن را منتفی می‌سازد، زیرا اصرار بر عدم تعقیب جزایی در این موارد چه بسا احتمال قضاوت ناخواهایند را در پی‌داشته باشد که بر مبنای آن مجرمان، جدیت دستگاه عدالت جزایی را در مبارزه با بزه‌کاری مورد تردید قرار دهند و این قضاوت و برداشت نامناسب زمینه تحری بیشتر تبهکاران را فراهم سازد.<sup>۴</sup>

امام علی (ع) در خلال سفارش‌های خود به مالک می‌فرماید: «گناهی را که از تو پوشیده است برملا نساز؛ زیرا وظیفه تو تطهیر گناهی است که بر تو آشکار گردیده است و خداوند بر آنچه از تو پنهان است تو را محاکمه خواهد کرد. پس گناه دیگری را

۱. فاضل هندي، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإيهام عن قواعد الأحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علميه قم، ۱۴۱۶ق، ص. ۴۳۳.

۲. نجفي، محمدحسن، منبع پيشين، ص. ۱۵۵.

۳. طوسى، ابو جعفر، محمد بن حسن، المبسوط فى فقه الإمامية، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق، ص. ۱۷۸.

۴. صادقى، محمدهادى، گرایش کیفری سیاست جنایی اسلام، منبع پيشين، ص. ۱۷۰.

تا می‌توانی بپوشان».۱ در این دستورالعمل محدودیت دستگاه عدالت جزایی در جریان تعقیب و تحقیق جرایم به روشنی مشخص شده است.

## ۲-۲. حمایت از بزه‌دیده

انحصار بزه‌پوشی به حقوق‌الله و عدم جواز ستر در حقوق‌الناس امری اتفاقی میان فقهها است. به عبارت دیگر چنانچه پای حق دیگری در میان باشد نه تنها نسبت به آن چشم‌پوشی و مسامحه روا نیست بلکه قاضی موظف به کشف حقیقت و دفاع از حقوق خصوصی افراد است. ضرورت تأمین حقوق بزه‌دیده و ترمیم خسارات و زیان‌های او در حقوق اسلام مورد تأکید جدی قرار گرفته است و به همین دلیل دادخواهی و اظهار ستمی که بر او رفتته، از موارد جواز تجسس قلمداد شده است<sup>۲</sup> حتی اگر جرم ارتکابی در خفا رخ داده باشد. قرآن کریم می‌فرماید: «و همانا آنکه یاری جوید پس از آنکه بر او ستمی رفته است بر او هیچ مؤاخذه‌ای نیست» (شوری، ۴۱) و در جای دیگر می‌فرماید: «خداؤند دوست ندارد کسی با سخنان خود بدی‌ها را اظهار کند مگر آن کس که مورد ستم واقع شده باشد» (نساء، ۱۴۸). بنابراین در سیاست جنایی اسلام، همان‌طور که بر اصل بزه‌پوشی تأکید فراوان شده، بر اصل حمایت از بزه‌دیده و جبران تألفات روحی و خسارات مادی وی نیز تأکید بسیاری شده است و هرگاه اصل بزه‌پوشی با اصل حمایت از بزه‌دیده تزاحم کند، بنا بر قاعده، امری که فسادش بیشتر است توسط امری که فسادش کمتر است دفع می‌شود و بنابراین حرمت تجسس و ستر برداشته می‌شود.<sup>۳</sup> در همین راستا حاکم موظف است به طور مشروع و منطقی برای کشف حقیقت، تا آنجا که به احراق حق شاکی خصوصی بر می‌گردد تلاش کند. این به معنای آن است که شارع نقش مؤثر بزه‌دیده در دعواهای کیفری را به رسمیت می‌شناسد.<sup>۴</sup>

## ۲-۳. حمایت از حقوق جامعه

از جمله صلاحیت‌های قدرت سیاسی در نظام اسلامی، پیش‌بینی تدبیر و تنظیم قواعد و مقرراتی است که با هدف صیانت از شئونات حاکمیت، حفظ منافع عمومی و تنسیق روابط انسانی متناسب با تحولات و دگرگونی‌های اجتماعی تدوین می‌گردد. از این قواعد که خارج از تصریح نصوص شرعی است به عنوان احکام حکومتی یا احکام

۱. سیدرضا، محمد، نهج البلاغه، قم، مؤسسه نهج البلاغه، ۱۴۱۴، ق، ص. ۳۶۹.

۲. صادقی، محمدهدادی، گرایش کیفری سیاست جنایی اسلام، منبع پیشین.

۳. احمدی موحد، اصغر، ۱۳۸۶، «صلاحیت دادسرا و دادگاه در رسیدگی به جرایم منافی عفت»، نشریه پیام آموزش معاونت آموزش قوه قضائیه، شماره ۲۸، ص. ۴؛ توجهی، عبدالعلی؛ توکل‌پور، محمدهدادی، «وجوه تمایز زنا و تجاوز به عنف با تأکید بر شیوه اثبات»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۲.

۴. نوبهار، رحیم، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی: چشم‌اندازی اسلامی، منبع پیشین، ص. ۱۷۳.

سلطانی یاد می‌شود که از جمله حقوق حاکمیت است. در این موارد بزه‌پوشی و ترک تعقیب مجرمان می‌تواند موجبات تضییع حقوق عمومی را فراهم ساخته، مصالح جامعه اسلامی را زایل و پایه‌های حاکمیت را متزلزل نماید. از این رو حکومت به منظور تأمین منافع و مصالح عمومی در اتخاذ تدبیر بزه‌پوشی و یا تأکید بر تعقیب مجرم لازم است مناسب‌ترین اقدام را برگزیند.<sup>۱</sup> حقوق دانان و مؤلفان اسلامی در کتب و تألیفات خویش به مواردی از این مصالح غالب اشاره نمودند، مانند تعقیب جرم به منظور ریشه‌کنی و قلع ماده فساد<sup>۲</sup> و رد و منع متخلص از زشتی‌ها.<sup>۳</sup> از همین رو می‌توان گفت که استثنای سوم از سیاست بزه‌پوشی حمایت از حقوق جامعه است و لذا اگر ارتکاب جرایم منافی عفت ناقص حقوق عمومی و اجتماع باشد، موجبی برای چشم‌پوشی باقی نمی‌ماند، به عبارت دیگر در این شق از استثنای جرم یا جرایم جنسی اهداف شوم و گستره‌های علیه اجتماع دارد و از صرف ارتکاب توأم با نقض حقوق خصوصی پا فراتر نهاده است. به همین جهت چشم‌پوشی از آن نه تنها آثار مثبتی به همراه نخواهد داشت، بلکه موجب اشاعه فحشاً خواهد شد. ضرورت تعقیب و تحقیق در این موارد به جهت خطر بزرگی است که اجتماع را تهدید می‌نماید و لذا نجات جامعه خود هدف مستقلی است که در تقابل با بزه‌پوشی مورد توجه قرار می‌گیرد.

### ۳. رویکرد قانون آیین دادرسی کیفری

جرایم منافی عفت معمولاً<sup>۴</sup> با رضایت طرفین یا اطراف جرم رخ می‌دهد و به همین جهت هم معمولاً<sup>۵</sup> کسی خود را متضرر از جرم نمی‌داند و نه تنها شکایتی به دادگاه ارائه نمی‌کند، بلکه اغلب نفع وی در کتمان واقعه مجرمانه است.<sup>۶</sup> در همین راستا ماده ۱۰۲ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ بیان گر یکی از جلوه‌های عمدۀ سیاست بزه‌پوشی حقوق اسلامی است که عبارت است از منع تحقیق و تعقیب در جرایم منافی عفت. این امر در قوانین گذشته نیز سابقه دارد. تبصره ماده ۴۳ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸ مقرر می‌داشت: «تحقیق در جرایم منافی عفت ممنوع است مگر در مواردی که جرم مشهود باشد و یا دارای شاکی خصوصی بوده که در مورد اخیر توسط قاضی دادگاه انجام می‌گیرد» و تبصره ۳ ماده ۳ ق.اق.ت.د.ع.ا ۱۳۸۱ بیان می‌نمود: «پرونده‌هایی که موضوع آنها جرایم مشمول حد زنا و لواط است ... مستقیماً در دادگاه‌های مربوط مطرح می‌شود ...». با وجود این به نظر

- صادقی، محمد‌هادی، گرایش کیفری سیاست جنایی اسلام، منبع پیشین، ص. ۱۸۳.
- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، قم، دارالحکمه، ۱۳۷۰، ص. ۴۵.
- حسینی شیرازی، سیدمحمد، ایصال المطالب الی المکاسب، چاپ اول، تهران، منشورات الاعلمی، بی‌ثا، ص. ۱۰۱.
- Rahami; Mousavi; Hidari, Ali Marad, "Shanahat Jariyeh Badun Bazeideh", Nashr-e Madras-e Ilm-e Shom-e Ansanati, Shomareh ۳۷, ۱۳۸۳, ص. ۸۳.

می‌رسد ماده ۱۰۲ بیان جامع و مانع‌تری از این سیاست را به نمایش گذارده است. طبق ماده ۱۰۲ ق.آ.د.ک. ۹۲: «انجام هر گونه تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت منوع است و پرسش از هیچ فردی در این خصوص مجاز نیست، مگر در مواردی که جرم در مرئی و منظر عام واقع شده و یا دارای شاکی یا به عنف یا سازمان یافته باشد که در این صورت تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت و یا اوضاع و احوال مشهود توسط مقام قضایی انجام می‌شود».

با مقایسه مقررات قوانین گذشته و جدید آیین دادرسی کیفری در می‌یابیم که قانون‌گذار ایران منطبق بر سیاست جنایی اسلام، رویکرد بزه‌پوشی را در واکنش نسبت به جرایم منافی عفت اتخاذ کرده است؛ رویکردی که اگرچه بی‌سابقه نبوده اما نوآوری‌های آن، این رویکرد را به طور خاص در جرایم منافی عفت اصلاح و تکمیل نموده و آن را با رویکرد اسلامی همگام نموده است. نوآوری‌های مذکور در ادامه مورد اشاره قرار می‌گیرد.

### ۱-۳. اصل منوعیت تعقیب و تحقیق

تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت که غالباً با گسترش اخبار مربوط به آن همراه است حساسیت‌های عمومی را نسبت به این جرم در پی دارد. جریان تعقیب و تحقیق این جرایم بسترساز اشاعه و ترویج جرایم منافی عفت، عادی‌شدن این جرایم و کاهش رشتی فحشاً می‌گردد. خردانگاری بزه ناشی از احساس شیوع و فraigیری آن - هرچند با واکنش‌های مکرر کیفری همراه باشد - زمینه تزلزل نظام ارزشی جامعه و فروپاشی ضوابطی که تکیه‌گاه روابط اجتماعی است را فراهم می‌سازد.<sup>۱</sup> به همین جهت این جرایم تابع قاعده‌ای خاص که عبارت است از «منوعیت تعقیب و تحقیق» می‌باشند. جرایم بر اساس مواد ۱۰۳ و ۱۰۴ ق.م.ا به قابل گذشت و غیر قابل گذشت تقسیم می‌شود و اصل بر غیر قابل گذشت بودن است و قابل گذشت بودن نیازمند تصریح قانون‌گذار است و جرایم منافی عفت قابل گذشت محسوب نشده است. اما به نظر می‌رسد اصل غیر قابل گذشت بودن در جرایم، ناظر به غیر جرایم منافی عفت است و به بیان اصولی، اصل غیر قابل گذشت بودن، محکوم اصل ستر در این جرایم است و قاعده ستر حاکم بر اصل غیر قابل گذشت بودن در این جرایم می‌باشد. مؤید این استدلال آن است که اگرچه طبق قاعده در جرایم غیر قابل گذشت، دادستان بدون نیاز به شکایت شاکی و بر اساس اصل الزامی بودن تعقیب کیفری، در صورت اطلاع از وقوع جرم و کفایت ادله مکلف به تعقیب است؛ اما قانون‌گذار با توجه به آثار سوء اخلاقی که

۱. صادقی، محمدهادی، گرایش کیفری سیاست جنایی اسلام، منبع پیشین، ص. ۱۱۶.

فرایند تعقیب، تحقیق و اثبات این جرایم زمینه‌ساز بروز و ظهور آن می‌گردند به منوعیت تعقیب و تحقیق در این جرایم تصریح نموده است. تبصره ماده ۴۳ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸ با بیان عبارت «تحقیق در جرایم منافی عفت منوع است»، منوعیت را محدود به تحقیق نموده و نص ماده نسبت به منوعیت تعقیب، ساكت بود. اگرچه به زعم برخی<sup>۱</sup> منوعیت تحقیق، موجب منوعیت تعقیب خواهد بود اما چنین برداشت و تفسیری از منطق ماده بدون دلیل است. قانون گذار در ماده ۱۰۲ قانون آینه‌گذاری کیفری ۹۲ صراحتاً «اجام هر گونه تعقیب و تحقیق» را در جرایم منافی عفت توسط مقامات دادسرا منوع اعلام کرده است. حتی به عنوان تأکید در ادامه ماده اضافه نموده است: «پرسش از هیچ فردی در این خصوص مجاز نیست». این تصریح و تأکید مقتنجهت جلوگیری از اشاعه آن عمل شنیع مجرمانه است که می‌تواند آثار نامطلوبی در جامعه بر جای گذارد و بدیهی است که مطرح شدن چنین مواردی در دادسرا که بالطبع ضابطان و قضات متعددی در رسیدگی و اظهارنظر آن دخالت دارند خلاف خواست و نظر قانون گذار است. بنابراین طبق قانون جدید علاوه بر آنکه مقام تحقیق حق تحقیق در این جرایم را ندارد، دادستان هم نمی‌تواند تعقیب کیفری را به جریان اندازد.<sup>۲</sup>

### ۳-۲. استثناهای اصل منوعیت تعقیب و تحقیق

بر اساس تبصره ماده ۴۳ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸ اصل منوعیت تجسس در جرایم منافی عفت با دو استثنا رویه رو می‌گردید: مواردی که جرم، مشهود یا دارای شاکی خصوصی باشد. این دو استثنا در ماده ۱۰۲ ق.آ.د.ک ۹۲ به مواردی که «جرائم در مرئی و منظر عام واقع شود و یا دارای شاکی یا به عنف یا سازمان یافته باشد» تغییر نمود. اگرچه در بادی امر به نظر می‌رسد که جرم مشهود و جرم ارتکاب یافته در مرئی و منظر علی‌رغم دو بیان مختلف، محتوا و مفهوم واحدی دارند؛ اما با توجه به ماده ۲۱ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸<sup>۳</sup>

۱. حدادزاده نیری، محمدرضا، «تحقیق در جرایم منافی عفت»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۷، ۱۳۸۸، ص. ۱۱۸.

۲. خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آینه‌گذاری کیفری، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های شهر دانش، ۱۳۹۳، ص. ۱۰۵.

۳. مطابق این ماده، جرم در موارد زیر مشهود محسوب می‌شود: ۱- جرمی که در مرئی و منظر ضایعین دادگستری واقع شده و یا بالاصله مأمورین یادشده در محل وقوع جرم حضور یافته یا آثار جرم را بالاصله پس از وقوع مشاهده کنند. ۲- در صورتی که دو نفر یا بیشتر که ناظر وقوع جرم بوده‌اند و یا مجنی‌علیه بالاصله پس از وقوع جرم شخص معینی را مرتكب جرم معرفی نماید. ۳- بالاصله پس از وقوع جرم علائم و آثار واضحه یا اسباب و دلایل جرم در تصرف متهم یافت شود یا تعلق اسباب و دلایل یادشده به متهم محرز شود. ۴- در صورتی که متهم بالاصله پس از وقوع جرم قصد فرار داشته یا در حال فرار یا فوری پس از آن دستگیر شود. ۵- در مواردی که صاحب خانه بالاصله پس از وقوع جرم ورود مأمورین را به خانه خود تقاضا نماید. ۶- وقتی متهم ولگرد باشد.

که در مقام بیان مصاديق جرایم مشهود بود، به این نتیجه می‌رسیم که منظور قانون سابق از جرم مشهود منحصر به موردی که جرمی در مرئی و منظر عمومی واقع شده باشد، نیست. بلکه مصاديق متعدد دیگری را در بر می‌گیرد که به هیچ وجه ویژگی علني بودن را ندارند. مراد از مرئی و منظر عام در ماده ۱۰۲ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ نیز اصطلاح «جرائم مشهود» نیست. «مشهود» دارای دو معنای لغوی و اصطلاحی است. در معنای لغوی واژه مشهود به معنای در مرئی و منظر است.<sup>۱</sup> مرئی و منظر نیز ممکن است مرئی و منظر عام باشد یا مرئی و منظر خاص. ماده ۱۰۲ قسم اول را مراد نموده است که به نظر می‌آید با آموزه‌های شرعی هم خوانی دارد. بنابراین افرادی که با ارتکاب جرم منافی عفت در انتظار عمومی در حفظ کرامت و شأن خویش بی‌مبالغات باشند، تعقیب و تحقیق نسبت به آنها ممنوعیتی نخواهد داشت و بدیهی است که با انتفاء ستر، دلایل حرمت نیز منتفی می‌گردد. در حالی که تبصره ماده ۴۳ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸ که عبارت جرم مشهود را به کار برد بود، معنای اصطلاحی آن - که موارد احصایی در ماده ۲۱ همان قانون است و دامنه‌ای گسترده‌تر از جرایم ارتکابی در مرئی و منظر عام دارد - را مدنظر قرار داده بود. این تفاوت در کاربرد واژگان، آثار حقوقی متفاوتی را در پی دارد؛ زیرا واژه «مشهود» اولاً دامنه استثنایات تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت را می‌گستراند و همچنین از آنجایی که قانون گذار اختیارات فراوانی را برای ضابطین در جرایم مشهود در نظر گرفته است، طبعاً جرایم مربوط به منافی عفت نیز مشمول این اختیارات قرار می‌گرفتند.<sup>۲</sup> بنابراین وقتی در ماده ۱۰۲ از عبارت جرم در مرئی و منظر استفاده شده است، اختیارات گسترده ضابطین در جرایم منافی عفت نیز تنها به همین مورد محدود می‌گردد و سایر موارد جرم مشهود منافی عفت در ذیل اصل ممنوعیت تعقیب و تحقیق باقی می‌ماند. در نتیجه جرم منافی عفتی که به صورت علني واقع شود و به موجب هر یک از طرق ماده ۶۴ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ کشف شود صلاحیت تعقیب و تحقیق را به دنبال دارد.

استثنای دوم ممنوعیت تعقیب و تحقیق، وجود شاکی است. شاکی، شخصی است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان می‌گردد و تعقیب مرتكب را درخواست می‌نماید.<sup>۳</sup> در جرایم منافی عفت، علاوه بر بزهديه مستقيمه جرم، ممکن است افراد دیگری متحمل

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد سوم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۳، ص. ۸۹۴.

۲. معاونت آموزش قوه قضائیه، مجموعه نشستهای قضائی مسائل قانون مجازات اسلامی، جلد ۲، تهران، انتشارات جاودانه، ۱۳۸۷، ص. ۸۰۸.

۳. جهات قانونی شروع به تعقیب به موجب ماده ۶۴ به شرح زیر است: (الف) شکایت شاکی یا مدعی خصوصی؛ (ب) اعلام و اخبار ضابطین دادگستری، مقامات رسمی یا اشخاص موثق و مطمئن؛ (پ) وقوع جرم مشهود در برابر دادستان یا بازپرس؛ (ت) اظهار و اقرار متهم؛ (ث) اطلاع دادستان از وقوع جرم به طرق قانونی دیگر.

۴. ماده ۱۰ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲

آسیب حیثیتی شوند. بنابراین در صورتی که مرد یا زنی به خاطر ارتباط نامشروع همسرش با شخص دیگر، طرح شکایت کند، به این دلیل که متحمل ضرر و زیان شده است می‌تواند در تعریف «شاکی» قرار گیرد. قدر متین اینکه غیر از شخصی که عمل منافی عفت نسبت به او واقع شده (بزه‌دیده مستقیم) افراد دیگری هستند که می‌توانند به عنوان شاکی خصوصی مطرح باشند.<sup>۱</sup> بنابراین با توجه به این استثنای تعقیب و تحقیق نسبت به جرم منافی عفت با شکایت شاکی آغاز می‌گردد.

ماده ۱۰۲ ق.آ.د.ک جدید دامنه استثنایات اصل منوعیت تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت را به «عنف» و «سازمان‌باقته» نیز گسترش داده است. عنف در لغت به معنی درشتی و سختی، ضد رفق و مدارا است.<sup>۲</sup> برخی از مؤلفان، عدم رضایت بزه‌دیده را از عناصر عنف دانسته‌اند.<sup>۳</sup> قوانین موجود عنف را تعریف ننموده‌اند. تعبیر عنف که در قانون مورد اشاره قرار گرفته، در متون فقهی وجود ندارد و در نصوص واردہ و عبارات فقهی عناوینی چون «غضب فرج»، «مکابرہ» و «اکراه» به کار رفته است.<sup>۴</sup> با این وجود معنای عرفی عنف از معنای لغوی و مفهوم فقهی آن دور نیست و رویه قضایی هم مؤید این امر است.<sup>۵</sup>

تبصره ۲ ماده ۲۲۴ ق.م.۹۲ مواردی را در حکم عنف قرار داده است. تبصره مذکور مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی با زنی که راضی به زنای با او نباشد در حال بیهوشی، خواب یا مستی زنا کند رفتار او در حکم زنای به عنف است. در زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ یا از طریق ربایش، تهدید و یا ترساندن زن اگرچه موجب تسليیم شدن او شود نیز حکم فوق جاری است». به نظر می‌رسد مفهوم عنف در ماده ۱۰۲ تمام مصاديق مذکور را در بر می‌گیرد. بنابراین قانون‌گذار در صدد بوده است تا جرایم منافی عفتی که به عنف رخ داده اما شاکی به هر دلیلی حاضر به مطرح کردن شکایت نمی‌باشد را نیز مشمول استثنای نماید. ممکن است اشکال شود که افزودن این استثنای به معنای دلالت در حریم خصوصی بزه‌دیده‌ای است که به هر دلیلی تمایل ندارد برای تظلم خواهی و ترمیم حقوق از دست رفته‌اش به دستگاه قضایی مراجعه نماید. بنابراین جرم ارتکابی در محدوده حقوق‌الله باقی می‌ماند و نباید از شمول اصل بزه‌پوشی و منوعیت تجسس خارج گردد.

۱. حدادزاده نیری، محمدرضا، منبع پیشین، ص. ۹.

۲. دهخدا، علی‌اکبر، لغتنامه، جلد دهم، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۳، ص. ۱۴۴۷۲.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸، ص. ۲۶۷۴.

۴. مرحوم شیخ کلینی در کتاب الکافی بای را ذکر کرده است به نام «باب الرجل بغتصب المرأة فرجها»، مرحوم

شیخ مفید می‌فرماید: «من غصب امرأة على نفسها وطئها مكرها لها ضربت عنقه محصناً كان أو غير محصن».

۵. نظریات ۷/۴۰۲-۱۳۸۱/۳-۴۰۲ و ۷/۲۹۵۳-۱۴-۱۳۸۳/۴ اداره کل حقوقی قوه قضائیه.

در پاسخ می‌توان گفت که تجاوز به عنف بعد از آنکه تعدی به حریم مجنی‌علیه است، تجاوز به کلیت جامعه است. بنابراین در صورت عدم شکایت شاکی، دادستان موظف است با حفظ حق بزه‌دیده بر ناشناخته بودن، جنبه عمومی جرم را پیگیری کند.

نکته دیگری که نسبت به این قسمت از ماده می‌توان گفت آن است که در همه جای قانون مجازات اسلامی هر جا صحبت از جرم منافی عفت به عنف است، اکراه هم مشمول همان حکم قرار گرفته است؛ اما روش نیست چرا قانون آیین دادرسی کیفری آن را مورد غفلت قرار داده است. در پاسخ می‌توان مدعی شد که اکراه هم یکی از مصاديق عنف است و رویه قضایی نیز مؤید آن است.<sup>۱</sup>

استثنای دیگری که ماده مذکور مقرر نموده است، ارتکاب جرم منافی عفت به صورت سازمان‌یافته است. در قوانین ما جرایم و گروههای سازمان‌یافته تعریف نشده‌اند. در بیان حقوق دانان جرم سازمان‌یافته عبارت از فعالیت‌های غیرقانونی و هماهنگ گروهی منسجم از اشخاص است که با تبانی با هم و برای تحصیل منافع مادی و قدرت، به ارتکاب مستمر اعمال مجرمانه شدید می‌پردازند و برای رسیدن به هدف از هر نوع ابزار مجرمانه نیز استفاده می‌کنند.<sup>۲</sup> مهم‌ترین ویژگی جرایم سازمان‌یافته «شدت جرم» است. جرایم مذکور ممکن است به صورت داخلی و یا فرامملی ارتکاب یابد. سازمان‌ها و گروههای مرتكب جرایم سازمان‌یافته نیز برخوردار از ویژگی‌هایی چون غیر ایدئولوژیک بودن سازمان یا گروه مجرمانه، وجود سلسله مراتب، استمرار در طول زمان، ارتکاب فساد اداری و استفاده از ارعاب و خشونت هستند. بنابراین به نظر می‌رسد که کیفیت ارتکاب (به صورت سازمان‌یافته) جرم را از شکل نخستین آن در تمام ابعاد خارج ساخته و اصل تست در جرایم منافی عفت را تحت الشعاع قرار داده است. به همین جهت قانون‌گذار در این ماده جرایم منافی عفت سازمان‌یافته را در عداد مستثنیات قرار داده است. گروههای سازمان‌یافته به دلیل توانایی مالی، انسانی و شگردهای پیچیده برای نیل به اهداف مجرمانه خود، نظامهای سیاسی و جامعه بین‌المللی را در معرض نالمی و مخاطره قرار داده و آثار زیان‌بار شدیدی بر فرهنگ، اخلاق، اقتصاد و امنیت یک جامعه بر جای می‌گذارند.<sup>۳</sup> جرایم منافی عفت سازمان‌یافته از نظر ماهیت، شدت، انگیزه، اهداف و تشکیلات سازمانی با سایر جرایم منافی عفت متفاوت

۱. آیت‌الله مفید رئیس دیوان عالی کشور در جلسه پرونده اصراری ردیف ۸۶/۳۴ اظهار داشته است: «تباید حتماً دست و پای کسی را بینندن و سروصدایش بلند شود و با کتک کاری مرتكب عمل قبیح شوند. امام خمینی در تحریرالوسیله می‌فرماید عنف همان عدم رضاست؛ یعنی همان کراحت است.»

۲. شمس ناتری، محمد ابراهیم، «جرایم سازمان‌یافته»، مجله فقه و حقوق، شماره ۱، ۱۳۸۳، ص. ۱۱۱؛ حبیب‌زاده، محمد جعفر؛ شمس ناتری، محمدمابراهیم؛ نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، «جرائم سازمان‌یافته در

جرم‌شناسی و حقوق جزا»، مدرس علوم انسانی، شماره ۱۷، ۱۳۷۹، ص. ۳.

۳. شمس ناتری، محمد ابراهیم، منبع پیشین، صص. ۱۱۲-۱۱۴.

هستند. آثار مخرب و گسترده این نوع جرایم نسبت به اجتماع، باعث می‌گردد که بزه‌پوشی نسبت به آنها کنار گذاشته شود و نجات جامعه به عنوان یک هدف مستقل و برتر در مقابل بزه‌پوشی قرار گیرد. به علاوه در این شکل از جرایم، سیاست جنایی کشورها همواره مبتنی بر شدت و سختگیری است. جرم سازمان‌یافته به عنوان شکلی از تبهکاری باید از دیگر مظاهر مجرمانه‌ای که به وسیله گروههایی صورت می‌گیرد که صرفاً عملیات مجرمانه خود را سازماندهی می‌کنند، متمایز گردد.<sup>۲۱</sup>

### ۳-۳. مقام تعقیب و تحقیق در استثنائات

علی‌رغم مجوز قانون‌گذار برای امکان تعقیب و تحقیق در مواردی که جرم منافی عفت در مرئی و منظر عام واقع شود و یا دارای شاکی یا به عنف یا سازمان‌یافته باشد، همواره اجرای اصل بزه‌پوشی مورد تأکید است؛ بنابراین در تعقیب و تحقیق موارد استثنای نیز باید به اصل، وفادار بود. در همین راستا قانون‌گذار در ماده ۱۰۲ امر تعقیب و تحقیق را به مقامات دادسرا که وظیفه تعقیب و تحقیق را در تمامی جرایم بر عهده دارند نسپرده است؛ زیرا از تبعات فاسد تعقیب و تحقیق دادسرا، ورود بسیاری از مقامات و ضابطان قضایی در امور خصوصی شهروندان است. به موجب تبصره ماده ۴۳ ق.آ.د.ک. ۱۳۷۸، دادسرا در جرایم منافی عفت مشهود یا دارای شاکی خصوصی، مکلف به تحقیق می‌گردید. «جرائم منافی عفت» در ماده فوق با عبارت موجود در تبصره ماده ۳ ق.اق.ت.د.ع.ا ۱۳۸۱ که بیان می‌داشت: «پروندهایی که موضوع آنها جرایم مشمول حد زنا و لواط است ... مستقیماً در دادگاه‌های مربوط مطرح می‌شود» تخصیص خورده و بنابراین از تاریخ تصویب این قانون، دادسرا هنگامی که در حیطه جرایم منافی عفت با شکایت خصوصی و یا جرم مشهود روبه‌رو می‌گردید، در صورتی که موضوع جرم، زنا و لواط بود پرونده را مستقیماً به دادگاه ارجاع و در سایر جرایم منافی عفت اقدام به تحقیق می‌نمود و همچون روال سایر پرونده‌ها، در صورت صدور قرار مجرمیت و کیفرخواست پرونده را به دادگاه می‌فرستاد.<sup>۲۲</sup>

اما همان طور که گذشت، طبق قانون آینین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، دادسرا حق هیچ‌گونه ورود و اقدامی در جرایم منافی عفت ندارد.<sup>۲۳</sup> از این رو قانون‌گذار صراحةً در

۱. تبصره ۱ ماده ۱۳۰ ق.م.ا ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «گروه مجرمانه عبارت است از گروه نسبتاً منسجم متشكل از سه نفر یا بیشتر که برای ارتکاب جرم تشکیل می‌شود یا پس از تشکیل، هدف آن برای ارتکاب جرم منحرف می‌گردد».

۲. بسیونی، محمدشیریف؛ وتر، ادوارد، «درآمدی بر درک جرم سازمان‌یافته و مظاهر فرامی آن»، ترجمه محمد ابراهیم شمس ناتری، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۴، ۱۳۸۰، ص. ۲.

۳. خالقی، علی، آینین دادرسی کیفری، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های شهر دانش، تهران، ۱۳۹۱، صص. ۱۵۸-۱۶۰.

۴. با توجه به اینکه دایر کردن مرکز فساد و فحشا موضوع ماده ۶۳۹ ق.م.ا ۱۳۷۵، متفاوت از جرائم منافی عفت مذکور در تبصره ماده ۴۳ قانون آینین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ است (ماده ۱۰۲ قانون دادرسی کیفری

ماده ۳۰۶ مقرر نموده است: «به جرایم منافی عفت به طور مستقیم، در دادگاه صالح رسیدگی می‌شود». لذا منظور از مقام قضایی در ماده ۱۰۲ منحصر به قاضی دادگاه است.<sup>۱</sup> بنابراین چنانچه جرم منافی عفتی در ملأ عام رخ داده یا شاکی وجود داشته یا به صورت عنف یا سازمان یافته رخ دهد، قاضی دادگاه رأساً اقدامات لازم را در زمینه تعقیب و تحقیق به اجرا گذاشته و سپس به محکمه اقدام می‌نماید و در غیر این صورت پرونده بایگانی خواهد شد.

منظور از رسیدگی «به طور مستقیم»، «مراجهه مستقیم» شاکی یا ارسال مستقیم گزارش وقوع جرم از سوی ضابطان به دادگاه نیست، بلکه اصولاً شاکی باید شکایت خود را به دادستان تقدیم نماید و ضابطان نیز پس از اطلاع از وقوع جرم آن را به دادستان اعلام کنند.<sup>۲</sup> تشخیص مصادیق طرح مستقیم پرونده در دادگاه امری تخصصی است که نباید به ضابطان و مراجعان دادگستری واگذار گردد. بنابراین دادسرا باید همه شکایات و گزارش‌ها را دریافت نموده و در صورت تشخیص انتباط اتهام با موارد فوق بدون هیچ اقدام تعقیبی یا تحقیقی، پرونده را مستقیماً به دادگاه ارسال کند.<sup>۳</sup>

پرسشی که ممکن است به ذهن آید آن است که در صورت ارتکاب توأمان جرایم منافی عفت با جرم یا جرایم دیگر، مسئولیت تعقیب و تحقیق با چه مقامی است. به موجب تبصره ۳ ماده ۳ ق.ا.ق.ت.د.ع.ا. ۱۳۸۱ «پرونده‌هایی که موضوع آنها جرایم مشمول حد زنا و لواط است ... مستقیماً در دادگاه‌های مربوط مطرح می‌شود، مگر آنکه به تشخیص دادستان تحقیقات راجع به سایر جهات ضرورت داشته باشد». بنابراین تکلیف دادسرا در مواجهه با پرونده‌های زنا و لواط، ارسال مستقیم پرونده به دادگاه بود. تنها موردی که در پرونده‌های زنا و لواط دادسرا می‌توانست وارد تحقیقات مقدماتی

← (۱۳۹۲)، هر چند ممکن است دائر کردن مرکز فساد و فحشاء منجر به جرائم منافی عفت نیز گردد، مع الوصف با اعلام وقوع بزه مورد بحث (دایر کردن مرکز فساد و فحشاء) و منکی بودن این اعلام و اخبار به اطلاعات قابل وثوق، لازم است دستورات مقتضی در زمینه کشف قضیه، صادر و بر اساس آن، اقدامات بعدی جهت تعقیب انجام شود. (نظریه مشورتی ۷/۹۴/۴۸۴ مورخ ۷/۹۴/۲۲۷)

۱. در تأیید این دیدگاه، نظریه مشورتی ۷/۹۴/۱۳۵۰ مورخ ۷/۹۴/۱۳۵۰ بیان می‌دارد: «جرائم منافی عفت در تبصره ۳۰۶ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ به صراحت مشخص شده و ماده ۱۰۲ قانون مذکور نیز در مقام بیان حکم شرعی، ممنوعیت تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت است و منظور از مقام قضایی در ماده ۱۰۲ با توجه به ماده ۳۰۶ قانون مورد بحث که مقرر داشته «به جرایم منافی عفت به طور مستقیم در دادگاه صالح رسیدگی می‌شود» و استثنایی هم به این امور قائل نشده است، این نیست که مقامات قضایی دادسرا در این موارد مجاز به تحقیق در جرایم منافی عفت باشند و ماده ۱۰۲ قانون مذکور، مخصوص ماده ۳۰۶ قانون مذکور نیست؛ لذا تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت در موارد مذکور در ماده ۱۰۲ صرفاً به عهده دادگاه است».

۲. مواد ۴۴ و ۶۹ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲.

۳. خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، چاپ چهارم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های شهر دانش، ۱۳۹۴، ص. ۳۱۴.

شود در قسمت اخیر تبصره فوق بیان گردیده بود و آن موردی است که به تشخیص دادستان، تحقیقات راجع به سایر جهات ضرورت داشته باشد مثل اینکه ارتکاب زنا یا لواط توأم با جرایم دیگری نظیر آدمربایی، ضرب و جرح و ... باشد که در این صورت دادستان جایز به انجام تحقیقات در جرایم منافی عفت زنا و لواط می‌گردید.<sup>۱</sup> پذیرش چنین حقی برای دادستان برای تشخیص موارد ضرورت تحقیق در قانون ۱۳۸۱ تابع این فرض پذیرفته شده بود که تعقیب این جرایم برخلاف تحقیق بر عهده دادسراس است و لذا اگر دادستان در ضمن تعقیب این جرم، با جرم یا جرایم دیگری روبرو می‌گردید، می‌توانست در صورت تشخیص ضرورت، تحقیقات را خود انجام داده و یا به بازپرس محول نماید. اما به دلیل ممنوعیت تعقیب این جرایم در قانون ۱۳۹۲ دادستان به محض روبرو شدن با این جرایم بدون هیچ مداخله‌ای باید مستقیماً پرونده را به دادگاه ارسال دارد و حق ندارد در مورد تعقیب یا عدم آن تصمیم بگیرد. به عبارت دیگر قانون اجازه نداده است که به بهانه ارتکاب جرم منافی عفت همراه با جرم یا جرایم دیگر، اصل ممنوعیت تعقیب و تحقیق دادسرا تخصیص بخورد. پس این قاضی است که در مورد تمام جهات جرم منافی عفت تحقیق به عمل می‌آورد. البته به نظر می‌رسد قاضی این اختیار را دارد تا در صورتی که انجام تحقیق در سایر جهات، موجب افسای جرم منافی عفت نگردد، آن را به دادسرا بسپرد.

#### ۴-۳. محدودیت‌های مقام تعقیب و تحقیق در تحصیل دلیل

قانون گذار در ماده ۱۰۲ صرفاً به ممنوعیت مقامات دادسرا در امر تعقیب و تحقیق و محدود نمودن استثنایات اصل ممنوعیت تجسس اکتفا نکرده و ضمن ایجاد تکلیف برای قاضی دادگاه مبنی بر تعقیب و تحقیق جرایم منافی عفتی که شاکی خصوصی داشته یا در مرئی و منظر عام یا به صورت عنف و یا سازمان یافته واقع شده است، محدودیت دیگری نیز مقرر نموده است که بر اساس آن قاضی دادگاه در امر تعقیب و تحقیق دارای اختیارات تام نیست. بلکه باید «تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت و اوضاع و احوال مشهود انجام شود». این بیان دقیق و طریف که در قوانین گذشته سابقه نداشته، ناظر بر آن است که قاضی حق ورود به حریم خصوصی متهم را بیش از محدوده‌ای که قانون اجازه داده است (محدوده شکایت و اوضاع و احوال مشهود) ندارد. زیرا این اقدام خروج از اصل ممنوعیت تجسس است و خروج از اصل نیازمند دلیل است که در اینجا چنین دلیلی وجود ندارد. قانون گذار به بیان این محدودیت به عنوان یک قانون ارشادی اکتفا نکرده، بلکه در ماده ۱۰۶ همین قانون تخلف از ماده ۱۰۲ را موجب

۱. مصلایی، علیرضا، «جرائم در صلاحیت مستقیم دادگاه و تکلیف دادسرا»، تعالیٰ حقوق، شماره ۷، ۱۳۸۹، ص. ۵

محکومیت انتظامی تا درجه چهار<sup>۱</sup> دانسته است. وجود این ضمانت اجرا نشان از جدیت قانون گذار در اجتناب از تجسس و مداخله در حریم خصوصی و احترام به کرامت، شرافت و آبروی انسانی شهروندان است. ماده ۲۴۱ ق.م.ا در راستای تأکید و استوار نمودن این محدودیت قاضی با عباراتی روش‌تر مراد مقنن از قسمت اخیر ماده ۱۰۲ را این طور بیان نموده است: «در صورت نبود ادله اثبات قانونی بر وقوع جرایم منافی عفت و انکار متهم هر گونه تحقیق و بازجویی جهت کشف امور پنهان و مستور از انتظار منوع است...» به این ترتیب به صرف انکار متهم و فقد ادله قانونی،<sup>۲</sup> انجام هر گونه تحقیق جهت کشف و اثبات، فاقد وجاهت قانونی است. بنابراین اگر جرم منافی عفتی مجاز و رود به دستگاه عدالت کیفری را یافت امکان اثبات به هر طریقی برای آن موجود نبوده و تنها در صورتی که ادله مثبته قانونی وجود داشته باشد، حکم محکومیت صادر می‌گردد. این عبارت نشان می‌دهد که سیاست بزه‌پوشی نه تنها در مراحل تعقیب و تحقیق بلکه در جریان محاکمه هم لازم‌الرعایه است. قانون گذار در عبارت انتهایی ماده اخیر برای جلوگیری از سوءاستفاده متهمان از فقدان ادله شرعی و رعایت حقوق بزه‌دیده، مجاز تحقیق در امور پنهانی را در موارد معین «عنف»، «کراه»، «آزار»، «ربایش»، «اغفال» یا «موارد در حکم عنف» صادر نموده است.

محدودیت دیگر در زمینه تحصیل دلیل مرتبط با «اقرار» است. اهمیت اقرار در امور حقوقی به حدی است که علمای حقوق آن را ملکه دلایل می‌نامند و همیشه در دعاوی به عنوان مهم‌ترین دلیل به آن استناد می‌شود.<sup>۳</sup> اما مبنای اساس رویکرد قانون جدید آیین دادرسی کیفری نسبت به جرایم منافی عفت آن است که تا جایی که ممکن است سیستم عدالت کیفری وارد این محدوده نگردد. تبصره ۱ ماده ۱۰۲ در راستای تکمیل اصل بزه‌پوشی مقرر می‌دارد: «در جرایم منافی عفت هر گاه شاکی وجود نداشته باشد و متهم بدو اقصد اقرار داشته باشد، قاضی وی را توصیه به پوشاندن جرم و عدم اقرار می‌کند». از عبارت «شاکی وجود نداشته باشد» برداشت می‌شود که اگر جرم

۱. مجازات‌های انتظامی قضات بر اساس قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰/۷/۱۷ درجه است که درجات یک تا چهار آن عبارتند از: ۱- توبیخ کتبی بدون درج در سابقه خدمتی ۲- توبیخ کتبی با درج در سابقه خدمتی ۳- کسر حقوق ماهانه تا یک سوم از یک ماه تا شش ماه ۴- کسر حقوق ماهانه تا یک سوم از شش ماه تا یک سال.

۲. جرایم منافی عفت از نظام ادله قانونی تبعیت می‌نمایند. در این نوع نظام، نوع، تعداد و میزان ادله مورد لزوم برای اثبات هر جرم از قبل توسط مقنن تعیین شده است و فرازوی قاضی قرار می‌گیرد. لذا قاضی به محض تحصیل ادله قانونی مکلف به صدور حکم محکومیت متهم است. در نظام مزبور، اولاً قاضی نمی‌تواند برای اثبات جرم به وسائل، ادله، شواهد و یا قرائتی جز آنچه که قانون گذار پیش‌بینی و مقرر کرده است، متولّ شود. ثانیاً حق ارزیابی و سنجش ادله و اثبات آنها را با ایمان و اعتقاد درونی با قناعت وجدانی خود ندارد (جوانمرد، بهروز، فرایند دادرسی در حقوق کیفری ایران، تهران، انتشارات بهنامی، تهران، ۱۳۸۸، ص ۳۹۶).

۳. زارع شعار، حسین، «اقرار کیفری در حقوق ایران»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲، ۱۳۸۶، ص. ۱.

۱. بندت ماده ۶۴ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲
۲. اصل ۱۶۵ ق.ا و ماده ۳۵۲ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲

منافی عفتی دارای شاکی باشد، در مرئی و منظر عام رخ دهد، به صورت عنف یا سازمان یافته باشد، وجود اقرار متهم از جهات قانونی تعقیب<sup>۱</sup> و از دلایل مثبته خواهد بود. به هر حال هدف قانون گذار آن نیست که به هر طریقی جرایم منافی عفت کشف، رسیدگی و محاکمه شود بلکه در جایی که مصلحت اقتضا نماید، نظام عدالت کیفری در آن مداخله می‌نماید.

### ۳-۵. جایگاه سازمان های مردم نهاد در فرایند تعقیب و تحقیق

قانون آینه دادرسی کیفری در پی تحولات بزه‌دیده‌شناسی حمایتی که دغدغه آن بهتر ساختن شرایط بزه‌دیده است، به برخی سازمان های مردم نهاد اجازه اعلام جرم و شرکت در مراحل دادرسی را نسبت به جرایمی که در حیطه موضوع، فعالیت و اساسنامه آنها رخ می‌دهد، داده است. بر اساس ماده ۶۶ این سازمان ها از آن جهت که خود بزه‌دیده نیستند، نمی‌توانند به عنوان شاکی تقاضای تعقیب نمایند بلکه موقعیت اعلام کننده جرم را دارند. برخی معتقدند ماده فوق، جایگاه سازمان های مردم نهاد را از اعلام کننده صرف ارتقا بخشیده است. سازمان های مردم نهاد در پی اعلام جرم، حق شرکت در تمام مراحل دادرسی را نیز دارند. شرکت در تمام مراحل دادرسی مستلزم آن است که سازمان مربوطه حق معرفی نماینده جهت حضور در دادسرا و دادگاه، حق دریافت احضارنامه برای شرکت در جلسات، حق اظهارنظر و حق ارائه دلیل در مرجع قضایی داشته باشد؛ اما حمایت سازمان های مربوطه در جرایم منافی عفت محدود به اعلام جرم و ارائه دلیل گردیده است و از حق حضور در جلسات رسیدگی محروم هستند. عدم امکان حضور در جلسات رسیدگی در جهت عدم انتشار و اشاعه جریان دادگاه، غیرعلنی بودن<sup>۲</sup> و در نتیجه بزه‌پوشی نسبت به این جرایم است. اگر جرم منافی عفت دارای بزه‌دیده خاص باشد (اعم از آنکه جرم مربوطه در مرئی و منظر عام، به عنف یا سازمان یافته رخ داده باشد و یا شاکی داشته باشد) ارائه دلیل از سوی سازمان حامی بزه‌دیده باید با کسب رضایت وی انجام شود.

## نتیجه‌گیری

بزه‌پوشی و جلوگیری از افشاء جرم، از اصول مبنایی و از سیاست‌های موردن پذیرش سیاست جنایی اسلام بهویژه در حیطه جرایم منافی عفت به شمار می‌رود. قانون‌گذار ایران در سال ۱۳۹۲ با اتخاذ سیاست فوق در قالب سازوکار «ممنوعیت تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت» در قانون آیین دادرسی کیفری تلاش نموده مانع از اشاعه فحشاء و آثار سوء آن گردد؛ زیرا شیوع اتهام در این موارد بیش از اصل اتهام مفسده‌آور است. جرم منافی عفت عبارت است از «هر گونه رفتار جسمی و فیزیکی خارج از محدوده نکاح میان دو یا چند فرد که ناشی از غریزه جنسی باشد، خواه این التذاذ جنسی برای هر دو یا برای یکی از دو طرف باشد.» بنابراین جرم منافی عفت جرمی است که در بر دارنده همه این ارکان باشد. جرایم دیگری که حول محور این جرایم رخ می‌دهند از جمله قوادی، برهنه ظاهر شدن در علن، به نمایش گذاردن نوشته‌ها و تصاویر خلاف عفت و اخلاق عمومی و جرایمی از این قبیل در تعریف فوق نمی‌گنجد و فرایند رسیدگی به آن مانند سایر جرایم است. جرم منافی عفت در صورت وجود یکی از دو شرط ذیل از شمول اصل «ممنوعیت تعقیب و تحقیق» خارج می‌گردد. شرط نخست مرتبط با کیفیت ارتکاب جرم است؛ با این توضیح که هرگاه جرم منافی عفت در «مرئی و منظر عام» واقع شود یا به «عنف» یا «سازمان‌یافته» باشد، قابلیت تعقیب و تحقیق پیدا می‌کند. شرط دوم مرتبط با کیفیت کشف جرم است؛ جرم منافی عفتی که با شکایت شاکی کشف شود، مشمول مستثنیات ممنوعیت تعقیب و تحقیق می‌گردد. قانون‌گذار علی‌رغم ایجاد استثنائاتی بر اصل «ممنوعیت تعقیب و تحقیق» در جرایم منافی عفت، تلاش نموده تا حد ممکن به اصل بزه‌پوشی پایبند بماند. به همین دلیل محدودیت‌هایی را از جهت «مقام تعقیب و تحقیق» و «کیفیت تعقیب، تحقیق و رسیدگی» در فرایند رسیدگی به جرایم منافی عفت مقرر نموده است. در جهت نخست، مقامات دادسرا را از اقدام تعقیبی و تحقیقی ممنوع نموده و اعمال آن را به «قاضی دادگاه» و اگذار نموده و در جهت دوم قاضی دادگاه دارای اختیارات تام نبوده بلکه باید تعقیب و تحقیق را در «محدوده شکایت» و «اواعض و احوال مشهود» انجام دهد و در صورت فقد شاکی باید متهم را توصیه به «پوشاندن جرم و عدم اقرار» نماید. با توجه به آنچه گفته شد به نظر می‌رسد قرار دادن جرم منافی عفت سازمان‌یافته در میان مستثنیات اصل تعقیب و تحقیق این جرایم، به هیچ روی نمی‌تواند خلاً قانونی مقابله با این جرایم را پر نماید، بلکه مقابله با این جرایم و سازمان‌های آنها نیازمند جرم‌انگاری مستقل، منطبق با ویژگی‌ها، اهداف، آثار و تبعات آن است و ضمانت اجراء‌های کیفری

سننی و آیین دادرسی موجود نمی‌تواند پاسخگوی خطر این اعمال بوده و موجبات پیشگیری از آنها را فراهم نماید. همچنین روشن است در جرایم منافی عفت با توصل به عنف، بزهديده حضور دارد. افزودن استثنای عنف، موجب علنی‌سازی جرم منافی عفتی است که بزهديده آن حاضر به طرح شکایت نیست و این امر دخالت در حریم خصوصی بزهديده‌ای است که به هر دلیل، تمایل ندارد برای دادخواهی و ترمیم حقوق از دست رفته‌اش به دستگاه قضایی مراجعه نماید. لذا تنظیم سازوکاری برای حفظ حق بزهديده مبنی بر ناشناخته ماندن و پیگیری جنبه عمومی جرم ضرورت می‌یابد. نهایتاً باید گفت از آنجا که بیشترین مصادیق جرم منافی عفت با رضایت طرفین (بدون بزهديده) و در خفا رخ می‌دهد و دارای قید سازمان‌یافتگی و عنف هم نیست، قانون‌گذار این رفتارها را فاقد مصلحت تعقیب و تحقیق دانسته، از شمول اصل تستر و منوعیت تجسس خارج نمی‌سازد و مقامات قضایی را از تعقیب و تحقیق در آنها ممنوع می‌نماید. در نهایت آنچه محقق می‌شود بزهپوشی، حفظ آبرو و شخصیت شهروندان، عدم تجاوز به حریم خصوصی، عدم قبح‌زدایی و عادی‌سازی جرایم منافی عفت و پیشگیری از ارتکاب نخستین و مکرر جرایم مذکور است. از این رو تحولات و نوآوری‌های قانون آیین دادرسی کیفری در هم‌گرایی و انطباق با سیاست جنایی اسلام در زمینه جرایم منافی عفت مشبت ارزیابی می‌گردد. البته این نکته را نباید فراموش نمود که اعتماد بر تعقیب بدون حذف زمینه‌های بروز و ظهور بزهکاری و از میان برداشتن شرایط تکوین جرم، تکیه بر بنیادی سخت و متزلزل خواهد بود.

