

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۵۴

دوفصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی
سال بیست‌ودوم، شماره دوم (پیاپی ۵۴)، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

صاحب امتیاز: دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)

مدیر مسئول: سلمان عمرانی، استادیار (تخصص: حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)

سرمدیر: نجادعلی الماسی

مدیر داخلی: محمد هاشمی سیاوشانی

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب رتبه و الفبا):

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

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

مقالات نشریه در پایگاه‌های ذیل نمایه می‌شود:

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

مقالات این نشریه لزوماً بیان‌کننده دیدگاه دانشگاه نیست.
نقل مطالب تنها با ذکر کامل مأخذ رواست.

چاپخانه: انتشارات دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)

۳۵۸ صفحه / ۵۰۰۰۰۰۰۰ ریال

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

مدیریت امور فنی و چاپ: معاونت پژوهش و فناوری، تلفکس: (۰۲۱)۸۸۵۷۵۰۲۵

مدیریت امور علمی و تحریریه: دانشکده معارف اسلامی و حقوق، تلفن: (۰۲۱)۸۸۳۸۵۱۱۸

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

E-mail: ilr@isu.ac.ir

اهداف و سیاست‌های دو فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

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

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

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

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

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

شوهنامه نگارش و ارسال مقاله

مقالات قابل پذیرش

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

محتوای مقاله

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

ساختار مقاله

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

عنوان مقاله

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

نام نویسنده(گان) و وابستگی سازمانی

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

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

چکیده

چکیده باید ساختاریافته باشد:

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

واژگان کلیدی

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

مقدمه

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

مرور پیشینه‌ها

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

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

روش‌شناسی

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

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

تحلیل داده‌ها

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

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

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

سپاسگزاری

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

یادداشت‌ها

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

کتابنامه

- منابع و مأخذ باید به صورت درون متنی و همچنین در پایان مقاله به ترتیب الفبا بر مبنای روش استاندارد بین‌المللی APA باشد. تذکر:
- می‌بایست کل منابع و مأخذ ذکر شده در کتابنامه، به انگلیسی برگردانده و در انتهای فایل چکیده انگلیسی ارسال شود. اگر مأخذی قدیمی بوده که نام انگلیسی آن وجود ندارد، به صورت پینگلیش نوشته شود.
- مشخصات هر منبعی که در داخل متن بدان ارجاع شده، باید در کتابنامه آورده شود.

فایل‌های ارسالی

- فایل مقاله در نرم‌افزار Word بدون مشخصات نویسندگان.
- فایل مقاله در نرم‌افزار Word با مشخصات نویسندگان.

- فایل مقاله مشابهیابی شده در سامانه سمیم نور.

- تصویر تکمیل شده کاربردگ تعهدنامه اخلاقی.

نحوه ارسال

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

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

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

اندازه و قلم	موضوع
B Zar 12 Bold	فارسی
Time New Roman 11 Bold	انگلیسی
B Zar 11 Bold	فارسی
Time New Roman 11 Bold	انگلیسی
B Lotus 10 Regular	فارسی
Time New Roman 9 Regular	انگلیسی
B Zar 11 Bold	فارسی
Time New Roman 10.5 Bold	انگلیسی
B Lotus 11 Regular	فارسی
Time New Roman 10.5 Regular	انگلیسی
B Lotus 13 Regular	فارسی
Time New Roman 11 Regular	انگلیسی
B Zar 10.5 Bold	فارسی
Time New Roman 10 Bold	انگلیسی
B Lotus 11 Regular	فارسی
Time New Roman 10.5 Regular	انگلیسی
B Zar 10.5 Regular	فارسی
Time New Roman 10 Regular	انگلیسی
B Lotus 13 Regular	فارسی
Cambria Math 11 Regular	انگلیسی
B Lotus 12 Regular	فارسی
Time New Roman 10.5 Regular	انگلیسی
B Lotus 12 Regular	فارسی
Time New Roman 10.5 Regular	انگلیسی

تذکر:

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

- فاصله خطوط در کل متن مقاله ۰.۹ باشد.

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

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

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

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

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

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

سایر مقررات

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

آیین‌نامه پیشگیری از تخلفات پژوهشی

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

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

تذکر:

- دفتر نشریات مقالات رسیده را برای پیش‌گیری از تخلفات پژوهشی در سامانه سمین‌نور، مشابه‌یابی می‌کند.
- کلیه حقوق مادی و معنوی برای نشریه محفوظ است و آن دسته از نویسندگان مقاله که درصدد انتشار مقاله در مجموعه مقالات، یا بخشی از یک کتاب هستند، لازم است با ارائه درخواست کتبی، موافقت نشریه را اخذ نمایند.
- نشریه «پژوهش‌نامه حقوق اسلامی در اصلاح و ویرایش مقاله آزاد است.

شوهنامه استناددهی به روش APA

۱. قواعد استناد درون متن (منابع و مأخذی که در متن مقاله به آن ارجاع می‌شود):
- تذکر: اگر منبع و مأخذ مورد استفاده در پژوهش به زبان فارسی منتشر شده باشد، مطابق شیوه‌نامه زیر عمل می‌شود و در صورتی که به زبان لاتین باشد، مطابق شیوه‌نامه زیر، اما در داخل پرانتز نام منبع به جای فارسی به زبان اصلی (لاتین) نوشته می‌شود.
- ۱-۱. برای اثری با یک نویسنده:
- مثال فارسی:
- چاپ سنگی یا لیتوگرافی نیز برای نخستین بار، چاپ سربی، در تبریز دایر شد (بابازاده، ۱۳۸۷، ص. ۱۳).
- آخرین تحقیق مرتبط با این پژوهش نشان می‌دهد که (کریمی، ۱۳۸۷).
- مثال انگلیسی:
- (Kessler, 2003, p. 8)
- اسمت دریافت که (Esmet, 1993).
- ۲-۱. برای اثری تا پنج نویسنده:
- مثال فارسی:
- در واقع سبک شعر سپید از انفجار سبک هندی پدید آمده است (حسینی، مجتهدی، فرامرزپور، دارابی، و احسانی، ۱۳۸۲، ص. ۳۴).
- در سایر تحقیقات مشابه (گوردن و لینک، ۱۹۹۹؛ هارمن، ۲۰۰۶) (Harman, 2006; Gordon and Link, 1999).
- مثال انگلیسی:
- (Walker & Allen, 2004, p. 97)
- ۳-۱. برای اثری با بیش از پنج نویسنده:
- مثال فارسی:
- در واقع سبک شعر سپید از انفجار سبک هندی پدید آمده است (حسینی و دیگران، ۱۳۸۲، صص. ۳۳-۴۰).
- مثال انگلیسی:
- (Bradley et al., 2006, pp. 49-80)
- ۴-۱. در صورتی که نام پدیدآورنده اثر در متن آمده است، بلافاصله پس از آن، فقط سال نشر در داخل پرانتز ذکر می‌شود:
- مثال فارسی:
- ابراهیمی و محسن (۱۳۸۲) معتقدند فقر فرهنگی زاده فقر اقتصادی است و فقر فرهنگی، به نوبه خود، به فقر اقتصادی دامن می‌زند.
- تذکر: در صورتی که استناد به نقل قول مستقیم کوتاه (کمتر از ۴۰ کلمه) از یک اثر تعلق دارد، شماره صفحه یا صفحات مربوط به آن، به همراه نام پدیدآورنده و سال نشر اثر ذکر می‌شود:
- مثال فارسی:
- کمیر معتقد است، «انتخاب علل کاملاً آزاد است: هر چیزی ممکن است از چیز دیگر پدید آید» (شایگان، ۱۳۷۱، ص. ۱۳۳).
- تذکر: در صورتی که نقل قول مورد استناد بیش از ۴۰ کلمه باشد، باید در یک پارگراف مستقل درج و علامت گیومه از دو طرف آن برداشته شود:
- مثال فارسی:
- شایگان (۱۳۷۱) می‌گوید:
- در حالی که قانون علت در شیوه عقل استدلالی و روش علمی بین برخی از علل و برخی از معلول‌ها رابطه‌ای یک جانبه برقرار می‌سازد، در بینش اساطیری انتخاب علل کاملاً آزاد است و هر چیزی ممکن است از چیز دیگر پدید آید (ص. ۱۳۲).
- تذکر: در صورتی که در بخش مشخصی از متن به بیش از یک اثر استناد شده است، استنادها به ترتیب الفبای نام خانوادگی اولین پدیدآورنده هر اثر مرتب و با نقطه ویرگول از یکدیگر جدا می‌شوند:

□ مثال فارسی:

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

□ مثال انگلیسی:

(Miller, 1999; Shafraanske & Mahoney, 1998)

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

□ مثال فارسی:

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

□ مثال انگلیسی:

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

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

□ مثال فارسی:

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

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

□ مثال:

(ویکری، ۱۳۷۹، ص. ۷۹)

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

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

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

۱-۲. استناد به کتاب:

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

□ مثال فارسی:

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

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

□ مثال انگلیسی:

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

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

□ مثال فارسی:

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

□ مثال انگلیسی:

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

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

□ مثال فارسی:

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

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

□ مثال فارسی:

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

□ مثال انگلیسی:

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

۵-۱-۲. استناد به کتاب چند جلدی؛

□ مثال فارسی:

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

□ مثال انگلیسی:

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

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

□ مثال فارسی:

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

□ مثال انگلیسی:

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

۲-۲. استناد به مقالات مجلات:

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

۱-۲-۲. استناد به مقاله با یک نویسنده؛

□ مثال فارسی:

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

□ مثال انگلیسی:

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

۲-۲-۲. استناد به مقاله با دو نویسنده؛

□ مثال فارسی:

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

□ مثال انگلیسی:

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

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

□ مثال فارسی:

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

□ مثال انگلیسی:

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

۴-۲-۲. استناد به مقاله ترجمه شده؛

□ مثال فارسی:

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

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

□ مثال فارسی:

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

□ مثال انگلیسی:

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

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

□ مثال فارسی:

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

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

□ مثال انگلیسی:

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

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

□ مثال انگلیسی:

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

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

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

□ مثال فارسی:

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

□ مثال انگلیسی:

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

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

□ مثال فارسی:

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

□ مثال انگلیسی:

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

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

□ مثال فارسی:

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

□ مثال انگلیسی:

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

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

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

مشور اخلاقی نشریات علمی دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

مقدمه

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

مسئولیت‌های نویسندگان:

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

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

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

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

مسئولیت‌های مدیر مسئول:

۱. پیگیری دسترسی آزاد اطلاعات به نشریه و گسترش نشر و اشاعه آن؛
۲. نظارت و پیگیری امور کاری هیأت تحریریه و سردبیر نشریه؛
۳. دخالت نکردن در فرآیند داورى علمی مقالات؛
۴. دخالت نکردن در تصمیمات علمی هیأت تحریریه و سردبیر نشریه؛
۵. رعایت حقوق مادی و معنوی نویسندگان، سردبیر، هیأت تحریریه، داوران، و عوامل اجرایی؛
۶. تأیید نهایی مطالب ارسالی به نشریه برای چاپ و انتشار به لحاظ حقوقی.

مسئولیت‌های سردبیر و اعضای هیأت تحریریه:

۱. حفظ آزادی و اختیار عمل سردبیر نشریه در ایفای مسئولانه وظایف خود از قبیل رد یا پذیرش دست نوشته‌های واصله به کمک هیأت تحریریه و رعایت مسائل مربوط به شایستگی‌های علمی مقاله از جمله حفظ حقوق مادی و معنوی، اصالت پژوهش و نظر داوران و ویراستاران.
۲. تلاش برای ارتقاء و اجرای قوانین و دستورالعمل‌های اخلاق و سلامت پژوهش.
۳. دریافت مستندات مربوط به شرایط مندرج ذیل در پذیرش مقاله از نویسنده (گان):
۳-۱. اعطای حق چاپ مقاله در نشریه دانشگاه؛
۳-۲. اعلام تعارض منافع احتمالی.
۴. انتخاب داوران شایسته با توجه به زمینه تخصصی، تجربه علمی و کاری، و نیز احترام به درخواست‌های مستدل و منطقی نویسنده (گان) در مورد داورى مقاله توسط داوران خاص؛
۵. اجتناب از آشکارسازی اطلاعات و مشخصات نویسنده (گان) و داوران در فرآیند ارزیابی مقاله و احتراز از ارائه اطلاعات مقاله و بحث درباره جزئیات آن با دیگران؛
۶. جلوگیری از بروز هرگونه تضاد منافع در روند داورى، که به طور بالقوه بر پذیرش و نشر مقالات ارائه شده تأثیر بگذارد.
۷. بررسی دقیق آثار متهم به تخلفات پژوهشی واصله از داوران یا طرق دیگر (همانند سامانه سمیم‌نور برای مشابه‌یابی)، و در صورت نیاز اقدام براساس «دستورالعمل تخلفات پژوهشی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری و نیز دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)».

مراحل برخورد رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی:

۱. آگاه‌سازی هیأت تحریریه نشریه و ارسال نامه به نویسنده مسئول برای درخواست توضیح، بدون رفتار قضاوتی؛
۲. اختصاص فرصتی مناسب برای پاسخ‌گویی نویسنده (گان) متهم به «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی» و پیگیری موارد و تخلفات محرز شده تا آخرین مرحله.
۳. ارجاع موضوع به هیأت تحریریه در صورت دریافت توضیحات غیرقابل قبول از سوی نویسنده برای تصمیم‌گیری نهایی در خصوص پذیرش یا رد مقاله.
۴. مطابق با تصمیم نهایی هیأت تحریریه؛
۵. تذکر کتبی به نویسنده مقاله و یادآوری خط‌مشی چاپ نشریه قبل از انتشار، و یا در خواست اصلاح گزارش و انتشار متن عذرخواهی نویسنده در نشریه شماره بعد؛
۶. اخطار به نویسنده مسئول و رد هر اثر دیگری از نویسنده متخلف؛
۷. انتشار بیانیه عذرخواهی در شماره بعدی نسخه چاپی نشریه و ذکر آن در نسخه برخط (آنلاین) مقاله‌ای که تقلب و سرقت علمی در آن محرز شده است (سلب اعتبار)؛
۸. تلاش برای بهبود مستمر کیفیت و تضمین درستکاری و صداقت محتوای نشریه و احترام به تشکیلات نشریه اعم از: خوانندگان، نویسندگان، داوران صاحب امتیاز، مدیر مسئول، مدیر داخلی، کارکنان هیأت تحریریه و ناشر؛
۹. بررسی تمامی مقالات دریافتی در مدت زمان مناسب.

مسئولیت‌های داوران:

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

مسئولیت دفتر نشریات علمی - پژوهشی:

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

دو فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، مقاله پژوهشی
سال بیست‌ودوم، شماره دوم (پیاپی ۵۴)، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

فهرست مطالب

- مبانی فقهی الزامات خارج از توافق در قرارداد کار ۳۱۳
احسان آهنگری و عابدین مؤمنی
- دلالت اقتضاء و نقش تفسیری آن در علم حقوق ۳۳۷
علی‌اکبر فرحزاده، فاطمه ابطحی و فاطمه رضائی
- تأملی فقهی و حقوقی پیرامون اراده در قراردادهای مجازی با تکیه بر اسناد بین‌المللی . ۳۵۹
امیر احمدی، یاسر یوسفی و اسلام باباخانی
- «اتلاف و تسبیب»؛ مبنای مسئولیت مدنی کالاها در نظام حقوقی ایران با مطالعه تطبیقی
نظام‌های حقوقی فرانسه و آمریکا ۳۸۷
محمد کاظم مهتاب‌پور
- نقد و بررسی تعریف حق قسم در آرای فقهای امامیه ۴۱۳
سیامه‌مهدی تقی‌بی و صدیقه محمدحسینی
- قواعد حاکم بر تعدد در بزه قاچاق کالا و ارز ۴۴۵
امید رستمی‌غازانی
- بررسی زمان تأثیر بطلان در قرارداد کار ۴۷۱
عباس کریمی و بهنام شکوهی‌مشهدی
- تحولات قانون‌گذاری کیفری جمهوری اسلامی در مورد حبس با رویکرد فقهی ۴۹۹
غلامحسین الهام، امیر وطنی و محبوبه حسن‌زاده لیلاکوهی
- قاعده «كُلُّ مُفْتٍ ضَامِنٌ» (ضمان مفتی) در اثبات ضمان مقنن ۵۱۹
مهدی محمدزاده

• نقش شورای نگهبان در تضمین همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات

بین‌المللی ۵۵۳

عبدالمجید سودمندی

• بایسته‌های نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی

ایران ۵۸۳

محمدجواد رضایی‌زاده برواتی، مهدی ابراهیمی و محمد بهادری جهرمی

• انتقال سیاست‌های کنترل جرم؛ انتقال داوطلبانه یا اجباری؟ ۶۰۵

کاظم کوهی اصفهانی، علی حسین نجفی ابرندآبادی و محمد فرجیها

• چکیده مقالات به زبان انگلیسی 3

مبانی فقهی الزامات خارج از توافق در قرارداد کار

احسان آهنگری*

عابدین مؤمنی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۸/۰۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۱/۲۸

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

تصویب لایحه قانونی کار از نظر مبانی فقهی با اشکالات جدی شورای نگهبان مواجه بود. این لایحه الزاماتی از جمله ساعت کار، میزان مزد و بیمه کارگر را بر کارفرما تحمیل می‌کرد و شورای نگهبان، از آنجا که قرارداد کار را بر اساس احکام اجاره اشخاص در فقه تحلیل می‌نمود، اشکال این لایحه را از این جهت می‌دانست که این الزامات هیچ وجه شرعی ندارد. در نگاه فقهای شورای نگهبان رابطه کارگر و کارفرما، یک رابطه کاملاً خصوصی است که دولت حق ورود و دخالت در آن را ندارد. اصرار مجلس شورای اسلامی از سویی و انکار شورای نگهبان از سوی دیگر، نهایتاً به تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام منتهی شد که دست آخر با قید مصلحت به تصویب لایحه قانونی کار مبادرت ورزید. با وجود این، مشکلات فقهی این قانون به عنوان معمای حل نشده باقی ماند. در این نوشتار با یک تحلیل کاملاً فقهی سعی در واکاوی مبانی فقهی قرارداد کار شده و مبنای ورود حکومت به این قرارداد، عدم نفوذ قراردادهایی بیان شده که در وضعیت سوءاستفاده از اضطرار منعقد می‌شود که به نوبه خود موضوع مداخله حکومت در قرارداد کار را محقق می‌سازد.

واژگان کلیدی: اضطرار، تسعیر، سوءاستفاده از اضطرار، شورای نگهبان، قاعده لاضرر، قرارداد کار، مجمع تشخیص مصلحت نظام.

* دانش‌آموخته دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
ehsanahangari@gmail.com

** دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
abedinmomeni@ut.ac.ir

مقدمه

یکی از معضلات جدی قانون‌گذاری در تاریخ نظام جمهوری اسلامی، تصویب قانون کار است. این قانون سال‌های سال در صف انتظار تصویب دائمی ماند و به روشنی گسست تاریخی دوران مدرن و دنیای قدیم را به اثبات رساند و همه صاحب‌نظران را به تأمل جدی در رابطه فقه و قانون که هر یک محصول خاستگاهی جداگانه بودند، فراخواند. لکن این جهات در بررسی‌های فقهی معمولاً مبنای استنباط احکام قرار نمی‌گیرد و فقها برای کشف احکام مسائل جدید نیز، به روش سنتی خود پایبند هستند. به همین جهت ما نیز باید بر اساس مبانی فقه سنتی به تحلیل مسئله پردازیم.

چالش اصلی در این زمینه تحمیل شروطی بر طرفین قرارداد کار از سوی حکومت بود که از نظر فقهای سنتی غیرمشروع تلقی می‌شد. در حقیقت لایحه قانونی کار برای کارفرما تکالیفی در نظر گرفته بود که با اصل آزادی و حاکمیت اراده در تعیین مفاد قرارداد تنافی داشت؛ برای مثال این لایحه، ساعت کار محدود، میزان دستمزد معین، بیمه کارگر و دسته‌ای دیگر از شروط را به عنوان تکلیف کارفرما در ضمن قرارداد کار تعیین نموده بود. در حالی که در فقه یک قرارداد خصوصی کاملاً بر اساس اراده طرفین عقد تنظیم می‌شود و حکومت حق مداخله و تعیین تکلیف در مورد آن را ندارد. به این جهت بود که فقهای سنتی عضو شورای نگهبان معتقد بودند که رابطه کارگر و کارفرما باید در قالب احکام اجاره اشخاص تنظیم گردد و هیچ‌گونه الزام خارج از اراده طرفین قابل قبول نیست. از طرف دیگر مجلس شورای اسلامی و برخی دیگر از صاحب‌نظران ضمن تأکید بر ناکارآمدی نظریه اجاره اشخاص در مورد روابط کارگر و کارفرما در دنیای امروز، بر تصویب لایحه قانونی کار اصرار می‌ورزیدند. در حقیقت رویکرد گروه نخست این بود که اگر قرار بر حاکمیت فقه باشد، هیچ راهی جز رد این لایحه وجود ندارد و مبانی فقهی هزارساله صریحاً آن را مردود می‌شمارد. با وجود این، گروه دوم نیز چون پاسخی فقهی برای حل این معضل نداشتند و صرفاً بر ناکارآمدی دیدگاه فقهای شورای نگهبان تأکید می‌کردند و به تعبیر دیگر تنها در نفی می‌کوشیدند و نه در اثبات، در اقناع فقیهان سنتی که انتظار توجیه فقهی برای این الزامات را می‌کشیدند، ناتوان بودند. به این ترتیب این مسئله هیچ‌گاه از نظر فقهی چاره‌اندیشی نشد و نهایتاً لایحه قانونی کار در مجمع تشخیص مصلحت نظام و با لحاظ قید مصلحت، تصویب

شد. لکن سؤالی که باید در مورد آن اندیشه کرد، این است که آیا بر اساس مبانی فقهی و نه مصالح اجتماعی، هیچ‌گونه راه‌حلی برای مشروع دانستن الزامات موجود در قرارداد کار وجود ندارد؟ به بیان دیگر، سؤال این است که آیا از نظر فقهی، ورود حکومت به قرارداد کار و تعیین برخی مفاد و خصوصیات آن، با آنکه این قرارداد، یک قرارداد خصوصی است، جایز است؟ و اگر پاسخ مثبت است، کدام مبانی فقهی مداخله حکومت در قرارداد کار را توجیه می‌کند؟ به نظر می‌رسد با دقت در مبانی فقهی بتوان پاسخی از جنس فقه برای معضل فوق‌الذکر یافت که در این نوشتار برای نخستین بار ارائه می‌گردد. به عنوان فرضیه این نوشتار به صورت خلاصه باید گفت قرارداد کار در صورتی که حکومت در آن دخالت نکند، یک قرارداد اضطراری است. اصل در مورد قراردادهای اضطراری صحت این قراردادهاست، لکن در صورتی که در این قراردادهای اضطرار طرف مضطر، سوءاستفاده شود، صحت قرارداد برداشته شده و حکومت حق دخالت در آن را پیدا می‌کند. به همین جهت نیز حکومت در قرارداد کار، ورود کرده است تا کارفرما از اضطرار کارگر که طرف مضطر قرارداد است، سوءاستفاده نکند.

در خصوص پیشینه این پژوهش باید یادآور شد که قانون کار و مبانی فقهی آن مورد پژوهش‌های چندی قرار گرفته است:

یک. کریمی، مرتضوی و سیفی در مقاله «مبانی فقهی مداخله دولت در قرارداد کار در نظام اقتصادی اسلام» که در مجله علمی پژوهشی مطالعات اقتصادی اسلامی (بهار و تابستان ۱۳۹۸) منتشر شده است، با استفاده از قاعده لاضرر و اختیارات حکومت اسلامی به توجیه دخالت حاکمیت در قرارداد کار پرداخته‌اند.

دو. ابوالفضل بهرامیان راد در پایان‌نامه خود تحت عنوان «بررسی ادله فقهی قرارداد کار در قانون کار و آثار حقوقی آن» (دانشکده اصول‌الدین - سال ۱۳۹۴) بیشتر با بهره‌گیری از مبانی حقوقی و تطبیق آن با ادله فقهی صحت قرارداد کار را ترجیح داده و آثار آن را مورد مطالعه قرار داده است.

سه. لیلا رحمتی نیز در پایان‌نامه‌ای تحت عنوان «بررسی فقهی عقد اجاره اشخاص با توجه به تحول مبانی حقوق کار» (دانشگاه قم - سال ۱۳۸۵) بیشتر سیر تاریخی و نیز مبانی حقوقی عقد اجاره اشخاص را تحلیل کرده و پاسخ روشنی به سؤالات فقهی

پیرامون موضوع نداده است.

لکن فرق این مقاله با نگاشته‌های فوق در این است که در این مقاله سعی شده است پاسخی کاملاً فقهی و مبتنی بر موازین و قواعد پذیرفته‌شده فقهی ارائه گردد. حقیقت آن است که تمامی آنچه که در خصوص قرارداد کار و معضلات فقهی پیرامون آن نگاشته شده است، بیشتر از فضای حقوقی متأثر بوده و در توجیه فقهی الزامات خارج از توافق در قرارداد کار، از مبانی حقوقی مانند نظم عمومی و امثال آن استفاده کرده‌اند. با تتبعی که انجام شد تا کنون هیچ پاسخ فقهی درخوری به این مسئله داده نشده است. در این مقاله برای نخستین بار پاسخی تماماً فقهی به سؤال مذکور داده شده است و با تطبیق احکام سوءاستفاده از اضطرار بر این قرارداد، دخالت حکومت در این قرارداد کاملاً موجه و لازم قلمداد شده است.

در ادامه گام به گام به توضیح فرضیه خود پرداخته و در نهایت نتیجه مطلوب را از مقدمات ارائه شده، استنتاج می‌کنیم. به این منظور نخست، اضطرار و قرارداد اضطراری را تعریف کرده و صحت و یا عدم صحت این قراردادها را بررسی می‌کنیم و در نهایت قرارداد کار را بر این نوع از این قراردادها منطبق ساخته و نتیجه‌گیری می‌کنیم. به نظر نگارندگان، باید این مسئله را از راه عدم مشروعیت عقود که در وضعیت سوءاستفاده از اضطرار منعقد شده‌اند، تحلیل نمود. به همین جهت در ادامه به تبیین و مبانی فقهی قراردادهای اضطراری می‌پردازیم و پس از آن تطبیق قرارداد کار بر این قراردادها را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱. اضطرار در لغت و اصطلاح فقهی

۱-۱. اضطرار در لغت

اضطرار در لغت مصدر باب افتعال بوده و از ماده ضرر گرفته شده است. لغت‌شناسان معانی چندی مثل اجبار، اکراه، الجاء و ناچاری برای آن بیان کرده‌اند (ر.ک: فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص. ۸؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۴۸۴ و جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۷۲۰). برخی از دانشمندان لغت‌شناس در تفسیر اضطرار از اضطرار تکوینی که در مقابل اختیار تکوینی است، سخن به میان آورده‌اند و آن را عبارت از این دانسته‌اند که انسان علی‌رغم قصد انجام کاری، ناچار به انجام آن باشد؛ مثل کسی که گرچه قصد

لرزاندن دست خود را ندارد، لکن به دلیل مرض رعشه، دستش به لرزه می‌افتد. این معنا از اضطرار در مقابل اختیار تکوینی است که بدین معناست که انسان بتواند بین دو یا چند چیز دست به انتخاب بزند و اضطرار در مقابل آن، به معنای عدم وجود چنین اختیاری است (ابوهلال عسکری، ۱۴۱۲ق، ص. ۲۸).

۱-۲. اضطرار در فقه

معنای اخیر از اضطرار، به هیچ وجه محل بحث‌های فقهی نیست؛ زیرا موضوع بحث‌های فقهی، افعال ارادی مکلفان است و این‌گونه افعال، از دایره اختیاریات خارج هستند. فقها خود به این مطلب تصریح کرده‌اند که چنین اضطراری محل بحث فقهی آنان نیست (ر.ک: شهیدی، ۱۳۷۷ق، ج ۲، ص. ۲۵۷ و مروج جزائری، ۱۴۲۸ق، ج ۴، ص. ۱۵۱). به هر حال مراد از اضطرار در یک بحث فقهی، به معنی جبر و ناچاری تکوینی نیست، بلکه به معنای آن است که انسان در وضعیتی قرار گیرد که او را ناچار به اقدامی کند. این مفهوم از اضطرار از دو جهت مورد بحث فقهی قرار گرفته است؛ گاه از آن ذیل عناوین ثانوی نام برده شده که از این جهت اضطرار رافع مسئولیت کیفری (و نه مدنی) قلمداد شده است و گاه در بحث‌های معاملات در کنار عنوان اکراه، از بیع اضطراری سخن به میان آمده است. در هر دو مبحث اضطرار، یک مفهوم دارد.

فقهای امامیه ضمن تبیین مفهوم اکراه، اضطرار که مفهومی قریب به آن است را نیز تحلیل نموده و اکثر آنان این دو مفهوم را در تقابل با هم تعریف نموده‌اند. امری که اتفاق فقها پیرامون آن مشاهده می‌شود این است که در تحقق اکراه، وجود تهدید خارجی از سوی یک انسان دیگر را ضروری دانسته‌اند (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۴، ص. ۲۶۸). شیخ انصاری در بیان فرق میان اکراه و اضطرار گفته است اضطرار آن ضرورتی است که از فعل غیر حاصل نشده است؛ در حالی که اکراهی که اثر معاملات را برمی‌دارد، آن جبری است که از فعل غیر حاصل می‌شود و معیار در آن عدم وجود طیب نفس است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۳۱۸). سیدکاظم طباطبایی یزدی نیز در حاشیه مکاسب اضطرار را این‌گونه تعریف می‌کند که «اضطرار به یک چیز به معنای اقتضای ضرورت به اختیار کردن آن بدون آن است که دیگری وی را مجبور ساخته باشد؛ مانند آنکه شخصی برای حفظ جان یا دادن خرجی خانواده یا اداء دین واجب، ناچار به فروش خانه‌اش شود»^۱

(طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۴۲). سیدمحسن حکیم نیز به این امر تأکید کرده است که عقدی که از روی کراهت درونی انشاء می‌شود، اگر به سبب تهدید و تحمیل فردی دیگر باشد، عقد اکراهی است و اگر به سبب داعی دیگری - مانند تحصیل مال برای علاج بیماری باشد - عقد اضطراری است (حکیم، بی‌تا، ص. ۱۹۰). به هر حال می‌توان این‌طور نتیجه گرفت که اضطرار وضعیتی است که در آن، انسان به دلیل شرایطی که دیگری برای او رقم نزده است، ناچار است به امری که دلخواه او نیست، تن دهد؛ مانند کسی که به دلیل بیماری فرزندش، ناچار است خانه‌ای که علاقه زیادی به آن دارد را به فروش برساند.

۲. حکم قراردادهای اضطراری در فقه

به هر ترتیب، مدعا آن است که قرارداد کار، یک قرارداد اضطراری است و باید در این چهارچوب مورد تحلیل قرار گیرد. در خصوص قراردادهای اضطراری به طور کلی دو حالت متصور است:

اول. صورت نخست آن است که در این قرارداد، از اضطرار طرف مضطر سوءاستفاده نشود. به بیان دیگر قرارداد در حالتی منعقد شود که حتی اگر اضطراری هم برای یک طرف در کار بوده است، منجر به سوءاستفاده طرف مقابل نشده است. مانند آنکه هر چند متعلق قرارداد از امور ضروری بوده است، لکن قرارداد با قیمتی عادلانه و محتوایی منصفانه، منعقد شده است.

دوم. صورت دوم آن است که طرف مقابل مضطر، از اضطرار او سوءاستفاده کرده است. یعنی اولاً. یک طرف در وضعیت اضطرار نسبت به قرارداد به سر می‌برده است و ثانیاً. طرف دیگر قرارداد از اضطرار وی سوءاستفاده نموده و محتوایی غیرمنصفانه یا ظالمانه را بر وی تحمیل کرده است. از آنجا که طرف مضطر قرارداد به سبب اضطرار، چاره‌ای جز پذیرش این قرارداد نداشته، آن را پذیرفته و به تعبیری به آن ملحق شده است.

اظهار نظر در مورد قرارداد کار، منوط به تبیین حکم هر دو صورت است که در ادامه به آن می‌پردازیم:

۲-۱. حکم عدم سوءاستفاده از اضطرار

صحت قرارداد در صورت نخست بر اساس مبانی مسلم فقهی، بحث چندانی ندارد. در ماده (۲۰۶) قانون مدنی معاملات اضطراری صحیح تلقی شده و از معاملات اکراهی تفکیک شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «اگر کسی در نتیجه اضطرار، اقدام به معامله کند، مکروه محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود».

معیار و اساس صحت معاملات از روی اضطرار، ملاحظه و رعایت حال خود مضطر است. به تعبیر دیگر مصالح مضطر، موجب حکم به صحت معاملات وی می‌شود؛ زیرا مضطر برای دفع مشکلی بزرگتر یا تأمین نیازی اساسی به این معامله اقدام می‌کند و در صورتی که شرع و قانون به بطلان معامله وی حکم کنند، قطعاً با مشکلاتی دوچندان دست به گریبان خواهد شد. شریعت اسلامی با در نظر گرفتن این امر، رضایت قلبی را برای صحت معاملات لازم ندانسته، بلکه رضایت عقلی را کافی انگاشته است. رضای قلبی همان طیب نفس درونی و تمایل و گرایش قلبی است که در نهاد شخص مضطر وجود ندارد و رضای عقلی است رضایی است که بعد از محاسبه مصالح و تعیین اهم و مهم حاصل شده و شخص مضطر را به فروش مال یا انعقاد قراردادی که طیب نفسانی نسبت به آن ندارد، وادار می‌کند. شرع همین رضای عقلی را برای صحت قراردادهای، ملاک قرار داده و تنها در صورت فقدان هر دو رضا حکم به بطلان می‌کند. فقهای شیعه بر این مبنا تأکید داشته و ادله‌ای که دال بر عدم نفوذ معامله اکراهی است را، شامل حالت اضطرار نمی‌دانند (رک: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۱۲۰؛ آملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۴۲۴؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص. ۱۵۷ و بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۲۰۷).

گفتنی است در مورد معاملات اضطراری شبهه‌ای مطرح شده است که فقها به آن پاسخ داده‌اند؛ شبهه آن است که مطابق «حدیث رفع» ۹ امر از امت پیامبر برداشته شده است: «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه وآله وسلم): وَضِعَ عَنِ أُمَّتِي تِسْعُ خِصَالٍ؛ الْخَطَأُ وَ النَّسْبَانِ وَ مَا لَا يَعْلَمُونَ وَ مَا لَا يُطَبِّقُونَ وَ مَا اضْطُرُّوا إِلَيْهِ وَ مَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ وَ الطَّيْرَةُ وَ الْوَسْوَسَةُ فِي التَّفَكُّرِ فِي الْخَلْقِ وَ الْحَسَدُ مَا لَمْ يُظْهَرْ بِلِسَانٍ أَوْ يَدٍ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۴۶۳). یکی از اموری که طبق این حدیث برداشته شده است، اضطرار است که

البته مقصود از آن، برداشتن آثار اضطراب است (حائری، ۱۴۳۳ق، ج ۳، ص. ۱۴۱). در مورد معامله اضطرابی، یکی از آثار این معامله، صحت و لزوم قرارداد است که بر اساس حدیث رفع، باید آن را مرفوع تلقی کرد. پس علی القاعده مطابق با این حدیث، آثار معامله اضطرابی - از جمله صحت این قرارداد - برداشته شده است و لذا نباید حکم قرارداد اضطرابی را، صحت تلقی کرد. لکن فقها در پاسخ به این شبهه گفته‌اند حدیث رفع در مقام امتنان بر امت پیامبر است؛ یعنی پیامبر با بیان این حدیث، در مقام امتنان بر امت بوده و می‌خواهد لطف خداوند بر امت خویش را بیان نماید. از این رو، هر گاه رفع آثار ۹ امر مذکور در حدیث، خلاف امتنان بر امت باشد، آن اثر برداشته نخواهد شد و هر گاه برداشتن یک اثر با امتنان منافاتی نداشته باشد، آن اثر برداشته می‌شود. در مورد معامله اضطرابی، رفع صحت معامله با امتنان بر امت ناسازگار بوده و با آن منافات دارد؛ یعنی در صورتی که شارع صحت این قرارداد را بردارد، مضطر به سختی و مشقت دوچندان دچار می‌شود و این خلاف امتنان است. در واقع شارع در صورتی که صحت قرارداد را برداشته و حکم به بطلان کند، هیچ امتنانی نکرده، بلکه خلاف امتنان عمل نموده و موجب ضرر بیشتر مضطر شده است؛ در نتیجه صحت معامله مضطر برداشته نمی‌شود و این اثر از معامله اضطرابی رفع نمی‌گردد (کوه کمری، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۳۶ و حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۱۱). به عبارت دیگر احکام شریعت مبتنی بر ایجاد توسعه و عدم حرج و ضیق است و در صورتی که حکم به فساد بیع مضطر شود، ضیق و حرج بیشتری بر او وارد می‌آید و این امر با مقاصد شریعت سمحه و سهله تنافی دارد. در حقیقت بیع مضطر بیشتر به قطع یکی از اعضاء، برای حفظ سایر اعضاء شباهت دارد (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۶۹). در نتیجه هر گاه قرارداد اضطرابی به صورتی باشد که موجب سوءاستفاده از اضطراب نشود، صحیح و لازم است.

۲-۲. حکم سوءاستفاده از اضطراب

سوءاستفاده از اضطراب اشاره به آن دارد که گاه اضطراب، به حدی می‌رسد که به سبب کمبود وقت یا قلت خریدار یا عدم وجود رقابت در بازار و وجود انحصار و به طور کلی قلت کسانی که حاضر به انعقاد قرارداد با شخص هستند، او در وضعیتی قرار می‌گیرد که ناچار به فروش مال خود به قیمتی پایین‌تر از قیمت واقعی یا خرید مال

دیگران به قیمتی بسیار بالاتر از قیمت واقعی می‌شود یا اینکه طرف دیگر قرارداد، آن را به گونه‌ای تنظیم می‌کند که شروط ناعادلانه‌ای به مضطر تحمیل شود و او نیز ناگزیر، به این قرارداد تن می‌دهد.

همان‌طور که گفته شد بر اساس فتاوی فقها و حکم ماده (۲۰۶) قانون مدنی، اصل در مورد معاملات اضطراری، صحت و نفوذ است. لکن قانون مدنی به صورت صریح حکم معامله‌ای که در آن از اضطرار مضطر سوءاستفاده شود را تبیین نکرده است و لذا برخی از حقوق‌دانان از ماده (۲۰۶) قانون مدنی اصلی را استنباط نموده‌اند که بر اساس آن این معامله را نیز نافذ قلمداد کرده‌اند (امامی، ۱۳۷۵، ص. ۱۹۴؛ عدل، ۱۳۵۴، ص. ۱۲۴ و حائری شاه باغ، ۱۳۷۶، ص. ۱۶۴). در مقابل، برخی از حقوق‌دانان اصول دیگری را مورد استناد قرار داده‌اند؛ گروهی معتقدند از آنجا که از وضعیت مضطر به صورت ناروا سوءاستفاده شده و وی مورد غبن فاحش قرار گرفته است، می‌توان به استناد خیار غبن این معامله را فسخ کرد (صفایی، ۱۳۵۱، ص. ۱۲۹). البته نقدی که بر این دیدگاه وارد می‌باشد، این است که در حقوق ایران (ماده ۴۱۸ قانون مدنی)، خیار غبن مشروط به جهل به قیمت عادلانه یا اجرت‌المثل است، در حالی که در معامله مدنظر، مضطر علم به آن داشته است. دیگران سوءاستفاده از اضطرار را به اکراه الحاق کرده و قواعد عیوب اراده را اعمال کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص. ۲۶۳ و کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص. ۵۱۳).

از این امر که بگذریم، ما در اینجا دو مدعا داریم که به اثبات هر دو می‌پردازیم؛ مدعای نخست آن است که بر اساس ادله و مستندات فقهی، باید حکم به عدم نفوذ معامله مذکور کرد و مدعای دوم آن است که در این صورت حکومت باید در مفاد قرارداد دخالت کرده و آن را به صورتی که اولاً منصفانه باشد و ثانیاً حقوق هر دو طرف قرارداد را حفظ کند، تعدیل نماید. اینک به اثبات هر دو مدعا می‌پردازیم:

۲-۱. ادله عدم نفوذ معامله در صورت سوءاستفاده از اضطرار

الف. حدیث رفع

دلیل اصلی صحت معاملات اضطراری حدیث رفع است. چنانکه گذشت، مطابق با این حدیث، حکم معامله اضطراری، صحت است؛ زیرا طبق حدیث رفع، صحت قرارداد در

صورتی برداشته می‌شود که با امتنان بر امت سازگاری داشته باشد، ولی چون رفع صحت معامله اضطراری، مخالف امتنان بوده و موجب تضرر بیشتر مضطر است، صحت آن پابرجا بوده و با حدیث رفع برداشته نمی‌شود. به بیان دیگر آثاری به وسیله حدیث رفع برداشته می‌شوند که در رفع آنها امتنان باشد (ر.ک: انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۳۵) و در مورد معاملات اضطراری چون امتنان مقتضی صحت معامله مضطر است، صحت این معامله برداشته نمی‌شود (محقق نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۴۲۴) لکن در صورتی که طرف دیگر معامله از اضطرار مضطر سوءاستفاده نماید و در قرارداد با او، خواسته‌های غیرمنصفانه و ظالمانه خود را بر او تحمیل کند، قضیه متفاوت خواهد بود. در این صورت حکم به صحت و لزوم معامله، خلاف امتنان است؛ یعنی اگر شارع صحت این قرارداد را رفع ننماید، خلاف امتنان عمل کرده و در صورتی شارع مطابق با امتنان عمل می‌نماید که حکم صحت - که از آثار معامله اضطراری است - را بردارد. پس مقتضای امتنان در معامله اضطراری در صورتی که از اضطرار مضطر سوءاستفاده شده باشد، با مقتضای امتنان در صورتی که از اضطرار او سوءاستفاده نشود، متفاوت است و قاعده آن است که شارع در حدیث رفع، مطابق با امتنان عمل می‌کند. پس خلاصه آنکه فقره «رفع ما اضطرروا الیه»، یعنی آثار اعمال اضطراری برداشته شده است؛ اثر عمل اضطراری در معامله اضطراری، صحت آن است که قاعدتاً با حدیث رفع برداشته می‌شود؛ لکن باید دو وضعیت را از هم تفکیک کرد:

یک. رفع صحت معامله اضطراری در صورتی که از اضطرار مضطر سوءاستفاده نشده است، خلاف امتنان است؛ زیرا از سویی موجب مشقت دوچندان مضطر بوده و از سوی دیگر فرض آن است که معامله با محتوایی عادلانه منعقد شده است. پس امتنان مقتضی آن است که صحت، برداشته نشود.

دو. رفع صحت معامله اضطراری در صورتی که از اضطرار مضطر سوءاستفاده شده است، موافق با امتنان است؛ زیرا یک طرف با سوداگری از وضعیت اضطراری طرف دیگر، سوءاستفاده کرده و خواسته‌هایی ظالمانه را به وی تحمیل کرده است. لذا اگر شارع این معامله را صحیح تلقی کند و هیچ گزینه دیگری را برای مضطر در نظر نگیرد، موجب تضرر وی شده و خلاف امتنان عمل کرده است.

پس مطابق با حدیث رفع، صحت معامله اضطراری، در وضعیت سوءاستفاده از اضطرار

برداشته شده است. اما باید در نظر داشت که رفع صحت، اعم از بطلان یا عدم نفوذ قرارداد است؛ به بیان دیگر عدم صحت قرارداد، هم با بطلان آن سازگار است و هم با عدم نفوذ آن؛ پس زمانی که شارع صحت قرارداد را برمی‌دارد، ممکن است حکم به بطلان آن کرده باشد یا حکم به عدم نفوذ آن. آنچه از خود حدیث رفع و فقه «رفع ما اضطرروا الیه» استفاده می‌شود، چیزی جز «رفع صحت» قرارداد نیست و از این طریق نمی‌توان حکم قرارداد را استنباط کرد. لکن با استفاده از قرائن دیگر، می‌توان دریافت که معامله مذکور پس از رفع صحت، چه حکمی دارد. دو گزینه زیر، حکم آن را روشن می‌کند:

یک. بر اساس ادله‌ای خارج از حدیث رفع، می‌دانیم که حکم معامله اکراهی، عدم نفوذ است؛ یعنی هر گاه معامله بر اثر اکراه منعقد شود، قرارداد غیرنافذ است و نه باطل. بنابراین در حدیث رفع، مراد شارع از رفع صحت در فقه «رفع ما استکرهاوا علیه»، عدم نفوذ است؛ به بیان دیگر شارع از رفع صحت معامله اکراهی، عدم نفوذ را اراده کرده است، نه بطلان آن را. از سوی دیگر، وحدت سیاق، مقتضی آن است که حکم معامله اضطراری نیز مانند حکم معامله اکراهی باشد. از آنجا که شارع در این حدیث، صحت معامله اکراهی را برداشته و به جای آن عدم نفوذ نشانده، پس نسبت به معامله اضطراری نیز همین‌گونه حکم کرده است؛ زیرا اگر شارع این دو را در کنار هم بیان نموده و آن دو را در یک سیاق قرار داده است، پس از نظر او، این دو تفاوتی با یکدیگر ندارند. اگر میان این دو، از جهت حکم، تفاوتی وجود داشت شارع بایست آن را بیان می‌کرد و از آنجا که چنین چیزی در حدیث وجود ندارد، باید به یکسانی احکام معامله اکراهی و اضطراری حکم کرد. در واقع اقتران این دو به یکدیگر نشانگر آن است که این دو در تمامی خصوصیات مانند هم هستند و احکامی مشابه دارند و تنها نسبت به مواردی باید قائل به تفاوت شد که اقتضای امتنان در این دو همانند هم نباشد.

دو. گزینه دیگر آن است که بطلان معامله در این وضعیت، نهایتاً به ضرر مضطر تمام می‌شود؛ زیرا اگرچه این معامله با این مفاد غیرعادلانه، نمی‌تواند مورد امضای شارع قرار گیرد، ولی اگر شارع به بطلان آن حکم کند نیز، در واقع اضطرار مضطر را مضعف کرده است. چون مضطر برای رفع یک نیاز ضروری‌تر به این معامله

احتیاج دارد و بطلان آن، تشدید اضطرار او را در پی دارد و خلاف امتنان است و چنانکه گذشت، شارع با این حدیث در مقام امتنان بر امت است. لذا مناسب با رفع صحت، عدم نفوذ قرارداد است.

ب. قاعده نفی عسر و حرج

قاعده نفی عسر و حرج نیز یکی دیگر از ادله‌ای است که می‌تواند مستند حکم معامله در وضعیت سوءاستفاده از اضطرار قرار گیرد. مراد از این قاعده طبق تفسیر اکثر فقهای امامیه، نفی حکمی است که حرج از آن ناشی شود؛ یعنی شارع حکمی که از آن حرج لازم آید را در شریعت اسلامی جعل نکرده است. به این ترتیب، ادله این قاعده از باب نفی سبب (حکم) به لسان نفی مسبب (حرج) خواهد بود. صاحب فصول در کتاب فصول می‌گوید: «فالمستفاد منها قاعدة كلية هي أنه تعالى لم يكلف هذه الأمة بالتكاليف الشاقة و إنما كلفهم بما دون الطاقة فكل حكم يؤدي إلى العسر و الحرج بالنسبة إلى أكثر موارد و أغلب أفراد مرتفع عنا من أصله» (حائری اصفهانی، ۱۴۰۴ق، ص. ۳۳۴). از ذیل این عبارت که می‌گوید تکالیف مشقت‌آور از اصل مرتفع هستند، استفاده می‌شود که وی اصل جعل احکام حرجی را منتفی می‌داند. شیخ انصاری در رسائل می‌گوید: «أدلة نفی العسر و الحرج من الآيات و الروایات لا تدلّ إلا على أن ما كان فيه ضيق على مكلف فهو مرتفع عنه» (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۲۵۸) و برخی از بزرگان معاصر کلام شیخ انصاری را بر همین معنا حمل کرده‌اند (حکیم، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۱۶۰). میرزای نائینی نیز با اتخاذ همین قول چنین می‌گوید: «فمعنى قوله تعالى «و ما جعل عليكم فى الدين من حرج» هو أنه لم يجعل فى الأحكام حكما حرجيا» (میرزای نائینی، ۱۳۷۶، ج ۳، ص. ۲۶۴) برخی دیگر از محققان اصولی مانند میرزا حسن آشتیانی (آشتیانی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص. ۸۹) امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه) (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۳۷۳) نیز همین دیدگاه را برگزیده‌اند.

به هر حال به نظر می‌رسد هیچ اختلافی در این نیست که هر گاه حکمی حرجی بوده و از تشریح آن، حرج بر مکلف لازم بیاید، در شریعت اسلامی جعل نمی‌شود و احکام حرجی در شرع وجود ندارد. در رابطه با تطبیق این قاعده بر معاملات اضطراری باید گفت:

الف) در معامله اضطراری که از وضعیت اضطرار سوءاستفاده نشده است، گرچه شخص در وضعیت حرجی به سر می‌برد و به همین جهت دست به معامله زده است، لکن نفی صحت و لزوم معامله، موجب حرج شدیدتر بر مضطر است و طبق قاعده لاحرج، نفی نمی‌گردد. به تعبیر دیگر، شارع صحت معامله اضطراری را در صورتی برمی‌دارد که صحت آن، موجب حرج بر مکلف شود، ولی صحت معامله اضطراری موجب حرج بر وی نیست، لذا برداشته نمی‌شود.

ب) در معامله‌ای که در آن از وضعیت اضطراری مضطر سوءاستفاده شده است، قاعده لاحرج لزوم و نفوذ معامله را نفی می‌کند؛ زیرا حکم شارع به صحت و لزوم قرارداد، موجب حرج و سختی مضطر است و لذا با قاعده لاحرج نفی می‌شود.

در اینجا نیز باید همان سؤالی که در بررسی حدیث رفع پرسیده شد، پاسخ داده شود؛ یعنی نفی صحت با بطلان و عدم نفوذ سازگار است و باید دید پس از نفی صحت، کدام حکم از نظر شارع بر معامله بار می‌گردد؛ در پاسخ باید گفت وقتی در حدیث رفع نفی صحت ملازم با عدم نفوذ است، همین امر قرینه‌ای است بر تعیین مراد شارع از نفی صحت در قاعده لاحرج. باید افزود که از نفس قاعده لاحرج نیز می‌توان عدم نفوذ را استنباط کرد؛ زیرا آنچه موجب حرج بر مضطر است، حکم شارع به لزوم قرارداد است. یعنی به همین مقدار که شارع نفوذ این قرارداد را نفی کند، حرج از مضطر برداشته و نفی می‌شود. به تعبیر دیگر نیازی نیست که شارع به طور کلی معامله را کان لم یکن تلقی نماید، بلکه به همین میزان که شارع نفوذ آن را بردارد، حرج منتفی خواهد بود و لذا باید ملتزم شد که شارع از نفی صحت، نفی نفوذ را اراده کرده است.

۲-۲-۲. ادله جواز مداخله حاکم در صورت سوءاستفاده از اضطرار

الف. دخالت حاکم در فروش اموال احتکارشده

مدعای دوم - پس از اثبات عدم نفوذ قرارداد منعقدشده در صورت سوءاستفاده از اضطرار - آن بود که در این حال، شرع برای حکومت حق مداخله در قرارداد را قائل شده و به حکومت اجازه داده است که در تعیین مفاد قرارداد مداخله کند. یکی از دلایل اصلی این ادعا، جواز مداخله حاکم در تعیین قیمت کالاهای احتکارشده، در صورتی است که محتکر قیمت گزافی برای آن کالاها در نظر بگیرد. توضیح آنکه در خصوص تسعیر و

قیمت‌گذاری کالاها، اصل اولی بر این است که تعیین قیمت و سایر خصوصیات قرارداد در اختیار فروشنده است و حکومت حق تسعیر ندارد. به تعبیر دیگر اصل اولی ممنوعیت تسعیر و آزادی قراردادی است و طرفین قرارداد خصوصی، خود می‌بایست به تعیین قیمت و سایر خصوصیات قرارداد پرداخته و حکومت حق ندارد در این خصوص چیزی را بر طرفین تحمیل نماید (ر.ک: طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۲۹۵؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۲۶۰ و عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص. ۳۶۱) در خصوص احتکار نیز حکم این است که حاکم ابتداءً تنها حق اجبار محتکر بر بیع را دارد و نمی‌تواند قیمت خاصی را از نزد خود تعیین کرده و متبایعین را به خرید و فروش بر اساس آن مجبور سازد. لذا اگر محتکر کالاهای احتکارشده را به بازار آورده و به قیمت عادلانه و بدون اجحاف به فروش برساند، بیع نافذ و لازم است. لکن در صورتی که محتکر از فروش اموال احتکارشده به قیمت عادلانه امتناع کند و در تعیین قیمت اجحاف نماید یا اینکه اساساً از تعیین قیمت امتناع نماید، حاکم به تعیین قیمت پرداخته و به طور کلی مفاد قرارداد را به صورتی که حق طرفین را حفظ کرده و به هیچ‌یک اجحاف نشود، تعیین می‌کند (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۱۸۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۲۹۹؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص. ۵۲ و صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص. ۴۸۶).

به این نکات باید افزود که احتکار همواره در مورد کالاهایی صورت می‌گیرد که مورد نیاز مردم است و هیچ‌گاه کسی کالاهایی که مورد نیاز ضروری جامعه نیست را احتکار نمی‌کند. به این ترتیب، هر گاه نیاز جامعه به کالای احتکارشده به حد اضطرار برسد یا نرسد، این حکم ثابت است. یعنی حتی در صورتی که نیاز جامعه به حد اضطرار نرسد نیز، حکومت حق تعیین مفاد قرارداد را دارد، چه رسد به صورتی که نیاز جامعه در حد اضطرار باشد. چنانکه دیدیم در صورتی که محتکر از اضطرار شهروندان سوءاستفاده کند و قیمتی را تعیین نماید که موجب اجحاف به آنان است، حکومت وظیفه دارد قیمت را اصلاح کرده و به سطحی برساند که حق هر دو طرف قرارداد، حفظ شود. نتیجه آنکه در صورتی که یک طرف قرارداد از اضطرار طرف دیگر سوءاستفاده کند، حکومت موظف است که مداخله کرده و قرارداد را به نحوی عادلانه اصلاح کند.

از آنجا که این وظیفه به غرض تأمین مصالح عمومی و حمایت از اقشار ضعیف بر

عهده حکومت قرار داده شده است، نتیجه می‌گیریم که هر گاه طرف قوی قرارداد از اضطراب طرف ضعیف سوءاستفاده کند و شروط و خصوصیات را برای قرارداد در نظر بگیرد که عادلانه نیست و خواسته‌های غیرمنصفانه خود را به وی تحمیل کند، شارع حاکم را مکلف می‌کند که به حمایت از اقشار ضعیف پرداخته و به این منظور مفاد قرارداد را تغییر دهد یا از طرف خود تعیین نماید. البته گفته شد که مداخله حاکم تنها مشروط به وجود اضطراب به انعقاد قرارداد نیست و حالت نیازی که به اضطراب نرسد را نیز شامل می‌شود.

نتیجه نهایی این است که هر گاه در عقود اضطرابی طرف قوی که دست برتر را دارد، چنین وضعیتی را رقم زد، حکومت به حمایت از طرف ضعیف قیام نموده و قرارداد را تعدیل می‌کند.

ب. قاعده لاضرر

به نظر می‌رسد قاعده لاضرر - با تبیینی از آن که مبتنی بر ادله این قاعده بوده و در ادامه ذکر می‌شود - به روشنی بر لزوم مداخله حاکم در قراردادهایی که در آن از اضطراب یک طرف سوءاستفاده شده است، دلالت دارد. مقدمتا باید دانست که تفسیرهای مختلفی از این قاعده فراگیر در فقه امامیه وجود دارد؛ برخی مانند فاضل تونی معتقدند که قاعده لاضرر دلالت بر نفی ضرر غیرمتدارک و جبران‌نشده دارد (ر.ک: حکیم، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۳۷۷). شیخ انصاری مدلول لاضرر را نفی حکم ضرری می‌داند (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۲، صص. ۵۳۴-۵۳۶). شیخ‌الشریعه اصفهانی آن را نهی از اضرار به غیر تفسیر کرده است (شیخ‌الشریعه اصفهانی، ۱۴۱۰ق، ص. ۲۴) و نهایتاً آخوند خراسانی بر این باور است که لاضرر به لسان نفی موضوع، دلالت بر نفی حکم ضرری دارد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۳۸۱). این خلاصه‌ای از نظریات مطروحه در تفسیر قاعده لاضرر است که برای بررسی تفصیلی، خوانندگان را به کتب قواعد فقه ارجاع می‌دهیم. لکن باید دانست که فارغ از همه این تفاسیر، ادله قاعده لاضرر و قضیه‌ای که این حدیث شریف در مورد آن از لسان رسول خدا (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) صادر شده است، قدر متیقن دال بر قاعده‌ای است که از آن، تحت عنوان «منع سوءاستفاده از حق» یاد می‌شود. به بیان دیگر، فارغ از اینکه کدام‌یک از دیدگاه‌های مذکور می‌تواند از ادله

لاضرر استفاده شود، این مقدار قطعی است که ادله قاعده لاضرر، حداقل چیزی که بر آن دلالت دارد، قاعده‌ای است که در ادبیات حقوقی از آن تعبیر به قاعده منع سوءاستفاده از حق می‌شود. این قاعده در قانون اساسی و قانون مدنی نیز انعکاس یافته است. در اصل چهلم قانون اساسی چنین می‌خوانیم: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». ماده (۱۳۲) قانون مدنی نیز مقرر داشته است: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که بقدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد». به هر ترتیب مفاد این قاعده این است که هیچ‌کس نمی‌تواند در مقام اعمال حق خود، به دیگری ضرری وارد سازد. به تعبیر دیگر استفاده از حق به صورت مطلق جایز نبوده و هیچ‌کس نباید از حق خود به گونه‌ای بهره برد که موجب تضرر دیگران شود. نمونه آن نیز مثالی است که در ماده (۱۳۲) قانون مدنی گذشت. باید توجه داشت که در این ماده، از حق مالکیت یاد شده است و لکن مجرای قاعده منع سوءاستفاده از حق، فقط اعمال حق مالکیت نیست و این قاعده، سوءاستفاده از هرگونه حقی را ممنوع می‌سازد. مثلاً ولیّ دوشیزه، نمی‌تواند حق ولایت خود را دستاویزی برای اضرار به او قرار داده و او را به تزویج کسی که شایستگی ندارد، در بیاورد. به هر ترتیب مروری گذرا بر روایات قاعده لاضرر، نشانگر آن است که قاعده لاضرر، دلالت بر منع سوءاستفاده از حق دارد. در یکی از روایاتی که مستند قاعده لاضرر قرار گرفته است چنین می‌خوانیم: «إِنَّ سُمْرَةَ بِنَ جُنْدَبٍ كَانَتْ لَهُ عَدَقٌ فِي حَائِطٍ لِرَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ وَكَانَ مَنْزِلُ الْأَنْصَارِيِّ بِيَابِ الْبُسْتَانِ وَكَانَ يَمُرُّ بِهِ إِلَى نَخْلَتِهِ وَ لَا يَسْتَأْذِنُ فَكَلَّمَهُ الْأَنْصَارِيُّ أَنْ يَسْتَأْذِنَ إِذَا جَاءَ فَأَبَى سُمْرَةُ فَلَمَّا تَابَى جَاءَ الْأَنْصَارِيُّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ فَشَكَاَ إِلَيْهِ وَ خَبَرَهُ الْخَبْرَ فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ وَ خَبَرَهُ بِقَوْلِ الْأَنْصَارِيِّ وَ مَا شَكَاَ وَ قَالَ إِنْ أَرَدْتَ الدُّخُولَ فَاسْتَأْذِنْ فَأَبَى فَلَمَّا أَبَى سَاوَمَهُ حَتَّى بَلَغَ بِهِ مِنَ التَّمَنِ مَا شَاءَ اللَّهُ فَأَبَى أَنْ يَبِيعَ فَقَالَ لَكَ بِهَا عَدَقٌ يَمُدُّ لَكَ فِي الْجَنَّةِ فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ لِلْأَنْصَارِيِّ اذْهَبْ فَأَقْلَعَهَا وَ ارْمِ بِهَا إِلَيْهِ فَإِنَّهُ لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، صص. ۲۹۲-۲۹۳).

طبق این روایت سمره بن جندب در باغ مردی از انصار نخلی داشت و منزل انصاری نیز در ابتدای راه ورودی به باغ بود. سمره هر روز بدون اذن از انصاری پای به

منزل او می‌گذاشت تا به باغ رفته و به نخل خود سری بزند. انصاری از او می‌خواهد که اذن گرفته و سپس وارد باغ شود، ولی سمره امتناع می‌کند تا آنکه انصاری نزد رسول خدا رفته و از سمره شکایت می‌کند. رسول خدا نیز پیشنهاد فروش نخل را به سمره با قیمتی بسیار زیاد می‌دهد، اما سمره باز هم امتناع می‌ورزد تا آنکه در نهایت رسول خدا به مرد انصاری می‌گوید که نخل او را کنده و نزد او بیاندازد.

این روایت به وضوح دلالت دارد که سوءاستفاده از حق ممنوع است؛ زیرا سمره حق خود را دستاویزی برای اضرار به مرد انصاری قرار داده بود. در حقیقت سمره که حق سر زدن به نخل خویش را داشت، از این حق سوءاستفاده کرده و مایه اضرار به انصاری شده بود. زیرا بدون اینکه اذن بگیرد وارد ملک او شده و موجب اذیت و آزار خانواده او می‌شد.

بر اساس قاعده لاضرر، سوءاستفاده از حق هم ممنوع است و هم موضوع جواز مداخله حاکم را فراهم می‌سازد. چنانکه پس از سوءاستفاده سمره از حق خویش، پیامبر به عنوان حاکم جامعه اسلامی به قضیه ورود کرده و از اضرار او جلوگیری نمود. از طرفی می‌دانیم یکی از حقوق شهروندان که منشعب از اصل حاکمیت اراده است، اصل آزادی قراردادی است؛ یعنی هرکس آزاد است با کسی که می‌خواهد و به نحوی که می‌خواهد، قرارداد منعقد کند. حال بر اساس قاعده لاضرر در قراردادها، سوءاستفاده از حق آزادی قراردادی ممنوع است و در صورتی که از این حق، سوءاستفاده شود، حاکم باید مداخله کرده و جلوی ورود ضرر را بگیرد. اتفاق معمولاً در قراردادهایی می‌افتد که یک طرف دست برتر را دارد و طرف دیگر نیازمند به انعقاد قرارداد با اوست. قراردادهای اضطراری از این جمله‌اند که در آنها مضطر نیاز ضروری به انعقاد قرارداد دارد و به جهت همین نیاز، امکان سوءاستفاده از حق آزادی قراردادی به واسطه طرفی که دست برتر را دارد، دور از ذهن نیست. لکن اگر چنین شود و از حق آزادی قراردادی سوءاستفاده شود، مطابق با قاعده لاضرر حاکم باید جلوی ورود ضرر را بگیرد و برای نیل به این غرض، راهی جز اصلاح و تعدیل قرارداد وجود ندارد. البته این قاعده از جهت اینکه طرف ضعیف قرارداد، در وضعیت اضطرار به سر برد یا نه، مطلق است؛ به بیان دیگر، اگر کسی از حق آزادی قراردادی خود سوءاستفاده کند،

حاکم می‌تواند در قرارداد مداخله کرده و آن را اصلاح و تعدیل کند. این جواز مداخله مطلق است؛ یعنی خواه طرف ضعیف قرارداد به آن اضطراب داشته باشد و خواه چنین اضطرابی در کار نباشد، سوءاستفاده از حق، موضوع جواز مداخله حاکم را فراهم می‌سازد.

بیان دیگری نیز برای این برهان قابل اقامه است. طبق این بیان، قاعده لاضرر سوءاستفاده از حق را موضوع جواز مداخله حاکم قرار می‌دهد؛ یعنی همین که کسی از حق خود سوءاستفاده کرد و به دیگری ضرری وارد ساخت، حاکم شرعاً می‌تواند مداخله نماید. وقتی شخص متضرر، مضطر به قرارداد باشد و در وضعیت اضطراب به سر برد، جواز مداخله حاکم، اولویت قطعی دارد؛ یعنی وقتی بدون وجود اضطراب در طرف ضعیف قرارداد، حاکم می‌تواند در قضیه مداخله کند، پس به طریق اولی وقتی که یک طرف اضطراب به انعقاد قرارداد دارد، می‌تواند مداخله نماید. بر این اساس می‌توان گفت طبق قاعده لاضرر، اگر یکی از طرفین در قرارداد از «حق آزادی قراردادی» سوءاستفاده کند، حاکم باید در قرارداد مداخله کرده و جلوی این سوءاستفاده را بگیرد و این امر میسر نخواهد بود مگر آنکه حاکم قرارداد را به نحو عادلانه اصلاح کرده و وصف غیرمنصفانه بودن آن را زایل سازد. نکته قابل ذکر آنکه مدلول این دلیل موسع بوده و در صورتی که سوءاستفاده از اضطراب صورت نگرفته و صرفاً سوءاستفاده از حق وجود داشته باشد نیز، مداخله حاکم در قرارداد را جایز می‌کند. یعنی اگر نیاز به انعقاد قرارداد حتی اگر به حد اضطراب هم نرسد، سوءاستفاده از حق ممنوع بوده و در صورت وقوع، به حاکم حق مداخله در قرارداد و اصلاح آن جهت حمایت از طرف ضعیف را می‌دهد.

۳. تحلیل قرارداد کار بر اساس عقود الحاقی و بر مبنای سوءاستفاده از اضطراب

پس از بررسی حکم قراردادهای اضطرابی، اینک نوبت به تحلیل قرارداد کار و بررسی مبانی فقهی آن می‌رسد. به نظر می‌رسد قرارداد کار را بایستی بر اساس عقود اضطرابی تحلیل و بررسی نمود. به این منظور، حالتی را در نظر می‌گیریم که قانون کار وجود نداشت و قانون‌گذار هیچ دخالتی در قرارداد کار نکرده بود. به تعبیر دیگر فرض می‌کنیم قانون کار وجود ندارد و قانون‌گذار تنظیم قرارداد کار را به صورت کامل به کارفرما و کارگر واگذار کرده است. در این فرض با قراردادی مواجهیم که در آن

کارفرما دست برتر را دارد. یعنی به جهت نیاز و اضطراری که کارگر به انعقاد قرارداد با کارفرما دارد، کارفرما در موقعیتی برتر قرار می‌گیرد که می‌تواند خصوصیات مدنظر خود را در قرارداد گنجانده و آن را به نحوی تنظیم کند که تنها حقوق وی را تأمین کند و کارگر را از حقوق خود محروم سازد. این احتمال که کارفرما در این وضعیت از اضطرار یا نیاز کارگر سوءاستفاده کرده و قرارداد را به نفع خود و به ضرر کارگر تنظیم کند، بسیار بالا بوده و احتمالی عقلانی به شمار می‌آید. در واقع در صورتی که قانون کار خصوصیتی حداقلی که از قشر کارگر حمایت می‌کند را در قرارداد کار نمی‌گنجانند، با توجه به نیاز ضروری کارگر به انعقاد قرارداد با کارفرما، وی در موقعیتی قرار می‌گرفت که بتواند قراردادی را تنظیم کند که خواسته‌های خود را که به احتمال بسیار و جز در موارد معدود، به دور از عدل و انصاف است، به او تحمیل کند؛ برای مثال، کارفرما در این صورت می‌توانست مزدی برای کارگر تعیین کند که بسیار کمتر از اجرةالمثل باشد و یا ساعت کار را به نحوی تعیین کند که بیشترین کار، در قبال کمترین مزد بر کارگر تحمیل شود. در حقیقت در این فرض، کارگران که اضطرار به تأمین شغل دارند، ناچار بودند به خواسته‌های هر چند ظالمانه کارفرمایان تن دهند تا شغل و درآمدی هر چند اندک داشته باشند.

به جهت همین موقعیت نابرابر کارگر و کارفرما است که حقوق کار پدید آمده تا در جهت حمایت از کارگران قدم برداشته و شرایطی عادلانه‌تر را رقم زند و قرارداد بین کارگر و کارفرما را تا حد امکان به عدالت معاوضی نزدیک کند.

وزیر وقت کار و امور اجتماعی در یک مصاحبه و در پاسخ به این سؤال که «اجرای شرایط الزامی از سوی واحدهای تولیدی و خدماتی بخش خصوصی چه نتایجی در برخواهد داشت و اگر این شرط نمی‌بود، محیط‌های کار و کارگری با چه وضعی مواجه می‌شدند؟»، می‌گوید:

«ما در قانون کار و تنظیم مناسبات تولیدی در واحدها دچار مشکل بودیم. ما برای حفظ قدرت خرید کارگر و تنظیم معیشت نیروهای تولیدکننده، خواستار در نظر گرفته شدن یک سری قوانین و مقررات بودیم که نیروهای تولیدکننده دچار ضعف و استضعاف نشوند. پس برای این حمایت ناگزیر بودیم که از کارفرمایان و مالکیت‌های

خصوصی بخواهیم که رعایت یک سلسله قوانین را بکنند... ممکن است در جایی این سؤال مطرح باشد که چه ضرورت دارد ما این کار را انجام دهیم؛ بنا را بر توافق بگذاریم و بر اساس تراضی، طرفین (کارگر و کارفرما) با یکدیگر کنار بیایند... از آنجا که در بسیاری از موارد ناظر بوده‌ایم که کارگر به خاطر اضطرار به یک سلسله موافقت‌هایی تن در می‌داده که نهایتاً به ضرر او بوده و در نهایت موجب از بین رفتن حق کارگران می‌شده است، اینجا دولت اسلامی به کمک آن کارگر شتافته و اجازه نمی‌دهد که کارگر به خاطر اضطرار، تن به هر توافقی بدهد و از کارفرما می‌خواهد به خاطر امکاناتی که دولت اسلامی در اختیار او می‌گذارد، وضعیت کارگر و معیشت او را رعایت کرده، به گونه‌ای با او قرارداد ببندد که زندگی کارگر متلاشی نشود» (روزنامه کیهان، ۱۳۶۶/۹/۱۷).

با ذکر این نکته که بر اساس ادله‌ای که بیان شد، موضوع جواز مداخله حاکم در قرارداد، اعم از «اضطرار» یا «نیاز» طرف ضعیف است، باید گفت که کارگر نسبت به انعقاد قرارداد کار با کارفرما یا در وضعیت اضطرار نسبت به آن به سر می‌برد یا به آن نیازی دارد که به حد اضطرار نمی‌رسد. در هر دو حالت نیز امکان سوءاستفاده کارفرما از اضطرار یا نیاز وی وجود دارد؛ در صورت نخست، سوءاستفاده از اضطرار و در صورت دوم سوءاستفاده از حق آزادی قراردادی واقع خواهد شد. به همین جهت وفق موازین شرعی حاکم موظف است که در قرارداد کار مداخله کرده و با در نظر گرفتن حقوقی حداقلی برای کارگر، کمترین حد حقوق او را تأمین کرده و اجازه سوءاستفاده از اضطرار یا سوءاستفاده از حق را به کارفرما ندهد.

در واقع در فرض عدم مداخله حاکم در قرارداد کار، ما طبق یک احتمال عقلایی با قراردادی مواجه خواهیم بود که در آن به احتمال فراوان و نوعاً از اضطرار یا نیاز کارگران سوءاستفاده می‌شود و چنانکه اثبات شد در این حالت اولاً، قرارداد نافذ نبوده و ثانیاً، حاکم باید به حمایت از قشر ضعیف یا همان کارگران برخاسته و قرارداد را به نحوی تنظیم کند که حقوق کارفرما و کارگر، هر دو حفظ حفظ شود، نه آنکه یک طرف به حقوق خود برسد و دیگری از حقوق خود محروم باشد. از اینجاست که حکومت برای عدم امکان سوءاستفاده از اضطرار کارگران یا سوءاستفاده از حق آزادی قراردادی توسط کارفرما، به حمایت از طرف ضعیف قرارداد برآمده و قرارداد کار را

مقید به شروطی حداقلی می‌کند که کارفرما بایست از آنها تبعیت کند و حقوق اولیه کارگران را رعایت کند.

برای رفع این شبهه که کارگر همیشه و در همه موارد نسبت به انعقاد قرارداد با کارفرما در وضعیت اضطرار نیست، ولی قانون کار به صورت مطلق قرارداد کار را مقید به شروط مذکور در این قانون کرده است، متذکر شدیم که مداخله حاکم مقید به صورت اضطرار نبوده و همین که از حقی سوءاستفاده شود، حاکم برای رفع ضرر باید مداخله کند. لذا اگر کارگر نیازی نه در حد اضطرار به انعقاد قرارداد با کارفرما داشته باشد و کارفرما از حق آزادی قراردادی خود در قرارداد با او سوءاستفاده کند، باز هم بر اساس قاعده لاضرر، حاکم باید مداخله کرده و قرارداد را تعدیل و اصلاح کند.

نتیجه‌گیری

لایحه قانونی کار که با معضلات فقهی عدیده‌ای روبه‌رو بود، از این جهت با اشکالات شورای نگهبان مواجه شده و در نهایت نیز با لحاظ قید مصلحت و در مجمع تشخیص مصلحت نظام تصویب شد. در حقیقت، این، لایحه قانونی کار بود که منشأ تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام گردید و این مجمع نیز آن لایحه را قانونی نمود. برای نخستین بار در این نوشتار به تحلیلی کاملاً فقهی از قرارداد کار دست زدیم. طبق آنچه گذشت، قرارداد کار، قراردادی اضطراری است و به جهت آنکه کارفرما دست برتر را دارد، می‌تواند از اضطرار کارگر سوءاستفاده کند و شرایط غیرمنصفانه‌ای را به او تحمیل کند. مطابق با ادله‌ای چون جواز تسعیر در فرض اجحاف محتکر در تعیین قیمت کالاهای احتکارشده و قاعده لاضرر، سوءاستفاده از اضطرار ممنوع است و حاکم در فرض وقوع آن در قرارداد مداخله کرده و آن را به نحوی عادلانه که حقوق طرفین را تأمین کند، اصلاح می‌کند. البته طبق قاعده لاضرر، حتی اگر نیاز کارگر به انعقاد قرارداد با کارفرما در حد اضطرار نباشد هم سوءاستفاده کارفرما از حق آزادی قراردادی خود ممنوع است و در فرض وقوع، حاکم باید قرارداد را تعدیل و به نحوی عادلانه تنظیم کند.

یادداشت‌ها

۱. الاضطرار الى الشئ بمعنى قضاء الضروره الى اختياره من غير ان يكون بحمل الغير له عليه؛ كما اذا اضطر الى بيع داره لحفظ النفس او للانفاق على العيال او اداء الدين الواجب.

کتابنامه

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۹ق). *کفایة الاصول*. قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام).
۲. آشتیانی، محمدحسن (۱۴۰۳ق). *بحر الفوائد*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۳. آملی، محمدتقی (۱۴۱۳ق). *المکاسب و البیع (تقریرات درس میرزای نائینی)*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم.
۴. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی (۱۴۰۸ق). *الوسیله الی نیل الفضیله*. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۵. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۶. امامی، حسن (۱۳۷۵). *حقوق مدنی*. تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۷. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). *المکاسب*. قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۸. انصاری، مرتضی (۱۴۲۸ق). *فرائد الاصول*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۹. بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقهیة*. قم: نشر دارالهادی.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.
۱۱. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق). *الصحاح؛ تاج اللغة و صحاح العربیة*. بیروت: دارالعلم للملایین.
۱۲. حائری اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۴ق). *الفصول الغرویة فی الاصول الفقهیة*. قم: دار احیاء العلوم الاسلامیة.
۱۳. حائری شاه باغ، سیدعلی (۱۳۷۶). *شرح قانون مدنی*. تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.
۱۴. حائری، سیدکاظم (۱۴۲۳ق). *فقه العقود*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۵. حائری، سیدکاظم (۱۴۳۳ق). *مباحث الاصول (تقریرات درس خارج اصول شهید محمدباقر صدر)*. قم: دارالبشیر.
۱۶. حجت کوه کمری، سیدمحمد (۱۴۰۹ق). *کتاب البیع*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به

حوزه علمیه قم.

۱۷. حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۸ق). حقائق الاصول. قم: کتابفروشی بصیرتی.
۱۸. حکیم، سیدمحسن (بی تا). نهج الفقاهه. قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۱۹. خمینی، روح الله (۱۴۱۵ق). انوار الهدایه فی التعلیقہ علی الکفایه. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمة الله علیه).
۲۰. خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعه الامام الخوئی. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی (رحمة الله علیه).
۲۱. شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه. قم: کتابفروشی داوری.
۲۳. شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: نشر حقوق دان.
۲۴. شیخ الشریعه اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد (۱۴۱۰ق). قاعده لاضرر. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۵. صاحب جواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۲۶. صفائی، سیدحسین (۱۳۵۱). دوره مقدماتی حقوق مدنی. تهران: مدرسه عالی حسابداری.
۲۷. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۲۱ق). حاشیه المکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۸. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط. نجف: انتشارات مرتضویه.
۲۹. عاملی، سیدجواد بن محمد (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم.
۳۰. عدل، مصطفی (۱۳۵۴). حقوق مدنی. تهران: انتشارات امیرکبیر.
۳۱. عسکری، ابوهلال (۱۴۲۲ق)، الفروق اللغویه. بیروت: مؤسسه الرساله.
۳۲. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق). کتاب العین. قم: نشر هجرت.
۳۳. قانون مدنی (۱۳۹۹). جمع و تدوین جهانگیر منصور، تهران: انتشارات دیدار.
۳۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۵. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۶. مروج جزائری، سید محمدجعفر (۱۴۲۸ق). هدی الطالب. بیروت: مؤسسه التاریخ العربی.

۳۳۶ پژوهش‌نامه حقوق اسلامی سال بیست و دوم، شماره دوم (پیاپی ۵۴)، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

۳۷. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق). *فقه الامام جعفر الصادق (عليه السلام)*. قم: مؤسسه انصاریان.
۳۸. نائینی، محمدحسین (۱۳۷۶). *فوائد الاصول*. تقریر: محمدعلی کاظمی، قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۹. نائینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق). *المکاسب و البیع*. تقریر: محمدتقی آملی، قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۰. نراقی، احمد بن محمد (۱۴۱۵ق). *مستند الشیعه*. قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام).

دلالت اقتضاء و نقش تفسیری آن در علم حقوق

علی‌اکبر فرحزاده*

فاطمه ابطحی**

فاطمه رضائی***

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۵/۲۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۰۲

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

دلالت اقتضاء یکی از اقسام دلالت‌های سیاقی محسوب می‌شود و عبارت است از دلالت کلام بر کلمه یا عبارتی که گرچه متکلم آن را بیان نکرده ولی اولاً مقصود وی بوده و ثانیاً صحت کلام در گزاره‌های انشایی یا صدق آن در گزاره‌های خبری وابسته به آن است. حجیت دلالت اقتضاء در علم اصول از باب حجیت ظواهر مورد پذیرش قرار گرفته است. با توجه به ادله اعتبار و پذیرش عمومیت دلالت اقتضاء می‌توان از آن در تفسیر قوانین بهره گرفت. کاربرد دلالت اقتضاء، در تفسیر قوانین مدنی و تجاری که تفسیر موسع در آن به عنوان اصل پذیرفته شده، با هیچ اشکالی مواجه نیست. در قوانین ماهوی جزایی نیز اصل ضرورت تفسیر مضیق، نمی‌تواند مانع از اعتبار دلالت اقتضاء شود بلکه ابتدا باید مراد قانون‌گذار کشف شود و هر گاه امکان کشف اراده قانون‌گذار نباشد، آنگاه شک به نفع متهم تفسیر شود. دلالت اقتضاء در تفسیر قراردادهای نیز کاربرد دارد و مادام که به امری خلاف قانون و نظم عمومی نیانجامد، معتبر محسوب می‌شود. به هر حال باید توجه داشت که اصل مرجع در صورت تردید، اصل عدم تقدیر است. با ارئه ملاک واحد می‌توان برای پایان بخشیدن به اختلاف نظر در امر در تقدیر گرفته شده اقدام نمود. چنانچه عرفاً با توجه به قرائن داخلی و خارجی ظهور در محذوف خاصی وجود داشته باشد باید همان را در تقدیر گرفت و اگر عرفاً با توجه به قرائن داخلی و خارجی ظهور در محذوف خاصی نباشد باید با کمک قاعده ادبی و بلاغی «حذف المتعلق یدل علی العموم» تمام متعلقات متناسب را در تقدیر گرفت.

واژگان کلیدی: دلالت اقتضاء، تفسیر قانون، دلالت سیاقی، قرارداد.

* دانشیار، گروه حقوق اسلامی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری دادگستری، تهران، ایران.

aliakbar.farahzadi@yahoo.com

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری دادگستری، تهران، ایران.

Mabtahi34@yahoo.com

*** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، خراسان رضوی، ایران (نویسنده مسئول).

rezaeirezaei.fa@um.ac.ir

مقدمه

دلالت، در لغت به معنای راهبری و راهنمایی است و به همین دلیل معنای اصطلاحی آن حالتی در شیء است که باعث علم به شیء دیگر می‌شود؛ شیء اول دال و دومی مدلول نام دارد (جرجانی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص. ۱۰۴ و مشکینی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۳۲). بر این اساس دلالت، عبارت از حالتی است که در آن علم به یک مورد، علم به موردی دیگر را در به دنبال داشته باشد (مؤمن قمی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۱۳).

با نظر به جهان آفرینش پی می‌بریم که هر چیزی هدایتگر انسان به سوی امر دیگری است و واژه‌ها نیز از این امر مستثنی نیستند. الفاظ بر معانی خاص خود دلالت می‌کنند و این دلالت با توجه به ویژگی‌هایی چون نحوه ادای آوا، سیاق و ساختار کلام متفاوت خواهد بود.

یکی از اقسام دلالت، دلالت لفظ بر معناست و آن نیز بر سه قسم است: دلالت مطابقی، تضمینی و التزامی (محمدی، ۱۳۸۸، ص. ۸۲).

دلالت مطابقی؛ دلالت لفظ است بر تمام معنای خود، مانند دلالت لفظ حسن بر فرد مسمی به این نام. دلالت تضمینی؛ دلالت لفظ است بر جزئی از معنا، مانند دلالت لفظ کتاب بر جلد آن. دلالت التزامی؛ دلالت لفظ بر ملازم عقلی یا عرفی معنای خود، مانند دلالت لفظ خورشید بر نور یا دلالت لفظ حاتم بر جود و بخشنده‌گی است (مظفر، بی‌تا، ج ۱، صص. ۴۳-۴۴).

دلالت التزامی، خود بر سه قسم است: بین بالمعنی الاخص، بین بالمعنی الاعم و غیر بین. ملازمه غیر بین زمانی تحقق پیدا می‌کند که ملازمه بین دو ماهیت با برهان به اثبات برسد؛ مانند اینکه گفته می‌شود مجموع زوایای داخلی مثلث، ۳۶۰ درجه است. ملازمه بین بالمعنی الاخص جایی است که تصور مفهومی به تنهایی تصور مفهوم دیگری را به دنبال داشته باشد مثل تصور آتش و حرارت (مظفر، بی‌تا، ج ۱، ص. ۱۰۴).

نهایتاً اگر تصور مفهومی، تصور مفهوم دیگری را در پی نداشته باشد اما در صورت تصور مفهوم دوم میان آن دو ملازمه‌ای باشد، در این صورت ملازمه میان آن دو بین بالمعنی الاعم است (عراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۱۸۲) که برخی از عالمان، از آن به دلالت سیاقی یاد کرده‌اند. سیاق به معنای محتوای کلی یک کلام است که از نوع چیش کلمات یک جمله و پیوند آن با جمله‌های پیشین و پسین به دست می‌آید (شهابی،

۱۳۲۱، ص. ۸۰).

دلال‌ت سیاقی به سه قسم اقتضاء، تنبیه و اشاره تقسیم شده و هر یک از آنها به تفصیل مورد بحث قرار گرفته است. در این میان، دلال‌ت اقتضاء، نقش مهمی در فهم کلام و کشف قصد متکلم دارد.

جایگاه و اعتبار دلال‌ت اقتضاء و نقش آن در تفسیر قوانین و قراردادهای از جمله مسائلی است که در این زمینه قابل طرح است. مقاله حاضر با هدف بررسی امکان‌سنجی استفاده از دلال‌ت اقتضاء در تفسیر قوانین و قراردادهای به تبیین مفهوم، حجیت، عمومیت، جایگاه و کاربرد دلال‌ت اقتضاء در علم اصول می‌پردازد.

۱. دلال‌ت اقتضاء در علم اصول

در این مبحث ابتدا تعریف و سپس حجیت، عمومیت و جایگاه دلال‌ت اقتضاء بررسی خواهد شد.

۱-۱. تعریف دلال‌ت اقتضاء

منظور از دلال‌ت اقتضاء، دلال‌ت کلام بر کلمه یا عبارتی است که اولاً مقصود گوینده باشد و ثانیاً کلام بدون آن صادق یا صحیح نباشد. در واقع صدق و صحت کلام گوینده، منوط بر آن است که گرچه ذکر نشده ولی کلمه‌ای در تقدیر گرفته شود (حسینی فیروزآبادی، ۱۴۰۰ق، ج ۲، ص. ۱۶۳ و مظفر، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۱۳۱). برخی دیگر ضمن تأکید بر معنای اخیر، دلال‌ت اقتضاء را برای محافظت کلام از لغویت لازم دانسته‌اند (فاضل موحدی لنکرانی، بی‌تا، ج ۶، ص. ۱۷۱).

دلال‌ت اقتضاء، ممکن است به حکم عقل یا شرع و یا عرف باشد (حمودی و جلیل‌عبد، ۱۴۲۹ق، صص. ۷۲-۷۳ و حامد عثمان، ۱۴۲۳ق، ص. ۶۶). همچنین در مواردی بهره‌گیری از دلال‌ت اقتضاء ناشی از ساختار کلام است. بدین معنا که گاهی عقل حکم می‌کند مدلولی در تقدیر باشد، گاهی شرع چنین امری را اقتضاء می‌کند و گاهی عرف و بعضاً ساختار لغوی، کلام تقدیری را طلب می‌کند (محمدی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص. ۲۴۴). در این میان برخی از اصولیان اهل سنت (سرخسی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۲۵۱) معتقدند که اگرچه در برخی از ساختارها، صدق و صحت کلام متوقف بر تقدیر گرفتن

است، لیکن این توقف، دلیلی بر دلالت اقتضاء نیست. چراکه گاهی اوقات، متکلم در مقام ایجاز‌گویی است و کلام خود را به صورت مختصر بیان می‌کند. همچنان که در آیه ۸۲ سوره یوسف آمده است «و اسأل القریه»؛ در این آیه واژه اهل مقدر است، اما این تقدیر به دلیل کاربرد ادبی بوده و نشانه دلالت اقتضاء نیست و احکام آن را ندارد. عقیده مذکور که موجب سست شدن زیربنای دلالت اقتضاء می‌شود، مورد قبول اصولیان شیعه قرار نگرفته است و آیه شریفه «و اسأل القریه» را نمونه‌ای از دلالت اقتضاء دانسته‌اند. بنابراین، کلیه مواردی که کلام به ملازمه بر معنای مفردی دلالت می‌کند، و کلیه موارد مجاز در کلمه، مجاز در حذف و مجاز در اسناد، داخل در دلالت اقتضاء می‌باشد (خمینی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص. ۳۴ و حکیم، ۱۹۷۹، ج ۱، ص. ۳۱۷). همان‌طور که بیان شد، ملاک دلالت اقتضاء این است که اصل دلالت، مراد متکلم باشد و همچنین صدق یا صحت کلام، بر آن متوقف باشد. بیان مثال‌هایی در این زمینه به روشن شدن این مفهوم، کمک خواهد کرد.

مثال اول اینکه رسول اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) فرموده: «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۶، ص. ۱۴) در معنای ضرر و ضرار اختلاف نظر وجود دارد و به معانی متفاوتی اشاره شده است (محقق داماد، ۱۳۸۲، صص. ۱۳۸-۱۳۹). اما به هر حال به هر معنایی که تفسیر شود، در این حدیث، صدق کلام، متوقف است که کلمه حکم یا اثر شرعی در تقدیر گرفته شود یعنی حکم ضرری در اسلام نیست. در غیر این صورت معنای آن این است که ضرر و ضرار در نزد مسلمین نیست که این سخن بدون شک کذب است. پس مقصود از آن احکام ضرری می‌باشد.

علاوه بر این می‌توان به این سخن پیامبر اشاره کرد: «رفع عن امتی ما لا یعلمون» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۶۳). در اینجا هم باید چیزی مثل مؤاخذه و عقاب مقدر باشد تا کلام صادق باشد چرا که موضوع «ما لا یعلمون» مرتفع نیست و امت اسلامی هم مثل سایر امت‌ها نسبت به خیلی امور بی‌اطلاع هستند. پس منظور ایشان رفع مؤاخذه است.

در حدیث دیگری آمده: «لا صلاة لمن جاره المسجد الا فی المسجد» (مغربی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۱۴۸ و مجلسی، ۱۴۱۰ق، ج ۷۳، ص. ۳۷۹). در اینجا هم، صدق کلام متوقف بر تقدیر گرفتن امری دیگری است مثل کلمه کامله یعنی نماز همسایه مسجد

در منزل کامل محسوب نمی‌شود در غیر این صورت کلام کذبی خواهد بود. اگر کسی به دیگری بگوید «خانه‌ات را از جانب من وقف کن به فلان مبلغ». در اینجا صحت شرعی کلام متوقف بر تقدیر است؛ به این معنا که ابتدا خانه‌ات را به فلان مبلغ به من بفروش و سپس از جانب من وقف کن. زیرا تا مالکیتی برای فرد نباشد، وقف امکان‌پذیر نیست.