## منابع

- قرآن کریم
- احمدی موحد، اصغر، ۱۳۸۶، «صلاحیت دادسرا و دادگاه در رسیدگی به جرایم منافی عفت»، نشریه پیام آموزش معاونت آموزش قوه قضائیه، شماره ۲۸.
- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، قم، دارالحکمه، ۱۳۷۰.
- انصاری، مسعود، روانشناسی جرایم و انحرافات جنسی، تهران، انتشارات اشرافی، ۱۳۷۱.
- بابالویی، محمود، مجموعه قانون تعزیرات در نظام حقوقی کشور، تهران، مجد، ۱۳۹۳.
- بسیونی، محمدشریف؛ وتر، ادوارد، «درآمدی بر درک جرم سازمان یافته و مظاهر فراملی آن»، ترجمه محمد ابراهیم شمس ناتری، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۴، ۱۳۸۰.
- بیهقی، ابی بکر احمد بن حسین بن علی، سنن بیهقی، بیروت، دارالعرفه، ۱۳۴۴ق.
- توجهی، عبدالعلی؛ توکلپور، محمدهادی، «وجهه تمایز زنا و تجاوز به عنف با تأکید بر شیوه اثبات»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۲، ۱۳۹۰.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸.
- جوانمرد، بهروز، فرایند دادرسی در حقوق کیفری ایران، تهران، انتشارات بهنامی، ۱۳۸۸.
- حبیبزاده، محمدجعفر؛ شمس ناتری، محمدابراهیم؛ نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «جرائم یافته در جرم‌شناسی و حقوق جزا»، مدرس علوم انسانی، شماره ۱۷، ۱۳۷۹.
- حدادزاده نیری، محمدرضا، «تحقيق در جرایم منافی عفت»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۷، ۱۳۸۸.
- حسینی شیرازی، سیدمحمد، ایصال المطالب الى المکاسب، چاپ اول، تهران، منشورات الاعلمی، بی‌تا.
- خالقی، علی، آینین دادرسی کیفری، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های شهر دانش، تهران، ۱۳۹۱.
- \_\_\_\_\_، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های شهر دانش، ۱۳۹۳.

- 
- \_\_\_\_\_، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، چاپ چهارم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های شهر دانش، ۱۳۹۴.
- الدهبی، غالی، الجرایم الجنسیه، چاپ اول، مصر، مکتبه غریب، ۱۹۸۸.
- دهخدا، علی‌اکبر، لغتنامه، جلد دهم، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
- رزمزار، بابک، روش‌های پیشگیری از جرایم جنسی و خلاف عفت عمومی در سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران، تهران، مجده، ۱۳۹۳.
- رهامي؛ محسن؛ حيدري، على مراد، «شناخت جرایم بدون بزهديه»، نشريري مدرس علوم انساني، شماره ۳۷، ۱۳۸۳.
- زارع شعار، حسين، «اقرار کیفری در حقوق ایران»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲، ۱۳۸۶.
- شمس ناتری، محمد ابراهیم، «جرائم سازمان‌یافته»، مجله فقه و حقوق، شماره ۱، ۱۳۸۳.
- صادقی، محمد‌هادی، «بزه‌پوشی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۸ و ۲۹، ۱۳۷۸.
- 
- \_\_\_\_\_، گرایش کیفری سیاست جنایی اسلام، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۳.
- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامية، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ ق.
- عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ق.
- قدسی، سیدابراهیم؛ پورزیرین، علی، «تقد و بررسی ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی»، پژوهشنامه علوم انسانی و اجتماعی، شماره ۹ و ۱۰، ۱۳۸۲.
- محمدى جورکويه، علی، «سیاست جنایی اسلام در جرایم جنسی»، حقوق اسلامی، شماره ۲۴، ۱۳۸۹.
- مصلایی، علیرضا، «جرائم در صلاحیت مستقیم دادگاه و تکلیف دادسرا»، تعالی حقوق، شماره ۷، ۱۳۸۹.
- معاونت آموزش قوه قضائیه، مجموعه نشست‌های قضائی مسائل قانون مجازات اسلامی، جلد ۲، تهران، انتشارات جاودانه، ۱۳۸۷.

- 
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد سوم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۳.
  - نجفی، محمدحسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ ق.
  - نوبهار، رحیم، «اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی مستوجب حد در حقوق کیفری اسلام»، نامه مفید، شماره ۲۳، ۱۳۷۹.
  - \_\_\_\_\_، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی: چشم‌اندازی اسلامی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.



## تحلیل حقوقی ارکان دعوای اعتراض به تشخیص اراضی ملی

حسن لطفی\*

یاسر غلامی\*\*

### چکیده

از چندین دهه گذشته به دلیل اعمال حاکمیتی، قانون‌گذار عرصه و اعیان تمام اراضی جنگلی و مراتع کشور را ملی اعلام نمود. لذا آن دسته از اراضی که به دلیل جنگل یا مرتع بودن ملی تشخیص داده شوند را اراضی ملی نامیده‌اند. به دنبال این عمل قانون‌گذار دعوایی تحت عنوان دعوای اعتراض به تشخیص اراضی ملی در نظام حقوقی ما شکل گرفته که به دلیل تعدد خواهان‌ها و خوandگان، از پیچیدگی خاصی برخوردار است. در این راستا مقاله حاضر پس از ارائه تعریفی از اراضی ملی و تبیین جوانب آن، خواهان‌های این دعوا را در پنج قسم (مالکان اراضی، صاحبان باغ‌ها و تأسیسات، اشخاص حقوقی عمومی دولتی، زارعان صاحب اراضی نسقی و سازمان‌های مردم‌نهاد) و خوandگان را در سه قسم (مالکان اراضی و صاحبان باغ‌ها و تأسیسات و زارعان صاحب اراضی نسقی، ادارات منابع طبیعی شهرستان و سازمان مسکن و شهرسازی شهرستان) به همراه رکن خواسته، احصا و مورد بررسی قرار داده است.

**کلیدواژه‌ها:** اراضی ملی، اعتراض به تشخیص، خواهان، خوandه، خواسته.

## مقدمه

در سال ۱۳۴۱ شمسی قانونی تحت عنوان «قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع» به تصویب رسید. مطابق ماده یک قانون مذکور؛ «از تاریخ تصویب این تصویب‌نامه قانونی عرصه و اعیانی کلیه جنگل‌ها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور جزء اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است، ولو اینکه قبل از این تاریخ افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشند». از آن پس اراضی ملی در نظام حقوقی کشور ما منصرف به آن قسم اراضی شده‌اند که حاوی پوشش جنگل و مرتع خودرو باشند. بنابراین تعریف جامع و مانعی که می‌توان از اراضی ملی ارائه داد عبارت از اراضی است که به دلیل پوشش جنگلی و مرتعی منطبق با شاخص‌ها و مقادیر رسمی از شمول مالکیت خصوصی اشخاص خارج شده و تحت مالکیت عمومی دولت در می‌آیند.

مرجع صالح<sup>۱</sup> در راستای اجرای قانون مذکور با بررسی سابقه و سنجش موقعیت یک محدوده مشخص از اراضی با معیارهای مشخص و از پیش تعیین شده مبادرت به اعلام ملی بودن تمام یا بخشی از آن محدوده می‌نماید. این عمل از طریق صدور برگی به نام «برگ تشخیص» انجام می‌گیرد و در اثر این تشخیص طبق ماده یک قانون ملی شدن جنگل‌های کشور ۱۳۴۱ از متصرفان یا مالکان این اراضی به نفع دولت سلب مالکیت می‌شود. همین تشخیص، نقطه شروع اعتراض و طرح دعواهی با عنوان دعواهی اعتراض به تشخیص ملی بودن اراضی می‌گردد؛ چرا که عمومات قانون ملی شدن جنگل‌ها توسط همین قانون و برخی قوانین دیگر با مستثنیاتی مواجه است و عموماً دعاوی معتبرضین حول این ادعا که اراضی مزبور در زمرة این مستثنیات است، شکل می‌گیرد.

دعواهی مذکور از جهت اصل ارکان با سایر دعاوهای حقوقی مشترک است؛ اما آنچه موجود پیچیدگی آن می‌گردد کثرت اشخاص حقیقی یا حقوقی است که می‌توانند خواهان یا خوانده دعوا قرار گیرند. همچنین گذر سالیان متمادی از زمان ملی اعلام شدن اراضی جنگلی و مرتع از سوی قانون‌گذار و نیز گسترش محدوده شهرها و تغییر وضعیت اراضی بر پیچیدگی موضوع می‌افزاید. در واقع اگرچه ارکان این دعوا ثابت و مشابه دیگر دعاوهای حقوقی است، اما آنچه موجب پیچیدگی و به تبع آن نو بودن موضوع این مقاله است محتواهای خاص و متفاوت ارکان این دعواست. در این راستا با تعریف و تحلیل ارکان دعواهای مذکور - که امروزه از لحاظ کمی حجم کثیری از دعاوهای حقوقی را شامل می‌گردد - برآنیم تا علاوه بر تبیین نظری و تسهیل پیچیدگی این

۱. مرجع صالح وفق ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل‌ها و مرتع، امروزه ادارات منابع طبیعی شهرستان‌ها هستند که زیرمجموعه وزارت جهاد کشاورزی می‌باشند.

جنس دعاوی در بعد عملی نیز برای جامعه حقوقی به ویژه قضات شعب ویژه محاکم حقوقی<sup>۱</sup> مساعد افتاد. گفتنی است همان گونه که شعبه پنجم دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۱۰۹۷۰۹۰۸۹۰۰۶۳۳ مورخه ۹۱/۱۰/۱۳ بیان داشته است «مقصود از کلمه مرکز مندرج در تبصره یک ماده ۹ افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی ۱۳۸۹ مرکز استان محل وقوع ملک است نه مرکز به معنی تهران».

## ۱. خواهان

مطلوب اصول عام دادرسی، یکی از شروط اصلی اقامه دعوا داشتن نفع برای خواهان جهت شروع به رسیدگی است. مفهوم نفع و ذی نفع بودن خواهان این است که شخص اقامه‌کننده دعوا باید توجیه کند که اگر دعوا اقامه‌شده به صدور حکم علیه خوانده منتهی شود، قابلیت این را دارد که سودی به او برساند با ضرری را از او دفع کند.<sup>۲</sup> نفع به هر اندازه که باشد کافی است و می‌تواند مادی باشد یا معنوی. کما اینکه راجع به اعتراض سازمان‌های مردم‌نهاد به امر تشخیص نفع مادی متصور نیست و این سازمان‌ها در راستای نفع معنوی (نفعی) که از طریق حفظ منابع طبیعی به عموم مردم می‌رسد، عمل می‌نمایند. همان‌گونه که به درستی بیان داشته‌اند، نفعی را می‌توان معیار حق دادخواهی تلقی نمود که علاوه بر وجود قانونی آن، مستقیم و شخصی باشد.<sup>۳</sup> گرچه باید مستقیم و شخصی بودن نفع را به عنوان قاعده عمومی در آیین دادرسی پذیرفت اما بدیهی است نفع مستقیم و شخصی برای سازمان‌های مردم‌نهاد تصور نمی‌شود؛ زیرا اساساً مبنای تشکیل این قسم نهادها حمایت از منافع عمومی است. مبنایی که به وضوح در خصوص اشخاص حقوقی عمومی دولتی نیز به چشم می‌خورد. چه کسی می‌تواند ادعا نماید که در دعواه اعتراض به مستثنی تشخیص

۱. مرجع صالح در رسیدگی بدوى به اعتراضات بر تشخیص ملی بودن ابتدائی‌هیأت هفت‌نفره‌ای موسوم به «هیأت ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۶۷» بود که به موجب قانونی تحت همین عنوان تشکیل شد و تا یک سال پس از لازمه‌اجرا شدن قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی در تاریخ ۱۳۸۹/۴/۲۲ و به تصریح تبصره یک ماده ۹ این قانون، هیأت مذکور صلاحیت رسیدگی اعتراضات را داشت. اما پس از آن به حکم مقرر در تبصره مارالذکر رسیدگی به اعتراضات در صلاحیت شعب ویژه‌ای که از سوی رئیس قوه قضائیه ایجاد می‌شوند، قرار گرفت. لذا در مراجع قضاوی فعلی کشور مرجع صالح در رسیدگی به اعتراضات به تشخیص ملی بودن، هیأت ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۶۷ (جهت اعتراضات واصله تا قبل از تاریخ ۱۳۹۰/۶/۱۱) و شعب ویژه محاکم دادگستری موضوع تبصره ۲ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹/۴/۲۳ (جهت اعتراضات واصله بعد از تاریخ ۱۳۹۰/۶/۱۱) می‌باشند.

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (دوره بنیادین)، جلد ۱، چاپ یازدهم، تهران، نشر دراک، ۱۳۸۹، ص. ۱۰۷.

۳. افتخار‌جهرمی، گودرز؛ السان، مصطفی، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، چاپ اول، تهران، نشر دوراندیشان، ۱۳۹۴، صص. ۵۱-۵۰.

شدن یک ملک، ادارات منابع طبیعی شخصاً دارای نفع هستند؟ این نهادها در راستای انجام وظیفه قانونی - که خود متکی به نفع غیرشخصی<sup>۱</sup> آنهاست - مبادرت به اقامه دعوا می‌نمایند. وانگهی اراضی ملی را نباید ملک شخصی دولت دانست، بلکه طبق اصل ۴۵ قانون اساسی از مقوله انفال بوده و در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید.

بنابراین باید اذعان نمود که در خصوص سه دسته اول از خواهان‌های دعواهی اعتراض (شامل مالکان اراضی و صاحبان باغ‌ها و تأسیسات و زارعان صاحب اراضی نسقی) نفع شخصی و مستقیم در اقامه دعوا ضرورت دارد. اما در خصوص دو دسته دیگر از خواهان‌ها (شامل اشخاص حقوقی عمومی دولتی و سازمان‌های مردم نهاد) به موجب مقررات موجود،<sup>۲</sup> صرف نفع غیرمستقیم و غیرشخصی برای اقامه دعواهی اعتراض کافی دانسته شده است.

در هر حال از آنجا که در صورت عدم تصور نفعی برای مخاطب، مرجع مربوطه باید از رسیدگی امتناع نماید و قرار رد دعوا صادر نماید، تعیین مصاديق ذی‌نفع در این دعواهی از اهمیت بهسزایی برخوردار خواهد بود. در این راستا تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹/۴/۲۳ - به عنوان جدیدترین تقنین مQN در رابطه با اراضی ملی - با بیان اینکه «اشخاص ذی‌نفع می‌توانند نسبت به اجرای مقررات ... اعتراض نمایند...» خواهان را با عنوان «ذی‌نفع» توصیف می‌کند و به طور دقیق نشان نمی‌دهد که این شخص کیست و چه شرایطی دارد. جهت احصای اشخاص ذی‌نفع در اعتراض علاوه بر رجوع به عمومات باید بر قوانین و آیین‌نامه‌های<sup>۳</sup> مرتبط تکیه نمود. با بررسی منابع مرتبط در می‌یابیم پنج دسته اشخاص (اعم از حقیقی و حقوقی) می‌توانند خواهان دعواهی اعتراض به تشخیص قرار گیرند که در ادامه به تفصیل مورد تحلیل قرار خواهند گرفت.

## ۱-۱. مالکان اراضی

مالکان اراضی بیشترین حجم خواهان‌ها را در دعواهی اعتراض به خود اختصاص داده‌اند و علت آن را نیز باید در تشخیصی دانست که حق مالکیت آنها را تهدید می‌نماید.

۱. به بیان دیگر نفع سازمان‌های دولتی و مردم‌نهاد، همان نفع عمومی جامعه است. از این منظر فی‌نفسه نفع

شخصی در اقدامات این سازمان‌ها به چشم نمی‌خورد و اساساً باید این گونه باشد.

۲. تبصره ۳ ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی قانون تعیین تکلیف ۱۳۹۰ مصوب و ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی تأسیس و فعالیت سازمان‌های غیردولتی مصوب ۱۳۸۴

۳. الف) قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی مصوب ۱۳۶۷ و آیین‌نامه اجرایی آن. ب) آیین‌نامه اجرایی قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی مصوب ۱۳۷۳. ب) آیین‌نامه اجرایی قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی مصوب ۱۳۹۰. ت) بند ج ماده ۴ و ماده ۱۴ آیین‌نامه اجرایی قانون تأسیس و فعالیت سازمان‌های غیردولتی مصوب ۱۳۸۴/۵/۸ هیأت وزرا. ث) قانون برنامه سوم توسعه کشور مصوب ۱۳۷۹.

در رابطه با شناسایی مالکان اراضی با دو مقرره مواجه هستیم. مقرره اول آیین نامه اجرایی قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی مصوب ۱۳۹۰ است که در بند ۲ ماده یک مالکان را به اشخاص حقیقی یا حقوقی که مطابق مراحل سه گانه قوانین و مقررات اصلاحات ارضی، قانون خالصجات، قانون کشت موقت یا گواهی اداره ثبت اسناد و املاک مشعر بر مالکیت، قوانین ثبتی، آیین دادرسی مدنی، و یا احکام قطعی قضایی به عنوان مالک شناخته شده باشند، تعریف کرده است. آیین نامه مذکور همچون آیین نامه های پیشین هرگونه حق مالکیتی را که منشأ قانونی داشته باشد ولو با استناد و گواهی های عادی مذکور در این بند احراز شود، مکفی جهت طرح دعوا می داند. قبلاً مفاد همین بند در بند ۲ ماده یک آیین نامه اجرایی قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی مصوب ۱۳۷۳ نیز با عبارات مشابه تکرار شده بود که دیوان عدالت اداری آن را، به لحاظ مغایرت آن با نظریه شماره ۵۹۰۸ - ۱۳۷۳/۱/۲۴ شورای نگهبان، به اتفاق آرا باطل نمود.<sup>۱</sup>

اما به نظر می رسد رأی دیوان از دو جهت با اشکال مواجه است. اولاً وظیفه دیوان عدالت اداری تشخیص و ابطال آیین نامه های خلاف قانون (و نه خلاف نظریه شورای نگهبان) است و شورای نگهبان به تنها ی حق وضع قانون ندارد. لذا همان گونه که اظهار داشته اند، نظریات آن شورا را نمی توان قانون نامید و تا زمانی که قانون از سوی مجلس و به ترتیب مقرر در قانون اساسی نسخ نشده، به اعتبار خود باقی است.<sup>۲</sup> ثانیاً مقرره آیین نامه از این جهت که استناد و گواهی های محصور و مشخصی را جهت احراز مالکیت و تبعاً خواهان شناخته شدن در دعوای اعتراض پیش بینی کرده، تا حد زیادی نزدیک به روح قانون ثبت است؛ زیرا از توسعه استناد مثبت مالکیت در اموال غیر منقول جلوگیری می کند. از این جهت خوشبختانه همان عبارات آیین نامه سابق در آیین نامه مصوب ۱۳۹۰ با عباراتی مشابه و نزدیک دوباره بیان شده و تاکنون از تعریض دیوان عدالت اداری مصون مانده است.

مقرره دوم در خصوص شناسایی مالکان اراضی، تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹ می باشد. در این تبصره قانون گذار جهت معرفی اشخاص ذی نفع در اعتراض، از قید «مالکیت قطعی و نهایی» استفاده کرده است<sup>۳</sup> که در شناسایی شخص ذی نفع ابهام ایجاد نمود. ابهام حاصله از

۱. بند مذکور به موجب آرای ۵۶/۷۲ مورخ ۱۳۷۳/۱۱/۲۳ و ۸۳ مورخ ۱۳۸۱/۳/۵ ابطال گردید. دلیل ابطال بند مذکور از این حیث بود که «انحصار مالکیت به موارد مذکور در بند مورد نظر، خلاف شرع می باشد و اینکه تعیین مستندات مثبت مالکیت و حصر اعتبار احکام قطعی محاکم قضایی در خصوص تایید مالکیت اشخاص در تاریخ تصویب قانون ملی شدن جنگل ها و مراتع خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است».

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم ، انتشارات دراک، تهران، ۱۳۸۸، ص. ۲۲۷.

۳. «اشخاص ذی نفع که قبلاً به اعتراض آنان در مراجع ذی صلاح اداری و قضایی رسیدگی نشده باشد، می توانند طرف مدت یک سال پس از لازم الاجرا شدن این قانون نسبت به اجرای مقررات اعتراض و آن را در دیبرخانه هیأت موضوع ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده (۵۶) قانون حفاظت و

این جهت است که آیا برای ذی‌نفع شناخته شدن شخصی که مدعی مالکیت است، حتماً باید دارای سابقه سند رسمی نسق زارعane یا مالکانه باشد یا با توجه به رأی شماره ۵۶/۷۲ مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که بر اساس نظریه فقهای شورای نگهبان صادر شده، نیازی نیست که حتماً سند رسمی داشته باشد. همان گونه که ملاحظه می‌شود ایجاد این شبهه و ابهام ریشه در رأی سابق الذکر دیوان عدالت اداری دارد. در راستای رفع این ابهام، اداره حقوقی قوه قضائیه از یک سو و رویه قضائی از سوی دیگر در صدد رفع ابهام از موضوع برآمدند.

از اداره حقوقی قوه قضائیه پرسش به عمل آمد که «منظور از ذی‌نفع در تبصره یادشده چه کسی است؟» این اداره در نظریه حقوقی شماره ۱۳۹ پاسخ داد که «منتظر از «ذی‌نفع» در تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مصوب ۱۳۸۹، هرکسی است که با ادعای مالکیت و به عنوان مدعی حق به تشخیص منابع طبیعی و مستثنیات ماده ۲ قانون ملی شدن جنگلی اعتراض و دادخواهی می‌کند و باید ثابت کند که اولاً ملک مورد تصرف وی جنگل و مرتع نیست و ثانیاً دلیل مالکیت خود را به ملک مورد تصرف ارائه دهد که بیعنایه عادی نیز می‌تواند باشد ... ». بنابراین کافی است که خواهان ثابت نماید در تاریخ ملی شدن جنگل‌ها و مرائع کشور و یا سابق بر آن، متصرفِ ملک مورد نظر بوده و جنگل یا مرتع بوده است و لزومی به وجود سند رسمی یا حکم قطعی دال بر مالکیت به عنوان شرط اقامه دعوای اعتراض وجود ندارد. نظریه اداره حقوقی گرچه در قسمت پذیرش عدم لزوم سند رسمی با توجه به مفاد نظریه شورای نگهبان قابل توجیه است اما در قسمت توجه دادن معارض به اثبات مالکیت خود، چندان دقیق نبوده است. زیرا حتی صرف اثبات مالکیت رسمی خواهان در دعوای اعتراض به تشخیص کمکی به او نمی‌کند، بلکه وی باید اشتغال به احیا و تصرف در ملک مورد نظر را در تاریخ ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ به اثبات برساند تا آن را از شمول ملی بودن خارج کند. شرح این مطلب را به بند آتی واگذار می‌کنیم.

در تأیید و توضیح بیشتر مفاد نظریه اداره حقوقی و بررسی رویه قضائی می‌توان به دادنامه شماره ۱۳۹۱/۱۰/۱۱ موضع پرونده شماره ۹۱۰۶۰۰ – ۱۳۹۱/۱۰/۱۱ شعبه ۳۴ دادگاه عمومی حقوقی مشهد استناد نمود. این رأی ضمن اینکه ما را به مطالعه رویه قضائی رهنمون می‌شود، به بهترین شکل ما را به این موضوع راهنمایی

← بهره‌برداری از جنگل‌ها و مرائع مصوب ۱۳۶۷/۶/۲۹ شهرستان مربوطه ثبت نمایند و پس از انقضاء مهلت مذکور در این ماده، چنانچه ذی‌نفع، حکم قانونی مبنی بر احراز مالکیت قطعی و نهایی خود (در شعب رسیدگی ویژه‌ای که بدین منظور در مرکز از سوی رئیس قوه قضائیه تعیین و ایجاد می‌شود) دریافت نموده باشد، دولت مکلف است در صورت امکان عین زمین را به وی تحويل داده و یا اگر امکان پذیر نباشد و در صورت رضایت مالک، عوض زمین و یا قیمت کارشناسی آن را پرداخت نماید».

می‌نماید که مقصود از «مالکان» چه کسانی می‌باشند. در ادامه بخش‌های مرتبط با این موضوع در رأی مذبور مورد اشاره قرار خواهد گرفت. در این پرونده خواهان که شخصی حقیقی است دعوایی به طرفیت اداره منابع طبیعی و آبخیزداری دایر بر اعتراض به تشخیص اداره منابع طبیعی در خصوص ملی اعلام نمودن زمین تحت تصرف خود و صدور حکم بر اعلام مستثنی بودن آن، اقامه نموده و اظهار می‌دارد در زمین مذکور به مساحت قریب ۱۰۰ هکتار تصرف داشته و سابق بر آن نیز ایادی قبلی، در زمین کشت و زرع نموده‌اند و اکنون در تصرف اوست و به کشت و زرع مشغول است و برای اثبات ادعای خود به اسناد عادی و رسمی متعدد از جمله آرای قطعی صادره از مراجع قضایی استناد نموده است. از سوی دیگر اداره منابع طبیعی و آبخیزداری به عنوان خوانده دفاع نموده که اولاً نسبت به زمین مذکور، وفق ماده ۵۶ قانون حفظ و حمایت از منابع و ذخایر جنگلی کشور ۱۳۷۱ و ماده ۲ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، تشخیص ملی بودن به عمل آمده و اراضی به نام دولت، ثبت شده است و این اسناد مطابق مواد ۲۲ و ۷۰ قانون ثبت اسناد و املاک معتبر است و ثانیاً دعوا مطابق تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی ۱۳۸۹ که همان اثبات مالکیت قطعی و نهایی است، اقامه نشده است.

لذا در این دعوا نیز دفاع خوانده منبع از عبارت مبهم «حکم قانونی مبنی بر احراز مالکیت قطعی و نهایی» است. دادرس این پرونده اظهار داشته است: «باید این توهمنات را از ذهن زدود و به استدلال‌های خوانده خدشه وارد نمود؛ چرا که در ماده یک تصویب‌نامه قانونی ملی شدن جنگل‌ها ۱۳۴۱ آمده است: «از تاریخ تصویب این تصویب‌نامه قانونی عرصه و اعیانی کلیه جنگل‌ها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور جزء اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است، ولو این که قبل از این تاریخ افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشند». همان‌طور که از نص این ماده برمی‌آید، در مقابل تشخیص اداره منابع طبیعی، سند مالکیت اشخاص نیز کمکی به آنها نمی‌کند و اگر این سند در دادگاه ارائه شود، با اینکه «مالکیت قطعی و نهایی» آنها محرز می‌شود اما دادگاه را به پذیرش دعوا مکلف نمی‌کند. بنابراین باید منظور دیگری در میان باشد و مفهوم مالکیت قطعی و نهایی به آن معطوف شود نه اینکه دادگاه سند مالکیت را نپذیرد و همچنان به دنبال احراز مالکیت باشد.»

گفته اخیر از این جهت قابل تأیید است که به موجب رأی وحدت رویه شماره ۶۸۱ - ۱۳۸۴/۷/۲۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور<sup>۱</sup> اسناد مالکیت اشخاص در برابر

۱. به موجب ماده یک تصویب‌نامه قانون ملی شدن جنگل‌های کشور مصوب ۱۳۴۱، عرصه و اعیانی کلیه جنگل‌ها و مراتع، بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور جزء اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است ولو

ملی تشخیص شدن، اعتباری ندارند. به این ترتیب دارنده سند رسمی بعد از ملی تشخیص شدن ملک و قطعیت آن، دیگر نه تنها حقی بر ملک ندارد بلکه نفعی نیز برای وی جهت اقامه دعوا متصور نخواهد بود؛ زیرا به حکم قانون چنین اسنادی فاقد اعتبار خواهد شد. البته زوال نفع در اقامه دعوا همانطور که در رأی دیوان عالی کشور به آن اشاره شده است منوط به قطعیت یافتن امر تشخیص است. قطعیت یافتن آن نیز نیازمند طی تشریفات اعتراض به مراجع صالح و در نهایت صدور حکم قطعی از دادگاه تجدید نظر و یا انقضای مهلت تجدید نظرخواهی از حکم بدوى می باشد.

حال سؤال اینجاست که اگر وفق ظاهر تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی، شخص را به اثبات مالکیت قطعی و نهایی خود مکلف کنیم - با توجه به اینکه مالکیت او که مستند به سند رسمی بوده، به حکم قانون و رأی وحدت رویه باطل شده است - وی چه چیزی را باید اثبات کند. در پاسخ باید گفت که «تشخیص» دولت در مورد ملی بودن زمین، ارتباطی به مالکیت اشخاص ندارد بلکه تنها به این موضوع می‌پردازد که وضع زمین در سال ۱۳۴۱ و قبل از آن در مطلق زمین‌ها از نظر وجود مراتع و منابع ملی چگونه است. اشخاص نیز به این مسئله اعتراض می‌کنند و بنابراین رسیدگی دادگاه باید در ارتباط با این موضوع باشد.

مالکیت اثری است که در صورت نقض تشخیص دولت خود به خود ایجاد می‌شود و فی نفسه نمی‌تواند مثبت ادعای خواهان در اثبات جنگل و مرتع نبودن ملک قرار گیرد. در تأیید این مطلب می‌توان به دادنامه شماره ۱۰۲۲ ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۶۰ صادره از شعبه ۵۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اشاره نمود که صدور سند مالکیت قبل از لازم‌الاجرا شدن قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع کشور را «صرف‌آقیرینه‌ای بر سابقه‌ی احیا و عمران زمین» دانسته و وجود آن را لزوماً منجر به مستثنی تشخیص شدن اراضی تلقی نکرده است. در واقع با فرض طرح دعوا در مورد مالکیت ماده نزع قلع نمی‌شود؛ زیرا اثبات مالکیت نهایی و قطعی خواهان، بدون ارزیابی جنبه‌های ملی یا غیرملی بودن زمین، سودی برای او ندارد و بالاخره، وضع زمین از این حیث معلوم نمی‌شود.

بنا بر این استدلالات باید از ظاهر تبصره ۱ ماده ۹ قانون مذکور، چشم‌پوشی کرد و به دنبال مقصود قانون و درخواست واقعی خواهان بود و این امر چیزی نیست مگر

← اینکه قبل از این تاریخ افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشند و مطابق ماده ۲ قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور مصوب ۱۳۷۱/۷/۲۸ تشخیص منابع ملی و مستثنیات ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع با رعایت تعاریف مذکور در قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مرتع با وزارت جهاد سازندگی است و به صرف تشخیص وزارت مذکور و قطعیت آن، در مالکیت دولت قرار می‌گیرد و در خصوص مورد، عدم صدور سند مالکیت به نام دولت جمهوری اسلامی ایران، نافی مالکیت دولت نسبت به منابع ملی شده که به ترتیب مقرر در ماده مرقوم احراز شده و قطعیت یافته باشد، نخواهد بود.»

«تصرفات مشهود» در زمین که با اقداماتی نظیر زراعت، احداث بنا و غرس اشجار و مانند آن مدلل می‌شود و سابقه آن باید قبل از سال ۱۳۴۱ باشد. رویه قضایی نسبتاً شفافی در این خصوص شکل گرفته است که از جمله آنها می‌توان به دادنامه شماره ۱۱۸۷ مورخه ۸۲/۶/۱۱ شعبه ده دادگاه تجدیدنظر استان تهران اشاره نمود که مطابق آن چون «زمین، مسبوق به سابقه احیا قبل از قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراعع کشور می‌باشد، لذا از جمله مستثنیات می‌باشد». در تشریح همین رویه باید به مفاد دادنامه ۲۲۱ مورخه ۸۲/۳/۲۰ شعبه هجدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران اشاره کرد که مقرر داشته تشخیص جنس خاک و تعیین نوع آن مستلزم معاينه خاک و تحصیل نظر کارشناسی است و با ارجاع امر به هیأت پنج‌نفره کارشناسان مقرر نموده است: «پس از بررسی سوابق ملک در ثبت استناد و اداره کشاورزی و منابع طبیعی و بررسی وضعیت خاک و تأسیسات قطعات مذبور را مسبوق به سابقه احیا و عمران زراعی و درخت‌کاری و تأسیسات دامداری مربوط به قبل از ۱۳۴۱ بوده و رأی بدوى فاقد اشکال است».

لذا باید مفهوم «احراز مالکیت قطعی و نهایی» مذکور در تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری را به این معنا تفسیر نمود نه مالکیت رسمی یا عادی نسبت به عین زمین و بدون درنظر گرفتن تصرفات و احیای مذکور. بدین‌سان، اثبات مالکیت رسمی ذی‌فعع در زمین یا مطلق تصرف (ید یا تصرف منفعل و بدون اقداماتی مانند کشت و زرع، غرش اشجار، احداث بنا) او برای پیروزی در دعوا کافی نیست، بلکه خواهان باید نشان دهد که «تصرفات فعالی<sup>۱</sup>» نظیر ساخت‌وساز یا زراعت داشته و حقی مکتب از این جهت برای خود دست و پا کرده است و بتواند ادعای «مستثنیات قانونی» را در مقابل دولت مطرح کند. این مقوله در رویه قضایی کاملاً مسلم و غیر قابل انکار دانسته شده است. در این خصوص دادنامه شماره ۱۰۲۲ ۹۲۰۹۹۷۰۲۶۹۶۰ مورخه ۹۲/۸/۱۲ صادره از شعبه هجدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران قابل توجه است. مطابق این دادنامه «صرف تحت تصرف بودن زمین ملاک تشخیص نوعیت زمین از حیث ملی یا غیرملی بودن نیست بلکه نوع خاک و پوشش گیاهی آن ... می‌باشد». بنابراین چنانچه قرایینی از قبیل نوع خاک و پوشش گیاهی و ... دلالت بر تصرفات فعال نماید، می‌تواند ملاک تشخیص نوعیت زمین قرار گیرد.

## ۱-۲. صاحبان باغ‌ها و تأسیسات

در بدو امر این پرسش به نظر می‌رسد که دلیل تفکیک این دسته از خواهان‌ها از دسته مالکان چیست؛ در حالی که وجه ممیزه خاصی نسبت به مالکان ندارند و صاحبان

۱. خدابخشی، عبدالله، مبانی فقهی آینین دارسی مدنی، جلد ۱، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹، ص. ۵۶.

باغ‌ها و تأسیسات در هر حال مالکان آنها به شمار می‌روند. البته این اشکالی است که وارد به نظر می‌رسد اما به دلیل اینکه در آیین‌نامه‌های مربوطه به نحو جداگانه احصا گردیده بودند ما نیز به تبعیت از آنها و جهت حفظ شاکله آیین‌نامه صاحبان باغ‌ها و تأسیسات را در قسمی مجرزا ذکر نموده‌ایم. در هر حال طبق بند دو ماده ۱ آیین‌نامه مصوب ۱۳۹۰ این دسته از ذینفعان افراد حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی هستند که به موجب اسناد مذکوره در بند قبل (مراحل سه‌گانه قوانین و مقررات اصلاحات اراضی، قانون خالصجات، قانون کشت موقت یا گواهی اداره ثبت اسناد و املاک مشعر بر مالکیت، قوانین ثبتی، آیین دادرسی مدنی و یا احکام قطعی قضایی به عنوان مالک شناخته شده باشد) مدعی مالکیت بر عرصه و اعیانی باغ‌ها و تأسیسات باشند. این دسته از افراد نیز با ارائه هر یک از اسناد مذکوره می‌توانند خواهان دعواه اعراض باشند که در بند قبل شرح آن گذشت و از تکرار آن می‌گذریم.

### ۲-۳. زارعان صاحب اراضی نسقی

صاحبان اراضی نسقی نیز می‌توانند خواهان دعواه اعراض قرار گیرند. اراضی نسقی اصطلاحی برگرفته از قانون اصلاحات اراضی ۱۳۴۰ است که منجر به تقسیم مجدد زمین بین زارعان بی‌زمین و کم‌زمین گردید تا از تجمیع اراضی کشاورزی در ید اربابان جلوگیری شود و سهمی از آنها به خود زارعان اختصاص یابد. پس از انجام تقسیمات، حصه هر یک از زارعان تحت عنوان «نسق زراعی» آن زارع شناخته می‌شد. تعریف این قسم خواهان‌ها در بند یک ماده ۱ آیین‌نامه اصلاحی این قانون مصوب سال ۱۳۹۰ آمده است که بیان می‌دارد: «زارعان صاحب اراضی نسقی به افرادی اطلاق می‌گردد که بر اساس مراحل سه‌گانه قوانین و مقررات اصلاحات ارضی نسق زراعی به آنها واگذار گردیده و یا در آمارهای مربوط، به عنوان زارع صاحب نسق زراعی قید شده باشد. نسق زراعی یک کشاورز عبارت است از مقدار زمین‌های تحت تصرف و کشت وی در زمان اجرای قانون اصلاحات ارضی در ایران، که برای کشت و آبادانی آن اقدام نموده باشد». لذا چون قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع مؤخر بر قانون اصلاحات اراضی می‌باشد احتمال اینکه نسقات این قبیل زارعان ملی تشخیص شوند، وجود دارد و به تبع آن حق اعتراض و طرح دعوا خواهند داشت.

بدیهی است که با توجه به توضیحات بند قبل، آنچه زارعان صاحب نسق در مقام خواهان باید در دعواه اعراض اثبات نمایند تصرفات مشهود متصل به قبل از تاریخ تصویب قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع است و نه صرف ارائه اسناد نسق زارعانه اصلاحات ارضی. ارائه این اسناد شرط لازم و ضروری جهت اثبات شرط ذی‌نفع بودن در

اقامه دعوا و به تبع آن خواهان قرار گرفتن می‌باشد تا با قرار رد دعوا مواجه نگردد ولی کافی برای پیروزی در دعوا تلقی نمی‌گردد. جهت شناخت بیشتر مصاديق تصرفات مشهود در رویه قضایی محاکم کشور ما می‌توان به نظریه کارشناسی شماره ۱۸۹۵ مورخه ۹۰/۱۰/۱۱ در پرونده کلاسه ۸۹۱۰/۷۶ دادگاه عمومی حقوقی مشهد اشاره نمود که حسب آن «مواردی از قبیل مشاهده و مطالعه عکس‌های هواپی ۱۳۴۵ و وضعیت توپوگرافی و سنگلاخی بودن و تپه‌ای بودن و شبیدار بودن اراضی و عدم وجود خاک زراعی در دامنه‌ها و وجود انواع گیاهان مرتعی و عدم امکان آبیاری آنها و کم‌سن بودن درختان موجود در محل و قدمت کم ساختمان‌ها و تأسیسات و ...» می‌توانند حکایت از مستثنی نبودن اراضی بنمایند.

#### ۱-۴. اشخاص حقوقی عمومی دولتی

اشخاص حقوقی عمومی اصولاً به منظور انجام خدمات عمومی و فعالیت‌های غیرانتفاعی و عام‌المنفعه تشکیل می‌گردد.<sup>۱</sup> در واقع فلسفه وجودی آنها انجام مجموعه اقداماتی است که منافع جامعه را تأمین می‌کند. برخلاف اشخاص حقوقی خصوصی اشخاص حقوقی عمومی از اقدامات خود فی‌نفسه نفع یا زیان نمی‌بینند، بلکه نتیجه اقدامات آنها برای منافع عموم جامعه است. به همین دلیل است که یکی از مبانی حقوق اداری نظریه منافع عمومی می‌باشد که مفهوماً از خدمات عمومی نیز وسیع‌تر می‌باشد و اتفاقاً وضع وظیفه حفاظت از منابع ملی و جنگل‌ها و مراتع برای اشخاص حقوقی عمومی جز از مجرای این نظریه قابل توجیه نمی‌باشد. البته ارائه خدمات عمومی در انحصار دولت نمی‌باشد و ممکن است توسط اشخاص حقوقی عمومی غیردولتی (مانند خدمات صنفی) یا با مشارکت هر دو (مانند خدمات بهداشتی و پژوهشکی) ارائه گردد.

حال سؤال قابل طرح در این قسمت عبارت از این است که اولاً آیا اساساً در رابطه با اراضی ملی ادارات منابع طبیعی به عنوان اشخاص حقوقی عمومی حق اعتراض دارند؟ ثانیاً در صورت مثبت بودن آیا بنا بر اصل تخصص و صلاحیت فقط ادارات منابع طبیعی - که تخصص و صلاحیت انحصاری تشخیص اراضی ملی را دارند - می‌توانند خواهان دعوای اعتراض واقع شوند یا سایر اشخاص حقوقی عمومی نیز از چنین حقی برخوردارند؟ اثر پاسخ به این سؤالات در فرضی مفید واقع می‌شود که هیأت ماده واحد تعیین تکلیف اراضی اختلافی یا شعب ویژه بدوى محاکم دادگستری نظریه ادارات منابع طبیعی مبنی بر تشخیص ملی بودن را نقض نمایند و خود ادارات منابع طبیعی یا سایر

۱. موسیزاده، رضا، حقوق اداری، چاپ ششم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳، ص. ۷۵.



اشخاص حقوقی عمومی بخواهند به عنوان تجدیدنظرخواه در مقام شکایت از رأی برآیند. لذا ناگزیریم قبل از پاسخ به دو سؤال فوق تحلیلی اجمالی از موضوع قابلیت شکایت از آرای بدوى صادره در خصوص دعاوى اعتراض داشته باشيم.

در ابتدا راجع به قابلیت تجدیدنظرخواهی از آرای صادره از سوی شعب ویژه محاکم دادگستری خواه مبنی بر تشخیص اراضی ملی باشد یا اینکه جزء مستثنیات قانونی تلقی شود، در تبصره یک ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی تصريحی به چشم نمی‌خورد. حال با این مسأله مواجه می‌شویم که آیا اساساً آرای شعب بدوى قابلیت تجدیدنظرخواهی دارد تا اشخاص حقوقی عمومی بتوانند خواهان دعواى اعتراض قرار گیرند.

با توجه به سکوت قانون گذار در رابطه با قابلیت تجدیدنظرخواهی از آرای شعب بدوى باید راه حلی جستجو نمود. در پاسخ به این مسأله شاید بتوان از مقرره قانون گذار در اصلاح ماده واحده تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع در سال ۱۳۸۷ استفاده نمود؛ چرا که در اصلاحیه مذکور، قانون گذار صریحاً اعلام داشت که آرای صادره از هیأت ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی در مراجع بدوى و تجدیدنظر دادگستری قابل رسیدگی مجدد است. با تکیه بر روح این مقرره شاید بتوان بر تمایل قانون گذار بر قابلیت تجدیدنظرخواهی آرای بدوى صادره از شعب ویژه پی برد. ضمن اینکه گرچه استفاده از قید مالکیت قطعی در تبصره یک ماده مذکور به طور قطع دلالت بر لزوم قابلیت تجدیدنظرخواهی از آرای شعب بدوى ندارد - و دلیل آن این است که برخی آرا در همان مرحله بدوى قطعی می‌شوند - اما ذکر آن در کنار لفظ «نهایی» در تبصره مذکور و اصلاحیه قانون فوق ما را به نحوی به قابلیت تجدیدنظر خواهی از آرای شعب بدوى رهنمون می‌شود.

اما مهمترین دلیلی که در رابطه با امکان تجدیدنظرخواهی از آرای شعب بدوى ارائه می‌کنیم، خصلت غیرمالی این نوع دعاوى است؛ چراکه وفق نص بند (ب) ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی تمام آرای صادره در دعاوى غیرمالی قابل تجدیدنظر هستند. حال این مسأله مطرح می‌گردد که آیا دعواى اعتراض به تشخیص اراضی ملی را باید غیرمالی دانست. به نظر می‌رسد که قانون گذار در هر جا که از واژه‌های «بهای خواسته» یا «قابلیت تقویم» استفاده کرده نظر به مالی بودن دعوا داشته است<sup>۱</sup> که در صورت پذیرش این نکته تشخیص دعاوى مالی از غیرمالی در بسیاری از موارد چندان کار دشواری نخواهد بود.

۱. زاهدی، حسن، «دعاوى مالی و غیرمالی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۷، زمستان ۱۳۸۰، صص. ۱۷۷-۱۶۰.

در رویه قضایی کشور ما نیز در این خصوص تردیدهایی وجود داشته تا اینکه بالاخره شعبه پنجم دیوان عالی کشور نیز در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۰۵۲۴ مورخه ۹۲/۸/۲۸ صرحتاً اشعار داشته: «اعتراض به رأى كميسيون ماده واحده تعیین تکلیف اراضی اختلافی و صدور حکم بر نقض آن دعوای غیرمالی محسوب می شود و مشمول هیچ یک از آرای غیرمالی قابل فرجام هم نیست».

به این ترتیب باید اذعان داشت از آنجا که خواسته دعوا در اعتراض به تشخیص اراضی ملی به طور مستقیم دارای جنبه مالی نبوده و قابل تقویم و ارزیابی نیست، چنین دعواهی غیرمالی است. ضمن اینکه در مقام شک نیز باید بنا بر اصل عدم، اصل را بر غیرمالی بودن قرار داد.<sup>۱</sup> در مجموعه نشستهای قضایی دادگستری در نیز این موضوع مطرح شده و نظر اکثریت قضاة بر غیرمالی بودن این دعوا قرار گرفته است.<sup>۲</sup> از نظریه مشورتی شماره ۱۳۷۷/۰۴/۱۰ مورخ ۲۲۴۶/۷ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز غیرمالی بودن این دعوا استبطاط می شود.<sup>۳</sup> رأى وحدت روحیه شماره ۷ مورخ ۱۳۶۲/۳/۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورد مشابه دعوا را غیرمالی شناخته است.

با این اوصاف باید نتیجه گرفت که چنین دعواهی غیرمالی و به تبع آن قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان است؛ چرا که طبق ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی تمام آرای صادره از در دعواهی غیر مالی قابل تجدیدنظرخواهی هستند. اکنون پس از اثبات قابلیت تجدیدنظرخواهی از آرای بدوى به پاسخ دو سؤال فوق الذکر می پردازیم: پاسخ سؤال اول مثبت است؛ زیرا طبق منطق صریح تصریه ۳ ماده ۶ آیین نامه اجرایی قانون تعیین تکلیف ۱۳۹۰ سازمان جنگل‌ها، مراعع و آبخیزداری کشور

۱. حیاتی، علی عباس، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۳، ص. ۱۸۱.

۲. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، مجموعه نشستهای قوه قضاییه (مسائل آیین دادرسی مدنی)، چاپ دوم، تهران، نشر جاودانه، ۱۳۹۲، ص. ۲۴.

۳. از این اداره پرسش به عمل آمد که نظر به ملاک تشخیص دعواهی مالی از غیرمالی به نظر می‌رسد که اعتراضات افراد به آرای هیأت‌های حل اختلاف از قبیل هیأت موضع ماده ۵۶ قانون حفاظت از جنگل‌ها و مراعع و مادتین ۱۴۷ و ۱۴۸ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک و ماده ۱۲ قانون زمین شهری و اعتراض به تشخیص موات با توجه به اینکه این گونه اعتراضات دعواهی اثبات مالکیت محسوب می‌گردد از نوع دعواهی مالی محسوب می‌شود ولی رویه اغلب مراجع قضایی بر غیرمالی بودن آن است. استدعا دارد نظر آن اداره را در این مورد اعلام نمایید؟ این اداره در پاسخ اظهار داشت: «ملاک تشخیص مالی بودن یا غیرمالی بودن دعواهی حقوقی نتیجه حاصله از آن است. بنابراین در مورد دعواهی راجع به مادتین ۱۴۷ و ۱۴۸ اصلاحی قانون ثبت که کمیسیون بر اثر عدم توافق، متقاضی را به طرح دعوا در دادگاه صالح هدایت می‌نماید، با طرح دعواهی چون خواسته اثبات مالکیت است دعواهی مالی خواهد بود. اما در مورد دعواهی رسیدگی به اعتراض بر تصمیمات هیأت ماده واحده نحوه اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و ماده ۱۲ قانون زمین شهری چون اعتراض به تشخیص است دعواهی غیرمالی است». همچنین مطابق نظریه ۷/۸۱۹۵ اداره حقوقی قوه قضاییه دعواهی اعتراض به رأى قاضی هیأت موضع ماده واحده نحوه اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها چون اعتراض به تشخیص است لذا دعواهی غیرمالی است.

و ادارات کل منابع طبیعی و آبخیزداری نیز می‌توانند به منظور اعاده منابع طبیعی اعتراض خود را به دبیرخانه هیأت جهت اقدامات لازم تسلیم نمایند. در پاسخ سؤال دوم باید گفت که به پذیرش اعتراض از سوی ادارات منابع طبیعی به عنوان شخص حقوقی عمومی، اکتفا نشده و در تبصره ۳ ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده ۵۶ قانون جنگل‌ها و مراتع آمده است: «چنانچه سازمان‌ها و مؤسسات دولتی به اجرای ماده ۵۶ معترض بوده و این اعتراض از سوی هیأت مذکور در ماده واحده بجا تشخیص داده شود، با توجه به موقعیت و شرایط زمین نسبت به خلع ید از متصrfان اقدام به عمل می‌آید». بنا بر تصریح تبصره فوق که در مقام بیان نیز بوده است در کنار ادارات منابع طبیعی، سازمان‌ها و مؤسسات دولتی نیز به عنوان اشخاص حقوقی عمومی دولتی از میان اشخاص حقوقی عمومی فوق الذکر می‌توانند خواهان قرار گیرند. بنابراین باید گفت که از میان اشخاص عمومی، فقط سازمان‌ها و مؤسسات دولتی در کنار اداره منابع طبیعی به جهت وظیفه‌ای که در صیانت و حفاظت از منابع طبیعی و شروت‌های خدادادی به موجب قانون اساسی و قوانین عادی بر عهده دارد، مکلفاند چنانچه اظهارنظر سازمان منابع طبیعی را مبنی بر ملی نبودن زمین مشاهده نمودند، اعتراض خود را به همراه مدارک و ادلہ مثبته جهت رسیدگی به هیأت ماده واحده ارسال دارد.

در رویه قضایی فعلی کشور نیز اعتراض سازمان‌ها و مؤسسات عمومی از قبیل اداره کل راه و مسکن و شهرسازی، تحت عنوان خلع ید از متصrf با ادعای ملی تشخیص شدن اراضی مورد نزاع پذیرفته شده است. در این رابطه می‌توان به دادنامه ۲۰۰۸۰۱ ۹۲۰۹۹۸۵۸۴۰ مورخه ۱۳۹۳/۱۱/۲۵ شعبه دوم دادگاه حقوقی بجنورد اشاره نمود. در این پرونده اداره کل راه و شهرسازی خراسان شمالی به دلیل ملی تشخیص شدن اراضی تحت تصرف خوانده، علیه وی اقامه دعوا نموده و از دادگاه خلع ید خوانده را از اراضی مورد نزاع به دلیل ملی تشخیص شدن درخواست نموده بود. گرچه اداره کل راه و شهرسازی در این دعوا به دلیل مستثنی تلقی شدن اراضی مورد نزاع محکوم به بی حقی شده، اما صرف پذیرش اعتراض این اداره کل، دلالت بر حق اقامه دعوا از سوی سایر سازمان‌ها و مؤسسات عمومی در راستای وظیفه صیانت از اراضی ملی را دارد. همچنین مفاد دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰ ۱۰۰۷۹۷ مورخه ۹۱/۷/۵ شعبه ۵۶ تجدیدنظر استان تهران نیز که در مباحث آتی به آن اشاره خواهد شد خواهان قرارگرفتن سایر اشخاص حقوقی عمومی دولتی را بلامانع دانسته است.

## ۱-۵. سازمان‌های مردم‌نهاد

سازمان مردم‌نهاد، در کلی ترین معنایش، به سازمانی اشاره می‌کند که مستقیماً بخشی از ساختار دولت محسوب نمی‌شود، اما نقش بسیار مهمی به عنوان واسطه بین

مردم و قوای حاکم ایفا می‌کند. گام اول در تشکیل این سازمان‌ها در ایران با تصویب ماده ۱۸۲ قانون برنامه سوم توسعه کشور مصوب<sup>۱</sup> ۱۳۷۹ برداشته شد که منجر به وضع آیین‌نامه اجرایی تأسیس و فعالیت سازمان‌های غیردولتی در سال ۱۳۸۴ شد. در این آیین‌نامه از این سازمان‌ها به نام سازمان غیردولتی یاد شده است و در ماده یک بیان داشته که سازمان غیردولتی به تشکل‌هایی اطلاق می‌شود که توسط گروهی از اشخاص حقیقی یا حقوقی غیرحکومتی به صورت داوطلبانه با رعایت مقررات مربوط تأسیس شده و دارای اهداف غیرانتفاعی و غیرسیاسی می‌باشند. این سازمان‌ها پس از اخذ پروانه فعالیت و ثبت برابر ضوابط این آیین‌نامه و سایر مقررات جاری دارای شخصیت حقوقی می‌گردند. حال این پرسش مطرح می‌گردد که آیا می‌توان به سازمان‌های مردم نهاد اختیار اقامه دعوا اعطا نمود؟

در پاسخ به این پرسش همان گونه که قبلًا اشاره داشتیم، لزومی ندارد نفع مستقیم و شخصی برای این سازمان‌ها ایجاد گردد؛ چراکه مبنا و هدف تشکیل سازمان‌های مردم‌نهاد در حمایت از منافع عمومی نهفته است و منافع و انتفاعات شخصی را دنبال نمی‌کند. در واقع این سازمان‌ها دولت را در تأمین اهداف و منافع غیرانتفاعی و عمومی پاری می‌نمایند. بنابراین اقتضا می‌نماید که همچون دولت عندالزوم حق دادخواهی و اقامه دعوا داشته باشند. امری که از نگاه قانون‌گذار نیز مغفول نمانده و در دو مقرره آتی به آن اشاره شده است.

- مطابق ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی تأسیس و فعالیت سازمان‌های غیردولتی ۱۳۸۴ «این سازمان‌ها حق دارند در موضوع فعالیت‌های خود و برای حمایت از منافع عمومی علیه اشخاص حقیقی و حقوقی در مراجع قضایی اقامه دعوا نماید». اطلاق این ماده اقامه دعوا در مراجع قضایی اعم از حقوقی و کیفری را شامل می‌شود و جهت تأیید مدعای ما قابل تمسک می‌باشد.

- رویکرد اخیر قانون‌گذار در ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز راهگشای ما در اعطای حق اعتراض به اینگونه سازمان‌ها می‌باشد. اتفاقاً یکی از زمینه‌هایی که در ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری ذکر شده است و حق اعلام جرم و شرکت در دادرسی در آن برای سازمان‌های مردم‌نهاد تجویز شده است، منابع طبیعی می‌باشد. به نظر می‌رسد با تکیه بر این دو مقرره و نیز توجه به فلسفه تشکیل و اهداف غیرانتفاعی این سازمان‌ها با

۱. وزارت کشور مکلف است باراعایت قوانین نسبت به تهیه طرح‌های مربوط به ایجاد و تقویت تشکل‌های مردمی (صنفیت‌شخصی)، سازمان‌های غیردولتی و سازمان‌های محلی با هدف زمینه‌سازی برای واگذاری اعمال تصدی دولت به آنها و تقویت نظارت‌های سازمان‌یافته مردمی بر فعالیت‌های دستگاه‌های دولتی، اقدام نموده و پس از تصویب هیأت وزیران به مورد اجرا گذاشت.

جرأت بیشتری می‌توان در باب اعطای حق اعتراض و اقامه دعوا به آنها سخن گفت، چراکه دعوا کیفری خصوصیتی ندارد که نتوان از ملاک این ماده در اقامه دعوا حقوقی بهره جست. بنابراین سازمان‌های مردم‌نهاد را در ردیف یکی از خواهان‌های دعوا ای اعتراض به تشخیص اراضی ملی می‌آوریم.

سازمان‌های مردم‌نهاد برای رسیدن به اهداف گوناگونی فعالیت می‌کنند. اگرچه این فعالیت این سازمان‌ها بسیار متنوع است، اما هر سازمانی حق دادخواهی و اقامه دعوا در خصوص اراضی ملی را نخواهد داشت. بلکه باید از ملاک مذکور در ماده ۱۶ بهره برد و آن را محدود به سازمان‌هایی کرد که صیانت و حفاظت از جنگل‌ها و مراتع جزء موضوع فعالیت آنها باشد. در واقع گرچه در بند قبلی سازمان‌ها و مؤسسات دولتی را از جهت اینکه حافظ حقوق و منافع عمومی هستند، واجد حق اعتراض شمردیم اما این فلسفه و مبنا در خصوص سازمان‌های مردم‌نهاد صادق نیست؛ زیرا گرچه این سازمان‌ها غیرانتفاعی هستند و منافع خصوصی را دنبال نمی‌کنند اما هر یک با انگیزه‌های خاص تشکیل یافته و از حمایت قدرت عمومی دولتی برخوردار نیستند. لذا صلاحیت آنها جز به فعالیت‌های خاص ترسی نمی‌یابد. بدیهی است که تشخیص این موضوع در صلاحیت دادگاه‌هاست و اظهارنظر در این خصوص با مطالبه اساسنامه جهت احراز موضوع فعالیت‌های آنان دشوار نخواهد بود. بنابراین نهادهای مردمی چون حسب مورد در راستای آرمان‌های حفظ حقوق و منافع عموم گام برمی‌دارند و منابع جنگلی و مرتعی نیز میراث مشترک و متعلق به عموم مردم می‌باشد، سازمان‌های فعال در زمینه جنگل‌ها و مراتع به عنوان خواهان باید واجد صلاحیت اقامه دعوا شناخته شوند.

## ۲. خوانده

خوانده دعوا ای اعتراض به تشخیص حسب اینکه خواهان دعوا کدام دسته از اشخاص فوق‌الذکر باشند، متفاوت است. در واقع خوانده دعوا ای اعتراض در نسبت با خواهان دعوا ای اعتراض تعریف و تعیین می‌گردد. بنابراین آنچه خواهان و خوانده را در دعوا ای اعتراض به تشخیص مشخص می‌نماید، مفاد نظریه ابتدایی ادارات منابع طبیعی است که حسب مورد خواهان و خوانده متفاوتی را در شکل‌گیری دعوا رقم می‌زنند.

### ۱-۱. ادارات منابع طبیعی شهرستان

ادارات منابع طبیعی شهرستان‌ها که به عنوان تنها مرجع صالحی که در حوزه استحفاظی خویش مستقیماً و بدوً مبادرت به اعلام ملی بودن اراضی می‌نمایند، خوانده دعوا ای اعتراض قرار می‌گیرند. این ادارات در دعوا ای که مالکان اراضی و صاحبان باغ‌ها و تأسیسات و صاحبان اراضی نسقی زراعی در مقام خواهان طرح می‌کنند، خوانده دعوا قرار

می‌گیرند که شایع‌ترین و رایج‌ترین شکل دعوا در رابطه با اراضی ملی همین نوع دعواست؛ زیرا اشخاص حقوق خصوصی که عمدتاً در حفظ و تأمین منافع خصوصی خود اهتمام کامل دارند به محض ملی اعلام شدن اراضی تحت تصرفشان، در مقام خواهان برآمده و دعواهی اعتراض خویش را به طرفیت ادارات منابع طبیعی طرح می‌نمایند.

بنابراین از میان پنج قسم از خواهان‌ها فقط سه قسم اول (مالکان اراضی و صاحبان باغ‌ها و تأسیسات و زارعان صاحب اراضی نسقی) می‌توانند در دعواهی اعتراض به ملی اعلام شدن، خوانده خویش را ادارات منابع طبیعی قرار دهند و اشخاص حقوقی عمومی و سازمان‌های مردم‌نهاد به دلیل عدم وجود نفع در اقامه دعوا، حق اعتراض به ملی تشخیص شدن را ندارند. چرا که اگر ادارات منابع طبیعی اراضی تحت تصرف مالکان اراضی و صاحبان باغ‌ها و تأسیسات و صاحبان اراضی نسقی زراعی را ملی تشخیص نماید، تضییع حقی از اشخاص حقوقی عمومی صورت نگرفته تا نفعی در اقامه دعوا داشته باشند.

اما چنانچه در فرضی نادر، اراضی ملی اعلام شده از اراضی تحت تصرف و تصدی سایر اشخاص حقوقی عمومی باشد، با تمکن به عمومات آیین دادرسی مدنی باید گفت مانعی به نظر نمی‌رسد که اشخاص حقوقی عمومی رأساً ادارات منابع طبیعی را خوانده دعوای اعتراض قرار دهند؛ زیرا شرط اقامه دعوا که عبارت از وجود نفع اعم از مادی یا معنوی است برای اشخاص حقوقی عمومی متصور و محرز است. کما اینکه رویه قضایی دادگاه‌های کشور خواهان قرار گرفتن سازمان مسکن و شهرسازی را به طرفیت اداره منابع طبیعی مورد پذیرش قرار داده است. توضیح اینکه شعبه ۱۵۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران در مرحله بدوی، دعوای اعتراض سازمان مسکن و شهرسازی در اعتراض به نظریه کمیسیون ماده واحده را به این دلیل که فاقد سمت بوده، رد نموده است. سپس سازمان مسکن و شهرسازی از رأی بدوی تجدیدنظرخواهی می‌نماید. شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در مقابله با رأی بدوی طی دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۷۹۷ مورخه ۹۱/۷/۵ مقرر نمود: «با توجه به اینکه اراضی منابع طبیعی مورد اعتراض در داخل محدوده قانونی شهر تهران واقع گردیده در اجرای ماده ۱۰ قانون زمین شهری در مالیکت آن سازمان بوده و با این وصف اداره تجدیدنظرخواه ذی نفع در طرح دعوا می‌باشد». بنابراین حتی ادارات منابع طبیعی شهرستان‌ها ممکن است خوانده دعوایی قرار گیرند که اشخاص حقوقی عمومی دیگری در مقام خواهان به تشخیص آنان معتبرض باشند.

حسب آنچه اظهار گردید، مبتلاه‌ترین خوانده در دعواه اعتراض را باید ادارات منابع طبیعی شهرستان‌ها به شمار آورد. البته باید توجه داشت که علی‌رغم وحدت

شخصیت حقوقی وزارت جهاد کشاورزی و سازمان‌های تابعه آن از جمله ادارات کل منابع طبیعی و آبخیزداری استان‌ها بهتر است در هر دعوا همان اداره منابع طبیعی شهرستانی که زمین در آن واقع شده است، خوانده دعوا قرار بگیرد؛ زیرا علاوه بر اینکه ادارات شهرستان‌ها خود بدواً اقدام به تشخیص نموده و نقطه شروع دعوا بوده‌اند، از این طریق مصالح عملی بیشتر تأمین گشته و اطاله دادرسی و بوروکراسی اداری نیز کاهش می‌یابد.

## ۲-۲. مالکان اراضی و صاحبان باغ‌ها و تأسیسات و زارعان صاحب اراضی نسقی

همان گونه که قبلًا اشاره داشتیم، اشخاص حقوقی عمومی در یک فرض حق دارند خواهان دعوای اعتراض به تشخیص قرار گیرند و آن زمانی است که مراجع بدوى (اعم از هیأت ماده واحده تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع ماده ۵۶ یا شعب ویژه محاکم دادگستری) نظریه ادارات منابع طبیعی مبنی بر تشخیص ملی بودن را نقض نمایند و آنها را از جمله مستثنیات قانونی به شمار آورند. در چنین فرضی اشخاص حقوقی عمومی اعم از ادارت منابع طبیعی یا سایر اشخاص حقوق عمومی و یا سازمان‌های مردم‌نهاد بنا بر همان فلسفه و حقی که در جهت رعایت و حفظ منافع و مصالح عمومی به آنها و اگذار گردیده است، حق دارند در مقام شکایت از رأی بدوى بر آمده و در مقام تجدیدنظرخواهی، تجدیدنظرخوانده را حسب مورد هر یک از سه قسم اول از خواهان‌ها (مالکان اراضی و صاحبان باغ‌ها و تأسیسات و صاحبان اراضی نسقی زراعی) قرار دهند. بنابراین خوانده قرار گرفتن اشخاص موضوع این بند عملاً منصرف به مرحله شکایت از رأی (مرحله تجدیدنظرخواهی) می‌باشد. بدیهی است آرای صادره در دعوای اعتراض به تشخیص قابل فرجام خواهی نیستند، چون صلاحیت‌های دیوان عالی کشور در رسیدگی به دعاوی قابل فرجام احصایی بوده و موارد دعاوی قابل فرجام در ماده ۳۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی احصا شده‌اند و دعوای اعتراض به تشخیص اراضی ملی از جمله آنها قرار نگرفته است.

## ۳-۲. سازمان مسکن و شهرسازی شهرستان

امروزه به دلیل رشد و گسترش فزاًینده شهرها بسیاری از اراضی ملی که قبلًا خارج از محدوده قانونی شهرها بودند به تدریج وارد محدوده قانونی شهرها شده و لذا وضعیت فعلی آنها متفاوت گردیده است. بدیهی است با ورود این قسم اراضی به داخل محدوده قانونی شهرها سازمان صالح در تصدی و تولیت آنها نیز دچار تحول می‌گردد. آنچه در این رابطه به ارکان دعوای اعتراض مرتبط است داخل شدن قسمت کشیری از اراضی ملی به محدوده قانونی شهرهاست. حال با این مسأله مواجه هستیم که سازمان

صالح در تصدی این اراضی وزارت جهاد کشاورزی و سازمان‌های تابعه است یا وزارت راه، مسکن و شهرسازی؟ همان گونه که برخی نویسنده‌گان به درستی اظهار داشته‌اند<sup>۱</sup> باید گفت که به استناد ماده ۱۰ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ تصدی این اراضی به وزارت راه، مسکن و شهرسازی منتقل گردیده و اسناد آن نیز به نام همین وزارتخانه تنظیم می‌گردد. گفتنی است تبصره یک ماده ۲۰ آیین‌نامه اجرایی قانون زمین شهری در خصوص تنظیم اسناد اراضی ملی شده به نام وزارت مسکن و شهرسازی تصریح دارد.<sup>۲</sup> اما با وجود این مقدمات هنوز نمی‌توان پاسخ مسئله فوق را به نحو قطعی اظهار داشت؛ از سویی ماهیت خواسته دعوا عبارت از اعتراض به تشخیص است و می‌دانیم که تشخیص در صلاحیت انحصاری ادارات منابع طبیعی است و این اقتضا می‌نماید که همین مرجع خوانده دعوا قرار گیرد و از سوی دیگر ذی نفع بالفعل دعوا به دلیل انتقال اسناد مالکیت و تصدی امور اراضی ملی در داخل محدوده شهرها، سازمان مسکن و شهرسازی است.

به نظر می‌رسد در فرضی که اراضی ملی داخل محدوده قانونی شهرها قرار گرفته باشد، خوانده دعوای اعتراض سازمان مسکن و شهرسازی شهرستان باشد؛ چرا که فقط سازمان مذکور به دلیل داشتن نفع و سمت حق ورود در دعوا را دارد و عملاً نیز همین سازمان با طرح ادعای ملی بودن از متصرفان خلع ید از ملک را درخواست می‌کند. گفته فوق از چند جهت تقویت می‌گردد:

اولاً اعطای صلاحیت ابتدایی به ادارات منابع طبیعی شهرستانها خود ناشی از حکم قانون و وضع مقرره‌ای اداری بوده و مانع ندارد در فرض مذکور - با توجه به اشتراک هر دو سازمان در ماهیت (شخص حقوقی عمومی بودن) - این صلاحیت به سازمان اداری دیگری تفویض گردد.

ثانیاً خوانده قرار گرفتن سازمان مسکن و شهرسازی در فرض مذکور از مجرای قائم‌مقامی کامل‌اً قابل توجیه به نظر می‌رسد؛ چرا که طبق اصل قائم‌مقامی با انتقال مال منتقل‌الیه درباره حقوق و تعهدات مربوط به آن جانشین انتقال‌دهنده می‌شود.<sup>۳</sup>

ثالثاً نظریه مشورتی ۱۶۶۳/۷ مورخه ۱۳۹۱/۸/۱۵ صراحتاً بیان داشته است که «در صورت انتقال مسئولیت و مدیریت اراضی منابع طبیعی به لحاظ توسعه و گسترش محدوده شهرها و قرار گرفتن اراضی ملی در حریم شهر، دعوای اعتراض به برگ تشخیص و رأی ملی بودن این اراضی باید به طرفیت اداره مسکن و شهرسازی مطرح گردد.»

۱. کامیار، غلامرضا، حقوق شهری و شهرسازی، چاپ پنجم، تهران، انتشارات مجده، ۱۳۹۲، ص. ۸۶.

۲. «صدرور سند مالکیت زمین‌های ملی شده یا سایر زمین‌های دولتی واقع در محدوده مورد عمل قانون، به نام وزارت مسکن و شهرسازی نیاز به تحویل و تنظیم صورت جلسه از طرف سرجنگل‌داری‌ها ندارد.»

۳. صفائی، حسین، حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ هشتم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷، ص. ۱۶۷.

رابعاً همان گونه که اشاره داشتیم، رویه قضایی کشور ما طی دادنامه‌های مختلف از جمله دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۷۹۷ مورخه ۹۱/۷/۵ شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، خواهان قرار گرفتن سازمان مسکن و شهرسازی را با بیان اینکه «... با توجه به اینکه اراضی منابع طبیعی مورد اعتراض در داخل محدوده قانونی شهر تهران واقع گردیده در اجرای ماده ۱۰ قانون زمین شهری در مالیکت آن سازمان بوده ...» مورد پذیرش قرار داده است. بنابراین باید تصدی و تولیت تمام سازمان مسکن و شهرسازی در خصوص اراضی ملی واقع در محدوده قانونی شهرها را مورد پذیرش قرار دهیم و تبعاً دعوایی که در آن سازمان مجبور خوانده قرار گرفته را مسموع بایم. علی‌رغم استدلال‌های فوق باید اذعان نمود با توجه به اینکه فرایند تشخیص اراضی توسط ادارات منابع طبیعی صورت می‌گیرد و برگه تشخیص را مرجع مذکور صادر می‌نماید، چنانچه خواهان دعوا از اشخاص حقیقی باشند، باید ادارات منابع طبیعی را نیز در کنار سازمان مسکن و شهرسازی خوانده دعوا قرار داد. مستقیم بودن نفع در یک مفهوم اقتضا دارد که همه اشخاصی که بر فرض پیروزی خواهان احتمال محکومیت آنها وجود دارد خوانده دعوا واقع شوند.<sup>۱</sup> بنابراین در این گونه اراضی که وارد محدوده قانونی شهرها شده‌اند، باید هر دو مرجع مذکور طرف دعوا قرار گیرند.

### ۳. خواسته

تعیین خواسته یکی از مهم‌ترین امور در اقامه دعوا تلقی می‌شود؛ به نحوی که خواهان با توجه به هدف خود در دعوا خواسته را به گونه‌ای تعیین کند که او را به هدفش از اقامه دعوا واصل گردد.<sup>۲</sup> خواسته دعوای اعتراض نیز حسب خواهان‌ها و خوانندگان متفاوت است. اما در هر حال از دو حالت خارج نیست: یا اقامه دعوا از سوی مالکان و صاحبان اراضی نسقی و زراعی یا باغی است که در این صورت خواسته دعوا همانا نقض نظریه ابتدایی ادارات منابع طبیعی - دایر بر ملی بودن - است یا اقامه دعوا از سوی سازمان‌ها و مؤسسات دولتی و سازمان‌های مردم نهاد است که در این صورت خواسته دعوا نقض نظریه ابتدایی ادارات منابع طبیعی - دایر بر ملی نبودن - است.

بنابراین خواسته این نوع دعاوی در محاکم دادگستری اعتراض به ملی اعلام شدن اراضی از سوی مالکان و صاحبان نسق‌های زراعی و باغها و تأسیسات و اعتراض به ملی اعلام نشدن زمین از سوی سایر نهادهای حقوقی به عنوان نهادهای حفظ حقوق مردم و وظیفه صیانت از اراضی می‌باشد. لذا طرح این دعوا تحت عنوان هر خواسته‌ای دیگر

۱. افتخارجه‌می، گودرز؛ السان، مصطفی، منبع پیشین، ص. ۵۲.

۲. شمس، عبدالله، آینه دارسی مدنی، جلد ۲، چاپ سی‌ویکم، تهران، انتشارات دراک، ۱۳۹۲، ص. ۳۶.

که متفاوت از خواسته ذکر شده باشد، قابل استماع نبوده و از آنجا که دعوا به کیفیت مطروحه قابل رسیدگی نیست دادگاه مکلف به رد آن خواهد بود. به عنوان مثال چنانچه شخص حقیقی به ملی اعلام شدن زمینی که در تصرف اوست اعتراض نماید و دعوای خود را تحت عنوان خلع ید اقامه کند یا به دعوای تصرف عدوانی تمسک جوید، به نظر می‌رسد بهتر است دادگاه را مجاز به رد دعوا بدانیم.

پرسشی که در رکن خواسته با آن مواجه هستیم، عبارت از این است که خواسته دعوای اعتراض به تشخیص، اعلام وضعیتی است که سابق بر آن بوده است یا تأسیس حکمی جدید است. بدؤاً متذکر می‌شویم که در دعاوی اصل اولیه صدور احکام تأسیسی است و احکام اعلامی خلاف اصل است؛ چرا که اساساً رجوع به دادگاه و اقامه دعوا فرع بر تضییع حقی است که خواهان دعوا مدعی آن است و به تبع آن دادگاه با صدور حکمی تأسیسی نظم حقوقی جدیدی ایجاد می‌نماید. در حالی که در احکام اعلامی عمل دادگاه محدود به کاشفیت وضع سابق بوده و نظم جدیدی را تأسیس نمی‌کند و به نوعی تحصیل حاصل می‌باشد و با چهار چوب‌های دادرسی همخوانی چندانی ندارد.<sup>۱</sup>

با توجه به ماده ۴ قانون مدنی که دلالت بر اثر قانون نسبت به آینده دارد، باید معتقد بود که اثر تشخیص تأسیسی است؛ چرا که تشخیص اراضی ملی به عنوان جنگل‌ها و مراتع با ثبت مالکیت دولت ملازمه دارد و به همان میزان که عدم صدور سند مالکیت به نام دولت نافی مالکیت دولت نیست، صدور سند مالکیت به نام دولت را نیز باید به منزله ثبت مالکیت او تلقی کرد. اگر اثر تشخیص را اعلامی تلقی نماییم نیازی به صدور سند مالکیت به نام دولت نخواهد بود و مقررات راجع به ضرورت صدور سند مالکیت به نام دولت پیش‌بینی نمی‌شد و همان آگهی و نقشه مربوطه و گواهی ماده ۱۳ آین نامه اجرایی قانون ملی شدن جنگل‌ها و گواهی ماده ۳۹ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع اصلاحی<sup>۲</sup> و رأی هیأت ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی ۱۳۶۷ کافی بود.<sup>۳</sup>

ضمن اینکه پیروی از تأسیسی بودن هم با قواعد حقوقی سازگارتر است هم با عدالت انطباق بیشتری دارد؛ هدف قانون‌گذار از وضع قوانین مربوط به ملی شدن اراضی حفظ این ثروت‌هاست و استفاده از آن برای نیازمندی‌های طبیعی و اقتصادی کشور است. پس اگر در زمان تشخیص این گونه اراضی توسط قوه مجریه عرصه مرتعی تبدیل به مزرعه، باغ، منزل مسکونی، کارخانه و سایر مستحداثات و دیگر مظاهر عمران و احیاء گردیده باشد، دیگر نمی‌توان به این بهانه که احداث این گونه تأسیسات در مرتع مزبور

۱. خدابخشی، عبدالله، منبع پیشین، صص. ۵۰-۵۱.

۲. بهرامی، داریوش، حقوق ثبت املاک در ایران، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۱، ص. ۵۱۵.

مریبوط به پس از قانون ملی شدن جنگل‌ها است، پس در اصل حکم اثری ندارد و تصرف در اموال عمومی محسوب می‌شود، اعیان مذکور را ملی اعلام کرد؛ زیرا اولاً تعلق حکم کلی قانون سال ۱۳۴۱ بر مصاديق خاص، معلم بر تعیین این مصاديق می‌باشد و اثر آن نیز به حکم قاعده عمومی مندرج در ماده ۴ قانون مدنی ناظر بر آینده می‌باشد و ثانیاً این کار با فلسفه و هدف قانون ملی شده جنگل‌ها و مراتع مغایرت دارد. زیرا پس از تبدیل مرتع، دیگر مسئله حفظ آن مطرح نمی‌شود و ثالثاً عادلانه به نظر نمی‌رسد؛ زیرا ممکن است اشخاصی را که به عنوان مالک در مایملک خود تصرف کرده‌اند ولو ناآگاه از وضعیت حقوقی این اراضی بوده باشند به غاصب و متجاوز به اموال عمومی بدل کنند.<sup>۱</sup> شایان ذکر است همان گونه که قبل‌اشare شد، دعواهای مذکور را باید غیرمالی تلقی نموده و از آنجا که در دعاوی غیرمالی تقویم خواسته ضرورت ندارد.<sup>۲</sup> لذا ضرورتی به تقویم بهای خواسته وجود ندارد و هزینه دادرسی دعاوی غیرمالی وصول می‌گردد. البته چنانچه ادارات منابع طبیعی خواهان (تجدیدنظرخواه) دعوا قرار گیرند طبق ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی ۱۳۸۹ از پرداخت هزینه دادرسی دعاوی موضوع همان قانون اعم از کیفری و حقوقی معاف می‌باشند.

۱. شمس، احمد، نظام حقوقی اراضی ملی شده، چاپ پنجم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۲، ص. ۷۴.  
۲. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دارسی مدنی، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، نشر فکرسازان، ۱۳۸۸، ص. ۲۶۶.

## نتیجه‌گیری

به عنوان نتیجه باید اظهار داشت که اراضی ملی در حقوق ما دربرگیرنده آن نوع اراضی هستند که پوشش جنگلی یا مرتعی خودرو دارند. ملی اعلام نمودن این نوع اراضی اعتراضاتی را از سوی متصرفان و مالکان این اراضی به دنبال دارد. اشخاصی که حق اعتراض به تشخیص دارند در پنج دسته کلی زارعان صاحب نسقی و مالکان و صاحبان باغ‌ها و تأسیسات و سازمان‌ها و مؤسسات دولتی و سازمان‌های مردم‌نهاد جای می‌گیرند و محاکم در صورت مواجه با غیر اینها باید قرار رد دعوا صادر نمایند.

مالکان اراضی و صاحبان باغ‌ها و تأسیسات و زارعان صاحب اراضی نسقی که بیشترین خواهان‌ها در این دعاوی هستند، چنانچه اراضی جنگلی و مرتعی را در تصرف داشته باشند، تنها در صورت اثبات اینکه تصرفاتشان سابق بر تاریخ تصویب قانون ملی شدن جنگل‌های کشور (۱۳۴۱/۱۰/۲۷) بوده است، می‌توانند از امتیاز مستثنی تلقی شدن برخوردار گردند. در این راستا می‌بایست قید «مالکیت قطعی و نهایی» را در قسمت آخر تبصره یک ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی را در سایه مقررات و ضوابط حاکم بر اراضی ملی تفسیر نمود. به این نحو که مالکیتی مورد احترام قانون گذار است و بر آن آثار صحیح مالکیت بار می‌شود که این مالکیت از فیلتر قوانین و مقررات آمره ناظر بر ملی نمودن اراضی جنگلی و مرتع گذشته باشد و ملی تشخیص نشده باشد. لذا حتی اگر مالکیت مستند به سند رسمی باشد، اما تصرفات در تاریخ ملی شدن جنگل‌ها و مرائع کشور و یا سابق بر آن احراز نگردد، اعتباری نخواهد داشت.

با پذیرش طرق شکایت از آراء، ابزار قانونی مهمی در اختیار اشخاص حقوقی عمومی قرار می‌گیرد تا بتوانند خواهان این گونه دعاوی قرار گیرند و همین امر در تعیین ارکان دعوا تأثیرگذار می‌باشد. اشخاص حقوقی عمومی دولتی و سازمان‌های مردم‌نهاد را با توجه به نفع غیرمستقیم و غیرشخصی - تأمین منافع عمومی جامعه از مجرای حفظ منابع طبیعی - که برای آنها متصرور است باید واجد حق اقامه دعوای اعتراض به ملی اعلام نشدن اراضی تلقی نمود. مقرراتی از جمله ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری جدید و تبصره ۳ ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی قانون تعیین تکلیف ۱۳۹۰ مصوب و ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی تأسیس و فعالیت سازمان‌های غیردولتی مصوب ۱۳۸۴ همگی دلالت بر این امر دارند.

خوانندگان دعوا نیز در سه قسم عمدۀ قابل طرح هستند که حسب تقابل با هر یک از خواهان‌ها تغییر می‌نمایند. چنانچه خواهان‌ها مالکان و صاحبان باغ‌ها و تأسیسات و

زارعان صاحب نسق که اشخاص حقوق خصوصی به شمار می‌روند، باشند تبعاً خوانده آنها اداره منابع طبیعی شهرستان خواهد بود و چنانچه اراضی وارد محدوده قانونی شهرها شده باشد، دعوا علاوه بر ادارات منابع طبیعی باید به طرفیت سازمان مسکن و شهرسازی نیز اقامه گردد.

رکن خواسته در این دعاوی چیزی جز اعتراض به تشخیص نمی‌باشد: خواسته دعوا زمانی که خواهان‌ها از سه دسته اول احصا شده در این مقاله باشند، «نقض نظریه ابتدایی ادارات منابع طبیعی - دایر بر ملی بودن - » است. خواسته دعوا زمانی که خواهان‌ها از دو دسته دیگر باشند، «نقض نظریه ابتدایی ادارات منابع طبیعی - دایر بر ملی نبودن - » است. خواسته این دعاوی اولاً تأسیسی است؛ زیرا مفاد ماده ۴ قانون مدنی دلالت بر اثر قانون نسبت به آینده دارد و از آنجا که سلب مالکیت اشخاص فرع بر اجرای فرایند تشخیص است، لذا آثار قانون از زمان صدور حکم بر ملی بودن جریان می‌یابد. ثانياً غیرمالی است؛ زیرا اعتراض به تشخیص مستقیماً اثر مالی نداشته و نیز قابلیت تقویم و ارزیابی ندارد.

## منابع

- افتخارجهرمی، گودرز؛ السان، مصطفی، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، چاپ اول، تهران، نشر دوراندیشان، ۱۳۹۴.
- امامی، محمد؛ استوارسنگری، کوروش، حقوق اداری، جلد ۱، چاپ شانزدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- بهرامی، داریوش، حقوق ثبت املاک در ایران، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۱.
- حیاتی، علی عباس، آیین دادرسی مدنی، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۳.
- خدابخشی، عبدالله، مبانی فقهی آیین دارسی مدنی، جلد ۱، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
- \_\_\_\_\_، حقوق دعاوی، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
- زاهدی، حسن، «دعاوی مالی و غیرمالی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۷، زمستان ۱۳۸۰.
- شمس، احمد، نظام حقوقی اراضی ملی شده، چاپ پنجم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۲.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، انتشارات دراک، تهران، ۱۳۸۸.
- \_\_\_\_\_، آیین دادرسی مدنی (دوره بنیادین)، جلد ۱، چاپ یازدهم، تهران، نشر دراک، ۱۳۸۹.
- \_\_\_\_\_، آیین دارسی مدنی، جلد ۲، چاپ سی و یکم، تهران، انتشارات دراک، ۱۳۹۲.
- صفار، محمدجواد، شخصیت حقوقی، تهران، نشر دانا، ۱۳۷۳.
- صفایی، حسین، حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ هشتم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷.
- کامیار، غلامرضا، حقوق شهری و شهرسازی، چاپ پنجم، تهران، انتشارات مجده، ۱۳۹۲.
- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، مجموعه نشستهای قوه قضائیه (مسائل آیین دادرسی مدنی)، چاپ دوم، تهران، نشر جاودانه، ۱۳۹۲.
- موسیزاده، رضا، حقوق اداری، چاپ ششم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳.
- مهاجری، علی، مبسوط در آیین دارسی مدنی، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، نشر فکرسازان، ۱۳۸۸.



## اثر حاکمیت نوع نظام ادله‌ای بر هدف دادرسی مدنی در حقوق ایران

رحیم مختاری\*

چکیده

هر کشور بر اساس سیاست قضایی و هدف دادرسی و نیز میزان اعتمادی که قانون‌گذار آن به دادرس دارد، یکی از نظام‌های ادله‌ای یا ترکیبی را از آن بر می‌گزیند. نظام دادرسی مدنی ایران بر مبنای دادرسی اسلامی است، که از اصول اساسی و قضایی آن حصول اطمینان قلبی و وجودانی از دلایل است. این نظام به تأثیر از دین الهی که هدف آن تأمین حق و عدالت و سعادت دنیوی و اخروی انسان‌هاست، هدف خود را کشف حقیقت که کمال مطلوب و غایت دادرسی قرار داده است. به این منظور همگام با تحول نظام‌های حقوقی و توسعه افکار عدالت‌خواهانه در جوامع پیشرفته، قواعد اثبات مدنی با هدف رسیدن به قضاؤت واقعی و تحقیق عدالت، به سمت توسعه اختیارات دادرس به سرعت پیش رفته است.

با تحول در محدوده اختیارات دادرس، حذف محدودیت‌ها در ارزش اثباتی شهادت و توسعه دایره آن و به لحاظ طریقت ادله و حصری نبودن آن و عدم محدودیت در وسعت و تنوع اماره قضایی، نظام ادله آزاد بر دادرسی مدنی ایران سایه افکنده است. با این پویایی که تنها در چارچوب اصول دادرسی احرا می‌گردد و بر اساس آن دادرس می‌تواند به هر دلیل منطقی و متعارفی که او را به حقیقت رهبری و باعث علم و قناعت وجودان وی به واقعیت قضیه می‌شود، تصمیم‌گیری نماید، قانون‌گذار هدف را کشف حقیقت قرارداده و فصل خصومت را به عنوان آخرین راه حل در صورت عدم امکان رسیدن به واقع، جهت پایان دادن به دعوا پیش‌بینی کرده است.

**کلیدواژه‌ها:** دادرس، کشف حقیقت، نظام ادله‌ای، طریقت ادله، حصر ادله.

## مقدمه

بحث آزادی دادرس در چگونگی به کارگیری ادله اثبات دعوا، که برای اثبات موضوع حق<sup>۱</sup> در مراجع قضایی مورد استفاده قرار می‌گیرد، سابقه دیرینه دارد و به عنوان معیار تمايز نظام اتهامی از تفتیشی در دعاوی مدنی ملاک عمل است. به طوری که پذیرش هر کدام از این دو نظام مبین نگرش سیاست قضایی در میزان اختیار دادرس می‌باشد. در جوامع پیشرفته با تحول نظامهای حقوقی و توسعه افکار عدالت‌خواهانه، قواعد اثبات مدنی با هدف رسیدن به قضاوت واقعی و تحقق عدالت، به سمت توسعه اختیارات قاضی برای کشف واقع به سرعت پیش رفته، به نحوی که دیدگاه سنتی مبنی بر تفکیک دعاوی کیفری و حقوقی در امر اثبات تا حدود زیادی از بین رفته است.

در جامعه دینی نیز که نقش قضا جدا از نقش دین در جامعه نمی‌تواند باشد. همان‌گونه که هدف دین الهی تأمین ساعت دنیوی و اخروی انسان‌هاست، جامعه باید تأمین‌کننده حق و عدالت و سعادت دینی و اخروی افراد باشد. بدین خاطر است که قانون‌گذار دادرسان را مکلف می‌کند تا در مبادی قضا، در اجرای عدالت سوگند یاد کند تا همواره در کشف حقیقت و احقيق حق و اجرای عدالت و قسط اسلامی کوشان باشند.<sup>۲</sup>

در همین راستا، پژوهش حاضر ضمن پاسخ به این مسئله اساسی که هدف در دادرسی مدنی ایران چیست و چه نوع نظام ادله‌ای بر آن حاکم است، در صدد اثبات طریقی و تمثیلی بودن ادله و اختیار دادرس در برابر ادله و نیز تأثیر آن بر هدف دادرسی می‌باشد.

### ۱. هدف دادرسی در امور مدنی

آیین دادرسی همچون سایر قوانین هر مملکت با توجه به تفکر قانون‌گذار از مکتب معینی الهام می‌گیرد. مکتب لیبرالیزم با این باور که برای بقای اجتماع باید حقوق و آزادی فردی مورد حمایت قرار گیرد، مبتنی بر حاکمیت اصحاب دعوی در دادرسی است و دادرس در آن منفعل و مأمور فصل خصوصت می‌باشد. در مقابل مکتب سوسیالیزم، با اختیار گسترده قانونی که برای دادرس به هدف کشف حقیقت قایل است: «کوشش می‌کند تا نابرابری موجود در بین طرفین را با استمداد از نیرو و قدرت جامعه برای حمایت از ضعیف و احراز ذی‌نفع، جبران کند.»<sup>۳</sup>

۱. کریمی، عباس، «تبیین منطقی دلیل»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه، تهران، دوره ۳۷، شماره ۴، ۱۳۸۶، ص. ۱۵۹.

۲. ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرای قانون گزینش و استخدام قضات.

۳. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، بخش قضایی (۳)، چاپ سوم، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳، ص. ۱۶.

دادرسی اسلامی بر مبنای شریعت و اعتماد به انسان‌های مؤمن، هدف خود را تأمین حق و عدالت و سعادت دینی و اخروی افراد قرار داده است. با وجود این، تعریف اکثر فقهاء از قضا به عنوان فصل خصوصت موجب این پرسش است که چرا فقهاء با علم به این مبانی قضا را فصل خصوصت می‌دانند. هر چند در تعریف قضا برخی از فقهاء آن را فصل خصوصت و رفع نزاع تعریف کرده و گفته‌اند: «قضاؤ حکم کردن بین مردم در هنگام نزاع و مشاجره و رفع خصوصت است»<sup>۱</sup> و برخی هم در مورد آیاتی که دستور به قضا و حق و عدل می‌دهد، می‌گویند: «منظور از آیات حق و عدل مطابق با معیارهای قضایی است»<sup>۲</sup> اما در مقابل، عده‌ای از فقهاء به صراحت، کشف واقع و احقاق حق را هدف می‌دانند؛<sup>۳</sup> و گفته شده است: «متبار از کلمه عدل و حق به ویژه کلمه حق، حق و عدالتی است که مطابق واقع باشد.»<sup>۴</sup>

مرحوم سبزواری معتقد است: «ذکر فصل خصوصت در تعریف فقهاء بدین علت بوده که فقهاء در آن زمان وسعت اختیاری نداشته‌اند که راساً ایجاد دستگاه قضایی نمایند و غالباً قضاؤها در مورد تنافع و خصوصات واقع می‌شده است.»<sup>۵</sup> ظاهر ادله نشانگ این است که محور قضای اسلام بر یافتن حقیقت واقعی است.<sup>۶</sup> ذکر فصل خصوصت در تعریف قضا به معنای هدف دادرسی نیست و اگر فصل خصوصت را هدف دادرسی بدانیم، گرفتار دور خواهیم شد. زیرا از یک طرف قضا را فصل دانسته‌ایم و از طرف دیگر فصل را تیجه، که در واقع گفته‌ایم قضا و حکم بر طرف خودش در حرکت و مسیر است.<sup>۷</sup> پس فصل خصوصت که در تعریف قضا آمده است به مفهوم اتمام دادرسی است که این اتمام می‌تواند یا به فصل خصوصت در مفهوم خاص و یا به کشف حقیقت منجر شود. به عبارتی فصل خصوصت مفهومی اعم از فصل خصوصت به معنای خاص و کشف حقیقت دارد.

اکثر حقوق‌دانان نیز معتقد‌اند که دادرس صرفاً عهده‌دار فصل خصوصت و رفع تعارضات خصوصی نیست، بلکه باید حقیقت نوعی و مادی را آشکار سازد؛ زیرا

۱. طباطبایی یزدی، محمد‌کاظم، تکمله العروه الوثقی، جلد ۲، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۴ ق، ص. ۲.

۲. عراقی، ضیاء الدین، کتاب القضاء، بی‌جا، چاپ مهر، بی‌تا، ص. ۳۲.

۳. نجفی، شیخ محمد حسین، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۳، چاپ سوم، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲، ص. ۴۰.

۴. حابی حسینی، سید کاظم، القضا فی فقه اسلامی، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۱۵ ق، صص. ۲۰۵-۲۰۶.

۵. سبزواری، سید عبدالعلی، مهدی‌الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، جلد‌های ۲۷ و ۳۰ و چاپ چهارم، قم، مؤسسه المثار، ۱۴۳۱ ق، ص. ۷.

۶. خورسندیان، محمدعلی، «حجیت علم قاضی در فقه و حقوق ایران»، نشریه حقوق دادگستری، شماره ۴۳، ۱۳۸۲، ص. ۳۱.

۷. حسینی، سیدمحمد، «کشف حقیقت یا فصل خصوصت، کارکرد قضا»، فصلنامه علوم اسلامی، شماره ۱۹، ۱۴۹، ص. ۱۳۸۹.

مبنای اصلی آیین دادرسی مدنی سیره عقا است. اگر چه آیین دادرسی مدنی فصل خصوصت را هم مورد توجه قرار می‌دهد (ماده ۳ آ.د.م) اما هدف آن کشف حقیقت است (ماده ۱۹۹ آ.د.م).

بونیه می‌گوید: «علم حقوق که سعی دارد با تنظیم قواعد عدالت و جدان آدمی را راضی سازد جواب‌گوی یک احتیاج دیگر بشر یعنی کشف حقیقت نیز می‌باشد.»<sup>۱</sup> حقوق دانان در لزوم کشف حقیقت تردید ندارند. تنها نگران هستند که دادرس با این گستردگی اختیارات از بی‌طرفی خارج شود و موجب سوءاستفاده گردد. اما کشف حقیقت کمال مطلوب و غایت دادرسی است. بشر از روزی که خود را شناخته در جستجوی این بوده است که عدالت چیست و همان عدالت را در قضاوت رعایت کند. چرا که قضاوت و عدالت دو همزاد تاریخی هستند.<sup>۲</sup> بنابراین عقل این اجازه را نمی‌دهد آنچه که باید بدان رسید و تمام تلاش‌ها را که برای دستیابی به آن است رها کرده تن به احتمالات داد.

قانون‌گذار ایران هم با عبور از کنار نظریه سنتی انجام دادرسی به منظور فصل خصوصت، هدف را به سمت کشف واقع تغییر داده و با اعطای اختیارات گسترده به دادرس مدنی به دنبال واقع است و فصل خصوصت را به عنوان آخرین راه حل در صورت عدم امکان رسیدن به واقع جهت پایان دادن به دعوا پیش‌بینی کرده است. پس توسل به فصل خصوصت نه به عنوان هدف دادرسی است بلکه «اقتضای دادرسی است که منجر به صدور چنین حکمی می‌شود، زیرا هر دعوا باید منتهی به صدور حکم شده و پایان پذیرد، هر چند که دادرس به مرحله یقین و قناعت نرسیده باشد.»<sup>۳</sup>

در اینجا ممکن است این سوال مطرح گردد که آیا اختیار گسترده دادرس در کشف حقیقت موجب خروج از بی‌طرفی، افزایش هزینه دادرسی و اطاله دادرسی نمی‌شود؟ در مبانی فقهی آنچه دادرس از آن منع شده، تلقین است. زیرا دادرس در دلیل موجود دخالت کرده با تأثیر بر آن دلیل را به سوی منافع دارنده دلیل یا خلاف آن هدایت می‌کند. این عمل چه عمدى و چه سهوی عین جانبداری است؛ زیرا دادرس در این موارد همکار طرف دعوا می‌شود که این بر خلاف بی‌طرفی اوست و ظهور در گرایش دادرس به یکی از طرفین دارد. مانند زمانی که قاضی در تصمیم اقرارکننده در حق دیگری تزلزل ایجاد کند. در حالی که اختیار دادرس موجب فعل شدن وی که لازمه حقیقت مادی است گشته تا در خدمت عدالت باشد و دست و پا بسته اسیر خواسته‌های طرفین

۱. به نقل از: ناصری، فرج الله، امارات در حقوق مدنی ایران، بی‌جا، بی‌تا، ص. ۲.

۲. کاتوزیان، ناصر، «سهم عدالت در قضاوت»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۲، ۱۳۸۲، ص. ۲۱۶.

۳. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، جلد ۱، تهران، میزان، ۱۳۸۸، ص. ۲۰.

نگردد.<sup>۱</sup> به همین منظور دادرس بدون اینکه نفع طرفی مدنظر او باشد و دادرس را متهم به جانبداری کند، برای رسیدن به آن تلاش می‌کند. آراء صادره محاکم مؤید نفوذ مفهوم مطابقت با واقع در ذهن و بیان قضات و عرف قضایی است. اکثر قضات اعتقاد دارند که «در هر صورت دادگاه بایستی طبق ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی جهت کشف حقیقت اقدام و رأی خود را تا حد امکان مطابق با واقع صادر نماید...»<sup>۲</sup>

اگر دادرس بدون داشتن اختیار لازم مجبور به صدور رأی شود، می‌تواند موجب افزایش احتمال خطا در حکم گردد و به لحاظ حل و فصل نشدن واقعی اختلاف و عدم جلب رضایت طرفین، طرح دعاوی دیگر را، همچون شکایت از آرا که باعث افزایش هزینه و تخصیص وقت و اطاله دادرسی می‌شود، در پی دارد. در هر صورت، گرچه کشف حقیقت غایت است، اما نه به قیمتی که وصل آن موجب نقض اصول دادرسی بشود. پس پویایی دادرس باید در چاچوب این اصول و در جهت اجرای صحیح عدالت و حقیقت به کارگرفته شود. چنین دادرسی در خدمت عدالت و طرفین دعوا بوده و کمک کننده به آن است. چرا که مشروعیت و حیات دادرسی و اجرای عدالت در گروه اجرای این اصول است. پس دادرس در چار چوب این اصول آزاد است و هر جا موجب نقض بی‌طرفی که از وثایق اجرای عدالت است گردد، دادرس نمی‌تواند به بهانه کشف حقیقت از آن عبور کند. دادرس به عنوان مأمور انجام خدمت عمومی کشف حقیقت را در صورتی دنبال می‌کند، که طرفین با صلح و سازش دعواه مدنی را که ریشه در منافع خصوصی دارد، با فصل خصومت به پایان نرسانند.<sup>۳</sup>

۱. محسنی، حسن، نظام دادرسی مدنی، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۷، ص. ۱۰۹، ۱۳۸۶.

۲. معاونت آموزش دادگستری استان تهران، گزارش آخرین نشست قضایی استان تهران، فصلنامه قضاآوت، سال سوم، شماره ۳۳، ۱۳۸۳، ص. ۴۴.

رأی شماره ۱۳۹۱/۹/۲۹-۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۸۹۸ شعبه ۳۵ «با عنایت به اینکه مطابق ماده ۱۹۹ آیین دادرسی در امور مدنی در کلیه امور حقوقی دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین هر گونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد انجام خواهد داد که در مانحن فیه دادگاه بدوع بدون بررسی موضوع و تحقیقات لازم بیادرت به صدور قرار نموده ... تجدیدنظرخواهی را موجه تشخیص ...»

رأی شماره ۱۲۴۵ شعبه ۳۵ «با عنایت به مستندات ابرازی و کیل خواهان دادگاه بدوع در اجرای ماده ۱۹۹ آیین دادرسی مدنی تحقیق مکفی (از جمله استعلام از شهرداری) برای کشف حقیقت انجام نداده است، لذا تجدیدنظرخواهی را موجه تشخیص ...»

رأی شماره ۱۰۸۱ شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران «در کلیه امور حقوقی دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین هر گونه تحقیق و اقدامی که برای کشف لازم باشد انجام خواهد داد...»

نظریه مشورتی شماره ۱۳۰۸/۲/۸/۱۶۰۳ «اعمال ماده ۱۹۹ آیین دادرسی مدنی در امور مدنی، از طرف دادگاه محدودیت خاصی ندارد و تشخیص آن در هر مورد و اینکه چگونه دست به تحقیقات بزند با دادگاه است.»

۳. محسنی، حسن، «عدالت آیینی؛ پژوهشی پیرامون نظریه‌های دادرسی عادلانه مدنی»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۸، ۱۳۸۷، ص. ۲۹۵ و ۳۰۰.

## ۲. نظام ادله حاکم بر دادرسی

در نظام دادرسی تفتیشی بر خلاف اتهامی، به لحاظ اختیارات گسترده‌ای که دادرس پیش از صدور حکم در جمع آوری ادله و احراز صحت ادعای هر یک از اصحاب دعوی و رسیدن به حقیقت دارد، به او «قاضی فعال» و «دادرس واقعیت‌ها نه دادرس ادعاهای» می‌گویند. در این شیوه دادرسی که مبتنی بر نظام ادله آزاد می‌باشد، بر خلاف نظام ادله قانونی، ملاک عمل در آن اقناع وجودان دادرس است. نظامی که در آن بین دلایل ترتیب وجود ندارد و هر دلیل ارزشی برابر با سایر دلایل دارد و قانون‌گذار به هدف رسیدن به حقیقت واقعی از باب تمثیل، تعدادی از دلایل را بدون ارزش مفروض قانونی پیش‌بینی می‌کند. پس هر زمان به دادرس اجازه داده تا با توصل به هر امری که او را به حقیقت رهبری و باعث علم و قناعت وجودان وی به واقعیت قضیه گردد، تصمیم اتخاذ کند، نظام ادله آزاد حاکم شده است.<sup>۱</sup> مهم‌ترین مزیت این روش که باعث شده به آن «تأثیر ادله بر قوه عاقله»<sup>۲</sup> گویند،<sup>۳</sup> صلاحیت و شایستگی دادرس در تشخیص ادله ارائه شده در عمق وجودان خود است که موجب می‌گردد تا حد زیادی حقیقت قضایی با حقیقت واقعی مطابقت نموده، حکم قضایی منطبق با عدالت گردد.<sup>۴</sup> البته دادرس در پاسخ به اعتماد قانون‌گذار باید روشی منطقی و معتدل پیشه خود سازد. یعنی در اتخاذ تصمیم نوعی تعقل را به اثبات رساند.<sup>۵</sup> مطالعه تطبیقی در بین کشورها نشان می‌دهد اختیار دادرس از این حیث رو به افزایش و محدودیتی که در گذشته وجود داشته در حال کاهش است.<sup>۶</sup> فرانسه از جمله کشورهایی است که نظام ادله قانونی را از ابتدا در دادرسی مدنی خود پذیرفته، اما متأثر از تحولات جهانی و درک اهمیت آزادی دادرس در کشف از واقع در ماده ۱۰ آیین دادرسی مدنی جدید (۱۹۷۵) اختیار هر تحقیقی را به دادرس داده است. این ماده بیانگر اصلی است که در سال‌های اخیر توسط بسیاری از کشورها پذیرفته شده است. انگلستان که مظہر کامن لا و نمونه بارز آزادی ادله است، در آن دادرس مجبور نیست که ادله را پذیرد و حجت هیچ دلیلی قاطع نیست.<sup>۷</sup> آیین

۱. شیخ‌نیا، امیرحسین، ادله اثبات دعوی، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵، ص. ۴.

2. Pradel, Jean, Droit Pénal Comparé, 2ème édition, Paris, Dalloz, 2002, p. 534.

۳. مرقس، سليمان، اصول اثبات و اجراء في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً تنظيمات سائر البلاد العربية، جلد ۱، قاهره، عالم الكتاب، ۱۹۸۱، م، ص. ۱۵.

۴. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۳، ص. ۳۳۶.

۵. صفائی، حسین، «مفهوم تقصیر سنگین در ارتباط با شرط عدم مسئولیت»، مجله حقوق بین‌المللی، شماره ۴، ۱۳۶۴، ص. ۱۵۱.

۶. آذربایجانی، علیرضا، نظام ارزیابی دلایل در حقوق ایران و کامن لا، رساله دکتری پردازی قم دانشگاه تهران، ۱۳۸۷، ص. ۱۵۷.