برخی معتقدند دلالت آیه نفر بر حجیت خبر واحد نیز از باب دلالت اقتضاء است. توضیح اینکه اصولیون در خصوص اثبات حجیت خبر واحد به آیه ۱۲۲ سوره توبه معروف به آیه نفر «وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ» اشاره کرده و آیه مذکور را از باب دلالت اقتضاء، مثبت حجیت خبر واحد دانسته‌اند. مفسران در بحث از این آیه نقل می‌کنند که در ابتدای ورود اسلام تعداد زیادی از مردم برای فراگیری احکام به مدینه می‌آمدند که این مسئله باعث ایجاد سختی‌هایی هم برای اهل مدینه و هم مهاجرین ایجاد کرده بود. از این رو آیه مذکور در جهت رفع این شرایط نازل شد و فرمود کوچ کردن برای همه مردم لازم نیست. آنگاه فرمود از هر طایفه فقط یک گروه به مدینه بیایند و پس از بازگشت، دیگران را از احکام شرعی‌ای که یاد گرفته‌اند، آگاه کنند (عراقی، ۱۳۸۸، ص. ۳۶).

از این آیه رحمت و مهربانی خداوند سبحان فهمیده می‌شود؛ چراکه قاعده آن است که همه احکام خود را «علی سبیل الیقین» یاد بگیرند. اما به دلیل اختلال نظام و ایجاد عسر و حرج مقرر گردید که فقط تعدادی از افراد این امر مهم را بر عهده گیرند. اگر خبر واحد حجت نبود، انذار قوم نیز ثمره‌ای نداشت. بنابراین، به دلالت اقتضاء، می‌توان به این مطلب پی برد که این آیه بر حجیت خبر واحد دلالت می‌کند (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص. ۲۳۷؛ نجم‌آبادی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص. ۲۴۱ و موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۲۹۶).

۲-۱. حجیت، ماهیت و عمومیت دلالت اقتضاء

در این مبحث ابتدا حجیت دلالت اقتضاء، عمومیت آن و سپس هویت و جایگاه این دلالت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲-۱. حجیت دلالت اقتضاء

مهم‌ترین بحث علم اصول اثبات حجیت ادله است. از این رو معمولاً پس از بیان مفهوم دلالت اقتضاء، به بحث حجیت و اعتبار آن می‌پردازند. منظور از حجیت، به طور کلی، این است که متکلم بتواند به وسیله چیزی بر مخاطب، و مخاطب نیز بتواند بر مولی احتجاج کند. منظور از حجیت دلالت سیاقی نیز این است که فقیه بتواند بر اساس آن به استنباط حکم شرعی از منابع و ادله لفظی بپردازد.

اگرچه در رابطه با حجیت برخی از دلالت‌های سیاقی، تردیدهایی صورت گرفته است اما در مورد حجیت دلالت اقتضاء شبه‌ای وجود ندارد؛ چرا که این دلالت به چنان درجه ظهور عرفی می‌رسد که عرف بدون مساعدت آن را از کلام مخاطب درک می‌کند. بنابراین حجیت دلالت اقتضاء از باب حجیت ظواهر پذیرفته شده است (مظفر، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۱۳۵).

برخی از اصولیون اهل سنت (پیروان مذهب حنفی)، دلالت را به چهار قسم عبارت نص، اشاره نص، دلالت نص و اقتضاء نص تقسیم کرده و ضمن پذیرش حجیت آن، قائل به سلسله مراتب هستند، به گونه‌ای که عبارت نص از سایر موارد قوی‌تر بوده و به همین ترتیب اشاره نص از دلالت نص و دلالت نص از اقتضاء آن قوی‌تر می‌باشد. طبق این عقیده، دلالت اقتضاء در پایین‌ترین مرتبه قرار داشته و در صورت تعارض، سایر دلالت‌ها بر آن ترجیح دارد (زحیلی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص. ۳۴۵؛ النمله، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص. ۱۷۲۲ و صالحی حنبلی، ۱۴۲۱ق، ص. ۲۸۷). در خصوص علت ضعف دلالت اقتضاء، به فقدان مقتضی در منطوق و مفهوم جمله اشاره شده است. در واقع مقتضی امری خارج از منطوق و مفهوم جمله دانسته شده که تقدیر آن بنا بر ضرورت صدق یا صحت گفتار صورت می‌گیرد. حال که حجیت دلالت اقتضاء در علم اصول ثابت است، می‌توان به بررسی چگونگی جریان آن در علم حقوق پرداخت.

۱-۲-۲. ماهیت دلالت اقتضاء

در مورد ماهیت دلالت اقتضاء و دیگر دلالت‌های سیاقی سه دیدگاه وجود دارد: دیدگاه اول اینکه دلالت اقتضاء منطوق غیرصریح است، با این توضیح که منطوق بر دو قسم است: منطوق صریح و غیرصریح. منظور از منطوق صریح، مدلول مطابقی

کلام است و منطوق غیرصریح به معنای مدلول تضمنی و التزامی است. بنابراین عقیده، دلال‌ت اقتضاء، دلال‌ت تنبیه و دلال‌ت اشاره از اقسام دلال‌ت التزامی به شمار می‌رود. لذا دلال‌ت اقتضاء نوعی منطوق است منتهی منطوق غیرصریح (سبحانی، ۱۳۸۳، ص. ۷۹؛ میرزای قمی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص. ۱۶۸؛ موسوی قزوینی، ۱۲۵۸، ص. ۷۲ و حائری اصفهانی، ۱۴۰۴، ج ۱، ص. ۱۴۶).

دیدگاه دوم این دلال‌ت را از انواع مفهوم دانسته‌اند (حسینی فیروزآبادی، ۱۴۰۰، ج ۲، ص. ۱۶۴ و بروجردی، ۱۴۱۷، ص. ۱۴۸). شیخ انصاری از مرحوم تفتازانی نقل کرده‌اند که دلال‌ت‌های سیاقی را مفهوم می‌داند (انصاری، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۱۱).

دیدگاه سوم که از مقبولیت بیشتری برخوردار است (حاجی‌زاده و مشهدی‌زاده، ۱۳۹۵، ص. ۹۴)، برای این دلال‌ت جایگاهی میان مفهوم و منطوق در نظر گرفته و تصریح می‌کند که دلال‌ت‌های سیاقی نه مفهوم است و نه منطوق (نائینی، ۱۳۵۲، ج ۱، ص. ۴۱۴؛ مظفر، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۱۳۰؛ نائینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص. ۴۷۷؛ خویی، بی‌تا، ج ۵، ص. ۵۷). به هر روی ماهیت دلال‌ت اقتضاء با هر کدام از موارد مذکور تفاوتی را در اصل مسئله اعم از حجیت و کاربرد آن در علم حقوق ایجاد نمی‌کند.

۱-۲-۳. عمومیت یا عدم عمومیت دلال‌ت اقتضاء

محافظت کلام حکیم از لغویت، موجب می‌گردد تا امری در تقدیر گرفته شود. به عبارت دیگر، صحت و صدق کلام ایجاب می‌کند تا کلمه‌ای در تقدیر گرفته شود. اما آیا کلمه‌ای که در تقدیر گرفته می‌شود، شمولیت دارد؟ آیا کلمه مقدر، جوانب مختلف معنای خود را دربرمی‌گیرد؟ برای رسیدن به این مطلب که عمومیت یا عدم عمومیت دلال‌ت اقتضاء چه تأثیری در استنباط احکام دارد ابتدا به تفکیک نظرات اصولیون اهل سنت و اصولیون شیعه می‌پردازیم.

الف. اصولیون اهل سنت

اصولیون اهل سنت، پاسخ یکسانی به این سؤال نداده، میان مذاهب آن، اختلاف نظر وجود دارد. اصولیون مذهب حنفی معتقدند استناد به اقتضاء از باب ضرورت و حاجت است، لذا تا جایی که ضرورت اقتضاء دارد، از مقتضی استفاده می‌شود. آنها از یک

تشبیه استفاده می‌کنند که در خوردن مال میته، قدر متیقن از اجازه شارع به اندازه‌ای است که از هلاکت جلوگیری شود نه آنکه اشباع و سیری به وجود آید. در مقتضی نیز قدر متیقن آن است که به حداقل اکتفا شده و عمومیتی برای آن ثابت نشود (سرخسی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۲۴۹).

شافعی‌ها قائل بر عمومیت هستند و معتقدند مقتضی به منزله منصوص است، زیرا در نص استفاده شده است؛ حکمی که با اقتضاء ثابت می‌شود، همانند حکمی است که با نص ثابت می‌شود. بر این اساس همان‌طور که نص عمومیت دارد، مقتضی هم عمومیت دارد. لذا همچنان که سایر عمومات، از قابلیت تخصیص برخوردارند، مقتضی نیز می‌تواند تخصیص بردار باشد (شیرازی، ۱۴۰۸، ج ۱، صص. ۶۶۳-۶۶۴).

ب. اصولیون شیعه

اغلب اصولیان شیعه، عمومیت یا عدم عمومیت مقتضی را در باب دلالت اقتضاء به طور مستقل مورد بررسی قرار نداده‌اند. لیکن این امر به معنای بی‌توجهی ایشان به مقوله مورد بحث نیست. بررسی بیشتر، نشان می‌دهد که این موضوع ضمن سایر مباحث مورد اهتمام ایشان قرار گرفته و دلایلی در جهت اثبات و بعضاً نفی عمومیت مطرح شده است. به عنوان مثال، از کلام شیخ انصاری در بحث از موارد احتمالی که در حدیث «رفع عن امتی...» در تقدیر گرفته شده است می‌توان به عمومیت مقتضی پی برد. ایشان به دلایلی عمومیت مقتضی را در حدیث مورد بحث پذیرفته است: اول اینکه پس از بررسی احتمالاتی در این رابطه نهایتاً می‌فرمایند با استناد به بعضی از روایات صحیحیه در رابطه با نه مورد مذکور علاوه بر مؤاخذه، سایر آثار نیز از امت اسلامی رفع شده است و احتمال مذکور را به معنای حقیقی واژه رفع نزدیک‌تر می‌داند (انصاری، ۱۴۱۹، ج ۲، صص. ۲۸-۳۶).

علاوه بر اینکه حدیث رفع در مقام امتنان امت اسلام وارد شده به این معنا که این امور به خاطر امتنان از امت محمد (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) برداشته شده و این لطف فقط در مورد امت اسلامی بوده و بر امت‌های قبلی چنین امتنان و لطفی وجود نداشته است (انصاری، ۱۴۱۹، ج ۲، صص. ۲۸-۳۶). محقق خوئی علاوه بر شمول رفع نسبت به احکام تکلیفی، شمول آن نسبت به احکام وضعی را نیز مورد توجه قرار داده

است (خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۳۰۸).

ورود حدیث در مقام امتنان، نشانگر این مطلب است که آن چیزی که مقدر است، جمیع الآثار می‌باشد؛ چرا که اگر فقط مؤاخذه رفع شده باشد، منت‌گذاری و اینکه این از مختصات امت اسلامی است لغو می‌شود. در واقع به طور کلی مؤاخذه بر این موارد قبیح است و فقط مخصوص امت اسلامی نیست. پس برای اثبات امتنان باید جمیع الآثار را در تقدیر بگیریم.

در این میان برخی دیگر از فقها، با سه دلیل، عمومیت مقتضی را در حدیث «رفع عن امتی...» نپذیرفته و برای اثبات آن دلایلی آورده‌اند:

اول اینکه چنانچه جمیع الآثار در تقدیر گرفته شود، کثرة الاضمار یعنی مقدر شدن الفاظ فراوانی لازم می‌آید. ولی اگر خصوص مؤاخذه مقدر شود، تنها یک کلمه در تقدیر گرفته می‌شود. بنابراین در دوران میان کثرت و قلت اضمار، قلت اولویت دارد؛ چرا که اصل اضمار و تقدیر گرفتن خلاف اصل می‌باشد و به عبارتی اصل بر عدم تقدیر است (این اشکال در مفتاح الکرامه به علامه حلی نسبت داده شده است: حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۵: صص. ۵۳۸-۵۳۹).

شیخ اعظم به این ایراد چنین پاسخ داده‌اند: چنانچه جمیع آثار در تقدیر گرفته شود، فقط یک کلمه را می‌توان در تقدیر گرفت و آن کلمه آثار است؛ یعنی چه گفته شود رفع المؤاخذة و چه گفته شود رفع آثار الخطاء و... در هر دو، همان کلمه واحد در تقدیر گرفته شده است. خود کلمه آثار یک لفظ است، اگرچه مصادیق خارجی آن متعدد باشد (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۳۲۲).

دوم اینکه در فقه عمومات و اطلاقات بسیاری وجود دارد که منشأ آثار و احکام می‌باشند. به عنوان مثال، عمومات تکلیفی مثبت و جوب یا حرمت هستند که مخالفت با آنها، موجب عقوبت می‌شود، اعم از آنکه مخالفت در شرایط خطاء و عمد صورت بگیرد یا نسیان و ذکر یا اکراه و اختیار یا علم و جهل.

حال اگر قائل شویم که در حدیث رفع، مؤاخذه مقدر است، لازمه‌اش این است که اکثر عمومات مصون از تخصیص باشند؛ در حالی که اگر قائل باشیم که جمیع الآثار در تقدیر است لازمه‌اش این است که کلیه آن عمومات ابواب مختلفه، تخصیص بخورند.

در این موارد علما قائلند که چنانچه مخصصی بین چیزی که موجب کثرت و یا قلت تخصیص است دوران داشته باشد اصل قلت تخصیص است و در باقیمانده باید به اصاله العموم و یا اصاله الاطلاق رجوع کرد (محمدی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص. ۲۲۷). در حدیث مذکور رجوع به عموم عام اجمال خاص را رفع می‌کند بنابراین این حدیث نمی‌تواند تمام آن عمومات را تخصیص بزند پس آن چیزی که مقدر است جمیع الآثار نیست و می‌توانست تمام عمومات را تخصیص بزند.

در پاسخ به این اشکال گفته شده حدیث رفع حاکم بر عمومات است و دلیل محکوم (عمومات مذکور) نمی‌تواند مفسر و رفع‌کننده اجمال دلیل حاکم (حدیث رفع) باشد (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۳۲۲).

سوم اینکه لازمه مقدر گرفتن جمیع الآثار این است که به تخصیص اکثر منجر می‌شود. زیرا که حدیث رفع به طور عموم می‌گوید: جمیع الآثار در تمام موارد نه‌گانه مرفوع است در حالی که خیلی از آثار مثلاً در مورد نسیان مرفوع نیست؛ مثلاً قتل خطئی دیه دارد و این اثر در ما نحن فیه رفع نشده است. پس با توجه به اینکه تخصیص اکثر قبیح است نمی‌توانیم بگوییم که جمیع آثار در تقدیر است.

مرحوم شیخ انصاری به اختصار می‌فرماید این اشکال ناشی از عدم دقت در معنای روایت و عدم دریافت محتوای روایت است. این آثار تخصصاً از تحت حدیث رفع خارج است و در نتیجه می‌توان گفت هیچ استثنائی وجود ندارد (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۳۲۲).

برخی دیگر از اصولیان به تناسب موضوع از قاعده ادبی، بلاغی «حذف المتعلق یدل علی العموم» استفاده کرده‌اند که از آن عمومیت دلالت اقتضاء برداشت می‌شود. این قاعده به این معنا است که آنچه محذوف است عام است و تمام متعلقات متناسب را شامل می‌شود (حائری طباطبائی، ۱۲۹۶، ص. ۵۹۶).

همان‌گونه که در ابتدای بحث مطرح شد علی‌رغم اینکه تا کنون به صراحت عمومیت و یا عدم عمومیت دلالت اقتضاء مورد توجه اصولیان قرار نگرفته است اما به دلیل نقش موثر آن در استنباط احکام و به تبع آن حقوق، این بحث در این جستار مورد اهتمام قرار گرفته است. چنانچه عمومیت دلالت اقتضاء پذیرفته نشود آثاری در علم حقوق برای آن متصور نیست. به عنوان مثال، در حدیث «رفع عن امتی...» حکم و

مؤاخذه در تقدیر گرفته می‌شود تا صدق کلام، ثابت شود. چنانچه مقتضی - یعنی حکم - عمومیت داشته باشد، واژه حکم شامل حکم دنیوی و اخروی خواهد بود. بنابراین اگر طلاق اکراهی واقع شود، حکم دنیوی یعنی اثر وضعی و حکم اخروی یعنی عقاب آن برداشته می‌شود. لیکن چنانچه عمومیتی برای مقتضی در نظر گرفته نشود، مراد از حکم، فقط حکم اخروی خواهد بود. لذا در این شرایط طلاق اثر وضعی خود را داشته، لیکن عقاب اخروی آن برداشته می‌شود. بنابراین می‌توان گفت قائل شدن به عمومیت یا عدم عمومیت دلالت اقتضاء، در این زمینه از اهمیت بسیاری برخوردار است. نگارندگان با آوردن دلایل موافقین و مخالفین عمومیت دلالت اقتضاء و ذکر اشکالات ذیل ادله مخالفین، عمومیت دلالت اقتضاء را مورد پذیرش قرار داده‌اند.

۲. کاربرد دلالت اقتضاء در علم حقوق

کاربرد دلالت اقتضاء را می‌توان در تفسیر قوانین و قراردادهای به تفکیک مورد بررسی قرار داد.

۲-۱. تفسیر قوانین

بهره‌گیری از دلالت اقتضاء در متون قانونی را می‌توان نوعی تفسیر قانون دانست. چرا که با کمک دلالت اقتضاء، کلمه یا معنایی در تقدیر گرفته می‌شود که متکلم - به رغم قصد استعمالی - آن را بیان نکرده است. براین اساس استفاده از دلالت اقتضاء باید در چارچوب مقررات تفسیر قانونی صورت بگیرد.

۲-۱-۱. کاربرد دلالت اقتضاء در قوانین کیفری

از آنجا که تفسیر قوانین کیفری از ویژگی‌های خاصی برخوردار است، شایسته است به صورت جداگانه مورد بررسی قرار بگیرد. قوانین کیفری متشکل از دو دسته قوانین ماهوی جزایی و مقررات آئین دادرسی کیفری است. این قوانین از حیث ویژگی‌های تفسیری با هم متفاوت هستند. تفسیر قوانین ماهوی جزایی که ناظر بر تعریف و توصیف افعال مجرمانه هستند، به صورت مضیق است، چرا که تفسیر موسع این نوع قوانین، با اصل تفکیک قوا و اصل قانونی بودن جرم و مجازات متعارض است (ولیدی، ۱۳۸۷، ص. ۱۷۱).

تفسیر مضیق عبارت است از تفسیری که در چارچوب الفاظ قانون است و از منطوق آن تجاوز نمی‌کند. در نتیجه مانع از توسل به قیاس و تسری دادن حکم قانون‌گذار به مواردی است که در کلام به طور صریح بیان نشده است (رحیمی‌نژاد، ۱۳۷۶، ص. ۳۹). اما تفسیر در قوانین شکلی جزایی که عموماً برای کشف جرم و رسیدگی به عمل متهم به کار می‌رود تفسیر موسع است، چرا که این قوانین در راستای تشریفات دادرسی هستند که هدف از جعلشان تسریع امر دادرسی است. تفسیر موسع این قوانین در نهایت به نفع هر دو طرف متهم و شاکی است که بر روند سرعت دادرسی تأثیرگذار خواهد بود (موذن‌زادگان و غلامعلی‌زاده، ۱۳۸۸، ص. ۱۴۴). در تفسیر موسع، مفسر خود را به الفاظ قانون محدود نمی‌کند و با توسل به راه‌حلهایی چون قیاس و استحسان، قانون را شامل موارد و مصادیقی نیز می‌داند که به طور صریح موردنظر قانون‌گذار نبوده است (رحیمی‌نژاد، ۱۳۷۶، ص. ۴۲).

پر واضح است که این نوع از تفسیر منافاتی با دلالت اقتضاء ندارد، چه آنکه در تفسیر موسع، قانون به مواردی که صریحاً موردنظر قانون‌گذار نبوده است، سرایت داده می‌شود. حال آنکه در دلالت اقتضاء، صرفاً در جهت صدق یا صحت کلام و قصد واقعی متکلم، امری در تقدیر گرفته می‌شود. لذا کاربرد دلالت سیاقی در قوانین شکلی جزایی، بلامانع و معتبر است. اما استفاده از دلالت اقتضاء در متون ماهوی جزایی با توجه به لزوم تفسیر مضیق این قوانین، قابل تأمل است. آنچه ممکن است در ابتدا به نظر برسد این است که دلالت اقتضاء در متون ماهوی جزایی، کاربرد ندارد. زیرا با توجه به ضرورت تفسیر مضیق، تنها منطوق صریح قانون، محل اعتبار است حال آنکه همان‌طور که اشاره شد دلالت اقتضاء، خارج از منطوق صریح محسوب می‌شود.

اما با دقت بیشتر در مفهوم دلالت اقتضاء و اصل تفسیر مضیق، می‌توان این نظر را نادرست دانست. زیرا همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، یکی از ارکان دلالت اقتضاء، توقف صدق یا صحت کلام بر تقدیر است. در واقع کلام بدون در نظر گرفتن تقدیر، کذب محسوب می‌شود. عدم پذیرش دلالت اقتضاء در متون جزایی، مستلزم صدور کلام لغو یا کذب از قانون‌گذار است که این امر با توجه به فرض حکیم بودن قانون‌گذار، شایسته نیست.

علاوه بر اینکه تفسیر مضیق به معنای منع تفسیر یا تفسیر تحت لفظی نیست. بلکه

به معنای طرد توسل به قیاس، منع مراجعه به منابع غیرقانونی و پرهیز از استدلال‌های استحسانی برای جرم شناختن و قابل مجازات دانستن رفتارهایی است که در منطوق یا منطبق قانون نمی‌گنجد (امیدی، ۱۳۸۹، صص. ۱۲۰-۱۲۲). در واقع ممنوعیت تفسیر موسع به منظور ممنوعیت تجاوز از مدلول کلام قانون‌گذار پیش‌بینی شده است نه اینکه برای کشف مراد واقعی قانون‌گذار نتوان به قواعد پذیرفته شده و اصول منطقی که در عرف به‌کار می‌رود، استناد کرد (قافی و شریعتی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۱۵۳).

علاوه بر اینکه استناد به اصل تفسیر مضیق، آخرین وسیله برای رفع شک و ابهام در اراده قانون‌گذار است. توضیح اینکه شک در دو مقام قابل تصور است: شک در اثبات جرم و شک در اراده قانون‌گذار. شک در اثبات جرم به این معنا که ادله اتهامی جرم کافی نباشد و یا دلیلی علیه متهم در دست نباشد، به نفع متهم تفسیر خواهد شد. یعنی در چنین وضعیتی، حکم برائت صادر می‌شود. اما در شرایطی که به دلیل اجمال و ابهام قانون، شک در اراده مقنن به وجود آید، ابتدا باید نیت واقعی و غرض اصلی قانون‌گذار کشف شود و هر گاه علی‌رغم تلاش صورت گرفته، کشف اراده قانون‌گذار امکان‌پذیر نباشد، آنگاه می‌توان شک را به نفع متهم تفسیر کرد (موذن‌زادگان و غلامعلی‌زاده، ۱۳۸۸، صص. ۱۴۵-۱۴۶؛ قیاسی، ۱۳۷۹، صص. ۱۱۷-۱۱۸).

به عبارت دیگر، تفسیر مضیق به معنای تفسیر هر نوع شک و ابهام برای آزادی و تبرئه متهم نیست، بلکه به معنای تفسیر مقررات قانونی، هم‌سو با نظر قانون‌گذار است (صانعی، ۱۳۷۲، ج ۱، صص. ۱۲۱-۱۲۳). در این راستا، می‌توان از لوایح دولتی یا گزارش‌های توجیهی نمایندگان در تصویب قانون و سابقه تاریخی و شأن نزول قانون استفاده کرد. چنانچه با وجود تلاش‌های صورت گرفته، ابهام و اجمال باقی باشد، قانون به نفع متهم تفسیر خواهد شد (رحیمی‌نژاد، ۱۳۷۶، ص. ۴۰). علاوه بر اینکه عرف و رویه مسلم قضایی، ظواهر الفاظ را حتی در امور جزایی حجت می‌داند و هیچ مفسری در استنباط به آنها، تردیدی به خود راه نمی‌دهد (قیاسی، ۱۳۷۹، ص. ۱۹۴). بر این اساس می‌توان دلالت اقتضاء را که از ظواهر الفاظ محسوب می‌شود، بر تفسیر مضیق مقدم داشت. زیرا تفسیر مضیق، نتیجه یک اصل عملی و مجرای آن شک است و مفسر پس از آنکه از هیچ راهی نتواند به مراد مقنن دست یابد، می‌تواند آن را به‌کار گیرد

(قیاسی، ۱۳۷۹، ص. ۱۳۰). لذا در مواردی که قواعد و اصول لفظی کاربرد دارد، نوبت به اصول عملیه نمی‌رسد.

بر این اساس، باید گفت دلالت اقتضاء در متون ماهوی جزایی نیز کاربرد داشته و منافاتی با اصل تفسیر مضیق این قوانین ندارد. برای مثال می‌توان به برخی از مواد قانون مجازات اسلامی اشاره کرد که مصداقی از دلالت اقتضاء است:

ماده ۱۰۲ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد «هر گاه متضررین از جرم، متعدد باشند تعقیب جزایی با شکایت هر یک از آنان شروع می‌شود ولی موقوفی تعقیب، رسیدگی و اجرای مجازات موکول به گذشت تمام کسانی است که شکایت کرده‌اند». در این ماده صحت کلام متوقف بر این است که عبارت «قابل گذشت بودن جرم» در تقدیر گرفته شود. زیرا در جرایم غیرقابل گذشت، اراده شاکیان تأثیری در روند رسیدگی ندارد و گذشت ایشان تنها در جرایم قابل گذشت، منجر به صدور قرار موقوفی تعقیب می‌شود.

ماده ۱۰۶ قانون مزبور بیان داشته «در جرائم تعزیری قابل گذشت هر گاه متضرر از جرم در مدت یک سال از تاریخ اطلاع از وقوع جرم، شکایت نکنند، حق شکایت کیفری او ساقط می‌شود مگر اینکه تحت سلطه متهم بوده یا به دلیلی خارج از اختیار، قادر به شکایت نباشد که در این صورت مهلت مزبور از تاریخ رفع مانع محاسبه می‌شود. هر گاه متضرر از جرم قبل از انقضای مدت مذکور فوت کند و دلیلی بر صرف نظر وی از طرح شکایت نباشد هر یک از ورثه وی در مهلت شش ماه از تاریخ وفات حق شکایت دارد». در این ماده صحت کلام قانون‌گذار متوقف بر این است که «آنی بودن جرم» در تقدیر گرفته شود تا کلام قانون‌گذار صادق شود. لذا ماده مزبور در جرایم مستمر جاری نیست. در این خصوص می‌توان به نظریه اداره حقوقی به شماره ۷/۹۳/۶۳۳ مورخ ۹۳/۳/۲۰ نیز اشاره کرد. این نظریه، ماده مزبور را در رابطه با جرایم آنی و منصرف از جرایم مستمر دانسته است.

۲-۱-۲. کاربرد دلالت اقتضاء در قوانین مدنی

اعتبار دلالت اقتضاء در قوانین مدنی و تجاری، محل اشکال نیست. چرا که این قوانین نه تنها با محدودیت تفسیر مضیق روبه‌رو نیستند، بلکه حسب نظر برخی حقوق‌دانان

(جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص. ۱۷۲)، تفسیر موسع در قوانین مذکور به عنوان اصل پذیرفته شده است، مگر در موارد استثنایی همچون قواعد مربوط به مسئولیت که در مورد اخیر نیز می‌توان با توجه به ادله بیان شده در خصوص قوانین جزایی، قائل به اعتبار دلالت اقتضاء شد. بسیاری از مواد قانونی، مجرای دلالت اقتضاء است که به عنوان نمونه، می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

ماده ۳۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود». مراد قانون‌گذار، تصرف در مال مشکوک است والا تصرف در مال غیر، اگرچه مالکانه هم صورت بگیرد، دلیل مالکیت نیست (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱، ص. ۱۹۰). ماده ۷۶۲ قانون مدنی بیان داشته «اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است». ماده مزبور ویژه صلحی است که در آن شخصیت طرف، علت عمده عقد باشد و این امر به دلالت اقتضاء ثابت می‌شود چه آنکه اگر شخصیت طرف عقد، اهمیتی نداشته باشد، اشتباه در آن موجب بطلان نمی‌شود. یکی دیگر از مثال‌هایی که در باب دلالت اقتضاء مطرح شده، ماده ۹۵۴ قانون مدنی است که می‌گوید «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفته در مواردی که رشد معتبر است». در این ماده کلام اقتضاء دارد که کلمه «و جنون» بعد از کلمه «به موت» در تقدیر باشد تا تناسب بین اجزاء کلام در ماده مذکور برقرار شود (محمدی، ۱۳۸۸، ص. ۷۰ و بهرامی، ۱۳۹۰، ص. ۲۴۴).

۲-۲. تفسیر قراردادها

تفسیر قرارداد به معنای روشن ساختن و رفع ابهام از قرارداد است که با توجه به اراده متعاقدین به منظور اجرای صحیح قرارداد صورت می‌گیرد (بهرامی، ۱۳۹۰، ص. ۲۵۷). به عبارت دیگر تفسیر قرارداد به دنبال کشف قصد طرفین بدون در نظر گرفتن مفاد قانونی در تشخیص مصداق، نوع و ماهیت حقوقی قرارداد است (علوم‌ی یزدی و بابازاده، ۱۳۸۹، ص. ۲۳۰).

با توجه به این مفهوم، می‌توان اعتبار دلالت اقتضاء در تفسیر قرارداد را مورد پذیرش قرار داد. زیرا یکی از ارکان اصلی دلالت اقتضاء، قصد استعمالی متکلم است و در تفسیر نیز اراده طرفین و قصد مشترک آنان نقش اساسی و محوری دارد.

نمونه‌های فراوانی از دلالت اقتضاء را می‌توان در قراردادها مشاهده کرد. به عنوان مثال، ممکن است در قراردادی شرط عدم مسئولیت با عبارت «خطاهای غیرعمدی در تولید ابزارآلات اثری نداشته و به حساب نخواهد آمد» پیش‌بینی شده باشد. در این صورت منظور از بی‌اثر بودن خطاهای غیرعمدی این است که چنانچه در اثر به‌کارگیری ابزارآلات، خساراتی متوجه خریدار شود که ناشی از خطاهای غیرعمدی در ساخت آنها باشد، فروشنده مسئولیتی نخواهد داشت (قشقایی، ۱۳۷۸، ص. ۱۰۰).

نکته‌ای که باید به آن توجه داشت این است که در احراز اراده، اصل بر اراده باطنی و قصد واقعی اشخاص است و برای کلمات باید معنایی قائل شد که با اراده باطنی هم‌آهنگ باشد (قشقایی، ۱۳۷۸، ص. ۱۰۰) لیکن این امر به معنای بی‌اعتباری اراده ظاهری نیست. در واقع اراده ظاهری نه به عنوان اصل، بلکه به عنوان کاشف از اراده باطنی در رفع ابهام از اراده طرفین، به‌کار گرفته می‌شود (علمی یزدی و بابازاده، ۱۳۸۹، ص. ۲۴۷). این امر در دلالت اقتضاء نیز صادق است، چه آنکه دستیابی به قصد واقعی متکلم دشوار است، لذا آنچه عرفاً از کلام متکلم، استنباط شود به وی نسبت داده می‌شود و به همین جهت از «قصد استعمالی» سخن گفته شده است.

نکته قابل توجه دیگر این است که هر چند کشف قصد طرفین، هدف اساسی تفسیر قرارداد است، لیکن مستفاد از مواد ۱۰، ۱۹۱ و ۹۷۵ قانون مدنی آن است که اراده متعاقدين تا جایی اعتبار دارد که مغایر منافع اجتماعی نباشد. در واقع رعایت محدودیت‌های قانونی در احراز قصد طرفین ضرورت دارد. این امر در دلالت اقتضاء نیز جریان دارد. بر این اساس، نمی‌توان با دلالت اقتضاء، چیزی را در تقدیر گرفت که مخالف قوانین آمره و نظم عمومی باشد. به عنوان مثال برخی اصولیان اهل سنت از عبارت «عده نگهدار»، طلاق را به دلالت اقتضاء ثابت دانسته‌اند (سرخسی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۲۵۰) لیکن چنین دلالتی خلاف قوانین آمره محسوب شده، از درجه اعتبار ساقط است. چرا که حصول طلاق منوط بر رعایت تشریفات قانونی، مقارن با انشای آن است (ره‌پیک، ۱۳۹۳، ص. ۹۴).

پس از جمع‌بندی مطالب فوق می‌توان گفت با توجه به اینکه قانون حاوی دستورات کلی و جامع است و با وجود اینکه مقنن به هنگام تنظیم قانون سعی می‌کند با استعمال جملات صریح و روشن مقصود خود را بیان نماید معهذا با تمام دقتی که در

تنظیم قانون به کار برده می‌شود، گاهی قانون از آن صراحتی که مورد نظر است برخوردار نیست و صدق و کذب آن متوقف بر تقدیر گرفتن کلمه‌ای خواهد بود و این مسئله در امر قانون‌گذاری امری اجتناب‌ناپذیر است. اما بحث از اینجا آغاز می‌شود که اختلاف نظر در رابطه با چیزی که باید در تقدیر گرفته شود منشأ مشکلاتی خواهد شد که اگر برای برون‌رفت از آن معیار واحدی نباشد منجر به اختلافاتی در امر تفسیر قوانین شده که به تبع آن اشکالاتی چون اختلاف در احکام صادره از جانب قضات و عدم برابری افراد در برابر قانون ایجاد خواهد شد.

نگارندگان با توجه به مطالب فوق‌الذکر و با نگاهی کلی به شیوه‌ای که اصولیان در تحلیل روایاتی چون حدیث رفع مطرح نموده‌اند ملاکی را برای حل این معضل به شرح ذیل پیشنهاد می‌کنند:

آنچه که در ارتباط با دلالۃ اقتضاء صحیح به نظر می‌رسد این است که در مواردی که کلمه‌ای در کلام محذوف است، دو حالت دارد:

حالت اول اینکه عرفاً با توجه به قرائن داخلی و خارجی ظهور در محذوف خاصی وجود دارد که باید همان را در تقدیر گرفت؛ به عنوان مثال در آیه ۲۳ سوره نساء که می‌فرماید: «حرمت علیکم امهاتکم...» واضح است که قبل از امهاتکم مضافی در تقدیر است اما معلوم نیست مضاف مقدر چیست، حال آنکه از قرائن داخلی و خارجی متوجه می‌شویم که در اینجا نکاح امهات مدنظر است و آیه آن را حرام کرده است. همچنین ماده ۸۲۱ قانون مدنی بیان داشته است «حق شفعه فوری است». به دلالۃ اقتضاء و با توجه به قرائن موجود استنباط می‌شود که اعمال و اجرای حق، مورد نظر قانون‌گذار است...

حالت دوم اینکه عرفاً با توجه به قرائن داخلی و خارجی ظهور در محذوف خاصی ندارد. در این صورت می‌توان با کمک قاعده ادبی و بلاغی «حذف المتعلق یدل علی العموم» به حل این مشکل پرداخت. به این معنا که آنچه که محذوف است عام است و تمام متعلقات متناسب را شامل می‌شود. به عنوان مثال، با توجه به ماده ۱۲۸۳ قانون مدنی، دفاع خوانده مبنی بر پرداخت دین، نشان از وجود دین دارد. دلالۃ ادعای پرداخت بر وجود دین و اقرار به آن را می‌توان دلالۃ اقتضاء دانست.

با این معیار واحد می‌توان به سراغ متون حقوقی رفت و بر همین مبنا عمل کرد؛ اما با این ملاحظه که چون در قوانین کیفری تفسیر مضیق لازم است ممکن است همین مطلب قرینه‌ای باشد بر اینکه متعلق خاصی در نظر گرفته شود اما در قوانین مدنی چون تفسیر موسع صورت می‌گیرد، لذا عمومیت کلمه محذوف مانعی ندارد و همان صحیح به نظر می‌رسد.

نتیجه‌گیری

دلالت اقتضاء نوعی دلالت سیاقی (در کنار دلالت‌های تنبیه و اشاره) است که عرفاً مورد نظر و مقصود متکلم بوده و صحت یا صدق کلام بر آن متوقف است. اگرچه در حجیت برخی از دلالت‌های سیاقی، تردیدهایی صورت گرفته است، لیکن در حجیت دلالت اقتضاء تردیدی نیست و حجیت آن از باب حجیت ظواهر قابل پذیرش است. عمومیت دلالت اقتضاء در مقوله استنباط احکام به حدی اثرگذار است که عدم پذیرش آن به معنای بی‌اثر شدن و عدم کاربرد آن در علم حقوق است. اما با توجه به ادله اعتبار و پذیرش عمومیت آن می‌توان در تفسیر قوانین اعم از مدنی، تجاری و جزایی از آن بهره گرفت.

کاربرد دلالت اقتضاء، در تفسیر قوانین مدنی و تجاری که تفسیر موسع در آن به عنوان اصل پذیرفته شده، با هیچ اشکالی مواجه نیست. در قوانین ماهوی جزایی نیز اصل ضرورت تفسیر مضیق، نمی‌تواند مانع از اعتبار دلالت اقتضاء شود. زیرا منظور از تفسیر مضیق، تفسیر هر نوع شک و ابهام برای آزادی و تبرئه متهم نیست. بلکه به این معناست که ابتدا باید مراد قانون‌گذار کشف شود و هر گاه علی‌رغم تلاش صورت گرفته، امکان کشف اراده قانون‌گذار نباشد، آنگاه شک به نفع متهم تفسیر شود. به علاوه در مواردی که قواعد لفظی کاربرد دارد، نوبت به اصول عملیه نمی‌رسد و چنانکه گفته شد تفسیر مضیق نتیجه اصل عملی بوده و مجرای آن شک است و تنها در شرایطی که کشف مراد قانون‌گذار به هیچ طریق متعارفی ممکن نباشد، قابل استناد است.

دلالت اقتضاء در قراردادها نیز معتبر است. زیرا یکی از ارکان اصلی دلالت اقتضاء، قصد استعمالی متکلم است و در تفسیر نیز اراده طرفین و قصد مشترک آنان نقش اساسی و محوری دارد. البته نمی‌توان با دلالت اقتضاء امری خلاف قانون امری و نظم

اجتماعی را در تقدیر گرفت. به عبارت دیگر رعایت محدودیت‌های قانونی در استفاده از دلالت اقتضاء ضرورت دارد.

با ارائه ملاک واحد می‌توان برای پایان بخشیدن به اختلاف‌نظرات در این زمینه اقدام نمود. چنانچه عرفا با توجه به قرائن داخلی و خارجی ظهور در محذوف خاصی وجود داشته باشد باید همان را در تقدیر گرفت و اگر عرفا با توجه به قرائن داخلی و خارجی ظهور در محذوف خاصی نباشد باید با کمک قاعده ادبی و بلاغی «حذف المتعلق یدل علی العموم» تمام متعلقات متناسب را در تقدیر گرفت.

کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. امیدی، جلیل (۱۳۸۹). تفسیر قانون در حقوق جزا. تهران: جنگل جاودانه.
۳. انصاری، مرتضی (۱۴۱۹ق). فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۳۸۳). مطارح الانظار (ج ۲). قم: نشر مجمع الفکر اسلامی.
۵. بروجردی، حسین (۱۴۱۷ق). تقریرات فی اصول الفقه. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم.
۶. بهرامی، بهرام (۱۳۹۰). بایسته‌های تفسیر قوانین و قراردادها. تهران: انتشارات نگاه بینه.
۷. جرجانی، علی بن محمد (۱۴۰۳ق). التعریفات. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲). ترمینولوژی حقوق. تهران: انتشارات گنج دانش.
۹. حاجی‌زاده، سارا و مشهدی‌زاده، علیرضا (۱۳۹۵). «بررسی مفهوم و ماهیت دلالت اقتضاء». مبانی فقهی حقوق اسلامی، (۱۷)، صص. ۸۱-۹۶.
۱۰. حامد عثمان، محمود (۱۴۲۳ق). القاموس المبین فی اصطلاحات الاصولیین. ریاض: نشر دارالزاحم.
۱۱. حائری اصفهانی، محمد حسین بن عبدالرحیم (۱۴۰۴ق). الفصول الغریبه فی

- الاصول الفقهیه. قم: نشر دارالاحیاء العلوم الاسلامیه.
۱۲. حائری طباطبائی، محمد بن علی (۱۲۹۶). مفاتیح الاصول. قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام).
۱۳. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. مؤسسه آل البيت (عليهم السلام).
۱۴. حسینی عاملی، محمدجواد (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم.
۱۵. حسینی فیروزآبادی، مرتضی (۱۴۰۰). عنایه الاصول فی شرح کفایه الاصول. قم: کتاب فروشی فیروزآبادی.
۱۶. حکیم، محمدتقی (۱۹۷۹). الأصول العامة للفقہ المقارن. بی‌جا: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) للطباعة والنشر.
۱۷. حمودی، خالد عبود و جلیل عبد، زینه (۱۴۲۹ق). البحث الدلالي عند الاصولیین. بغداد: مرکز البحوث و الدراسات الاسلامیه.
۱۸. خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۷ق). أنوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر تراث امام خمینی.
۱۹. خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۳ق). مصباح الاصول به قلم واعظ الحسینی. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
۲۰. خویی، ابوالقاسم (بی‌تا). محاضرات فی اصول الفقه. بی‌جا: انتشارات امام موسی صدر.
۲۱. دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۹۱). قلمرو اجرا و تفسیر قواعد حقوقی. تهران: جنگل.
۲۲. رحیمی‌نژاد، اسماعیل (۱۳۷۶). «روش تفسیر در قوانین کیفری». نامه مفید، (۱۲)، صص. ۳۵-۵۰.
۲۳. ره‌پیک، حسن (۱۳۹۳). حقوق مدنی پیشرفته مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد. تهران: انتشارات خرسندی.
۲۴. زحیلی، وهبه (۱۴۱۳ق). اصول الفقه الاسلامی. دمشق: دارالفکر.
۲۵. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۳). الموجز فی اصول الفقه. تهران: مؤسسه الامام الصادق (عليه السلام).

۲۶. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۴ق). *ارشاد العقول الی مباحث الاصول*. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۲۷. سرخسی، محمد بن احمد (۱۳۹۳). *اصول السرخسی*. بیروت: دار المعرفه.
۲۸. شهابی، محمود (۱۳۲۱). *اصول فقه*. تهران: چاپخانه محمد علی علمی.
۲۹. شیرازی، ابواسحاق (۱۴۰۸ق). *شرح اللمع*. بیروت: چاپ عبدالمجید ترکی.
۳۰. صالحی حنبلی، علاء الدین ابولحسن (۱۴۲۱ق). *التحییر شرح التحریر فی اصول الفقه*. ریاض: مکتبه الرشد.
۳۱. صانعی، پرویز (۱۳۷۲). *حقوق جزای عمومی*. تهران: گنج دانش.
۳۲. عراقی، ضیاءالدین (۱۳۸۸). *الاجتهاد و التقليد*. قم: نوید اسلام.
۳۳. عراقی، ضیاءالدین (۱۴۱۷ق). *نهایة الافکار*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۴. علومی یزدی، حمیدرضا و بابازاده، بابک (۱۳۸۹). «شیوه‌های تفسیر قرارداد در نظام حقوقی ایران و انگلستان». *پژوهش حقوق عمومی*، (۲۹)، صص. ۲۷۰-۲۲۵.
۳۵. فاضل موحدی لنکرانی، محمد (بی تا). *تعلیقہ کفایة الأصول*. قم: انتشارات نوح.
۳۶. کافی، حسین و شریعتی، سعید (۱۳۹۳). *اصول فقه کاربردی*. قم: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها.
۳۷. قشقای، حسین (۱۳۷۸). *شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی معاصر*. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۸. قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۷۹). *روش تفسیر قوانین کیفری*. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۹. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). *الکافی*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۰. مجلسی، سیدمحمدباقر (۱۴۱۰ق). *بحارالانوار الجامعه لدرر اخبار الائمه الاطهار (علیهم السلام)*. بیروت: مؤسسه الطبع و النشر.
۴۱. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۲). *قواعد فقه بخش مدنی، مالکیت و مسئولیت*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۲. محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۸). *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*. تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

۴۳. محمدی، علی (۱۳۸۷). شرح اصول فقه. قم: دار الفکر.
۴۴. مشکینی، علی (۱۴۱۶ق). اصطلاحات الاصول. قم: نشر الهادی.
۴۵. مظفر، محمدرضا (۱۳۸۳). اصول الفقه. قم: اسماعیلیان.
۴۶. مظفر، محمدرضا (بی تا). المنطق. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۷. مغربی، ابوحنیفه (۱۳۸۵). دعائم الاسلام. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۴۸. موذن زادگان، حسن علی و غلامعلی زاده، حسن (۱۳۸۸). «بررسی تحلیلی جایگاه تفسیرشک به نفع متهم در حقوق کیفری». پژوهشنامه حقوق اسلامی، (۳۰)، صص. ۱۵۹-۱۴۱.
۴۹. موسوی قزوینی، ابراهیم (۱۲۵۸). نتایج الافکار. بمبئی: مؤلف.
۵۰. موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۷۹). علم اصول. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه)، مؤسسه چاپ و نشر عروج.
۵۱. مؤمن قمی، محمد (۱۴۱۹ق). تسدید الاصول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۲. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۸). قوانین الاصول. تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه.
۵۳. نائینی، محمدحسین (۱۳۵۲). اجود التقریرات. به قلم سید ابوالقاسم موسوی خویی. قم: مطبعه العرفان.
۵۴. نائینی، محمدحسین (۱۳۷۶). فوائد الاصول. به قلم محمدعلی کاظمینی. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۵. نجم آبادی، ابوالفضل (۱۳۸۰). الاصول. قم: مؤسسه آیت الله العظمی البروجردی لنشر معالم اهل البيت (علیهم السلام).
۵۶. نمله، عبدالکریم (۱۴۲۰ق). المهذب فی علم الاصول الفقه المقارن. ریاض: مکتبه المرشد.
۵۷. ولیدی، محمدصالح (۱۳۸۷). مختصر النافع حقوق جزای عمومی، تهران: خط سوم.