دادرسی مدنی فراملی در بند ۶ اصل ۱۶ و بند ۲ قاعده ۲۸ به عنوان یک اصل پیش‌بینی کرده است: «دادگاه باید آزادانه دلایل اصحاب دعوا را ارزیابی کند». در عین حال، جهت شناخت نوع نظام ادلیه‌ای در حقوق ایران و احراز تأثیر آن در کشف حقیقت که هدف دادرسی است، ضرورت دارد مشخص گردد که دادرس در برابر دلایل از چه اختیاری برخوردار می‌باشد و اینکه آیا دلایل طریقیت دارند یا موضوعیت و این دلایل حصری هستند یا تمثیلی.

## ۱-۲. نقش دادرس در برابر ادله

اساس و لازمه احراق حق و اجرای عدالت که اسلام به آن بسیار توجه داشته، فراهم آوردن وسائل ایجاد علم و ایقان دادرس در کیفیت و ماهیت وقایع و حقایق از طریق بررسی آنهاست. اصلی که بیشتر نظامهای حقوقی به اهمیت آن دست یافته و آن را مورد پذیرش قرار داده‌اند، اصل آزادی دادرس در ارزیابی دلایل به عنوان یک اصل طبیعی و لازم با صلاحیت دادرسی است.<sup>۱</sup> پذیرفتن این اصل به هدف کشف حقیقت واقعی است. هدفی که جستجوی آن در موضوعات متنازع‌ فيه چنان بخش واقعی از نقش دادگاه است که نیازی به بیان صریح آن در قانون نمی‌باشد. امروزه در دادرسی‌های مدنی دیگر پذیرفتی نیست که دادرس فرشته عدالت چشم‌بسته بر وقایع است، بلکه دادرس باید حقیقت را با هوش و ذکاوت خود بیاید. اگر دادرس دلایل را آن گونه که ارائه گردیده به کار گیرد و بدون توجه به قناعت وجودان به آن عمل کند، یاری گر بی‌عدالتی شده است؛ زیرا اعتبار دلایل از آن جهت است که در راه وصول به حقایق خارجی مفید واقع شوند<sup>۲</sup> و اقناع‌آوری ویژگی دلیل است. بنابراین دلیل در صورتی به هدف نهایی خود نائل می‌گردد که عقل به آن اعتماد داشته باشد.<sup>۳</sup>

از اصول اساسی و قضایی اسلام همان اطمینان قلبی و وجودانی از دلایل ابرازی است و اگر باور قلبی دادرس بر خلاف ادله اثبات باشد متابعت از ادله مجاز نیست.<sup>۴</sup> کشف واقع مبنای هر دلیل است، اعم از اینکه در عالم حقوق باشیم یا خارج از آن،<sup>۵</sup> پس نباید به وسیله بیشتر از هدف اهمیت داد. حلبی می‌گوید: «صحت حکم به وسیله اقرار یا بیانه و سوگند فرع است بر حصول علم قضایی نسبت به آنها».<sup>۶</sup>

<sup>۱۰</sup> کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، منبع پیشین، ص: ۵۹.

۵۷-۵۴. همان، صر.

۳. رأی شماره ۶۱۰ - ۸۳/۳/۲۸ شعبه هشتم تجدیدنظر استان تهران: «... چنانچه دادگاه افلهارنظر کارشناس را برای کشف حقیقت ضروری تشخیص می دهد ... و نظر کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت ندارد، باید کارشناسی را تجدید کند.»

<sup>۴</sup>. خمینی، روح الله، تحریرالوسیله، جلد ۲، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹، ص. ۴۰۷.

<sup>5</sup>. توسلی، منوچهر، مبانی و ماهیت اثبات حق، رساله دکتری دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، ص. ۱۰۹.

<sup>٦</sup> حلبي، ابوالصلاح، الكافي في الفقه، اصفهان، كتابخانه امير المؤمنین (ع)، ١٤٠٢ق، ص. ٤٢٠.

در هر نظام «عدالت مدنی» کمال مطلوب و دست یافتن به حقیقت عینی (مطلق) است و وظیفه دادرس در آن تحقق غرض حکم یعنی حق و عدالت است. امروزه دادرس مدنی دیگر مانند گذشته «ملزم نخواهد بود بر اساس ادله موجود در پرونده بر خلاف اقنان و جانی خود حکم صادر کند. بلکه دادرس مجاز است در رسیدن به هدف واقعی دلیل را مورد ارزیابی قرار داده و در صورت پذیرفتن بر اساس آن رأی صادر کند.»<sup>۱</sup>

## ۲-۲. طریقت ادله در دادرسی

### ۲-۲-۱. علم طریقی و موضوعی

علمی که به خودی خود معتبر و دارای ارزش اثباتی باشد و به محض حصول مبنا موضوع حکم قرار گیرد، و طبق آن عمل شود موضوعیت دارد. چنین علمی که خودش مقصد و در آن مدلول هدف است نه واقع،<sup>۲</sup> گر خطا در آن صورت گیرد جبران ضرورت ندارد.<sup>۳</sup> علم طریقی، که ظاهراً بحث آن را مؤلف کتاب الدررالنجفیه بنیان نهاده و الهامبخش نظر دیگران شده است،<sup>۴</sup> قطعی است که هیچ‌گونه خصوصیت و موضوعیتی ندارد و صرفاً راه و طرق به سوی واقع است.<sup>۵</sup> به همین جهت اثبات خلاف آن مجاز و در صورت بطلان باید بر طبق علم جدید عمل کرد،<sup>۶</sup> به عبارتی این علم که در آن معلوم هدف است، دانش و آگاهی خاصی است که انسان به وسیله آن واقعیت امری را کشف می‌کند و اگر خطا در آن رخ دهد باید جبران شود.

انسان از ابزار و اسباب برای وصول به هدف (واقع) بهره می‌گیرد و هر جا که اشتباه او روشن شود، ابزار و اسباب کار را فدای هدف می‌کند<sup>۷</sup> و چون انسان طالب وصول به واقع هر چیزی است، پس لاعلاج اصل در نظر او طریقت در هر مورد است. بنابراین علی‌الاصول علم طریقیت دارد و کافش از واقع است. به عبارتی قاعده اولیه در قطع طریقت است و در موارد شک باید بر اساس قاعده عمل کرد مگر اینکه دلیل بر موضوعی بودن داشته باشیم.

۱. آذربایجانی، علیرضا، منبع پیشین، ص. ۱۴۶.

۲. قبله‌ای خوبی، خلیل، علم اصول در فقه و قوانین موضوعه، چاپ پنجم، تهران، سمت، ۱۳۸۷، ص. ۱۳۷.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، جلد ۴، چاپ سوم، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۶، ص. ۷۰۶.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف علوم اسلامی – قضایی، ۲ جلدی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱، ص. ۴۹۶.

۵. موسوی بجنوردی، محمد، علم اصول، جلد ۱، به کوشش ابوالفضل احمدزاده، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۵، ص. ۱۸۳.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰، ص. ۱۹۳.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، منبع پیشین، ص. ۶۷۰.

## ۲-۲-۲. وسیله بودن ادله اثبات

یکی از مسائل مهم نظام دادرسی ماهیت ادله از نظر طریقی یا موضوعی بودن آن و اختیاری است که دادرس در برابر آنها دارد، یعنی اینکه آیا ادله در حکم هدف هستند و با اعمال آنها دادرس به تکلیف خود عمل کرده و یا در حکم وسیله هستند و دادرس تنها برای رسیدن به هدف خاص از آنها استفاده می‌کند. این بحث که اختصاص به ادله ندارد، در سطح کلی تری نسبت به قوانین نیز مطرح است. صورت‌گرایان و تحقیق‌گرایان حقوقی عقیده دارند که نظام حقوقی هر جامعه در قواعد موضوعه آن جامعه متجلی می‌شود و وظیفه دادرس آن است که صرفاً این قواعد را بدان گونه که هستند اعمال کند. قوانین فی‌نفسه هدف و مطلوب مستقل هستند که بدون توجه به نتیجه آنها باید رعایت شوند. لذا قانون ناعادلانه هم باید محترم شمرده شود، زیرا هدف از وضع قانون، تأمین نظم و امنیت روابط حقوقی و به تعییر کلی تر، تحقق نظم و حاکمیت قانون است نه تحقق نظم خوب با حاکمیت قانون خوب.<sup>۱</sup>

در دادرسی هم قائلان به موضوعیت ادله تقابل «امنیت» و «عدالت» را پیش کشیده و بر این اساس امنیت را متضمن ثبات در روابط حقوقی می‌دانند. گفته شده است که «طرفین به دنبال آن هستند که ادله‌ای در دست داشته باشند که به بهترین نحو، حقوق آنها را ثابت و تضمین نموده تا این طریق بتوانند آینده را پیش‌بینی کنند و قانون‌گذار به منظور نائل شدن به ثبات و امنیت در حقوق و قراردادها با پیش‌بینی بعضی ادله با شرایط و ارزش معین، باعث می‌گردد امنیت قضایی بهتر تأمین شود.<sup>۲</sup>

اما موضوعیت تأییسی است در پی شناختن ماهیت اشیاء و در صدد قبولاندن این امر که اشیاء (دلایل) فی‌نفسه محل اعتبار هستند و موضوع (دلیل) خود به تنها بی مورد اعتنایست نه به سبب راه و مقصود که در پی آن است. بلکه ارزش شیء موضوعاً و نه طریقاً غلبه دارد و مهم نیست که آیا منتج به نتیجه می‌شود یا خیر. این ویژگی برای دلیل دادرس را تابع محض اراده قانون‌گذار کرده به صرف فراهم آمدن شرایط صوری ادله، او را ناگزیر می‌کند بر اساس مدلول آن صرف نظر از حصول یا عدم حصول اقناع وجودان، اقدام به انشاء رأی نماید.

از نظر فقهاء، ادله مانند اقرار و بیانه تا جایی حجت دارند که علم بر خلاف آنها پیدا نشود. صاحب جواهر می‌گوید: «ظهور علم قاضی قوى تر از بیانه‌ای است که اراده کشف واقع از آن می‌شود»<sup>۳</sup> یا گفته شده است: «صحت حکم به وسیله اقرار، بیانه و

سوگند فرع است بر حصول علم قاضی نسبت به آنها.<sup>۱</sup> در سرایر آمده است: «اگر قاضی به هنگام علم به دعوی ملزم به صدور حکم به علم خود نباشد و به اقرار و بینه حکم کند، مستلزم صدور حکم بر خلاف علم خود خواهد بود.<sup>۲</sup> بنابراین در فقه امامیه هیچ یک از دلایل اثبات دعوا مانند امارات، قواعد، بنيات و ایمان موضوعیت ندارند؛ بلکه ممکن است به واقع یا به خطأ منتهی شوند.<sup>۳</sup> حجت ادله تابع میزان اطمینانی است که برای دادرس ایجاد می‌نماید، زیرا همان طور که جوهره قانون پاسداری از عدالت است، جوهره دلیل نیز ایجاد علم در وجودان دادرس است.<sup>۴</sup>

«طريقیت ادله» قاعده‌ای اساسی است که هیچ انسان آگاهی نمی‌تواند آن را نادیده بگیرد. وصفی ذاتی و غیر قابل تجزیه و جدایی ناپذیر برای ادله است. دلیل همان‌گونه که از نامش پیداست دلالت‌کننده‌ای به سوی حقیقت است و تمامی ارزش و اعتبار خود را از وصف دلالت‌کنندگی می‌گیرد. پس امکان ندارد به چیزی که وصف دلالت‌کنندگی ندارد، دلیل گفته شود. موضوعیت ادله اثبات در نظر بعضی بدین معنا نیست که خود دلیل ارزش و اعتبار داشته باشد، زیرا ارزش داشتن نفس دلیل با ماهیت و هدف آن سازگاری ندارد. بلکه، دلیل ارزش خود را از هدف و مقصدش به دست می‌آورد. حتی ادله‌ای که قانون‌گذار برای آنها اعتبار فرض کرده است نیز موضوعیت ندارد، بلکه راهی برای رسیدن به واقع هستند. بنابراین طريقیت و راه بودن وصف ذاتی و اساسی تمام ادله است و همان طور که نمی‌شود نور را از روشنایی گرفت، نمی‌توان طريقیت را از دلیل گرفت.<sup>۵</sup> از نظر معرفت‌شناسی هم که با طبیعت امور قضایی و دادرسی سازگاری دارد و باور داشتن مبنی بر دلیل می‌باشد، به همین صورت است. در آنجا نیز اگر دلیلی معرفتی بر صدق گزاره داشتیم، آن را باور می‌کنیم و اگر دلیل در جهت کذب آن بود از باور اجتناب می‌ورزیم.<sup>۶</sup>

## ۲-۲. تمثیلی بودن ادله اثبات

از دیگر ارکان اساسی تعیین‌کننده نظام ادله و مؤثر در اختیار دادرس و نیز هدف دادرسی که در فقه و حقوق محل اختلاف است، بحث حصری یا تمثیلی بودن ادله

۱. حلی، ابوالصلاح، پیشین، ص. ۴۲۰.

۲. حلی، ابوالصلاح، منبع پیشین، ص. ۵۴۳.

۳. سبزواری، سید عبدالعلی، منبع پیشین، ص. ۵۰.

۴. دیانی، عبدالرسول، ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری، تهران، میزان، ۱۳۸۹، ص. ۲۵۹.

۵. زراعت، عباس؛ حاجیزاده، حمیدرضا، ادله اثبات دعوا، تهران، انتشارات قانون‌مدار، ۱۳۸۸، صص. ۲۰ و ۱۱۸ و ۱۱۹.

۶. مولوی، محمد؛ حمزه‌هودی، مهدی، «ماهیت اقرار مدنی از دیدگاه معرفت‌شناسی»، نشریه مطالعات فقه و حقوق، سال سوم، شماره ۵، ۱۳۹۰، ص. ۱۱۴.

اثبات است. برخی از آنان که راههای اثبات را محصور می‌دانند، برای توجیه نظر خود به روایت صحیح هشام از امام صادق (ع) استناد می‌کنند که ایشان از رسول الله (ص) نقل می‌کند: «همانا من تنها میان شما با بینه و سوگند قضاوت می‌کنم ...» و روایتی از داود پیامبر در مورد چگونگی قضاوت، که به درگاه خداوند شکوه کرد که خداوندا من چگونه قضاوت کنم که چشمم ندیده و گوشم نشنیده است؟ و خداوند در پاسخ فرمود: در میان مردم بر اساس بینه قضاوت کن و آنان را وادر کن با اسم من قسم بخورند؛ و روایت ابن حمزه از امیرالمؤمنین(ع)که فرموده‌اند: «احکام مسلمانان بر سه قسم است «شهادت عادلانه یا قسم قاطعانه یا سنت و روش قطعی از امامان هدایت».۱

در بین حقوقدانان، کسانی که بر این نظرنده و اکثریت را هم تشکیل می‌دهند، به استناد ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی که مقرر کرده است «دلایل اثبات دعوی از قرار ذیل است: اقرار، استاد کتبی، شهادت، امارت، قسم» عقیده دارند که دلیل اثبات باید مشمول یکی از ادله اثبات دعوا که در قانون آمده است باشد. گفته شده است که برای اقناع و جدان دادرس تنها ادله‌ای پذیرفته می‌شود که در قانون برای آن توان اثباتی مشخص پیش‌بینی شده است،<sup>۲</sup> زیرا «قانون گذار ادله اثبات دعوی را با قید انحصار شماره کرده است»<sup>۳</sup> و تحولات قانونی و نگرش قانون گذار به کشف حقیقت، دلیل بر خروج از حصر ادله نیست. توسل به ماده ۱۹۹ قانون آدم بدون توجه به ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی حرکت به سوی بیراحته و عدم تعادل میان حقوق و تکالیف طرفین و دادرس است؛ از این رو دادرس از توجه به دلیل دیگری به معنای وسیله اثبات غیر این موارد معذور است.<sup>۴</sup>

اما ادله اثبات دعوا را به دشواری می‌توان محصور در چند وسیله معین کرد، زیرا پیشرفت علوم و صنایع، هر روز وسیله‌ای تازه برای دستیابی به حقیقت ابداع می‌کند. در عصر ما راههای علمی کشف جرائم و اطلاعات رایانه‌ای و نفوذ به دایره اسرار درونی و تحلیل و نتیجه‌گیری از رفتار اشخاص، افق تازه‌ای در این زمینه گشوده است. بنابراین در عدم دلالت روایت صحیح هشام (آنما اقتضی بینکم بالبنات و الایمان) بر حصر ادله نخست اینکه یکی از ادله اثبات دعوا اقرار است و اگر این روایت دلیل بر حصر ادله باشد، اقرار را شامل نمی‌گردد.<sup>۵</sup> دوم اینکه دقت در صدر و ذیل روایت، استفاده از علم

۱. حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه، جلد ۲۷، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ق، صص. ۲۰۸ و ۲۳۰.

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، چاپ سوم، تهران، دراک، ۱۳۸۴، ص. ۸۴.

۳. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد ۲، چاپ دوم، مجد، ۱۳۸۱، ص. ۳۴۹.

۴. محسنی، حسن، اداره جریان دادرس مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹، صص. ۱۹۲ و ۱۹۳.

۵. خورسندیان، محمدعالی، منبع پیشین، ص. ۲۶.

غیب در احراز موضوعات قضایی را نفی می‌کند. سیره عقلا بر این استقرار یافته است که از بیّنه و سوگند برای اثبات دعوا استفاده می‌کنند و این امر در گذشته در میان آنان رواج داشته، بلکه در زمان حاضر نیز چنین است، بدین ترتیب اصول این حدیث در مقام حصر ادله به بیّنه و قسم نمی‌باشد.<sup>۱</sup> سوم اینکه در قرآن و احادیث نبوی به تبع قرآن بیّنه در معنی لغوی خود به کار رفته است. بیّنه در لغت هر چیزی است که بتواند مجھولات را اثبات کند، در این معنی متراffد با دلیل است. در شرع صریحاً گفته نشده است که الزاماً حل مجھولات قضایی باید به یاری یمین و شهادت صورت گیرد، بلکه آیه «لا تفف ما لیس لک به علم» خلاف آن را ثابت می‌کند. این آیه راه مخصوص را برای مجھولات قضایی و غیرقضایی توصیه نکرده است. بهویژه آنکه آیات و احادیث درباره حجیت علم قاضی و اماره قضایی و طرز استنطاق علی (ع) و تفاوتی که در این زمینه وجود دارد، مؤید آن آیه است. چهارم اینکه حصر ذکر شده برای محدود و منحصر کردن راههای اثبات مسائل قضایی در بیّنه و سوگند نیست، بلکه فقط دلالت بر این دارد که پیامبر (ص) صرفاً با بیّنه و سوگند قضاوت می‌کرده است.<sup>۲</sup> پنجم اینکه حصر به معنی مخصوص کردن چیزی به چیزی با ارادت مخصوص مانند الا و آنما است.<sup>۳</sup> اما ذکر «آنما» در این روایت دلیل بر حصر نمی‌باشد. همان طور که گفته شد، دنباله روایت تلقی «آنما» در حصر ادله را از بین می‌برد. بنابراین مورد این حدیث بعد از یأس از کاشف قطعی است، یعنی اگر کاشف قطعی وجود نداشته باشد و مجھول قضایی از این رهگذر حل نشود آن وقت استخراج حقوق با بیّنه و یمین صورت می‌گیرد.

در قضیه داود نبی نیز اگرچه فقط بیّنه و سوگند به عنوان دلیل آمده است اما حصر ادله در آن فهمیده نمی‌شود. بلکه می‌خواهد بگوید که قضاوت بر مبنای علم به واقعیت در صورت امکان است، چرا که این علم در موارد بسیاری اندک ممکن است برای دادرس غیرمعصوم حاصل شود. در عین حال دادرسی را نمی‌توان تعطیل کرد؛ زیرا نظم جامعه مختل می‌شود پس ناگزیر باید از راهی رایج در میان عقلا، همانند بیّنه و قسم استفاده کرد که گاهی خطاب می‌کنند، و گاهی به واقع می‌رسند.

واضح است خداوند در هنگام وحی به حضرت داود در مقام بیان تمام داده‌های اثبات دعوا نبوده تا بتوان از روایت، حصر ادله اثبات دعوا را در بیّنه و قسم استفاده کرد؛ زیرا نه تعداد ادله اثبات دعوا موضوع گفت و گو بین حضرت داود و خداوند بوده و نه سوالی در این مورد مطرح شده؛ بلکه سخن در خصوص استفاده از علم غیب در قضاوت

۱. ارسلان، محمدجواد، اعتبار سند و تعارض آن با ادله دیگر، تهران، جنگل، ۱۳۸۸، ص. ۱۲۰.

۲. گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلام رضوی، ادله اثبات دعاوی کیفری، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۵، ص. ۲۳۸.

۳. قبله‌ای خوبی، خلیل، منبع پیشین، ص. ۶۹.

است و اینکه چرا صرفاً از این دو دلیل استفاده شده است چه بسا به دلیل کثرت استفاده از این دو در محل و فصل دعاوی و کارایی بیشتر آنها نسبت به دیگر ادله اثبات دعوا باشد.<sup>۱</sup>

از نظر حقوقی اگر دلیلی به صورت خاص یا عام در قانون مورد اشاره قرار نگرفته باشد و اگر قاعده حقوقی مغایر با آن وجود نداشته باشد و یا قانون‌گذار آن را نامشروع اعلام نکرده باشد، باید پذیرفته شود؛ زیرا اصل را بر جواز عمل باید دانست. چون دلیل راهی برای رسیدن به واقعیت است و ادله‌ای که در قانون احصاء شده جنبه تمثیلی دارد نه حصری؛ بنابراین هر وسیله منطقی، متعارف و قابل کنترلی با امکان نظارت و سنجش نوعی آن که بتواند راهی برای کشف حقیقت باشد، عنوان دلیل بر آن صدق می‌کند<sup>۲</sup> و امکان شناخت علت حکم قانونی در مقررات ادله اثبات خود دلیلی بر عدم حصر در ادله اثبات است که اگر بتوان این حکم را کشف کرد، می‌توان دلیل جدیدی را برای اثبات دعوا قبول کرد، بدون اینکه قانون‌گذار تصريح به عنوان آن دلیل در قانون کرده باشد. این علت در ادله اثبات را باید همان اطمینان یا علم عادی قابل کشفی دانست که عادتاً از به کار گیری ادله بدست می‌آید.<sup>۳</sup> دوم اینکه ماده ۱۹۴ آ.د.م مؤید آن است که قانون‌گذار در مقام بیان حکمی کلی است که بر اساس آن هر امری که برای اثبات ادعا قابلیت استناد داشته باشد، دلیل فرض شود.<sup>۴</sup> این ماده که در راستای ماده ۱۹۹ همین قانون وضع گردیده، مبین غرض قانون‌گذار در عدم حصر دلایل است زیرا لازمه کشف حقیقت در دادرسی این است که هر امری در اثبات قابلیت استناد دارد، دلیل قرار گیرد.

از دیگر دلایل حقوقی، تمثیلی بودن ادله اثبات اماره قضایی است. ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی، که برخی آن را مبنای حصر ادله قرار داده‌اند، اماره قضایی را به عنوان یکی از دلایل آورده است. این نوع دلیل (مفهوم عام) دایره شمول گسترده‌ای دارد و هر گونه قرینه یا نشانه، به عبارتی هر اوضاع و احوالی را که در نظر دادرس دلیل بر امری شناخته شود، در بر می‌گیرد. این نشانه‌ها را نه می‌توان شمرد و نه می‌توان محدود کرد. شاید همین نگاه در عدم امکان تحدید قرائن بوده که قانون‌گذار را وا داشته است تا تحت یک اصطلاح کلی به عنوان اماره قضایی هر آنچه را که دادرس دلیل بر امری بداند اماره نامد.

۱. ارسطا، محمدجواد، منبع پیشین، صص. ۱۲۱-۱۲۲.

۲. زراعت، عباس، منبع پیشین، ص. ۱۵۰.

۳. جعفری لنگرودی، محمدمجعفر، حقوق اسلام، تهران، گنج دانش، ۱۳۵۸، ص. ۱۰۷.

۴. سوادکوهی، سام، «دادرسی عادلانه مدنی، کیفری و اداری مرتبط با بستر مبادلات الکترونیکی»، فصلنامه دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شماره ۴۶، ۱۳۸۳، ص. ۴.

۱. مواد ۷ قانون شهادت و امارات ۱۳۰۸ و ۱۳۵۳ قانون مدنی فرانسه.

---

این گستردگی در دامنه شمول اماره قضایی به عنوان یکی از دلایل موجب طرح این سؤال است که چه چیزی را می‌توان به رغم توجه دادرس به آن، قرینه یا نشانه ندانست. پاسخ این پرسش روشن است. هر آنچه را دادرس دلیل بداند می‌تواند به آن استناد کند، یعنی اینکه دلیل بودن امری مستلزم تقید به لفظ خاصی نیست. پس علم و قطع از هر طریقی مشروعی که به دست آید، باید آن را حجت دانست.

البته به منظور جلوگیری از اشتباه و یا اعمال سوءنیت دادرس، اقناع وجدان ناشی از امارات باید منطبق با عقل و شرایط متعارف بوده و از طریق قابل کنترلی امکان نظارت و سنجش نوعی آن باشد تا بتوان از آن به عنوان حجت اثباتی استفاده نمود. بنابراین استنباط دادرس علاوه بر اینکه باید مبتنی بر نشانه‌های قوی، موجه و در صورت تعدد سازگار باشد، محدود به رعایت شرایط عرفی و منطقی است.<sup>۱</sup>

## نتیجه‌گیری

اهمیت نوع نظام ادله‌ای در دادرسی در گروه‌هایی است که آن نظام دنبال می‌کند. در نظام‌هایی که هدف دادرسی کشف حقیقت است، اساس و لازمه آن فراهم آوردن وسایل ایجاد علم و ایقان دادرس به کیفیت و ماهیت واقعی و حقایق است، که از طریق آزادی دادرس و اختیار او به وجود می‌آید. دادرسی اسلامی که مبنا و محور آن شریعت است، با تأثیر از دین الهی هدف خود را تأمین حق و عدالت و سعادت دینی و اخروی افراد قرار داده است. این آیین که بر اعتماد انسان‌های مؤمن مبتنی گردیده است، هدف قضا را اجرای عدالت و قسط می‌داند. چیزی که امروزه در آیین دادرسی مدنی از آن به عنوان هدف نوین یاد می‌کنند. آنچه ظاهر ادله نشان می‌دهد، محور قضای اسلام بر یافتن حقیقت است و ذکر فصل خصوصت در تعریف قضا توسعه بُرخی فقهها به معنای هدف دادرسی نیست، بلکه به مفهوم اتمام دادرسی است که این اتمام می‌تواند یا به فصل خصوصت در مفهوم خاص و یا به کشف حقیقت منتهی گردد. به عبارتی فصل خصوصت مفهومی اعمّ از فصل خصوصت به معنای خاص و کشف حقیقت دارد، زیرا در غیر این صورت دچار دور خواهیم شد.

قانون‌گذار ایران هم به تأسی از مبانی شرعی و تحولات نظام‌های حقوقی و توسعه افکار عدالت‌خواهانه در جوامع پیشرفت، با عبور از کنار نظریه سنتی انجام دادرسی به منظور فصل خصوصت و قرار دادن آن به عنوان اقتضای دادرسی که پایان هر دعواست، هدف را به سمت کشف واقع تغییر داده و با اعطای اختیارات گسترده به دادرس مدنی به دنبال واقع است. البته گرچه کشف حقیقت غایت دادرسی است، اما اختیار افزایش یافته باید در چارچوب اصول دادرسی جریان یابد. همان قواعدی که موضوع اصلی آنها تعیین نقش اصحاب دعوی و دادرس و تضمین حقوق اساسی طرفین است؛ زیرا عدم توجه به اصول متعددی که در جریان دادرسی وجود دارد و جریان عادلانه دادرسی را تضمین می‌کند، نمی‌تواند مرحله ترافع و احراق حق را درک کند. شاید به همین خاطر است که قانون‌گذار با عبارت "علاوه بر دلایل طرفین" (ماده ۱۹۹ آ.د.م) در جهت رعایت قاعده البینه علی المدعی، آزادی دادرس در انجام تحقیقاتی را متوقف به دلیل ارائه شده توسط مدعی کرده است تا پس از آن دادرس در چارچوب اصول بتواند در جهت کشف حقیقت اقدام نماید. بدین منظور و به رغم اینکه هنوز بُرخی به نظام ادله قانونی و بعضی دیگر به روش مختلط نظر دارند، نظام ادله به سمت ادله آزاد رفته است، زیرا حجیت ادله تابع میزان اطمینانی است که برای دادرس ایجاد می‌کند و اصل آزادی دادرس در ارزیابی دلایل، وی را مکلف می‌کند که در راه دستیابی به واقع، دلایل دو

---

طرف را ارزیابی کند، زیرا نتیجه این ارزیابی است که یکی از ارکان حکم نهایی را به او تلقین می‌کند و قناعت و جدایی دادرس را به وجود می‌آورد. از طرف دیگر قاعده‌ای اساسی که وصف ذاتی تمام ادله است و هیچ انسان آگاهی نمی‌تواند آن را نادیده بگیرد، طریقیت و راه بودن ادله است، زیرا انسان طالب وصول به واقع هر چیزی است و از ابزار و اسباب برای وصول به هدف (واقع) بهره می‌گیرد.

## منابع

- آذربایجانی، علیرضا، نظام ارزیابی دلایل در حقوق ایران و کامن‌لا، رساله دکتری پردازی قم دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
- آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
- ارسطا، محمدجواد، اعتبار سند و تعارض آن با ادله دیگر، تهران، جنگل، ۱۳۸۸.
- اسپنسر، جی. آر. ت، آیین دادرسی کیفری در انگلستان، ترجمه محمدرضا گودرزی بروجردی، تهران، جنگل، ۱۳۸۴.
- انصاری، باقر، نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، تهران، میزان، ۱۳۸۷.
- پروین، فرهاد، «شاکله شناسایی قضا در جامعه دینی و بررسی تطبیقی آنان با جوامع غیر دینی»، فصلنامه پژوهش اسلامی دانشگاه علوم رضوی، شماره ۶۲ - ۶۱، سال ۱۳۸۵.
- توسلی، منوچهر، مبانی و ماهیت اثبات حق، رساله دکتری دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف علوم اسلامی - قضایی، ۲ جلدی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱.
- \_\_\_\_\_، دانشنامه حقوقی، جلد ۴، چاپ سوم، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۶.
- \_\_\_\_\_، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰.
- \_\_\_\_\_، حقوق اسلام، تهران، گنج دانش، ۱۳۵۸.
- حائری حسینی، سید کاظم، القضا فی فقه اسلامی، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه، جلد ۲۷، قم، آل البيت علیہم السلام، ۱۴۰۹ ق.
- حسینی، سیدمحمد، «کشف حقیقت یا فصل خصومت، کارکرد قضا»، فصلنامه علوم اسلامی، شماره ۱۹، ۱۳۸۹.
- حسینی‌نژاد، حسینقلی، ادلہ اثبات دعوا، انتشارات دانش‌نگار، ۱۳۸۱.
- حلی، ابوالصلاح، الکافی فی الفقه، اصفهان، کتابخانه امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۲ ق.
- حلی، ابن ادریس، السرائر، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۱ ق.

- 
- خمینی، روح الله، تحریرالوسیله، جلد ۲، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹.
  - خورسندیان، محمدعلی، «حجیت علم قاضی در فقه و حقوق ایران»، نشریه حقوق دادگستری، شماره ۴۳، ۱۳۸۲.
  - دیانی، عبدالرسول، ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری، تهران، میزان، ۱۳۸۹.
  - رشتی گیلانی، میرزا حبیب، کتاب القضا، جلد ۱، قم، دارالقرآن کریم، ۱۴۰۱ ق.
  - زراعت، عباس؛ حاجیزاده، حمیدرضا، ادله اثبات دعوا، تهران، انتشارات قانون مدار، ۱۳۸۸.
  - سیزوواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، جلد های ۲۷ و ۳۰، چاپ چهارم، قم، موسسه المnar، ۱۴۳۱ ق.
  - سوادکوهی، سام، «دادرسی عادلانه مدنی، کیفری و اداری مرتبط با بستر مبادلات الکترونیکی»، فصلنامه دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شماره ۴۶، ۱۳۸۳.
  - شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، چاپ سوم، تهران، دراک، ۱۳۸۴.
  - شهید ثانی، زید الدین بن علی، مسائل الفهام الی تنقیح شرائع اسلام، جلد ۱۳، قم، موسسه المعارف اسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
  - شیخ نیا، امیرحسین، ادله اثبات دعوا، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵.
  - صفائی، حسین، «مفهوم تقصیر سنگین در ارتباط با شرط عدم مسئولیت»، مجله حقوق بین المللی، شماره ۴، ۱۳۶۴.
  - طباطبایی بزدی، محمدکاظم، تکمله العروه الوثقی، جلد ۲، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۴ ق.
  - عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، جلد ۲، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
  - عراقی، ضیاء الدین، کتاب القضا، بی جا، چاپ مهر، بی تا.
  - عظیمی، محمد، ادله اثبات دعوا، انتشارات هاد، ۱۳۶۹.
  - غمامی، مجید؛ محسنی، حسن، اصول آیین دادرسی مدنی فراملی، تهران، میزان، ۱۳۸۶.
  - قبله‌ای خوبی، خلیل، علم اصول در فقه و قوانین موضوعه، چاپ پنجم، تهران، سمت، ۱۳۸۷.
  - کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، جلد ۱، تهران، میزان، ۱۳۸۸.

- \_\_\_\_\_ ، فلسفه حقوق، جلد ۱، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- \_\_\_\_\_ ، «سهم عدالت در قضاوت»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۲، ۱۳۸۲.
- \_\_\_\_\_ ، کریمی، عباس، ادلہ اثبات دعوا، تهران، میزان، ۱۳۸۸.
- \_\_\_\_\_ ، «تبیین منطقی دلیل»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه، تهران، دوره ۳۷، شماره ۴، ۱۳۸۶.
- \_\_\_\_\_ ، گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلام رضوی، ادلہ اثبات دعاوی کیفری، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۵.
- \_\_\_\_\_ ، متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد ۲، چاپ دوم، مجد، ۱۳۸۱.
- \_\_\_\_\_ ، محسنی، حسن، نظام دادرسی مدنی، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۷، ۱۳۸۶.
- \_\_\_\_\_ ، «عدالت آیینی؛ پژوهشی پیرامون نظریه‌های دادرسی عدلانه مدنی»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۸، ۱۳۸۷.
- \_\_\_\_\_ ، اداره جريان دادرس مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
- \_\_\_\_\_ ، محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، بخش قضایی (۳)، چاپ سوم، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳.
- \_\_\_\_\_ ، مدنی، جلال الدین، ادلہ اثبات دعوا، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۳.
- \_\_\_\_\_ ، مرقس، سليمان، اصول اثبات و اجرائی فی الموارد المدينیة فی القانون المصرى مقارناً تنظیمات سایرالبلاد العربية، جلد ۱، قاهره، عالم الكتاب، ۱۹۸۱ م.
- \_\_\_\_\_ ، مصلحی، علی، نظام دادرسی از دیدگاه امام علی (ع)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۷۹.
- \_\_\_\_\_ ، معاونت آموزش دادگستری استان تهران، گزارش آخرین نشست قضایی استان تهران، فصلنامه قضایت، سال سوم، شماره ۳۳، ۱۳۸۳.
- \_\_\_\_\_ ، موسوی بجنوردی، محمد، علم اصول، جلد ۱، به کوشش ابوالفضل احمدزاده، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجدد، ۱۳۸۵.
- \_\_\_\_\_ ، مولوی، محمد؛ حمزه هویدا، مهدی، «ماهیت اقرار مدنی از دیدگاه معرفت شناسی»، نشریه مطالعات فقه و حقوق، سال سوم، شماره ۵، ۱۳۹۰.
- \_\_\_\_\_ ، ناصری، فرج الله، امارات در حقوق مدنی ایران، بی‌جا، بی‌تا.

---

- نجفی، شیخ محمد حسین، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۳، چاپ سوم، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲.

- Pradel, Jean, Droit Pénal Comparé, 2éme édition, Paris, Dalloz, 2002.

رسول قاسمی\*

سید محمدهادی مهدوی\*\*

داود نصیران\*\*\*

### چکیده

در قراردادهای معوض در صورت کوتاهی یکی از طرفین در انجام تعهد، نقض قرارداد محقق می‌شود. در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا متعهده له تنها در صورت نقض اساسی قرارداد، حق فسخ دارد. اساسی بودن نقض، در مقررات اصول بستگی به نوع تعهد یا اهمیت آثار زیان‌بار ناشی از نقض دارد. اما در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نقض اساسی قرارداد صرفاً به آثار زیان‌بار ناشی از نقض قرارداد بستگی دارد. در حقوق ایران مفهوم نقض اساسی وجود ندارد و ضمانت اجرای نقض قرارداد بستگی به موضوع قرارداد دارد. اگر موضوع قرارداد عین معین باشد، حسب مورد یکی از خیارات قانون مدنی اعمال می‌شود. اما اگر موضوع قرارداد عین کلی یا فعل یا ترک فعل باشد، متعهد الزام به اجرای عین تعهد می‌شود و در صورت عدم امکان الزام، متعهده له حق فسخ دارد. با توجه به برخی از مواد قانونی و آرای برخی از فقهاء می‌توان همسو با مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نظریه فسخ ابتدایی را پذیرفت. از این روی شناسایی حق فسخ ناشی از نقض اساسی قرارداد در حقوق ایران با اصول و مبانی قانونی و فقهی منافاتی ندارد. در بررسی تطبیقی نقض اساسی همواره دو اصل لزوم ایجاد تنوع در ضمانت اجراهای ناشی از نقض قرارداد و اصل احترام به تشخیص زیان‌دیده مورد توجه است. بنابر این در حقوق داخلی نیز باید این دو اصل مبنای اصلاح قوانین حاکم باشند.

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد و قاضی دادگستری

Phd.r.ghasemi@gmail.com

H1.hadimahdavi@yahoo.com

Dawoodnassiran@yahoo.com

\*\* عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد (نویسنده مسئول)

\*\*\* عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد

تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۷/۱۸

تاریخ دریافت: ۹۵/۰۷/۱۸

---

**کلیدواژه‌ها:** نقض اساسی، فسخ، الزام به اجرای عین تعهد، جبران خسارت، حق حبس.

بررسی تطبیقی مفهوم و معیارهای تشخیص نقض اساسی فرآداد

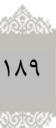
## مقدمه

بازرگانان، امروزه در سطح جهانی به زبان واحدی سخن می‌گویند. از دیرباز آشکار شده است که تبعیت بیع بین‌المللی از مقررات حقوق داخلی راه حل مناسبی نیست. زیرا از یک سو مقررات داخلی برای بیع بین‌الملل وضع نشده و از سوی دیگر حقوق ملی حاکم باید بر طبق قواعد حل تعارض تعیین شود. ایران از سال ۱۹۶۴ میلادی (۱۳۴۳ شمسی) عضو مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی بوده است. اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی یکی از پیش‌نویس‌هایی است که مؤسسه فوق در اختیار کشورهای عضو قرار داده است. در این تحقیق به بررسی نقض اساسی قرارداد در مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی<sup>۱</sup> و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا<sup>۲</sup> و حقوق ایران می‌پردازیم و مفهوم، شرایط و آثار آن را بررسی می‌کنیم. نگارنده سعی دارد با بیان تعریف دقیقی از مفاهیم نقض و نقض اساسی به بررسی شرایط اعمال آنها بپردازد و ضمانت اجرای هر یک از این موارد را بیان کند. بدیهی است نتایج این تحقیق گام مؤثری در جهت ایجاد وحدت و انسجام در حقوق خصوصی است. تحقیقاتی که در این زمینه وجود دارد، عمدتاً قوانین ایران را با کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مقایسه کرده و اساساً مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مورد توجه قرار نگرفته است. شاید ایراد شود که با وجود کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا که از اسناد مهم و الزام‌آور است ضرورتی جهت طرح اسناد مربوط به مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی که صرفاً پیشنهادی هستند، وجود ندارد. لیکن این دیدگاه تصور اشتباهی است زیرا اولاً اصول قراردادهای تجاری بیانگر اصول کلی حقوقی و عرف فرامی بازرگانان است که کنوانسیون هم به آن ارجاع داده است. ثانیاً در قراردادهایی که مشمول کنوانسیون نیستند قابل استناد و معترض است. ثالثاً در تکمیل و تفسیر قراردادهای مشمول کنوانسیون نقش مؤثری ایفا می‌کند.

### ۱. مفهوم نقض اساسی قرارداد

دکترین نقض اساسی قرارداد عمدتاً بر این فرض استوار است که طرف قرارداد رفتار غلطی را انجام دهد که مربوط به اساس قرارداد شود و به رابطه تجاری لطمه می‌زند.<sup>۳</sup> نظریه نقض اساسی بدون تردید یک اصل متشکل از کامن‌لا است. و برای نخستین بار پس از بحث

1. Unidroit Principles of International Commercial Contracts (2010)
2. Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)
3. Ndubuisi, Augustine, Comparative Evaluation of the Doctrine of Fundamental Breach under the CISG, UNDROIT Principles and the English Law, University of Sterling, Scotland, 2013, p. 4.



و گفتگوهای فراوان به طور رسمی در مواد ۶۴ و ۴۹ کنوانسیون ۱۹۶۴ لاهه پذیرفته شد و شرط اصلی امکان فسخ قرارداد اعلام گردید. ماده ۷-۱-۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد: «نقض قرارداد کوتاهی یک طرف در اجرای هر یک از تعهدات قراردادی است که شامل اجرای معیوب و ناقص یا همراه با تأخیر می‌شود.»

ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا هم نقض اساسی قرارداد را این چنین تعریف کرده است: «نقض قرارداد توسط یکی از طرفین در صورتی نقض اساسی است که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آن چه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است، اساساً محروم کند....» تعریف ارائه شده در این ماده به میزان خسارت وارد در اثر نقض قرارداد توجه دارد.<sup>۱</sup>

نقض اساسی قرارداد ممکن است واقعی یا احتمالی باشد. نقض واقعی قرارداد، عدم اجرای تعهد پس از فرا رسیدن موعد تعهد است. اما نقض احتمالی قرارداد، پیش‌بینی نقض اساسی قرارداد پیش از موعد تعهد است.<sup>۲</sup> در مقاله حاضر صرفاً به بیان شرایط و آثار نقض واقعی قرارداد می‌پردازیم. در حقوق ایران نقض قرارداد به اساسی و غیراساسی تقسیم نمی‌شود.

## ۲. اقسام نقض قرارداد

### ۲-۱. عدم اجرای کامل قرارداد

در این فرض متعهد به طور کلی از انجام تعهد خویش امتناع می‌کند و هیچ یک از اجزاء تعهد را انجام نمی‌دهد.

### ۲-۲. عدم اجرای بخشی از قرارداد

ممکن است متعهد قسمتی از تعهد را اجرا نکند. در این صورت به تصریح ماده ۲۷۷ قانون مدنی طلبکار می‌تواند از پذیرفتن بخشی از موضوع تعهد امتناع ورزد، ولی همیشه این گونه نیست. گاهی طلبکار اختیاری بر پذیرش یا عدم پذیرش ندارد. در این صورت اگر موضوع تعهد قابل تجزیه باشد، اجرای قسمتی از تعهد متعهد را به همان مقدار بری می‌گردد. ولی هرگاه موضوع تعهد تجزیه‌ناپذیر باشد، اجرای ناقص در حکم عدم اجراست.<sup>۳</sup>

۱. هانولد، جان او، حقوق متحده‌الشكل بیع بین‌المللی کالا طبق کنوانسیون ۱۹۸۰ ملل متحد، ترجمه همایون مافی و همکاران، انتشارات مجده، ۱۳۹۴، ص. ۲۴۱.

۲. امینی، منصور؛ مافی، همایون؛ اعظمی چهاربرج، حسین، «بررسی حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره سوم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۰، صص. ۵۲-۵۵.

۳. یزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی (قلمرو مستولیت مدنی)، نشر ادبستان، ۱۳۷۹، ص. ۱۱۳.

## ۲-۳. عدم اجرای قرارداد به نحو مطلوب

گاهی در روابط قراردادی متعهد به وظیفه خود عمل می‌کند. اما تعهد را به نحو مطلوب انجام نمی‌دهد. به عنوان مثال فروشنده کالایی آن را در سرسید تحويل می‌دهد و خریدار نیز به اعتماد ظاهر، آن را می‌پذیرد. ولی پس از مصرف معلوم می‌شود که آنچه تحويل داده شده، مطابق با نمونه مورد توافق نبوده و اوصاف آمده در عقد را نداشته است.<sup>۱</sup>

## ۲-۴. عدم اجرای شروط ضمن عقد

اگر متعهد از اجرای شرط ضمن عقد امتناع ورزد، اگر شرط جزء لوازم مقتضای ذات عقد باشد، عدم اجرای شرط در حکم عدم اجرای کل عقد است. اگر شرط جزء مقتضای ذات باشد، خودداری از اجرای شرط مانند خودداری از اجرای قسمتی از عقد است.<sup>۲</sup>

## ۲-۵. تأخیر در اجرای قرارداد

متعهد باید تعهدش را در زمان مقرر انجام دهد. عدم اجرا در زمان مقرر نه تنها باعث ضرر متعهده می‌گردد، گاه اصلاً اجرا را منتفی می‌سازد. به این نوع اجرا در تعهد پولی تأخیر تأدیه و در تعهدات غیرپولی تأخیر انجام تعهد گویند. ذکر موعد در تعهدات به دو گونه است. گاه زمان قید انجام تعهد است و انجام تعهد در زمان خاص مطلوب یگانه و غیرقابل تجزیه است. در این صورت گذشت زمان، مثل عدم انجام تعهد است. گاهی زمان انجام تعهد چهره مستقل دارد. در این صورت متعهده با گذشت زمان فقط حق مطالبه خسارت تأخیر دارد.

## ۳. شرایط تحقق نقض اساسی قرارداد

### ۳-۱. محرومیت اساسی از انتظارات قراردادی

بند الف قسمت ۲ ماده ۱ - ۳ - ۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد: «عدم اجرای تعهد باید طرف زیان‌دیده را به طور اساسی از آنچه بر طبق قرارداد مستحق یوده انتظارش را داشته باشد، محروم کند». ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با بیان دیگری به این شرط اشاره می‌کند. منظور از «محرومیت از انتظارات قراردادی» انتظاراتی است که یک معامله‌کننده متعارف حق دارد از قرارداد داشته باشد نه انتظارات شخصی که

۱. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی، چاپ دهم، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص. ۱۴۴.

۲. یزدانیان، علیرضا، منبع پیشین، ص. ۱۱۴.



اثبات آن نیز بسیار مشکل است. عبارت «بر اساس قرارداد» مندرج در ماده ۱-۳-۷ مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی بیانگر رجوع به شروط صریح یا ضمنی قرارداد است و در صدد ارائه ضابطه عینی و محدود کردن قلمرو انتظارات به قرارداد است. به نظر می‌رسد که ماده ۱-۳-۷ اصول هم به معیار نوعی و هم معیار شخصی برای تحقق نقض اساسی توجه داشته است. معیار مندرج در ماده مزبور از این جهت که محرومیت از منافعی را مد نظر قرار می‌دهد که هر شخص متعارف از چنین قراردادی انتظار دارد، نوعی است و از این جهت که قرارداد منعقده باید با توجه به شروط صریح و ضمنی آن مورد توجه قرار گیرد شخصی است. اینکه محرومیت از چه انتظارانی موجب حق فسخ قرارداد می‌شود بستگی به مفاد قرارداد دارد. به عنوان مثال خریداران انتظار ندارند که کالا بر اساس مقررات و استانداردهای رسمی کشور خودشان تحويل شود. مگر اینکه طرفین توافق دیگری بنمایند.

## ۲-۳. مداخله طرف دیگر

نقض اساسی قرارداد نباید از سوی متعهدله صورت گرفته باشد. ماده ۱-۲-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد: «یک طرف قرارداد نمی‌تواند تا آن میزان که عدم اجرای تعهدات قرارداد از سوی دیگر به دلیل فعل یا ترک فعل خود اوست یا به موجب واقعه دیگری است که مسئولیت آن بر عهده خود او می‌باشد، بر عدم اجرای تعهد از سوی طرف دیگر تکیه کند». این مطلب در حقوق ایران و فقه امامیه به قاعده اقدام شهرت یافته است.<sup>۱</sup>

## ۲-۴. اعمال دکترین نقض اساسی مطابق با حسن نیت و معامله منصفانه

فردی که بر اساس نظریه نقض اساسی خواهان فسخ قرارداد است، نباید در اعمال این نظریه سو نیت داشته باشد. در ماده ۱-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مقرر شده است: «در تجارت بین‌المللی هر طرف قرارداد باید مطابق با حسن نیت و معامله منصفانه اقدام کند». در مواردی که نقض قرارداد با وجود عمدی بودن، اساسی نباشد، خاتمه دادن به قرارداد برخلاف حسن نیت است. واژه حسن نیت در معانی متعددی از قبیل اعتقاد صحیح، عدم سوءنیت، فقدان قصد تقلب یا تحصیل سود گزاف و ناعادلانه از دیگری، درستکاری و عدم تظاهر و اینمودسازی استعمال شده است. همچنین حسن نیت در قراردادها به پایبندی به قول و تعهد و اجتناب از حیله و عدم رعایت انصاف تعریف شده است. معامله منصفانه که در ماده ذکر شده است، مصدق عینی و عملی حسن نیت است و این دو دارای مفهوم و معانی مشابهی است.<sup>۲</sup>

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۲۱۴.

2. Farnsworth, Allan, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", Colombia Law Review, vol. 87, No. 2, 1987, p. 216.

#### ۴-۴. قابل پیش‌بینی بودن محرومیت اساسی از سوی پیمان‌شکن

قسمت الف بند ۲ ماده ۷-۳-۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مشابه اصل ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا است. براساس این اصل نقض اساسی دارای دو عنصر اساسی است: ۱- خسارت واردہ باید متضرر را از آن چه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است اساساً محروم سازد. ۲- از آنجا که خسارت واردہ ممکن است تحت تأثیر اوضاع و احوال متفاوتی قرار گیرد، خسارت مربوطه محدود به خسارتی است که طرف ناقص پیش‌بینی کرده است یا می‌باشد پیش‌بینی می‌کرد.<sup>۱</sup> برخی از حقوق‌دانان با این شرط مخالف هستند. آنها معتقدند پیمان‌شکن با این ادعا که از نتایج نقض آگاه نبوده، زیان‌دیده را دچار مشکل می‌سازد. عبارت «مگر» در متن ماده ۷-۳-۱ مقررات اصول حاکی از این است که بار اثبات قابل پیش‌بینی بودن به عهده ناقض است.<sup>۲</sup>

سؤال این است که در چه مقطع زمانی، ناقض قرارداد باید امکان ورود خسارت به طرف مقابل را پیش‌بینی می‌کرده است. بسیاری از نویسندها بر این عقیده‌اند که باید زمان ارتکاب نقض قرارداد را معیار قرار داد.<sup>۳</sup> برخی دیگر از حقوق‌دانان زمان انعقاد قرارداد را معیار قرار می‌دهند.<sup>۴</sup> گروهی دیگر در آگاهی‌هایی که پیمان‌شکن پس از انعقاد قرارداد پیدا می‌کند، قائل به تفکیک شده‌اند. آنها در توان پیش‌بینی نتایج قرارداد اصل را بر عدم اعتبار اطلاعات به دست آمده پس از انعقاد قرارداد می‌گذرانند. اما اگر پیمان‌شکن پس از انعقاد قرارداد اطلاعاتی به دست آورد که بتواند نتایج نقض خود را پیش‌بینی کند، اطلاعات مذبور تنها تا زمانی که اجرای تعهد تدارک دیده شده یا باید مقدمات شروع اجرای تعهد فراهم می‌آمد، به عنوان استثنای پذیرفته شده است. به دلایل متعدد قبول نظر اول معقول تر است. زیرا اولاً طرفین در لحظه انعقاد بیش از همه به اجرا می‌اندیشند نه به نقض. ثانیاً پذیرش زمان انعقاد قرارداد با اصل حسن نیت منافات دارد، زیرا متعهد می‌تواند با تکیه بر قابل پیش‌بینی نبودن آثار نقض در زمان انعقاد از انجام تعهد شانه خالی کند، در حالی که در زمان نقض، آثار آن را پیش‌بینی می‌کرده است. اما برخی از حقوق‌دانان نیز معتقدند که اطلاعاتی که پیمان‌شکن پس از بستن قرارداد در مورد اثر تخلف از اجرای تعهداتش دریافت می‌کند، باید به حساب آید.

۱. هانولد، جان او، منع پیشین، ص. ۲۴۲.

۲. صفائی، سیدحسین؛ و دیگران، حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، ص. ۲۵۲.

3. Graffi, Leonardo, "Case Law on the Concept of Fundamental Breach in the Vienna Sales Convention", Business Law Journal, No. 3, Paris, 2003, pp. 338-349.

4. Honnold, John, Uniform Law for International Sales Under the 1980 International Sales Law, 2nd Edition, Kluwer Law International, 1999, p. 313.

در قسمت اخیر قسمت الف بند ۲ ماده ۱-۳-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی ذکر شده که یا باید شخص نقض کننده واقعاً آثار نقض را پیش‌بینی کند یا یک شخص متعارف همانند او را در اوضاع و احوال مشابه چنین نتایج و آثاری را پیش‌بینی کند. همان‌گونه که آشکار است، در اصول همانند کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا هیچ یک از دو معیار شخصی یا نوعی به صورت مطلق پذیرفته نشده است. بنابراین معافیت از مسئولیت ناشی از نقض اساسی منوط به وجود دو شرط است: هم نقض کننده نتایج ناشی از نقض را پیش‌بینی نکرده باشد و هم یک شخص متعارف در اوضاع و احوال مشابه قادر به پیش‌بینی آن نبوده باشد.<sup>۱</sup>

### ۵-۳. ضرر و زیان نامتناسب

ممکن است پیمان‌شکن مقدمات اجرای تعهد را فراهم سازد یا پیشنهاد اجرای آن را به متعهده له بدهد. در این صورت اگر قرارداد را نقض شده فرض کنیم، ضرر و زیان نامتناسبی به متعهد وارد می‌شود. بر اساس جزء "ه" بند ۲ ماده ۱-۳-۷ مقررات اصول باید به میزان ورود ضرر و زیان نامتناسب به پیمان‌شکن توجه کرد. بر خلاف مقررات اصول در ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به زیان پیمان‌شکن توجه نشده است. عدم توجه به این شرط شاید به این دلیل است که ترجیح زیان پیمان‌شکن به زیان دیده وجهی ندارد. همچنین با این ایراد مواجه است که در صورت پذیرش این شرط، تعیین نقض اساسی به اختیار پیمان‌شکن در می‌آید و او می‌تواند با انجام تمهیداتی از این اختیار سوءاستفاده کرده و نقض را از حالت اساسی بودن خارج سازد.

### ۶-۳. عدم اجرای عمدی تعهدات

بر اساس جزء ج بند ۲ ماده ۱-۳-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی عدم اجرای تعهد باید از روی عمد یا از روی بی‌توجهی باشد. اما اگر عدم اجرای تعهد اساسی نباشد، خاتمه دادن به قرارداد بر خلاف حسن نیت است. البته عمدی بودن یا بی‌احتیاطی شرط انحصاری نقض اساسی نیست.

### ۷-۳. عدم اتکا به اجرای آتی تعهد

در تعهدات اقساطی یا مستمر چنانچه آشکار باشد که نقض پیدا شده در یکی از وعده‌های پیشین در کلیه وعده‌های بعدی تکرار خواهد شد، طرف زیان دیده می‌تواند

۱. میرزازاد جویباری، اکبر، «تأثیر درخواست تعمیر کالا از سوی فروشنده در حال حق فسخ خریدار»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، شماره ۱، ۱۳۸۵، ص. ۱۸ و صص. ۳۴۱-۳۱۰.

حتی در صورتی که نواقص موجود در وعده‌های سابق به خودی خود حق فسخ قرارداد را به او ندهد، باز هم بر اساس جزء اول بند ۲ ماده ۷-۳-۱ اصول به قرارداد خاتمه دهد. این شرط در مواد ۵۱ - ۷۲ و ۷۳ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز وجود دارد.

### ۸-۳. رکن بودن تعهد نقض شده

طبق بند ب قسمت ۲ ماده ۷-۳-۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تعیین اساسی بودن عدم اجرای قرارداد، بستگی به رکن بودن تعهد نقض شده دارد. اصول در این مورد که چه چیزهایی رکن قرارداد محسوب می‌شود و چه اموری رکن نیست، ساکت است و باید به قوانین داخلی مراجعه کرد.

## ۴. ضمانت اجرای نقض اساسی قرارداد

### ۴-۱. جبران نقض قرارداد از سوی متخلوف

به استناد ماده ۷-۱-۴ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در صورت نقض قرارداد، پیمان‌شکن می‌تواند اقدام جبرانی را از طریق اجرای تعهد نقض عملی سازد و مهلت اجرای تعهد را برای مدت کوتاه بیشتری تمدید کند. بدین ترتیب در ماده فوق از حفظ اعتبار قرارداد حمایت شده است. ماده فوق با مقررات اقدام جبرانی مندرج در ماده‌های ۳۷ و ۴۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مرتبط است. اقدام جبرانی ممکن است به صورت تعمیر یا جایگزینی و نیز هر گونه فعالیت دیگری باشد که در نتیجه آن عدم اجرای تعهد جبران می‌شود. در مدت زمان تعیین‌شده برای جبران عدم اجرا، حقوق طرف زیان‌دیده که ناهمانگ با جبران است تا انقضای زمان جبران عدم اجرا معلق می‌شود (بند ۳ ماده ۷-۱-۴ اصول) طرق ناهمانگ جبران شامل اخطار خاتمه دادن به قرارداد، انعقاد معاملات جایگزین، درخواست خسارت یا بازگشت به وضعیت پیش از انعقاد قرارداد می‌شود. این ضمانت اجرا در حقوق ایران پیش‌بینی نشده است.

### ۴-۲. تمدید مهلت برای اجرای تعهد

به موجب ماده ۷-۱-۵ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و مواد ۴۷ و ۶۳ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در مورد عدم اجرای تعهد، طرف زیان‌دیده می‌تواند با اخطار به طرف دیگر مدت زمانی اضافی برای اجرای تعهد در اختیار او قرار دهد. همان‌گونه که از ماده فوق استنباط می‌شود، تمدید مهلت منوط به نقض تعهد و دادن اخطار به طرف مقابل است که این اخطار ممکن است شفاهی یا کتبی باشد.

به موجب بند ۲ ماده ۱-۱۰ مقررات اصول اخطاریه در صورتی واجد اثر قانونی است که وصول بشود. بر اساس بند ۳ همان ماده اخطاریه هنگامی وصول می‌شود که به طور شفاهی به اطلاع طرف مقابل رسانده شود یا به محل تجاری یا نشانی پستی طرف مقابل تحويل شود. در مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ارسال اخطار برای تمدید مهلت پیش‌بینی نشده است. مهلتی که برای اجرای تعهد به متعدد داده می‌شود باید معقول و متعارف باشد. طول مدتی که در قرارداد برای تحويل کالا بین طرفین مقرر شده است، نفع و سود خریدار در تحويل فوری، نوع کالایی که باید تحويل داده شود و نوع مانع یا موانع تحويل کالا از جمله معیارهایی است که برای تعیین مدت معقول و متعارف تعیین کننده است.

در طول مدت تمدیدشده، استفاده از ضمانت اجرای فسخ و الزام به اجرای تعهد ممکن نیست. البته تمدید مهلت، بر حق مطالبه خسارت ناشی از تأخیر، تأثیری ندارد. به این مطلب در بند ۲ ماده ۷-۱-۵ مقررات اصول و در بندۀای دوم مواد ۴۷ و ۶۳ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا تصریح شده است. علت این ممنوعیت را حمایت از متعددی دانسته‌اند که ممکن است در حال آماده‌سازی و تدارک برای انجام تعهدی باشد که اجرای آن تقاضا شده است یا حتی ممکن است تا حد زیادی تعهد مذکور را با هزینه‌های سنگین به اجرای در آورده باشد. حال اگر پیمان‌شکن در مهلت تمدیدشده نیز در اجرای قرارداد کوتاهی کرد، فرد زیان‌دیده به موجب بند ۲ ماده ۷-۱-۵ از اصول، حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

در حقوق ایران دادن مهلت به متعدد از سوی متعددله پیش‌بینی نشده است. صرفاً در شرایط ویژه اعسار و تنگستی متعدد دادگاه می‌تواند بر اساس ماده ۲۷۷ از قانون مدنی نظر به وضعیت مدیون مهلت عادله یا قرار اقساط بدهد. این نهاد با اعطای مهلت از سوی متعددله به متعدد فرق می‌کند و در شرایط استثنایی اعسار آن هم از سوی دادگاه پیش‌بینی شده است.

### ۳-۴. حق حبس

هم در قراردادهای بین‌المللی و هم قراردادهای داخلی هدف و انگیزه دو طرف عقد بیع دارا شدن و در اختیار گرفتن عوضین است. از این رو روش‌هایی برای تضمین تعهدات متقابل اندیشیده شده است که حق حبس یکی از آنها است.<sup>۱</sup> ماده ۷-۱-۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در زمینه حق حبس مقرر می‌دارد: «در موردی که قرار

۱. اصغری آمشهدی، فخرالدین؛ نوری، فخری، «حق حبس در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا وین ۱۹۸۰ و حقوق ایران»، نامه مفید، شماره ۵۲، ۱۳۸۴، ص. ۸۱.

است طرفین قرارداد را به طور همزمان انجام دهنند، هر یک از طرفین می‌تواند تا زمانی که طرف دیگر تعهدش را اجرا نمی‌کند، از اجرای تعهدش خودداری کند.» در حقوق ایران ماده ۳۷۷ قانون مدنی در مورد حق حبس است. طرفین در صورت نقض قرارداد از سوی طرف دیگر حق دارند از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کنند. از مفاد ماده فوق شرایط حبس را به این شرح می‌توان استخراج نمود.

- عقد باید موضع باشد.

- عقد بیع بر قبض و اقباض همزمان مبتنی باشد.<sup>۱</sup> اگر تسلیم مبیع و ثمن هر دو مؤجل و در یک زمان باشد، بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوق دانان معتقد هستند که در چنین مواردی هر یک از خریدار و فروشنده می‌تواند اجرای تعهد خود را منوط به اجرای تعهد دیگری سازد.<sup>۲</sup> در مقابل برخی دیگر حق حبس را منتفی دانسته‌اند.<sup>۳</sup>

- هیچ یک از مبیع و ثمن تحويل نشده باشد. حق حبس با شرایط مشابه در مقررات اصول پیش‌بینی شده است که در بسیاری موارد با حق حبس پیش‌بینی شده در حقوق ایران قابل انطباق است.

#### ۴-۴. حق الزام به اجرای تعهد

حق الزام به اجرای عین تعهد در مواد ۷-۲-۱ و ۷-۲-۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی پیش‌بینی شده است. بر اساس مواد فوق بین تعهدات پولی و غیرپولی تفکیک شده است. در تعهدات پولی مطلقاً الزام به اجرای تعهد ممکن است. اما در تعهدات غیرپولی استثناء‌هایی وجود دارد. بر اساس ماده ۷-۲-۷ از اصول در مواردی که اجرای تعهد از نظر حقوقی یا عملی غیرممکن یا به طور غیرمعتارف سنگین و پرهزینه باشد یا اجرای تعهد از یک مشخصه منحصرأ شخصی برخوردار باشد یا در صورت عدم مطالبه اجرای تعهد از سوی فرد زیان دیده، امکان الزام به اجرای تعهد وجود ندارد.

حق الزام اجرای تعهد در اصل ۶۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا آمده است. با این تفاوت که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا بین تعهدات پولی و غیرپولی تفکیکی وجود ندارد. اما اشتراک کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی این است که به محض وجود نقض اساسی از سوی متعهد، طرف مقابل حق

۱. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظام حقوق کنونی، چاپ دوازدهم، نشر میزان، ۱۳۸۴، ص. ۳۲۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، چاپ دهم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص. ۱۸۵.

۳. شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، جلد ۳، نشر مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۲، ص. ۱۶۶.



دارد قرارداد را فسخ کند.<sup>۱</sup> ضمانت اجرای الزام به انجام تعهد در حقوق ایران هم پیش‌بینی شده است. با این تفاوت که در حقوق ایران الزام به اجرای تعهد ضمانت اجرای اولیه نقض قرارداد است و با امکان الزام متعهد حق فسخ وجود ندارد.

در مواد ۴۷۶، ۵۳۴ و ۲۳۷ از قانون مدنی و ماده ۴۷ از قانون اجرای احکام مدنی، ضمانت اجرای نقض قرارداد، الزام به اجرای تعهد است و در صورت عدم امکان الزام، فسخ قرارداد پیش‌بینی شده است.

متعهده له حق ندارد با استفاده از قدرت و موقعیتی که دارد، متعهد را به اجرای تعهد و دارد و نظم جامعه را به هم بریزد. به همین جهت قانون‌گذار در هر مورد مقام صالحی را جهت الزام تعهد، تعیین کرده است. به عنوان نمونه در اسناد رسمی یا لازم‌الاجرا، متعهده له می‌تواند برای اجبار متعهد به دایره اجرای ثبت یا اجرای دادگاه رجوع کند.<sup>۲</sup> هرگاه متعهد با میل و اختیار خود تعهد را اجرا نکند، با دخالت و اقدام مستقیم اجرایی مقام صالح قانونی، تعهد اجرا می‌شود.

#### ۴-۵. جریمه قضایی

به موجب ماده ۷-۲-۴ از اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، هنگامی که دادگاه قرار اجرای تعهد را صادر می‌کند، می‌تواند مقرر کند که متعهد در صورت عدم رعایت مفاد قرار، جریمه بپردازد. به موجب بند ۲ همین ماده جریمه باید به طرف زیان‌دیده پرداخته شود. نهاد مذکور در ماده ۷۲۹ قانون ایین دادرسی مدنی سابق در حقوق ایران نیز وجود داشت. هر چند ماده ۷۲۹ فسخ شده است اما ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مفاد این ماده را احیا نموده و مورد تأیید قرار داده است.

به موجب بند ۲ ماده ۷-۲-۴ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی پرداخت جریمه با مطالبه خسارت متفاوت است. در تعیین مبلغ جریمه دادگاه به امکان نفوذ و اثر حکم اجبار در اراده متعهد توجه دارد. در حالی که در صدور حکم به جبران خسارت، هدف جبران ضرر وارد به طلبکار است.<sup>۳</sup>

از واژه «می‌تواند» در بند ۱ ماده ۷-۲-۴ معلوم می‌شود که تحمل جریمه به صلاحیت دادگاه است. اجرای این صلاحیت به نوع تعهدی که قرار است اجرا شود، بستگی دارد. در مورد احکام پولی جریمه را فقط در وضعیت استثنایی باید تحمل کرد. بر عکس در مورد تعهدات مربوط به انجام کار یا خودداری از انجام کار که انجام آنها به

۱. هجده نفر از دانشمندان، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، جلد ۲، ترجمه مهراب داراب‌پور، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، ص. ۱۷۰.

۲. قاسم‌زاده، مرتضی، حقوق مدنی مختصر قراردادها و تعهدات، نشر دادگستر، ۱۳۸۸، ص. ۱۸۷.

۳. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی، منبع پیشین، صص. ۱۳۷ و ۱۳۸.

آسانی از سوی شخص ثالث امکان‌پذیر نیست، الزام تعهد از طریق جریمه‌های قضایی مناسب‌ترین راه است.

#### ۶-۴. مطالبه خسارت

به موجب ماده ۷-۴-۱ از اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی: «هر عدم اجرای تعهد به طرف زیان‌دیده حق مطالبه خسارت را یا به طور انحصاری یا به همراه هر طریق جبران دیگری می‌دهد. مگر هنگامی که عدم تعهد بر طبق این «اصول» معذور باشد.» مواد ۴۵ و ماده ۷۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با تفصیل بیشتری به بیان مصادیق خسارت پرداخته است. ماده ۷۴ مقرر داشته است: «خسارت ناشی از نقض قرارداد عبارت است از مبلغی برابر زیان از جمله عدم النفعی که طرف دیگر بر اثر نقض متحمل شده است. این خسارت نمی‌تواند از مقدار زیانی که نقض‌کننده در زمان انعقاد قرارداد و به مدد واقعیات و موضوعاتی که در همان موقع بر آنها واقف بوده، پیش‌بینی کرده یا باید پیش‌بینی می‌کرده، متجاوز باشد.»

نقطه اشتراک کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در شرایط مطالبه خسارت است. با این توضیح که در هر دو، نقض قرارداد و قابلیت پیش‌بینی ضرر از ارکان مطالبه خسارت می‌باشد. معیار نقض قرارداد در ماده ۷-۴-۲ اصول بیان شده و معیار قابلیت پیش‌بینی ضرر در ماده ۷۴ کنوانسیون و ماده ۷-۴-۴ اصول بیان شده است. با این تفاوت که ماده ۷۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا دو معیار شخصی و عینی را ارائه داده است. اما ماده ۷-۴-۴ اصول با اشعار بر اینکه ضرر باید به عنوان نتیجه محتمل نقض قرارداد پیش‌بینی شده باشد به نظر می‌رسد از معیار موسوع تر بهره جسته است.

شرط سومی که اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی بر آن تأکید دارد، قطعیت صدمه است (ماده ۷-۴-۳). به موجب ماده ۷-۴-۲ اصول طرف زیان‌دیده به دلیل متحمل شدن صدمات ناشی از عدم اجرا مستحق دریافت غرامت کامل است و این صدمات هر گونه زیان وارد و هر گونه نفعی را شامل می‌شود که وی از آن محروم شده است؛ آن هم با احتساب هر گونه نفع مکتسپ از سوی طرف زیان‌دیده که ناشی از اجتناب هزینه یا صدمه باشد. بر اساس مقررات اصول زیان شامل عدم النفع و زیان معنوی هم می‌شود. دریافت خسارت باید بر دارایی طرف زیان‌دیده بیافزاید. در بند ۱ ماده ۷-۴-۲ مقرر شده است که هر منفعتی که در نتیجه عدم اجرا عاید طرف زیان‌دیده شده است باید در نظر گرفته شود.

از نقاط قوت مقررات اصول پرداختن به مسأله تسهیم خسارت است. ماده ۷-۴-۷ اصول، به تسهیم خسارت بر اساس میزان مشارکت دو طرف در ورود خسارت حکم



می‌دهد. ماده ۷-۴-۷ اصول مقرر می‌دارد: «در شرایطی که صدمه جزئی ناشی از فعل یا ترک فعل طرف زیان دیده یا واقعه دیگری باشد که خطر احتمالی آن به عهده طرف زیان دیده است، میزان خسارات باید به میزانی که این عوامل، در وقوع صدمه و زیان نقش داشته اند، تقلیل داده شود.» لازم به ذکر است که مطالبه خسارت ممکن است با سایر طرق جبران نیز جمع شود.<sup>۱</sup> این مطلب به صراحت در صدر ماده ۱-۴-۷ اصول ذکر شده است.

ضمانت اجرای مطالبه خسارت در حقوق ایران هم پذیرفته شده است. کسی که به عهد خود وفا نمی‌کند و باعث اضرار هم‌پیمانش می‌شود، باید از عهده خسارتی که به بار آورده است، برآید. ضمانی که متخلف از این بابت پیدا می‌کند به لحاظ ریشه تعهد اصلی مسئولیت قراردادی نامیده می‌شود. مسئولیت قراردادی منوط به تحقق دو شرط است. اول بین زیان دیده و عامل ورود ضرر قرارداد نافذی حکومت کند. دوم خسارت ناشی از اجرا نکردن مفاد قرارداد باشد. ماده ۵۱۵ از قانون آیین دادرسی مدنی برای ایجاد مسئولیت قراردادی شرط تقصیر را هم اضافه کرده است. عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که در حقوق ایران تقصیر در ایجاد مسئولیت قراردادی شرط نیست.<sup>۲</sup> در مقابل عده‌ای از حقوق‌دانان تقصیر را در مسئولیت قراردادی شرط می‌دانند.<sup>۳</sup> حال این دسته از حقوق‌دانان نیز دو دسته می‌شوند. برخی صرف نقض عهد را تقصیر می‌دانند<sup>۴</sup> و برخی نیز نقض عهد را اماره تقصیر می‌دانند.<sup>۵</sup>

#### ۴-۷. برطرف کردن عیب و نقص و یا جایگزین کردن اجرای معیوب و ناقص

بر طبق ماده ۳-۷ اصول، جبران اجرای معیوب و ناقص، هم حق پیمان‌شکن است و هم حق طرف زیان دیده. همچنین علاوه بر رفع عیب و نقص یا جایگزین کردن کالا، شکل‌های دیگری از جبران عیب و نقص نیز وجود دارد، مانند برداشتن حق شخص ثالث بر کالا و یا تحصیل مجوز عمومی ضروری، پیش‌بینی ضمانت اجرای تعمیر کالا یا تسليم کالای جانشین. این ضمانت اجرا در اصل ۴۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز وجود دارد. تفاوت ماده ۴۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با ماده ۳-۷ اصول این است که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا تسليم بدل را مشروط به این نموده که مغایرت کالا متضمن نقض اساسی قرارداد باشد و درخواست بدل کالا از طریق اخطار موضوع ماده ۳۹

۱. مختاری، مهدی، «جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد»، شماره ۴۰۱، نامه اناق بازرگانی، ۱۳۸۰، ص. ۳۲.

۲. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، جلد ۸، امیرکبیر، ۱۳۵۴، ص. ۱۳۴ و ۱۳۵.

۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد سوم، چاپ ششم، انتشارات کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۶۶، ص. ۲۴۰.

۴. ستھوری، عبدالرزاق احمد، منبع پیشین، ص. ۲۰۰.

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق تعهدات، منبع پیشین، ص. ۲۸۸.

یا ظرف مدت معقولی پس از آن صورت گیرد. همچنین بر اساس بند ۳ ماده ۴۶ درخواست تعمیر کالا باید معقول باشد و از طریق اخطار موضوع ماده ۳۹ یا ظرف مدت معقولی پس از آن صورت گیرد. اما در ماده ۲-۳ مقررات اصول درخواست جبران عیب و نقص و جایگزین کردن یا جبران دیگر مطلق است و شامل نقض اساسی و غیراساسی می‌شود. البته حق درخواست جبران عیب و نقص یک اجرای معیوب و ناقص مشمول همان محدودیت‌های حق الزام به اجرای تعهد مذکور در مواد ۷-۲-۱ و ۷-۲-۲ می‌شود.

در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا حق تعمیر یا تسليم کالای جایگرین هم از حقوق مشتری است و هم از حقوق فروشنده. حال سؤال اینجاست که چنانچه خریدار خواهان فسخ قرارداد باشد اما فروشنده خواهان تعمیر یا تسليم کالای جانشین باشد چه باید کرد. در اصول به این سؤال پاسخ داده نشده است. اما در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در ماده ۴۸ صراحتاً به حق فروشنده اشاره نموده است. اما همچنان سؤال پابرجا است. با توجه به اینکه کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا می‌تواند مبنی خوبی برای فهم مسائل مطرح شده در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی باشد، ناچاریم به دیدگاه‌های اندیشمندان در حوزه کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا اشاره کنیم.

برخی از حقوق دانان معتقدند که چون به موجب ماده ۴۸ اعمال حق تعمیر در رفع نقص از سوی فروشنده منوط به رعایت حق فسخ خریدار در ماده ۴۹ شده است، برداشت معقول از این ماده اقتضا دارد که اگر خریدار به سبب نقض اساسی خواهان فسخ قرارداد باشد، دیگر فروشنده نمی‌تواند درخواست تعمیر کالا بکند. تفسیر دیگری که ارائه شده این است که برای ارزیابی اساسی بودن نقصی که مشتری به استناد آن می‌خواهد قرارداد را فسخ کند، باید پیشنهاد رفع یا تعمیر مطرح شده از سوی فروشنده را مد نظر قرار داد. مثلاً اگر فروشنده دستگاه‌هایی را تحویل خریدار دهد که به هیچ عنوان کار کرد مورد نظر را ندارند، نقض بی‌گمان اساسی است. اما اگر فروشنده پیشنهاد تعمیر کالا یا جایگزینی آن را کند، صرفاً یک تأخیر در اجرا تلقی می‌شود که شایسته توصیف به عنوان نقض اساسی نیست.

در جمعبندی دیدگاهها و ارائه نظر پیشنهادی می‌توان گفت که حق تعمیر کالا از سوی فروشنده بر حق تقلیل ثمن یا مطالبه کالای جایگزین توسط خریدار تقدم دارد. در واقع فروشنده می‌تواند با پیشنهاد رفع عیب کالا، درخواست احتمالی خریدار برای تقلیل ثمن یا مطالبه کالای جایگزین را ب اثر سازد. اما حق تعمیر کالا مانع از اعمال حق فسخ و متعوّض نمودن نخواهد بود.

در حقوق ایران بعد از انعقاد قرارداد بیع، اجرای کامل آن وابسته به تسليم کالای سالم و منطبق با قرارداد از سوی فروشنده و پرداخت ثمن از سوی خریدار است. در برخی

موارد اجرای قرارداد از سوی فروشنده به صورت ناقص صورت می‌گیرد. در حقوق ایران در چنین مواردی به صراحت از حق فسخ و یا گرفتن ارش سخن رانده شده است (ماده ۴۲۲ قانون مدنی). اما با استفاده از نظرات فقهی و به استنباط از برخی مواد قانونی می‌توان حق رفع عیب را برای خریدار یا فروشنده قائل شد. مورد معامله ممکن است عین معین یا کلی باشد. اگر مورد معامله عین کلی باشد در صورت تراضی طبق توافق طرفین اقدام می‌شود. اما چنان‌چه طرفین توافق نداشته باشند سؤال ایجاد می‌شود که آیا مشتری حق الزام بایع را به رفع عیب مبیع دارد. آن‌چه که در حقوق ایران به صراحت مورد پذیرش قرار گرفته این است که به استناد ماده ۴۱۴ قانون مدنی خریدار در صورت معیوب بودن مبیع کلی، حق فسخ قرارداد را ندارد. اما می‌تواند فروشنده را ملزم به تحويل کالای منطبق با قرارداد نماید و الزام به رفع عیب نیز در حقیقت نوعی الزام به تحويل کالای منطبق با قرارداد است و برخی از حقوق‌دانان این نظر را پذیرفته‌اند.<sup>۱</sup>

در مقابل برخی از حقوق‌دانان معتقدند که در مبیع کلی نمی‌توان بایع را الزام به تعمیر کالای معیوب کرد. زیرا در مبیع کلی با تسلیم کالای معیوب ایفای تعهد انجام نمی‌شود تا ضرری به مشتری وارد آید و برای رفع آن ضرر بایع را ملزم به رفع عیب ساخت. به نظر می‌رسد که مبنای استدلال اشتباه است، زیرا تقاضای کالای جانشین ممکن است طولانی شود، در حالی که رفع عیب ممکن است در مدت زمان کمتری صورت گیرد. اما در فرضی که کالای مورد معامله عین معین است و مطابق با قرارداد نباشد، در مواد مختلفی از قانون مدنی برای طرف مقابل حق فسخ پیش‌بینی شده است (مواد ۳۵۵ الی ۴۱۰ و ۴۱۱) و در صورتی که عدم مطابقت به دلیل وجود عیب باشد خریدار علاوه بر فسخ دارای حق ارش است (ماده ۴۲۲). اکنون سؤال این است که آیا افزون بر موارد فوق خریدار می‌تواند بایع را ملزم به تعمیر سازد و آیا فروشنده می‌تواند با تعمیر کالا از خیار عیب و اخذ ارش جلوگیری کند. طبیعتاً این سؤال در فرض عدم توافق پیش می‌آید. برخی از نویسندگان حقوق مدنی حق رفع عیب را برای فروشنده قائل هستند. این دسته از حقوق‌دانان معتقدند که خیار عیب جبران ضرر ناروایی است که در نتیجه آن به طرف مقابل می‌رسد. پس اگر پیش از اعمال خیار منشأ این خیار از بین برود، خیار نیز ساقط می‌شود. در نظر ایشان این حکم چهره استثنایی ندارد و در مقام بیان قاعده است.<sup>۲</sup> با استفاده از برخی مواد قانون مانند ماده ۴۷۸ - ۴۸۱ - ۵۲۷ از قانون مدنی و بند دوم ماده ۱۲ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ و اصول کلی لزوم قراردادها و قاعده لاضر این استدلال تقویت می‌شود.

۱. میرزازاد جویباری، اکبر، مبنی پیشین، ص. ۱۰۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰، ص. ۲۹۶.

## ۸-۴. حق فسخ قرارداد

درخصوص حق فسخ موضع اصول آن است که اصولاً در موارد جزئی نقض تعهدات، امکان فسخ قرارداد وجود ندارد. اما هرگاه نقض قرارداد، اساسی باشد، امکان فسخ آن وجود دارد. برخلاف حقوق ایران، در مقررات اصول اجباری به تقدم درخواست الزام به اجرای قرارداد توسط متعهد یا با هزینه او نیست. ماده ۷-۳-۱ علاوه بر بیان حق فسخ، ضوابطی را طی بند ۲ برای تشخیص عدم اجرای اساسی ذکر نموده که در سابق به این معیارها اشاره شد. تعیین معیار جهت تشخیص اساسی بودن نقض برای آن است که فسخ قرارداد در صورتی مجاز شود که واقعاً متعهدله از حقوق و منافع خود در برابر عوضی که به متعهد پرداخت می‌کند محروم شود.

قانون مدنی ایران در بخش قواعد عمومی قراردادها فسخ را به عنوان ضمانت اجرای عدم انجام تعهد اصلی شناسایی نکرده است. به همین دلیل اکثربت حقوق دانان معتقدند که فسخ، ضمانت اجرای ابتدایی عدم اجرای قرارداد نیست.<sup>۱</sup>

عمده دلایل مخالفان به این شرح است:

- در حقوق ما اصل بر لزوم عقد است. بنابر این در موارد نقض قرارداد، عهدهشکن باید اجبار به انجام قرارداد شود. زیرا تنها لزوم جبران ضرر، امکان فسخ عقد را توجیه می‌کند و تا زمانی که اجرای عقد و اجراء طرف قرارداد امکان دارد این ضرورت احساس نمی‌شود.

- جستجو در کتاب‌های فقهی در ابواب مختلف حاکی از آن است که نظریه تقدم الزام به انجام تعهد از شهرت فتوایی برخوردار است. فقهاء در خصوص موضوع در دو مقام بحث نموده‌اند. اول اینکه آیا می‌توان متعهد را مجبور به انجام تعهد نمود یا خیر. مشهور فقهاء قائل به امکان اجبار شده‌اند.<sup>۲</sup> دوم اینکه آیا مشروطله در صورت تخلف مشروط‌علیه از انجام مفاد شرط بی‌درنگ می‌تواند عقد را فسخ کند یا باید بعد از الزام او و نالمیدی از اجراء مشروط‌علیه مبادرت به فسخ عقد کند. ظاهر عبارت شهید ثانی در شرح لمعه محقق سبزواری در کفایه، محقق نراقی در عوائدالایام و صاحب جواهر در جواهرالکلام این است که فسخ در صورت تعذر از اجراء ممکن است.<sup>۳</sup>

۱. عدل، مصطفی، منبع پیشین، ص. ۳۰۸.

۲. کرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۴، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث الاولی، ۱۴۰۸ق. ص. ۴۲۳.

۳. عاملی، زین الدین، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۳، مؤسسه المعارف الاسلامیه الاولی، ۱۴۱۳ق. ص. ۲۷۴.

۴. سبزواری، محمدباقر؛ واعظی اراکی، مرتضی، «کفایه الفقه»، دفتر انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۱، ص. ۹۷.

- 
- ملاک ماده ۲۳۹ قانون مدنی به خوبی نشان می‌دهد که قاعده این است که در تعهدات فرعی و شرط فعل، طلبکار باید برای اجبار طرف قرارداد اقامه دعوی کند و تنها در صورتی می‌تواند آن را به هم زند که این اجراء ممکن نباشد. به قیاس اولویت و با استفاده از ملاک در تعهدات اصلی نیز وضعیت به همین صورت است.
  - دلیل دیگر قائلان به تقدیم الزام به انجام تعهد، مواد ۳۷۶ و ۴۷۶ و ماده ۵۳۴ از قانون مدنی است که در آن الزام به اجرای تعهد بر فسخ، مقدم است. در مقابل برخی حقوق‌دانان جدید با ملاحظه آثار سوء نظریه اجراء به دنبال توجیه نظریه فسخ ابتدایی در حقوق ایران هستند. دلایل قائلان به فسخ ابتدایی در چند محور خلاصه می‌شود:
  - قانون مدنی در فصل اثر معاملات، التزام طرفین و قائم مقام آنها را اصلی ترین اثر معاملات بیان کرده است (ماده ۲۱۹ قانون مدنی) و در مواد بعدی این فصل یعنی مواد ۲۲۱ و ۲۲۶ الی ۲۳۰ قانون مدنی نیز ضمانت اجرای این اثر را مسئولیت مدنی متخلص و جبران خسارت زیان‌دیده تعیین کرده است. همچنین می‌دانیم که خسارت عدم انجام تعهد بدل اصل تعهدات است و با آن جمع نمی‌شود. پس با توجه به تعیین خسارت عدم انجام تعهد، قرارداد باید از بین رفته باشد و قرارداد جز به سبب فسخ، انفساخ یا اقاله از بین نمی‌رود. آنچه مسلم است در این فرض انفساخ و اقاله منتفی است. پس ناگزیر باید گفت که ماده ۲۲۱ قانون مدنی به دلالت التزامی عدم اجرای قرارداد را موجب حق فسخ برای متعهدله دانسته است.
  - قیاس عدم اجرای تعهدات اصلی با عدم اجرای شرط فعل نادرست است. چون اولاً وحدت ملاک مربوط به فرضی است که حکم خاصی در موضوع بحث نباشد. حال آنکه قانون گذار ضمانت اجرای عدم اجرای تعهدات اصلی را در مواد ۲۱۹ الی ۲۳۰ بیان کرده است. ثانیاً در تعهدات ناشی از قرارداد مقصود اصلی طرفین اعقد عقد است و تعهدات ناشی از شرط فعل نسبت به تعهدات اصلی جنبه فرعی دارد. بنابراین ضمانت اجرای این تعهدات منطبقاً نباید یکسان باشد. صرف عدم انجام تعهدات فرعی نباید موجب فسخ قرارداد شود.<sup>۱</sup> نگارنده معتقد است که استدلال موافقان فسخ ابتدایی از استحکام بیشتری برخوردار است، زیرا اصل لزوم که مبنای قاعده مشهور تقدیم اجراء بر فسخ است تاب

۱. دارویی، عباسعلی، فسخ به جهت نقض قرارداد (فسخ ابتدایی)، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۶، شماره ۱۰، ۱۳۹۳، صص. ۱۱۷-۱۴۴.

مقاومت در برابر ادله دیگر مانند اصل لاضر و اصل سرعت در معاملات تجاری و نفی عسر و حرج را ندارد. همچنین قاعده تقدم اجبار بر فسخ با اصول حقوق تجارت در تعارض است. در بیشتر موارد در قراردادهای تجاری بهویژه قراردادهای تجاری بین‌المللی، اجرای عین تعهد بعد از نقض قرارداد مطلوب طرفین نیست و در پاره‌ای موارد هم عقلایی نیست، زیرا فرایند طولانی پیش‌بینی شده برای این امر موجب بروز خساراتی می‌شود که کمتر قابل تدارک است.<sup>۱</sup> به علاوه در خصوص تقدم اجبار بر فسخ، شهرت فتوایی وجود ندارد.<sup>۲</sup> فقهای بزرگ معاصر حق فسخ متعهدله را بر تعذر از اجبار متعهد بر انجام عین تعهد متوقف نمی‌دانند.<sup>۳</sup> بنابراین مسأله در فقه امامیه اجتماعی نیست و حتی شهرتی نیز وجود ندارد. در تأیید این دیدگاه می‌توان به مواد ۳۸۰، ۳۹۵ و ۴۷۶ از قانون مدنی و همچنین بندهای ۸، ۷ و ۹ ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ و مواد ۶ و ۱۶ قانون پیش‌فروش ساختمان ۱۳۸۹ استناد کرد که همگی مؤید نظریه فسخ ابتدایی هستند.

مواد متعارض با قاعده فسخ ابتدایی نیز قابل تفسیر و تأویل است. به عنوان مثال در ماده ۳۷۶ از قانون مدنی که ضمانت اجرای تأخیر در تسلیم مبیع یا تادیه ثمن را اجبار بایع و مشتری دائسته است، منظور قانون گذار تحدید حقوق متعهدله به اجبار نیست، بلکه منظور امکان اجبار است. دلیل درستی این استنباط ماده ۳۹۵ از قانون مدنی است که تأخیر در تادیه ثمن را موجب خیار تاخیر ثمن می‌داند. پس نتیجه می‌گیریم که ماده ۳۷۶ در مقام بیان تمام حقوق بایع و مشتری نبوده است. همچنین در ماده ۴۷۶ قانون مدنی که فسخ اجاره به سبب امتناع موجر از تسلیم عین مستأجره را منوط به تعذر اجبار کرده است، با ماده ۴۹۶ که صرف تخلف از شرط را موجب خیار فسخ می‌داند تعارض دارد. یا مثلاً ماده ۲۳۷ قانون مدنی می‌گوید: «...طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفائی به شرط بنماید.» که لفظ «می‌تواند» در مبحث فسخ بدان معنا است که مشروطه اختیار دارد قرارداد را فسخ کند یا از حاکم تقاضای الزام به اجرا کند.<sup>۴</sup>

#### ۹-۴. ارش یا تقلیل ثمن

در حقوق ایران بحث ارش در قسمت خیار عیب مطرح شده است. در خیار عیب مشتری می‌تواند به جای فسخ قرارداد، مبیع معیوب را با اخذ مابه‌التفاوت قبول کند

۱. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، چاپ دوم، نشر دادگستر، ۱۳۷۵، ص. ۱۸.

۲. شیخ طوسی، ابی جعفر محمد، المبسوط فی فقہ الامامیه، جلد ۲، چاپ سوم، المطبعه الحیدریه، ۱۳۷۸، ص. ۱۵۱.

۳. خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاہه، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، جلد ۵، مکتبه الداوری، ۱۴۱۱ق، صص.

۳۵۲-۳۵۸

۴. صادقی نشاط، امیر، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، دوره ۳۹، شماره ۴، حقوق، ۱۳۸۸، صص. ۲۹۷-۳۱۴.

(ماده ۴۲۲ قانون مدنی). در ارش باید رابطه صحیح قراردادی وجود داشته باشد و در صورت بطلان قرارداد نوبت به ارش نمی‌رسد. همچنین عیب در حین عقد موجود باشد و عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در میبع حادث شود در حکم عیب سابق است (ماده ۴۲۵). شرط سوم این است که عیب مخفی باشد و در صورت علم مشتری به معیوب بودن مبیع با توجه به اقدام مشتری به ضرر خویش، استناد به خیار عیب و اخذ ارش منتفی است. به استناد ماده ۴۲۴ از قانون مدنی عیب وقتی مخفی است که مشتری در زمان بیع عالم به آن نباشد اعم از اینکه عدم علم ناشی از آن باشد که عیب واقعاً پنهان بوده یا اینکه ظاهر بوده ولی مشتری از آن بیخبر باشد. شرط چهارم این است که عیب موجود باید مؤثر باشد. نقص در مبیع باید به صورتی باشد که از قیمت آن بکاهد یا منفعت آن را بکاهد. شرط پنجم این است که خیار عیب و ارش مخصوص عین معین است و در عین کلی مسأله ارش مطرح نمی‌شود. شرط ششم این است که اخذ ارش مانند خیار عیب فوریت دارد. اخذ ارش در مواردی تنها راه حل مشتری است که موارد آن در ماده ۴۲۹ قانون مدنی احصا شده و در این موارد مشتری حق فسخ قرارداد را ندارد.

مقررات اصول به طور صریح به مسأله ارش نپرداخته است، اما از اطلاق ماده ۷-۲ اصول می‌توان مطالبه ارش را استخراج کرد. ماده مذکور بیان می‌دارد: «حق مربوط به اجرای تعهد در موارد مناسب، شامل حق درخواست جبران عیب و نقص، جایگزین کردن، یا جبران دیگری برای اجرای معیوب و ناقص تعهد می‌شود» که از عبارت «جبران دیگری» می‌توان مطالبه ارش را استخراج کرد. اما مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در ماده ۵۰ به صورت صریح به مسأله تقلیل ثمن پرداخته است که شباخت بسیاری با نهاد ارش دارد.

## نتیجه‌گیری

در حقوق ایران بین قراردادهایی که موضوع آن عین معین است با قراردادهایی که موضوع آن عین کلی است تفاوت قائل شده‌اند. در صورت نقض قرارداد در فرض اول برای متعهدله حق فسخ قائل شده‌اند؛ بر خلاف قراردادهایی که موضوع آن عین کلی است که در این صورت در وهله اول برای متعهدله حق الزام به اجرای عین تعهد شناسایی شده است. تخلف از شرط صفت و نتیجه برای متعهدله خیار فسخ ایجاد می‌کند و اما تخلف از شرط فعل برای متعهدله در قدم اول حق الزام به اجرای عین تعهد ایجاد می‌کند. اما این تفکیک در مقررات اصول و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا وجود ندارد و اساساً موضوع قراردادهایی که اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ناظر به آن است، عین کلی است. از طرفی اعمال حق فسخ ترتیبی بر الزام به اجرای تعهد ندارد.

ضمانت اجرای جبران عدم اجرای تعهد، موضوع ماده ۷-۱-۴ اصول و همچنین  
ضمانت اجرای تمدید مهلت برای اجرای تعهد، در حقوق ایران پیش‌بینی نشده است.  
شاید به این خاطر باشد که ضمانات اجراهای فوق جهت حمایت از اصل لزوم قراردادها  
است و از آنجا که در حقوق ایران اولین ضمانات اجراء، الزام متعهد به انجام تعهد است،  
پیش‌بینی موارد فوق تحصیل حاصل است. البته سایر ضمانات اجراهای مانند حق الزام  
اجرای تعهد، جریمه قضایی، مطالبه خسارت و برطرف کردن عیب و نقض و جایگزین  
کردن کالای معیوب در هر دو سیستم، با اندک تفاوتی وجود دارد.

همان‌گونه که ملاحظه شد، در قوانین ایران و مقررات اصول تفاوت بین‌ادینی وجود  
ندارد. برخی از تفاوت‌ها مانند رابطه طولی الزام به اجرای تعهد و حق فسخ اختلافی است.  
همچنین برخی از تفاوت‌ها از باب اطلاق و تقييد است که پذیرش آنها در حقوق داخلی با  
اصول و مبانی حقوق و نظم عمومی و احکام صریح فقهی ما منافاتی ندارد.

در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به تنوع وسیله‌های جبران خسارت و ضمانات  
اجراهای نقض قرارداد توجه بیشتری شده است. در راستای اصلاح قانون تجارت و اصلاح  
قواعد عمومی قانون مدنی براساس ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و ماده ۱-۳-۷  
مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، رعایت اصول زیر پیشنهاد می‌گردد:

- لزوم ایجاد تنوع در ضمانات اجراهای ناشی از نقض قرارداد به منظور مقابله  
متنااسب با انواع مختلف نقض.
- لزوم جایگزینی مطالبه خسارت و حق فسخ به جای الزام به اجرای عین تعهد  
در قراردادهای تجاری.



- 
- لزوم طبقه‌بندی انواع مختلف نقض از برای آثار و نتایج آنها به منظور به کارگیری ضمانت اجرای مناسب برای هر مورد.
  - لزوم گرایش به عقل و توجه به عرف و نیازهای تجارت بین‌الملل به جای پابندی به اصول ابتدایی و اولیه نظری لزوم اجرای عین تعهد در همه آشکال تعهدات.
  - اصل احترام به تشخیص و صلاحیت زیان‌دیده نقض در حمایت از خود و توسعه وسیله‌های جبران خسارت غیرقضایی به منظور رعایت اصل سرعت در امور تجاری.

## منابع

- اصغری آقمشهدی، فخرالدین؛ محمدزاده، علی، «بررسی تطبیقی حق در خواست تعمیر کالا از سوی خریدار در کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین و حقوق ایران»، پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۴۹، ۱۳۸۷.
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین؛ نوری، فخری، «حق حبس در کنوانسیون بیع بین المللی کالا وین ۱۹۸۰ و حقوق ایران»، نامه مفید، شماره ۵۲، ۱۳۸۴.
- امینی، منصور؛ مافی، همایون؛ اعظمی چهاربرج، حسین، «بررسی حق فسخ ناشی از پیش بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق ایران»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره سوم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۰.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد سوم، چاپ ششم، انتشارات کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۶۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تئوری موازنہ، گنج دانش، ۱۳۸۱.
- ———، حقوق تعهدات، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۳.
- ———، دوره حقوق مدنی حقوق تعهدات، چاپ سوم، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸.
- خمینی، سید روح الله (امام)، کتاب البيع، جلد ۵، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
- خوبی، ابوالقاسم، مصباح الفقاہ، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، جلد ۵، مکتبه الداوری، ۱۴۱۱ ق.
- دارویی، عباسعلی، فسخ به جهت نقض قرارداد (فسخ ابتدایی)، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۶، شماره ۱۰، ۱۳۹۳.
- سبزواری، محمدباقر؛ واعظی اراکی، مرتضی، «کفایه الفقه»، دفتر انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۱.
- ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، چاپ دوم، نشر دادگستر، ۱۳۷۵.
- سنهروری، عبدالرزاک احمد، الوسيط فی شرح قانون المدنی، جلد ۴، دار احیاء التراث العربي، ۱۴۰۰ ق.
- شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، جلد ۳، نشر مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۲.
- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۲، چاپ سوم، المطبعه الحیدریه، ۱۳۷۸.

- صادقی نشاط، امیر، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، دوره ۳۹، شماره ۴، حقوق، ۱۳۸۸.
- صفائی، سیدحسین؛ و دیگران، حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- عاملی، زین‌الدین، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۳، مؤسسه المعارف الاسلامیه الاولی، ۱۴۱۳ ق.
- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، جلد ۸، امیرکبیر، ۱۳۵۴.
- قاسمزاده، مرتضی، حقوق مدنی مختصر قراردادها و تعهدات، نشر دادگستر، ۱۳۸۸.
- کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی، چاپ دهم، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
- ———، عقود معین، چاپ دهم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
- ———، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چاپ دوازدهم، نشر میزان، ۱۳۸۴.
- ———، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.
- ———، قواعد عمومی قراردادها، چاپ ششم، جلد ۴، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
- کرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۴، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث الاولی، ۱۴۰۸ ق.
- مختاری، مهدی، «جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد»، شماره ۴۰۱، نامه اتاق بازرگانی، ۱۳۸۰.
- مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ترجمه بهروز اخلاقی، چاپ سوم، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۳.
- میرزا نژاد جویباری، اکبر، «بحثی پیرامون مفهوم نقض اساسی قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۸، ۱۳۸۱.
- ———، «تأثیر درخواست تعمیر کالا از سوی فروشنده در حال حق فسخ خریدار»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، شماره ۱، ۱۳۸۵.
- هانولد، جان او، حقوق متحددالشكل بیع بین‌المللی کالا طبق کنوانسیون ۱۹۸۰ ملل متحد، ترجمه همایون مافی و همکاران، انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
- هجده نفر از دانشمندان، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، جلد ۲، ترجمه مهراب داراب‌پور، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.

---

- بیزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی (قلمرو مسئولیت مدنی)، نشر ادبستان، ۱۳۷۹.

- Farnsworth, Allan, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", Colombia Law Review, vol. 87, No. 2, 1987.
- Graffi, Leonardo, "Case Law on the Concept of Fundamental Breach in the Vienna Sales Convention", Business Law Journal, No. 3, Paris, 2003.
- Honnold, John, Uniform Law for International Sales Under the 1980 International Sales Law, 2nd Edition, Kluwer Law International, 1999.
- Ndubuisi, Augustine, Comparative Evaluation of the Doctrine of Fundamental Breach under the CISG, UNDROIT Principles and the English Law, University of Sterling, Scotland, 2013.



## زیرساخت فنی - حقوقی تصدیق هویت در بانکداری نوین با نگاهی به جرم دسترسی غیرمجاز

حسین میرمحمدصادقی\*

افشین آذری متین\*\*

### چکیده

امضای کاغذی رکن اساسی احراز هویت در بانکداری سنتی است، این شکل سنتی از امضا در بانکداری نوین (بانکداری الکترونیکی و مجازی) تغییر ماهیت داده و تبدیل به امضای الکترونیکی ساده و مطمئن شده است. کلیه خدماتی که در بانکداری نوین ارائه می‌شود، مستلزم صدور امضا الکترونیکی از طرف کاربران است، بستر و ساختار امضاهای جدید به گونه‌ای است که نوع جرایم را از امضا سنتی تمایز کرده است. این مقاله قصد دارد از طریق مطالعات میدانی و کتابخانه‌ای، ساختار فنی امضا الکترونیکی در سیستم بانکی را با تعاریف ارائه شده در قانون تجارت الکترونیک تطبیق دهد تا در گذر این توصیف، جرم جعل غیرایانه‌ای و دسترسی غیرمجاز در بانکداری سنتی و نوین مقایسه شود. بدیهی است بررسی به عمل آمده می‌تواند مقدمه‌ای باشد تا بسترها فنی غیرموجه بانکداری الکترونیکی شناسایی شده و از این رهگذر تدبیر پیشگیرانه وضعی و فنی مناسب در بانکداری نوین پیش‌بینی گردد.