تأملی فقهی و حقوقی پیرامون اراده در قراردادهای مجازی

با تکیه بر اسناد بین‌المللی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۲۸

نوع مقاله: پژوهشی

امیر احمدی*

یاسر یوسفی**

اسلام باباخانی***

چکیده

سرعت بالای انعقاد قراردادهای مجازی زندگی بشر را در امور معیشتی و معاملاتی تحت الشعاع خود قرار داده است. هدف این پژوهش، بررسی اراده متعاقدین در قراردادهای مجازی، و بیان خلأها با عنایت به قوانین مدونه ایران، فقه اسلامی و اسناد بین‌المللی از جمله کنوانسیون ژنو و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا می‌باشد. در قانون تجارت الکترونیک ایران به وضوح احکام قصد و رضا مجازی بیان نشده است. بنابراین، در این پژوهش به بحث ایجاب و قبول مجازی، قصد و رضای مجازی و اثر تراضی طرفین قرارداد با تلفن و تلفکس و سایر وسایل الکترونیکی پرداخته خواهد شد. برای جمع‌آوری اطلاعات و تحلیل آنها از روش کتابخانه‌ای و اسنادی استفاده شده است. باید افزود که این پژوهش از نظر هدف کاربردی و از نظر ماهیت توصیفی و تحلیلی است. بنابر مطالعه صورت گرفته می‌توان نتیجه گرفت که برای انعقاد یک قرارداد مجازی در بحث قصد و رضا، چالش‌ها و خلأهایی در قانون وجود دارد که راهکارهایی برای رفع این خلأها و نواقص ارائه شده است.

واژگان کلیدی: اراده، اسناد بین‌المللی، ایجاب، قانون تجارت الکترونیک ایران، قبول مجازی، قرارداد مجازی، قصد و رضا، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، کنوانسیون ژنو.

* استادیار گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

Amir.Ahmadi@pnu.ac.ir

** پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضاییه، تهران، ایران.

yaser.yousefi1360@gmail.com

*** کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی، دبیر آموزش و پرورش شهرستان کرج، البرز، ایران.

Islam457@gmail.com

مقدمه

در حالی که دسترسی به اینترنت در سرتاسر جهان به یکی از مهم‌ترین و تعیین‌کننده‌ترین واسطه در جامعه برای قراردادهای و مبادلات الکترونیکی^۱ تبدیل شده است، به‌کارگیری آن نیز در جهت افزایش سرعت انعقاد و انحلال قرارداد در تمامی فرصت‌های تجاری جدید ضرورت دارد (احمدی، ۱۴۰۰، ص. ۹). در قراردادهای الکترونیکی همانند قراردادهای سنتی، اعتبار اعمال قراردادی در گرو مطابقت دو اراده است (آهنگران و احمدی، ۱۳۹۸، ج. ۲، ص. ۲). برخی اذعان دارند اصل آزادی قراردادهای و تقدس قرارداد در لوای قواعد یا اصولی نظیر تسلیط، اقدام، لزوم، شروط، صحت آن توجیه می‌شود که باعث پذیرش قطعی اصل حاکمیت اراده و آثار آن است (بابایی و ترابی، ۱۴۰۰، ص. ۹۶). برای انعقاد هر قراردادی اعم از مجازی، اعلام قصد و رضا به عنوان شرایط اساسی ضروری است، چنانچه بتوان فهمید که طرفین قرارداد مطلوب آنها یک چیز است و بر آن توافق دارند. حال در قراردادهای مجازی با عنایت به اینکه طرفین در مجلس قرارداد حضور ندارند، قصد و رضا آنها چگونه در انعقاد قرارداد محقق می‌گردد.

در فقه اسلامی احکام و آثار متفاوتی درباره قصد و رضا ذکر شده و در موارد متفاوتی قصد و رضا از هم تمییز داده شده است. نبودن قصد در همه عقود و قراردادهای سبب بطلان قرارداد است لذا انعقاد قرارداد به قصد انشاء وابسته دارد. بر همین مبنا، قاعده «العقود تابعة للقصد» از قاعده‌های اساسی و پایه‌ای در فقه معاملات و قراردادی می‌باشد، ولی همچنین حکم و اثری در مورد فقدان رضا وجود ندارد و در قراردادهای اکراهی فقدان رضای مالک باعث بی‌اثر شدن و بطلان نمی‌شود و قرارداد را غیرنافذ می‌کند (نراقی، ۱۴۱۵، ج. ۱۴، ص. ۱۵۹-۱۶۰ و حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ج. ۲، ص. ۸۶). در قراردادهای سنتی که غالباً با حضور طرفین یا نماینده قانونی آنها می‌باشد در انعقاد قرارداد مشکلی ایجاد نمی‌شود؛ اما در قراردادهای مجازی که ایجاب و قبول مجازی است موضوع کمی پیچیده‌تر می‌شود (دسوقی، ۲۰۰۳، ص. ۷۷). برخی معتقدند که در فضای مجازی، تعیین قانون مناسب و اجراپذیر دشوارتر از محیط فیزیکی است (کاوایانی و الماسی، ۱۳۹۹، ص. ۱۳۴). اما امروزه قراردادهای تجاری از

طریق فناوری‌های جدید انجام می‌شوند و قراردادهای مجازی نیاز به یک نوع اقتباس از مفاد قوانین و امکانات قدیم، برای ایجاد قوانین و امکانات جدید دارد (Farrell, 2003, p. 227). با این وجود می‌توان گفت که در قانون تجارت الکترونیک درباره قصد و رضا تصریحی وجود ندارد و به استناد ماده ۴ این قانون از احکام عمومی قانون مدنی در بحث قصد و رضای مجازی استفاده می‌شود. هدف این پژوهش پیرامون قصد و رضا در قراردادهای مجازی با تکیه بر اسناد بین‌المللی خواهد بود.

با توجه به سکوت قانون‌گذار در خصوص قصد و رضا در قراردادهای مجازی حکم چیست؟ سؤال دیگر این است که برای انعقاد هر قرارداد مجازی رعایت شرایط اساسی صحت معامله از جمله قصد و رضا لازم است و در صورت فقدان قصد به هر دلیلی اثر و حکم قرارداد مجازی چیست؟ تطابق دو اراده در قراردادهای مجازی به چه صورت امکان‌پذیر است؟

۱. تعریف قرارداد مجازی و وجه افتراق آن با قراردادهای سنتی

واژه «الکترونیک» صفت از کلمه «الکترون» و منظور از آن وسایل ارتباطی از قبیل اینترنت، تلفن، تلگراف، و نظیر این موارد است (احمدی، ۱۴۰۰، ص. ۱۰). عقود سنتی در ماده ۱۸۳ قانون مدنی توسط قانون‌گذار تعریف شده است. در بند «ص» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک و اسناد بین‌المللی از جمله کنوانسیون ژنو در تعریف عقد از راه دور^۲ آمده است: «ایجاب و قبول راجع به کالاها و خدمات بین تأمین‌کننده و مصرف‌کننده با استفاده از وسائل ارتباط از راه دور است».

حقوق‌دانان در تعریف قرارداد الکترونیکی اظهار داشته‌اند: «توافقی است که با واسطه‌های الکترونیکی ایجاد می‌شود» (Rosas, 2004, p. 81; Whiteley, 2000, p. 6). لذا آنها انعقاد قراردادهای مجازی را از طریق واسطه‌های الکترونیکی می‌دانند (ر.ک: Rosas, 2004, p. 81; Whiteley, 2000, p. 6; دیجانی و باجاج، ۱۳۷۶، ص. ۴؛ ابوالحسن مجاهد، ۲۰۰۰، ص. ۲۹ و شهیدی، ۱۳۸۲، ص. ۱۱). بدین ترتیب در تعریف قراردادهای الکترونیکی می‌توان گفت: «عمل حقوقی است که با توافق طرفین باعث انعقاد عقد از طریق هر نوع واسطه الکترونیکی می‌شود» (احمدی، ۱۴۰۰، ص. ۱۱). در وجه شباهت قراردادهای مجازی و سنتی می‌توان گفت که قراردادهای سنتی و

الکترونیکی در ماهیت انعقاد با قراردادهای سنتی یکسان هستند (Freedman, 2000, p. 7). لذا وجه افتراق آنها را با توجه به تعریف قانون تجارت الکترونیک می‌توان در شکل حصول تراضی دانست. به این معنا که در قراردادهای مجازی برخلاف قراردادهای سنتی، تراضی و اعلام اراده به وسیله واسطه‌های الکترونیکی انجام می‌پذیرد. قانون‌گذار ایران شرایط خاصی را برای انعقاد قراردادهای مجازی بیان نکرده است. اما می‌توان گفت در قراردادهای مجازی علاوه بر رعایت شرایط قراردادهای سنتی، با توجه به ماده ۱ قانون تجارت الکترونیک کلیه مبادلات و معاملات مجازی از طریق واسطه‌های الکترونیکی منعقد می‌شود.

۲. وجود و اعلام اراده در قراردادهای مجازی

در این بحث به بودن وجود اراده به عنوان شرط اساسی در قرارداد مجازی و نحوه اعلام و اظهار اراده پرداخته می‌شود.

۲-۱. وجود اراده (قصد و رضا) در قراردادهای مجازی

اهل لغت، اراده را از ماده «رود» (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۴۷۸) به معنای خواستن و قصد داشتن (دهخدا، ۱۳۶۱، ص. ۱۶۰۵)، طلب و برگزیدن (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۴۷۸) آورده‌اند. در فقه تعریفی مستقلی از اراده بیان نشده است. از قصد و رضا تعبیر به «اراده»^۳ شده است و در قانون مدنی و فقه امامیه به تفکیک اراده را به دو عنصر قصد و رضا تقسیم نموده‌اند (قنوتی و دیگران، ۱۳۹۳، ص. ۲۳۸ و صفایی، ۱۳۸۴، ص. ۶۲). اراده گاه مجموع قصد و رضا و گاه منحصر به قصد انشاء می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۲، ص. ۵۵). براساس بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران از اراده به دو حالت جداگانه درونی «رضا» و «قصد» یاد شده است. در این صورت می‌توان گفت دو نوع اراده وجود دارد. اراده ظاهری و باطنی مخالفان و موافقان در ایجاد قرارداد دارد (رک: خورسندیان و ذاکری‌نیا، ۱۳۸۸، صص. ۷۳-۹۹). «اراده ظاهری» اعلام قصد و اراده است و «اراده باطنی» رضا و قصد انشاء درونی می‌باشد. لذا برای انعقاد و صحت هر قراردادی اعم از قرارداد مجازی به این دو اراده نیاز است. در فقه نیز به اراده ظاهری و باطنی به عنوان دو چهره اراده اشاره شده است. برخی اراده مظهره و مضمهره را به کار برده‌اند (خورسندیان و ذاکری‌نیا، ۱۳۸۸،

ص. ۷۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص. ۱۲۱ و خویی، ۱۳۷۷، ص. ۵۳). بنابراین برای ایجاد یک قرارداد مطلوب باید اراده باطنی (مجتهد سلیمانی، موسوی و امامی، ۱۳۹۷، ص. ۲۵۹) سالم و جدی تبدیل به اراده ظاهری شود و اراده ظاهری و باطنی با هم تطابق عرفی داشته باشند و وجود هر یک به تنهای کافی نیست. این موضوع در قانون مدنی ایران و در بین مشهور فقهای امامیه پذیرفته شده است (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۱۷۵؛ صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۲۲، ص. ۲۵۵؛ نجفی خوانساری، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۲۵۶ و خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۴۱۸).

شایان ذکر است که در ماده ۱۹۵ قانون مدنی آمده است: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید آن معامله بواسطه فقدان قصد باطل است». لذا اگر به هر دلیلی اراده معیوب باشد اثر قرارداد و حکم قرارداد متفاوت خواهد بود (صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۲۲، ص. ۲۶۰ و ۲۶۵؛ بحرانی، ۱۳۶۸، ج ۱۸، ص. ۳۷۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۱۵۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۸ و انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۳۰۷). آیا در قراردادهای مجازی نیز این‌گونه است؟ به نظر می‌رسد در مواردی که در قرارداد مجازی در محیطی آرام و بدون دغدغه و فشار از سوی عامل خارجی انجام نگیرد و برای طرفین قرارداد به هر دلیلی قصد نباشد و باعث مخدوش شدن قصد شود باید حکم به بطلان و عدم انعقاد قرارداد صادر نمود.

۲-۲. اعلام و بیان اراده در قراردادهای مجازی

بیان اراده دارای تشریفات خاصی نیست و بعد از وجود اراده سالم، طرفین قرارداد باید قصد جدی در انشاء را داشته باشند در غیر این صورت قراردادی منعقد نخواهد شد. وجود قصد به تنهای برای انعقاد قرارداد کافی نیست، بلکه قصد باید از طریق ایجاب واقعی اظهار شود. در قانون مدنی ایران به تبعیت از فقه اسلامی هر عقد یا قراردادی که با قصد و رضا از طرف اشخاصی که اهلیت دارند و موضوع قرارداد مشخص و مشروع باشد محمول بر صحت است؛ با این وجود آیا واسطه‌های الکترونیکی می‌تواند یکی از راه‌های اعلام اراده تلقی شوند؟

در قراردادهای مجازی اعلام و بیان اراده از طریق به اشتراک گذاشتن در فضای مجازی از جمله محیط وب یا از طریق ایمیل انجام می‌پذیرد. به بیان دیگر اظهار اراده

می‌تواند توسط واسطه‌های الکترونیکی باشد. به همین جهت در ماده ۱۹۱ قانون مدنی آمده است: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». بدین ترتیب طرفین قرارداد چه به صورت حضوری و چه مجازی باید قصد انشاء داشته باشند، چرا که قصد انشاء یک مسئله درونی است که باید به صورت لفظی یا عملی (توسط واسطه‌های الکترونیکی) به دور از ابهام و اجمال باشد. بنابراین مستنبط از مواد ۱۹۱، ۱۹۵، ۱۹۶، ۴۶۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی ایران می‌توان اظهار داشت که عقد تابع اراده واقعی طرفین قرارداد است. اما از لزوم حفظ عقود و قراردادهای نیز نباید غافل بوده، زیرا ماده ۲۲۴ قانون مدنی الفاظ عقود را محمول بر معانی عرفیه می‌داند. بنابراین اگر احد طرفین قرارداد ادعا کند که الفاظ قرارداد مبین اراده واقعی او نیست، باید ثابت کند که در معانی عرفیه هم استعمال نشده است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۵۵). علاوه بر این در ماده ۶ قانون تجارت الکترونیک آمده است: «هر گاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، «داده‌پیام» در حکم نوشته است». بنابراین اعلام اراده واقعی در قراردادهای مجازی در بستر اینترنت و وبسایت توسط داده‌پیام^۵ (یعنی ارسال یا دریافت اراده واقعی) به وسیله اصل‌ساز^۶ به مخاطب^۷ اعلام می‌شود. مخاطب نیز شخصی است که اصل‌ساز قصد دارد، وی پیام را دریافت کند^۸. از این جهت براساس بند «الف» ماده ۲ داده‌پیام ارسالی یا دریافتی، به صورت نمادی از واقعه، اطلاعات یا یک مفهوم است که توسط وسایل الکترونیکی دریافت می‌شود که آن نماد یا اطلاعات ارتباطی با مبرز قصد دارد.

مثلاً کالا یا خدماتی اطلاع‌رسانی و توصیف می‌شود که نشان از اراده آن شخص است که در موارد استثنایی در ذیل ماده ۶ قانون تجارت الکترونیک، قراردادهای مجازی کتبی محسوب می‌شوند. همان‌طور که روشن است در قراردادهای سنتی، ساده‌ترین وسیله تفهیم معانی الفاظ است و امکان اعلام صریح اراده توسط نوشته نیز امکان دارد. اما به طور معمول در قراردادهای مجازی، دو طرف قرارداد اراده خود را به صراحت توسط واسطه‌های متداول الکترونیکی به منظور انعقاد قرارداد اعلام می‌کنند.

۳. توافقی اراده در قراردادهای مجازی

پرواضح است که تا توافق درباره هر قراردادی به هر وسیله‌ای صورت نگیرد، قرارداد

واقع نمی‌شود.^۹ یعنی هر یک از طرفین بر یک چیز واحد تراضی کنند. مثلاً اگر قصد یکی از طرفین قرارداد خرید پارچه ابریشم باشد و قصد طرف مقابل فروش پارچه حریر باشد، معامله تحقق نخواهد یافت. بدین ترتیب برای اینکه غرر، شبهه و اختلافی پیش نیاید طرفین قرارداد اوصاف و ارزش قرارداد را مورد تراضی قرار می‌دهند و مواردی که فرعی و در قانون مشخص نشده است را می‌توان به عرف واگذار کرد، مگر اینکه به صراحت یا به صورت ضمنی درباره آن امور فرعی قبلاً تراضی و توافق صورت گرفته باشد. بنابراین در قراردادهای مجازی که یک طرف قرارداد در یک کشور و طرف دیگر قرارداد در جای دیگر در کره زمین حضور دارد چگونه می‌توان فهمید که توافق صورت گرفته است؟ به طور اجمال در پاسخ می‌توان گفت: طبق قواعد و مسلمات فقهی (العقود تابعة للقصود) و آیه صریح قرآن^{۱۰} و همچنین ماده ۱۹۴ قانون مدنی، توافق اراده با هر واسطه‌ای (از جمله وسایل الکترونیکی) که انجام شود، باید احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء آن را داشته است، در غیر این صورت حکم به بطلان می‌شود.

۴. ایجاب و قبول در قراردادهای مجازی به عنوان ارکان توافق در اراده

از ایجاب و قبول به عنوان رکن عقود و قراردادها یاد شده است. برخی از فقهای معتقدند که لفظ تنها وسیله بیان اراده و ایجاب و قبول است و برای آن لفظی خاص قائل می‌شدند (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۱ق، ج ۸، ص. ۱۴۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص. ۵۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۷؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ص. ۹۱؛ عاملی، بی‌تا، صص. ۱۵۶-۱۵۷؛ صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۲۲، صص. ۲۰۳ و ۲۱۹؛ انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۱۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۱۴۴ و طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص. ۷۶ به بعد). برخی معتقدند که اعلام اراده به وسیله نوشته نیز ممکن است؛ زیرا نوشته همانند الفاظ واسطه انتقال معانی هستند و از این جهت با هم تفاوتی ندارند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۵۷). در نهایت برخی فقها، هم لفظ و عمل و نوشته را برای انشاء معامله کافی دانسته‌اند (ر.ک: خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، صص. ۳۲۳ تا ۳۲۸). بنابراین ایجاب می‌تواند به وسیله داده‌پیام از طریق واسطه الکترونیکی باشد. نکته بسیار مهم اینکه محقق حلی به عنوان فقیه متقدم وقوع برخی از عقود (مانند ضمان و رهن) را به

وسيله کتابت، بلامانع دانسته است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، صص. ۶۶ و ۸۸). این خود شاید دلیل مناسب و نقطه عطف برای تبدیل مبنا در «قراردادها مجازی» باشد. زیرا امروزه ایجاب و قبول به صورت نوشته برای انعقاد قرارداد، در صفحه وب یا با پست الکترونیک صورت می‌گیرد! بدین ترتیب در محقق شدن عقد وسیله خاصی ضروری نیست و هر چه دلالت بر انشاء عقد کند در انعقاد عقد مکفی است (خویی، ۱۳۷۷ق، صص. ۵۲-۵۳). در قانون مدنی ایران با توجه به ماده ۱۹۱ اعلام اراده با هر وسیله برای انعقاد قرارداد قابل تحقق است. مثلاً با توجه به ماده ۱۹۳ می‌تواند به صورت قبض و اقباض باشد (مجتهد سلیمانی، موسوی و امامی، ۱۳۹۷، ص. ۲۷۲)، به جز موارد استثنائی مانند نکاح؛ پس دو طرف می‌توانند با ایجاب و قبول (لفظ و عمل) توسط واسطه‌های الکترونیکی مانند تلفن، اینترنت، تلگرام یا ایمیل اقدام به انعقاد یک قرارداد کنند. باید گفت که شریعت (حقیقت شرعی) برای ایجاب قرارداد شیوه ویژه و خاصی تعیین نکرده است (صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۲۲، ص. ۲۰۴) و می‌توان تا اینجا بسنده کرد که از امور امضایی مورد تأیید شارع و تابع عرف است! کنوانسیون ژنو مصوب ۲۰۰۵ تعریفی از ایجاب و قبول بیان نکرده است. به موجب ماده ۱۱ این کنوانسیون^{۱۱} ایجاب و قبول برای انعقاد قرارداد توسط داده‌پیام صورت می‌پذیرد.

به نظر این ماده با مبانی فقه متأخر منطبق‌تر است. زیرا فقهای متأخر در این‌باره معتقداند که هر آنچه را عرف خردمندان به عنوان مبرز قصد و رضا بپذیرد معتبر است. در این زمینه لفظ، فعل و کتابت یا هر کاشف دیگری (مانند داده‌پیام یا ایجاب در وب‌سایت یا ایجاب توسط تلگرام یا تلفن) تفاوت نمی‌کند، تا آنجا که منظور از ایجاب را معنای ایجاب و قبول دانسته‌اند نه لفظ خاصی که فقهای متقدم برای انعقاد قرارداد بیان کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۸۵؛ خویی، ۱۳۷۷، صص. ۵۲-۵۳؛ خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۲۰۵ به بعد). بدین ترتیب در قراردادهای مجازی یک طرف قرارداد ایجاب را توسط واسطه‌های الکترونیکی ارسال می‌کند و طرف دیگر عقد با بررسی حدود و ثغوری ایجاب، آن را قبول می‌کند. لذا در ایجاب و قبول مجازی طرفین قرارداد بدون حضور فیزیکی قرارداد را منعقد می‌نمایند و مطابق ماده ۶ قانون تجارت الکترونیک، قرارداد آنها کتبی محسوب می‌شود. با توجه به صراحت ماده ۴ قانون تجارت الکترونیک می‌توان آثار و احکام فقهی و حقوقی ایجاب و قبول عقود

سنتی را به قراردادهای مجازی سرایت داد.

ایرادی که می‌توان در اینجا وارد کرد این است که در قراردادهای سنتی طرفین قرارداد در مجلس عقد حاضر هستند و لفظ و امضاء در قرارداد کتبی به عنوان اراده نهایی طرفین عقد بسیار حائز اهمیت است. اما در قرارداد مجازی که طرفین قرارداد حضور فیزیکی ندارند، اراده نهایی از چه طریقی فهمیده می‌شود؟! پاسخی که می‌توان بیان کرد این است که در قراردادهای مجازی با فراهم شدن زمینه ایجاد امضای الکترونیکی در مواد ۷ و ۸ قانون تجارت الکترونیک و اعتبار قانونی آن، این ایراد به اعتبار قراردادهای مجازی بلاوجه است. از این رو قانون‌گذار در ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیک به شرایط و حدود امضاء اشاره کرده است و می‌توان تا حدودی قرارداد سنتی را به این نوع از قراردادهای مجازی تشبیه کرد. چالش و سؤال دیگر این است که آیا ارسال داده‌پیام توسط واسطه‌های الکترونیکی نشان‌دهنده اراده نهایی طرفین است؟ در مباحث بعدی به این سؤال پاسخ داده خواهد شد.

۴-۱. ایجاب در قراردادهای مجازی

۴-۱-۱. معنی ایجاب مجازی

«موجب» یا «ایجاب‌کننده» برای انعقاد قرارداد با هر وسیله الکترونیکی ابراز اراده می‌نماید. کلمه «ایجاب» در بسیاری از کتب فقهی مورد استفاده بوده لذا تعریفی صحیح از آن نشده است (آهنگران، و احمدی، ۱۳۹۸. الف، ص. ۱۰؛ آهنگران و احمدی، ۱۳۹۸. ب، ص. ۷۰). بدین جهت عنوان تعریف بر آن صدق نمی‌کند و فقط لفظ و کلمات ایجاب در کنار هم آمده است (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۴۸۰؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ص. ۵۷؛ شهید ثانی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص. ۲۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۷؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۱۹۱؛ عاملی، بی‌تا، صص. ۱۵۶-۱۵۷؛ صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۲۲، ص. ۲۰۳؛ انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۱۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۱۴۴؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۷۶ به بعد). همچنین معاجم و فرهنگ‌های اصطلاحات فقهی خالی از این تعریف هستند (عبدالمنعم، بی‌تا، ج ۱، ص. ۳۳۹؛ سعدی، ۱۴۰۸ق؛ مشکینی، ۱۴۱۳ق، به نقل از: صدری، ۱۳۸۸، ص. ۱۶۶). در قانون مدنی و قانون تجارت الکترونیکی نیز تعریفی از ایجاب نشده است. ماده ۲ قانون

تجارت الکترونیک در بند «ص» ایجاب و قبول را در کالاها و خدمات بین تأمین‌کننده و مصرف‌کننده با استفاده از وسایل ارتباط از راه دور می‌داند.

ایجاب در لغت به معنای واجب ساختن و الزام آمده است (طریحی نجفی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۴۶۸). ایجاب اعلام اراده کسی است که طرف قرارداد را بر مبنای معینی به انجام دادن معامله دعوت می‌کند، به گونه‌ای که اگر پیشنهاد مورد قبول طرف قرار گیرد او به مفاد آن پای‌بند شود، خواه پیشنهاد ناظر به شخص معین یا عموم مردم باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۶۱). به عبارتی دیگر «ایجاب، انشای بالفعل عقد با اراده ابراز شده می‌باشد» (شهیدی، ۱۳۸۲، ص. ۱۴۴). در بند یک ماده ۱۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^{۱۲} مصوب ۱۹۸۰ ایجاب به معنای «پیشنهادی خطاب به یک یا چند نفر معین که حداقل کالا و قیمت را معین کرده باشد» آمده است. برخی ایجاب مجازی را مثل ایجاب سنتی دانسته‌اند و قائل به تمییز نیستند (مقامی‌نیا، ۱۳۹۱، ص. ۹۰). برخی معتقدند که ایجاب ممکن است با لفظ به واسطه تلفن، و یا فعل توسط نامه پستی به صورت کتبی، تلکس و فاکس صورت پذیرد و نیز به واسطه اینترنت، از جمله داده‌پیام یا تبادل داده‌ها مجازی، در بستر وب‌سایت، پست الکترونیکی^{۱۳} و یا اتاق گفتگوی مجازی، برای انعقاد یک قرارداد مجازی انجام گیرد (Inaya Malik, et al. 2011, p. 2).

به نظر می‌رسد بین ایجاب سنتی و مجازی تفاوت است، از جمله این تفاوت‌ها این است که ایجاب سنتی به صورت حضوری از جمله الفاظ، عمل و حتی موافات ممکن است. اما در ایجاب مجازی به واسطه‌های داده‌پیام در صفحه وب یا ایمیل و نظیر این موارد است. همچنین مکان ایجاب در قراردادهای سنتی معلوم ولی در قراردادهای مجازی نامعلوم و گاهی فرامرزی و برای تشخیص آن باید IP^{۱۴} مورد بررسی قرار گیرد. از این رو قراردادی که بدون حضور فیزیکی طرفین قرارداد صورت می‌گیرد افرادی می‌توانند مدعی ایجاب و یا قبول یک سفارش شوند که اصلاً آن را منعقد نکرده‌اند و یا امضای مجازی جعلی و غیرمجاز از سوی شخصی دیگر زیر یک سند الکترونیکی قرار گیرد. در ماده ۱۸ قانون تجارت الکترونیک که از ماده ۱۳ قانون آنستیرال اقتباس شده است طرق انتساب ایجاب و صحّت انتساب آنها به اصل‌ساز (ایجاب‌کننده) و یا نماینده قانونی او مقرراتی پیش‌بینی شده است. در این ماده آمده است: «در موارد زیر «داده‌پیام» منسوب به اصل‌ساز است، الف) اگر توسط اصل‌ساز و یا

به وسیله شخصی ارسال شده باشد که از جانب اصل‌ساز مجاز به این کار بوده است. (ب) اگر به وسیله سیستم اطلاعاتی برنامه‌ریزی شده یا تصدی خودکار از جانب اصل‌ساز ارسال شود» (آهنگران، و احمدی، ۱۳۹۸. الف، ص. ۱۲؛ آهنگران و احمدی، ۱۳۹۸. ب، ص. ۷۲؛ رشوند و ناصر، ۱۳۹۸، ص. ۲۸۹). بر این اساس در انعقاد قراردادهای مجازی اگر ثابت شود که ایجاب و یا قبول با داده‌پیام از سوی اصیل یا قائم مقام او ارسال شده است و یا سیستم الکترونیکی به طور هوشمند برنامه‌ریزی شده که ایجاب یا قبول به طور خودکار صورت می‌پذیرد، می‌توان گفت داده‌پیام منتسب به اصیل و کاشف از اراده واقعی او است.

۴-۱-۲. گفتگوهای مقدماتی در قراردادهای مجازی

درباره دعوت به ایجاب و گفتگوهای مقدماتی قوانین مدونه و نیز قانون تجارت الکترونیک ایران، ساکت است. برخی از مذاکرات در قراردادهای مجازی، می‌تواند مقدمه‌ای برای انعقاد قرارداد اصلی باشد. در واقع هدف اصلی از گفتگوهای مقدماتی «ایجاد التزام نیست و طرفین قرارداد می‌خواهند با آگاه ساختن طرف مقابل از واقعیت‌ها و تبلیغ، میل به انجام قرارداد و معامله را در مخاطب ایجاد کنند» (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص. ۲۲۷). بنابر نظر مشهور فقها الفاظ عقد (چه در قراردادهای سنتی و چه مجازی) باید صریح و روشن در معنا باشند و الفاظ کنایی مکفی نیست و باعث عدم وقوع عقد می‌شود (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۱۱۹). بر خلاف این نظر برخی از فقها معتقدند هر لفظی هر چند به کمک قرائن و شواهد، در عرف ظهور در معنای عقد داشته باشد برای انعقاد عقد مکفی است (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص. ۲۵۳؛ خویی، ۱۳۷۷، صص. ۵۲-۵۳؛ انصاری، ۱۴۲۰ق، ص. ۲۰). آنچه مسلم است، ایجابی که از طریق واسطه‌های الکترونیکی صورت می‌گیرد باید حاوی اعلام اراده قوی باشد تا با الحاق قبول به ایجاب، عقد منعقد شود. اما گاهی تشخیص آگهی تبلیغاتی از گفتگو برای انعقاد قرارداد بسی مشکل است. مثلاً نمی‌توان تشخیص داد که چه داده‌پیام یا اراده مجازی را می‌توان ایجاب دانست؟ آیا تحقیق صرف برای مطلع شدن از نوع کالا یا خدمات یا قیمت آنها توسط تلفن و یا مثلاً پست الکترونیکی ایجاب است و ملاک تشخیص آن از گفتگوی مقدماتی چیست؟ لذا این بحث بسیار مهمی در انعقاد قرارداد مجازی خواهد بود. قبل

از هر چیزی باید افزود، به دور از هر گونه فریب و تدلیس، تبلیغ کالاهای مشروع که مخالف نظم عمومی نباشد مجاز است، مثلاً شخصی در یک سایت اینترنتی اعلان نماید که اتومبیلی با اوصاف معین به قیمت روز فروخته می‌شود. از این جهت افراد می‌توانند برای مشاهده و دادن پیشنهاد به همان سایت و صفحه وب مراجعه کنند. حال این سؤال مطرح است که اگر فرد اعلان کنند که از پیشنهاد خود منصرف شده است چه اتفاقی پیش خواهد آمد؟ در پاسخ می‌توان گفت که هر گاه آن آگهی اختیار و اجازه اعلام اراده را به طرف قرارداد نداده باشد، که مثلاً در صفحه وب کلیک کند یا به هر روشی پیشنهاد را بپذیرد، این اعلام فقط نوعی آگهی، به ویتترین گذاشتن و یک نوع تبلیغ و راهی برای مذاکره برای انعقاد قرارداد است و قطعاً ایجاب یک قرارداد نیست و نیز الزامی ایجاد نمی‌کند. جا دارد در این باره به سکوت قانون نمونه آنسیترال اشاره شود. لذا ماده ۱۹ دستورالعمل تجارت الکترونیک اتحادیه اروپا^{۱۵} ایجاب را از سوی مشتری دانسته و زمانی که فروشنده یا تأمین‌کننده خدمات سفارش را بپذیرد قرارداد منعقد می‌شود. خوب است که در آگهی‌های آنلاین دقت در ضوابط و شرایط تبلیغات جدی گرفته شود تا قضاوت در تفسیر آن به عنوان ایجاب به اشتباه نیفتند.

ملاک‌های دیگری مانند محدودیت کالای پیشنهادی و یا فروش آن به اشخاص معین و اینکه آیا حق انتخاب و تأیید «قبول» از طرف فروشنده نیز وجود دارد یا نه، در تشخیص «ایجاب» از «دعوت مقدماتی» برای انجام معامله تأثیرگذار است (Smith, et al. 2002, pp. 10-4-3). باید افزود که هر گاه محقق شدن ایجاب قطعی و مسلم نباشد نمی‌توان حکم به انعقاد قرارداد داد هر چند گفتگوهای طرفین قرارداد حکایت از رضایت طرفین نماید (خویی، ۱۳۷۷ق، ص. ۱۴۵). بنابراین قصد انعقاد قرارداد، بدون اینکه قصد و رضا بیان گردد، - نه به مفهوم کراهت داشتن از معامله - و نیز اگر قصد با آرزوی و امید انعقاد قرارداد همراه باشد و بیان نشود، هیچ اثری ندارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۸۶). برخی فقها در این باره می‌گویند که در قرارداد بیع و سایر قراردادها، فقط رضایت درونی محض کفایت نمی‌کند و باید با یک مبرز خارجی همراه باشد (خویی، ۱۳۷۷ق، صص. ۵۲-۵۳). همچنین در ماده ۱۹۱ قانون مدنی به این اشاره دارد که قصد انشاء و بیان اراده، باید صریح و ملزم‌کننده باشد.

برای تمییز ایجاب از گفتگوی مقدماتی در قرارداد مجازی، تصریح ایجاب بدون قید

و شرط در آغاز ضروری است تا رفع شبهه شود؛ مثلاً در وب‌سایت طرف قرارداد قید شود که این گفتگو و اظهارات، گفتگوی مقدماتی یا یک ایجاب می‌باشد. همچنین در اثبات ایجاب و یا گفتگوی مقدماتی باید قصد طرفین و شروط پیشنهادی در قرارداد بررسی شود و در نهایت با توجه به اوضاع و احوال و قرائن مثبت به این مهم دست یافت. بر همین اساس اصل عدم انعقاد قرارداد است و اعلام اراده باطنی و ابراز شده را می‌توان معیار تمییز یک ایجاب از گفتگوی مقدماتی برای هر قرارداد دانست. لذا با اشاره و فرستادن علائم اینترنتی و مجازی، عرفاً ایجاب و قبول و اعلام اراده ممکن نیست و اثر حقوقی نخواهد داشت، مگر اینکه ایجاب به وسیله عمل باشد. مانند اینکه یک فروشنده کتب مجازی توسط ایمیل یا سامانه هوشمند وب‌سایت خود نسخه از یک کتاب مجازی را برای خریدار ارسال کند. این نحوه اعلام ایجاب با توجه به نحوه رضایت خریدار و قبول او نسبت به قرائن موجود معین می‌گردد و اگر طرف قرارداد، ثمن کتاب را به صورت مجازی به حساب ایجاب‌کننده (فروشنده) واریز کند خود یک نوع قبول عملی قرارداد مجازی است.

۴-۲. قبول در قراردادهای مجازی

۴-۲-۱. مفهوم قبول مجازی

به شخصی که اراده خود را برای انعقاد و پذیرش یک قرارداد به هر وسیله‌ای، به ایجاب‌کننده می‌رساند «قابل» یا «مخاطب ایجاب» یا «قبول‌کننده» گویند. در لغت، «قبول» به معنای پذیرفتن چیزی است (دهخدا، بی‌تا). در اصطلاح حقوقی، «قبول» رضایت به ایجاب ابراز شده از سوی مخاطب، برای انعقاد قرارداد است (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴، ص. ۵۰۷). در تعریف دیگری از قبول آمده است: «قبول عبارت از پذیرش بدون قید و شرط کل مفاد ایجاب به وسیله مخاطب ایجاب، و بدیهی است که قبولی مشروط کافی نیست و ایجاب متقابل به عنوان قبولی مشروط تلقی می‌شود» (Eftekhar Jahromi, et al. 2008, p. 40). حال اگر ایجاب‌کننده برای قبول ایجاب مدتی را معین کرده باشد، قبول باید در ظرف همان مدت واقع شود وگرنه قبول اثر حقوقی نخواهد داشت (صفایی، ۱۳۸۴، ص. ۷۲). بدین ترتیب قبول باید در مدت زمانی که ارائه شده است و یا در صورت عدم وجود چنین شرایطی، در مدت معقولی از زمان معین، به ایجاب‌کننده برسد (Viscasillas, et al. 2001, p. 40).

p. 386). مثلاً در یک وب‌سایت خرید و فروش، کالایی را به ایجاب می‌گذارند و مدتی برای ایجاب مشخص می‌شود و در ذیل سبد خرید نوشته شده است آیا تمام شرایط را قبول دارید، و کلیک کردن به منزله انعقاد قرارداد می‌باشد و زمانی که مخاطب ایجاب، تصمیم به قبول بگیرد باید به نحوی از قبیل کلیک کردن یا پرداخت ثمن کالا تصمیم و اراده نهایی خود را برای انعقاد قرارداد به اطلاع ایجاب‌کننده برساند. پس به موجب ماده ۱۹۱ قانون مدنی «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». بدین جهت می‌توان گفت، «قبول» پاسخ مثبت به ایجاب است و قبول باید توسط مخاطب روشن و بدون قید و شرط باشد؛ این قبولی می‌تواند به سه صورت: ۱- با استفاده از یک اعلامیه، ۲- یک عمل و یا ۳- حتی سکوت یا عدم واکنش، انجام شود (Smith, et al. 2002, p. 453). مسلم است که قبول تشریفات خاصی ندارد و در قراردادهای سنتی و مکتوب قبولی از طریق الفاظ، امضاء و یا اشارات یا عمل صورت می‌گیرد. در قراردادهای مجازی به دلیل عدم حضور فیزیکی و گاهاً عدم شناخت ایجاب‌کننده و مخاطب ایجاب انتساب قبولی به مخاطب کمی سخت و پیچیده می‌شود و قبول مجازی به هر شکلی از جمله کلیک کردن در صفحه وب‌سایت، پر کردن فرم، ارسال قبول از طریق پست الکترونیکی، امضاء مجازی، تلفن، تلگراف و یا فکس، پرداخت اینترنتی و نظیر این موارد می‌تواند انجام شود. در قانون تجارت الکترونیک قواعد و احکامی درباره قبول مجازی وجود ندارد و مطابق ماده ۴ و ۳۰ قانون تجارت الکترونیک باید به قواعد عمومی قراردادهای سنتی رجوع شود. بنابراین در تعریف قبول مجازی می‌توان گفت: «اعلام رضایت مطلق و بدون قید و شرط بر مفاد ایجاب با هر واسطه الکترونیکی را «قبول مجازی یا الکترونیکی» گویند».

قبول اینترنتی باید قاطعانه و به دور از هرگونه قید و شرط اضافی و یا کاستن از شرایط ایجاب باشد (Smith, et al. 2002, p. 453). در بند ۱ ماده ۱۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی آمده است که: «الفاظ یا سایر اعمال مخاطب ایجاب که دال بر رضای بر مفاد آن ایجاب باشد قبول محسوب می‌شود...». بدین ترتیب قبول را می‌شود به صورت مجازی بیان و ابراز کرد، مثلاً به شکل ارسال پست الکترونیکی یا یک کلیک کردن ساده در یک صفحه وب باشد.

۴-۲-۲. سکوت هنگام قبول در قراردادهای مجازی

فقها سکوت محض در هنگام توافق بر عقد را فاقد اثر دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص. ۲۳۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق. ج ۲، ص. ۸؛ مفید، ۱۴۱۰ق. ج ۱، ص. ۶۱۲)، مگر در مورد استثنایی مانند عقد نکاح دختر باکره که سکوت با امارات نشانه رضایت است. برخی نیز به پیروی از این نظریه آن را تأیید نموده‌اند (اصغری خاتونی، ۱۳۹۳، ص. ۱۹). در این باره ماده ۲۴۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «سکوت مالک ولو با حضور در مجلس عقد اجازه محسوب نمی‌شود». لذا سکوت نشانه رضایت نیست، مگر اینکه قرائن و شواهدی دال رضایت شخص ساکت موجود باشد؛ به عنوان نمونه برای اجازه در عقد فضولی سکوت نشانه رضایت نیست چون این سکوت می‌تواند اعم از رضایت باشد (صاحب جواهر، ۱۹۸۱م، ج ۲۲، ص. ۲۹۳ و ج ۲۳، ص. ۱۶؛ شهید ثانی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص. ۲۳۴). در ماده ۱۹ کنوانسیون قراردادهای بیع بین‌المللی مصوب ۱۹۸۰ و دستورالعمل تجارت الکترونیک اتحادیه اروپا به این امر اشاره شده است^{۱۶} (Viscasillas, et al. 2001, p. 386).

برخی معتقدند «هر جا که بر مبنای دلالت عرف بتوان سکوت را کاشف از قصد باطنی شمرد بایستی ایجاب را قبول شده تلقی کرد و دو طرف را پای‌بند به قرارداد دانست، زیرا بر مبنای اصل رضایی بودن معاملات، اگر منع خاصی در قوانین نباشد وسیله کشف اراده اثری در نفوذ آن ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص. ۲۶۴).
درباره طرف قبول یا مخاطب این سؤال مطرح است که آیا سکوت او در قرارداد مجازی دلالت بر قبول دارد؟ می‌توان گفت سکوت محض در قراردادهای مجازی باعث انعقاد قرارداد نمی‌شود. لذا قبول باید به طور صریح یا ضمنی به ایجاب‌کننده اعلام شود از این جهت ممکن است قبول به صورت فعل انجام گیرد مثلاً با مراجعه به سایت فروشنده قیمت کالا پرداخت شود، که این پرداخت مجازی می‌تواند کاشف از قبول قرارداد باشد. در قراردادهای مجازی شکل ایجاب و قبول بسیار متفاوت از قراردادهای سنتی است و طرفین ایجاب و قبول از هم دور هستند و بعضاً همدیگر را نیز نمی‌شناسند و ایجاب و قبول آنها به صورت مجازی است و امکان دارد ایجاب به هر روشی حتی به صورت فرستادن کالا و قبول به صورت پرداخت اینترنتی یا حواله‌ای صورت بگیرد که نشان از رضایت به انعقاد قرارداد است.

۴-۲-۳. تقدم قبول بر ایجاب در قراردادهای مجازی

تقدم قبول بر ایجاب و شرط بودن آن، در صحت قرارداد اختلافی است (انصاری، ۱۴۲۰ق، صص. ۱۴۰ تا ۱۵۶). برخی از فقها معتقدند که قبول بر ایجاب مقدم نمی‌شود و آن را اجماعی دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۲۰ق، صص. ۱۴۰-۱۴۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص. ۴۰). در مقابل اکثر فقها تقدم و جواز قبول بر ایجاب، مورد پذیرش آنها است (انصاری، ۱۴۲۰ق، صص. ۴۰-۱۴۱). بنابراین، مباحث گوناگونی که پاره‌ای از نویسندگان در تفاوت ایجاب و قبول و امکان تقدم قبول بر ایجاب بیان نموده‌اند از نظر عملی بی‌فایده است، زیرا در هر گفتگوی مقدماتی ناچار یکی باید سخن را آغاز و پایه‌ریزی کند، و دیگری به دنبال آن موافقت یا مخالفت خود را اعلام دارد با این وصف، ایجاب و قبول عنوانی است که، بر حسب تقدم و تأخر انشاء مفاد قرارداد و عقد، به بیان اراده دو طرف داده می‌شود و ایجاب به طور طبیعی مقدم است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۶۹). بنابراین بحث تقدم و تأخر ایجاب و قبول در قراردادهای مجازی نیز بی‌فایده خواهد بود زیرا ایجاب به هر نحوی به صورت مجازی به مخاطب خود خواهد رسید.