**کلیدواژه‌ها:** امضا الکترونیکی، گواهی الکترونیکی، گذر واژه، توکن، دسترسی غیرمجاز.

\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

Azarimatin@gmail.com

تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۲/۱۰

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۸/۱۲

\*\* دانشآموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی

## مقدمه

قانون تجارت الکترونیک در سال ۱۳۸۲ تصویب شد. بند ۴ ماده ۱۰ قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳ دولت را مکلف کرد که از سال اول برنامه نسبت به برقراری نظام بانکداری الکترونیک در کلیه بانک‌های کشور اقدام نماید، زیرا استقرار تجارت الکترونیک جز در بستر انجام تراکنش‌های پولی و مالی الکترونیک میسر نیست. به این ترتیب عملیات بانکداری الکترونیکی در بستر شبکه مخابرات، اینترنت یا مشتریان بانک‌ها از سختافزارها و نرمافزارهای پیشرفته شکل گرفت. بانکداری الکترونیک به مشتریان بانک‌ها این امکان را داد که تمامی عملیات بانکی خود را شامل دریافت و واریز پول، انتقال وجه، پرداخت قبوض، دریافت مانده حساب، مشاهده صورتحساب، خرید شارژ سیم کارت، پرداخت اقساط، وصول چک و دریافت وجه اوراق بهادر را به دو صورت حضوری و غیرحضوری از یک محیط الکترونیکی دریافت نمایند.<sup>۱</sup> بند الف ماده ۴۹ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹ نیز بانک‌ها را مکلف کرده است تا اقدام به تبدیل کلیه حساب‌ها به صورت متمرکز نمایند. بنابراین در شیوه بانکداری جدید، مشتریان بانک‌ها می‌توانند علاوه بر اینکه از خدمات بانکداری سنتی استفاده می‌کنند، از خدمات بانکداری الکترونیکی نیز بهره‌مند شوند. در این حالت همه شب بانک‌ها بصورت آنلاین و یکپارچه با یکدیگر در ارتباط هستند و دیگر نیازی نیست که مشتری فقط به شعبه بانک افتتاح‌کننده حساب مراجعه کند. تمامی شب بانک، کلیه خدمات را به متقاضیان ارائه کرده و امضایی که از طرف مشتریان بانک‌ها معرفی و در رایانه اسکن شده است، قابل رویت برای همه شب بانک است. چک‌ها در همه شب بانک‌ها قابل وصول است. در کنار ابزارهای فیزیکی مثل دسته چک یا دفترچه حساب، کارت‌های اعتباری بانکی نیز وجود دارد و خدمات بانکی ۲۴ ساعته ارائه و محدود به ساعت مشخصی نیست و جای تحويل‌داران بانک‌ها را تجهیزات و دستگاه‌های الکترونیکی اشغال کرده است. به جای اینکه احراز هویت چهره به چهره انجام شود، کارت‌های اعتباری نشان‌دهنده هویت فرد است و احراز هویت توسط تجهیزات هوشمند انجام می‌شود. در چنین فضایی نیز مفهوم امضا متفاوت است و ماده ۶۶ قانون ثبت که امضا ثبت سند را دلیل رضایت محسوب داشته، دیگر به صورت علامت و نشانه روی کاغذ تحقق نیافته، بلکه اعداد و حروفی است که توسط کاربر در صفحه کلید دستگاه درج و برای تطابق با قسمت اطلاعات مرکزی بانک ارسال می‌شود. در صورتی که رمز تطابق داشته باشد، اجازه انتقال وجه، برداشت از حساب و ... داده می‌شود. در این حالت امضا متشکل از یک سری اطلاعات

کامپیوتری است که در قالب عدد و حروف است و با کاربر توافق شده که استفاده از این اعداد و حروف به منزله امضا و قبول و تأیید شرایط است. این امضا، امضای الکترونیکی است. توصیف مزبور که تعریف امضای الکترونیکی در بانک به عنوان زیرساخت اصلی در بانکداری نوین است،<sup>۱</sup> با امضای دستی در بانکداری سنتی تفاوت اساسی دارد. هر چند در رابطه با امضای الکترونیکی مقالات متعددی نوشته شده، اما ساختار این نوع امضا در بانک تعریف نشده است و به جرم مقارن آن در بانکداری سنتی پرداخته نشده و سوالات ذیل بدون پاسخ باقی مانده است.

- امضای الکترونیکی چگونه در بانک از همان اهداف و کارکردهای امضای سنتی (دستی) برخوردار است؟

- امضای الکترونیکی در بانکداری نوین بر اساس چه ساختاری طراحی شده است؟

- چه جرمی در بانکداری الکترونیکی مقارن جعل در بانکداری سنتی است؟

تعریف امضای الکترونیکی در قانون تجارت الکترونیک دارای توصیف کلی است و باید با ابزارها و زیرساخت‌های بانکداری الکترونیک تطبیق داده شود. به همین دلیل لازم است براساس زیرساخت‌های فنی و حقوقی بانکداری الکترونیک، ساختار امضای الکترونیکی در بانک توصیف شود. تمرکز مطالب مقاله نیز بر همین اساس طراحی شده است. بدین منظور به روش توصیفی - تبیینی، ابعاد حقوقی امضای دستی و ابعاد فنی - حقوقی امضای الکترونیک و انواع آن بررسی شده است. مطالعات این تحقیق کتابخانه‌ای و میدانی است و قسمت میدانی از طریق واحدهای انفورماتیک بانک‌ها انجام شده است. سپس جرم دسترسی غیرمجاز نسبت به دو نوع امضای الکترونیک ساده و مطمئن (دیجیتال) به صورت گذرا بررسی شده است، این مطالعه می‌تواند زمینه شناسایی زیرساخت‌های فنی غیرموجه در بانکداری الکترونیکی و تدوین قانون جزایی مناسب با بانکداری الکترونیکی را فراهم کند. بدیهی است شناسایی زیرساخت‌های فنی غیرموجه برای ارائه تدبیر پیشگیرانه وضعی مناسب نیاز به تحقیق دیگری دارد. چون امضای الکترونیکی ساده در بانکداری الکترونیکی و امضای الکترونیکی مطمئن در بانکداری مجازی کاربرد دارد، دو قسمت بعدی مقاله بر همین اساس تقسیم‌بندی شده است.

## ۱. بانکداری سنتی و جعل

بند (الف) ماده ۳۱ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ تشکیل بانک را به صورت شرکت سهامی عام مجاز دانسته است و ایجاد شعب بانک‌ها با اخذ شناسه اختصاصی از

۱. اصطلاح بانکداری نوین دو عونان بانکداری الکترونیکی و بانکداری مجازی را در بر می‌گیرد (مبینی دهکردی، علی؛ رسولی‌نژاد، احسان، شکل‌دهی به فضای نوین: رویکرد دانش بنیان، چاپ اول، نشر نور علم، ۱۳۹۰، ص. ۱۹۶).



۲. علی‌رغم اینکه طبق ماده ۹۹۶ قانون مدنی و ماده ۳۶ قانون ثبت احوال ۱۳۵۵ شناسنامه ملاک تعیین هویت اشخاص است ولی بر اساس مقررات ذیل احراز هویت مراجعن بانک‌ها مطابق شناسه اختصاصی صورت می‌پذیرد: الف - آینین‌نامه مستندسازی جریان وجوه در کشور ۱۳۸۷؛ ب - قانون و آینین‌نامه اجرایی مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶ و ۱۳۸۸؛ ج - قانون و آینین‌نامه اجرایی الزام اختصاص شماره ملی و کدپستی برای کلیه اتباع ایرانی مصوب ۱۳۷۶ و ۱۳۸۷؛ د - آینین‌نامه تعیین شماره اختصاصی برای اشخاص خارجی مرتبط با کشور ۱۳۸۷؛ ه - آینین‌نامه اختصاص شناسه ملی به کلیه اشخاص حقوقی ایرانی ۱۳۸۷.

۳. نحوه شناسایی مشتریان بانک بر اساس دو دستورالعمل جدایگاهه مربوط به پولشویی که توسط شورای عالی مبارزه با پولشویی در سال ۱۳۹۰ تصویب شده است، صورت می‌پذیرد: الف - دستورالعمل چگونگی شناسایی مشتریان ایرانی مؤسسات اعتباری؛ ب - دستورالعمل چگونگی شناسایی مشتریان خارجی مؤسسات اعتباری.

۴. خلیل میثاقی مقانی، ابراهیم، «نقش امضا و اثر انگشت از نظر قانونی»، ماهنامه کانون سر دفتران، دوره اول، شماره ۱۸۶، تیر ۱۳۵۴، ص. ۳۵.

۵. ماده ۸۶ قانون ثبت ۱۳۱۰ سردفتر را مکلف به تحصیل اطمینان از هویت متعاملین نموده است. در صورتی که سردفتر راجع به هویت متعاملین تردید داشته باشد، مطابق ماده ۵۰ قانون ثبت با دو شاهد تصدیق

بانک است. به عبارت دیگر امضا دستی یا سنتی که شخص سند را دیده و با خودکار آن را امضا کرده، نشانه‌ای است که شخص آن را تتفییز کرده و دلالت بر قصد و اراده صاحب امضا دارد، طبق ماده ۱۹۱ قانون مدنی به عنوان آخرین اراده شخص به طور مکتوب محسوب شده و به همین دلیل هر قرارداد کتبی برای آن که واجد آثار حقوقی گردد نیازمند امضا یا تأسیسات مشابهی مانند اثر انگشت، مهر و نظایر اینهاست. ماده ۱۳۰ این قانون مدنی و ۶۵ قانون ثبت امضا را بدین معنی دانسته که شخص جامعیت سند را تایید کرده و بیان داشته که به محتویات آن متعهد و پایبند است. سندی که دارای امضا باشد طبق ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ و ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی یکی از دلایل اثبات دعوا است. ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی اسناد رسمی را تعریف کرده، بنابراین اسناد تنظیمی در بانک طبق ماده ۱۲۸۹ قانون مدنی عادی هستند. یعنی بر اساس ماده ۷۰ قانون ثبت علاوه بر ادعای جعل، انکار و تردید نیز نسبت به آنها مسموع است.

بدین ترتیب دو نوع جرمی که با امضا در بانک ارتباط دارد، یکی مربوط به ساختن یا تغییر دادن استناد سجلی است،<sup>۱</sup> که در خدمات پایه و غیرپایه مشابه است چون در هر دو حالت منوط به احراز هویت است<sup>۲</sup> و افراد می‌توانند از این طریق هویت مجعلو اتخاذ و با هویت غیرواقعی چک وصول کرده یا از طریق افتتاح حساب بانکی وام دریافت کرده یا ضامن شوند.<sup>۳</sup> افتتاح چنین حسابی جزو اهداف پولشویان و تحصیل کنندگان مال نامشروع است و آنان را قادر خواهد ساخت وجوهی را که از سایر جرایم تحصیل کرده‌اند، بدون شناسایی انتقال داده، مصرف کرده یا برداشت نمایند. پس حسابی که بدین طریق افتتاح شده، اگر جزء حساب‌های جاری باشد، امکان کلاهبرداری با استفاده از دسته چکی که از بانک تحويل گردیده وجود دارد.<sup>۴</sup> دومی ساختن یا تغییر دادن استناد بانکی است. توضیح داده شده که سند بانکی سند عادی است. استناد بانک، عادی، ب دو نوع هستند. امکان: دارد توسط بانک امضا و صادر، شده

← هويت خواهد كرد. اضافه مى شود که طبق بند ۳ ماده ۴۹ قانون ثبت و ماده ۲۰ قانون دفاتر اسناد رسمي و  
کانون سر دفتران و دفترياران ۱۳۵۴ امضای مسلم الصدور همان تصدیق امضای ذیل اسناد عادي توسيط  
دفاتر اسناد رسمي است. بدین ترتیب ثبت امضا پس از احراز هويت امضاكننده و ثبت نمونه امضای وي در  
دفتر گاهه امضا انعام خواهد شد.

۱. مواد ۱۰ و ۱۳ قانون تخلفات، جرایم و مجازات‌های مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام ۱۳۷۰ مارداد، از حکم استاد سحل، ایشان، که دست.

۲. میر محمد صادقی، حسین، حب ایم علیہ اموال و مالکیت، جاپ سے، وینجم، نشر میزان، ۱۳۹۲، ص: ۳۱۶۔

۳. تمهیلاتی که در بانکها بدین ترتیب پرداخت شده معمولاً جزو مطالبات سوختشده است. بنده ماده ۱ آیین نامه وصول مطالبات سرسریست گذشته، معوق و مشکوک الوصول مؤسسه انتباری (ربالی و ارزی) ۱۳۸۸ در تعریف مطالبات سوختشده بیان داشته، آن بخش از مطالبات مؤسسه انتباری است که صرف نظر از تاریخ سرسریست به دلایل متعق از قبیل فوت یا ورشکستگی بدھکار یا علل دیگر قابل وصول نیست.

باشند؛ مانند ضمانتنامه‌های صادره، چک‌های تضمین شده<sup>۱</sup> و بین‌بانکی،<sup>۲</sup> فیش‌های واریز وجه به حساب و یا دفترچه و گواهی سپرده بانکی و یا مثل دسته چک در حساب جاری که نوشتمن درجات و امضای چک بر عهده صاحب حساب است. در این حالت اگر چک امضا نداشته باشد، چون قابلیت ایراد ضرر به غیر نداشته و صرفاً شبیه‌سازی خط دیگری است، سندیت نداشته و جعل نیست. ولی لزومی ندارد شباهتی بین امضای تقلیبی و اصلی وجود داشته باشد. همین که احتمال به اشتباه انداختن تحويل دار بانک وجود داشته باشد، وی فریب خورده و پول را پرداخت کند، جعل تحقق یافته است. از آنجا که جعل مقدمه‌ای برای استفاده بعدی از سند مجعل یا کلاهبرداری است، پس جرم مستقلی محسوب است و ارتکاب جرایم بعدی مشمول تعدد مادی خواهد بود.<sup>۳</sup>

## ۲. زیرساخت‌های بانکداری الکترونیکی

عملیات بانکی در بانکداری الکترونیکی به صورت لحظه‌ای در تمام شعب بانک در سراسر کشور انجام می‌شود. حساب‌های بانکی دارای کارت‌های پرداخت<sup>۴</sup> مرتبط با آن بوده و اطلاعات شناسایی یا حساب بانکی افراد در کارت‌های با جنس پلاستیکی روی نوار مغناطیسی (کارت‌های مغناطیسی) یا تراشه الکترونیکی (کارت‌های هوشمند) ذخیره شده است. ارتباطات الکترونیکی با حساب از طریق کانال‌های خودپرداز، پایانه فروش<sup>۵</sup> به صورت حضوری (تماسی) و درج رمز اول کارت یا از طریق بانکداری همراه و تلفن بانک<sup>۶</sup> یا درگاه‌های اینترنتی بانک به صورت غیرحضوری (غیر تماسی) انجام می‌شود. ارائه خدمات پایه به صورت الکترونیکی و انجام هر گونه تراکنش الکترونیکی که با حضور شخص از طریق شعب بانک ارائه می‌شود. بدون شناسایی کامل مشتری

۱. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی شماره ۷۴ مورخ ۱۳۴۶/۱۰/۲۷ جعل این‌گونه چک‌ها را در حکم جعل اسکناس محسوب کرده است.

۲. میرمحمد صادقی، حسین، منبع پیشین، ص. ۳۱۹.

۳. میرمحمد صادقی، حسین، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، چاپ بیست و دوم، نشر میزان، ۱۳۹۲، ص. ۳۲۹.

۴. انواع کارت پرداخت که به عنوان ابزار برداشت پول یا خرید کالا است عبارتند از : الف - کارت‌های بدنه (debit card) از طریق حساب‌های متمرکز مشتریان بانک امکان برداشت تا سقف موجودی را امکان‌پذیر ساخته است. ب - کارت هدیه با سقف مبلغ مشخص که پرداخت و خرید از طریق سامانه متمرکز کارت انجام می‌شود. ج - کارت کیف پول الکترونیک یا کارت‌های هوشمند، در این‌گونه کارت‌ها، ارزش پول مستقل از روی فیزیک کارت و در تراشه ذخیره شده است. د - کارت اعتباری (credit card) در این نوع کارت، بدون آنکه شخص حساب بانکی داشته باشد، از طریق سقف اعتباری که به وی تخصیص یافته است، می‌تواند نسبت به خرید کالا و خدمات اقدام نماید.

۵. دستگاهی است که با پذیرش کارت بانکی امکانی را فراهم کرده و چه به صورت الکترونیکی از حساب دارنده کارت به حساب فروشنده منتقل شود.

۶. در بانکداری همراه و تلفن بانک، ارائه خدمات بانکی به صورت غیرحضوری از طریق سامانه‌های تلفن همراه یا ثابت انجام می‌شود.

نباشد انجام شود<sup>۱</sup> و افتتاح انواع حساب برای اولین مراجعه ارباب رجوع، صدور انواع کارت‌های پرداخت و نصب هر گونه ابزار پذیرش مثل پایانه‌های فروش یا درگاه‌های اینترنتی مجازی<sup>۲</sup> پیش از شناسایی کامل مشتری ممنوع است.<sup>۳</sup> تطبیق هویت ارباب رجوع و ثبت تراکنش<sup>۴</sup> در مراجعت حضوری از طریق ابزارهای شناسایی فیزیکی (نظیر کارت) و یک ابزار پذیرش فیزیکی (نظیر پایانه فروش) انجام شده و یا در روش غیرحضوری از طریق یک ابزار شناسایی مجازی (نظیر شناسه و رمز اینترنتی) و یک درگاه پذیرش مجازی (نظیر تارنمای اینترنتی) تحقق می‌یابد. پس اگر برای امضا دو کارکرد قائل شویم، یکی تأیید هویت و دیگری پذیرش تعهدات است. عرف رایج در نظام بانکداری سنتی هم این کارکردهای امضا را تأیید کرده و در عمل اگر شخصی قصد وصول وجه چکی را داشته باشد، دو امضا از دریافت‌کننده وجه اخذ خواهد شد، یکی برای شناسایی و دیگری به معنی تأیید دریافت وجه است. اگر هم کسی چکی امضا کند، چون در زمان افتتاح حساب احراز هویت شده است، یک امضا کفایت می‌کند.

در بانکداری الکترونیک هم همین ترتیب رعایت می‌شود. در روش حضوری (تماسی) قرار دادن کارت پرداخت در درگاه‌های حضوری برای شناسایی دریافت‌کننده خدمات الکترونیکی است و درج رمز اول در دستگاه خود پرداز یا پایانه فروش به منزله تأیید تراکنش و قبول شرایط درخواست است.<sup>۵</sup> بنابراین تراکنش‌های الکترونیکی بدین طریق دو نوع ماهیت دارند: یکی ماهیت فیزیکی و دیگری ماهیت مجازی. ماهیت

۱. ماده ۱۳ دستورالعمل چگونگی شناسایی مشتریان ایرانی مؤسسات اعتباری ۱۳۸۹ شورای عالی مبارزه با پولشویی.

۲. مواد ۲، ۳ و ۴ دستورالعمل رعایت مقررات مبارزه با پولشویی در حوزه نظام‌های پرداخت و بانکداری الکترونیکی ۱۳۸۹ شورای عالی مبارزه با پولشویی.

۳. ماده ۸۷ قانون نظام صنفی کشور ۱۳۹۲ و تبصره آن فعالیت افراد صنفی در فضای مجازی را مستلزم اخذ پروانه از اتحادیه، مطابق آینین‌نامه تصویبی دانسته است. بند ۱-۱ از ماده یک آینین‌نامه سامان‌دهی فعالیت و نظارت بر فروشگاه‌های مجازی ۱۳۸۸ وزارت بازرگانی، فروشگاه مجازی را یک واحد اقتصادی بر شمرده که از طریق شبکه‌های رایانه‌ای از جمله اینترنت و توسط اشخاص حقیقی و حقوقی اداره و دارای مجوز از مرکز امور اصناف و بازرگانان وزارت بازرگانی است، طبق دستورالعمل اعطای نماد اعتماد الکترونیکی و نظارت بر فعالیت کسب و کارهای اینترنتی ۱۳۹۲ مصوب کمیته نظارت بر کسب و کارهای اینترنتی مرکز توسعه تجارت الکترونیک وزارت صنعت و معدن و تجارت، کسانی که قصد کسب و کارهای اینترنتی (ماجزی) داشته باشند، پس از احراز هویت و صلاحیت می‌توانند اقدام به دریافت نماد اعتماد نمایند. بنابراین کسب و کارهای مجازی در صورتی قادرند که از درگاه‌های اینترنتی سیستم بانکی برای خرید مشتریان خود استفاده نمایند که اقدام به دریافت نماد اعتماد نموده باشند.

۴. تراکنش یک پیام الکترونیکی است که مشتری بانک از درگاه‌ها نظیر خودپرداز یا پایانه فروش تقاضا کرده است و بدین ترتیب برداشت یا انتقال وجه به شبکه الکترونیکی بانکی ارسال می‌شود. همچنین به عملیاتی که بر اساس درخواست کاربر منجر به تغییر در حساب یا بانک اطلاعات شود، تراکنش گفته‌اند.

۵. طبق ماده ۵ دستورالعمل رعایت مقررات مبارزه با پولشویی در حوزه نظام‌های پرداخت بانکداری الکترونیکی، تطبیق هویت ارباب رجوع با اقلام اطلاعاتی شناسایی مشتری در مراجعت ابزارهای شناسایی است.

فیزیکی همان جسم کارت است و ماهیت مجازی در حقیقت رمزی است که تنها خود فرد از آن آگاه است. پس اگر جسم کارت به هر شکلی جعل شود، رمز کارت یا ماهیت مجازی، جعل تراکنش‌های الکترونیکی را دشوار خواهد کرد.

در روش غیرحضوری دو امکان وجود دارد. اگر ارائه خدمات کارت محور باشد، نظری حالتی که شخص قصد پرداخت قبوض خدماتی مثل آب، برق، گاز و ... را دارد یا پس از خرید از فروشگاه مجازی و ارتباط با درگاه<sup>۱</sup> پذیرش مجازی بانک، بعد از ثبت اطلاعات کارت شامل شماره، کد اعتبارسنجی<sup>۲</sup> و تاریخ انقضا در درگاه، تا زمانی که رمز دوم یا رمز اینترنتی ثبت نشود پرداخت یا انتقال وجه حق نخواهد شد. بنابراین این نوع درگاه برای پرداخت‌های بانکی استفاده شده و دارای شماره رمز جداگانه از درگاه‌های حضوری (رمز اول) است. در حالت دوم<sup>۳</sup> که مبنی بر شماره حساب بانکی است،<sup>۴</sup> اینکه کاربر (مشتری بانک) به شبکه یا پایگاه داده بانک دسترسی داشته و از خدمات بانکی استفاده کند، مستلزم ثبت نام کاربری و گذر واژه یا رمز عبور در سامانه بانک است. این اطلاعات قبلًا از طرف بانک به وی اختصاص داده شده است. بر این اساس شیوه گواهی و امضای الکترونیکی که در نظام بانکداری الکترونیک استفاده می‌شود، روش گذرواژه، عبارت عبور یا شماره شناسایی شخصی است<sup>۵</sup> و طبق ماده (۷) قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲ از جایگاه قانونی امضای دستی برخوردار است. امضایی که بدین ترتیب به مشتریان بانکی اختصاص یافته، به دلیل اینکه طبق تبصره ۲ ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۶ از طرف مرکز ریشه مستقل

۱. درگاه‌ها جایگاه‌هایی می‌باشند که خدمات بانکداری الکترونیکی را ارائه می‌نمایند. خودپرداز، کارت‌خوان فروشگاهی، اینترنت بانک و موبایل بانک و تلفن بانک جزو درگاه‌ها می‌باشند.

۲. کد اعتبارسنجی (CVV2) عددی است که طول آن بین سه تا چهار رقم است، در سامانه کارت بانک تعريف شده و معمولاً پشت کارت درج می‌شود.

۳. شبا عبارت است از شماره حساب بانکی ایران که به منظور تسهیل مبالغات بین بانکی تعریف شده است. شبا مستقل از نظام شماره‌گذاری داخلی هر یک از بانک‌ها است. اما در محاسبه شبا از نظام شماره‌گذاری حساب داخلی بانک‌ها استفاده شده است. بنابراین در حال حاضر تنها معیار برای انتقال وجهه مشتریان بانک‌ها از طریق سامانه‌های تبادلات بانکی بانک مرکزی بین بانک‌ها، شماره حساب بانکی ایران و شماره حساب شخص است.

۴. احمدی، سید محمود؛ خندان سویری، مهدی، نظام‌های پرداخت و بانکداری الکترونیک در ایران، پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی، ۱۳۹۴، ص. ۲۳۲.

۵. رمز اول بصورت محمرانه و در پاکت مهر و موم شده به دارنده کارت بانکی تحويل خواهد شد. این رمز ثابت باشد یا متغیر. در حالتی که رمز متغیر است، روشنی که بانک‌ها به کار گرفته‌اند به این ترتیب است که پس از وارد کردن نام کاربری شخص، از طریق پیامک برای هر بار ورود رمز جدید از طرف بانک اختصاص خواهد یافت یا از طرف بانک، دستگاه‌های رمزاساز به صاحب حساب تحويل شده تا پس از درج نام کاربری یک رمز جدید که دارای مدت زمان اعتباری مشخص است، اختصاص یابد.

حوزه نظام بانکی ایجاد نگردیده، طبق ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی قانون مزبور<sup>۱</sup> صرفاً در حوزه داخلی بانک‌ها اعتبار داشته و طبق ماده ۶ قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲ امضای ساده (غیرمطمئن)<sup>۲</sup> است.<sup>۳</sup>

بر این اساس اگر تراکنش را مترادف داده‌پیام در بند (الف) ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی قلمداد کنیم، یعنی تولید و ارسال اطلاعات کاربران بانکی مثل انتقال وجه یا دریافت صورت‌حساب از طریق درگاه‌های اختصاص داده شده حضوری یا غیرحضوری است و شماره عبارت عبوری که در صفحه کلید دستگاه ثبت شده، علامت<sup>۴</sup> منضم به داده‌پیام است، هویت امضاکننده را تأیید کرده و همان امضای الکترونیکی نامیده شده در بند (ی) ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی است.<sup>۵</sup> این امضا در مقایسه با امضای الکترونیکی مطمئن یا دیجیتال امنیت پایین‌تری دارد. البته برای اینکه امنیت انتقال اطلاعات ارتقا یابد و از سرقت و استراق سمع اطلاعاتی نظیر گذرواژه جلوگیری شود، در حال حاضر توسط بانک‌ها از راه حل‌های مرکب استفاده شده است. ترکیبی از گذرواژه و پرتلکل‌های امنیتی از این قبیل است که امکان برقراری ارتباط بین سرویس‌دهنده و کاربر را به صورت رمزشده فراهم کرده و برای دیگران غیر قابل خواندن است.<sup>۶</sup>

بنابراین امضای ساده بر اساس اینکه از چه نوع درگاهی استفاده شود، حالت‌های مختلف دارد. اگر از دستگاه‌های خودپرداز یا پایانه‌های فروشگاهی استفاده گردد، کارت پرداخت بانکی به علاوه رمز اول کارت که چهار رقمی است و در زمان تحويل کارت به دارنده آن اختصاص داده شده و قابل تغییر توسط دارنده از طریق دستگاه خودپرداز است، یک نوع امضای ساده است. حالت دیگری که این امضا دارد و به

۱. با توجه به اینکه بانک‌ها اقدام به صدور گواهی الکترونیکی به معنی خاص آن نمی‌نمایند، بنابراین مشمول ممنوعیت مندرج در ماده ۶ دستور العمل اجرایی سامان‌دهی مراکز صدور گواهی الکترونیکی میانی ۱۳۸۸ شورای سیاست‌گذاری گواهی الکترونیکی نیستند.

۲. از جمله امضاهای دیگری که با فناوری ساده تولید می‌گردد، امضای دستی اسکن شده، امضا با قلم نوری و کلیک کردن بر روی گزینه تأیید است. امضاهای با فناوری زیست‌سنگی یا بیومتریک نیز وجود دارد که مبنای تشخیص هویتی که استفاده کرده‌اند بر اساس خصیصه‌های منحصر به فرد فیزیکی و رفتاری کاربر است؛ مانند اثر انگشت، تصویر شبکیه چشم، شکل هندسی دست و انگشت یا شناسایی از طریق صدا.

۳. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، چاپ بیست و سوم، انتشارات دراک، ۱۳۹۲، ص. ۱۴۸.

۴. بند الف ماده ۳۰ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری، علامت را تعریف نموده است. بدین معنا که هر نشان قابل رویتی است که بتواند کالاهای یا خدمات اشخاص حقیقی یا حقوقی را از هم متمايز سازد. این تعریف با این عبارت که امضای الکترونیکی را علامت دانسته از جهاتی شباخت دارد، زیرا علامت را معرف شخص دانسته است.

۵. طبق ماده ۱۳۰۴ قانون مدنی، لازم نیست در اسناد کاغذی امضا همراه با متن در یک برگه باشد. بلکه امضا می‌تواند در برگ جداگانه درج شده باشد، بدین ترتیب امضای الکترونیکی که علامت منضم شده یا متصل شده به داده‌پیام تعریف شده است، دارای اعتبار است.

۶. زرکلام، ستار، اعتمادسازی در تجارت الکترونیکی، چاپ اول، شهر دانش، ۱۳۹۰، ص. ۱۴۷.

عنوان رمز دوم یا اینترنتی شناخته شده، قابل استفاده در زمانی است که کاربر قصد بهره برداری از درگاه های اینترنتی بانک یا فروشگاه های مجازی را دارد و با وارد کردن مشخصات کارت پرداخت بانکی (شامل شماره کارت، کد اعتبارسنجی و تاریخ انقضای) و رمز دوم خواهد توانست اقدام به پرداخت قبوض خدماتی یا کالای خریداری شده کند.

در استفاده از خدمات بانکداری اینترنتی که مبتنی بر شماره حساب است، نام کاربری و گذرواژه اختصاصی شخصی همان امضای ساده است، در این حالت گذرواژه یا ثابت (ایست) است، یعنی در هر بار ورود یک رمز استفاده خواهد شد که امکان تغییر نیز برای کاربر وجود دارد، یا بصورت پویا (متغیر) است، یعنی در هر بار ورود یک رمز جداگانه به کاربر از طرف بانک اختصاص داده خواهد شد. اختصاص رمز متغیر در سیستم بانکی دو صورت دارد، در حالت اول، پس از اینکه کد کاربری در سامانه بانک ثبت شد به شماره تلفن همراهی که از قبل به بانک اعلام شده است، شماره رمز پیامک خواهد شد یا بانک دستگاه های رمزاساز (توکن) در اختیار مشتریانش قرار داده تا هر زمان شخص قصد استفاده از خدمات بانکداری الکترونیکی را داشته باشد از طریق این دستگاه هر بار یک شماره رمز تولید و اختصاص داده شود. در نتیجه می توان گفت سامانه های بانکی به شیوه نصب گذرواژه دارای تدابیر امنیتی است و نوع جرایمی که علیه امضای الکترونیکی ساده وجود دارد، بسته به نوع درگاه بانکی و نوع رمز مورد استفاده به شرح ذیل متفاوت است:

الف - چنانچه دسترسی به سامانه بانکی از طریق درگاه های غیرحضوری مثل اینترنت یا تلفن بانک باشد، امکان دارد، همراه با سایر بزه ها باشد. پس، برای اینکه دسترسی به سامانه بانکها به طور غیرمجاز امکان پذیر گردد یا باید با بهره گیری از دانش فی، نقض تدابیر حفاظتی صورت پذیرد. به عنوان نمونه اگر کسی با انتشار نرم افزار مخرب (ویروس ها و کرم های رایانه ای رخنه گر) و تخریب گذرواژه اقدام به دسترسی غیرمجاز نماید، مرتکب سه بزه مندرج در قانون مجازات اسلامی شامل انتشار نرم افزار زیان بخش (بند الف ماده ۷۵۳) تخریب داده (ماده ۷۲۶) و دسترسی غیرمجاز (ماده ۷۲۹) شده است و اگر کسی از طریق شیوه های مهندسی اجتماعی<sup>۱</sup> به گذر واژه دسترسی یابد، یا به وسیله

۱. فیشینگ (Phishing) نوعی از حملات مهندسی اجتماعی بر پایه فریب افراد به منظور سرقت از حساب مالی کاربران است که برای دسترسی به رمزهای عبور شخصی کاربران استفاده شده است. کلاهبرداران از طریق حمله فیشینگ به دنبال به دست آوردن اطلاعاتی نظیر کلمه کاربری، رمز عبور، شماره ۱۶ رقمی کارت بانکی و کد اعتبارسنجی از طریق درگاه های پرداخت آنلاین هستند. در این روش صفحه ای مشابه یکی از سایتها همچون بانک ساخته شده و هنگامی که کاربر وارد سایت جعلی شده و اطلاعات خود را وارد کند، اطلاعات وی از طریق سایت جعلی برای نفوذ گر ارسال و به سرقت می رود، بدین ترتیب نفوذ گر توانسته وارد

شنیدن، یافتن یا ربودن و پیدا کردن اتفاقی گذرواژه<sup>۱</sup> به سامانه بانکی رخنه نموده و دسترسی غیر مجاز حاصل شود هر چند تدابیر امنیتی حفاظت شده سامانه به روش فنی برداشته نشده است، به دلیل اینکه مبنای جرم‌انگاری دسترسی غیرمجاز، حمایت از محروم‌انگاری داده یا سامانه است، به همین دلیل رخنه‌گری محسوب شده و جرم انجام‌شده دسترسی غیر مجاز است.<sup>۲</sup> به همین ترتیب دسترسی غیر مجاز زمانی که گذرواژه از شخص دیگری گرفته شده است تحقق خواهد یافت، بند ب ماده ۷۵۳ قانون مجازات اسلامی ناظر به دسترسی غیر مجاز است و در این بند، فروش یا انتشار یا در دسترس قرار دادن گذرواژه یا هر داده‌ای که امکان دسترسی غیرمجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابرایی متعلق به دیگری را بدون رضایت او فراهم کند، جرم و قابل مجازات می‌داند.

ب - استفاده از درگاه‌های حضوری مثل دستگاه خودپرداز یا پایانه‌های فروش، مستلزم قرار دادن کارت در دستگاه و ثبت رمز اول است. دسترسی غیرمجاز به سامانه مستلزم ساختن کارت بانکی است که روش‌های مختلفی مثل اسکیمینگ<sup>۳</sup> دارد یا احتمال دارد کارت بانکی ربوده یا پیدا شده باشد و سپس دستیابی به شماره گذرواژه است، می‌تواند مشابه قبل به روش‌های فنی<sup>۴</sup> یا

← حساب کاربری دیگران شود. نوعی دیگر از مهندسی اجتماعی که به نفوذ کلامی یا رفتاری متکی است، با اشخاص تماس تلفنی گرفته شده، می‌گویند قرعه‌کشی شده و وجهی برند شده‌اند و برای واریز وجه باید کارت بانکی داشته باشند. با این ترفند اشخاص به سمت دستگاه خودپرداز هدایت شده و برای اینکه متوجه نوع عملیات بانکی نشوند، توصیه می‌گردد تا از منوی انگلیسی استفاده کنند. سپس کاربر بدون اینکه متوجه شود چه عملیات بانکی انجام می‌دهد، اقدام به ثبت گذرواژه و انتقال وجه به حساب مورد نظر فرد تماس‌گیرنده می‌کند. به دلیل اینکه اقدامات مرتبک متکی به داشش فسی نیست، نفوذ به سیستم‌های رایانه‌ای نبوده و مبتنی بر فریب کاربر است و تحت عنوان کلاهبرداری سنتی قابل تعقیب و مجازات است.

۱. در مواردی که رمزگاری به صورت پویا است، دسترسی فیزیکی به سیم‌کارت تلفن همراه و دستگاه رمزساز ضروری است.

۲. عالی پور، حسن، حقوق کیفری فناوری اطلاعات، چاپ اول، انتشارات خرسندي، ۱۳۹۰، ص. ۱۷۳.

۳. اسکیمینگ (Skimming) به کپی کردن غیرقانونی داده‌های نوار مغناطیسی کارت بانکی روی کارت دیگر گویند، اسکیمیرها دستگاه‌های الکترونیکی کوچکی هستند که به وسیله سارقین (اسکیمیرها) در محل ورودی دستگاه خودپرداز نصب می‌شود و از این طریق اقدام به کپی کردن داده‌های نوار مغناطیسی کارت کاربران در کارت دیگر می‌نمایند و یا با قراردادن صفحه کلید بدلی که دقیقاً شبیه صفحه کلید اصلی دستگاه خودپرداز است، به گونه‌ای روی آن قرار می‌گیرد که کاربر متوجه این موضوع نیست که یک صفحه کلید اضافه روی شماره‌های اصلی قرار گرفته است و بدین ترتیب تمامی اطلاعات مورد نیاز برای دسترسی به حساب افراد را بدست می‌آورند.

۴. در فارمینگ (Pharming) کاربر یک ایمیل ظاهرآ صحیح را باز می‌کند و بدین ترتیب یک کلیدخوان را روی سیستم خود نصب کرده است. کلیدخوان برنامه‌ای است که کلیدهایی را که توسط کاربر زده می‌شود ثبت می‌کند و نام کاربری و رمز عبور ثبت‌شده برای نفوذگر ارسال می‌شود.

غیرفنی به دست آید، اگر به طور همزمان کارت جعلی در دستگاه قرار داده شده و استفاده شود و گذر واژه در صفحه کلید دستگاه ثبت شود، امکان دسترسی غیرمجاز و عملیات بانکی فراهم خواهد شد. در این حالت سه جرم قانون مجازات اسلامی به وقوع پیوسته است: جعل کارت (بند ب ماده ۷۳۴)، استفاده از کارت جعلی (ماده ۷۲۵) و دسترسی غیرمجاز (ماده ۷۲۹).

### ۳. زیرساخت‌های بانکداری مجازی

امضای دیجیتال پیشرفته‌ترین، مطمئن‌ترین و پرکاربردترین روش جهت احراز اصالت و اطمینان از دست‌نخوردگی اطلاعات الکترونیکی است. به علاوه غیرقابل انکار نیز هست.<sup>۱</sup> اصلی‌ترین رکن امضا دیجیتال گواهی الکترونیکی است. گواهی الکترونیکی نوعی گواهی دارای ماهیت الکترونیکی است که حاوی اطلاعات هویتی مالک گواهی و تأییدیه مراکز میانی صدور گواهی است. مرکز صدور گواهی الکترونیکی ریشه مجوز ایجاد، امضا و صدور گواهی‌های مراکز میانی را در زیرساختی تحت عنوان زیرساخت کلید عمومی کشور<sup>۲</sup> زیر نظر شورای سیاست‌گذاری گواهی الکترونیکی برعهده دارد.<sup>۳</sup>

از لحاظ حقوقی، تعاملات الکترونیکی امن در ایران تحت نظارت قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲ و آیینه‌نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۶ است. بدین ترتیب کسانی که متقاضی دریافت امضا دیجیتال باشند، باید به دفاتر ثبت نام گواهی الکترونیکی مراجعه کنند. این دفاتر متقاضیان را احراز هویت کرده،

۱. ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیکی در تعریف امضا دیجیتال مطمئن (Digtital Signature) توضیح داده است که امضا است که نسبت به امضاکننده منحصر به فرد بوده و تحت اراده انصاری وی صادر شده باشد و به همین دلیل در ماده ۱۴ این قانون داده‌پایه‌های مطمئن را از حیث محتویات و امضا در حکم امضا معتبر و قابل استناد در مراجع قضایی دانسته است.

۲. سیاست‌های گواهی الکترونیکی زیرساخت کلید عمومی کشور مصوب شورای سیاست‌گذاری گواهی الکترونیکی کشور ۹۱/۴/۷ در بر دارنده مجموعه‌ای از ضوابط و الزامات عملیاتی و امنیتی حاکم بر زیرساخت کلید کشور است. زیرساخت کلید عمومی یا (PKI) به مجموعه‌ای از خدمات، محصولات، سیاست‌ها، فرایندها و سیستم‌های نرم‌افزاری و سخت‌افزاری گفته شده که جهت مدیریت و به کارگیری گواهی الکترونیکی و به منظور ارائه سرویس‌های امنیتی مختلف مبتنی بر رمزگاری کلید عمومی استفاده شده است.

۳. از لحاظ فنی، امضا دیجیتال کلید (شامل کلیدهای عمومی و خصوصی) و گواهی الکترونیکی مرتبط با آن است. یک کلید برای رمزگاری و دیگری برای رمزگشایی است. دو کلید از نظر ریاضی با هم ارتباط دارند؛ به گونه‌ای که داده رمزگاری شده با هر یک، قابل رمزگشایی با دیگری است. بندهای ج، ج، و خ ماده یک آیینه‌نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۶، از زوج کلید با عنوانین داده‌های ایجاد و وارسی امضا دیجیتال یاد کرده است.

درخواست‌ها را برای صدور گواهی الکترونیکی به مراکز میانی<sup>۱</sup> ارسال و سپس مراکز میانی که از مراکز دولتی صدور گواهی الکترونیکی ریشه<sup>۲</sup> مجوز گرفته‌اند، گواهی الکترونیکی<sup>۳</sup> صادر و سایر خدمات ارائه می‌کنند. مرکز دولتی صدور گواهی الکترونیکی ریشه هم پس از کسب مجوز از شورای سیاست‌گذاری گواهی الکترونیکی شروع به فعالیت خواهد کرد.<sup>۴</sup> بدین ترتیب می‌توان گفت که امضای الکترونیکی در کشور از مدل سلسله مراتبی تبعیت می‌کند. تبصره ۲ ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیکی اشاره دارد که سیستم بانکی می‌تواند در صورتی که مجوز شورای سیاست‌گذاری گواهی الکترونیکی کشور را اخذ نماید، اقدام به ایجاد مرکز ریشه مستقل نماید و تبصره ۲ ماده ۱۲ آین‌نامه تصریح کرده است که شعب بانک‌ها می‌توانند به عنوان دفاتر ثبت‌نام مراکز میانی تحت نظرارت مرکز ریشه نظام بانکی فعالیت کنند. با توجه به اینکه در تبصره و بند (ب) ماده ۴۹ قانون برنامه پنج‌ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران ۱۳۸۹، بانک مرکزی مکلف گردیده است که نسبت به ایجاد و بهره‌برداری مرکز صدور گواهی الکترونیک و استفاده از امضای الکترونیک برای شبکه بانکی اقدام نمایند، بانک مرکزی به منظور اینکه امنیت بانکداری الکترونیکی را ارتقا دهد و بستر صدور گواهی امضای دیجیتال و ایجاد هویت دیجیتالی امن را فراهم نماید اقدام به پیاده‌سازی سامانه نماد<sup>۵</sup> (نظام مدیریت امنیت داده‌ها) نموده است.<sup>۶</sup> در این راستا بانک مرکزی در اردیبهشت ماه ۱۳۹۲ اقدام به انتشار دو سند کرده، خطمشی مرکز گواهی که نیازمندی‌های عملیاتی، حقوقی و فنی مرکز گواهی را تشریح کرده و دستورالعمل اجرایی مرکز گواهی که به تشریح دستورالعمل‌ها و روش‌های اجرایی برای صدور و نگهداری و استفاده از گواهی‌های صادره توسط مرکز گواهی بانک مرکزی پرداخته است. بر اساس این استاد، صدور گواهی به شکل ساختار سلسله مراتبی است و

۱. دستورالعمل اجرایی مراکز صدور گواهی الکترونیکی میانی مصوب شورای سیاست‌گذاری گواهی الکترونیکی کشور ۱۳۸۸/۲/۱۹.

۲. سیاست‌های گواهی مرکز ریشه مصوب شورای سیاست‌گذاری گواهی الکترونیکی کشور ۸۶/۷/۳۰.

۳. به منظور استفاده از گواهی که معرف مرکز گواهی، صاحب و دارنده گواهی، کلید عمومی، دوره اعتبار و شماره سریال گواهی است، ابزاری فیزیکی بنام توکن در اختیار صاحب یا دارنده گواهی قرار گرفته است. دو نوع از این ابزار در حال حاضر کاربرد دارد که یکی کارت هوشمند و دیگری توکن (USB) است.

۴. مرکز دولتی صدور گواهی الکترونیکی ریشه، مجوز تأسیس مراکز میانی دولتی بازار سرمایه، نفت، بازرگانی، و مرکز میانی پارس ساین را صادر کرده است.

۵. نماد سامانه‌ای به منظور تضمین امنیت، محروم‌گی، صحت، دقت و انکارناپذیری در نظام بانکی است.

۶. سامانه نهاب (نظام هویت سنجی الکترونیکی بانکی) به عنوان پرتاب نماد پیاده‌سازی شده است، شعب بانک‌هایی که به عنوان دفاتر پیشخوان خدمات گواهی الکترونیک بانکی (نماد) می‌باشند، از طریق این سامانه اقدام به تخصیص شماره شناسایی منحصر به افراد در شبکه بانکی می‌نمایند، این شماره شهاب (شناسه هویت الکترونیکی بانکی) است.

مرکز گواهی ریشه بانک مرکزی که در بالاترین سطح قرار دارد، مراکز گواهی بانکی و گواهی مشتریان بانکی<sup>۱</sup> را در ذیل خود جای داده است. بدین ترتیب دفاتر پیشخوان خدمات گواهی بانکی هویت اشخاص متقاضی را با ارائه اسناد و مدارک مثبته احراز کرده و توکن فیزیکی که از طرف مرکز گواهی اختصاص داده شده است را به متقاضیان تحويل خواهد داد. پیش‌بینی شده است تا فعال‌سازی توکن برای شناسایی صاحب گواهی از طریق ابزار دسترسی گذرواره بیومتریک (مثل اثر انگشت) باشد تا در حد لزوم داده‌های فعال‌سازی از استفاده غیرمجاز محافظت گردد. بنابراین، این سامانه دارای یک زیرساخت یکپارچه است و این امکان را در اختیار مشتریان شبکه بانکی قرار داده است تا صرف‌نظر از اینکه کدام بانک به آنها خدمات ارائه می‌دهد، بتوانند با یک گواهی امضای دیجیتال از خدمت کلیه بانک‌ها استفاده نمایند.<sup>۲</sup> پس صدور گواهی امضای دیجیتال برای مشتریان شبکه بانکی و ایجاد پایگاه جامع اطلاعات هویتی مشتریان حقیقی و حقوقی به عنوان زیربنای بانکداری اینترنتی و بانکداری مجازی است.<sup>۳</sup> بدین ترتیب می‌توان گفت که امضای الکترونیکی مطمئن (Digtital) به عنوان بستر بانکداری مجازی، قابل استفاده از طریق سامانه نماد برای همه بانک‌ها است. این امضا همان توکن یا دستگاه سخت‌افزار و رمزگاری است که حاوی ابزاری از جنس داده الکترونیکی بوده و به عنوان گواهی الکترونیکی شناخته می‌شود.<sup>۴</sup> این ابزار می‌تواند یک نرم‌افزار یا یک کارت هوشمند باشد که نسبت به توکن ضریب امنیتی پایین‌تری دارد. به محض

۱. صدور گواهی برای کارکنان بانک‌ها، کارکنان دفاتر پیشخوان خدمات گواهی، تجهیزات سخت‌افزاری عملیات بین بانکی و درون بانکی با مرکز گواهی بانکی است و مرکز گواهی مشتریان بانکی اقدام به صدور گواهی برای مشتریان حقیقی یا حقوقی بانک یا سامانه‌ها می‌نماید.

۲. با توجه به اینکه سامانه نماد راهمانداری نشده است، در حال حاضر شاهد به کارگیری گواهی‌های الکترونیکی داخلی در سیستم بانکی می‌باشیم که در بسیاری از موارد استانداردهای منطبق با سیاست‌های شورای سیاست‌گذاری گواهی الکترونیکی کشور رعایت نشده و حتی الزامات امنیتی نظیر ساختار پروفایل گواهی، طول کلید، پارامترهای کلید و دوره اعتبار گواهی مدنظر قرار نگرفته است.

۳. شورای پول و اعتبار در تاریخ ۱۳۹۰/۰۲/۲۷ آیین‌نامه تأسیس و فعالیت بانک‌های مجازی را تصویب نموده است. بانک مجازی بانکی است که شعبه‌ی ندارد و دریافت سپرده، اعطای اعتبار، صدور حواله، ضمانت‌نامه و گشایش اعتبارات اسنادی را از طریق درگاه‌های الکترونیکی مثل اینترنت، خودپرداز، پایانه فروش، تلفن همراه و غیره انجام می‌دهد. به دلیل اینکه مرکز گواهی مشتریان بانکی راهمانداری نشده، تاکنون هیچ بانک مجازی در کشور مجوز فعالیت دریافت نکرده است. لازم به ذکر است، مطابق بند (د) ماده ۴۶ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه ۱۳۸۹ و آیین‌نامه اجرایی آن، وزارت کشور (سازمان ثبت احوال) مکلف است در صدور کارت‌های هوشمند ملی، امضای الکترونیکی را پیش‌بینی نماید، شیوه تصدیق هویت و دسترسی به اطلاعات شخص در کارت نیز منوط به انطباق اثر انگشت صاحب کارت و اثر انگشت ذخیره‌شده در تراشه است.

۴. بند (ج) ماده یک آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۲ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ گواهی الکترونیکی را تعریف نموده است، داده الکترونیکی حاوی اطلاعاتی در مورد مرکز صادرکننده گواهی، مالک گواهی، تاریخ صدور و انقضا، کلید عمومی مالک و یک شماره سریال است که توسط مرکز میانی تولید شده است، به گوته‌ای که هر شخص می‌تواند به صحت ارتباط بین کلید عمومی و مالک آن اعتماد کند.

اینکه مشتری بانک کد کاربری و گذرواژه اختصاص داده شده را وارد نماید، این ابزار به صورت خودکار اقدام به تولید رمز نموده و داده‌پیام‌های ارسالی را رمزگاری و برای مخاطب<sup>۱</sup> که همان بانک است ارسال خواهد کرد. ماده ۱۵ قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲ نسبت به این امضا انکار و تردید را مسموع ندانسته و صرفاً ادعای جعل را پذیرفته است. بدین ترتیب می‌توان گفت که سامانه‌های بانکی به شیوه رمزگاری دارای تدبیر حفاظتی است، رمزگاری از طریق توکن (ترشه) یا کارتی که به سیستم رایانه‌ای کاربر وصل شده است انجام گرفته و صرفاً از طریق درگاه‌های مجازی یا اینترنتی امکان دسترسی به سرویس‌دهنده‌های مرکزی در مرکز نگهداری داده بانک‌ها فراهم است. پس دسترسی غیرمجاز به سامانه بانک یا مستلزم ساختن غیرمجاز توکن یا کارت است که دستیابی به الگوریتم‌های رمزگاری ضروری است. در این صورت اگر از توکن استفاده شود و دسترسی غیرمجاز صورت پذیرد، مشمول سه عنوان کیفری قانون جرایم رایانه‌ای است. جعل (بند ب ماده ۷۳۴)، استفاده از تراشه (توکن) جعلی (ماده ۷۳۵) و دسترسی غیرمجاز (ماده ۷۲۹) عنوان این جرایم است.

روش دیگری که برای دستیابی غیرمجاز وجود دارد، استفاده از توکن (ترشه) بدون رضایت صاحب آن است که امکان دارد مفقود یا سرقت شده و یا بدون اجازه صاحب آن استفاده شده باشد. پس هر چند دسترسی غیرمجاز به روش فنی انجام نشده، چون هدف از جرم شناختن دسترسی غیرمجاز حمایت از سامانه‌های حفاظت شده است می‌توان گفت دسترسی غیرمجاز تحقق یافته است.<sup>۲</sup>

دستگاهی که توکن نامیده شده و در قانون جرایم رایانه‌ای به عنوان تراشه شناخته شده است، از لحاظ فنی سخت‌افزار امنی است که از طریق واسطه‌های نرم‌افزاری، امکان نگهداری امن کلیدهای رمزگاری و اجرای ایمن مکانیزم‌های رمزگاری را با کارایی مطلوب فراهم آورده است. بدین ترتیب سامانه و داده‌ها دارای تدبیر حفاظتی است. پس اگر کسی تدبیر تأمینی سامانه را نقض کند، تدبیر تأمینی داده‌ها را نیز نقض کرده است. این حالت مشمول تعدد مادی است و بر اساس ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تعیین کیفر می‌گردد. از طرف دیگر، چون عملیات

۱. طبق بند (ج) ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲ مخاطب شخصی است که اصل ساز قصد دارد وی داده‌پیام را دریافت کند.

۲. با توجه به ماده ۵۶ قانون جرایم رایانه ۷۸۳ (بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی) ماده ۶۸ قانون تجارت الکترونیکی نسخ ضمنی شده است. لازم به توضیح است که رفتارهای محو و توقف هم بر ضد تمامیت داده و سامانه هستند و با جعل نزدیکی ندارند و از آمده است و رفتارهای محو و توقف هم بر ضد تمامیت داده و سامانه هستند و با جعل نزدیکی ندارند و از طرف دیگر مصادیقی که برای استفاده از وسایل کاربردی سیستم‌های رمزگاری تولید امضا به طور خاص آورده شده است، در حالت اول، استفاده از کلید اختصاصی بدون مجوز صادر کننده به عنوان دسترسی غیرمجاز است و دو حالت بعدی همان تولید غیرقانونی توکن یا کارت هوشمند (جعل) است.

---

رمزنگاری در امضای دیجیتال ماهیت جداگانه از رمز دارد، اگر کسی قصد داشته باشد تا به محتوای کلید خصوصی دسترسی یافته و با کشف رمز اقدام به جاسوسی، کلاهبرداری یا سرقت نماید، چون مستلزم دسترسی به داده‌های در حال انتقال به سامانه‌های رایانه‌ای است، مرتكب جرم شنود غیرمجاز قانون جرایم رایانه‌ای (ماده ۷۳۰) گردیده است.

## نتیجه‌گیری

از بعد فنی و اجرایی ابزارهای احراز هویت و دسترسی به خدمات بانکداری الکترونیک تعریف و احصاء شده، ولی تاکنون مستندسازی قانونی انجام نشده است. نوآوری تحقیق پیش رو از این جهت است که اقدام به برقراری ارتباط بین ابعاد فنی و حقوقی این ابزارها که امضای الکترونیکی نامیده می‌شود، نموده است و بر اساس تعاریفی که در بند (۵) ماده (۱۰) قانون تجارت الکترونیک از امضای الکترونیکی ذکر شده و تعاریف فنی که از ابزارهای امنیتی بانکداری الکترونیکی وجود دارد، مصاديق امضای الکترونیکی را در بانکداری توین تعریف کرده است. بر این اساس عمدۀ ترین تفاوتی که بین امضای الکترونیکی ساده و دیجیتال (پیشرفتی) وجود دارد وجود کلید عمومی در فرایند امضا است. امضای الکترونیک ساده صرفاً روش ساده‌ای از وارد کردن متون و یا اشکال خاصی به درون دستگاه الکترونیکی است و ثبت تراکنش مستلزم استفاده از رمز اول یا رمز اینترنتی است. ولی امضای دیجیتال، نرم افزاری است که در دستگاه سخت‌افزار رمزنگاری (توکن) که توسط یک مرکز صدور گواهی الکترونیکی پشتیبانی شده است. این امضا از جنس داده‌های الکترونیکی است، بر اساس توابع ریاضی ساخته شده و با متن سند ترکیب و داده‌های خود را تبدیل به محتوای رمزی می‌کند، به طوری که جز توسط کلید مقارنی که جفت نرم‌افزار تولید امضا است، رمزگشایی نمی‌شود. بدین ترتیب هر گیرنده اطلاعاتی می‌تواند منبع و تمامیت اطلاعات را تشخیص دهد. این ساختار برای افزایش ضریب امنیتی تبادلات الکترونیکی بین بانکی است، امکان ایجاد پایگاه جامع اطلاعات هویتی مشتریان را فراهم کرده و به عنوان جزء اساسی سامانه نماد (نماد مدیریت امنیت داده‌ها) که توسط بانک مرکزی طراحی و پیاده‌سازی شده است، به حساب می‌آید. پس امضای الکترونیکی ساده در بانکداری اینترنتی همان نام کاربری و گذرواژه است. گذرواژه از کاراکترهای مختلف مثلاً ترکیب حروف و ارقام تشکیل شده، ثابت یا متغیر است یا در پرداخت‌های مبتنی بر کارت که از طریق درگاه‌های الکترونیکی انجام می‌شود، رمز دوم (اینترنتی) است و در خدماتی که از درگاه‌های حضوری مثل خودپرداز ارائه می‌شود همان کارت پرداخت بانکی معنایطیسی یا هوشمند است که به همراه ثبت گذرواژه (رمز اول) که در دستگاه درج می‌شود، امکان تراکنش بانکی را فراهم کرده است، مفهوم امضای الکترونیکی ساده را تشکیل می‌دهد. ساختار امضای الکترونیکی دیجیتال (مطمئن) یا پیشرفتی نیز همان دستگاه سخت‌افزار رمزنگاری (توکن) یا کارت است، از مجموعه‌ای از سخت‌افزار و نرم‌افزار تشکیل شده که ترکیب آنها فرایند و منطق رمزنگاری را به طور خودکار اجرا می‌کنند. با توجه به تعریفی که در ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیکی از

امضای مطمئن ارائه شده است، ثبت نام کاربری و گذرواژه برای دسترسی به سامانه نماد یا ثبت گذرواژه برای راهاندازی توکن از اجزای امضای دیجیتال نیست. بنابراین می‌توان گفت که امضا الکترونیکی همان رمز است که در نوع ساده به صورت دستی به دستگاه وارد می‌شود ولی در نوع دیجیتال نرم‌افزار متصل به رایانه به طور خودکار رمز را وارد می‌نماید. بنابراین باید بین دو مفهوم رمز و رمزگاری تفاوت قایل شد. در رمزگاری از نوعی رمز یا کد استفاده می‌شود. یعنی به جای کلمات واقعی از کلمات گُددشده استفاده می‌شود. بنابراین اگر در حال انتقال شنود شود، معنی آن برای همه به جز دریافت‌کننده نامفهوم است، مگر اینکه شخصی که دسترسی غیرمجاز یافته است بتواند رمزگشایی کند. ممکن است به تعریف امضای الکترونیکی ایرادی وارد باشد. ایرادی که از نظر فنی - حقوقی به این فرضیه وارد است، تعریف امضای الکترونیکی ساده در بانک است. شاید این سؤال مطرح شود که در تعریف قانونی امضای الکترونیکی ساده آمده است، امضای الکترونیکی علامت منضم شده به داده پیام است. چگونه ممکن است گذرواژه و کارت بانکی ترکیب و متصل به تراکنش بانکی شوند و مشابه امضای الکترونیکی مطمئن (دیجیتال) که از طریق رمزگاری صادر می‌شود، گذرواژه و کارت بانکی جزء جدایی‌ناپذیر محتوای پیام اصلی شده و بدین ترتیب به نحو منطقی به داده‌پیام (تراکنش) متصل شود. برای پاسخ دادن به این ایراد باید گفت که بستر تراکنش‌های بانکی بین کاربر و سرویس‌دهنده‌های بانکی ترکیبی از گذرواژه و پروتکل‌های امن است. رمزگاری محتوای پیام‌ها حاصل ترکیب رمز و تراکنش بانکی است. بدین ترتیب است که گذرواژه و کارت بانکی نیز به عنوان امضای الکترونیکی به حساب می‌آیند.

از طرف دیگر جرم مستقیم که نسبت به این نوع امضا واقع می‌شود، برخلاف امضای دستی که جعل است، دسترسی غیرمجاز بوده و جعل رایانه‌ای می‌تواند جرم ثانویه باشد. به همین دلیل بزه دسترسی غیرمجاز یک جرم مانع (بازدارنده) است و علی‌رغم اینکه به عنوان یک رفتار مقدماتی می‌تواند دروازه سایر جرایم رایانه‌ای باشد، ولی الزاماً ندارد پس از دسترسی غیرمجاز جرایم دیگری مثل کلاهبرداری، سرقت، تخریب و غیره واقع شود، هر دو عمل از لحاظ کیفر در حکم یک عمل تلقی شود.

بنابراین اگر دسترسی غیرمجاز با سایر جرایم رایانه‌ای همراه باشد، همچنان جرایم جداگانه بوده و از موارد تعدد واقعی جرایم است. اما موضوع دیگری که در رابطه با جرم دسترسی غیرمجاز قابل ذکر است این نکته می‌باشد که اگر موضوع جرم سامانه‌هایی باشد که حاوی داده‌های سری است و شخص تدبیر چنین سامانه‌هایی را نقض کند، اگر قصد دسترسی به این داده‌های سری را داشته باشد هر چند به داده‌های سری دسترسی نیابد، مشمول ماده ۷۳۲ قانون مجازات اسلامی می‌گردد.

---

## منابع

- احمدی، سیدمحمود؛ خندان سویری، مهدی، نظامهای پرداخت و بانکداری الکترونیک در ایران، پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی، ۱۳۹۴.
- خلیل میثاقی ممقانی، ابراهیم، «نقش امضا و اثر انگشت از نظر قانونی»، ماهنامه کانون سر دفتران، دوره اول، شماره ۱۸۶، تیر ۱۳۵۴.
- زرکلام، ستار، اعتمادسازی در تجارت الکترونیکی، چاپ اول، شهر دانش، ۱۳۹۰.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، چاپ بیست و سوم، انتشارات دراک، ۱۳۹۲.
- عالی‌پور، حسن، حقوق کیفری فناوری اطلاعات، چاپ اول، انتشارات خرسندي، ۱۳۹۰.
- فخاری، امیرحسین، اندیشه‌های حقوقی (۳): حقوق تجارت، چاپ اول، انتشارات مجده، ۱۳۸۷.
- قنبری، علیرضا، حقوق تجارت الکترونیک، چاپ اول، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.
- مبینی دهکردی، علی؛ رسولی‌نژاد، احسان، شکل‌دهی به فضای نوین: رویکرد دانش بنیان، چاپ اول، نشر نور علم، ۱۳۹۰.
- میرمحمد صادقی، حسین، جرایم علیه اموال و مالکیت، چاپ سی و پنجم، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- —————، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، چاپ بیست و دوم، نشر میزان، ۱۳۹۲.



## حق اتباع و سرمایه‌گذاران خارجی در دسترسی به شبکه انرژی

\* حمیدرضا نیکبخت

\*\* مهدی هفتانی

\*\*\* سارا میرمحمدصادقی

### چکیده

شبکه‌های انرژی در همه کشورها به یک اندازه توسعه نیافته است و خطوط انتقال و توزیع نیز با محدودیت‌های کمی و کیفی مواجه هستند. پس از تجدید ساختار در صنعت انرژی و برویژه برق و گاز، مسأله دسترسی آزاد به شبکه توزیع و انتقال به عنوان یکی از ملزمومات این تحول به شمار می‌رود، چرا که احداث شبکه‌های متعدد انتقال یا توزیع توسط هر یک از فعالان بازار، مقرن به صرفه نیست. دسترسی آزاد به شبکه‌های انتقال ناظر به شرکت‌های فعال در بخش انرژی و دسترسی آزاد به شبکه توزیع عمده‌تر ناظر به مشترکان است. با توجه به رشد سرمایه‌گذاری‌های خارجی در دهه‌های اخیر، چه در بخش انرژی و چه سایر بخش‌ها، رفتار برابر مدیر و بهره‌بردار شبکه در زمینه دسترسی آزاد به شبکه‌های توزیع و انتقال نیز اهمیت دوچندانی پیدا کرده است. با وجود این، برخی محدودیت‌های فنی و فقدان شبکه در برخی مناطق مانع از رفتار برابر با سرمایه‌گذاران و اتباع خارجی در دسترسی به شبکه‌های توزیع و انتقال شده و بیم نقض تعهدات دولت ناظر به رفتار عادلانه و منصفانه با اتباع و سرمایه‌گذاران خارجی می‌رود. این مقاله در صدد پاسخ به این پرسش است که آیا در چنین مواردی، رفتار نابرابر منجر به نقض تعهد بین‌المللی دولت و طرح مسئولیت وی در قبال اتباع و سرمایه‌گذاران خارجی خواهد شد و اگر خیر، تحت چه شرایطی، چنین رفتاری نقض تعهد دولت محسوب نمی‌شود.

**کلیدواژه‌ها:** انرژی، مسئولیت، دولت، شبکه، سرمایه‌گذاری خارجی، اتباع خارجی.

\* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهریار بهشتی (نویسنده مسئول) Hr-Nikbakht@sbu.ac.ir

\*\* دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل دانشکده حقوق دانشگاه شهریار بهشتی Haftani2012@gmail.com

\*\*\* دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل دانشکده حقوق دانشگاه شهریار بهشتی Sara\_mms63@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۲/۲۲ تاریخ دریافت: ۹۴/۱۲/۰۹

## مقدمه

اهمیت و جایگاه کلیدی انرژی در زندگی روزمره و فعالیت‌های اقتصادی کنونی بر کسی پوشیده نبوده و تصور ادامه حیات و توسعه اقتصادی و اجتماعی بدون انرژی روز به روز ناشدنی تر می‌شود. از همین رو، تأمین امنیت عرضه انرژی<sup>۱</sup> چه در بخش تولید و چه انتقال و توزیع و حفظ آن، از سیاست‌های انرژی<sup>۲</sup> هر کشوری در جهان به شمار می‌رود.<sup>۳</sup> گاز و برق به عنوان دو حامل حیاتی انرژی در قیاس با سایر منابع، امروز محور توسعه بوده و با کاهش ذخایر سوخت‌های فسیلی سنتی، انرژی‌های پاک به شکل روزافروزی سهم بیشتری از سبد منابع انرژی در سطح ملی و بین‌المللی را به خود اختصاص می‌دهند.<sup>۴</sup> تأمین انرژی در دو سطح مصارف ضروری و اولیه همانند روشنایی، گرمایش، سرمایش و حمل و نقل و مصارف صنعتی و تجاری همانند کارخانجات صنعتی و بازارگانی و الکترونیک مورد توجه سیاست‌گذاران انرژی بوده و بر اساس موازین حقوق بین‌الملل و قوانین داخلی اغلب کشورها، دسترسی به آن حق هر یک از شهروندان است.<sup>۵</sup> با این حال چنین حقی مطلق نبوده و مقید به قیودی است که بیشتر ناشی از محدودیت‌های فنی غیر قابل اغماض است. طبقه‌بندی مشترکان بر اساس سطح نیاز بر مبنای معیار تقاضای معقول و متعارف<sup>۶</sup> دال بر آن است که دولت مکلف به تأمین هر میزان از تقاضای انرژی متقاضیان نبوده و براساس نوع و طبقه تعیین شده،<sup>۷</sup> سقف مشخصی از انرژی را دریافت خواهد کرد.<sup>۸</sup> این محدودیت در عرضه، صرفاً وابسته به کمبود تولید نبوده و ممکن است ناشی از محدودیت‌های شبکه‌های توزیع و انتقال در هر منطقه باشد. اصولاً شخصیت و یا تابعیت مشترکان و متقاضیان اخذ انشعاب برق و یا گاز، عامل تعیین‌کننده در بررسی تقاضاً نبوده و ارزیابی‌ها باقیستی صرفاً بر اساس معیارهای فنی و اقتصادی صورت گیرد. علی‌رغم این، اگر دولت به موجب قرارداد و یا عرف بین‌المللی تعهداتی مبنی بر رفتار ترجیحی یا برابر در قبال برخی اشخاص بر عهده گرفته باشد، رعایت تعهد مذبور باقیستی در ارزیابی درخواست‌های تأمین انرژی نیز لحاظ گردد، چه در غیر این صورت موحد مسئولیت

1. Security of Supply
2. Energy policy

۳. متولی، محمود؛ مهربانی، وحید، «اهمیت تأمین انرژی برق در توسعه اقتصادی و گذار از اقتصاد دوگانه»، نشریه انرژی ایران، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۰، ص. ۲.

4. Frankl, Paolo, World Renewable Energy Outlook 2030-2050, 2013, p. 3. Available at: [www.cellulenergie.cnrs.fr/IMG/pdf/intro\\_i3\\_paolo\\_frankl.pdf](http://www.cellulenergie.cnrs.fr/IMG/pdf/intro_i3_paolo_frankl.pdf). Accessed on 12 October 2015.

۵. سلیمی ترکمانی، حجت، حقوق بین‌الملل انرژی، شهردانش، ۱۳۹۴، ص. ۲۸.

6. Reasonable demand

۷. تقسیم‌بندی مشترکان به تجاری، مسکونی و صنعتی معمولاً بر همین اساس صورت می‌گیرد.

8. Aviles, Anibal, "Electric Energy Access in European Law: A Human Right", Columbia Journal of European Law, Vol. 19, 2012, p.7.

بین‌المللی دولت خواهد بود.<sup>۱</sup> برای نمونه چنانچه دولت بر اساس قرارداد متعهد به صادرات انرژی به خارج از مرزهای خود باشد، اصولاً موظف به ایفای تعهد خود بوده و بر این اساس دولت واردکننده به نوعی حق تقدیم نسبت به انرژی تولیدی در کشور صادرکننده داشته و از اولویت نسبت به مقاضیان داخلی برخوردار است. حال اینکه اگر تأمین نیاز داخلی یک کشور و یا حفظ امنیت شبکه‌های توزیع و انتقال برق آن، منوط به کاهش و یا قطع صادرات انرژی به خارج کشور باشد، آیا تخلف از تعهد مزبور برای دولت صادرکننده موجد مسئولیت بین‌المللی خواهد بود یا خیر، با توجه به اصول حقوق تعیین خواهد شد. همچنین دولتها در برخی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری<sup>۲</sup> به منظور تشویق اتباع یکدیگر به سرمایه‌گذاری، امتیازات و رفتارهای ترجیحی را برای آنها در نظر می‌گیرند. اما در مقام عمل ممکن است تعهد به رفتار ترجیحی یا برابر توسط دولت میزبان صورت نگرفته و از منظر سرمایه‌گذار خارجی نقض معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری تلقی گردد. علاوه بر آن، اگر مطابق حقوق بین‌الملل اتباع بیگانه مقیم در یک کشور مستحق رفتار ترجیحی نباشند، رفتاری مشابه با رفتار دولت میزبان با اتباع خودش (که کمتر از استانداردهای بین‌المللی نباشد)، از مسلمات حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود.<sup>۳</sup> اینکه بین حق دسترسی به شبکه انرژی و تعهد به رفتار ترجیحی و با برابر با اتباع و سرمایه‌گذاران خارجی در مواردی که معارض باشند، چگونه تعديل یکی به نفع دیگری و با چه شرایطی ممکن و مجاز است را بایستی در پرتو اصول حقوق بین‌الملل و رویه قضایی و داوری بین‌الملل در خصوص سرمایه‌گذاری و رفتار با اتباع بیگانه جستجو کرد.

این مقاله در دو قسمت به بحث و بررسی موضوع می‌پردازد. در قسمت اول، نظری بر حقوق اتباع بیگانه و تعهدات دولت میزبان در سرمایه‌گذاری خارجی در حقوق بین‌الملل عام و در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری داشته و در قسمت دوم، حدود مسئولیت دولت در تأمین انرژی سرمایه‌گذاران و اتباع خارجی مورد تأمل و کنکاش قرار خواهد گرفت.

## ۱. حقوق اتباع بیگانه و تعهدات دولت میزبان در سرمایه‌گذاری خارجی

### ۱-۱. حقوق اتباع بیگانه در حقوق بین‌الملل عام

پس از شکست دکترین کاللو در خصوص ظرفیت قانون داخلی کشور میزبان در از بین بردن حمایت از اموال بیگانگان و نادیده انگاشتن حق آنها در توسل به حمایت

1. De Brabandere, Eric; Gazzini, Tarcisio, Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 132.

2. Bilateral investment treaties

3. قاسمی شوب، احمدعلی، «نگاهی به جایگاه بیگانگان در حقوق بین‌الملل با تأکیدی بر اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۱، پاییز ۱۳۸۱، ص. ۱۳۳.

دیپلماتیک توسط دولت متبعشان، به تدریج این دیدگاه در زمینه حمایت از بیگانگان بهویژه در زمینه مالی غالب شد که دولتها برای حمایت از خارجیان تابع حقوق بین‌الملل و نه تنها حقوق داخلی خود هستند.<sup>۱</sup> بر این اساس، اگر اتباع یک کشور به هر دلیلی مطابق قواعد دولت متبع خود که با استانداردهای کلی حقوق بین‌الملل مطابق نیست زندگی کنند، دولتهای دیگر و اتباع آنها مجبور به قبول آن قواعد نیستند. افول دکترین کالوو با روند ملی‌سازی‌ها در مکزیک ادامه داشت و مجدداً با قبول این واقعیت که حقوق بین‌الملل اجازه مصادره اموال بیگانگان به شرط پرداخت غرامت کافی، سریع و مؤثر را می‌دهد، جلوه‌گر شد.<sup>۲</sup> بنابراین اتباع بیگانه در خاک دولت میزبان از حمایتها مطابق استانداردهای بین‌المللی راجع به کلیه حقوق فردی و اجتماعی خود بایستی برخوردار باشند و اعمال حاکمیت دولت میزبان بهویژه بر منابع طبیعی خود مجازی بر انجام اقدامات خودسرانه در این خصوص نیست.<sup>۳</sup> در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی هم آنچه در واقع بیشتر مورد حمایت است، سرمایه سرمایه‌گذار و تضمین ایجاد و حفظ شرایط مناسب جهت بازگشت عادلانه سود به وی است تا حقوق فردی و شخصی او. به همین منظور، اصول حقوق بین‌الملل عام در خصوص حقوق و آزادی‌های عمومی کلیه اتباع بیگانه (اعم از دیپلمات‌ها، سرمایه‌گذاران و افراد عادی) از این حیث که در شأن و کرامت انسانی تفاوتی با اتباع دولت میزبان ندارند، اعمال می‌شود.<sup>۴</sup> بنابراین دسترسی به سطحی از انرژی مورد نیاز سرمایه‌گذاران خارجی به عنوان یک فرد عادی جهت رفع نیازهای ضروری وی، همانند سایر شهروندان متبع دولت میزبان، فارغ از تعهدات طبق معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، به عنوان یک الزام حقوق بین‌الملل، مطرح است. از آنجا که امروزه انرژی و به خصوص برخی اقسام آن نظیر برق نقش عمده‌ای در زندگی مدرن داشته و فقدان دسترسی به آن تضمین تحقق برخی حقوق سیاسی مدنی نظیر حق دسترسی و انتشار آزاد اطلاعات را با چالش مواجه کرده و حقوق اقتصادی و اجتماعی نظیر حق مسکن، حق برآب آشامیدنی سالم، حق بر خدمات بهداشتی و درمانی و نظایر اینها نیز به آن وابسته است، دسترسی به آن قابل شناسایی در چارچوب نظام بین‌المللی حقوق بشر است.<sup>۵</sup> از این رو اتباع بیگانه اعم از

۱. دالزر، رودلف؛ شروئر، کریستف، اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، ترجمه سیدقاسم زمانی و به‌آذین حسیبی، شهردانش، ۱۳۹۳، ص. ۴۶.  
۲. همان.

3. Baetens, Freya, *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, Cambridge University Press, 2013, p. 115.  
4. قاسمی شوب، احمدعلی، منبع پیشین، ص. ۱۳۹.  
5. Tully, Stephen, "The Human Right to Access Electricity", *The Electricity Journal*, Vol. 19., No.3, 2006, p. 31.

سرمایه‌گذار خارجی یا اشخاص غیر سرمایه‌گذار، همانند شهروندان متبع دولت میزبان، از حق دسترسی به برق برخوردارند.<sup>۱</sup>

## ۲-۱. تعهدات دولت میزبان در قبال سرمایه‌گذاران خارجی

تعهدات دولت میزبان در قبال سرمایه‌گذاران خارجی به طور کلی تعهد به پذیرش و حمایت یا تشویق از سرمایه‌گذاری است و اصولاً هر اقدامی که مستقیم و یا غیرمستقیم عامده نیست، با این تعهد عمده در تعارض باشد، نقض تعهد دولت میزبان تلقی می‌شود.<sup>۲</sup> سایر تعهدات دولت میزبان در قبال سرمایه‌گذار خارجی نیز از تعهد کلی مزبور نشأت می‌گیرد.

### ۲-۱-۱. تعهد به پذیرش و حمایت یا تشویق سرمایه‌گذاری<sup>۳</sup>

در خصوص تعهد به پذیرش سرمایه‌گذاری اتباع خارجی، در حقوق بین‌الملل عرفی هیچ تکلیفی به عهده دولت‌ها نیست، بلکه منبع چنین تعهدی اراده دولت‌هاست که در قالب قوانین و مقررات ملی و معاهدات بین‌المللی و توافقنامه‌های سرمایه‌گذای مربوط به دولت میزبان (سرمایه‌پذیر) تجلی می‌یابد.<sup>۴</sup> بنابراین امتناع از پذیرش ممکن است نقض معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری میان دولت میزبان و دولت متبع سرمایه‌گذار خارجی عضو آن معاهدات محسوب شود. تعهد به حمایت یا تشویق نیز اصولاً مبنای عمده این دست از معاهدات بوده و مشوق‌های نظیر کاهش محدودیت‌های خروج ارز، کمک‌های اطلاعاتی و فنی، معافیت‌های مالیاتی و اطمینان دادن به وجود امنیت از جمله ابزارهای ایفاده از تشویق محسوب می‌شود.<sup>۵</sup>

### ۲-۱-۲. استانداردهای حمایتی<sup>۶</sup>

استانداردهای حمایتی معطوف به رفتاری هستند که دولت میزبان موظف به اعمال آنها در قبال سرمایه‌گذار و سرمایه‌وى است. این استانداردها از حیث نیاز به تصریح در معاهدات دوچاره یا چندچاره سرمایه‌گذاری به مطلق و نسی تفکیک می‌شوند که دسته اول نیازمند تصریح در معاهدات نبوده و در هر حال دولت مکلف به رعایت آنهاست، و در خصوص دسته دوم هیچ تکلیفی در حقوق بین‌الملل عرفی نسبت به رعایت آنها از سوی دولت‌های متعاهد وجود نداشته و در صورت توافق یا ابراز رضایت صریح طرفین

1. Ibid.

2. Baetens, Freya, Op. cit, p. 146.

3. The Obligation to Admit and Protect

4. دالزر، روالف، شروئر، کریستف، منبع پیشین، ص. ۱۴۱.

5. افتخار، رضا، اصلاح معاهدات دوچاره سرمایه‌گذاری ایران در پرتو تحولات اخیر حقوق سرمایه‌گذاری،

پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹، ص. ۷۶.

6. Standards of Protection

لازم الاجرا هستند.<sup>۱</sup> استانداردهای رفتار عادلانه و امنیت کامل (که در زیر بحث می‌شوند) بازترین مصادیق دسته نخست از استانداردهای حمایتی هستند. آنها ریشه در حقوق بین‌الملل عرفی داشته و رویه داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز رعایت آنها را از جانب دولت میزبان در هر حال ضروری شمرده است.<sup>۲</sup>

### ۱-۲-۲-۱. رفتار عادلانه و منصفانه<sup>۳</sup>

تعريف واحدی از استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه وجود ندارد و این خود شاید بیانگر تکامل و پویایی این استاندارد است. اما رویه داوری بین‌المللی و دکترین حقوق سرمایه‌گذاری خارجی به تدریج مفهوم رفتار عادلانه و منصفانه را عینیت بخشیده‌اند.<sup>۴</sup> گاه این شفافیت بخشیدن به قاعده از طریق شناسایی موارد نقض رفتار عادلانه و منصفانه صورت گرفته و گاه نیز عناصری از این رفتار مورد اشاره قرار گرفته‌اند. بر این اساس رفتار عادلانه و منصفانه رفتاری است که انتظارات اولیه و مبنای سرمایه‌گذار برای سرمایه‌گذاری را تأمین نماید، وی را از قوانین و مقررات دولت میزبان آگاه کند، با وی با حسن نیت رفتار نموده و مرتکب تبعیض نشود و همچنین موجبات الغاء سرمایه‌گذاری او را فراهم نیاورد.<sup>۵</sup> البته عناصر رفتار عادلانه و منصفانه منحصر در موارد مذبور نبوده و مفهوم آن پیوسته در حال تکامل است. از همین رو حتی برخی صاحب‌نظران از به کار بردن استاندارد برای این رفتار ابا دارند، چرا که معتقدند این رفتار، لزوماً بیانگر رعایت رفتار حداقلی نبوده و ممکن است حمایت‌هایی فراتر از حداقل‌ها و سایر استانداردها را در بر گیرد.<sup>۶</sup> بر همین مبنای برای مثال، ممکن است رفتاری از دولت میزبان سر بزند که خلاف اصل دولت کامله‌الوداد نباشد، اما نقض رفتار عادلانه و منصفانه تلقی شود. همچنین امروزه رفتار عادلانه و منصفانه به عنوان مفهومی مستقل از عدالت و انصاف در حقوق بین‌الملل عرفی شناسایی شده و حمایت‌های مندرج در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی را نیز شامل می‌شود.<sup>۷</sup>

### ۱-۲-۲-۱-۱. حمایت و امنیت کامل

منظور از این استاندارد حمایتی نیز همانند رفتار عادلانه و منصفانه از تمییز کافی برخوردار نبوده و تبیین بیشتر آن را باید در رویه بین‌المللی در خصوص سرمایه‌گذاری

۱. افتخار، رضا، منبع پیشین، ص. ۸۵.

2. See: S D Myers v. Canada, first partial Award, 13 Nov 2000

3. Fair and Equitable Treatment

۴. دالزر، رودلف؛ شروئر، کریستف، منبع پیشین، ص. ۲۱۶.

5. Baetens, Freya, op. cit, p. 139.

6. Mann, F. A., British Treaties for the Promotion and Protection of Investment, 52 British Year Book of International Law, 1981, pp. 241, 244.

7. TECMED v. Mexico, Award, 29 May 2003, 43 ILM (2004) 133.

خارجی جستجو کرد. بر این اساس، اولاً معنای امنیت کامل صرفاً حمایت فیزیکی از اموال و تأسیسات متعلق به سرمایه‌گذار نبوده و در تفسیری موسع، ثبات حقوقی و حمایت قانونی از سرمایه‌گذار را نیز در بر می‌گیرد.<sup>۱</sup> در واقع وصف کامل، سبب می‌شود تا این حمایت فراتر از حفاظت‌های فیزیکی تفسیر شده و حمایت‌های قانونی را نیز در بر گیرد. ثانیاً تعهد دولت به امنیت تعهد به به کارگیری حداکثر تلاش و نه تعهد به نتیجه است. همچنین این تعهد، حمایت از سرمایه‌گذار و سرمایه‌وی در برابر تعرضات اشخاص ثالث اعم از فعل و ترک فعل آنها چه اشخاص خصوصی و چه عمومی را شامل می‌شود. در واقع دولت میزبان متعهد است تا سرمایه‌گذار خارجی را در برابر اعمال و تأثیرات نامطلوب محافظت نماید.<sup>۲</sup> بر همین اساس، دولت میزبان با استی تراقبت معمول و مقتضی را اعمال کرده و اثبات این امر با توجه به اوضاع و احوال خاص هر قضیه صورت می‌گیرد.

## ۲. حدود مسئولیت دولت در حق دسترسی سرمایه‌گذاران و اتباع خارجی به شبکه انرژی

بخشی از تعهدات دولت‌ها در خصوص با شهروندان خود منبعث از قوانین اساسی آنهاست. از این رو در ارزیابی نقض تعهد به رفتار برابر دولت میزبان اتباع و سرمایه‌گذاران خارجی را بایستی در تعهدات داخلی دولتها نیز دید. دسترسی آزاد به شبکه‌های انرژی و حتی تأمین انرژی مورد نیاز شهروندان در قوانین و مقررات اغلب کشورها به رسمیت شناخته شده است. برای مثال قانون برق انگلستان ۱۹۸۹ در ماده (A) ۳ دولت را مکلف به حصول اطمینان از موارد ذیل نموده است: «تأمین تمامی تقاضاهای متعارف برق در کل بریتانیا و توانایی تأمین مالی پروژه‌های برق رسانی توسط شرکت‌هایی که از دفتر تنظیم مقررات برق و گاز مجوز فعالیت دریافت نموده‌اند.» همچنین ماده ده از قانون برق ۱۹۸۷ آفریقای جنوبی وظایفی را برای تأمین کنندگان خدمات برق به منظور تأمین آن برای تمامی متقدیان، تحمیل نموده است. این تعهدات توسط دیوان عالی آفریقای جنوبی در سال ۲۰۰۲ و در قضیه هنریک فردریک مری علیه شهرداری منطقه موهاکا، به عنوان یک حق ابتدایی که متقدیان را به محض درخواست و تمهید مقدمات، محق دسترسی به برق می‌داند، تفسیر شده است. در ایران نیز می‌توان به اساسنامه شرکت توکنیر اشاره نمود که در ماده ۷، فصل دوم، تحت عنوان موضوع و هدف فعالیت، انجام هر گونه فعالیتی که نیازمند تأمین مطمئن و اقتصادی

1. Muchlinski, Peter; Ortino, Federico, Schreuer, Christoph, The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, p. 227.

2. دالزر، رودلف؛ شروئر، کریستف، منبع پیشین، ص. ۲۴۴.



برق باشد را، به بیانی وظیفه این شرکت تلقی نموده است. همچنین بر اساس اصل ۴۴ قانون اساسی، وظیفه تأمین برق در کشور بر عهده این شرکت است. اگرچه از نظر شخصیت حقوقی، توانیر یک شرکت سهامی خاص و مستقل از وزرات نیرو است، اما از آن جهت که اساسنامه این شرکت در سال ۱۳۸۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان رسیده است و اعضای مجمع عمومی این شرکت را وزرای هیات دولت، تشکیل می‌دهند، این شرکت تنها نهادی است که از سوی دولت و وزارت نیرو، موظف به انجام کلیه تعهدات درخصوص ایجاد دسترسی مطمئن به برق برای کلیه مصارف، و انجام سرمایه‌گذاری‌های لازم در این حوزه می‌باشد.

در کنار قوانین مربوط به انرژی و محیط زیست، قوانین داخلی دولتها در خصوص تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی را نیز در این خصوص باید ملاحظه نظر قرار داد. بر این اساس، عدم تأمین انرژی سرمایه‌گذارانی که مستقیماً در بخش انرژی نظیر نفت، گاز و پتروشیمی فعالیت دارند و هم آنانی که فعالیت اقتصادی‌شان به طرز غیرقابل اغماضی متأثر از دسترسی مستمر به انرژی است، نقض قوانین مرتبط با تشویق سرمایه‌گذاری خارجی نیز تلقی می‌شود. بنابراین در سطح ملی، الزام دولت به تأمین انرژی مورد نیاز کلیه سرمایه‌گذاران و دسترسی آنان به شبکه انرژی، هم ناشی از قوانین و سیاست‌های انرژی و هم متأثر از مقررات داخلی آن کشور در خصوص حمایت و تشویق از سرمایه‌گذاری خارجی است. برای نمونه ماده ۸ قانون سرمایه‌گذاری خارجی ایران که سرمایه‌گذاران خارجی را برخوردار از کلیه حقوق و حمایت‌های تسهیلاتی سرمایه‌گذاران داخلی دانسته است را بایستی در چهارچوب تعهدات دولت در زمینه تأمین امنیت عرضه انرژی مورد توجه قرار داد. بر این اساس چون دولت مطابق اصل ۳۱ و ۴۴ قانون اساسی، بند ط ماده یک قانون تأسیس وزارت نیرو مصوب ۱۳۵۳ و ماده ۲۵ برنامه چهارم توسعه، در هر حال مسئول تأمین انرژی و استمرار عرضه آن است، بنابراین سرمایه‌گذاران خارجی نیز از این حقوق بهره‌مند خواهد بود. در رابطه با تضمین دسترسی به شبکه برق نیز مطابق تبصره ماده ۱۳۳ قانون برنامه پنجم توسعه وزارت نیرو مکلف به تمهید امکانات لازم جهت استفاده کلیه فعالان در بازار برق از شبکه سراسری شده است. علاوه بر آن بند دو تبصره ۱۴ لایحه برنامه ششم توسعه نیز به تضمین دسترسی کلیه اشخاص فعال در بازار انرژی به شبکه‌های گاز و برق اشاره کرده و بر این اساس هیچ‌گونه تبعیض و ملاحظات غیرفنی در این خصوص مجاز نمی‌باشد. بنابراین چون قانون دولت را متعهد به تأمین برق و دسترسی اتباع و سرمایه‌گذاران داخلی به شبکه سراسری دانسته، بنابراین طبق ماده ۸ قانون حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، این تعهد از سوی سرمایه‌گذاران خارجی نیز قابل استناد است.

همچنین مطابق ماده ۲۰ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت و تشویق سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱، هماهنگی لازم در خصوص اخذ انتساب برق، گاز و غیره را از جمله وظایف مرکز خدمات سرمایه‌گذاران خارجی دانسته است. بند ۶ این ماده نیز مراقبت در حسن اجرای تصمیماتی که در خصوص سرمایه‌گذاران خارجی اتخاذ می‌شود را نیز از جمله وظایف این مرکز بر شمرده است.

به طور کلی، مسئولیت در قبال دسترسی شهروندان یک دولت به شبکه انرژی، در موارد محدودی می‌تواند منجر به مسئولیت بین‌المللی آن دولت شود، اما این مسئولیت در قبال اتباع سایر دولتها که تحت عنوان تبعه خارجی و یا سرمایه‌گذار خارجی در آن کشور مقیم هستند، ظرفیت آن را دارد تا در سطح بین‌المللی علیه دولت میزبان مطرح شود. بسته به مورد، مبنای مسئولیت دولت مختلف هم می‌تواند ناشی از معاهدات و هم عرف بین‌المللی باشد.<sup>۱</sup>

## ۱-۱. مسئولیت در قبال اتباع خارجی

حفظ حقوق اتباع خارجی سابقه نسبتاً دیرینه‌ای در حقوق بین‌الملل دارد. هر چند در مبنای مصونیت هیأت‌ها و اماکن دیپلماتیک نظریات متفاوتی ارائه شده است، اما می‌توان آن را نقطه عطف و یا تکامل صیانت از حقوق خارجیان در خارج از قلمرو دولت متبوع خود به شمار آورد.<sup>۲</sup> بنابراین خاستگاه مسئولیت دولت در قبال دسترسی برابر اتباع خارجی به شبکه انرژی، حقوق بین‌الملل عمومی است. اتباع خارجی مقیم در کشور غیرمتبع را از حیث مصونیت می‌توان به اشخاص دیپلماتیک و غیردیپلماتیک تقسیم کرد.<sup>۳</sup> بر این اساس، اماکن و اشخاص دیپلماتیک بایستی از حمایت ویژه‌ای در خصوص ارائه خدمات ضروری از جمله انرژی و برق برخوردار باشند. مسئولیت دولت در قبال اتباع خارجی، بیشتر ناظر به سطح اول از دسترسی به انرژی یعنی رفع نیازهای ضروری است. بر همین مبنای است که اماکن دیپلماتیک همواره از سامانه‌های برق اضطراری برخوردار هستند تا در موقع بحران و قطعی برق شبکه سراسری، دسترسی به برق برای این اماکن حفظ گردد. بند دو ماده ۲۵ کنوانسیون وین راجع به حقوق دیپلماتیک به طور کلی به تعهد دولت پذیرنده یا میزبان، برای فراهم آوردن تسهیلات لازم برای انجام وظایف دیپلماتیک و ماده ۲۲ به طور خاص، بر اتخاذ کلیه تدبیر لازم به منظور اینکه اماکن دیپلماتیک مورد تجاوز و خسارت قرار نگرفته و آرامش و شئون

۱. ابراهیم گل، علیرضا، مسئولیت بین‌المللی دولت، چاپ ششم، شهردانش، ۱۳۹۳، ص. ۳۴.

۲. میرمحمدی، سیدمصطفی، «سواء استفاده از مصونیت‌های دیپلماتیک و ضمانت اجرای آن در حقوق بین‌الملل»، نامه مفید، شماره ۳۳، بهمن ۱۳۸۱، ص. ۱۳۶.

۳. قاسمی شوب، احمد علی، منبع پیشین، ص. ۱۳۳.



آن متزلزل نگردد، اشاره کرده است. علاوه بر آن ماده ۲۷ کنوانسیون که با آزادی ارتباطات و وسائل ارتباطی پرداخته و همچنین مواد ۳۰ به بعد که به مصونیت مأموران دیپلماتیک پرداخته است نیز نه صراحتاً بلکه به طور ضمنی تعهد دولت پذیرنده مبنی بر تمهید موارد لازم برای حسن انجام وظایف دیپلماتیک که تأمین انرژی مورد نیاز آنهاست را نیز در بر می‌گیرد. سایر اتباع خارجی نیز که از شئون و مزایای دیپلماتیک بهره‌مند نیستند، در چارچوب قواعد کلی حقوق بین‌الملل، متمع از حقوق بشری از جمله دسترسی به انرژی هستند.<sup>۱</sup> در این خصوص شاید اشاره به گزارش مخبر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت بین‌المللی دولت، خالی از فایده نباشد. در این گزارش دولتها موظف شده بودند تا با اتباع خارجی آن‌گونه رفتار نمایند که با اتباع خود رفتار می‌کنند، مشروط بر اینکه این رفتار از حداقل پیش‌بینی شده در استانداری راجع به حقوق اساسی و حقوق بشر کمتر نباشد.<sup>۲</sup> صرف‌نظر از اختیاراتی که دولتها پذیرنده اتباع خارجی در اعمال برخی محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها در خصوص برخی حقوق سیاسی و مدنی، دسترسی به انرژی در حد رفع نیازهای ضروری، از جمله حق‌های بشری بوده که دولت میزبان بدون توجه به شان و مبایی حضور خارجی در قلمروی خود، مکلف به رعایت آن می‌باشد.<sup>۳</sup> ضمانت اجرای چنین تکلیفی با توجه به اینکه فرد همچنان تابعی منفعل در حقوق بین‌الملل است، طرح دعوا و مسئولیت بین‌المللی علیه دولت میزبان از طریق حمایت سیاسی دولت متابع تبعه خارجی، است.<sup>۴</sup>

## ۲-۲. مسئولیت در قبال سرمایه‌گذاران خارجی

مسئولیت دولت در تأمین انرژی سرمایه‌گذاران هم از استانداردهای کلی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نشأت می‌گیرد و هم بر اساس مفاد قرارداد سرمایه‌گذاری و معاهدات دوچانبه یا چندچانبه سرمایه‌گذاری با دولت متبوعه ارزیابی می‌شود. برخی معاهدات سرمایه‌گذاری حمایت‌های بیشتری نسبت به حداقل حمایت مورد پذیرش در عرف و رویه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در نظر گرفته‌اند، لیکن در هر صورت رویه داوری بین‌المللی در این خصوص بیانگر آن است که دولت میزبان مکلف به رعایت

۱. همان.

2. Crawford, James; Pellet, Alain; Olleson, Simon; Parlett, Kate, *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010, p. 185.

۳. قاسمی شوب، احمد علی، پیشین، ص. ۱۴۰.

۴. فلسفی، هدایت‌الله، «جایگاه بشر در حقوق بین‌الملل معاصر»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۸، زمستان ۱۳۷۵، ص. ۲۴۹.

لازم به ذکر است با توجه به تحول و پویایی حقوق بین‌الملل و همچنین پیدایش دیوان‌های حقوق بشر، امکان طرح دعوا علیه دولتها توسط افراد با شرایطی ممکن است اما این امر و نیز امکان طرح دعوا علیه دولت میزبان در دعوا سرمایه‌گذاری خارجی، هنوز مبتنی بر اراده دولت‌هاست.

حداقل استانداردهای رفتاری هستند که در حقوق بین‌الملل عرفی مورد شناسایی و پذیرش قرار گرفته است. بر این اساس، دلیل عدم تأمین انرژی سرمایه‌گذاران را باید در پرتو حداقل استانداردهای پذیرفته شده حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و معاهدات سرمایه‌گذاری فی‌مابین دولت میزبان و دولت متبع سرمایه‌گذار مورد بررسی قرار داد. در این خصوص به نظر می‌رسد تأمین انرژی سرمایه‌گذاران خارجی، با سلب مالکیت، قوه قاهره، حمایت از انتظارات مشروع و رفتار ملی به عنوان مهم‌ترین عنوانی مطرح در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در ارتباط باشد.

## ۱-۲-۲. سلب مالکیت (مصادره اموال)<sup>۱</sup>

امروزه در مشروعیت سلب مالکیت (مصادره اموال) توسط دولت میزبان (با رعایت شرایطی) تردیدی وجود ندارد. لیکن مشروعیت سلب مالکیت صرفاً دولت میزبان را از حیث مسئولیت بین‌المللی مصون نموده ولی تعهد به پرداخت غرامت همچنان پابر جاست.<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد چالش عمدۀ در موضوع سلب مالکیت، تحدید حدود و تبیین مصادیق عینی سلب مالکیت و به عبارت دیگر اینکه چه اقداماتی سلب مالکیت توسط دولت میزبان محسوب می‌شود، است. در همین راستا و به منظور تبیین هر چه بهتر مصادیق مصادره باشیستی عدم تأمین انرژی مورد نیاز سرمایه‌گذاران خارجی را به دو بخش تفکیک کرد. نخست سرمایه‌گذارانی که در بخش انرژی اعم از نفت، گاز، نیرو و پتروشیمی اقدام به سرمایه‌گذاری نموده‌اند. در خصوص این نوع سرمایه‌گذاری‌ها چون انرژی به صورت مختلف تبدیل شده و در واقع موضوع سرمایه‌گذاری تبدیل انرژی از شکلی به شکل دیگر است، قطع دسترسی سرمایه‌گذار به انرژی، مستقیماً منجر به توقف فرآیند تولید شده و پیامدهای آن با سلب مالکیت یا مصادره و توقیف اموال و سرمایه سرمایه‌گذاران تفاوتی ندارد.<sup>۳</sup> البته لازم به ذکر است که از آنجا که سلب مالکیت یا مصادره مستقیم در اعتبار دولت میزبان از حیث شاخص امنیت سرمایه‌گذاری خارجی خدشه وارد می‌کند، امروز کمتر رخ می‌دهد و از این روست که اقدامات دولت میزبان اغلب به طور غیرمستقیم نتایجی بر وضعیت اقتصادی سرمایه‌گذار می‌گذارد که شبیه سلب مالکیت مستقیم است.<sup>۴</sup>

در سلب مالکیت (مصادره اموال) غیرمستقیم<sup>۵</sup> مالیکت ظاهری سرمایه‌گذار نسبت به سرمایه و اموالش همچنان باقی است، لیکن اقدامات اتخاذی دولت میزبان باعث

1. Expropriation

۲. دالزر، رودلف؛ شروئر، کریستف، منبع پیشین، ص. ۱۵۷.

3. De Brabandere, Eric; Gazzini, Tarcisio, Op. cit, p. 162.

۴. دالزر، رودلف؛ شروئر، کریستف، منبع پیشین، ص. ۱۶۸.

5. Indirect Expropriation



محرومیت سرمایه‌گذار در استفاده یا بهره‌مندی از سرمایه‌گذاری اش می‌شود. در مصادره خزنه<sup>۱</sup> نیز که نوعی از سلب مالکیت غیرمستقیم است، دولت میزبان با اقدامات چندگانه و جداگانه موقعی موجب می‌شود تا سرمایه‌گذار در موقعیتی قرار بگیرد که دقیقاً همان اثر سلب مالکیت را بر او می‌گذارد. یک مجتمع پتروشیمی یا نیروگاه حرارتی بدون دسترسی به گاز طبیعی یا سوخت جایگزین عملأً امکان تولید فرآورده‌های پتروشیمی و برق را نداشته و علی‌رغم آمادگی سرمایه‌گذاری برای تولید، این مکان فراهم نمی‌شود.<sup>۲</sup> لازم به ذکر است این اقدامات به طور کلی دربرگیرنده فعل و ترک فعل بوده و لزوماً نیز نیازمند اثبات سوءنیت دولت میزبان نیست.<sup>۳</sup> بنابراین در اینکه قطع دسترسی به انرژی در این‌گونه سرمایه‌گذاری‌ها مصادره غیرمستقیم تلقی می‌شود یا خیر و مشروعیت قطع دسترسی به انرژی یا عدم اعطای انشعاب، محل تأمل است. مشروعیت سلب مالکیت اعم از مستقیم یا غیرمستقیم، بر پایه منافع عمومی ناشی از سلب مالکیت، شیوه آن و پرداخت غرامت ارزیابی می‌شود.<sup>۴</sup> بر این مبنای سلب مالکیت اولاً بایستی در راستای منافع عمومی دولت میزبان صورت گرفته باشد، ثانیاً سلب مالکیت به‌طور غیرعادلانه و تبعیض‌آمیز نباشد و ثالثاً اقدام به سلب مالکیت باید با پرداخت غرامت باشد.<sup>۵</sup> قطع دسترسی سرمایه‌گذاران بخش انرژی به انرژی موردنیاز، چنانچه بنا بر ضرورت و در راستای اهداف و منافع عمومی صورت پذیرفته و به همراه سایر شرایط باشد، نامشروع تلقی نمی‌گردد. دلایلی همچون حفظ امنیت شبکه، محیط‌زیست و یا بهداشت را می‌توان از جمله مصادیق نفع عمومی برشمرد، که ممکن است مستند مصادره و سلب مالکیت قرار گیرد.<sup>۶</sup> البته لازم به ذکر است قطع موقعت یا برای یک دوره زمانی محدود، مقوم مفهوم مصادره یا سلب مالکیت نیست و در سیاست‌های انرژی نیز مورد توجه قرار گرفته است. در واقع دوره زمانی اقدامات انجام‌شده از سوی دولت نیز در تشخیص اینکه سلب مالکیتی صورت گرفته یا خیر،

#### 1. Creeping Expropriation

۲. قناد، هادی؛ مسگری، علی، مبانی برق: مبانی و آشنایی با اصول کلی و اولیه برق، انتشارات صفار، ۱۳۸۴، ص. ۴۵.
۳. مطالعه رویه داوری سرمایه‌گذاری در پرونده‌های متعددی حاکی از آن است که تأثیر اقدامات دولت بیش از قصد وی برای تحت اثر قرار دادن مایملک سرمایه‌گذار، اهمیت دارد. از این رو چنانچه اقدامات در حدی باشد که باعث شود مالکیت بر سرمایه‌ی بی‌فایده باشد و به عبارت دیگر علی‌رغم وجود کنترل قانونی، وی کنترل تجاری بر سرمایه خود نداشته باشد، دیگر قصد دولت تأثیری در تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم صورت گرفته ندارد. برای نمونه، ر.ک.

Escarrena, Sebastin Lopez, *Indirect Expropriation in International Law*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 112-122.

۴. دالزر، رودلف؛ شروئر، کریستف، منبع پیشین، ص. ۱۵۶.

5. Dolzer, Rudolf; Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, OUP, 2012, p. 46.

6. Ibid, p. 73.

مهم است و در این خصوص رویه داوری بینالمللی تمایلی به مصادره تلقی کردن اقدامات وقت حتی بعضًا تا ۱۸ ماه و یک سال نداشته‌اند<sup>۱</sup> و برخی دیگر تنها مداخلاتی را که جنبه دائمی داشته باشد را منجر به وقوع سلب مالکیت دانسته‌اند.<sup>۲</sup> با این حال از آنجاکه هر ساعت توقف تولید یک نیروگاه برق خسارات سنگینی در بی دارد، بنابراین در قراردادهای خرید تضمینی برق، جبران خسارات ناشی از توقف تولید به هر دلیلی که مستند به بهره‌بردار یا مالک نیروگاه نیست، تحت عنوان «خسارت فرصت از دست رفته» گنجانده شده است. بر این اساس، چنانچه سوخت موردنیاز نیروگاه که توسط بخش دولتی تأمین می‌شود، قطع گردد، بایستی بهره‌بردار یا مالک نیروگاه در موقعیتی قرار گیرد که گوبی نیروگاه در حال فعالیت بوده است. از این‌رو در این موقع، به میزان برق تضمین شده، خسارت فرصت از دست رفته به‌وسیله خریدار (که بخش دولتی است) پرداخت خواهد شد.<sup>۳</sup> هر چند مکانیزم خسارت فرصت از دست رفته تا حدودی تعهدات دولت میزبان در خصوص حمایت از سرمایه‌گذار خارجی را پوشش می‌دهد، لیکن به نظر می‌رسد که چنانچه سهم برق تضمین شده از کل برق تولیدی نیروگاه قابل توجه نباشد، خسارت مابه التفاوت سهم تضمین شده و تضمین نشده که مالک یا بهره‌بردار در صورت تحويل سوخت و تولید برق می‌توانسته آن را در بازار برق به فروش برساند، معطل مانده و به ویژه چنانچه مدت زمان قطع دسترسی نیروگاه به سوخت طولانی باشد، وضعیت اقتصادی سرمایه‌گذار مزبور بشدت تحت تأثیر قرار خواهد گرفت. هر چند در عمل و بنا به مقتضیات و ملاحظات فنی، مالی، سیاسی، اقتصادی، حقوقی و استراتژیک معمولاً امنیت عرضه برق و سوخت شهر و ندان از اهمیت بسزایی برخوردار است، به نظر نمی‌رسد مدت زمان قطع سوخت تحويلی به نیروگاه چندان میدید بوده و سلب مالکیت تلقی گردد.<sup>۴</sup> از این‌رو لحاظ کردن خسارت فرصت از دست رفته در قراردادهای تحويل و تبدیل انرژی به خوبی تعهد دولت در حمایت از سرمایه‌گذار خارجی را پوشش خواهد داد، مشروط به آنکه سقف پرداخت خسارات صرفاً نسبت به سهم تضمین شده خرید انرژی نبوده و متناسب با فرصت از دست رفته لحاظ گردد. البته عدم تحويل سوخت به عنوان حقوق قراردادی سرمایه‌گذار خارجی تنها

1. See: S D Myers v. Canada, First Partial Award, 13 November 2000, para 287. Available at: <http://www.italaw.com/cases/documents/977>. Accessed on 11 July 2015.