۴-۲-۴. عدول از قبول در قراردادهای مجازی

اصولاً در قراردادهای مجازی بعد از ایجاب به مخاطب و قبولی از سوی او قرارداد منعقد می‌گردد و برای طرفین قرارداد الزام‌آور است و عدول از ایجاب موضوعیت ندارد. بنابراین به دلیل سرعت بالای قراردادها مجازی، با اعلام قبول به ایجاب‌کننده عقد منعقد می‌شود و مخاطب فرصتی برای رجوع از قبول ندارد. اما اگر قبولی هنوز به ایجاب‌کننده نرسیده باشد مخاطب از هر طریقی از جمله تلفن زدن می‌تواند از قبول خود عدول کند. در ماده ۲۲ کنوانسیون قراردادهای بیع بین‌المللی مصوب ۱۹۸۰ آمده است که «ممکن است از قبول رجوع شود در صورتی که رجوع در زمان قبل و یا همزمان با وصول قبول به ایجاب‌کننده برسد». در سیستم‌های الکترونیکی پیشرفته امکان پس گرفتن قبول قبل از اینکه ایجاب‌کننده پیام قبولی را باز کند وجود دارد ولی در صورت باز کردن امکان آن وجود ندارد. لذا اصل، پذیرش قبول مجازی است، مگر اینکه شکل ایجاب به صورتی باشد که با قبول آن امکان عدول از آن ممکن باشد.

۵. شرایط ایجاب و قبول در قراردادهای مجازی

در بحث شرایط ایجاب و قبول به بحث تطابق اراده و توالی بین ایجاب و قبول پرداخته می‌شود.

۱-۵. تطابق اراده طرفین در قراردادهای مجازی

در قراردادهای مجازی درباره «تطابق اراده طرفین قرارداد»، عنوانی با این مضمون وجود ندارد و حقوق‌دانان آن را تحت عنوان «تعارض در فرم‌های قرارداد»^{۱۷} که باعث عدم تطابق ایجاب و قبول می‌شود یاد کرده‌اند. پیوستن ایجاب و قبول به تنهای باعث انعقاد عقد نخواهد شد و دو اراده در موضوع، نوع قرارداد، در عوضین، شخصیت طرفین قرارداد و ثمن و مثنی که شرط صحت هر قرارداد است باید به طور کامل با هم تطابق داشته باشند (خویی، ۱۳۷۷، ج ۳، صص. ۷۱-۷۳؛ حسینی حائری، ۱۴۲۸، ج ۱، صص. ۵۰۴-۵۰۵؛ رشوند و ناصر، ۱۳۹۸، ص. ۲۷۲). به عبارتی اراده طرفین در انعقاد قرارداد باید باهم همسو شود.

برخی فقها در اختلاف و عدم تطابق ایجاب و قبول مصادیقی را بیان داشته‌اند (حسینی حائری، ۱۴۲۸، ج ۱، ص. ۵۰۴؛ خویی، ۱۳۷۷، صص. ۷۱-۷۳) که به آنها اشاره می‌شود:

۱- گاهی عدم تطابق و اختلاف در عنوان قرارداد است: در ماده ۱۹۴ قانون مدنی در توافق اراده با هر واسطه‌ای در خصوص موافقت بر یک چیز واحد و به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول که طرف دیگر قصد انشاء او را داشته است، در غیر این صورت حکم به بطلان شده است. به عنوان مثال شخصی در یک وبسایت، آپارتمان خود را برای فروش ایجاب می‌کند، و طرف مخاطب با این تصور که ایجاب‌کننده خانه خود را در این سایت برای اجاره قرارداد است، پیشنهاد او را قبول می‌کند، هیچ‌کدام از عقد بیع و اجاره منعقد نمی‌گردد، زیرا اراده آنها با هم منطبق نیست و در نوع قرارداد اشتباه شده و باید حکم به بطلان کرد.

۲- گاهی اختلاف و عدم تطابق در متعلق و اجرا ثمن و مثنی حاصل می‌شود: گروهی از فقها اشکالی در عدم انعقاد قرارداد نمی‌بینند. ولی گاهی اشتباه در موضوع قرارداد است و اراده خارجی با اراده واقعی تطابق ندارد. مثلاً ایجاب‌کننده برنج هاشمی را

در سایت خود قرار دهند و مخاطب به جای آن برنج طارم یا چای دریافت می‌کند در اینجا به دلیل عدم تطابق در موضوع، قراردادی منعقد نخواهد شد و حکم این مورد در قاعده «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع» و در ماده ۲۰۰ و ۲۵۳ قانون مدنی، به قسمت صحیح عدم نفوذ و به قسمت ناصحیح بطلان است.

۳- گاهی عدم تطابق و اختلاف در طرفین عقد (مثلاً بایع و مشتری) است: لذا اگر شخصیت متعاقدین رکن عقد باشد عقد باطل می‌شود. مانند شخصیت طرفین در عقد نکاح که علت عمده عقد است.

۴- در نهایت گاهی اختلاف و عدم تطابق در شروط قراردادی است: در قراردادهای مجازی گاهی ایجابی صورت می‌گیرد که با شروطی متفاوت و اضافات و قیودی مورد قبول مخاطب قرار می‌گیرد. مسئله‌ای که در این باره وجود دارد این است که اگر با توافق دو اراده شروط و قرارداد همراه باهم منعقد شوند، ولی قرارداد انجام شود و شرط انجام نشود، آیا عقد و شرط با یکدیگر بی‌اثر می‌شوند یا فقط شرط محقق نمی‌گردد؟ در قراردادهای مجازی فرم‌های ایجاب برای قبول نزد مخاطب پیوست و ارسال می‌شود و مخاطب باید پاسخ دهد و گاهی امکان اختلاف جزئی در این دو فرم وجود دارد و با رضایت، قرارداد منعقد می‌شود (بحث پیوست فرم‌ها در ماده ۵ قانون نمونه آنسیترال آمده است). در برخی موارد اختلاف جزئی شروط قرارداد باعث عدم تطابق و تعارض در فرم‌ها می‌شود و قرارداد به صورت کامل منعقد نمی‌گردد. می‌توان گفت، مواردی که باعث تعارض فرم‌ها می‌شود، شروط قراردادی است که مخاطب به قرارداد اضافه می‌کند و دوباره برای ایجاب‌کننده ارسال می‌کند و باعث عدم تطابق و تعارض فرم‌های قرارداد باهم می‌شود (Viscasillas, et al. 2001, p. 389).

نظرات قابل توجهی درباره عدم تطابق در شروط قراردادی از فقها و حقوق‌دانان بیان شده است که به آنها اشاره می‌شود:

الف) برخی حقوق‌دانان می‌گویند با توافق در ارکان اصلی، دادگاه می‌تواند اراده طرفین قرارداد را تفسیر کند. لذا قوانین و عرف را جایگزین می‌دانند و این قرارداد را کامل می‌سازد و امور جزئی که خللی به ارکان قرارداد وارد نمی‌کند را نادیده می‌گیرند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص. ۳۴۰).

ب) گروهی از فقها حکم به غیرنافذ بودن عقد می‌کنند، و معتقداند که اگر اختلاف ایجاب و قبول در شرط باشد باعث اختلاف ذاتی بین ایجاب و قبول نمی‌گردد. این فقها نقش شرط را فرعی دانسته و تطابق عقد را وابسته به شرط نمی‌دانند و عقد را محقق می‌دانند (حسینی حائری، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۵۰۷ و خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، صص. ۲۳۶-۲۳۷).

ج) برخی فقها و حقوق‌دانان می‌گویند شرط و عقد محقق نمی‌شود زیرا بین آنها تطابق نیست (خویی، ۱۳۷۷ق، ص. ۷۳؛ شهیدی، ۱۳۸۲، صص. ۱۶۷-۱۷۰ و قنواتی، ۱۳۸۳، ص. ۳۵۵). بنابراین قبول مخاطب باید به هر وجوه به منظور به دست آوردن یک قرارداد منطبق با ایجاب باشد و این الزام به عنوان نظریه «تصویر آینه» شناخته می‌شود، زیرا قبول باید انعکاسی از ایجاب و مانند بازتاب یک شی در یک آینه باشد. با این وجود، یک استثنا وجود دارد که امکان پذیرش شرایط جدید را در قبول فراهم می‌کند که ایجاب را به طور قابل توجهی تغییر نمی‌دهد (Viscasillas, et al. 2001, p. 389).

در قانون تجارت الکترونیک، درباره تطابق اراده طرفین عقد در ماده ۱۷ آمده است که: «ارجاع در «داده‌پیام» با رعایت موارد زیر معتبر است:

- ۱- مورد ارجاع به طور صریح در «داده‌پیام» معین شود.
- ۲- مورد ارجاع برای طرف مقابل که به آن تکیه می‌کند روشن و مشخص باشد.
- ۳- «داده‌پیام» موضوع ارجاع مورد قبول طرف باشد».

این ماده نشان از رعایت تطابق در قراردادهای مجازی می‌باشد. بدین ترتیب به موجب تعمیم ماده ۱۹۴ قانون مدنی به قراردادهای مجازی می‌توان گفت عدم تطابق به هر نوعی می‌تواند باعث عدم انعقاد یا عدم نفوذ قرارداد گردد و مسلم است. از میان دو تئوری و نظر یاده شده، نظریه «تطابق تمام ارکان و اجزا و تصویر آینه» با اصول و قواعد حقوقی ایران سازگارتر است؛ زیرا مطابق این تئوری، تا اراده طرفین با هم منطبق نباشد، قرارداد منعقد نخواهد شد. افزون بر این مورد به نظر حل این نوع اختلاف در قراردادهای مجازی مشکل است و این امر باید با عنایت به شروط قراردادی و به عرف واگذار شود لذا جای تأمل دارد!

۲-۵. توالی بین ایجاب و قبول در قراردادهای مجازی

اگر برای قبول قراردادهای مجازی مدتی معین نشود تکلیف چیست؟ آیا مخاطب ایجاب مجازی، هر وقت بخواهد می‌تواند ایجاب را قبول کند و ایفای تعهد و قرارداد را از ایجاب‌کننده بخواهد؟ برخی قبول متعارف و معقول و موالات را در قرارداد لازم می‌دانند (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۱۷۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰، ص. ۵۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص. ۳۲۶؛ صفایی، ۱۳۸۴، ص. ۷۲ و طباطبایی حکیم، ۱۳۹۱ق، ج ۱۴، ص. ۳۷۸). ضابطه تشخیص موالات عرف است (صفایی، ۱۳۸۴، ص. ۷۲). قانون مدنی در ماده ۱۰۶۵ به این مهم اشاره دارد. برخی از فقها نیز به موالات قائل نیستند و قبول را شرط صحت در قرارداد نمی‌دانند و از آیات قرآن و روایات دلیل اقامه کرده‌اند (خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۲۲۷ و خوبی، ۱۳۷۷، صص. ۵۶-۵۸). لذا صدق عرفی را ضابطه انعقاد قرارداد نمی‌دانند و اگر بین ایجاب و قبول فاصله بیافتد قرارداد را صحیح می‌دانند (خوبی، ۱۳۷۷، صص. ۳ تا ۵۷). با این بیان قراردادهای مجازی را از لحاظ سرعت انعقاد می‌توان به سه قسم تقسیم کرد:

اول. قراردادهایی که با سرعت از طریق تلفن منعقد می‌شوند که به نظر باید آنها را در حکم قراردادهای حضوری و فوری برشمرد.

دوم. قراردادهایی که ایجاب آنها توسط داده‌پیام است. مانند پست الکترونیکی، تلگرام و می‌توان آنها را در حکم قراردادهای مکاتبه‌ای دانست.

سوم. قراردادهایی که ایجاب آنها به صورت آنلاین و مستقیم می‌باشد. لذا قبول آنها می‌تواند به صورت باز کردن یک بسته یا کلیک کردن یا پرداخت ثمن کالا باشد و برای طرفین الزام‌آور است (Mozingo, 2020, p. 1070). بدین ترتیب قراردادهای مجازی مبنای آنها سرعت تبادل در ایجاب و قبول است و زمان در آنها بسیار پراهمیت است. زیرا امکان دارد که یک قرارداد در یک مدت کوتاهی به سود یک شخصی باشد و پس از سپری شدن چند ساعت، دیگر آن قرارداد سودی نداشته باشد. بنابراین برای قبولی نمی‌توان مدت زمان طولانی را سپری کرد و توالی عرفی در این گونه قراردادهای مجازی بسیار کوتاه است. اما گاهی برای ایجاب زمان تعیین شده است که در اینجا به شروط قراردادی رجوع می‌شود. گاهی نیز برای ایجاب زمان تعیین نشده است، مثلاً شخصی به طرف مقابل بگوید اتومبیل خود را فروختم

و این شخص بعد از چند روز بگوید قبول کردم، معامله در اینجا منعقد نمی‌شود، زیرا فاصله زیادی گذشته است و معقول نیست. اما اگر ایجاب به وسیله نامه باشد در اینجا عرف مدت قبول را معین می‌نماید که مدت با توجه به اوضاع و احوال کمی طولانی‌تر خواهد بود. به هر حال در ارتباطات مجازی موانعی باعث توالی ایجاب و قبول می‌شود که نباید نادیده گرفته شود. پیشنهاد می‌شود که در انعقاد قراردادهای الکترونیکی در ضمن قراردادها، مدت زمانی برای ایجاب و قبول مشخص شود تا در صورت اختلاف بین طرفین به شروط قراردادی رجوع شود. لذا در صورت عدم تعیین مدت، ایجابی که توسط داده‌پیام فرستاده می‌شود باید توالی عرفی قبول در آن رعایت شود والا قرارداد منعقد نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

با توجه به پژوهش حاضر می‌توان نتیجه گرفت که اعلام اراده با واسطه‌ها الکترونیکی و به صورت «داده‌پیام» با رعایت شروط قراردادی و رعایت توالی در قبول صحیح است. لذا به موجب ماده ۶ قانون تجارت الکترونیک، در قراردادهای مجازی اراده طرفین به صورت «داده‌پیام» منتقل می‌شود و «داده‌پیام» در حکم نوشته و در حکم اراده طرفین قرارداد است. بدین ترتیب اراده مجازی به وسیله اصل‌ساز به مخاطب اعلام می‌شود و در اینجا مخاطب شخصی است که اصل‌ساز قصد دارد وی پیام را دریافت کند. شریعت برای ایجاب قرارداد و عقود شیوه خاصی تعیین نکرده است و از امور امضایی و مورد تأیید شارع و تابع عرف است. لذا ایجاب و قبول می‌تواند به وسیله داده‌پیام از طریق هر وسیله الکترونیکی منتقل شود و منع شرعی ندارد. همچنین با فراهم شدن زمینه قانونی ایجاد امضای مجازی در قراردادهای مجازی ایراد جدی از اعتبار اعلام اراده در قراردادهای مجازی رفع شده است.

در هنگام اعلام اراده مکان انعقاد عقد در قراردادهای سنتی معلوم است ولی در قراردادهای مجازی اصولاً تشخیص مکان قرارداد دشوار است و در برخی موارد در تشخیص دادگاه صالح، محاکم داخلی و خارجی را با مشکل مواجه می‌کند. زیرا قراردادهای مجازی در برخی موارد فراملی و فرامرزی هستند، در این صورت برای تشخیص مکان انعقاد قرارداد مجازی باید IP^{۱۸} متعاقبین مورد بررسی قرار گیرد که

اراده آنها در کدام کشور باعث انعقاد قرارداد شده است. در قراردادی مجازی می‌تواند ایرادات و اختلافاتی در آن وارد شود و اشخاصی مدعی امضای مجازی جعلی و غیرمجاز از سوی شخصی دیگر شوند یا قبول را منتسب به خود ندانند و یا در زمان انعقاد قرارداد خدشه وارد نمایند. در این صورت مکان دادگاه صالح نیز مورد مناقشه است که اراده واقعی مجازی در تعیین آن نقش بسزایی دارد.

هر گاه اراده شخص بر پیشنهاد قرارداد باشد، مثلاً در صفحه وب کالای خاص را پیشنهاد کند، این اعلام فقط نوعی آگهی و به ویتترین گذاشتن و یک نوع تبلیغ و راهی برای مذاکره برای انعقاد قرارداد است و قطعاً ایجاب یک قرارداد نیست و الزامی ایجاد نمی‌کند. برای تمییز ایجاب از گفتگوی مقدماتی یا دعوت به ایجاب برای قرارداد مجازی، تصریح ایجاب بدون قید و شرط در آغاز توسط واسطه‌های الکترونیکی ضروری است تا در این خصوص رفع شبهه شود.

با فرستادن علائم اینترنتی و مجازی عرفاً ایجاب و قبول و اعلام اراده ممکن نیست و اثر حقوقی نخواهد داشت، مگر اینکه ایجاب به وسیله عمل باشد. مانند اینکه فروشنده توسط ایمیل یا سامانه هوشمند یک کتاب مجازی را برای خریدار ارسال کند و خریدار به صورت مجازی به حساب ایجاب‌کننده (فروشنده) وجه کتاب را واریز کند که این به نوع خود قبول عملی محسوب می‌شود.

در قراردادهای مجازی ممکن است بین ایجاب و قبول وقفه ایجاد شود و عواملی در آن دخیل باشد. از جمله این عوامل می‌توان به اختلاف زمان در دو کشور مختلف، خواب بودن طرفین قرارداد، وقفه در انتخاب کالا، سرعت کند اینترنت اشاره نمود. به نظر می‌رسد که خواب در خواب در انعقاد قراردادهای مجازی بی‌تأثیر باشد و این مهم را می‌توان در کلام فقها استنباط کرد.

در بحث تقدم و تأخر ایجاب و قبول در قراردادهای مجازی عدم تطابق به هر نوعی می‌تواند باعث عدم انعقاد یا عدم نفوذ قرارداد گردد که در این بین نظریه «تطابق تمام ارکان و اجزا و تصویر آئینه» با اصول و قواعد حقوقی کشور عزیزمان سازگارتر است. در پایان پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار خلأها و نواقص قانون تجارت الکترونیک را اصلاح و آیین دادرسی تجارت الکترونیک را منطبق با نیازهای جدید تصویب نماید.

یادداشت‌ها

1. Electronic Interexchange
2. Distance Contract
3. Contentment
۴. در این خصوص ماده ۲۲۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود».
5. Data Message
6. Originator
7. Adressee
۸. قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲، ماده ۲، بند ب و ج.
۹. به عنوان نمونه‌ای از قرارداد معاوضی، می‌توان به ماده ۳۳۹ قانون مدنی اشاره کرد که اشعار می‌دارد: پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد به ایجاب و قبول واقع می‌شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد.
۱۰. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (مانده / آیه ۱).
۱۱. ماده ۱۱ کنوانسیون ژنو مقرر می‌دارد: «در هنگام انعقاد قرارداد، ایجاب و قبول را می‌توان از طریق داده‌پیام ابراز کرده مگر اینکه طرفین قرارداد خلاف این را مقرر کرده باشند».
12. United Nations Convention on Contracts for the International sale Goods 1980, (CISG).
13. Email
14. Internet Protocol
15. Official Journal of the European communitys, 17/07/2000.
16. Article 19: United Nations Convention on Contracts for the International sale Goods 1980, (CISG).
17. Battle of the Forme
18. Internet Protocol

کتابنامه

۱. قرآن کریم (ترجمه الهی قمشه‌ای).
۲. دستورالعمل تجارت مجازی اتحادیه اروپا.
۳. قانون تجارت الکترونیکی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۲.
۴. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۰۷.
۵. کنوانسیون قراردادهای بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰.
۶. آهنگران، محمدرسول و احمدی، امیر (۱۳۹۸.الف). قراردادهای الکترونیکی انعقاد تا انحلال: مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی، حقوق ایران و کنوانسیون ژنو ۲۰۰۵. تهران: مجد.

۷. آهنگران، محمدرسول و احمدی، امیر (۱۳۹۸.ب). «واکاوی فقهی و حقوقی موجبات زوال ایجاب در قراردادهای الکترونیکی». *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۱۱(۲۰)، صص. ۹-۳۶.
۸. آهنگران، محمدرسول و احمدی، امیر (۱۳۹۸.ج). «آثار و احکام فقهی و حقوقی اشتباه و خطا در قراردادهای الکترونیکی». *مجله علمی، دانشگاه تهران، پژوهش‌های فقهی*، ۱۵(۱)، صص. ۱-۲۵.
۹. ابوالحسن مجاهد، اسامه (۲۰۰۰م). *خصوصیة التعاقد عبر الانترنت*. مصر: القاهرة: دارالنهضة.
۱۰. احمدی، امیر (۱۴۰۰). *واکاوی فقهی و حقوقی اقاله الکترونیکی*، فقه، ۲۸(۱۰۵). صفحه ۷-۳۶. 10.22081/jf.2021.58898.2133
۱۱. اصغری خاتونی، محمد و غریبه، علی (۱۳۹۳). «تأثیر سکوت در تشکیل اعمال حقوقی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بناب». *فصلنامه علمی پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال ۷، (۲۰)، تابستان، صص. ۱۱-۲۰.
۱۲. انصاری، مرتضی بن محمدآمین (۱۴۲۰ق). *المکاسب*. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۱۳. انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی (۱۳۸۴). *دانشنامه حقوق خصوصی*. تهران: انتشارات محراب فکر.
۱۴. بابایی، ایرج و ترابی، مرتضی (۱۴۰۰). «جایگاه اصل حقوق بشری حیثیت و منزلت انسانی در حقوق قراردادها». *مجله حقوقی دادگستری*، ۸۵(۱۱۴). صص. ۷۹-۱۰۵. doi: 10.22106/jlj.2021.130964.3541
۱۵. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۸). *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۰). *تأثیر اراده در حقوق مدنی*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، حقوق تعهدات عقود و ایقاعات*. تهران: گنج دانش.
۱۸. جوهری، اسماعیل بن حماد (۴۰۷ق). *الصالح تاج اللغة و صحاح العربیة*. بیروت: دارالعلم الملايين.
۱۹. حسینی مراغی، سیدمیرعبدالفتاح بن علی (۱۴۱۸ق). *العناوین الفقهیة*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۰. حسینی حائری، سیدکاظم (۱۴۲۸ق). *فقه العقود*. قم: مجمع الفکر الإسلامی.

۲۱. خمینی، روح‌الله (۱۳۸۵). *تحریر الوسیله*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه). مطبعة: مؤسسة العروج.
۲۲. خمینی، روح‌الله (۱۴۱۰ق). *کتاب البیع*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۳. خورسندیان، محمدعلی و ذاکری‌نیا، حانیه (۱۳۸۸). «واکاوی اراده، قصد و رضا در فقه اسلامی و حقوق ایران». *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۱(۱)، زمستان، صص. ۷۳-۹۹.
۲۴. خوبی، ابوالقاسم (۱۳۷۷ق). *مصباح الفقاهه فی المعاملات*، جلد ۲ و ۳، قم: مکتبه الداوری.
۲۵. دسوقی، ابراهیم ابواللیل (۲۰۰۳م). *الجوانب القانونية للمعاملات الالكترونية*. کویت: طبع النشر العلمی بجامعه الکویت.
۲۶. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۶۱). *لغت‌نامه دهخدا*. تهران: مؤسسه لغت‌نامه دهخدا.
۲۷. دیجانی، ناک و وباجاج، ک ک (۱۳۷۶). *از مبادله الکترونیکی اطلاعات تا تجارت الکترونیک*. مترجم ایرج بهنام مجتهدی. تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
۲۸. رشوند، مهدی و ناصر، مهدی (۱۳۹۸). «قصد متعاملین در قراردادهای هوشمند: شرایط اعتبار و شیوه احراز آن». *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، ۲۰(۴۹). صص. ۲۷۱-۳۰۰.
۲۹. سعدی، أبو حیب (۱۴۰۸ق). *القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً*. دمشق: دارالفکر.
۳۰. شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). *الدروس الشرعية فی فقه الائمة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۱. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۳۸۶ق). *الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية*. نجف: منشورات جامعه النجف الدينية.
۳۲. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۳. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲). *تشکیل قراردادها و تعهدات*. تهران: انتشارات مجد.
۳۴. صاحب جواهر، محمدحسن (۱۹۸۱م). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۵. صدری، سیدمحمد (۱۳۸۸). *معاملات الکترونیک (مبانی، ماهیت، مشروعیت)*. کاشان: اندیشه‌های حقوقی.
۳۶. صفایی، سیدحسین (۱۳۸۴). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: میزان.
۳۷. طباطبایی حکیم، سیدمحسن (۱۳۹۱ق). *مستمک العروة الوثقی*. بیروت: دار احیاء التراث

العربی.

۳۸. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ق). حاشیه المکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۳۹. طریحی نجفی، فخرالدین (۱۴۰۸ق). مجمع البحرین. قم: انتشارات مکتب النشر الثقافة الاسلامیة.

۴۰. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المکتبة المرتضویة لإحياء آثار الجعفریة.

۴۱. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين.

۴۲. عاملی، سید جواد الحسینی (بی تا). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (ط. القدیمة). جلد ۴، ۹، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۴۳. عاملی کرکی، علی بن حسین [محقق ثانی] (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۴، ۹. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

۴۴. عبدالمنعم، محمود عبدالرحمان (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة. مصر، قاهره: دارالفضیلة.

۴۵. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۴۶. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) الإحياء التراث.

۴۷. فنواتی، جلیل (۱۳۸۳). مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.

۴۸. فنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، حسن؛ عبدی پور، ابراهیم و محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۳). حقوق قراردادها در فقه امامیه. تهران: سمت.

۴۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.

۵۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). اعمال حقوقی، قرارداد - ایقاع. تهران: شرکت سهامی انتشار.

۵۱. کاویانی، مینا و الماسی، نجادعلی (۱۳۹۹). «تعیین قانون حاکم بر دعاوی حقوقی نقض حق مؤلف در فضای مجازی». مجله حقوقی دادگستری، ۸۴(۱۲۵). صص. ۱۲۵-۱۴۰. doi: 10.22106/zlj.2019.63059

۵۲. مجتهد سلیمانی، ابوالحسن؛ موسوی، سید محمدصادق و امامی قشلاق، محسن (۱۳۹۷).

- «واکاوی تأثیر ارادہ در تکوین ایقاعات». پژوهش‌نامہ حقوق اسلامی، ۱۹ (۴۷)، صص. ۲۷۸-۲۵۷.
۵۳. محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*. قم: مؤسسہ اسماعیلیان.
۵۴. مشکینی، علی (۱۴۱۳ق). *اصطلاحات الأصول ومعظم أبحاثها*. قم: دفتر نشر الہادی.
۵۵. مفید، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۰ق). *المقنعة*. قم: مؤسسہ النشر الإسلامی.
۵۶. مقامی نیا، محمد (۱۳۹۱). «نحوہ انعقاد قراردادہای مجازی و ویژگی‌های آن». *مجله دانش حقوق مدنی، دانشگاه پیام نور*، ۱ (۱)، تابستان و پاییز، صص. ۹۸-۸۵.
۵۷. مقدس اردبیلی، احمد (۱۴۱۱ق). *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذہان*. قم: مؤسسہ نشر الاسلامی.
۵۸. نجفی خوانساری، موسی بن محمد (۱۴۱۸ق). *منیة الطالب فی شرح المکاسب*. تقریرات محقق میرزا محمدحسین نائینی، قم: مؤسسہ النشر الاسلامی.
۵۹. نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ق). *مستند الشیعة فی احکام شریعة*. قم: مؤسسہ آل البیت (علیہم السلام) لإحياء التراث.

60. Commission On European Contract Law, *Principles of European Contract Law, Parts PARTS I Aad II. Combined and Revised* (Ole Lando & Hugh Beale eds., (2000) (PECL).
61. Farrell, Henry (2003). "Constructing the International Foundations of E-Commerce-The EU-U.S. Safe Harbor Arrangement". *Journal International Organization*, Vol. 57, Spring, pp. [277-306].
62. Freedman, Bradley, J. (2000). "Electronic contracts under Canadian Law -A Practical Guide". *Manitoba Law Journal*, Vol. 28 (No. 1), pp.1-60.
63. Inaya Malik, Timur, (2011). *Implicitly of Electronic Contract Formation*, Universal-Publishers, Florida.
64. Mozingo, Tom (2020). "Revisiting the Enforceability of Online Contracts: The Need for Unambiguous Assent to Inconspicuous Terms". *Seattle University Law Review*, 43, 2020, pp. 1065-1085.
65. Official Journal of the European communitys, 17/07/2000.
66. Rosas, Roberto (2004). "Comparative study of the formation, Electronic contracts in American Law with References to International and Mexican Law". *Comparative Study of Electronic Contracts*, Vol. 8. No 2, pp. 79-114.
67. Smith, G. (2002). *Internet Law and Regulation*, London: Sweet and MaxWell.
68. United Nations Commission on International Trade Law (1996). (UNCITRAL).

69. United Nations Commission on International Trade Law (2005). (UNCITRAL).
70. United Nations Convention on Contracts for the International sale Goods (1980). (CISG). Vienna 1980 United Nations.
71. Viscasillas, Maria del Pilar Perales (2001). The Formation of Contracts and the Principles of European Contract Law, *Pace International Law Review*, 13.
72. Whiteley, David (2000). *E-Commerce, Strategy, technologies and applications*, Mc Graw-Hill publishing Company.

دوفصلنامه علمی پژوهش نامه حقوق اسلامی، سال بیست و دوم، شماره دوم (پیاپی ۵۴)، پاییز و زمستان ۱۴۰۰، صص. ۳۸۷-۴۱۲

«اتلاف و تسبیب»؛ مبنای مسئولیت مدنی کالاها در نظام حقوقی ایران

با مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی فرانسه و آمریکا

محمد کاظم مهتاب‌پور*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۲/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۱۰

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

به موازات تولید کالاها متنوع و مخاطره‌آمیز، احتمال ورود زیان به اشخاص از سوی کالاها رو به فزونی است. در نتیجه نظام‌های خاص مسئولیت مدنی به منظور حمایت از زیان‌دیدگان از کالاها در حقوق کشورهای مختلف نظیر فرانسه و آمریکا به رسمیت شناخته شده است. نظام‌هایی که در نهایت به مسئولیت محض تولیدکننده منجر شده است. در نظام حقوقی ایران که از قواعد فقه اسلامی منبعث است، اتلاف بالمباشره و بالتسبیب، به عنوان مبنایی مستقل برای مسئولیت بدون تقصیر به شمار می‌رود و در صورت تطبیق مسئولیت مدنی کالاها با اتلاف و تسبیب نیازی به وضع قانون جدید نیست. در فرضی که کالا بدون دخالت سایر عوامل، منجر به ایراد خسارت گردد، زیان ناشی از کالا به فعل تولیدکننده منتسب بوده و ایراد ناگهانی خسارت ظهور در وجود عیب در کالا دارد. در چنین فرضی، تولیدکننده متلف به شمار می‌رود و بدون آنکه نیازی به اثبات تقصیر یا حتی وجود عیب باشد، مکلف به جبران خسارت وارده خواهد بود. در فرضی که عواملی افزون بر خود کالا، در ورود زیان نقش داشته باشند، انتساب زیان به تولیدکننده منوط به اثبات عیب کالا است. وجود عیب در کالا علاوه بر اینکه به خودی خود می‌تواند تقصیر به شمار رود، از آنجا که اراده مصرف‌کننده به استفاده از کالای سالم تعلق گرفته است، تولیدکننده‌ای که کالای معیوب را در اختیار او گذاشته مانند غاری است که دیگری را مغرور ساخته و از این جهت، سببی اقوا از مباشر به شمار می‌رود و این‌گونه بار مسئولیت را بر دوش خواهد کشید.

واژگان کلیدی: اتلاف بالتسبیب، اتلاف بالمباشره، مسئولیت محض، مسئولیت مدنی کالاها، مطالعه تطبیقی، نظام حقوقی آمریکا، نظام حقوقی ایران، نظام حقوقی فرانسه.

* دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

مقدمه

پس از انقلاب صنعتی، تلاش به منظور تشویق سرمایه‌داران به شرکت در برنامه‌های تولیدی و صنعتی، منجر به پذیرش قدرت صاحبان سرمایه بر کارگاه‌ها و حمایت روز افزون از تولیدکنندگان شد. حقوق نیز به خدمت اهداف اجتماعی آمد و نظریه‌های حقوقی نظیر برقراری مسئولیت بر پایه تقصیر تولیدکننده نیز سرمایه‌داران را از اثبات بی‌تقصیری مصون داشت (کاتویان، ۱۳۸۴، ص. ۱۸۰).

این بی‌عدالتی منجر به گسترش اندیشه‌های جامعه‌گرایی شد و رفته‌رفته با تغییر قواعد حقوقی، راه را برای برقراری عدالت اجتماعی، حتی در جامعه سرمایه‌داری فراهم کرد و تا جایی پیش رفت که فرض را بر امکان پیش‌بینی خسارات احتمالی کالا توسط تولیدکننده گذاشت و مسئولیت را از ابتدا بر تولیدکننده تحمیل کرد (کاتویان، ۱۳۸۴، ص. ۱۸۲).

بدین‌سان، نظام‌های حقوقی کشورهای نظیر فرانسه و آمریکا که نظام مسئولیت مدنی کالاها در آن تابع قواعد عمومی مسئولیت و مبتنی بر تقصیر بود، به مسئولیت بدون تقصیر گرایش پیدا کرده و در نهایت رویه قضائی و حتی قانون‌گذار در این کشورها، مسئولیت محض را برای تولیدکننده برگزید. با وجود این، همچنان بار اثبات زیان، عیب کالا و رابطه سببیت بین عیب کالا و زیان وارده بر عهده زیان‌دیده قرار دارد. در نظام حقوقی ایران، اگرچه ادبیات حقوقی غنی در حوزه مسئولیت مدنی کالاها وجود دارد؛ اما تطبیق مبانی مسئولیت مدنی موجود با اهدافی که در برقراری نظام خاص مسئولیت مدنی کالاها منظور نظر است، موضوعی است که کمتر به آن پرداخته شده است. نوآوری پژوهش حاضر در تطبیق مبانی مسئولیت مدنی کالاها با نهادهای شناخته شده اتلاف و تسبیب در فقه اسلامی و حقوق ایران است که این موضوع مبین آن است که نظام حقوقی ایران در حوزه مسئولیت مدنی، همسو با تحولات جهانی بوده و می‌تواند حمایت کافی را از زیان‌دیدگان از کالاها به عمل آورد.

برای نیل به این هدف، در مبحث نخست سیر تطور مبانی مسئولیت مدنی کالاها در نظام‌های حقوقی فرانسه و آمریکا به تفکیک در دو بند مورد بررسی قرار گرفته است و سپس در مبحث دوم، ضمن مفهوم‌شناسی و ریشه‌یابی اتلاف و تسبیب در فقه اسلامی و حقوق ایران، تلاش شده است تا مبانی مسئولیت مدنی کالاها در فرض مجرد بودن عامل زیان با اتلاف، و در فرض تعدد عوامل زیان با تسبیب، تطبیق داده شود.

۱. سیر تطور مبنای مسئولیت مدنی کالاها در نظام‌های حقوقی فرانسه و آمریکا

در این مبحث سیر تطور مبنای مسئولیت مدنی کالاها در دو نظام حقوقی فرانسه و آمریکا به تفکیک مورد بررسی قرار می‌گیرد تا نمایی روشن از حرکت از مسئولیت مبتنی بر تقصیر به مسئولیت بدون تقصیر در خصوص کالاها ارائه گردد.

۱-۱. مبنای مسئولیت مدنی کالاها در نظام حقوقی فرانسه

در نظام حقوقی فرانسه، پیش از تصویب «دستورالعمل اروپایی مسئولیت مدنی کالاها» هیچ مقرره خاصی در خصوص مسئولیت مدنی کالاها وجود نداشت؛ اگرچه دادگاه‌ها با استفاده از قواعد موجود در قانون مدنی این کشور، در اعمال مسئولیت محض در این خصوص تلاش‌هایی نموده‌اند (Borghetti, 2017, p. 206). به همین دلیل، گفته می‌شود که حقوق فرانسوی مسئولیت مدنی کالاها، ساخته تفاسیر دادگاه‌ها و دکترین حقوقی از قانون ناپلئون است (Bell, 2001, p. 79).

اگرچه پذیرش دستورالعمل اروپایی مسئولیت مدنی کالاها در نظام حقوقی فرانسه به سهولت امکان‌پذیر نبوده و با حدود سیزده سال تأخیر یعنی در سال ۱۹۹۸ محقق شد (Borghetti, 2017, p. 208). بحث در خصوص مسئولیت مدنی کالاها در کشورهای عضو اتحادیه اروپا، به طور تقریبی به سال ۱۹۷۶ باز می‌گردد که منجر به «کنوانسیون اروپایی مسئولیت مدنی کالاها در ارتباط با زیان‌های بدنی و مرگ» شد (Twigg, 2015, p. 258). سپس با تصویب دستورالعمل اروپایی مسئولیت مدنی کالاها، مسئولیت تولیدکنندگان ناشی از کالاهای معیوب در برابر مصرف‌کنندگان به طور گسترده به رسمیت شناخته شد. زمانی که این دستورالعمل در سال ۱۹۸۵ میلادی تدوین می‌شد، به عنوان یک ابزار مهم و به‌روز در برابر قواعد مدنی کشورهای عضو به شمار می‌رفت (Sportes & Ravit, p. 2019). دستورالعمل مذکور، یکی از اولین قوانین اتحادیه اروپاست که به صراحت از حقوق مصرف‌کنندگان در برابر تولیدکنندگان حمایت می‌کرد. این دستورالعمل مفهوم «مسئولیت محض» را به رسمیت شناخت، به نحوی که تولیدکننده در خصوص عیوب کالا، بدون در نظر گرفتن این موضوع که آیا عیب کالا ناشی از تقصیر وی بوده است یا نه، مسئولیت داشت.^۱

در حقوق فرانسه گام نخست در جهت حمایت از مصرف‌کننده با تصویب قانون

بیست و یکم ژوئن ۱۹۸۳ برداشته شد. ماده (۱) این قانون مقرر می‌دارد: «محصولات و خدماتی که به بازار عرضه می‌شود باید ایمنی مورد انتظار متعارف را داشته باشد» (ابدالی، ۱۳۹۱، ص. ۱۹۱). در نهایت کشور فرانسه در نوزدهم ماه می سال ۱۹۹۸ با اصلاح ماده ۱۳۸۶ قانون مدنی، نسبت به اعمال دستورالعمل اروپایی مسئولیت مدنی کالاها و به رسمیت شناختن مسئولیت محض تولیدکننده در این نظام حقوقی اقدام نمود (Borghetti, 2017, p. 211). بند نخست این ماده مقرر می‌دارد: «تولیدکننده مسئول زیان‌های ناشی از محصول خود می‌باشد اعم از اینکه با زیان‌دیده قراردادی داشته یا نداشته باشد».^۲

به طور کلی می‌توان گفت در حال حاضر، جز در خصوص قوانین خاصی که برای برخی کالاها وضع شده است، سه نظام حقوقی متفاوت در خصوص مسئولیت کالاها در نظام حقوقی فرانسه وجود دارد (Sportes & Ravit, p. 2019):

نخست: «مسئولیت ناشی از کالاها می‌عوب» که به موجب ماده ۱۲۴۵ تا ۱۷-۱۲۴۵ قانون مدنی فرانسه در نظر گرفته شده است. بر اساس این مواد، تولیدکننده در خصوص زیان ناشی از عیب کالای تولیدی مسئولیت محض دارد، فارغ از اینکه رابطه قراردادی بین تولیدکننده و زیان‌دیده وجود داشته یا نداشته باشد. در صورتی که زیان، ناشی از عیب تولید باشد، تولیدکننده در برابر زیان وارد به اشخاص و اموال مسئولیت خواهد داشت.

دوم: «مسئولیت قراردادی» زمانی قابل اعمال است که خسارت در نتیجه نقض قرارداد ایجاد شده باشد. افزون بر این، برخی تضامین به موجب قراردادهای فروش قابل اعمال می‌باشد. مسئولیت قراردادی، سنگ‌بنای مسئولیت مدنی کالاها در نظام حقوقی فرانسه است (Duncan, 2009, p. 86). ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «طرفین قرارداد مسئول زیان ناشی از نقض تعهدات قراردادی خویش هستند». در حقوق فرانسه، طرف قرارداد نه فقط ملزم به رعایت تعهدات مندرج در قرارداد است، بلکه در خصوص تکالیفی که توسط دادگاه نیز توسعه داده می‌شود، مسئولیت دارد (Duncan, 2009, p. 86). به همین دلیل زمانی که کالاها منجر به بروز حوادث متعددی شدند، بیشتر زیان‌دیدگان بر مبنای قرارداد و به طور خاص بر اساس شرط «تضمین سلامت کالا از عیوب پنهان» تلاش می‌کردند تا زیان وارده

توسط تولیدکننده یا توزیع‌کننده را جبران سازند. تضمین سلامت کالا از عیوب پنهان که از حقوق رم باستان نشئت گرفته بود (Bell, 2001, p. 79)، در حقوق بسیاری از کشورهای اروپایی در قرن نوزدهم میلادی به رسمیت شناخته شده بود. بر اساس این شرط در حقوق فرانسه، زمانی که مشتری عیبی در کالا کشف نماید، مختار است نسبت به فسخ قرارداد اقدام نموده یا آن را با دریافت مابه‌التفاوت کالای معیوب با سالم، نگاه دارد (Borghetti, 2017, p. 206)، اگرچه براساس ماده ۱۶۴۱ قانون مدنی فرانسه، آگاهی فروشنده از عیب کالا برای نقض تضمین سلامت کالا از عیوب پنهان ضروری بود؛ دادگاه عالی فرانسه در سال ۱۹۶۰ فرض آگاهی فروشنده‌ای را که به صورت حرفه‌ای نسبت به فروش کالا اقدام می‌نمود، به رسمیت شناخت و بر این اساس، خریدار از اثبات اطلاع فروشنده از عیب کالا نیز بی‌نیاز شد (Whittaker, 2010, p. 95). یکی از شروط توسل به شرط تضمین سلامت کالا، وجود رابطه قراردادی بین زیان‌دیده و فروشنده بود. با وجود این، دادگاه‌ها نسبت به توسعه این تعهد نسبت به همه فروشندگان، در یک زنجیره فروش اقدام نموده و در عین حال، امکان طرح دعوی مستقیم به طرفیت تولیدکننده توسط خریداری که کالا را از فروشنده جزء خریداری کرده بود، مورد پذیرش قرار دادند (Duncan, 2009, p. 87).

سوم: «مسئولیت مدنی» زمانی اعمال می‌شود که در فقدان روابط قراردادی خسارت از سوی یک شخص بر مبنای تقصیر یا سهل‌انگاری یا بر مبنای مسئولیت محض شخص مراقب در خصوص مسئولیت ناشی از اشیاء به دیگران وارد شود. در فرضی که زیان‌دیده از کالا خریدار آن نبوده باشد، به دلیل فقدان رابطه قراردادی، امکان استناد به تعهد تضمین سلامت کالا از عیوب پنهان برای وی وجود نداشت. بنابراین چنین زیان‌دیده‌ای ناگزیر از استناد به مسئولیت قهری مذکور در ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه بود. بر اساس این ماده «هر کس سبب ورود خسارت به دیگری شود، در صورت تقصیر باید جبران خسارت نماید». لذا پیش شرط مسئولیت تولیدکننده در برابر اشخاص ثالث، اثبات تقصیر وی در تولید و عرضه کالای معیوب بود (Borghetti, 2017, p. 207). بنابراین به لحاظ نظری، به منظور جبران خسارت ناشی

از عیب تولید، زیان دیده مکلف بود تقصیر تولیدکننده یا فروشنده را به اثبات برساند. اگرچه در این خصوص نیز دادگاه‌ها با تمرکز بر خود کالا به جای رفتار تولیدکننده موفق به کاهش بار اثباتی زیان دیده شدند (Whittaker, 2010, p. 96) به نحوی که اثبات تحویل کالای معیوب برای تحقق تقصیر، کافی بود (Duncan, 2009, p. 90).

۲-۱. مبنای مسئولیت مدنی کالاها در نظام حقوقی آمریکا

در نظام حقوقی آمریکا، قواعد مسئولیت کالاها به وسیله دادگاه‌های ایالتی و نیز نظام قانونی به رسمیت شناخته شده است. با وجود این، به دلیل کامن‌لا بودن نظام حقوقی این کشور، دادگاه‌های ایالتی همواره نقش مهم و مؤثری در حوزه مسئولیت کالاها داشته‌اند. هم‌زمان با اینکه مسئولیت محض توسط دادگاه‌های ایالتی توسعه داده می‌شد، نظام قانونی برخی ایالت‌ها نیز قواعدی را برای مسئولیت مدنی کالاها وضع می‌نمود (Green & Cardi, 2017, p. 576).

در حقوق آمریکا سه نظام برای تحقق مسئولیت مدنی کالاها وجود دارد: اول. بی‌احتیاطی، دوم. نظریه تضمین و سوم. مسئولیت محض (Sudzus & Carroll, 2019). تقریباً نخستین قواعد مربوط به مسئولیت مدنی کالاها در این کشور به اواسط دهه ۱۸۰۰ میلادی بازمی‌گردد. زمانی که «نظریه نسبت قرار دادها» در سطح گسترده‌ای اعمال می‌شد. براساس این نظریه، فروشنده کالا در خصوص بی‌احتیاطی فقط در برابر خریداری که کالا را به او فروخته بود، مسئولیت داشت و خریداران بعدی نمی‌توانستند دعوای خود را مستقیماً به طرفیت تولیدکننده کالای معیوب طرح نمایند؛ زیرا با او رابطه قراردادی نداشت (Hylton, 2016, p. 332).

پیش از سال ۱۹۶۳، طرح دعوا در دادگاه‌های آمریکا به منظور مطالبه جبران زیان جانی یا مالی ناشی از کالاها، بر مبنای بی‌احتیاطی و یا نقض تعهد تضمین، صورت می‌پذیرفت. البته بی‌احتیاطی به طور وسیع بر دعوای زیان جانی یا مالی قابل اعمال بود، بنابراین زیان‌های ناشی از کالا نیز زیر چتر فراخ بی‌احتیاطی قرار می‌گرفت.^۳ نقض تعهد تضمین، متعلق به روابط قراردادی است، اگرچه برخی دعوای مبتنی بر تضمین نظیر تضمین ضمنی از ویژگی‌های دعوای مسئولیت مدنی برخوردار است. از سال ۱۹۵۰ میلادی، زمانی که قانون متحدالشکل تجاری آمریکا به تصویب رسید، دعوای نقض

تعهد تضمین در خصوص کالاها، زیر پوشش این قانون درآمد. بنابراین مانند نظریه بی احتیاطی، بسیاری از زیان‌های شخصی ناشی از کالاها، براساس نظریه نقض تعهد تضمین نیز قابل پیگیری است (Green & Cardi, 2017, p. 578).

در دهه منتهی به ۱۹۶۰ میلادی برخی قضات و محققان برجسته آمریکایی این موضوع را مطرح نمودند که بی احتیاطی و تعهد تضمین، برای جبران زیان‌های ناشی از کالاها کافی نبوده و مسئولیت مدنی کالاها باید تحت حاکمیت قواعد مسئولیت محض قرار گیرد (Green & Cardi, 2017, p. 578). دادگاه‌هایی که نسبت به اعمال نظریه بی احتیاطی اقدام می نمودند، قبلاً این قاعده را نیز به رسمیت می شناختند که یک تولیدکننده مکلف است مراقبت‌های لازم را به عمل آورد به نحوی که کالای تولیدی منجر به بروز زیان‌های قابل پیش‌بینی برای مصرف‌کننده یا اشخاص ثالث نگردد. فارغ از اینکه رابطه قراردادی بین تولیدکننده و زیان‌دیده وجود داشته باشد یا نه. افزون بر این، برخی دادگاه‌ها اعتقاد داشتند که این تعهد ضمنی که یک کالا برای استفاده متعارف از آن مناسب و ایمن است، همواره با آن همراه است. چنین نگرشی منجر به ایجاد مسئولیت محض برای تولیدکننده می‌شود، چرا که به جای تعهد به مراقبت برای تضمین سلامت کالا، تعهد بدون قید و شرط به ایمنی را برعهده تولیدکننده می‌گذارد. با وجود این، توسل به تعهد ضمنی تضمین، صرفاً در روابط قراردادی مورد پذیرش دادگاه‌ها بود (Green & Cardi, 2017, p. 578).

در دعوای مبتنی بر بی احتیاطی، بار اثبات مسئولیت برعهده زیان‌دیده است. این در حالی است که به خصوص در مورد کالاهای با تولید انبوه اثبات این موضوع که تولیدکننده در تولید کالا بی احتیاطی نموده است، برای زیان‌دیده دشوار خواهد بود. برای رفع این مشکل در بی احتیاطی، نظریه‌ای مبنی بر «موضوع خود گویای واقعیت است» وجود دارد. براساس این نظریه زیان‌دیده باید نسبت به ترسیم شرایط تحقق زیان و نحوه ورود خسارت اقدام نماید به نحوی که در نهایت نشان دهد که زیان در شرایط و به نحوی وارد شده که تمامی تحت هدایت طرف مقابل بوده است و با اثبات این امر، طرف مقابل را ناگزیر از جبران زیان نماید (Ivory, 1937, p. 46). این قاعده در نهایت می‌تواند منجر به فرض تقصیر در دعوای مطالبه خسارات خارج قراردادی گردد

(جعفری تبار، ۱۳۹۶، ص. ۲۹). با وجود این، به دلیل اینکه قاعده مذکور یک قاعده مستقل حقوقی به شمار نمی‌رود؛ بلکه قاعده‌ای است ناظر به اسنادی که توسط دادگاه به رسمیت شناخته می‌شود (Tuner, 1936, p. 3)، همیشه نتیجه مطوب را به دنبال نداشته و گاه دادگاه تقصیری را از شرایط ورود زیان احراز نمی‌کند.^۴

از سال ۱۹۳۵ نظریه مسئولیت محض در خصوص کالاهای مصرفی و مواد خوراکی به رسمیت شناخته شده بود و رفته‌رفته این مسئولیت به وسایل نقلیه موتوری و سایر تولیدات نیز تسری پیدا کرد (McKennett, 1967, p. 113). با وجود این، می‌توان گفت نخستین تلاش‌ها در خصوص قانون‌گذاری مسئولیت مدنی کالاها در سال ۱۹۶۵ میلادی و با انتشار اعلامیه دوم مؤسسه حقوق آمریکا صورت پذیرفت (Hylton, 2016, p. 340). بند (۱) ماده (۴۰۲) الف اعلامیه مذکور مقرر می‌دارد: «هر کس کالای معیوبی را بفروشد که برای مشتری، مصرف‌کننده یا اموال ایشان خطر نامتعارفی را ایجاد نماید، مسئول زیان‌های وارده به جسم و اموال آخرین مصرف‌کننده یا مشتری خواهد بود...».

۲. تطبیق مسئولیت مدنی کالاها با اتلاف و تسبیب در حقوق ایران

به منظور امکان‌سنجی تطبیق مسئولیت مدنی کالاها با اتلاف و تسبیب و با توجه به اختلاف‌نظرهایی که در خصوص وحدت یا تعدد مبانی اتلاف و تسبیب وجود دارد لازم است بدو مفهوم اتلاف و تسبیب مورد بررسی و ریشه‌یابی قرار گیرد تا با تعیین جایگاه دقیق این دو مفهوم در فقه اسلامی و حقوقی ایران، زمینه این امکان‌سنجی فراهم گردد.

۲-۱. مفهوم‌شناسی و ریشه‌یابی اتلاف و تسبیب در فقه اسلامی و حقوق ایران

مطالعه آثار برجسته فقهی از سده چهارم تا پایان سده چهاردهم هجری قمری، نمایانگر آن است که موضوع «تسبیب» و برشمردن آن به عنوان یکی از موجبات ضمان قهری در برابر «مباشرت در اتلاف»، از سده هفتم هجری و توسط فقیه نامدار، محقق حلی مطرح شده است.

به طور مثال پیش از سده هفتم هجری قمری در باب شهادت دروغ گفته شده است که اگر عین مال باقی باشد، به صاحب آن رد می‌شود و اگر باقی نباشد به میزانی که مال

شخص اتلاف شده است، شاهد ضامن خواهد بود (ابن بابویه، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص. ۵۹). همچنین در باب ضمان ناشی از حیوانات، گفته شده که در صورتی که حیوان در دست صاحب آن باشد و بر اثر عبور از کشت و زرع اشخاص، به آنان زیانی وارد آید، صاحب حیوان مسئول خواهد بود چرا که اتلاف مال توسط حیوان مانند اتلاف مال توسط صاحب آن است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۷۹).

بنابراین موضوع شهادت دروغ یا زیان ناشی از حیوانات که بعد از سده هفتم هجری در آثار فقها از باب ضمان ناشی از تسبیب مطرح شده، پیش از آن ذیل ضمان ناشی از اتلاف و بدون تقسیم آن به مباشرت و تسبیب مورد بحث قرار گرفته است. اگرچه در آثار بعضی از فقها در سده پنجم هجری قمری، به مفهوم تقصیر اشاره شده است؛ اما این موضوع مبنایی برای جدا کردن مباشرت در اتلاف از تسبیب مطرح نشده و همچنان موضوع ذیل عنوان اتلاف بحث شده است.^۵ در سده ششم هجری قمری نیز ضمان شخصی که کالایی را روی سر خود حمل می‌کند، در صورتی که بر اثر افتادن کالا شخص دیگری آسیب ببیند، ذیل عنوان اتلاف مورد بحث قرار گرفته است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۳۶۸).

محقق حلی در سده هفتم هجری قمری این‌گونه ضمان ناشی از اتلاف و تسبیب را از یکدیگر منفک می‌سازد: بحث از موجبات ضمان، یا در خصوص مباشرت است، یا تسبیب و یا تراحم موجبات. اما ضابطه مباشرت، اتلاف است بدون آنکه قصد آن وجود داشته باشد. مانند آنکه تیری را نشانه رود و به انسانی برخورد نماید (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ص. ۱۰۱۹). ضابطه تسبیب نیز این است که سبب آن چیزی است که اگر نباشد، تلف ایجاد نمی‌شود، اما علت تلف چیزی غیر از آن است^۶ (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ص. ۱۰۲۴).

فقهای قرن هشتم هجری قمری نیز اگرچه از تفکیک ارائه شده توسط محقق حلی تبعیت نموده‌اند و به تلاش برای پیدا کردن ضابطه‌ای برای تعریف مباشرت و تسبیب از سوی فقها پرداخته‌اند؛ اما بر واحد بودن منشأ ضمان در اتلاف به مباشرت و به تسبیب این‌گونه تأکید شده است که؛ موجب دیه، اتلاف است، فارغ از اینکه به مباشرت صورت پذیرد یا به تسبیب. مباشرت عبارت است از فعلی که بدون هیچ قصدی، منجر

به اتلاف گردد. بنابراین پزشک هر چند زبردست باشد، ضامن تلف ناشی از معالجه است در صورتی که کوتاهی کرده باشد یا محجوری را بدون اذن ولی یا بالغی را بدون اذن او مداوا نموده باشد (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۲۲).

اندیشه مطرح شده توسط محقق حلی تا قرن سیزدهم هجری توسط فقها مورد بحث و نظر قرار می‌گیرد و فقها به ارائه تعاریف و ضوابطی برای تبیین تفاوت مباشرت و تسبیب می‌پردازند تا اینکه در قرن سیزدهم هجری، این اندیشه توسط فقیه نامدار محمد حسین نجفی، به اوج خود می‌رسد.

افزون بر غصب، اسباب ضمان عبارت است از اول؛ مباشرت در اتلاف اعم از اینکه مال تلف شده عین باشد یا منفعت و دوم؛ تسبیب که ناظر به فعلی است که اتلاف به سبب آن ایجاد شده است مانند کندن چاه (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۷، ص. ۴۶) و نیز شهادت دروغ (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۷، ص. ۴۷).

سبب عبارت است از ایجاد آن چیزی که تلف از آن حاصل می‌گردد، مشروط بر اینکه با این قصد صورت پذیرد که از آن انتظار ایجاد علت تلف برود (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۷، ص. ۵۰ و نیز محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص. ۲۰۷ و نراقی، ۱۴۲۲ق، ص. ۴۳۳). با وجود این داشتن قصد ایجاد علت، در بسیاری از مثال‌ها نظیر کندن چاه که تسبیب بودن آن مورد اتفاق فقهاست، وجود ندارد.

در برخی از مثال‌ها نظیر اینکه شخصی دیگری را زندانی نماید و شخص اخیر بر اثر گرسنگی تلف شود، ضمان بر عهده سبب گذاشته شده است، «به دلیل استناد عرفی زیان به سبب» چرا که اگر سبب نبود، علت اثر نمی‌کرد (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۷، صص. ۴۸-۴۹).

در مقابل در قرن سیزدهم هجری قمری به این موضوع تأکید می‌شود که این امکان وجود ندارد که به شخص متلف اطلاق مباشرت یا سبب را نمود، چرا که مباشرت و تسبیب اختصاصی به مرتبه خاصی ندارد؛ بلکه ممکن است سبب یا سبب سبب باشد و این سلسله همچنان بالا رود و دور شود. بنابراین منشأ مسئولیت، همواره اتلاف است و اینکه عرفاً عنوان متلف به شخص صدق نماید. تحدید اتلاف به مباشرت و تسبیب به منظور احصاء مواردی بوده است که عرف اتلاف را محقق می‌داند (حسینی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۳۵). بنابراین صدق عرفی تلف به شخص، معیار ضمان ناشی از اتلاف

است (حسینی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۳۵). مثال‌هایی که در خصوص اتلاف و تسبیب بیان می‌شود، اختصاص به بیان حکم نداشته و صرفاً به منظور تبیین مصادیقی است که عرف زیان را به شخص منتسب می‌نماید (حسینی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۳۶).

همچنین در قرن چهاردهم هجری قمری تأکید می‌شود که اسباب ضمان غیر از ضمان ید، دو قسم بوده و عبارت است از مباشرت در اتلاف و تسبیب؛ اما مرجع هر دو به اتلاف باز می‌گردد (رشتی، بی‌تا، ص. ۲۹). در واقع در روایات برای آنچه موجب ضمان می‌گردد حد مشخص یا وصف معینی بیان نشده است و فقها آنچه به صورت تسبیب باعث اتلاف می‌شود را به عنوان یکی از اسباب ضمان برشمرده و خود نیز در خصوص تعریف و تفسیر سبب اختلاف نظر فراوان دارند (کاشف‌الغطاء، بی‌تا، ص. ۱۵).

بنابراین دلیل قاطعی برای تفاوت مبانی اتلاف و تسبیب در فقه تبیین نشده است (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹، ص. ۷۸). به همین دلیل چنان‌که ملاحظه شد از سده هفتم هجری قمری فقهای شیعه مهم‌ترین بحث «اتلاف» را به «مباشرت» و «تسبیب» اختصاص داده و براساس رابطه علت و معلولی بین فعل ضامن و حالت اتلاف، این رابطه را به دو صورت «اتلاف بالمباشره» و «اتلاف بالتسبیب» مورد بحث قرار داده‌اند (عمید زنجانی، ۱۳۸۹، ص. ۱۲۰).

با وجود این، در قانون مدنی به تبعیت از تفکیکی که برخی از فقها بین اتلاف و تسبیب نموده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۵۴ و لطفی، ۱۳۶۷، ص. ۲۲۳)، این دو عنوان در مباحث دوم و سوم از فصل دوم (در ضمان قهری) به عنوان موجبات مستقل ضمان قهری تلقی شده است. شرح‌نویسان نخستین قانون مدنی به رغم تبعیت از تقسیم‌بندی قانون مدنی، بر این باورند که «حکم تلف کردن مال غیر، خواه بالمباشره و مستقیماً باشد و خواه با تسبیب و به طور غیرمستقیم، همان است که در مورد اتلاف ذکر شد» (عدل، ۱۳۸۹، ص. ۳۲۵). همچنین ضابطه تحقق تسبیب را این‌گونه بیان می‌دارند که «برای این که یک نفر مسبب تلف مال غیر محسوب شده و از این حیث مسئول خسارات وارده بر صاحب مال گردد باید مسبب بودن او حقیقی باشد یعنی تلف شدن مال را واقعاً بتوان به او منتسب نمود» (عدل، ۱۳۸۹، ص. ۳۲۶). همچنین گفته شده است که «در ادله دال بر ضمان شخص متلف از مباشرت و تسبیب ذکری

نشده» (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۲، ج ۲، ص. ۳۱۷) و «آنچه به اجماع مسلمانان موجب ضمان است فقط اتلاف است، النهایه اتلاف به دو نحو ممکن است صورت گیرد: به مباشرت و به تسبیب. جامع بین این دو بر حسب نظر دقیق آن است که تلف عرفاً مستند به شخص باشد» (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۲، ج ۲، ص. ۳۱۷).

در مقابل برخی از حقوق‌دانان که در آثار خود تلاش نموده‌اند تا قواعد فقه اسلامی را با قواعد حقوق فرانسه تطبیق دهند، اتلاف را مبتنی بر نظریه مسئولیت و تسبیب را مبتنی بر نظریه تقصیر دانسته و به این ترتیب بین اتلاف و تسبیب قائل به تفکیک شده‌اند (امامی، ۱۳۹۰، ج ۱، صص. ۶۶۱-۶۶۲). همچنین برخی دیگر که وجود تقصیر را شرط ایجاد مسئولیت در تسبیب قلمداد نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۲۱۲)، اذعان دارند که «لزوم تقصیر در هیچ ماده‌ای به صراحت نیامده است» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۲۱۲) و بر این باورند که در تسبیب «دست‌کم در بسیاری موارد، تقصیر در ایجاد ضمان اثر دارد و... لزوم تقصیر به معنای اجتماعی و نوعی، برای احراز رابطه علیت میان فعل زیان‌بار و ضرر، ضروری است» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۱۵۰).

بنابراین در پاسخ به آنان که تقصیر را از مهم‌ترین ملاک‌های مثبت مسئولیت ناشی از تسبیب می‌دانند و بر این باورند که تقصیر، شخص مسئول و میزان مسئولیت را تعیین می‌کند (پوربافرانی؛ یگانه دلپاک، و طباطبایی، ۱۳۹۳، ص. ۲۷۷)، باید گفت این‌گونه نیست که تقصیر شرط تحقق تسبیب و از ارکان آن به شمار رود؛ زیرا:

اولاً. ضمان از احکام وضعی است و اراده در آن نقش ندارد. به همین دلیل است که اگر صغیر، مجنون یا غیرقاصد نیز خسارتی به غیر وارد نمایند، مسئول جبران آن خواهند بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۵۸؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۹، ص. ۱۳۴ و صالحی‌راد، ۱۳۷۸، ص. ۴۱)، توضیح آنکه احکام شرعی (قانونی) به دو دسته احکام تکلیفی و وضعی تقسیم می‌شود. حکم تکلیفی آن دسته از احکام است که به طور مستقیم به افعال مکلفین مربوط است و آنچه حکم تکلیفی نباشد و به افعال مکلفین تعلق نگیرد؛ بلکه وضع مشخص و معینی را قانون‌گذاری نماید که به طور غیرمستقیم بر اعمال انسان اثر گذارد را حکم وضعی نامند (اسماعیل تبار، ۱۳۸۲، صص. ۳۶-۳۷). بنابراین زمانی که گفته می‌شود تسبیب موجب ضمان است، «تسبیب» فعلی است که توسط مکلف انجام می‌شود و می‌تواند موضوع حکم

تکلیفی حرام، واقع شود؛ در حالی که «ضمان» به معنای اشتغال ذمه ضامن است بنابراین مال مضمون، شیء به شمار می‌رود و فعلی از افعال مکلف نیست تا تابع احکام تکلیفی قرار گیرد (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص. ۲۸). این در حالی است که در احکام وضعی به خلاف احکام تکلیفی، شرایط تکلیف از قبیل علم، عمد و اهلیت نقش و دخالتی ندارد (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص. ۲۸).

ثانیاً. در حقوق اسلامی برای تحقق مسئولیت، انتساب و استناد فعل زیان‌بار به شخص زیان‌زننده کافی است (جعفری‌تبار، ۱۳۹۶، ص. ۸۵) و تقصیر صرفاً گاهی در احراز انتساب و استناد تأثیرگذار است؛ به همین دلیل گفته شده است که حقوق اسلامی به نظریه خطر نسبت به نظریه تقصیر شباهت بیشتری دارد (محقق داماد، ۱۳۸۶، ص. ۱۷۱).

ثالثاً. داوری عرف نیز در انتساب تلف در اتلاف و تسبیب نمی‌تواند دوگانه باشد. چگونگی ممکن است محجوری که مباشرت در اتلاف کرده است، عرفاً ضامن جبران خسارت تلقی شود؛ اما ضمان رشیدی که سبب اتلاف را فراهم آورده است، منوط به اثبات تقصیر او گردد؟ (صالحی‌راد، ۱۳۷۸، ص. ۴۹) به همین دلیل است که به طور مثال قانون‌گذار در ماده ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که موضوع از مصادیق اتلاف است، ضمان را بر عهده مقصر نهاده و در ماده ۵۲۴ همان قانون در فرض تسبیب، حکم به مسئولیت بدون تقصیر داده است.

اکنون پرسش این است که اگر تقصیر رکن تحقق مسئولیت در تسبیب نیست، جایگاه تقصیر در ایجاد مسئولیت چیست؟

در پاسخ باید گفت، برای آنکه مسئولیت و ضمان برعهده شخص قرار گیرد، لازم است زیان وارده به فعل وی منتسب شده و قابل استناد باشد و برای انتساب و استناد زیان به فعل شخص، ضرورتی به اثبات تقصیر وجود ندارد. با وجود این، در صورت اثبات تقصیر نیز، تردیدی در انتساب زیان به فعل شخص وجود نخواهد داشت.

به بیان دیگر، انتساب زیان به فعل شخص یکی از ارکان مسئولیت اوست و تقصیر حد اعلائی این انتساب است و در صورت اثبات تقصیر، تردیدی در استناد و انتساب زیان به فعل شخص مقصر وجود ندارد. اگرچه این به آن معنا نیست که در صورت

فقدان تقصیر و اثبات انتساب از طرق دیگر، مسئولیتی متوجه شخص نباشد. به طور مثال، همان‌طور که به تفصیل در بحث آتی بیان خواهد شد در فرضی که کالای معیوبی به بازار عرضه می‌گردد، عرف تردیدی به انتساب زیان ناشی از عیب کالا به تولیدکننده ندارد، اگرچه زیان در نتیجه مصرف کالا توسط مصرف‌کننده وارد شده باشد. در چنین فرضی، زیان‌دیده نیازی به اثبات تقصیر تولیدکننده در بروز عیب در کالا ندارد. اما در همین مثال، اگر مدت مدیدی از زمان تولید کالا گذشته باشد، به نحوی که عرف بین انتساب عیب کالا به تولیدکننده یا استهلاك کالا تردید نماید، اثبات تقصیر تولیدکننده می‌تواند تردید عرف را برطرف ساخته و زیان را به فرایند تولید منتسب نماید.

همچنین ممکن است گفته شود تقصیر زمانی شرط تحقق تسبیب است که ترتب اتلاف بر سبب، متعارف و متوقع نباشد و مسبب با تمهیداتی که معمولاً به نتیجه مطلوب نمی‌رسد، قصد اتلاف به دیگری را داشته باشد (عمید زنجانی، ۱۳۸۹، ص. ۱۳۲). اثبات تقصیر در چنین فرضی، می‌تواند کاستی احراز رابطه سببیت را جبران نماید و اتلاف را به مسبب مستند کند.

۲-۲. امکان سنجی تطبیق مسئولیت مدنی کالاها با اتلاف و تسبیب

مسئولیت کالاها در فرضی که قراردادی بین زیان‌دیده و تولیدکننده وجود نداشته باشد (ر.ک: امینی؛ عابدیان و کرمی، ۱۳۹۱)، به دو صورت ممکن است محقق گردد: نخست. آنکه کالا بدون دخالت زیان‌دیده یا بدون استفاده از آن منجر به ورود زیان شده باشد؛ دوم. آنکه زیان بر اثر استفاده از کالا توسط زیان‌دیده یا هر شخص دیگری به زیان‌دیده وارد شده باشد.

تفکیک بین این دو فرض از این حیث حائز اهمیت است که در فرض نخست، زیان‌دیده هیچ دخالتی در ورود زیان به خویش نداشته و اراده وی یا استفاده‌کننده از کالا به هیچ وجه، حتی به میزان استفاده از کالا نیز در ورود زیان دخیل نبوده است؛ اما در فرض دوم، زیان‌دیده دست‌کم اراده استفاده از کالای معیوب را داشته و از این حیث ممکن است مباشر اتلاف تلقی گردد و بحث تداخل مباشرت و تسبیب مطرح شود.

۲-۱. اتلاف؛ مبنای مسئولیت کالاها در فرض مجرد بودن عامل زیان

در تعریف مباشرت در اتلاف گفته شده است: «آن است که انسان شخصاً نسبت به اتلاف اقدام نماید به نحوی که اتلاف به غیر او مستند نباشد» (انصاری، ۱۴۱۴ق، ص. ۷۱). همچنین عده‌ای بر این باورند که رابطه سببیت در اتلاف به سادگی قابل احراز است؛ چرا که در اتلاف رابطه علت و معلولی بین فعل شخص و زیان وارده وجود دارد و منجر شدن فعل زیان‌بار به زیان، قطعی یا دست‌کم ظنی است (قربان‌پور، ۱۳۸۵، ص. ۱۵). در مقابل در تسبیب شخص سبب زیان را فراهم می‌سازد و منتج شدن فعل مسبب به زیان، احتمالی و اقتضائی است.

بنابراین در مسئولیت ناشی از اتلاف اثبات ارکان سه‌گانه مسئولیت (زیان، فعل زیان‌بار و رابطه سببیت) کافی است و رابطه سببیت با استناد عرفی زیان به فعل، قابل اثبات می‌باشد. به بیان دیگر فعل موجب اتلاف به گونه‌ای است که اتلاف معمولاً به آن فعل نسبت داده می‌شود (انصاری، ۱۴۱۴ق، ص. ۶۹).

برخی استفاده از ابزار برای ورود زیان را از مصادیق تسبیب تلقی کرده و بر این باورند که مباشرت مربوط به موردی است که شخصی با دست خویش و نه حتی با استفاده از ریسمان، نسبت به خفه کردن دیگری اقدام می‌کند (مرعشی شوشتری، ۱۳۷۵، ص. ۱۶). به طور مثال اگر کسی به سوی دیگری تیراندازی کرده و او را بکشد، عمل وی به دلیل استفاده از سلاح، داخل در باب تسبیب است. همچنین در فرضی که شخصی چوبی شعله‌ور را به سمت انبار بنزین پرتاب نماید و علت انفجار انبار را فراهم سازد؛ ممکن است چوب را واسطه بین فعل پرتاب و انفجار انبار تلقی نمایند. با وجود این، چوب وسیله‌ای است که کاملاً در اختیار پرتاب‌کننده بوده و جنبه اقتضائی در به‌وجود آمدن زیان ندارد (قربان‌پور، ۱۳۸۵، ص. ۱۵). بنابراین در فرضی که اراده شخص به صورت مستقیم یا با استفاده از ابزار اعمال می‌شود، مسئولیت از باب اتلاف خواهد بود.

به همین دلیل است که برخی قائل به صدق اتلاف در فرضی هستند که راننده با وسیله‌ای که در اختیار دارد، زبانی به دیگری وارد می‌نماید اعم از اینکه زیان وارده عمدی یا غیرعمدی باشد. اما در فرضی که وسیله نقلیه از اختیار شخص خارج شده

باشد، مانند آنکه بر اثر ترکیدن لاستیک، خسارتی به دیگری وارد شود، نمی‌توان راننده را به علت اتلاف مسئول دانست (صفایی، ۱۳۸۹، ص. ۸۶).

به‌رغم اینکه گاه در افعال تولیدی، پیچیدگی وجود دارد؛ برخی از فقها نیز چنین افعالی را از مصادیق مباشرت آورده‌اند^۷ (عمید زنجانی، ۱۳۸۹، ص. ۱۲۱). به همین دلیل است که گفته می‌شود «هر جا که میان سبب و فعل واقع شده، اراده و اختیار فاصله ایجاد کند، انتساب عرفی منتفی خواهد بود» (بی‌نام، ۱۳۷۵، ص. ۳۵۱) حتی در مسئله اکراه نیز که شخص مکره از اراده برخوردار است، مشهور فقها ضامن را بر عهده اکراه‌کننده می‌دانند و احتمالاً فقها چنین استنباط کرده‌اند که اکراه‌شونده آلتی در دست اکراه‌کننده است (مراغی، ۱۳۷۹، ص. ۵۲).

بنابراین برای آنکه فعل شخص از مصادیق اتلاف قلمداد شود، لازم نیست عمل او بی‌هیچ واسطه، منجر به ورود زیان گردد؛ بلکه کافی است زیان به لحاظ عرفی مستند به عمل وی باشد و وجود واسطه نیز مادامی که مانند سبب (شرط)، جنبه اقتضائی و احتمالی به خود نگرفته باشد، مانع از استناد عرفی زیان به عمل شخص نخواهد بود. افزون بر این نباید تصور کرد که عرف در استناد تلف به فعل یک شخص لزوماً به دنبال کشف حقیقت است. همچنان‌که در بحث تعدد اسباب، مسبب دانستن یک سبب از میان اسباب به منزله نفی سببیت سایر اسباب نیست، بلکه به دلیل تسهیل در رسیدگی قضایی به دعوای مسئولیت مدنی است (قربان‌پور، ۱۳۸۵، ص. ۱۹). بنابراین، استناد زیان به فعل زیان‌بار جنبه اعتباری دارد و لزوماً کشفی و واقعی نیست. تا جایی که گفته می‌شود، کافی است بین فعل شخص و زیان، رابطه سببیت عرفی احراز شود، هر چند که در فاصله میان فعل و زیان عوامل دیگری نیز زمینه‌ساز را فراهم کند (میرشکاری، ۱۳۹۷، ص. ۳۰۹). همان‌طور که بیان شد، اگرچه گاه زیان با وجود واسطه و با استفاده از ابزار وارد می‌شود؛ اما عرف تردیدی در انتساب زیان به فعل آخرین شخص مختار نمی‌نماید. عدم تردید عرف، نقش واسطه‌ها را در ورود زیان به قدری کم‌رنگ می‌سازد که می‌توان وجود آن را نادیده گرفت و زیان را به صورت مستقیم به فعل شخص نسبت می‌دهد.

در خصوص زیان ناشی از کالاها نیز، در صورتی که اثبات شود زیان از عیب کالا نشئت گرفته است، عیب مستقیماً به تولید کالا مستند است و تولید بی‌هیچ واسطه به

تولیدکننده استناد دارد. بنابراین عرف می‌تواند به سادگی وجود واسطه‌ها را نادیده انگارد و ارتباط مستقیم زیان به تولیدکننده را به صورت اعتباری برقرار سازد. بدین‌سان، در فرضی که زیان بدون استفاده زیان‌دیده یا دخالت سایر اشخاص، وارد شده و این زیان ناشی از کالا باشد، تولیدکننده به عنوان آخرین اراده‌ای که زیان می‌تواند مستند به فعل او (تولید کالا) باشد، مستند گردد، فارغ از اینکه کالا معیوب باشد یا خیر.

بنابراین اگر وجود عیب در کالا، می‌تواند نمایانگر تقصیر تولیدکننده در فرایند تولید باشد، در فرض ورود زیان از کالا بدون دخالت سایر اشخاص، احراز رابطه سببیت بدون در نظر گرفتن تقصیر (عیب تولید) نیز میسر است و همین‌که رابطه بین زیان و کالا اثبات شود، بدون نیاز به اثبات عیب یا تقصیر، مسئولیت در نتیجه اتلاف برقرار خواهد بود. فارغ از اینکه ایراد خسارت از سوی کالا، بدون آنکه عامل دیگری دخیل در بروز زیان باشد، خود ظهور بر وجود عیب در کالا دارد.^۸

۲-۲-۲. تسبیب؛ مبنای مسئولیت کالاها در فرض تعدد عوامل زیان

زمانی که چند عامل در ورود زیان مؤثر هستند، مانند آنکه پزشکی دارویی را برای بیمار خود تجویز می‌کند و بیمار بر اثر استفاده از دارو، زبانی را متحمل می‌گردد، انتساب زیان به یکی از عوامل که برخی مباشر و برخی مسبب هستند، یکی از دشوارترین مباحث در حقوق مسئولیت مدنی است که این موضوع ذیل عنوان اجتماع سبب و مباشر در فقه و حقوق مورد بررسی قرار گرفته است (ر.ک: امینی و عنایت‌تبار، ۱۳۹۷، صص. ۴۷-۵۵).

به عنوان یک قاعده کلی می‌توان گفت در حالت تساوی سبب و مباشر از حیث ضعف و قوت، مباشر رابطه سببیت بین سبب و زیان را قطع می‌کند، اما در صورت قوت سبب از مباشر، رابطه سببیت بین سبب و زیان وجود داشته و سبب مسئول جبران خسارت وارده است (امینی و عنایت‌تبار، ۱۳۹۷، ص. ۴۷).

در فرضی که خسارت ناشی از کالا ملازمه با استفاده از آن دارد، به دلیل آنکه مصرف‌کننده کالا را در اختیار دارد، ممکن است در نگاه نخست، عرف، زیان ناشی از کالا را به استفاده‌کننده از آن نسبت دهد. لذا مباشرت در استفاده از کالا از نگاه عرف،

مباشرت در ایراد خسارت ناشی از کالا نیز به‌شمار می‌رود.^۹

بنابراین ممکن است گفته شود با دخالت مصرف‌کننده، رابطه سببیت بین ورود زیان و فعل تولیدکننده قطع شده و با وجود مباشر (مصرف‌کننده) خسارت منتسب به او است. در پاسخ باید گفت؛ در قضیه تسبیب، فقط مسبب است که با ایجاد سبب باعث ورود ضرر می‌شود و در فرضی که مباشری وجود داشته باشد، موضوع از مصادیق تسبیب نخواهد بود؛ لذا تمامی مثال‌هایی که درخصوص سبب اقوی از مباشر بیان شده است، از مصادیق قاعده غرور می‌باشد (میرحسینی و آب‌سواران، ۱۳۹۳، ص. ۱۳۹). در واقع غرور، رابطه اراده‌های میانی را با اختیار قطع می‌نماید و این‌گونه است که زیان، نتیجه مستقیم عمل غارّ خواهد بود. مانند آنکه شخصی دیگری را به خانه خویش دعوت کند و با غذایی مسموم از میهمان پذیرایی نماید. اگرچه در این مثال، میهمان، شخصاً غذا را می‌خورد، اما اراده او به خوردن غذایی سالم تعلق گرفته و وضعیتی که میزبان فراهم آورده موجب غرور وی شده است. بدین‌سان می‌توان گفت زیان ناشی از خوردن غذای مسموم، مستقیماً نتیجه وضعیتی است که میزبان فراهم آورده است. به همین دلیل است که گفته می‌شود: هرگاه شخصی دیگری را فریب دهد و در نتیجه موجب تلف مالی از او گردد ... باید زیان فریب‌خورده را جبران نماید (شهابی، ۱۳۴۱، ص. ۷۵).

بنابراین شخص غارّ ضامن زیان‌هایی است که در اثر فریب او بر مغرور وارد شده یا مغرور به دیگران وارد ساخته است (لطفی، ۱۳۷۹، الف، ص. ۶۶). در مسئولیت ناشی از عیب کالا نیز مصرف‌کننده، اراده استفاده از کالایی سالم و بی‌نقص را دارد و آنچه منجر به ایراد خسارت به مصرف‌کننده یا سایر اشخاص در نتیجه استفاده از کالا می‌شود، عیبی نهفته در کالا است که ایجاد آن منتسب به تولیدکننده است.

در مسئولیت ناشی از غرور، تفاوتی بین علم و جهل غار نیز وجود ندارد و هر چند شخص غار قصد فریب دادن مغرور را نداشته باشد، مسئولیت برعهده وی خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۶، ص. ۶۰). به بیان دیگر در غرور لازم است تلف شدن مال از نگاه عرف مستند به غار باشد (انصاری، بی‌تا، ص. ۱۴۶). به همین دلیل است که گفته می‌شود «در همه انواع تسبیب در حقوق اسلامی، تقصیر از ارکان مسئولیت نیست، بلکه آنچه اهمیت دارد وجود رابطه عرفی میان کار مسبب و ورود زیان به دیگری است»

(محقق داماد، ۱۳۸۶، ص. ۱۷۱). بنابراین اثبات این موضوع از سوی تولیدکننده که از عیب کالا بی‌اطلاع بوده است، مانع از مسئولیت وی نخواهد بود. با وجود این، قاعده غرور در فرضی که مغرور آگاه به تدلیس و فریب باشد اجرا نمی‌گردد (محقق داماد، ۱۳۸۶، ص. ۱۷۰ و لطفی، ۱۳۷۹، ب، ص. ۷۷) و جهل مغرور یکی از شرایط اصلی قاعده غرور است (لطفی، ۱۳۷۹، ب، ص. ۷۸). بنابراین در صورتی که عیب آشکاری در کالا موجود باشد یا به هر ترتیب دیگری تولیدکننده آگاهی مصرف‌کننده را در خصوص عیب کالا اثبات نماید، مسئولیت متوجه مصرف‌کننده خواهد بود.

در چنین فرضی اثبات وجود عیب در کالا به منظور قوت سبب نسبت به مباشر و انتساب عیب به کالا و به تبع آن به تولیدکننده کالا، ضروری است. چرا که بدون وجود عیب، اساساً غروری محقق نشده است تا منجر به استناد رابطه سببیت به غار گردد.

نتیجه‌گیری

در حقوق کشورهای نظیر آمریکا و فرانسه، از دیرباز مسئولیت مبتنی بر تقصیر به عنوان مبنای اصلی مسئولیت مورد پذیرش قرار گرفته و یا اثبات تقصیر در برقراری مسئولیت مؤثر است. این در حالی است که بر اثر تحولات صنعتی و گسترش تولید کالاهایی که ممکن است زیان‌های فراوانی را به جان و مال اشخاص وارد کنند، تحمیل بار اثبات تقصیر به زیان‌دیده، گزاف بوده و مبنای مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر را در خصوص زیان‌دیدگان از کالاها، ناکارآمد می‌نمود. به همین دلیل، رویه قضائی و به تبع آن قانون‌گذار در این کشورها، در صدد معافیت زیان‌دیده از کالاها، از اثبات تقصیر برآمدند و این‌گونه بود که در نهایت، مسئولیت محض (مسئولیت بدون تقصیر) به عنوان اصل در مسئولیت مدنی کالاها در این کشورها مورد پذیرش قرار گرفت. با وجود این، همچنان اثبات عیب کالا، یکی از مهم‌ترین ارکان مسئولیت محض تولیدکنندگان به شمار می‌رود و زیان‌دیده‌ای که از دانش کافی در خصوص کالاهای متنوع برخوردار نیست، ممکن است در اثبات عیب کالا نیز به دشواری افتد. در نظام حقوقی ایران که از قواعد فقه اسلامی منبعث است، اتلاف بالمباشره و بالتسبیب، به عنوان مبنایی مستقل برای مسئولیت بدون تقصیر به شمار می‌رود، بنابراین در

صورت تطبیق مسئولیت مدنی کالاها با اتلاف و تسبیب نیازی به وضع قانون جدید به منظور برقراری نظام خاص مسئولیت در خصوص تولیدکنندگان وجود نخواهد داشت. در فرضی که کالا به صورت مجرد و بدون دخالت سایر عوامل منجر به ایراد خسارت گردد، زیان ناشی از کالا به صورت اعتباری به فعل تولید منتسب بوده و ایراد ناگهانی خسارت نیز ظهور در وجود عیب در کالا دارد، بنابراین در چنین فرضی، تولیدکننده متلف به شمار می‌رود و بدون آنکه نیازی به اثبات تقصیر یا حتی وجود عیب باشد، مکلف به جبران خسارت وارده خواهد بود. در مقابل در فرضی که افزون بر کالا، عواملی نظیر استفاده‌کننده از کالا در ورود زیان نقش داشته باشند، انتساب زیان به تولیدکننده منوط به اثبات عیب کالا است. وجود عیب در کالا علاوه بر اینکه به خودی خود می‌تواند تقصیر به شمار رود، از آنجا که اراده استفاده‌کننده از کالا به استفاده از کالای سالم تعلق گرفته است، تولیدکننده‌ای که کالای معیوب را در اختیار او گذاشته مانند غازی است که دیگری را مغرور ساخته و از این جهت، سببی اقوا از مباشر به شمار می‌رود و این‌گونه بار مسئولیت را بر دوش خواهد کشید.

یادداشت‌ها

1. Report from the commission to the European parliament, the council and the European economic and social committee, on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). (2018), P: 1, Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0246&from=EN>.
۲. در اصلاحات سال ۲۰۱۶ در ماده ۱۲۴۵ ذکر شده است.
۳. پیش از سال ۱۹۱۶ طرح دعوای مسئولیت مدنی کالاها به طور کلی بر مبنای نظریه نسبیت قراردادهای محدود شده بود که مقرر می‌داشت، طرح دعوایی که از عدم اجرای تعهدات قراردادی نشئت گرفته باشد، صرفاً از سوی طرفین قرارداد امکان‌پذیر است. رأی دادگاه در دعوای مک‌فرسون به طرفیت شرکت بیوک موتورز (MacPherson v Buick Motor Co) فرآیندی را آغاز کرد که نتیجه آن منسوخ شدن اصل نسبیت قراردادهای در دعوای مسئولیت مدنی بود.

۴. چنانکه دادگاه آمریکایی در دعوی دوناف به طرفیت استیونسن (Available at: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/100.html>, Last visited: 27.9.2019

موسوم به قضیه «حلزون در بطری» در سال ۱۹۳۲ میلادی، از اعمال قاعده موصوف خودداری نموده است؛ همچنانکه سه سال قبل در دعوی مولن به طرفیت بار اند کمپانی دادگاه وظیفه مراقبت را برای تولیدکننده نوشیدنی که وجود موش در بطری آن موجب اضطراب مصرف‌کننده شده بود، در نظر نگرفت:

(Available at: <https://swarb.co.uk/mullen-v-barr-and-co-ld-and-mgowan-v-barr-and-co-ld-1929>, Last visited: 27.9.2019).

۵. به طور مثال در صورتی که شخصی از سگ خود محافظت ننماید و سگ مالی را تلف کند، صاحب سگ ضامن خواهد بود؛ زیرا در حفظ و نگهداری آن کوتاهی (تفریط) کرده است؛ اما اگر شخصی بدون اجازه وارد خانه دیگری شود و از سگ صاحب خانه به او آسیبی رسد، صاحب سگ ضامن نیست؛ چرا که آن شخص در ورود بدون اجازه به خانه دیگری، کوتاهی (تفریط) کرده است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص. ۷۹ و نیز مفید، ۱۴۱۰ق، ص. ۷۷۰).

۶. ایشان در برخی مثال‌ها در باب تسبیب، به مفهوم تقصیر نیز اشاره می‌نمایند: اگر شخصی کودک خود را به معلم شنا بسپارد و بر اثر کوتاهی (تفریط) معلم، کودک غرق شود، معلم ضامن خواهد بود و اگر شخص مورد آموزش، بالغ باشد، معلم ضامن نیست، چرا که کوتاهی از آن شخص است (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ص. ۱۰۲۵).

۷. نظیر اینکه با فشردن یک کلید، برق جریان می‌یابد و جریان برق در شرایط خاصی موجب جرقه می‌گردد و جرقه در محیط مملو از گاز، آتشی می‌فروزد و سرایت آتش بر اثر باد، منجر به سوختن انبار می‌گردد. در چنین فرضی به رغم وجود کلید، برق، جرقه، گاز و باد، تردیدی در انتساب آتش به فشردن کلید وجود ندارد؛ چرا که هیچ‌یک از عوامل از اراده و اختیار برخوردار نیستند.

۸. مانند آنکه خودرویی، در حالت ثابت و بدون آنکه مورد استفاده قرار گیرد، به ناگاه مشتعل می‌گردد و این اشتعال منجر به انفجار شده و جان و مال ده‌ها نفر را دچار حریق می‌کند. در این مثال، بدون آنکه نیازی به اثبات عیب آن باشد، زیان ناشی از خودرو به تولیدکننده منتسب است، اگرچه اشتعال ناگهانی خودرو، خود ظهور بر عیب آن در زمان تولید دارد.

۹. به طور مثال، شخصی که در حال راندن خودرو، تصادف می‌کند، هر چند تصادف به دلیل عملکرد ضعیف ترمز خودرو باشد، عرف زیان ناشی از تصادف را به راننده نسبت می‌دهد. همچنین زمانی که دست یک تراشکار هنگام استفاده از دستگاه تراشکاری آسیب ببیند، هر

چند زیان وارده در نتیجه انحراف تیغه دستگاه باشد، در نگاه اول، آسیب به نحوه استفاده تراشکار از دستگاه نسبت داده می‌شود.

کتابنامه

۱. ابدالی، مهرداد (۱۳۹۱). «بررسی تطبیقی مبنا و حدود مسئولیت ناشی از عیب تولید در حقوق ایران، فرانسه و دستورالعمل جامعه اروپا». مجله حقوقی دادگستری، (۷۸).
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن احمد (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۳. ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۰۴ق). من لا یحضره الفقیه. قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیه.
۴. اسماعیل تبار، احمد (۱۳۸۲). «مبنای قانونمندی انسان در فقه امامیه». رواق اندیشه، (۱۷)، صص. ۳۳-۴۶.
۵. امامی، حسن (۱۳۹۰). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامیة.
۶. امینی، منصور و عنایت تبار، رشید (۱۳۹۷). «بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی سبب و مباشر در حقوق ایران و عامل مداخله‌گر در حقوق انگلستان». مطالعات حقوق تطبیقی، (۱)۹، صص. ۴۲-۶۴.
۷. امینی، منصور؛ عابدیان، میرحسین و کرمی، سکینه (۱۳۹۱). «نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در ایران». مجله تحقیقات حقوقی، (۵۹)، صص. ۱۷۱-۲۱۲.
۸. انصاری، محمدعلی (۱۴۱۴ق). حکم الائلاف فی الفقه الاسلامی. بی‌جا: الفکر الاسلامی، العدد ۲.
۹. بی‌نام (۱۳۷۵). مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور. تهران: دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور.
۱۰. پوریافرانی، حسن؛ یگانه دلپاک، الهام و طباطبایی، سید محمد (۱۳۹۳). «یگانگی یا دوگانگی تسبیب در حقوق مدنی و کیفری». حقوق خصوصی، (۲۵)، صص. ۲۶۳-۲۹۰.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). الفارقی. تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۲. جعفری تبار، حسن (۱۳۹۶). مسئولیت مدنی کالاهای. تهران: نگاه معاصر.
۱۳. حائری شاه‌باغ، علی (۱۳۸۲). شرح قانون مدنی. تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۴. حسینی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیه. قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة

المدرسين.