2. See: LG v. Argentina, Decision on Liability, 3 October 2006, 46 ILM (2007) 36, para 193. Available at: <http://www.investment-law-digest.com/cases/LG-E-Argentina-Decision-on-liability-3-October-2006.aspx>. Accessed on 11 May 2015.

3. برای نمونه، ر.ک: بند سه ماده ۴ خرید تضمینی برق توسط توانیر، مصوب ۱۳۸۸.  
4. البته لازم به ذکر است که دفعات عدم تحويل سوخت و قطع آن نیز حائز اهمیت است. به عبارت دیگر اگر دسترسی یک نیروگاه یا پالایشگاه به کرات و در فواصل کوتاه قطع گردد، وضعیت اقتصادی بهره‌بردار و مالک نیروگاه به طور قابل توجهی تحت تأثیر قرار خواهد گرفت.

زمانی به عنوان سلب مالکیت تلقی می‌شود که دولت در مقام حاکمیت و نه تاجر از تعهدات خود استنکاف کرده باشد.<sup>۱</sup> لازم به ذکر است اینکه چنین اقدامی مصدق سلب مالکیت تلقی نمی‌شود، به معنای جواز آن نبوده و عدم تحويل ساخت یا قطع انرژی سرمایه‌گذاران خارجی ممکن است نقض سایر تعهدات دولت میزبان و استانداردهای حمایتی تلقی گردد.<sup>۲</sup>

در واقع با پرداخت خسارت فرصت از دست رفته در کلیه قراردادهای بخش تولید انرژی، وضعیت اقتصادی سرمایه‌گذار را به مرتبه‌ای تنزل نمی‌دهد که مالکیتش بر سرمایه خود، بی‌استفاده یا بی‌فایده باشد. باری، چنانچه قطع سوخت در مدت زمان طولانی ادامه داشته باشد یا بعد از احداث تاسیسات و تجهیزات مورد نیاز، از اعطای انشعاب سوخت خودداری شود، سلب مالکیت به طور مستقیم محقق شده است، چرا که بدون دسترسی سرمایه‌گذار به انرژی امکان تولید و تبدیل فراهم نبوده و عملاً احداث تأسیسات بدون بهره و بی‌فایده خواهد بود. اما چنانچه این امر در راستای منافع عمومی نبوده و به شکل خودسرانه و همچنین تبعیض‌آمیز صورت پذیرفته باشد، سلب مالکیت مشروعيت نداشته و موجد مسئولیت بین‌المللی دولت خواهد بود، اما پرداخت خسارت همچنان بر عهده دولت میزبان به عنوان تعهدی لایتجزی از معاهدات و اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری پایرجاست. لیکن اگر عدم ارائه انرژی مورد نیاز مستند به دلایلی همچون منافع و اهداف عامه نظیر بهداشت و محیط‌زیست بوده و به شکلی غیرتبعیض‌آمیز صورت گرفته باشد، مسئولیت بین‌المللی دولت میزبان منتفی است. اما مشروعيت این مسأله معافیت دولت از پرداخت خسارت را به همراه نخواهد داشت، مگر آنکه ذیل شرط قوه قاهره در معاهدات سرمایه‌گذاری مورد پذیرش قرار گیرد.<sup>۳</sup>

## ۲-۲. قوه قاهره

شرط قوه قاهره یا فورس‌ماژور غالباً در معاهدات دوجانبه یا چند جانبه یا قراردادهای سرمایه‌گذاری (بلندمدت) گنجانده می‌شود،<sup>۴</sup> اما تعیین مصاديق آن در همه معاهدات یکسان نبوده و در صورت سکوت قرارداد و قانون حاکم نسبت به تصریح مصاديق آن، با توجه به اوضاع و احوال هر قضیه تطبیق واقعیت‌ها با ماهیت شرط قوه قاهره صورت می‌پذیرد. دشوار شدن اجرای تعهدات نظیر کمبود نقدینگی و مشکلات

1. Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8 Award, 6 February 2007, at para 248. Available at:

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/8>. Accessed on 12 July 2015.

2. De Brabandere, Eric; Gazzini, Tarcisio, Op. cit, p. 139.  
3. Dolzer, Rudolf; Schreuer, Christoph, Op. cit, p. 63.

۴. نیک‌بخت، حمیدرضا، «مروری بر تنظیم قراردادهای دولتی (در حقوق تجارت بین‌الملل)»، الهیات و حقوق، شماره ۱۵ و ۱۶، ۱۳۸۴، ص. ۱۷.



اقتصادی و سیاسی اصولاً ذیل قوه قاهره نگنجیده و تحت عنوان تعسر قراردادی تفسیر می‌شود.<sup>۱</sup> در خصوص عدم دسترسی به انرژی برای سرمایه‌گذاران شاید بتوان بمباران لوله‌های نفت و گاز یا خطوط انتقال برق، پالایشگاه‌های گاز و نیروگاه‌ها را که مستقیماً به یکدیگر وابسته هستند و یا نقص‌های فنی غیرقابل اجتناب و پیشگیری را از جمله مواردی دانست که به عنوان فورس‌ماژور رافع مسئولیت دولت در پرداخت غرامت باشد. هر چند تمهد دولت به حمایت از سرمایه‌گذار و سرمایه‌وی در حین مخاصمات مسلحانه، شورش‌ها و آشوب‌ها نیز جاری بوده و در صورت قصور، مکلف به پرداخت غرامت خواهد بود. البته در تحلیل فورس‌ماژور این موضوع نیز حائز اهمیت است که دولت میزبان نیز دخالتی در پدیدار شدن مانع یا سبب انتقام اجرای قرارداد، نداشته باشد.<sup>۲</sup> لازم به ذکر است تأثیر انرژی بر وضعیت سرمایه‌گذاران بخش انرژی، منحصر در عدم تحويل انرژی مورد نیاز آنها نیست، بلکه در مواردی عدم دریافت انرژی تولیدی آنها یا عدم اجراهه ورود و خروج از مدار به دلایلی از جمله دستورات مدیر شبکه یا عدم پرداخت به موقع بهای انرژی تولیدی نیز می‌تواند وضعیت اقتصادی سرمایه‌گذار خارجی این بخش را در معرض تهدید قرار دهد. ضمن آنکه ورود و خروج بدون مجوز مدیر شبکه علاوه بر تحمل خسارات قراردادی پیش‌بینی شده، ممکن است از وصف مجرمانه نیز برخوردار باشد.<sup>۳</sup> در این صورت نیز سرمایه‌گذار خارجی که علی‌رغم آمادگی برای تولید، امکان تولید و تزریق انرژی یا خروج از مدار را ندارد، محق به دریافت غرامت خواهد بود.

### ۲-۲-۳. انتظارات مشروع<sup>۴</sup>

بخش دومی که قطع انرژی در آن بر وضعیت اقتصادی سرمایه‌گذاران اثرات سوء برجای می‌گذارد، به انرژی مورد نیاز صنایع، کارخانجات، شرکت‌ها و فروشگاه‌های فعال در فضای واقعی و مجازی اختصاص دارد. برق و گاز دو حامل انرژی اساسی برای صنایع به ویژه پتروشیمی‌ها و صنایع سنگین و همچنین کارخانجات تولیدی و حمل و نقل محسوب شده و قطع دسترسی سرمایه‌گذاران به این دو، بهشدت وضعیت اقتصادی آنها

۱. نیک‌بخت، حمیدرضا، «آثار قوه قاهره و انتقام از قرارداد»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۱، ۱۳۷۶، ص. ۹۷.

۲. شوابزر، اینگورگ، «فورس‌ماژور هاردشیپ در قراردادهای بین‌المللی»، ترجمه حمید آرایی، مجله کانون، شماره ۱۳۶، دی و بهمن ۱۳۹۱، ص. ۱۶۹.

۳. برای نمونه، ر.ک: بند ب ماده پک قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشور:

«ب - اخلال در امر توزیع مایحتاج عمومی از طریق گران‌فروشی کلان ارزاق یا سایر نیازمندی‌های عمومی و احتکار عمدۀ ارزاق یا نیازمندی‌های مزبور و پیش‌خرید فراوان تولیدات کشاورزی و سایر تولیدات مورد نیاز عامه و امثال آنها به منظور ایجاد انحصار یا کمود در عرضه آنها.»

بر این اساس، ممکن است مالک یا بهره‌بردار نیروگاه که بدون مجوز مرکز مدیریت شبکه از مدار خارج شده و سبب آسیب به شبکه گردد، در معرض اتهام تحت عنوان اخلال در نظام اقتصادی قرار گیرد.

4. Legitimate expectations

را تحت تأثیر قرار خواهد داد.<sup>۱</sup> تعهد دولت میزبان به موجب معاهدات سرمایه‌گذاری به پذیرش و حمایت یا تشویق سرمایه‌گذاری اتباع دولت مقابل، به طور صریح اشاره به لزوم تمهید مقدمات بعد از پذیرش سرمایه‌گذاری دارد.<sup>۲</sup> در واقع و براساس تئوری انتظارات مشروع، بعد از پذیرش سرمایه‌گذاری حداقلی از انتظارات برای سرمایه‌گذار به وجود می‌آید که اقدام خلاف آن، نقض تعهد به حمایت یا تشویق و سایر استاندارهای رفتاری تلقی می‌شود.<sup>۳</sup> قراردادهای جدید سرمایه‌گذاری بهویژه برای شرکت‌های بزرگ فعال در بخش انرژی نظری نفت و گاز یا حتی سایر صنایع در بهبود و رشد شاخص اقتصادی و قیمت سهام آنها در بازارهای بین‌المللی تأثیر مثبت دارد. از این رو بدیهی است که انتظارات و برنامه‌ریزی‌های بعضاً کلان اقتصادی به منظور هزینه سود بازگشتی سرمایه‌گذاری صورت پذیرد.<sup>۴</sup> به عنوان مثال فعالیت یک واحد پتروشیمی بدون دسترسی به گاز، اساساً امکان‌پذیر نیست و پیامد آن تفاوت چندانی با سلب مالکیت یا مصادره اموال یا برچیدن تأسیسات سرمایه‌گذاران ندارد. در واقع این خلاف منطق است که سرمایه سرمایه‌گذار پذیرفته شود یا او تشویق یا متعهد به امری شود که امکان آن برایش فراهم نیست یا نخواهد شد.<sup>۵</sup>

در این شرایط اقداماتی اعم از فعل و ترک فعل دولت که قطع دسترسی سرمایه‌گذار به انرژی را در پی داشته باشد، خلاف انتظارات مشروع او تلقی می‌شود. چون اتخاذ تدابیر و احتیاط‌های متعارف در هر سرمایه‌گذاری بین‌المللی لازم است، بنابراین تنها اقداماتی که به طور غیرمتعارفی بر وضعیت سرمایه‌گذار تأثیر بگذارد، نادیده انگاشتن انتظارات مشروع وی به شمار می‌آید.<sup>۶</sup> با این حال به نظر می‌رسد باید در هر مورد مدعماً و مستند دولت میزبان در قطع دسترسی و یا عدم اعطای انشعباب را مورد توجه قرار داد. در خصوص انشعباب‌های برق با توجه به اینکه پایداری شبکه سراسری برق متأثر و متغیری از قیود فنی بعضاً غیرقابل تغییر در دامنه گسترد و آنی است و همچنین دولت متعهد به حفظ امنیت عرضه و پایداری شبکه برق است،<sup>۷</sup> عدم اعطای انشعباب یا قطع دسترسی برق که مبنی بر ضرورت و حفظ پایداری شبکه باشد

1. De Brabandere, Eric; Gazzini, Tarcisio, Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 133.
2. علیدوستی شهرکی، ناصر، «احترام مالکیت و سرمایه‌گذاری خارجی»، مجله حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۱، بهار ۱۳۹۰، ص. ۳۰۰.
3. Dolzer, Rudolf; Schreuer, Christoph, Op. cit, p. 293.
4. Bjorklund, Andrea; Laird, Ian; Ripinsky, Sergey, Investment Treaty Law: Current Issues, Remedies in International Investment Law Emerging Jurisprudence Of International Investment Law, Vol. III, BIICL, 2009, p. 226.
5. این مسئله قاعده دیرینه impossibilum nulla estobilatio یا هیچ تعهدی برای اجرای چیزهای غیرممکن وجود ندارد را به ذهن متبار می‌کند.
6. Ibid, p. 229.
7. Stoft, Steven, Power System Economics Designing Markets for Electricity, IEEE Press & Wiley-Interscience, 2002, p. 645.

را نمی‌توان نقض تعهدات وی به موجب معاهدات یا اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری دانست.<sup>۱</sup> برای نمونه ماده ۳۵ آیین‌نامه تکمیلی تعریف‌های برق شرکت‌های توزیع برق ایران مصوب ۱۳۷۹، اعطای و یا تغییر انشعباب برق را علی‌الاصول از وظایف شرکت‌های توزیع برق بر شمرده است اما در شرایطی که امکان آن به دلایل فنی از جمله اثر منفی بر روی شبکه وجود نداشته باشد، شرکت قادر به اعطای انشعباب و پا تغییر آن نخواهد بود.

در واقع دولت به طور ضمنی مکلف است متناسب با قراردادهای سرمایه‌گذاری و پیش‌بینی‌های اقتصادی متعارف، اقدام به افزایش تولید انرژی و گسترش شبکه‌های توزیع و انتقال آن در بلند مدت نماید. در کوتاه‌مدت نیز به نظر می‌رسد شرکت‌های توزیع و تولید انرژی باید هر گونه اقدام جایگزین لازم را به منظور تأمین انرژی مورد نیاز سرمایه‌گذارانی که در بخش‌های اقتصادی، صنعتی و تجاری اقدام به سرمایه‌گذاری نموده‌اند، به موقع اجرا گذارند. در این خصوص، شرکت‌های خارجی حتی بایستی نسبت به شرکت‌های داخلی از اولویت برخوردار باشند، چرا که عدم تأمین انرژی آنها ممکن است علاوه بر پرداخت غرامت، موجبات مسئولیت بین‌المللی دولت را نیز فراهم خواهد آورد. از این رو دولت میزبان باید در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی ضمن تعهد به حداکثر تلاش یا بهترین تلاش<sup>۲</sup>، بر اولویت امنیت عرضه و پایداری شبکه‌های برق، صرحتاً اشاره نماید تا قابلیت تفسیر پذیری تعهد به تأمین انرژی در هر شرایطی و به طور مطلق، کاهش یابد. همچنین، شرکت‌های توزیع و تولید انرژی در اجرای سیاست‌های قطع دسترسی به انرژی و یا عدم اعطای انشعاب، نبایستی میان شرکت‌های داخلی و خارجی به نحو تبعیض‌آمیز (به ضرر شرکت‌های خارجی) رفتار نمایند. در ارزیابی تبعیض‌آمیز بودن رفتار آنها، این موضوع اساسی است که دلیل قطع دسترسی به انرژی و یا عدم اعطای انشعاب، صرفاً فنی یا اقتصادی (نظیر عدم پرداخت بهای انرژی مصرفی) بوده و یا قطع انرژی یا عدم دسترسی به آن، جهت حفظ پایداری شبکه یا امنیت عرضه ضروری باشد.

۲-۲-۴. رفتار ملی

استاندارد رفتار ملی از اصل کلی منع تبعیض سرچشمه می‌گیرد.<sup>۴</sup> بر این اساس، رفتار دولت میزبان با سرمایه‌گذار خارجی نبایست کمتر یا نامطلوب‌تر از رفتار وی با

۱. اصولاً هر سلب مالکیتی که در راستای منافع عامه باشد، مشروع تلقی می‌شود. ر.ک: دالزر، روالف؛ شروئر، کریستن، منبع پیشین، ص. ۱۵۶.

## 2. Best effort

### 3. National Treatment

4. Cottier, Thomas; Schneller, Lena, *The Philosophy of Non-discrimination in International Trade Regulation*, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 98.

سرمایه‌گذاران داخلی باشد. این استاندارد به عنوان یکی از اصول و ارکان مقررات سازمان تجارت جهانی نیز لحاظ شده و ماده ۳ موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت (گات)<sup>۱</sup> به آن پرداخته و همچنین در موافقتنامه عمومی تجارت خدمات (گتس)،<sup>۲</sup> موافقتنامه اقدامات سرمایه‌گذاری مرتبط با تجارت (تریمز)<sup>۳</sup> و موافقتنامه جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری (تریپس)<sup>۴</sup> نیز منعکس شده است. البته این به معنای همسانی مفهوم، مصاديق و شیوه تفسیر این استاندارد در همه این حوزه‌ها نیست.<sup>۵</sup> در مقررات سازمان تجارت جهانی و به ویژه گات، شرط مشابه بودن کالا<sup>۶</sup> برای اعمال استاندارد رفتار ملی ضروری بوده اما به نحوه تشخیص شباهت در دو کالا اشاره‌ای نشده است. به همین دلیل رویه قضایی سازمان تجارت جهانی، با تفسیر از محصول یا کالای مشابه سعی در ارائه معیارهایی به منظور تشخیص مشابهت با عدم مشابهت داشته است.<sup>۷</sup> در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی، علاوه بر اینکه مفهوم رفتار ملی تحول یافته و از کاهش میزان امتیازات سرمایه‌گذار خارجی در حد سرمایه‌گذار ملی به سمت ملاک قرار دادن استانداردهای حقوق بین‌الملل و نه (رفتار ملی) جهت رفتار با سرمایه‌گذار خارجی سوق پیدا کرده است،<sup>۸</sup> درخصوص محل اعمال این استاندارد نیز دستخوش تغییراتی شده است. در واقع همان اجمال و ابهامی که در مفهوم کلی مشابهت در سازمان تجارت جهانی وجود دارد، در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی نیز وجود داشته و معیارهای روشی به منظور تمیز شرایط مشابه یا اوضاع و احوال مشابه سرمایه‌گذار خارجی و داخلی وجود ندارد.<sup>۹</sup> با این حال به نظر می‌رسد که در خصوص تأمین انرژی سرمایه‌گذاران خارجی، ارزیابی‌ها جهت اعطای انشعباب و یا قطع دسترسی به انرژی کمتر متأثر از مقاصد و اغراض سیاسی بوده و در غالب موارد، بر پایه محدودیت‌های فنی و ذاتی شبکه‌های انتقال و توزیع انرژی است. در واقع این محدودیت‌ها که به منظور حفظ پایایی شبکه‌های انرژی صورت می‌گیرد و فاقد نیات سیاسی است، مبنایی موجه برای اعمال رفتار متفاوت محسوب می‌شود. رویه قضایی داوری بین‌المللی نیز بر این امر صحه گذاشته است که اگر رفتارهای متفاوت دارای

1. The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

2. The General Agreement on Trade in Services (GATS)

3. The Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs)

4. The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)

5. Ibid, p. 112.

6. Like Product

7. See: DS308: Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages. Available at: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds308\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds308_e.htm). Accessed on 11 November 2014.

۸. دالزر، روالف؛ شروٹر، کریستف، منبع پیشین، ص. ۲۸۸.

9. Kamperman Sanders, Anselm, The Principle of National Treatment in International Economic Law: Trade, Investment and Intellectual Property, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 55.

مبنای معقول و منطقی باشند، موجه و قابل قبول هستند.<sup>۱</sup> در واقع استاندارد رفتار ملی، به منظور محک تبعیض‌آمیز بودن یا نبودن تصمیم یا اقدام از سوی دولت میزان، به کار گرفته می‌شود.

لیکن رفتارهایی نظیر درخواست حق انشعاب بیشتر، پرداخت بهای انرژی متفاوت از سرمایه‌گذاران ملی، قطع تبعیض آمیز دسترسی سرمایه‌گذار خارجی به انرژی، دخالت دادن انگیزه‌های ملیتی در ارائه کلیه خدمات انرژی، عدم اتخاذ تدابیر مقدور جهت ارائه تقاضای ارتقای طرفیت دریافت انرژی، به وضوح نقض رفتار ملی محسوب می‌شوند، چرا که بر پایه ملاحظات سلیقه‌ای بنا شده‌اند. حتی در صورتی که دولت متناسب با قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی، اقدام به گسترش و توسعه شبکه‌های انتقال و توزیع انرژی ننموده و چنین ترک فعلی موجه نباشد، شرط رفتار ملی پیش از ورود سرمایه‌گذاری که در برخی معاهدات اخیر سرمایه‌گذاری خارجی رواج یافته است، نقض شده تلقی می‌شود.<sup>۲</sup>

## ۲-۵. ارزیابی مسئولیت دولت در نقض حق دسترسی سرمایه‌گذار خارجی

به انرژی

اینکه عدم تأمین انرژی کلیه سرمایه‌گذاران خارجی (اعم از آنانی که در بخش انرژی یا سایر بخش‌ها سرمایه‌گذاری نموده‌اند) منجر به مسئولیت بین‌المللی دولت شود، نیازمند حصول سه شرط اساسی است: نخست آنکه رفتار دولت ( فعل یا ترک فعل وی) با تعهد بین‌المللی وی سازگار نباشد.<sup>۳</sup> تعهدات بین‌المللی دولتها نیز یا ناشی از معاهدهای بین‌المللی است و یا حقوق بین‌الملل عرفی.<sup>۴</sup> بنابراین تأمین انرژی سرمایه‌گذاران خارجی بایستی نشأت‌گرفته از یک عرف و یا معاهده بین‌المللی باشد. تأمین انرژی سرمایه‌گذار خارجی از آنجا که امروزه انرژی به عنوان زیرساخت اصلی فعالیت‌های اقتصادی، صنعتی و تجاری تلقی شده سرمایه‌گذاری بدون آن عقیم خواهد ماند. بنابراین دسترسی سرمایه‌گذار خارجی به شبکه انرژی جزئی از تعهدات دولت مطابق حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است که برخی آنها از جمله حمایت و امنیت کامل و یا استنادار رفتار عادلانه و منصفانه نشأت‌گرفته از موازین حقوق بین‌الملل عرفی در خصوص رفتار با بیگانگان است.<sup>۵</sup> البته جنین تعهدی ناشی از حقوق، داخله، سوده و در حقوق، بین‌الملل،

<sup>1</sup> See: GAMI v. Mexico, Award of 15 November 2004, 44 ILM 545(2005), PARAS 114-115.

۲. دالزر، رودلف؛ شروئر، کریستف، منبع پیشین، ص. ۲۸۹.

<sup>٣</sup> ابراهیم گا، علیضا، منع پیشین، ص: ٨٥.

۴- البته در طرح مسئولیت بین المللی دولت منشا تعهد به منظور اثبات مسئولیت بین المللی دولت تعیین کننده نیست... که همان...

5. See: *Methanex v. USA*, award 3 August 2005, paras 17-24 and *Thunderbird v. Mexico*, Award 26 January 2006, paras 192-93.

دولت مستقیماً مکلف به تأمین انرژی اتباع خود یا سایر دولتها نیست، بلکه آنچه در حقوق بینالملل مورد توجه است، احترام به حق دسترسی به شبکه انرژی و رعایت برابری میان اتباع دولت میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی است. بنابراین عدم تأمین انرژی چنان به شکل قطع دسترسی سرمایه‌گذار خارجی به شبکه موجود یا عدم اعطای انشعباب از شبکه به وی آن هم به صورت تبعیض آمیز صورت گرفته باشد.

شرط دوم مربوط به انتساب رفتار متخلفانه بینالمللی به دولت است. اینکه در چه شرایطی رفتار ناسازگار با تعهدات بینالمللی به دولت یا اشخاص غیردولتی منتبه است، بخشی از فرآیند اثبات مسئولیت بینالمللی دولت است. طرح مسئولیت بینالمللی دولت به همراه رویه قضایی بینالمللی مهم‌ترین منابع قواعد انتساب مسئولیت بینالمللی دولت تلقی می‌شوند.<sup>۱</sup> بر این اساس در نوع قدرتی که منشا رفتار نقض‌کننده تعهد بوده تفاوتی نبوده و قوای اداری، اجرایی، قضایی و قانون‌گذاری همه در حکم واحدند و دولت نیز به استناد قوانین داخلی در خصوص وضعیت ارگان‌های دولتی نمی‌تواند از مسئولیت معاف شود. همچنین میان اعمال تصدی و حاکمیتی دولت نیز در انتساب رفتار به وی تفاوتی نیست و احراز اعمال اقتدار در هر رابطه‌ای حتی قرارداد تجاری دولت با شخص خصوصی نیز منتبه به وی خواهد بود.<sup>۲</sup> اینکه شخصیت ارگان‌های دولتی وابسته به دولت و یا مستقل هستند نیز از جمله موارد مهم در انتساب رفتار به دولت هستند.

شرط سوم و ضروری عدم شمول رفتار دولت در چارچوب موارد معاف‌کننده وی از مسئولیت است. فورس‌ماژور و ضرورت به عنوان مهم‌ترین مبنای معافیت از مسئولیت هم در معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری و هم طرح مسئولیت بینالمللی دولت منعکس شده است. بر این اساس چنانچه رفتار دولت که به او منتبه شده است، تحت شرایطی خارج از کنترل و پیش‌بینی وی صورت گرفته باشد و اجرای تعهد را ناممکن سازد، وی از مسئولیت و آثار آن معاف خواهد بود.<sup>۳</sup> لازم به ذکر است مفاد شرط فورس‌ماژور یا ضرورت در تمامی معاهدات یکسان نیست، و ممکن است تابعی از اراده طرفین باشد. با این حال، چنانچه قطع دسترسی به انرژی در خاک دولت میزبان مطابق با وضعیت فورس‌ماژور صورت گرفته باشد یا اینکه عدم اعطای یا تغییر انشعباب انرژی به جهاتی از جمله حفظ امنیت شبکه سراسری برق یا گاز ضروری تلقی شود، فعل دولت فاقد وصف متخلفانه خواهد بود. بنابراین و به عنوان نتیجه، قطع دسترسی

۱. اخوان فرد، مسعود؛ تقدیر، محمد‌کاظم، «مسئولیت بینالمللی دولت بر اساس معاهده منشور انرژی»، مجله حقوقی بینالمللی، شماره ۴۲، ۱۳۸۹، ص. ۲۱.

۲. همان، ص. ۱۷.

۳. ابراهیم گل، علیرضا، منبع پیشین، ص. ۱۴۵.

---

سرمایه‌گذاران خارجی، عدم اعطای انشعاب به آنها یا خودداری از افزایش ظرفیت حجم انرژی دریافتی آنها، تنها در صورتی که به شکل غیرتبعیض‌آمیز بوده و یا مطابق شرایط فورس‌ماژور باشد، نقض معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری تلقی نمی‌گردد.<sup>۱</sup> بنابراین رفتار نابرابر، مشروط به آنکه صرفاً بر پایه ارزیابی‌های فنی و بدون تبعیض باشد، قابل توجیه است و در غیر این صورت موجود مسئولیت بین‌المللی دولت خواهد بود.

۱. البته این به معنای معافیت دولت از پرداخت غرامت نیست و در هر قضیه با توجه به اوضاع و احوال لزوم یا عدم لزوم پرداخت غرامت توسط مرجع حل اختلاف تعیین می‌شود. ببمه هم برای پوشش برخی حوادث ناشی از حوادث انرژی و همجنسین ریسک‌های سرمایه‌گذاری می‌تواند بخشی از خسارات وارد به سرمایه‌گذاران خارجی را جبران نماید.

## نتیجه‌گیری

به عنوان یک اصل کلی، لزوم رفتار برابر با سرمایه‌گذار خارجی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری مانع از آن می‌شود که دولت میزبان، دست به اقدامات تبعیض‌آمیزی علیه سرمایه‌گذاران خارجی بزند. در عین حال، این اصل کلی مطلق نبوده و گاهی برخی محدودیت‌های غیرارادی منجر به رفتار متفاوت با سرمایه‌گذار خارجی می‌شود. با این حال رفتار متفاوت نیز بایستی بر مبنای قابل قبولی صورت گرفته و با هدف و موضوع معاہدات دوچاره سرمایه‌گذاری، مغایرت نداشته باشد. از همین رو، قطع دسترسی سرمایه‌گذار به شبکه انرژی، چنانچه نقش اساسی در سرمایه‌گذاری داشته و به شکلی نابرابر در مدت زمان طولانی و بر اساس ملاحظات سیاسی صورت گرفته باشد، دولت ملزم به پرداخت غرامت فوری، کامل و مؤثر است. محدودیت و یا قطع دسترسی سرمایه‌گذار به انرژی چنانچه منتبه به دولت میزبان بوده و ریشه در ملاحظات فنی و غیرسیاسی داشته باشد، مبنای ارزیابی مسئولیت بین‌المللی و مدنی دولت جهت پرداخت خسارات به سرمایه‌گذاران خارجی است. بر این اساس، اگر منافع عامه که در این مورد حفظ امنیت عرضه و پایایی شبکه‌های تأمین انرژی است، اقتضا بر اعمال محدودیت‌هایی را در ارائه خدمات انرژی نموده و منجر به رفتار نابرابر شود، نامشروع نبوده و مسئولیت بین‌المللی دولت بر این اساس منتفی است. پرداخت غرامت نیز، با توجه به اوضاع و احوال قضیه و لحاظ قراردادهای فی‌مابین دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی در پرتو معاہدات سرمایه‌گذاری مربوطه، صورت خواهد گرفت. در این باره شرط قوه قاهره (فورس‌ماژور) مندرج در قرارداد یا معاہدات سرمایه‌گذاری به همراه سایر استانداردهای رفتاری اثر تعیین‌کننده در معافیت کامل یا جزئی دولت میزبان از پرداخت خسارت خواهد داشت. با این حال و با توجه به اهمیت راهبردی امنیت شبکه‌های انرژی، اولاً نهادهای متولی انتقال و توزیع انرژی، بایستی ضمن اولویت دادن به امنیت عرضه و پایداری شبکه، تا حد مقدور کلیه تدبیر و اقدامات لازم جهت اعطای انشعباب یا جلوگیری از قطع دسترسی سرمایه‌گذاران به انرژی را اتخاذ نمایند. ثانیاً دولت‌های پذیرای سرمایه‌گذاری خارجی، متناسب با قراردادهای منعقده نسبت به توسعه شبکه‌های توزیع و انتقال انرژی اقدام نمایند تا محدودیت‌های دسترسی به شبکه و ارتقای ظرفیت انشعباب به حداقل ممکن کاهش یابد. همچنین بیمه نمودن تجهیزات گران قیمت متصل به شبکه برق یا گاز و در اولویت قرار دادن تأمین انرژی سرمایه‌گذاران خارجی علاوه بر بهبود شاخص امنیت سرمایه‌گذاری خارجی و جذب سرمایه بیشتر، از طرح دعاوی علیه دولت میزبان و

---

پرداخت خسارات هنگفت، جلوگیری خواهد نمود. در این رابطه پیشنهاد می‌شود وزارت خانه‌های نیرو و نفت دستورالعملی مجزا به منظور تضمین انرژی مورد نیاز سرمایه‌گذاران خارجی با رعایت قبود فنی شبکه، تدوین نمایند.

## منابع

- ابراهیم گل، علیرضا، مسئولیت بین‌المللی دولت، چاپ ششم، شهردانش، ۱۳۹۳.
- ابراهیمی، سید نصرالله؛ شادی، حسین، «آثار تحریم بر اجرای قراردادهای بازرگانی بین‌المللی از منظر فورس‌ماژور»، دانش حقوق مدنی، شماره ۲، ۱۳۹۱.
- افتخار، رضا، اصلاح معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران در پرتو تحولات اخیر حقوق سرمایه‌گذاری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.
- اخوان فرد، مسعود؛ تقیری، محمد‌کاظم، «مسئولیت بین‌المللی دولت بر اساس معاهده منشور انرژی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۲، ۱۳۸۹.
- دالزر، رودلف؛ شروئر، کریستف، اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، ترجمه سیدقاسم زمانی و به‌آذین حسیبی، شهردانش، ۱۳۹۳.
- سلیمی ترکمانی، حجت، حقوق بین‌الملل انرژی، شهردانش، ۱۳۹۴.
- شوانزر، اینگبورگ، «فورس‌ماژور هاردشیپ در قراردادهای بیع بین‌المللی»، ترجمه حمید آرایی، مجله کانون، شماره ۱۳۶، دی و بهمن ۱۳۹۱.
- علیدوستی شهرکی، ناصر، «احترام مالکیت و سرمایه‌گذاری خارجی»، مجله حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۱، بهار ۱۳۹۰.
- فلسفی، هدایت‌الله، «جایگاه بشر در حقوق بین‌الملل معاصر»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۸، زمستان ۱۳۷۵.
- قاسمی شوب، احمدعلی، «نگاهی به جایگاه بیگانگان در حقوق بین‌الملل با تأکیدی بر استناد بین‌المللی حقوق بشر»، حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۱، پاییز ۱۳۸۱.
- قناد، هادی؛ مسگری، علی، مبانی برق: مبانی و آشنایی با اصول کلی و اولیه برق، انتشارات صفار، ۱۳۸۴.
- متولی، محمود؛ مهربانی، وحید، «اهمیت تأمین انرژی برق در توسعه اقتصادی و گذار از اقتصاد دوگانه»، نشریه انرژی ایران، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۰.
- مهندسین مشاور موننکو، تجدید ساختار در صنعت برق، انتشارات شیوه، ۱۳۹۲.
- میرمحمدی، سیدمصطفی، «سواءستفاده از مصنوبیت‌های دیپلماتیک و ضمانت اجرای آن در حقوق بین‌الملل»، نامه مفید، شماره ۳۳، بهمن ۱۳۸۱.
- نیکبخت، حمیدرضا، «مروری بر تنظیم قراردادهای دولتی (در حقوق تجارت بین‌الملل)»، الهیات و حقوق، شماره ۱۵ و ۱۶، ۱۳۸۴.

---

\_\_\_\_\_ ، «آثار قوه قاهره و انتفای قرارداد»، مجله حقوقی  
بینالمللی، شماره ۲۱، ۱۳۷۶.

- Aviles, Anibal, "Electric Energy Access in European Law: A Human Right", Columbia Journal of European Law, Vol. 19, 2012.
- Baetens, Freya, Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives, Cambridge University Press, 2013.
- Bjorklund, Andrea; Laird, Ian; Ripinsky, Sergey, Investment Treaty Law: Current Issues, Remedies in International Investment Law Emerging Jurisprudence Of International Investment Law, Vol. III, BIICL, 2009.
- Boyle, Godfrey, Renewable Energy: Power for a Sustainable Future, Oxford University Press, 2012.
- Cliff, Rochlin, "Is Electricity a Right", The Electricity Journal, Vol.15, 2002.
- Cottier, Thomas; Schneller, Lena, The Philosophy of Non-discrimination in International Trade Regulation, Edward Elgar Publishing, 2014.
- Crawford, James; Pellet, Alain; Olleson, Simon; Parlett, Kate, The Law of International Responsibility, Oxford, 2010.
- Dolzer, Rudolf; Schreuer, Christoph, Principles of International Investment Law, OUP, 2012.
- De Brabandere, Eric; Gazzini, Tarcisio, Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.
- Ehrenreich Brookst, Rosa, "Failed States, or the State as Failure?", The University of Chicago Law Review, Vol. 72, NO. 4, 2005.
- Escarcena, Sebastin Lopez, Indirect Expropriation in International Law, Edward Elgar Publishing, 2014.
- Frankl, Paolo, World Renewable Energy Outlook 2030-2050, 2013.
- Kamperman Sanders, Anselm, The Principle of National Treatment in International Economic Law: Trade, Investment and Intellectual Property, Edward Elgar Publishing, 2014.
- Mann, F. A, British Treaties for the Promotion and Protection of Investment, 52 British Year Book of International Law, 1981.
- Muchlinski, Peter; Ortino, Federico, Schreuer, Christoph, The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford University Press, 2008.
- Reidy, David, Human Rights: the Hard Questions, Cambridge University Press, 2013.

- 
- Stoft, Steven, Power System Economics Designing Markets for Electricity, IEEE Press & Wiley-Interscience, 2002.
  - Tully, Stephen, "The Human Right to Access Electricity", The Electricity Journal, Vol. 19, No.3, 2006.

۷۴ اثباع و سریالیه‌گذاران خارجی در دسترسی به شبکه انرژی

## **Right of Foreign Nationals and Investors in Access to Energy Grid**

Hamidreza Nikbakht

Mehdi Haftani

Sara Mirmohammad Sadeghi

### **Abstract**

Energy grids have not been developed in all countries equally and either transmission and distribution lines have some technical restrictions. After restructuring of energy industry, especially gas and electricity, free access to transmission and distribution grids seems necessary, because it is not affordable to make different grids for each company. Free access to transmission line is related to companies acting in energy section and distribution line is related to consumers. By considering the increase of foreign investment in energy and other sections in recent years, equal treatment is very important by system operator on free access. In spite of that, because of some technical restrictions, equal treatment is not possible and this may lead to breach of international obligation by host states. We are going to answer the question that whether the different treatment on access to energy grids shall be deemed as an international obligation by host state and if NO, how it will be justified.

**Keywords:** Energy, Responsibility, Government, Grid, Foreign Investment, Foreign National.

**The Technical-Legal Infrastructure  
of Identity Authentication in Modern Banking  
with a view to the Crime of Unauthorized Access**

Hossein Mirmohammad Sadeghi  
Afshin Azarimatin

**Abstract**

Paper signing is the key to authentication in traditional banking; this traditional form of signature has changed in new banking (e-banking and virtual banking) and become a simple and secure electronic signature. All services provided in modern banking require the issuance of electronic signatures from users, the context and structure of the new signatures is such that it distinguishes the types of crimes from traditional signature. Therefore, this article intends to adapt the technical structure of electronic signature with the definitions given in the e-commerce law via field and library studies, So based on this description, compare the con-computer forging and unauthorized access in traditional and modern banking, obviously, this review can be a prelude to the undeclared technical areas of e-banking identified and in this way consider the appropriate conditional and technical preventive measures in the modern banking.

**Keywords:** Electronic Signature, Electronic Certificate, Password, Token, Unauthorized Access.

## The Comparative Study of the Notion and the Measures of the Fundamental Breach of Contract

Rassool Ghasemi  
Seyed Mohammadhadi Mahdavi  
Davood Nassiran

### Abstract

Due to exchanged contracts, failing to perform the obligation by each of the parties leads to the breach of contract. According to the principles of international commercial contracts and international convention on sale of goods, the obligee can terminate the contract for fundamental breaches. Violation of fundamentals depends on the form of obligation and the importance of harmful consequences arising from violation. But in the convention on sale of goods, fundamental violation of contract is merely depends on contract violation. In *Iranian legal system*, there is no meaning for fundamental violation and the sanction of breach of contract depends on the contract subject. If the contract subject is definite object so according to the case, one of the *legal options* in the *civil justice system* will be used but if contract subject is thing of a general nature, act or forbearance, the obligate is bound to fulfillment of certain obligation, otherwise the obligee has the right to terminate the contract. According to some of law articles and jurists vote, the primary termination theory can be accepted beside the provisions of international commercial contracts and international convention on sale of goods so in *Iranian legal system*, recognition of termination right arising from fundamental termination of contract is consistent with legal and religious principles. To comparative study of fundamental termination, two factors should be considered: variety in sanctions of contract termination and respect to aggrieved party. These factors should be considered in domestic law as the basis of the rules amendment.

**Keywords:** Fundamental Breach, Termination, Bounding to Fulfillment of Certain Obligation, Compensation, Lien.

## **Effect of Type of Evidence System on Goals of Civil Procedure in Iranian Law**

Rahim Mokhtari

### **Abstract**

Every nation selects one of evidence systems or a combination of them based on judicial policy, purpose of the trial as well as the trust level of legislators relative to judges. Affected by divine religion the aim of which is providing justice as well as spiritual and worldly happiness for human, civil justice system of Iran is based on Islamic justice, the basic and judicial principles of which are conscience and hearty confidence of evidence, has regarded its goal to discover reality which is ideal and objective of hearing. To this purpose, along with changes in legal systems as well as development of justice thoughts in developed countries, the rules of civil proof have developed quickly toward extending the judge's power with the aim of achieving real judgment and realization of justice.

With changes in the scope of judge's authority, removing restrictions in proved value of testimony, and developing its scope in terms of allegorical and manner of evidence, and lack of restrictions on the size and diversity of judicial circumstantial evidence, free evidence system has dominated civil procedure in Iran. With this dynamic, that is performed only in the framework of the principles of procedure, According to this judges could make decisions by any logical and conventional evidence that leads them to the truth.

**Keywords:** Judge, Truth Discovery, Evidence System, Manner of Evidence, Exclusiveness of Evidence.

## **Legal Analysis of the Elements of Lawsuit Objection to the Recognition of National Land**

Hassan Lotfi  
Yasser Gholami

### **Abstract**

From several decades ago the legislator nationalizes all the land and building of the jungle lands and grasslands because of the enforcement of sovereign. Therefore, those kinds of lands because of being recognized as jungle or grassland were called national lands. Following the act of legislator, a lawsuit under the title of lawsuit objection to the recognition of national land was formed in our legal system which enjoys special complexity because of the multiplicity of plaintiffs and defendants. Accordingly, having given a description of national land and explaining its aspects the present essay along with element of relief has reckoned and considered the plaintiffs of lawsuit in five groups (Land owners, garden and installment owners, public legal personality, farmers owning nasaqi lands and non-governmental organization) and the defendants in three groups (Natural resources of city offices, land owners and garden and installment owners and farmers owning nasaqi land and housing and urban development organization).

**Keywords:** National Land, Objection to Recognition, Plaintiff, Defendant, Relief.

## **The approach of the Criminal Procedure Act 2013 to the Obscenity Crimes**

Zeynab Sheidaeian  
Mehdi Sheidaeian

### **Abstract**

Most obscenity crimes are committed secretly. The disclosure of these offenses, due to their connection with the reputation of the citizens, has devastating effects on the perpetrators and the community. Hence, although from the point of view of Islam, obscenity crimes are condemned; but the criminal policy of Islam is based on the respect to the privacy of citizens. The implementation of this policy will prevent unnecessary disclosure, normalization, and ultimately prevents from spreading them. Therefore, the legislator of Iran declares the prohibition of prosecution and investigation of these crimes in accordance with the criminal policy of Islam in the Criminal Procedure Act 2013 and only prescribes it in exceptional cases that the expediency of prosecution and investigation is more, and of course this is bound and limited. These limitations include exceptions to the principle prohibition of prosecution and investigation, the prosecution authority, the extent of the judge's powers, and so on. The present paper seeks to explain, justify, and criticize the approach of the Criminal Procedure Act 2013 to obscenity crimes.

**Keywords:** Obscenity Crimes, Prosecution, Investigation, Ignoring the Offence, Criminal Policy of Islam.

## **Shari`atists and the Law in the Iranian Constitutional Revolution Era**

Mohammad Rasekh  
Fateme Bakhshizade

### **Abstract**

More than a century ago, a great revolution occurred in Iran, the fundamental aim of which was to establish a rule of law system. Accordingly, the concept of law has been one of the most essential though challenging concepts of the constitutionalist movement in the country. This issue is so significant that we may seek the root of the Iranian constitutional crisis in the failure of providing a clear and workable concept of law. A serious impediment in this regard was the old concept and system of Shar`, which *prima facie* left no room for law. Shari`atist thinkers took two approaches to the relationship between law and Shar`: compatibility and incompatibility. Not only did the compatibility approach believe in the possibility of combination and sometimes identity of Shar`i and legal rules, it finally gave the upper hand to law and its requirements. One of the fundamental disputes related to the legislating authority. Shari`atists ultimately embraced legislation by the human being. Nevertheless, this brought about controversies and debates on the last prophet-hoodness of Muhammad (pbuh), religious innovation, and rational preference. This paper shall analyse the concept of law from the perspective of Shari`atist thinkers living during the Iranian Constitutional Revolution era, on the basis of their works and the related documents. This analysis will lay the historical and theoretical ground for the similar and still unresolved problem under the legal system established after the Islamic Revolution in the Country.

**Keywords:** Concept of Law, Iranian Constitutional Revolution, Shar`, Shari`atist Thinkers, the Finality of the Prophet-hood, Religious Innovation, Rational Preference.

## **Possibility of Reparation of Loss of Profit in Imamia School of Jurisprudence**

Mohammad Roshan  
Aliakbar Jafari  
Mojtaba Jahantighi

### **Abstract**

In recent section of previous civil procedure law (article 728) was mentioned that damage can be caused by destruction of property or can be generated by loss of profit which was resulted by performing of an obligation. This verdict put an end to all conflicts about loss of profit and gave right to creditor to his definite deprivation benefit beside property casualty and increase of his debts. After Islamic revolution and constitution passage in 1358, According to the forth principle: "All civil, penal, financial, administrative, cultural, political law and other ones should be based on Islamic principles." This important principle emphasized that all provisions should be Islamic. Legislator a long time after the Islamic revolution in second waver of article 515 of civil procedure law approved in 1379 that regularly should be constructed on jurisprudence noted that: "loss of profit cannot be demanded" and accordingly generated a profuse conflicts among scientists. In this essay we want to say that all reasons in irreparability of loss profit can be refuted and vice versa, there are many reasons against first viewpoint. As a result legislator deduction from jurisprudence resources was not correct. Accordingly not only second waver of article 515 civil procedure law approved in 1379 is contrary to the constitution especially forth principle, but also it does not have compatibility with jurisprudence basis, consequently its reform is requisite.

**Keywords:** Loss of Profit, No Harm, Destruction and Causation, Warranty and Usurpation.

## **Sentencing Requirements in Relation to the Cybercrimes with Emphasis on Courts' Decisions**

Jalal Tohidi Nafe  
Hossein Amirli

### **Abstract**

Sentencing for cybercrimes as a formal and mandatory response is the most important way to deal with these crimes. Sentencing means judge discretion for selecting proper sentence for convicts of cybercrimes. Sentencing is applied in three states: change of legal punishment, imperfect execution of sentence and non-execution of sentence. At first glance, sentencing for cyber criminals is similar to other criminals but differential legal penalization leads to differential sentencing. Differential approach to sentencing for cybercrimes is based on contradiction relationship between cybercrime and cybercriminal. As much as cybercriminal deserve for easy sentencing for due to factors such as age, gender, location of offense and its circumstances, talents and high qualities, vice versa cybercrime deserves rough sentencing due to widespread damages, easy commit of multiplicity of crime, commit in different places, multiple challenges for cyber forensic and prosecution like anonymity. The importance of sentencing is depends on understanding the conflict between deserves of cybercriminal and concerns of cybercrime.

**Keywords:** Sentencing, Cybercrime, Cybercriminal, Character case, Proportionality of Crime and Punishment.

## **The Adversary Principle in Criminal Proceedings**

Abbas Zeraat  
Mahmood Ashrafy

### **Abstract**

The contradictoriness is one of the fundamental principles in any proceedings. However, the concept of this principle in the criminal proceedings which has a fundamental difference with civil procedure especially because of existence of the preliminary investigation and the possibility of taking decisions without listening to statements and reasons of criminal claim parties, also the limits of implementation of this principle are not clear. So it is necessary to considering how to apply this principle, particularly in relation to the Criminal Procedure Act 1392, which seeks to further the adversarial criminal process such as a civil proceeding. contradictoriness in criminal procedure means that no decision against one of the public claim in any stages of the proceedings (prosecution, investigation and trial) should be made just after hearing testimony and considering evidences of public claim parties (accused and prosecutor). This principle is not explicitly mentioned by Criminal Procedure Act 1392 but the contradictoriness implicitly is accepted and the most important examples of implementation of this principle in this Act such as adversarial processing in the preliminary investigation stage in forgivable crimes and in the trial stage in the court, accessing to lawyer, prohibition of obtaining any defense bill, new document and evidence pursuant of announcement of termination of proceedings has been mentioned. However with regards to the unequal status of public claim's parties and international documents emphasis on improving accused's status through using human rights instructions including applying of the principle of contradictoriness in the criminal procedure so here we will mention examples in the Criminal Procedure Act 2013 in violation of contradictoriness against accused.

**Keywords:** Equality of Arms, Fair Trial, Adversarial Proceedings, Criminal Process.



## Contents

---

❖ <b>The Adversary Principle in Criminal Proceedings .....</b>	<b>a</b>
Abbas Zeraat / Mahmood Ashrafy	
❖ <b>Sentencing Requirements in Relation to the Cybercrimes with Emphasis on Courts' Decisions .....</b>	<b>b</b>
Jalal Tohidi Nafe / Hossein Amirli	
❖ <b>Possibility of Reparation of Loss of Profit in Imamia School of Jurisprudence .....</b>	<b>c</b>
Mohammad Roshan / Aliakbar Jafari / Mojtaba Jahantighi	
❖ <b>Shari`atists and the Law in the Iranian Constitutional Revolution Era.....</b>	<b>d</b>
Mohammad Rasekh / Fateme Bakhshizade	
❖ <b>The approach of the Criminal Procedure Act 2013 to the Obscenity Crimes .....</b>	<b>e</b>
Mehdi Sheidaeian / Zeynab Sheidaeian	
❖ <b>Legal Analysis of the Elements of Lawsuit Objection to the Recognition of National Land .....</b>	<b>f</b>
Hassan Lotfi / Yasser Gholami	
❖ <b>Effect of Type of Evidence System on Goals of Civil Procedure in Iranian Law .....</b>	<b>g</b>
Rahim Mokhtari	
❖ <b>The Comparative Study of the Notion and the Measures of the Fundamental Breach of Contract .....</b>	<b>h</b>
Rassool Ghasemi / Seyed Mohammadhadi Mahdavi / Davood Nassiran	
❖ <b>The Technical-Legal Infrastructure of Identity Authentication in Modern Banking with a view to the Crime of Unauthorized Access.....</b>	<b>i</b>
Hossein Mirmohammad Sadeghi / Afshin Azarimatin	
❖ <b>Right of Foreign Nationals and Investors in Access to Energy Grid .....</b>	<b>j</b>
Hamidreza Nikbakht / Mehdi Haftani / Sara Mirmohammad Sadeghi	



The Judiciary's

# Law Journal

---

**The 82<sup>nd</sup> Year of Publication / No. 101 / 2018 Spring**

---

**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 Koohi far,

Seyed Morteza Ghasem Zadeh,

Ali Hossein Najafi Abrand Abadi

**Circulation:** 1000

**Price:** 50000 R

**Fax:** 021-22091869

**Web Site:** [www.jlj.ir](http://www.jlj.ir)

**E-mail:** [majaleh\\_hoghooghi@jpri.ir](mailto:majaleh_hoghooghi@jpri.ir)

---