۱۵. رشتی، حبیب‌اله (بی‌تا). کتاب الغصب. بی‌جا: بی‌نا.
۱۶. شهابی، محمود (۱۳۴۱). قواعد فقه. تهران: انتشارات فرید.
۱۷. صاحب جواهر، محمدحسین (۱۳۶۲). جواهر الکلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۱۸. صالحی‌راد، محمد (۱۳۷۸). «تسبیب و وجوه آن». مجله حقوقی دادگستری، (۲۸ و ۲۹)، صص. ۳۷-۶۶.
۱۹. صفایی، حسین و رحیمی، حبیب‌اله (۱۳۸۹). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد). تهران: انتشارات سمت.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۲۱. عدل، منصور (۱۳۸۹). حقوق مدنی. تهران: انتشارات خرسندی.
۲۲. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ ه.ق). ارشاد الازهان الی احکام الایمان. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۲۳. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۹). موجبات ضمان. تهران: انتشارات میزان.
۲۴. قربان‌پور، محمد مهدی (۱۳۸۵). «تقصیر و رابطه سببیت در نظام مسئولیت مدنی». مجله حقوقی دادگستری، (۵۴)، صص. ۹-۳۶.
۲۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). «حمایت از زیان‌دیده و مسئولیت تولیدکننده در حقوق فرانسه». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، (۸۶)، صص. ۱۷۹-۱۹۸.
۲۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). الزام‌های خارج از قرارداد. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۷. کاشف‌الغطاء، حسن (بی‌تا). أنوار الفقاهة (کتاب الغضب)، مکتبه کاشف الغطاء العامة.
۲۸. لطفی، اسداله (۱۳۶۷). مباحث حقوقی شرح لمعه. تهران: انتشارات مجد.
۲۹. لطفی، اسداله (۱۳۷۹ الف). موجبات و مستقطات ضمان قهری در فقه و حقوق مدنی ایران. تهران: انتشارات مجد.
۳۰. لطفی، اسداله (۱۳۷۹ ب). «قاعده غرور». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، (۴۷)، صص. ۵۹-۹۰.
۳۱. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۹ ه.ق). شرایع الاسلام فی مسائل الاحلال و الحرام، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران: نشر استقلال.
۳۲. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۶). قواعد فقه (بخش مدنی). تهران: نشر علوم اسلامی.

۳۳. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۸). «تحولات اجتهادی شیعی: مکتب‌ها حوزه‌ها و روش‌ها (۴): (احکام تکلیفی و وضعی از نظر محقق خراسانی)». فصلنامه تحقیقات حقوقی، (۵۰)، صص. ۲۵-۴۸.
۳۴. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۳۵. مراغی، میر عبدالفتاح (۱۳۷۹). «اتلاف و غرور». ترجمه محمد جواد شریعت باقری. *مجله حقوقی دادگستری*، (۳۳)، صص. ۶۲-۴۷.
۳۶. مرعشی شوشتری، محمد حسن (۱۳۷۵). «قاعده تسبیب». *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، (۲)، صص. ۲۲-۱.
۳۷. مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۰ق). *المقنعه*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۸. میرحسینی، سید احمد؛ آب‌سواران، حسن (۱۳۹۳). «بازپژوهی قاعده تسبیب و نقد قوانین آن». *آموزه‌های فقه مدنی*، (۱۰)، صص. ۱۲۵-۱۴۶.
۳۹. میرشکاری، عباس (۱۳۹۷). *رساله عملی در مسئولیت مدنی*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۰. نراقی، محمد (۱۴۲۲ق). *مشارق الاحکام*. بی‌جا: الناشر: مؤتمر المولی مهدی النراقی.
41. BCouncil Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, <http://data.europa.eu/eli/dir/1985/374/oj>.
42. Bell, John. (2001). *French Legal Cultures*. London: Butterworths.
43. Borghetti, Jean-Sébastien (2017). "Product Liability in France". *European Product Liability an Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Intersentia.
44. Duncan, Fairgrieve (2009). *Product Liability in Comparative Perspective*. Cambridge University Press.
45. Green, Michael D. and Jonathan Cardi (2017). United States of America, *European Product Liability an Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Intersentia.
46. <https://swarb.co.uk/mullen-v-barr-and-co-ld-and-mgowan-v-barr-and-co-ld-1929>, last visited: 27.9.2019.
47. <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/100.html>, Last visited: 27.9.2019
48. Hylton, Keith N. (2016). *Tort Law. A Modern Perspective*, Cambridge University Press.
49. Ivory, Thomas Hafey (1937). Res Ipsa Loquitur, *Albany Law Review*, Vol. 7, Issue 2.
50. McKennett, Richard (1967). Products Liability-Strict Products Liability-Absoluteness of Strict Liability in Tort, *North Dakota Law Review*, Vol. 44, Issue 1.

51. Report from the commission to the European parliament, the council and the European economic and social committee, on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC). (2018), P: 1, Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0246&from=EN>.
52. Sportes, Carole and Ravit, Valerie (2019). *France: Product Liability*, Available at: <https://iclg.com/practice-areas/product-liability-laws-and-regulations/france>, last visited: 2019.11.28.
53. Sudzus, David B. and Daniel B. Carroll (2019). *USA: Product Liability*, Available at: <https://iclg.com/practice-areas/product-liability-laws-and-regulations/usa>, Last visited: 2019.12.05
54. Turner, Frank G. (1936). *Law of Implied Negligence*. Miami, Fla., Turner Publ. Co.
55. Twigg-Flesner, Christian (2015). *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press.
56. Whittaker, Simon (2010). *the Development of Product Liability*, Cambridge University Press.

نقد و بررسی تعریف حق قسم در آرای فقهای امامیه

سیدمهدی نقیبی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۰/۲۹

صدیقه محمدحسینی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۱۸

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

در فقه امامیه «قسم» از حقوق زوجه در عقد نکاح می‌باشد که با هدف تأمین عدالت در بین زوجات در فرض چندهمسری تشریح یافته است. سه تعریف مختلف از «قسم» ارائه شده است. در تعریف نخست، قسم، حقی واجب برای زوجه‌ای است که دارای حق نفقه می‌باشد. در دومین تعریف، حق قسم به «برقراری عدالت در میان زوجات» و در تعریف سوم به «تقسیم شب‌ها در میان زوجات» تعریف شده است. طبق بررسی‌ها، تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، جامع افراد و مانع اغیار نمی‌باشد. به علاوه با توجه به اینکه لازمه اجرای حق قسم «برقراری عدالت بین زوجات» بوده تعریف این حق با فصل «عدالت» از قبیل اطلاق لازم بر ملزوم بوده و مجاز لغوی است. تعریف حق قسم به «تقسیم شب‌ها»، به دلیل برخوردارگی از دلالت مطابقی و مبرا بودن از اشکالات دو تعریف دیگر دقیق‌ترین تعریف حق قسم می‌باشد. علی‌رغم تبیین تفصیلی مقررات حق قسم در فقه امامیه و جایگاه ویژه این حق در تحکیم روابط زوجین در فرض تعدد زوجات، انعکاس مقررات این حق در قوانین خانواده مغفول مانده است. پژوهش حاضر، در راستای رفع خلأ مذکور، ضمن تبیین این نقص قانونی، تعریف دقیق حق قسم و مواد قانونی متعددی را در این باره، جهت انعکاس در قوانین خانواده پیشنهاد می‌کند.

واژگان کلیدی: انفاق، تعدد زوجات، تقسیم شب‌ها، حق قسم، عدالت، فقه امامیه.

* استادیار، گروه فقه و اصول، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.

Seyed_mahdi_naghibi@yahoo.com

** دانشجوی مقطع دکتری رشته حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول).

Mohamadhasani600@yahoo.com

مقدمه

مبتنی بر شریعت مبین اسلام و به صراحت آیه ۳ سوره مبارکه نساء^۱، مرد می‌تواند تا چهار همسر دائمی اختیار نماید. البته حکم جواز تعدد زوجات، مطلق نبوده و مقید به رعایت عدالت بین همسران متعدد می‌باشد. در همین راستا فقها و مفسرین امامیه، مبتنی بر ادله‌ای از جمله روایات^۲ معتقدند زوج مکلف است عدالت را در تمامی امور واجب از جمله در قسم و نفقه بین زوجات خویش برقرار نماید (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۳۵ و جوادی آملی، ۱۳۸۹، ج ۱۷، ص ۲۴۰). در حقیقت با اجرای حق قسم و رعایت عدالت در بحث نفقه، عدالت مورد نظر شارع در بحث تعدد زوجات تأمین خواهد شد. بدین ترتیب رابطه بحث عدالت و حق قسم آشکار می‌شود به گونه‌ای که می‌توان گفت اجرای حق قسم از لوازم اجرای عدالت در میان زوجات است.

در منابع اصیل فقه امامیه حق قسم، از حقوق زوجه در عقد نکاح محسوب می‌شود که به موجب آن زوج مکلف است به محض اختیار زوجات متعدد، با کیفیت و مقررات ویژه‌ای به تقسیم شب‌های خود بین همسران خویش بپردازد و شب قسم را با کیفیت خاصی نزد زوجه صاحب حق سپری نماید (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص ۴۸۶؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص ۷۶؛ طباطبایی حائری، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۳۹۳؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۱۴۸ و سبحانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۹۱). فقهای امامیه استیناس و پیوستگی زوجین، حسن معاشرت و برقراری عدالت در میان همسران را حکمت و غرض اصلی تشریح حق قسم، در نهاد خانواده دانسته‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص ۷۶؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۱۴۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۳۰۹ و ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۵۴۱). بر این اساس حق قسم از جایگاه ویژه‌ای در تحکیم بنیان خانواده برخوردار است. لذا ضرورت تبیین احکام این حق در فضای حقوق خانواده به خوبی روشن می‌شود. اما قبل از هر چیز، نکته اساسی در راستای بررسی احکام این حوزه، ارائه تعریفی دقیق، جامع و مانع از حق قسم می‌باشد.

تتبع در آرای فقهی نشان می‌دهد فقهای امامیه سه تعریف مختلف از حق قسم ارائه نموده‌اند. در تعریف نخست، قسم، حقی واجب برای زوجه‌ای است که دارای حق نفقه می‌باشد. در دومین تعریف، حق قسم به «برقراری عدالت در میان زوجات» تعریف

شده است و نهایتاً «تقسیم شب‌ها در میان زوجات» سومین تعریف ارائه‌شده از حق قسم می‌باشد. لذا این سؤال اساسی مطرح می‌شود که از میان تعاریف ارائه‌شده برای حق قسم، دقیق‌ترین و صحیح‌ترین تعریف کدام تعریف است؟

ارائه تعریف از یک ماهیت سبب می‌شود شناخت کاملی نسبت به آن ماهیت حاصل شود؛ به گونه‌ای که تصویری کامل و روشن از آن در ذهن پدید آید. به علاوه تمییز تام و کامل آن ماهیت از سایر ماهیت‌ها ممکن شود (محمدی خراسانی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۲۵۵). لذا پژوهش حاضر، در صدد است با بررسی و تحلیل تعاریف مختلف حق قسم در فقه امامیه، دقیق‌ترین تعریف را بر اساس آرای فقهی تعیین نموده و برگزیند؛ تعریفی که ماهیت این حق را به خوبی معرفی کرده و امکان تمییز این حق را از سایر حقوق زوجیتی فراهم آورد.

مرور اجمالی متون فقهی در مورد مسئله یادشده، این فرضیه را قوت می‌بخشد که تعریف «تقسیم شب‌ها»، دقیق‌ترین و جامع‌ترین تعریف، برای حق قسم به شمار می‌رود. زیرا تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق» و «برقراری عدالت» هر یک دارای اشکالاتی بوده و از دقت لازم برخوردار نیستند.

مبتنی بر مطالب فوق، این پژوهش در راستای پاسخ‌گویی به مسئله یادشده و تحقیق در درستی فرضیه مذکور، ابتدا به تحلیل ماهیت، مقتضا و کیفیت اجرای حق قسم می‌پردازد. سپس در سه بخش مجزا به بررسی، نقد و تحلیل تعاریف حق قسم در کلام فقهای امامیه می‌پردازد. در پایان نیز پس از بررسی تعریف حق قسم در حقوق خانواده، تعریف منتخب را به همراه برخی پیشنهادهای قانونی جهت انعکاس در قوانین خانواده و رفع خلأهای قانونی مربوط به حق قسم پیشنهاد می‌دهد.

البته قبل از ورود به بحث تذکر یک نکته در تبیین اهمیت موضوع ضروری است. توضیح آنکه احکام گسترده، ظریف و دقیق حق قسم با «دلالت ظهوری»، روابط زوجیتی را در بحث تعدد زوجات نظامند می‌نماید و از ظلم و بی‌عدالتی در حوزه خانواده جلوگیری می‌کند. اما باید توجه نمود دلالت التزامی احکام متعدد و دقیق حق قسم، صعوبت و دشواری برقراری عدالت، بین همسران متعدد را یادآور می‌شود. دامنه مفهومی این صعوبت و دشواری تا آنجاست که موجب چالش جدی متشرعه در این

زمینه شده و آنها را با این سؤال اساسی مواجه می‌سازد که آیا به راستی قادر خواهند بود؛ عدالت مورد نظر شارع را بین همسران خود رعایت نمایند؛ به گونه‌ای که از عقوبت الهی^۳ ناشی از ظلم و بی‌عدالتی در بین همسران خود در امان باشند؟ البته درک این دلالت التزامی از احکام حوزه قسم، زمانی به خوبی محقق خواهد شد که به مجموعه احکام قسم، نگاهی سیستمی و از بالا داشته باشیم. بر این اساس با توجه به دلالت التزامی احکام قسم می‌توان گفت؛ تبیین دقیق و همه‌جانبه احکام این حق، با تمام ظرافت‌اندیشی‌های آن در فضای جامعه، حساسیت شارع مقدس را بر رعایت دقیق عدالت در خانواده روشن می‌سازد و این امر، تا حد زیادی از ازدواج‌های مجدد غیرضروری و مبتنی بر هوس بدون رعایت احکام حق قسم جلوگیری می‌نماید.

۱. ماهیت، مقتضا و کیفیت حق قسم

۱-۱. ماهیت قسم

بسیاری از فقها به این مطلب تصریح نموده‌اند که «قسم» یک حق غیرمالی است. در مورد آثار مترتب بر این حق نیز مباحث بسیار زیادی در فقه امامیه بیان شده است. بررسی متون اصیل فقه امامیه نشان می‌دهد؛ سه اثر مختلف، بر «حق» مترتب می‌شود. این آثار عبارتند از: قابلیت اسقاط، قابلیت انتقال ارادی و قابلیت انتقال قهری (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص. ۱۴۱). بررسی‌ها نشان می‌دهد؛ حق قسم، قابلیت انتقال قهری را ندارد. به عنوان مثال، حق قسم از طریق ارث به وراثت انتقال نمی‌یابد (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ص. ۵۰). چرا که این حق، با اهداف خاصی از جمله استیناس زوجین تشریح شده است؛ لذا معقول و ممکن نیست شخص دیگری، قائم مقام هر یک از زوجین، در استفاده از این حق شود (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ص. ۵۰). به علاوه حق قسم، از حقوق زن در عقد نکاح محسوب می‌شود؛ تا زمانی که در قید حیات و در علقه زوجیت باشد. بنابراین با فوت زوجه، این حق از بین رفته و دیگر حقی وجود ندارد که به وراثت انتقال یابد (جزایری، بی‌تا، ص. ۱۴۹).

با این وجود، علی‌رغم عدم امکان انتقال قهری حق قسم، این حق، مانند سایر حقوق، قابلیت اسقاط و انتقال ارادی را دارا می‌باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ص. ۵۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۵، ص. ۲۰۷، روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۲، ص. ۲۳۲ و مکارم

شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص. ۱۳۷). چنان‌که بسیاری از فقهای امامیه، با استناد به ادله متقن اجتهادی از جمله روایات، قابلیت اسقاط و هبه حق قسم را پذیرفته و به تبیین احکام آن پرداخته‌اند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۱۸۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۱۸۶ و علامه حلی، ۱۴۱۳ق.الف، ج ۳، ص. ۹۴). از عمده روایاتی که در این زمینه مورد استناد فقها قرار گرفته است روایت زراره^۴ و روایت علی بن جعفر^۵ است. در روایت علی بن جعفر که مورد استناد صاحب جواهر نیز قرار گرفته آمده است که «از محضر موسی بن جعفر (علیه‌السلام) درباره مردی پرسیدم که دو همسر دارد و یکی از همسران وی گفته است که شب و روز قسم من به هر مقدار که بخواهی متعلق به تو باشد (می‌توانی به نزد همسر دیگری بروی و به نزد من نیایی و من حق قسم خود را ساقط نمودم). آیا این امر جایز است؟ امام (علیه‌السلام) فرمودند: اگر زن با طیب خاطر این مطلب را بیان نموده باشد و مرد نیز آن را از زن بخرد اشکالی ندارد». این روایت به خوبی می‌تواند دلیلی باشد که حق قسم از قبیل حقوق بوده که زوجه می‌تواند آن را اسقاط نموده یا آن را به زوج یا به همسر دیگر زوج، هبه یا منتقل کند. البته در مورد معاوضه و دریافت عوض در مقابل انتقال ارادی حق قسم، اختلاف‌هایی در میان فقها مشاهده می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص. ۳۲۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق.الف، ج ۳، ص. ۹۴؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۱۹۰ و سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۲۶۱) که طرح این مباحث در این مقال نمی‌گنجد.

نکته حائز اهمیت در تتمه این بحث، تفاوت حق قسم به عنوان یک حق غیرمالی با حکم است. مهم‌ترین تمایز حق با حکم، قابلیت اسقاط و انتقال حق و عدم قابلیت اسقاط و انتقال حکم است. با توجه به قابلیت اسقاط و انتقال قسم توسط زوجه صاحب حق، به تصریح فقهای امامیه، قسم در زمره حقوق محسوب می‌شود (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص. ۱۶۱). البته قابلیت انتقال و اسقاط حق قسم با محدودیت‌هایی مواجه است. سلطه زوجه در نقل حق قسم، محدود به افراد معدودی یعنی زوج و همسران دیگر اوست. به‌علاوه این حق به‌گونه‌ای است که زوجه می‌تواند پس از اسقاط، به حق خویش رجوع کند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۱۸۵). لذا ممکن است با توجه به محدودیت‌های مذکور این تصور ایجاد شود که «قسم» از قبیل

حقوق نبوده و از حکم تکلیفی و جوب قسم بر زوج انتزاع یافته است. به نظر می‌رسد این تصور مردود است، زیرا ساحت حکم از امکان تعرض اراده اشخاص در نقل و اسقاط مصون است، حال آنکه قسم علی‌رغم وجود برخی از محدودیت‌ها، قابل اسقاط و انتقال است. ضمن اینکه محدودیت‌های مزبور در انتقال و اسقاط حق قسم با توجه به ماهیت خاص این حق قابل توجیه است. توضیح آنکه حق مزبور یک حق زوجیتی است و شخصی غیر از زوج و زوجات دیگر نمی‌توانند از آن بهره‌مند شود. لذا نقل آن به اشخاص بیگانه قابل توجیه نیست. شهید صدر در این باره استدلال می‌کنند که یکی از شروط انتقال حق این است که شخص منتقل‌الیه شرعاً و عرفاً قابلیت دریافت حق را داشته باشد و در حق قسم، شخصی غیر از زوج و زوجات دیگر، قابلیت شرعی و عرفی لازم را جهت دریافت این حق ندارد (صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۲۳۷). ضمن اینکه امکان رجوع زوجه به حق قسم پس از اسقاط آن، با توجه به ماهیت تجدیدپذیر این حق قابل توجیه و بلامانع است. توضیح آنکه چون حق قسم، حقی است که دائماً تجدید می‌شود و در بستر زمان به تدریج حاصل می‌شود لذا بعد از اسقاط، ذرات دیگری از حق در بستر زمان ایجاد شده که زوجه آن را اسقاط نکرده و به همین دلیل زوجه هر زمان بخواهد می‌تواند رجوع نموده و حق قسم خود را پس از اسقاط مطالبه نماید. اما رجوع به حق قسم زمان گذشته ممکن نبوده و طبق قواعد غیرقابل رجوع است (صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۲۳۱).

۲-۱. مقتضای حق قسم

در مورد مقتضای حق قسم باید گفت به اجماع فقهای امامیه، نزدیکی با زوجه، در اجرای قسم لازم و واجب نمی‌باشد بلکه مشهور فقها معتقدند «مضاجعت»، مقتضای حق قسم می‌باشد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۱۶۱؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص. ۴۹۶؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۸۱ و محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۲۷۹). گفتنی است؛ محقق حلی اولین فقهی است که مقتضای حق قسم را «مضاجعت» با زوجه معرفی نموده است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۲۷۹). پس از ایشان نیز بسیاری از متأخرین و معاصرین، «مضاجعت» را مقتضای حق قسم دانسته‌اند. در تبیین مفهوم «مضاجعت»، جمعی از فقیهان، مضاجعت را عبارت دانسته‌اند از

اینکه زوج به نحو متعارف، با زوجه، در بستری واحد و نزدیک به وی بخوابد، در حالی که زوج «دائماً یا اکثر اوقات» چهره خود را به سمت زوجه داشته باشد؛ البته این هم بستری باید به گونه‌ای باشد که زوجین، متعارفاً دور و مهجور از یکدیگر محسوب نشوند؛ اگرچه تمام یا قسمتی از جسم زوجین، با یکدیگر تماس و ارتباطی نداشته باشد (شهید ثانی، ۱۳۴۱ق، ج ۸، ص. ۳۱۹ و طباطبایی حائری، ۱۳۴۱ق، ج ۱۲، ص. ۸۰). در مقابل، گروهی از فقها در عین پذیرش تعریف فوق، قید «روی به جانب زوجه نمودن در تمام یا اغلب اوقات شب» را نپذیرفته‌اند؛ بلکه لازم دانسته‌اند که زوج «فی‌الجمله» روی به جانب زوجه داشته باشد (صاحب‌جوهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۱۶۱؛ فاضل هندی، ۱۳۴۱ق، ج ۷، ص. ۴۹۵ و سبحانی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۲۹۷). چنان‌که روشن است معنای دوم به قضاوت عقل و عرف صحیح‌تر به نظر می‌رسد.

۳-۱. کیفیت اجرای حق قسم

در تبیین کیفیت اجرای حق قسم، این پرسش مطرح می‌شود که آیا زوج مکلف است به محض انعقاد عقد نکاح و تمکین زوجه به تقسیم شب‌های خود پردازد یا لزوم تقسیم شب‌ها، متوقف بر شروع زوج می‌باشد؟ یعنی هر گاه زوج به یکی از همسران خود مراجعه نمود و شب را نزد وی گذراند حق قسم سایر زوجات نیز بالفعل شده و زوج مکلف است که به آنان مراجعه نموده و حق قسم سایر همسران خود را اجرا نماید. فقهای امامیه، پیرامون وجوب ابتدا یا عدم وجوب ابتدا به تقسیم شب‌ها، دو دیدگاه مختلف را ارائه نموده‌اند. مشهور فقها معتقدند ابتدا به تقسیم شب‌ها بر زوج واجب است و قسم، حقی «ابتدایی» است. بر این اساس زوج به محض عقد نکاح و تمکین زوجه، مکلف به تقسیم شب‌ها بین همسران خود خواهد بود. بدین ترتیب که زوج، از ابتدای زوجیت، شب‌های خود را به صورت چهار شب، چهار شب تقسیم نموده و هر شب را به یکی از همسران خود اختصاص می‌دهد و پس از تکمیل این دوره چهارشنبه، مجدداً به همین نحو به تقسیم شب‌ها بین همسران خود می‌پردازد و این تکلیف تا زمانی ادامه دارد که حق قسم زوجه به دلیلی مانند نشوز یا طلاق ساقط نشده باشد. مبتنی بر این دیدگاه علاوه بر زوجات متعدد، یک زوجه نیز دارای حق قسم می‌باشد (شهید ثانی، ۱۳۴۱ق، ج ۸، ص. ۳۱۳؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۲۵۲ و سلار،

۱۴۰۴ق، ص. ۱۵۳).

در مقابل برخی از فقها معتقدند؛ ابتدا به تقسیم شب‌ها، بر زوج واجب نیست و حق قسم، حقی «غیرابتدایی» است. بر این اساس زوج مکلف نیست به محض عقد نکاح، تقسیم شب‌ها در بین زوجات را شروع نماید. اما هر گاه زوج با یکی از همسران خود مضاجعت نماید؛ بر او واجب است عدالت را بین همسران خود رعایت نموده و حق قسم سایر زوجات را نیز اجرا کند (مفید، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۱۶؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص. ۳۲۵ و حلی، ۱۴۰۵ق، ص. ۴۵۶). لازم به ذکر است اگرچه در این دیدگاه، شروع به تقسیم شب‌ها در اختیار زوج می‌باشد؛ اما نباید مدت شروع به تقسیم و مراجعه به زوجات به میزانی به طول انجامد که از نظر عرف، مصداقی از نشوز، دوری و هجران باشد. شایان توجه است که مبتنی بر این دیدگاه صرفاً زوجات متعدد حق قسم داشته و یک زوج دارای حق قسم نمی‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص. ۱۲۸).

۲. بررسی و تحلیل تعریف حق قسم

۲-۱. تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»

برخی از فقهای امامیه چون شیخ طوسی^۶ و شهید ثانی^۷، «حق قسم» را حقی واجب برای زوجه‌ای دانسته‌اند که دارای «حق نفقه» می‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۳۰۶؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص. ۲۰۰؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص. ۲۵۱ و طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص. ۳۲۸). به بیان دیگر در میان زوجات، هر زوجه‌ای که تکلیف پرداخت نفقه وی بر ذمه زوج است؛ حق واجبی بر عهده شوهر دارد که آن حق، حق قسم است. لذا بنابراین تعریف، هر گاه زوجه به هر دلیلی از حق نفقه محروم شود؛ حق قسم نیز نخواهد داشت.

به نظر می‌رسد تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، طرداً و عکساً دارای ماده نقض بوده و از این حیث مانع اغیار و جامع افراد نمی‌باشد. لذا می‌توان در تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، از دو وجه مناقشه نمود. مناقشه نخست: «عدم مانعیت» تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق» و مناقشه دوم: «عدم جامعیت» تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق». در ادامه صحت و سقم اشکالات یادشده مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۱-۱. «عدم مانعیت» تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»

سیری در منابع فقهی نشان می‌دهد تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، علاوه بر حق قسم، قابل انطباق بر برخی دیگر از حقوق جنسی زوجه نیز می‌باشد (موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۴۱۶ و آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص. ۵۸۷). لذا این تعریف مانع اغیار نبوده و از این حیث قابل مناقشه است. در تبیین اشکال یادشده، باید گفت طبق فتوای مشهور فقهای امامیه یکی از حقوق جنسی زوجه، «حق مواقعه» بوده؛ به نحوی که ترک آمیزش با وی برای مرد بیش از چهار ماه جایز نیست (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۲۱۴؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص. ۱۱۵؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۸۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص. ۶۶ و خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۶۰). بدین ترتیب می‌توان گفت تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»؛ بر «حق مواقعه» نیز قابل انطباق است. زیرا می‌توان گفت هر زوجه‌ای که تکلیف انفاق وی بر عهده زوج است؛ حق مواقعه نیز دارد. لذا این تعریف از حق قسم، مانع اغیار نمی‌باشد؛ چرا که شامل «حق مواقعه» نیز می‌گردد.

۲-۱-۲. «عدم جامعیت» تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»

افزون بر اشکال «عدم مانعیت» تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، به نظر می‌رسد تعریف یادشده، تمام افراد حق قسم را دربر نمی‌گیرد. این تعریف حداقل شامل دو فرض اعسار و صغر زوج نمی‌گردد. لذا این تعریف جامع افراد نبوده و از این حیث قابل مناقشه است (موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۴۱۶ و آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص. ۵۸۷). در بررسی و تحلیل اشکال یادشده، جامعیت تعریف حق قسم، بر اساس «حق انفاق»، نسبت به هر یک از دو فرض اعسار و صغر زوج، واکاوی خواهد شد.

الف. بررسی تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق» در فرض صغر زوج

در راستای تبیین اشکال عدم جامعیت تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، نسبت به فرض صغر زوج لازم است مقدمتاً به دو مطلب مهم توجه داشت: مطلب نخست در مورد تأثیر «صغر زوج» در حق قسم زوجه و مطلب دوم در مورد تأثیر «صغر زوج» در تکلیف انفاق بر زوجه. پس از تبیین دو مقدمه یادشده؛ اشکال عدم جامعیت تعریف

حق قسم نسبت به فرض صغر زوج تحلیل خواهد شد.

۱- بررسی تأثیر صغر زوج در حق قسم زوجه: فقهای امامیه، صغر زوج را در زمره عوامل سقوط حق قسم، معرفی نموده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۳۴۲؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۱۹۰؛ آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، صص. ۶۰۷-۶۱۳؛ آل عصفور بحرانی، بی تا، ج ۱۰، ص. ۵۴ و شیرازی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۴، صص. ۷۶۲۰-۷۶۴۱). لازم است توجه شود که فقهای عظام حین بیان عوامل سقوط حق قسم زوجه، در مقام بیان بوده‌اند و چنانچه صغر زوج موجب سقوط حق قسم می‌شد آن را بیان می‌کردند. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت از منظر فقه امامیه صغر زوج، موجب سقوط حق قسم زوجه نمی‌شود. لذا زوج صغیر نیز مکلف به ایفای حق قسم زوجه خواهد بود.

۲- بررسی تأثیر صغر زوج در تکلیف انفاق بر زوجه: مبتنی بر فقه امامیه به موجب عقد نکاح، زوجه از حق نفقه برخوردار می‌گردد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۳۰۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۴۳۸؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۴۷۲ و محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۲۹۱). البته یکی از شرایط وجوب نفقه، تمکین کامل، توسط زوجه می‌باشد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۳۰۳؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۴۷۴؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۸۷؛ آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص. ۹۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۲۹۲ و سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۲۹۶). بنابراین لازم است تمکین از سوی زوجه محقق شود تا زوج، مکلف به پرداخت نفقه زوجه باشد.

بر اساس مطالب فوق این سؤال مطرح می‌شود آیا در فرض صغر زوج نیز زوجه همچنان دارای حق نفقه می‌باشد؟ به عبارت روشن‌تر در فرضی که زوجه، کبیره بوده و از زوج تمکین می‌نماید؛ اما زوج به علت صغر سن، قابلیت استمتاع از زوجه را دارا نیست؛ آیا زوج صغیر مکلف است نفقه زوجه را بپردازد؟ در خصوص استحقاق زوجه به نفقه در فرض صغر زوج، دو دیدگاه مختلف در میان فقهای امامیه مطرح شده است. برخی از فقهای امامیه معتقدند حتی اگر زوج، صغیر باشد؛ زوجه از حق نفقه برخوردار است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۲۹۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص.

۴۴۳؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۰۹ و سیوری حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۲۷۹). در مقابل دیدگاه نخست، جمعی از فقهای امامیه معتقدند در صورت صغیر بودن زوج، زوجه دارای حق نفقه نیست (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۱۳؛ ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۳۴۷؛ حلی، ۱۴۰۵ق، ص ۴۸۹؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۴۷۵ و صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۳۱۱).

بنابر مقدمات فوق، می‌توان به دو نتیجه مهم دست یافت:

نتیجه نخست: مبتنی بر این دیدگاه که زوج صغیر مکلف به پرداخت نفقه زوجه است؛ تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، دارای اشکال عدم جامعیت نمی‌باشد. زیرا بر این اساس زوج صغیر، هم مکلف است نفقه زوجه را بپردازد؛ هم مکلف است که قسم زوجه را اجرا نماید. لذا مبتنی بر این دیدگاه تعریف حق قسم بر اساس حق انفاق، فرض صغر زوج را نیز دربرمی‌گیرد.

بر اساس نتیجه حاصله، روشن می‌شود تعریف برخی از فقها مانند شهید ثانی، از حق قسم بر اساس «حق انفاق»، که معتقدند زوج صغیر مکلف به انفاق زوجه است دارای اشکال عدم جامعیت نیست.

نتیجه دوم: مبتنی بر این دیدگاه که زوج صغیر مکلف به پرداخت نفقه زوجه نیست؛ تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، دارای اشکال عدم جامعیت می‌باشد. زیرا مبتنی بر این دیدگاه، حتی در فرض صغر نیز زوج مکلف به اجرای قسم زوجه می‌باشد؛ اما تکلیفی به پرداخت نفقه زوجه ندارد. لذا مبتنی بر این دیدگاه تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، جامع فرض صغر زوج نمی‌باشد.

بر اساس نتیجه حاصله، می‌توان نظر فقهایمانند شیخ طوسی را در این زمینه نقد نمود. چرا که ایشان علی‌رغم تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، معتقدند زوج صغیر مکلف به پرداخت نفقه زوجه نیست. بنابراین تعریف ایشان از حق قسم، دارای اشکال عدم جامعیت می‌باشد.

نهایتاً با بررسی انجام‌شده، می‌توان دریافت؛ اشکال عدم جامعیت تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، تنها در صورتی وارد و پذیرفتنی است که معتقد باشیم زوج صغیر، مکلف به پرداخت نفقه زوجه نیست.

ب. بررسی تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق» در فرض «معسر بودن» زوج

بیان شد که به نظر می‌رسد تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، فرض اعسار زوج را شامل نمی‌شود. لذا این تعریف دارای اشکال عدم جامعیت می‌باشد (موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۴۱۶ و آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص. ۵۸۷).

در فقه امامیه، زوجه به موجب عقد نکاح دارای حق نفقه می‌باشد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۳۰۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۴۳۸؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۴۷۲ و محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۲۹۱). بر این اساس خواه زوجه توانایی مالی داشته باشد؛ خواه نداشته باشد، زوج مکلف است تمامی احتیاجات زوجه را در حدود متعارف تأمین نماید. با این وجود ممکن است زوج به دلیل اعسار و عجز مالی، قادر به پرداخت نفقه واجب زوجه نباشد. گفتنی است حالت اعسار و ناتوانی زوج از پرداخت نفقه، در دو فرض مختلف قابل تصور است. این فروض عبارتند از عجز سابق بر عقد نکاح و عجز لاحق بر عقد نکاح. در ادامه تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، در هر یک از فروض یادشده، مورد بررسی قرار می‌گیرد تا صحت و سقم اشکال عدم جامعیت این تعریف نسبت به فرض اعسار زوج احراز شود. البته قبل از ورود به بحث، تذکر این نکته حائز اهمیت است که اعسار زوج از عوامل سقوط حق قسم دانسته نشده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۳۴۲؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۱۹۰؛ آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، صص. ۶۰۷-۶۱۳؛ آل عصفور بحرانی، بی تا، ج ۱۰، ص. ۵۴ و شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۴، صص. ۷۶۲۰-۷۶۴۱).

۱- **عجز سابق بر عقد نکاح:** اعسار زوج سابق بر عقد نکاح، قابل تقسیم به دو فرض می‌باشد، نخست آنکه زوجه، «جاهل» به اعسار زوج باشد. دوم آنکه زوجه، «عالم» به اعسار زوج باشد. اشکال عدم جامعیت تعریف یادشده، در هر یک از این فروض بررسی خواهد شد.

● **جهل زوجه به اعسار زوج:** مبتنی بر این فرض، زوجه با وجود جهل به اعسار زوج از پرداخت نفقه، به عقد نکاح زوج در می‌آید. بررسی‌ها نشان می‌دهد فقهای امامیه در تعیین تکلیف برای زوجه در این فرض، دو دیدگاه مختلف دارند.

طبق دیدگاه نخست زوجه می‌تواند عقد نکاح را فسخ نماید (علامه حلی، ۱۳۱۳ق.ب، ج ۷، ص. ۳۰۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص. ۲۳۷؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص. ۲۵۱ و وجدانی فخر، ۱۴۲۶ق، ج ۱۱، ص. ۳۴۳). اما طبق دیدگاه دوم در صورت جهل زوجه به اعسار زوج، زوجه دارای اختیار فسخ نکاح نیست؛ بلکه واجب است نفقه زوجه از محل بیت‌المال و یا توسط مسلمین تأمین شود (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۰، ص. ۱۰۵).

مبتنی بر هر یک از اقوال یادشده، زوجه مکلف است تا رسیدن زوج به تمکن مالی صبر نماید و زوج مکلف به پرداخت نفقه نمی‌باشد؛ خواه مبتنی بر یک دیدگاه، نفقه زوجه از محل بیت‌المال مسلمین تأمین شود؛ خواه مبتنی بر دیدگاه دیگر علی‌رغم وجود حق فسخ، زوجه این حق خود را اعمال نکند و به زندگی با زوج ادامه دهد.^۱ اما در هر صورت اعسار زوج و جهل زوجه به این وضعیت، دلیلی بر سقوط حق قسم وی نیست. بلکه مرد معسر همچنان مکلف است حق قسم زوجه را اجرا نماید.

مبتنی بر مطالب فوق، روشن می‌شود تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، مشمول فرض جهل زوجه به اعسار سابق زوج نمی‌باشد. زیرا زوج تا رسیدن به تمکن مالی، مکلف به پرداخت نفقه نیست؛ اما همچنان مکلف به اجرای حق قسم زوجه است. بنابراین باید گفت تعریف مذکور جامع فرد مورد بحث نبوده و از این جهت قابل انتقاد و اشکال می‌باشد.

● **علم زوجه به اعسار زوج:** مبتنی بر این فرض، زوجه با علم به اعسار زوج حین عقد نکاح، به ازدواج با وی رضایت می‌دهد. در این حالت، با توجه به اینکه زوجه به فقر زوج آگاه است، عقد نکاح لازم خواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص. ۲۳۷). پرواضح است که در این حالت نیز زوجه مکلف است تا تمکن مالی زوج، بر شرایط اعسار وی صبر نماید. لذا زوج تا رسیدن به تمکن مالی، مکلف به پرداخت نفقه زوجه نیست. البته باید توجه نمود که نفقه گذشته زوجه به صورت دین بر ذمه زوج استقرار می‌یابد و پس از تمکن مالی زوج قابل مطالبه است. اما در هر صورت اعسار زوج و تزلزل حق نفقه زوجه در این فرض، دلیلی بر سقوط حق قسم وی نیست، بلکه مرد معسر همچنان مکلف است حق قسم زوجه را اجرا نماید.

مبتنی بر مطالب فوق روشن می‌شود تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، مشمول فرض علم زوجه به اعسار سابق زوج نمی‌باشد. زیرا زوج تا رسیدن به تمکن مالی، مکلف به پرداخت نفقه نبوده اما همچنان مکلف به اجرای حق قسم زوجه است. بنابراین تعریف مذکور، جامع فرد مورد بحث نبوده و از این جهت قابل انتقاد و اشکال می‌باشد.

۲- **عجز لاحق بر عقد نکاح:** مبتنی بر این فرض، زوج پس از عقد نکاح دچار اعسار می‌شود؛ به نحوی که نمی‌تواند نفقه واجب زوجه را تأمین نماید. در این فرض در خصوص نفقه زوجه سه دیدگاه مختلف در میان فقها وجود دارد.

طبق دیدگاه نخست، زوجه مکلف است تا رسیدن زوج به تمکن مالی و امکان پرداخت نفقه توسط وی صبر نماید (صاحب جواهر، ۴۰۴، ج ۳۱، ص. ۱۰۵ و شهید ثانی، ۱۳۱۳، ج ۷، صص. ۴۰۵-۴۰۷). **طبق دیدگاه دوم،** در صورت اعسار زوج از پرداخت نفقه، زوجه حق دارد به حاکم مراجعه نماید. در این صورت حاکم می‌تواند نکاح را فسخ نماید. اما اگر حاکم وجود نداشت؛ زوجه می‌تواند شخصاً عقد نکاح را فسخ کند (فاضل هندی، ۱۳۱۶، ج ۷، ص. ۹۱). **طبق دیدگاه سوم،** در صورت اعسار زوج از پرداخت نفقه، زوجه می‌تواند به حاکم شرع مراجعه نماید تا زوج را الزام به طلاق کند و چنانچه زوج از طلاق زوجه امتناع نمود؛ حاکم از باب «الحاکم ولی الممتنع» اقدام به طلاق زوجه خواهد نمود (علامه حلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۲۸۰).

بنابر مطالب فوق باید گفت مبتنی بر هر یک از اقوال یادشده، زوجه تا رسیدن زوج به تمکن مالی حق نفقه ندارد؛ خواه مبتنی بر دیدگاه نخست، مکلف باشد تا رسیدن زوج به شرایط مطلوب اقتصادی صبر نماید؛ خواه مبتنی بر دیدگاه دوم و سوم دارای حق فسخ یا طلاق باشد؛ اما حق خود را اعمال نکند و علی‌رغم اعسار زوج، حاضر به ادامه زندگی شود.^۹ این در حالی است که اعسار زوج و تزلزل در حق نفقه زوجه، مانع از حق قسم زوجه نخواهد بود. بنابراین زوج معسر همچنان مکلف است که حق قسم زوجه را اجرا نماید.

مبتنی بر مطالب فوق، روشن می‌شود تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، مشمول فرض اعسار لاحق زوج بر عقد نکاح نمی‌باشد. زیرا زوج تا رسیدن به تمکن مالی مکلف به پرداخت نفقه نبوده اما همچنان مکلف به اجرای حق قسم زوجه است. بنابراین تعریف

مذکور جامع فرد مورد بحث نبوده و از این جهت قابل انتقاد و اشکال می‌باشد. در مقام جمع‌بندی باید گفت تعریف حق قسم بر اساس «حق انفاق»، طرداً و عکساً دارای ماده نقض بوده و جامع افراد و مانع اغیار نمی‌باشد. لذا نمی‌توان این تعریف را برای حق قسم پذیرفت. توضیح آنکه این تعریف قابل انطباق بر حق مواقعه نیز می‌باشد. لذا تعریف مذکور مانع اغیار نیست. به علاوه تعریف مذکور، جامع فرض اعسار و صغر زوج (در صورت قول به عدم تکلیف زوج صغیر به انفاق زوجه) نمی‌باشد. لذا تعریف مذکور جامع افراد نیست.

۲-۲. بررسی و تحلیل تعریف حق قسم به «برقراری عدالت»

«برقراری عدالت در بیتوته»، یکی دیگر از تعاریفی است که فقهای امامیه در تعریف حق قسم ارائه نموده‌اند (جزیری و دیگران، ۱۹۱۹ق، ج ۴، ص. ۳۰۲). نه تنها فقهای امامیه، بلکه فقهای سایر مذاهب نیز بر این تعریف اتفاق نظر داشته و لذا این تعریف، مورد اتفاق مذاهب اربعه می‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۹۲۴ق، ج ۶، ص. ۱۳۰). در راستای بررسی تعریف حق قسم با فصل «عدالت» ضروری است ارتباط موجود بین «عدالت در بیتوته» و «اجرای حق قسم» مورد بررسی قرار گیرد.

مقدمتاً باید گفت مبتنی بر نص صریح قرآن کریم^۱، اساس تشریح در احکام نکاح، بر قسط و عدالت و از بین بردن عول، انحراف و اجحاف در حقوق می‌باشد (طباطبایی، ۱۳۷۴ق، ج ۴، ص. ۲۶۹). لذا از منظر شریعت مبین اسلام، عدالت در نهاد خانواده، یکی از اصول اساسی و بنیادین محسوب می‌شود؛ به گونه‌ای که تمام تشریحات شارع مقدس در حوزه خانواده در راستای تحقق همین اصل اساسی و بنیادین است.

در راستای تحقق عدالت در نهاد خانواده، شارع مقدس حق قسم را در روابط زوجیتی تشریح نموده است. چنان‌که یکی از حکمت‌های اساسی تشریح حق قسم، برقراری عدالت در نهاد خانواده می‌باشد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۱۴۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۳۰۹؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص. ۵۴۱ و سبزواری، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۴۱۸). همچنین برخی از فقها ضمن تأکید بر وجوب رعایت عدالت بین همسران، اجرای حق قسم را یکی از مصادیق تحقق عدالت در میان زوجات دانسته‌اند (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص. ۲۰۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص.

۳۱۱ و اراکی، ۱۴۱۹ق، ص. ۷۲۶). بررسی احکام حق قسم در منابع فقهی نیز به خوبی نشان می‌دهد فقها در استنباط احکام این حق، در غالب فروعات و تعلیلات، به غایت «برقراری عدالت» در روابط زوجین اعتنا نموده و به این معنا توجه و تذکر داده‌اند. چنان‌که اجرای دقیق احکام این حق با تمام ظرائف خود، موجب تحقق عدالت در روابط بین زوجین خواهد شد.

مبتنی بر مطالب فوق می‌توان گفت بین «عدالت در میان زوجات در بیتوته» و «اجرای حق قسم» رابطه تلازم برقرار است. به بیان روشن‌تر «برقراری عدالت» از لوازم «اجرای حق قسم» بوده و لازمه اجرای احکام حق قسم، برقراری عدالت در میان همسران و در روابط زوجیتی می‌باشد. بر این اساس اجرای حق قسم، «ملزوم» و «مستلزم» برقراری عدالت، «لازم» محسوب می‌شود. در توضیح و تبیین این مطلب ضروری است به طرح نکاتی پیرامون دلالت التزامی پرداخت.

دلالت التزامی عبارت است از دلالت لفظ بر معنایی که خارج از معنای موضوع‌له بوده اما لازم لاینفک آن معنی محسوب می‌شود. به عبارت روشن‌تر هر گاه موضوع‌له در ذهن حاصل شود، امر خارج از معنای موضوع‌له نیز همراه آن قابل تصور است (محمدی خراسانی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۸۸).

برای تحقق دلالت التزامی، وجود دو شرط ضروری است. شرط نخست اینکه رابطه تلازم بین لفظ و معنا، تلازم ذهنی باشد و تلازم خارجی بدون رسوخ در ذهن کفایت نمی‌کند. یعنی وقتی در محیط ذهن معنایی تصور شود لازم خاصی را دارد. مثل انسان و کلیت یا نوعیت. شرط دوم نیز این است که تلازم به صورت لزوم بین معنی‌الخاص باشد؛ یعنی به محض تصور لفظ، معنا نیز بدون نیاز به قرار دادن واسطه دیگری به ذهن آید (محمدی خراسانی، ۱۳۹۳، ج ۱، صص. ۸۸-۸۹). به عبارت روشن‌تر به محض تصور لفظ، معنا به ضرورت عقل فهمیده می‌شود.

مبتنی بر مطالب فوق و به مقتضای بحث باید گفت مفهوم «عدالت»، خارج از معنا و ماهیت «حق قسم» است. زیرا تمامی احکام حق قسم، در مقام بیان ضوابط و مقررات خاص و معینی است که زوج می‌بایست شب‌های خود را بر اساس آن ضوابط، بین همسران خویش تقسیم نماید. البته لازمه غیرقابل انفکاک اجرای این حق، برقراری

عدالت در میان همسران و در روابط زوجیتی است. به علاوه شرایط تحقق رابطه تلازم، بین «برقراری عدالت در میان زوجات» و «اجرای حق قسم» نیز موجود می‌باشد. توضیح آنکه بین «اجرای حق قسم» و «برقراری عدالت»، تلازم ذهنی برقرار است. چنان‌که پس از تصور اجرای حق قسم در روابط زوجین، ذهن، برقراری عدالت در بین زوجات در بیتوته را تصور می‌کند. لذا شرط نخست در تحقق دلالت التزامی محقق است. به علاوه رابطه بین «اجرای حق قسم» و «برقراری عدالت»، لزوم بین بمعنی الاخص است. چراکه به محض تصور اجرای دقیق احکام این حق، برقراری عدالت در بیتوته در روابط زوجیتی به بدهت و ضرورت عقل فهمیده می‌شود. پس شرط دوم در تحقق دلالت التزامی نیز موجود است. بنابراین «اجرای حق قسم» به دلالت التزامی، به «برقراری عدالت بین زوجات در بیتوته» دلالت دارد و بر این اساس تعریف حق قسم با فصل «عدالت»، از قبیل اطلاق لازم بر ملزوم می‌باشد. لذا چنانچه اجرای حق قسم را همان برقراری عدالت در بیتوته بدانیم؛ در حقیقت ملزوم یعنی «اجرای حق قسم» را با لازم خود یعنی «برقراری عدالت» تعریف نموده‌ایم.

باید توجه نمود که دلالت التزامی، فرع بر دلالت مطابقی است. چون دلالت لفظ بر خارج لازم، پس از دلالت لفظ بر خود معنای موضوع له است و تا چنین معنایی نباشد خارج لازمی نیست. علت تسمیه دلالت مطابقی، به این نام نیز این است که لفظ و معنا با یکدیگر تطابق و هماهنگی دارند. به بیان روشن‌تر مثل لفظ نسبت به معنا، در دلالت مطابقی مثل جامه‌ای است که بر قامت انسان اندازه باشد نه زیادتر و نه کمتر یا مثل آئینه تمام‌نمایی است که تمام هیكل معنی را نشان می‌دهد. اما در دلالت التزامی، لازم و ملزوم مانند دو رفیقی هستند که هر کدام از ذات و ماهیت دیگری خارج ولی ملزوم رکاب هم هستند (محمدی خراسانی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۲۵۵). از این رو اطلاق لازم بر ملزوم یک مجاز لغوی محسوب می‌شود (سیوطی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص. ۱۲۴ و زرکشی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۲۶۹). زیرا مجاز عبارت است از استعمال لفظ در غیر از معنایی که برای آن وضع شده است. بنابراین اگرچه برقراری عدالت از لوازم اجرای حق قسم به شمار می‌رود؛ اما عدالت و حق قسم دارای دو ذات و ماهیت جداگانه از یکدیگر هستند. لذا از آنجا که مقصود اصلی از تعریف یک ماهیت، شناخت کامل یک ماهیت و

تمییز آن از جمیع ماهیات دیگر است؛ در ارائه تعریفی دقیق از حق قسم، تعریف مبتنی بر حقیقت الفاظ و دلالت مطابقی، از دقت و اولویت بیشتری برخوردار است؛ تا هدف ما از ارائه تعریف حق قسم تأمین شود؛ یعنی ماهیت آن به دقت شناخته شده و از سایر حقوق زوجیتی به خوبی قابل تمییز باشد. لذا تعریف حق قسم، به «برقراری عدالت در بیتوته»، از دقت کافی برخوردار نبوده و یک مجاز لغوی محسوب می‌شود.

۳-۲. بررسی و تحلیل تعریف حق قسم به «تقسیم شبها»

در آراء بسیاری از فقهای امامیه، حق قسم به «تقسیم شبها» تعریف شده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص. ۴۸۶؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص. ۷۶؛ طباطبایی حائری، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۳۹۳؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۱۴۶ و سبحانی، بی تا، ج ۲، ص. ۲۹۱). البته در این میان کتاب مذهب الاحکام سبزواری، علاوه بر اختیار تعریف مذکور، قیدی را بر این تعریف افزوده است. تعریف این کتاب شریف از حق قسم عبارت است از «تقسیم شبها در میان زوجات و تقدیر و اندازه‌گیری شبها به قدر و اندازه معلوم و معین» (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۵، ص. ۱۹۶). در بررسی و تحلیل این تعریف لازم است به معنای لغوی واژه «قسم» توجه نمود. به علاوه معنای اصطلاحی این واژه در کلام فقها در مواردی غیر از بحث حق قسم به عنوان یک حق زوجیتی نیز در این زمینه مؤثر و راهگشا خواهد بود. لذا در ادامه معنای لغوی و اصطلاحی واژه قسم بررسی می‌شود.

۳-۲-۱. معنای لغوی واژه «قسم»

«قَسَم» به فتح قاف و سکون سین؛ مصدر قَسَمَ، یَقْسِمُ می‌باشد (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص. ۸۶). در کتب لغت برای واژه قسم و مشتقات آن، قریب به ۱۲۰ معنا ذکر گردیده است. اهم معانی مرتبط در این خصوص، ذیلاً مورد اشاره قرار می‌گیرد.

گروه معنایی نخست: تقسیم، تجزیه، افراز، تفریق و جدا کردن: تقسیم و تجزیه کردن شیء (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص. ۲۰۱۰)، تقسیم کردن میراث و غنائم (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۶۷۰)؛ تقسیم کردن شبها در بین زوجات (مقرئ فیومی، بی تا، ج ۲، ص. ۵۰۳)، تقسیم نمودن بر اساس تدبیر و تقدیر (مصطفوی،

۱۴۰۲ق، ج ۹، ص. ۲۶۲).

گروه معنایی دوم: نصیب، حصه و قسمت: نصیب و بهره انسان از شیء (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۶، ص. ۱۳۹)، نصیب از خیر و خوبی (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص.

۲۰۱۰)، نصیب تقسیم شده بین بندگان (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص. ۸۷).

گروه معنایی سوم: تأمل نمودن و اندیشیدن: تأمل کردن و اندیشیدن در چگونگی انجام کار و اندیشیدن بین دو امر (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، صص. ۵۷۰-۵۷۴ و ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۴۸۰).

گروه معنایی چهارم: شخص تقسیم کننده: تقسیم کننده مال، زمین، خانه و تقسیم کننده اشیاء در بین شرکاء (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۴۷۹).

گروه معنایی پنجم: مهموم، پریشان و آشفته خاطر: آنکه قلب و خاطر او به وسیله غم و اندوه پراکنده و مشغول شده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۶۷۰).

گروه معنایی ششم: آنچه بین دو امر واقع شود: چیزی که بین دو شیء باشد، سحر که بین شب و روز واقع شده است (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص. ۵۷۳).

گروه معنایی هفتم: تقدیر و اندازه گیری: اندازه گیری نمودن و در کار خود اندیشیدن که آن را چگونه انجام دهد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۴۸۰).

گروه معنایی هشتم: عطا و بخشش: عطا و بخشش (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص. ۵۷۰)، اعطای حق به صاحب حق (محمود، بی تا، ج ۳، ص. ۸۹).

افزون بر معانی فوق، مطالبه تقسیم نمودن (مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ج ۹، ص. ۲۶۴)، رأی، نظر و دیدگاه (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۴۸۰)، حسن خلق (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج

۵، ص. ۸۷)، میزان (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۴۸۳) و عادت (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص. ۵۷۰) از دیگر معانی مذکور برای واژه «قسم» و مشتقات آن است.

با بررسی واژه «قسم»، در کتب لغت می توان دریافت تقسیم و مشتقات تقسیم، یکی از مهم ترین مفاهیمی است که در تعریف این واژه بیان شده است. البته با توجه به فراوانی سایر معانی به خصوص معانی مربوط به زیبایی و جمال باطنی و ظاهری که در تعریف واژه «قسم» بیان شده است؛ باید گفت از نظر لغوی، «قسم» به مفهوم تقسیمی است که همراه با ملاحظات عاطفی، اخلاقی و انسانی باشد.

۲-۳-۲. معنای اصطلاحی واژه «قسم»

بررسی متون فقهی نشان می‌دهد قطع نظر از بحث نکاح، فقها در باب شرکت علاوه بر استعمال این واژه، به تعریف آن نیز پرداخته‌اند. فقها «قسمت» را به تمییز و جدا ساختن حصه و حق هر یک از شرکاء از حصص و حقوق دیگر شریکان تعریف نموده‌اند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص. ۳۰۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، الف، ج ۳، ص. ۴۵۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۳۱۸ و محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۱۰۷).

از بررسی فوق این نتیجه حاصل می‌شود که نزد علمای لغت یکی از اصلی‌ترین معنای واژه «قسم»، تقسیم و مشتقات تقسیم می‌باشد. اما از جمله لوازم آن، مفاهیم عمیقی چون نیکویی، زیبایی، آراستگی ظاهری و باطنی، عدالت و حسن خلق می‌باشد. همچنین فقهای امامیه نیز این واژه را در معنای تقسیم استعمال نموده‌اند. به علاوه واژه تقسیم در روایات باب قسم نیز استعمال شده است. چنانکه از امام صادق (علیه السلام) نقل شده است که پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) در بیماری نیز شب‌هایش را بین زنان خود تقسیم می‌نمود که در این وضعیت ایشان را به منزل هر یک از زنان خود می‌بردند.^{۱۱} ضمن اینکه بررسی احکام حق قسم نشان می‌دهد شارع مقدس با ظرافت‌اندیشی تمام، در پی تبیین ضوابط و مقررات تقسیم شب‌های زوج، میان همسران وی می‌باشد؛ به گونه‌ای که مانع از تحقق هر گونه ظلم و بی‌عدالتی در روابط زوجین خصوصاً در بحث چند همسری گردد.

بر این اساس بین «قسم» و «تقسیم شب‌ها» دلالت مطابقی برقرار است. به گونه‌ای که دو لفظ با یکدیگر تطابق و هماهنگی کامل دارند. به علاوه فقها این لفظ را در معنایی استعمال کرده‌اند که اهل لغت برای آن وضع نموده‌اند؛ لذا اطلاق «تقسیم شب‌ها» بر واژه «قسم»، یک حقیقت لغوی محسوب می‌شود.

نکته حائز اهمیت در این زمینه، خصوصاً با توجه به مطالب فوق این است که تعریف حق قسم به «تقسیم شب‌ها» دارای اشکال عدم مانعیت و عدم جامعیت نمی‌باشد. بلکه این تعریف جامع افراد و مانع اغیار است. زیرا در این تعریف، تعریف حق قسم بر «حق مواعقه» قابل انطباق نبوده و لذا مانع اغیار است. به علاوه این تعریف جامع افراد بوده و فرض صغر و اعسار زوج را نیز شامل می‌شود.

بر این اساس روشن می‌شود تعریف حق قسم به «تقسیم شب‌ها»، دارای اشکالات دو تعریف قبل نمی‌باشد. لذا می‌توان نتیجه گرفت «تقسیم شب‌ها»، کامل‌ترین تعریفی است که فقهای امامیه در تعریف حق قسم ارائه نموده‌اند.

۳. حق قسم در حقوق خانواده

طبق فقه امامیه، «نهاد قسم»، یک راهبرد شرعی در تحکیم روابط عاطفی زوجین به‌شمار می‌رود و اجرای آن در روابط زوجیتی، قطعاً در استحکام کیان خانواده، تأثیر به‌سزایی خواهد داشت. چرا که از اساسی‌ترین حکمت‌های تشریح این حق، حسن معاشرت، عدالت و اُنس و دوستی صمیمانه زوجین با یکدیگر می‌باشد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۱۴۸ و شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۳۰۹). اهمیت پرداختن به این موضوع زمانی آشکارتر خواهد شد که بدانیم در دهه‌های اخیر، آمار طلاق‌های عاطفی زوجین، افزایش چشم‌گیری داشته و گذاری در دادگاه‌های خانواده، نشان می‌دهد؛ درصد بسیاری از اختلاف‌های زناشویی به اختلال در روابط عاطفی زوجین باز می‌گردد.

در منابع فقهی به طور مبسوط به بحث «قسم» و تبیین فروعات و احکام آن پرداخته شده؛ چنانکه در نخستین گام تعریف این حق مورد توجه فقها قرار گرفته و به تفصیل بررسی شد. این در حالی است که علی‌رغم جایگاه ویژه حق قسم در تحکیم کیان خانواده، واکاوی قوانین موضوعه کشور و منابع حقوقی، حاکی از خلأهای قانونی و پژوهشی جدی در این زمینه است. در قوانین موضوعه کشور از جمله قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷، حق قسم در زمره حقوق و تکالیف زوجیتی بیان نشده و تعریفی از این حق نیز در این قوانین ارائه نشده است.

البته قانون‌گذار در برخی از قوانین، ضمن تبیین شرایط ازدواج مجدد، بحث «عدالت در میان زوجات» را مطرح نموده است. این مطلب از این جهت حائز اهمیت است که با توجه به مطالب قبل، لازمه اجرای حق قسم، برقراری عدالت بین زوجات خواهد بود و از این حیث بین این دو نهاد حقوقی ارتباط تنگاتنگی وجود دارد. چنانکه قریب به اتفاق مفسرین، «عدالت» مذکور در آیه ۳ سوره مبارکه نساء را به برقراری «مساوات و برابری» در میان زوجات تفسیر نموده‌اند و متعلق این مساوات و برابری را «انفاق و قسم» دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۹۰؛ زحیلی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص.

۲۳ و طوسی، بی تا، ج ۳، ص. ۳۴۹). در ادامه موارد استعمال «عدالت در میان زوجات» در قوانین خانواده و تأثیر آن در برطرف ساختن خلأ قانونی مربوط به حق قسم بررسی و ارزیابی خواهد شد.

۳-۱. ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳

مبتنی بر ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳^{۱۲}، زوج مکلف است برای ازدواج مجدد، با رعایت تشریفات قانونی، از دادگاه، کسب اجازه نماید. دادگاه نیز برای صدور اجازه ازدواج مجدد، مکلف است تحقق یکی از بندهای ماده ۱۶ را احراز نماید. توضیح آنکه ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳^{۱۳}، امکان ازدواج مجدد زوج را به تحقق مواردی در ۹ بند محدود نموده است. مواردی چون «رضایت همسر اول»، «عدم تمکین زن از شوهر» و «عقیم بودن زن». بنابراین دادگاه تنها در صورتی اجازه ازدواج مجدد را صادر می نماید که یکی از بندهای ماده ۱۶ محقق شده باشد.

نکته حائز اهمیت آن است که طبق ماده ۱۷، چنانچه بند نخست از ماده ۱۶ محقق شود؛ یعنی همسر اول به ازدواج مجدد زوج رضایت دهد؛ دادگاه مکلف است از طرق مختلف از جمله تحقیق از همسر اول، «توانایی مالی زوج» و «قدرت وی بر اجرای عدالت» را احراز نماید.

چنانکه ملاحظه می شود قانون گذار بدون دلیل موجهی، احراز عدالت را منحصر به فرض رضایت همسر اول نموده است. لذا طبق این ماده، دادگاه تنها در صورتی مکلف به احراز توانایی مالی زوج و قدرت وی بر اجرای عدالت است که همسر اول به ازدواج مجدد زوج رضایت داده باشد (لطفی، ۱۳۸۸ق، ج ۱، ص. ۱۷۳ و صفایی و امامی، ۱۳۸۲ق، ج ۱، ص. ۱۰۹). بنابراین در صورت تحقق سایر بندهای ماده ۱۶، دادگاه مکلف نیست «عدالت» و «توانایی مالی زوج» را احراز کند. لذا می توان گفت این ماده دارای یک اشکال اساسی است. چراکه قانون گذار احراز عدالت زوج را در بین زوجات، منحصر به فرض «رضایت همسر اول» نموده است. حال آنکه مبتنی بر نص صریح قرآن کریم^{۱۴} و منابع اصیل فقه امامیه (علامه حلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۲۵۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۳۱۱؛ عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص. ۲۰۱؛ آل عصفور بحرانی، بی تا، ج ۱۰، ص. ۴۷ و اراکی، ۱۴۱۹ق، ص. ۷۲۶)، رعایت عدالت بین زوجات بر زوج

واجب می‌باشد و در حکم وجوب رعایت عدالت در بین زوجات، فرض «رضایت همسر اول»، خصوصیتی ندارد.

۲-۳. وکالت زوجه در طلاق به موجب شروط ضمن عقد نکاح (با توجه به شرط دوازدهم از بند «ب» شروط مندرج در نکاح‌نامه‌های رسمی^{۱۰})

طبق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی^{۱۱}، زوجین می‌توانند ضمن عقد نکاح یا عقد خارج لازم، شروطی را درج نمایند که در صورت تحقق هر یک از این شروط، زوجه بتواند به وکالت از زوج، از دادگاه تقاضای طلاق نماید. با توجه به محدودیتی که زوجه در تقاضای طلاق دارد؛ درج شروط ضمن عقد نکاح، دارای اهمیت ویژه‌ای خواهد بود. زیرا درج این شروط تا حدودی، محدودیت زوجه در تقاضای طلاق را جبران می‌نماید. اما علی‌رغم جایگاه ویژه شروط ضمن عقد نکاح، در جبران محدودیت حق زوجه در طلاق، اساساً زنان نسبت به این حق خود آگاه نمی‌باشند و یا غالباً حین عقد نکاح، توجهی به درج شروطی از این دست ندارند (اسدی، ۱۳۸۲، ص. ۱۶۴). به همین دلیل شورای عالی قضائی طی دستورالعمل‌هایی به شماره ۱/۳۴۸۲۳-۱۳۶۱/۷/۱۹ و ۱/۳۱۸۲۳-۱/۳۶/۲۸، دوازده شرط را در سند نکاح‌نامه‌های رسمی درج نمود؛ تا بدین وسیله از مشکلات ناشی از اختیار یک سویه زوج در طلاق بکاهد (اسدی، ۱۳۸۲، ص. ۷۸).

شروط مندرج ضمن سند نکاح‌نامه‌های رسمی، در دو بند «الف» و «ب» تنظیم شده‌اند. شروط مذکور در بند «الف» به حقوق مالی آن دسته از زنانی پرداخته است که زوج بدون دلیل موجهی، آنان را مطلقه می‌سازد. شروط مذکور در بند «ب» نیز شروطی هستند که در صورت تحقق هر یک از آنها، به زوجه، وکالت بلاعزل داده شده تا با اخذ مجوز از دادگاه صالح، خود را مطلقه نماید.

در همین راستا و به مقتضای بحث باید گفت شرط دوازدهم از بند «ب» شروط مندرج در نکاح‌نامه‌های رسمی مقرر می‌دارد: «چنانچه زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت نکند». بنابراین در صورتی که زوج عدالت را بین همسران خود رعایت ننماید؛ مشروط بر اینکه زوجین شروط مذکور در سند نکاح‌نامه‌های رسمی را امضا نموده باشند؛ زوجه می‌تواند پس از اثبات بی‌عدالتی زوج با وکالت اعطایی از جانب وی، از دادگاه تقاضای

طلاق نماید.

البته باید توجه نمود با توجه به جایگاه ویژه عدالت در تحکیم بنیان نهاد خانواده (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص. ۲۶۹)، نمی‌توان تضمین اجرای عدالت بین زوجات را صرفاً به یک شرط پیشنهادی واگذار نمود که غالباً نیز توسط زوجین امضا نمی‌شود، خصوصاً آنکه بی‌عدالتی زوج، عامل مستقلاً برای تقاضای طلاق توسط زوجه محسوب شده و منوط به داشتن وکالت از جانب زوج نخواهد بود.

در مقام جمع‌بندی بحث باید گفت مفهوم «عدالت» و متعلق آن، توسط قانون‌گذار به روشنی تبیین نشده است. به علاوه چنانکه ملاحظه شد علاوه بر روشن نبودن مفهوم عدالت، سایر مقررات مربوط به عدالت در میان زوجات، از جمله شرایط و ضمانت‌اجراه‌های آن، دارای خلأهای قانونی فراوانی است که شایسته است توسط قانون‌گذار برطرف شود. بنابراین در اجرای حق قسم زوجه و تعریف آن، نمی‌توان به ظرفیت حقوقی موجود در بحث عدالت در میان زوجات اتکا نمود، خصوصاً آن‌که روشن شد که اجرای عدالت از لوازم اجرای حق قسم است و دو نهاد «عدالت» و «قسم» دارای مفهوم واحدی نیستند. لذا ضروری است قانون‌گذار در فصل مربوط به حقوق و تکالیف زوجین در قانون مدنی، ضمن مواد مستقل، حق قسم، مقررات و شرایط آن را قانون‌گذاری کرده و تعریف متقن و دقیقی را از ماهیت قسم ارائه نماید؛ به گونه‌ای که اهداف ارزشمندی چون استیناس، حسن معاشرت و دوستی صمیمانه زوجین محقق شده و در نتیجه اقدامی شایسته در جهت تحکیم هر چه بیشتر بنیان خانواده برداشته شود. در همین راستا، مبتنی بر پژوهش حاضر، «تقسیم شب‌های زوج» که لزوماً منوط به شرایط و ضوابط خاصی است به عنوان تعریفی دقیق، جامع و مانع از «قسم» به عنوان یکی از حقوق زوجه پیشنهاد می‌شود.

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

حق قسم از حقوق زوجه در عقد نکاح در فرض تعدد زوجات محسوب می‌شود. در اجرای حق قسم، زوج مکلف است طبق ضوابط معین شب را نزد زوجه صاحب قسم سپری کند. در ایفای حق قسم زوجه ضروری است که ارتباطی صمیمانه همراه با انس و الفت بین زوجین برقرار شود و صرف حضور فیزیکی در یک منزل کافی در اجرای

حق قسم نخواهد بود.

فقهای امامیه در تعریف حق قسم سه تعریف مختلف ارائه نموده‌اند. این تعاریف عبارتند از: تعریف بر اساس «حق انفاق»، «برقراری عدالت بین زوجات» و «تقسیم شب‌ها». تعریف حق قسم به «حق انفاق»، جامع افراد یعنی فرض صغر و اعسار زوج نبوده و مانع از حق مواجهه زوج نیست. لذا این تعریف قابل پذیرش نمی‌باشد. «برقراری عدالت»، از لوازم اجرای حق قسم محسوب می‌شود. لذا تعریف حق قسم به «برقراری عدالت در بیتوته»، از قبیل اطلاق لازم بر ملزوم بوده و یک مجاز لغوی به شمار می‌رود.

تعریف «تقسیم شب‌ها» دقیق‌ترین و جامع‌ترین تعریف از حق قسم محسوب می‌شود. زیرا اولاً. این تعریف جامع افراد و مانع اغیار می‌باشد؛ ثانیاً. «تقسیم» از اصلی‌ترین معانی لغوی واژه قسم نزد ارباب لغت می‌باشد. بنابراین تعریف قسم به «تقسیم شب‌ها» یک حقیقت لغوی محسوب می‌شود.

ضمن تعریف حق قسم به تقسیم شب‌ها بین زوجات متعدد در قانون، پیش‌بینی حق قسم با تمامی ضوابط و مقررات مربوط به آن به عنوان یکی از حقوق زوج در فصل مربوط به حقوق و تکالیف زوجین پیشنهاد می‌شود. در این زمینه باید توجه داشت که فقهای امامیه در راستای تأمین عدالت با دقت و تفصیل به تبیین احکام حق قسم و فروع این حق پرداخته‌اند. لذا انعکاس مقررات حق قسم در قوانین خانواده، مستلزم وضع و تدوین مواد قانونی متعددی است. در ادامه صرفاً چند ماده به عنوان نمونه جهت انعکاس در قوانین خانواده پیشنهاد می‌شود:

ماده ۱: چنانچه زوج دارای همسران متعدد باشد، در صورت مراجعه به هر یک از همسران خود و گذران شب نزد هر یک از آنها، مکلف به تقسیم شب‌های خود به صورت چهار شب چهار شب بوده و شب‌های بعد را باید به ترتیب نزد سایر همسران خود سپری نماید.

تبصره: در صورت داشتن یک همسر زوج مکلف به ایفای حق قسم نیست اما مبتنی بر تکلیف حسن معاشرت، زوج مکلف است در کنار همسر خود زندگی کند و زندگی خانوادگی را ترک نکند.

ماده ۲: سکونت زوج نزد زوجه صاحب حق قسم، باید همراه با انس، الفت و استیناس با همسر خود باشد. لذا صرف حضور فیزیکی که با کیفیت فوق همراه نباشد ایفای تکلیف حق قسم محسوب نمی‌شود. البته انجام این تکلیف منوط به تحقق تمتعات جنسی نیست.

ماده ۳: با توجه به هدف اجرای حق قسم که انس و دوستی صمیمانه زوجین با یکدیگر به دنبال التزام به ملاقات و معیت مستمر است و تمتعات جنسی هدف اولیه در اجرای این حق نیست لذا حرمت نزدیکی با زوجه، ابتلای زوجین به عیوب جنسی و بیماری زوجین هیچ‌یک مسقط تکلیف زوج به اجرای حق قسم نمی‌باشد اما نشوز موجب سقوط حق قسم زوجه می‌گردد.

ماده ۴: زوج مکلف است در مسافرت نیز حق قسم زوجه را اجرا نماید منوط بر اینکه زوجه نیز در مسافرت همراه زوج باشد. البته اقتضائات و شرایط خاص سفر در این زمینه باید مورد توجه قرار گیرد.

ماده ۵: زوجه منقطع حق قسم ندارد.

یادداشت‌ها

۱. «وَ إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَ ثَلَاثَ وَ رُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعْوِلُوا» (نساء / آیه ۳).
۲. «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ فِي عِقَابِ الْأَعْمَالِ بِإِسْنَادٍ تَقَدَّمَ فِي عِبَادَةِ الْمَرِيضِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) قَالَ: وَ مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا فِي الْقَسَمِ - مِنْ نَفْسِهِ وَ مَالِهِ جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ - مَعْلُولًا مَائِلًا شَقِيحًا حَتَّىٰ يَدْخُلَ النَّارَ» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۳۴۲).
۳. «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ فِي عِقَابِ الْأَعْمَالِ بِإِسْنَادٍ تَقَدَّمَ فِي عِبَادَةِ الْمَرِيضِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) قَالَ: وَ مَنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا فِي الْقَسَمِ - مِنْ نَفْسِهِ وَ مَالِهِ جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ - مَعْلُولًا مَائِلًا شَقِيحًا حَتَّىٰ يَدْخُلَ النَّارَ» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۳۴۲).
۴. «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَىٰ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرٍ عَنْ زُرَّارَةَ قَالَ: قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ (عليه السلام) فِي حَدِيثٍ مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَهَا مَا لِلْمَرْأَةِ مِنَ النَّفَقَةِ وَ الْقِسْمَةِ - وَ لَكِنَّهُ إِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَخَافَتْ مِنْهُ نَشُورًا - وَ خَافَتْ أَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أَوْ يُطَلِّقَهَا -

فَصَالَحَتْ مِنْ حَقِّهَا عَلَى شَيْءٍ مِنْ نَفَقَتِهَا - أَوْ قِسْمَتِهَا فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لَهَا بِأَسْبَغِهَا» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۳۴۴).

۵. «إِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الْعُلُوِيَّ عَنِ الْعُمَرَكِيِّ عَنِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ (عَلَيْهِ السَّلَام) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ امْرَأَتَانِ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا - لَيْلِي وَيَوْمِي لَكَ يَوْمًا أَوْ شَهْرًا أَوْ مَا كَانَ - أَيْجُوزُ ذَلِكَ قَالَ - إِذَا طَابَتْ نَفْسُهَا وَاشْتَرَى ذَلِكَ مِنْهَا فَلَا بِأَس» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۳۴۴).

۶. النفقة و القسم شیء واحد فكل امرأة لها النفقة فلها القسم و كل من لا نفقة لها فلا قسم لها (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص. ۳۲۸).

۷. القسم بفتح القاف مصدر قسمت الشيء أقسمه، و بالكسر الحظ و النصيب، و يقال: هو التقدير، و يمكن اعتبار القسم بين الزوجات منهما. و هو حق واجب لمن يجب الإنفاق عليه من الزوجات (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۳۰۶).

۸. لازم به ذکر است در این شرایط نفقه گذشته زوجه به شکل دین بر ذمه زوج در خواهد آمد و پس از رسیدن زوج به وضعیت ایسار قابل مطالبه است

۹. لازم به ذکر است در این شرایط نفقه گذشته زوجه به شکل دین بر ذمه زوج در خواهد آمد و پس از رسیدن زوج به وضعیت ایسار قابل مطالبه است
۱۰. «و إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَ ثَلَاثَ وَ رُبَاعَ فَإِنَّ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا» (نساء / آیه ۳).

۱۱. «الْفُضْلُ بْنُ الْحَسَنِ الطَّبْرِسِيُّ فِي مَجْمَعِ الْبَيَانِ عَنِ الصَّادِقِ عَنِ آبَائِهِ (عَلَيْهِ السَّلَام) أَنَّ النَّبِيَّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) كَانَ يَقْسِمُ بَيْنَ نِسَائِهِ فِي مَرَضِهِ فَيُطَافُ بِهِ بَيْنَهُنَّ» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۳۴۳).

۱۲. ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ مقرر می‌دارد: «متقاضی باید تقاضانامه‌ای در دو نسخه به دادگاه تسلیم و علل و دلایل تقاضای خود را در آن قید نماید. یک نسخه از تقاضانامه ضمن تعیین وقت رسیدگی به همسر او ابلاغ خواهد شد. دادگاه با انجام اقدامات ضروری و در صورت امکان تحقیق از زن فعلی و احراز توانایی مالی مرد و اجرای عدالت در مورد بند ۱ ماده ۱۶ اجازه اختیار همسر جدید خواهد داد. به هر حال در تمام موارد مذکور این حق برای همسر اول باقی است که اگر بخواهد تقاضای گواهی عدم امکان سازش از دادگاه بنماید. هر گاه مردی با داشتن همسر بدون تحصیل اجازه دادگاه مبادرت به

ازدواج نماید به حبس جنحه‌ای از شش ماه تا یک سال محکوم خواهد شد. همین مجازات مقرر است برای عاقد و سردفتر ازدواج و زن جدید که عالم به ازدواج سابق مرد باشند. در صورت گذشت همسر اولی تعقیب کیفری یا اجرای مجازات فقط درباره مرد و زن جدید موقوف خواهد شد».

۱۳. ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳: «مرد نمی‌تواند با داشتن زن، همسر دوم اختیار کند مگر در موارد زیر:

۱- رضایت همسر اول

۲- عدم قدرت همسر اول به ایفای وظایف زناشویی

۳- عدم تمکین زن از شوهر

۴- ابتلا زن به جنون یا امراض صعب‌العلاج موضوع بندهای ۵ و ۶ و ماده ۸

۵- محکومیت زن وفق بند ۸ ماده ۸

۶- ابتلا زن به هر گونه اعتیاد مضر برابر بند ۹ ماده ۸

۷- ترک زندگی خانوادگی از طرف زن

۸- عقیم بودن زن

۹- غایب مفقودالایر شدن زن برابر بند ۱۴ ماده ۸.

۱۴. «وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا» (نساء / آیه ۳).

۱۵. «چنانچه زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت نکند».

۱۶. ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل اینکه شرط شود هر گاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدن معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد».

کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. آل عصفور بحرانی، حسین (بی تا). *الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع*. قم: البحوث العلمية.
۳. آل عصفور بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضرة*. قم: انتشارات اسلامی.
۴. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). *المهذب*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*. بیروت: دار الفکر.
۶. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۹ق). *کتاب النکاح (للأراکی)*. قم: نور نگار.
۷. اسدی، لیلآسادات (۱۳۸۲). «تحلیل قوانین حقوقی زنان از تصویب تا اجرا؛ شروط ضمن عقد». *فصلنامه راهبردی مطالعات زنان*، (۲۱)، صص. ۱۵۹-۱۹۶.
۸. ترحینی عاملی، سیدمحمدحسین (۱۴۲۷ق). *الزبدة الفقہیة فی شرح الروضة البهیة*. قم: دارالفقه.
۹. جزایری، سیدمحمدجعفر مروج (بی تا). *نظرة فی الحقوق؛ أحكامها وأقسامها*. قم: بی جا.
۱۰. جزیری، عبدالرحمن؛ غروی، سیدمحمد و مازح، یاسر (۱۴۱۹ق). *الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت (علیهم السلام)*. بیروت: دار الثقلمین.
۱۱. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق). *الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة*. بیروت: دار العلم.
۱۲. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعة*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۱۳. حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق). *الجامع للشرائع*. قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیة.
۱۴. خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۱ق). *کتاب البیوع*. تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
۱۵. خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰ق). *منهاج الصالحین (للخوئی)*. قم: نشر مدینه العلم.
۱۶. راغب اصفهانی، حسین (۱۴۱۲ق). *مفردات ألفاظ القرآن*. لبنان: دار العلم.
۱۷. روحانی قمی، سیدصادق حسینی (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق (علیه السلام)*. قم: دار الكتاب.
۱۸. زحیلی، وهبه بن مصطفى (۱۴۱۸ق). *التفسیر المنیر*. بیروت: دارالفکر المعاصر.
۱۹. زرکشی، محمد بن بهادر (بی تا). *البرهان فی علوم القرآن*. بی جا: بی نا.
۲۰. سبحانی تبریزی، جعفر (بی تا). *نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء*. قم: بی جا.
۲۱. سبزواری، سیدعبدالأعلی (۱۴۱۳ق). *مهذب الأحکام (للسبزواری)*. قم: مؤسسه المنار.
۲۲. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن (۱۴۲۳ق). *کفایة الأحکام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۳. سبزواری، مولی هادی بن مهدی (۱۴۲۱ق). *شرح نبراس الهدی*. قم: انتشارات بیدار.

۲۴. سلار، حمزة بن عبدالعزيز (۱۴۰۴ق). *المراسم العلوية*. قم: منشورات الحرمين.
۲۵. سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر (۱۴۱۶ق). *الانتقان فی علوم القرآن*. بیروت: مؤسسه علمی بن ابی طالب (علیه السلام).
۲۶. سیوری حلی، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ق). *التنقیح الرائع*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۲۷. شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۴ق). *غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۲۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: داوری.
۲۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۳۰. صاحب جواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۱. صدر، سیدمحمد (۱۴۲۰ق). *ماوراء الفقه*. بیروت: دارالأضواء.
۳۲. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۲). *حقوق خانواده*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۳. طباطبایی حائری، سیدعلی (۱۴۰۹ق). *الشرح الصغير فی شرح مختصر النافع*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
۳۴. طباطبایی حائری، سیدعلی (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۳۵. طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۷۴). *المیزان فی تفسیر القرآن*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۶. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق). *مجمع البحرین*. تهران: کتابفروشی مرتضوی.
۳۷. طوسی، محمد بن حسن (بی تا). *التبیان فی تفسیر القرآن*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۸. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الإمامیة*. تهران: المكتبة المرتضویة.
۳۹. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق). *ایضاح القوائد*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۰. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق. الف). *قواعد الأحکام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۱. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق. ب). *مختلف الشیعة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۲. فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). *كشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحکام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۳. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق). *کتاب العین*. قم: نشر هجرت.
۴۴. لطفی، اسدالله (۱۳۸۸). *حقوق خانواده*. تهران: انتشارات خرسندی.
۴۵. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۶. محمدی خراسانی، علی (۱۳۹۳). *شرح منطوق مظفر*. قم: الامام الحسن بن علی (علیه السلام).

۴۷. محمود، عبدالرحمان (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية. بی جا: بی نا.
۴۸. مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: مرکز کتاب لترجمة.
۴۹. مفید، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۳ق). المقنعة. قم: کنگره جهانی شیخ مفید.
۵۰. مقرئ فیومی، احمد بن محمد (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر. قم: دار الرضی.
۵۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۱ق). الأمثل فی تفسیر کتاب الله المنزل. قم: مدرسه امام علی (علیه السلام).
۵۲. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
۵۳. موسوی عاملی، محمد بن علی (۱۴۱۱ق). نهاية المرام. قم: انتشارات اسلامی.
۵۴. واسطی زبیدی، سیدمحمد (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس. لبنان: دار الفکر للطباعة.
۵۵. وجدانی فخر، قدرت الله (۱۴۲۶ق). الجواهر الفخرية فی شرح الروضة البهية. قم: نشر سماء قلم.

قواعد حاکم بر تعدد در بزه قاچاق کالا و ارز

امید رستمی غازانی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۰۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۱۵

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

با توجه به اهمیت بزه قاچاق کالا و ارز، قانون‌گذار در راستای اتخاذ سیاست کیفری افتراقی سخت‌گیرانه اقدام به وضع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نموده است. پیش‌بینی مقررات خاص در خصوص بزه قاچاق کالا و ارز از یک‌سو و ارجاع حکم برخی از موضوعات به قوانین عام و از جمله قانون مجازات اسلامی، سبب ایجاد ابهام‌هایی در خصوص نحوه اعمال برخی از نهادها و از جمله موضوع تعدد در خصوص بزه قاچاق کالا و ارز شده است. شمول یا عدم شمول مقررات تعدد بر مصادیق تخلف قاچاق، پیش‌بینی مقررات خاص مانند قاچاقچی حرفه‌ای و ارتباط آن با نهاد تعدد، تعدد بزه قاچاق با بزه‌های مرتبط با آن و نحوه تجمیع محکومیت‌ها در جهت اجرای مقررات تعدد با توجه به مراجع متفاوت صلاحیت‌دار رسیدگی به آن از ابهام‌هایی است که این مقاله با روش توصیفی و تحلیلی در جهت رفع آنها تلاش نموده است. بر این اساس با وجود برخی نظرات متفاوت نظر بر این است که مقررات تعدد شامل مصادیق تخلف بزه قاچاق نیز گردیده و این امر مستلزم ارائه راهکاری منطقی جهت تجمیع محکومیت‌های صادره از دادگاه‌های انقلاب و شعب تعزیرات حکومتی است. علاوه بر این هر چند حکم کلی تعدد در مصادیق مختلف بزه قاچاق با یکدیگر و نیز در ارتباط با بزه‌های دیگر تابع احکام مقرر در قانون مجازات اسلامی است و لیکن در این زمینه می‌بایست به مقررات خاص نیز توجه داشت.

واژگان کلیدی: تجمیع محکومیت‌ها، تعدد جرم، تعدد معنوی، تعدد مادی، قاچاق کالا و ارز، قاچاقچی حرفه‌ای، قانون مجازات اسلامی.

* استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه اهل بیت علیهم‌السلام، تهران، ایران.

مقدمه

بزه قاچاق پیشینه‌ای طولانی دارد و تاریخ پدیداری آن را می‌توان هم‌زمان با تشکیل حکومت‌ها و برقراری مقرراتی برای معاملات و ورود و خروج کالا دانست (سوری، ۱۳۵۹، ص. ۳). در واقع از زمانی که دولت‌ها در جهت کسب درآمد برای تأمین بخشی از هزینه‌های خود، اقدام به وضع مقرراتی بر تجارت خارجی نمودند، همواره اشخاصی بودند که در صدد نپرداختن این وجوه بوده و در نتیجه قاچاق نیز وجود داشته است و «تا زمانی که محدودیت‌های قانونی برای ورود و خروج کالا در کشوری وجود دارد پدیده قاچاق کالا هم از تبعات آن است» (ساک، ۱۳۸۱، ص. ۳۲).

اصطلاح «قاچاق» در نظام حقوقی ایران دارای معانی مختلف است و در دو مفهوم «موسع» و «مضیق» بکار رفته است. قاچاق در مفهوم مضیق، معادل قاچاق گمرکی (یا همان قاچاق کالا و یا ارز) است (الهام؛ میرخلیلی و پرهام‌فر، ۱۳۹۳، ص. ۵۱) و در مقابل قاچاق غیرگمرکی یا قاچاق کالای ممنوعه است (احمدی، ۱۳۸۵، ص. ۱۰۰). ملاحظه قوانین و مقررات نشان از آن دارد که قلمرو مفهومی قاچاق بسیار متنوع و در عین حال بعضاً بسیار گسترده بوده است. هر چند قانون‌گذار در بند الف ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز با ارائه تعریفی از قاچاق سعی در مشخص نمودن مفهوم قاچاق کالا و ارز داشته باشد ولیکن خود این تعریف دارای اشکالات فراوانی (مانند تعارض بین قسمت‌های مختلف تعریف) است که پرداختن به آن از موضوع این مقاله خارج است. همچنین در اینجا لازم به ذکر است که با توجه به ماده ۴۴ قانون مذکور مصادیق قاچاق کالا و ارز حسب مورد مشمول عنوان جرم و یا تخلف می‌باشند و به‌کارگیری واژه بزه در این مقاله در جهت شمول موضوع بر هر دو مورد است.

بررسی سابقه تاریخی بزه قاچاق کالا و ارز در نظام حقوقی معاصر ایران نیز نشان از آن دارد که در بیش از ۳۰۰ مقرر قانونی به موضوع قاچاق پرداخته شده است که البته بسیاری از این مقررات در حال حاضر منسوخ هستند. با توجه به اثرات منفی بزه قاچاق در عرصه‌های مختلف اقتصادی، اجتماعی - فرهنگی و سیاسی (ر.ک: سیف، ۱۳۸۷، صص. ۸۱-۱۱۶ و غلامی و نمروزی، ۱۳۹۸، ص. ۲۰)، گسترده‌گی ارتکاب و تنوع روش‌های ارتکاب آن سبب شده است، که قانون‌گذار همواره سیاست کیفری افتراقی توأم با سخت‌گیری را اتخاذ نماید که تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز

نمودی از استمرار این سیاست افتراقی بوده است (رستمی غازانی، ۱۳۹۹، ص. ۹۱؛ فتحی و امیرحاجیلو، ۱۳۹۷؛ ابراهیمی و دانش، ۱۳۹۸ و پاک‌نیت، ۱۳۹۸) هر چند در ماده ۶۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز حکم تعدد در بزه قاچاق به قانون مجازات اسلامی ارجاع داده شده است و لیکن سؤالات چندی در اینجا مطرح می‌شود. آیا حکم تعدد در بزه قاچاق تابع سیاست کیفری عمومی است و یا اینکه در این خصوص به مانند بسیاری از موارد مربوط به بزه قاچاق تابع سیاست افتراقی است؟ آیا مطلق مصادیق بزه قاچاق از حیث تعدد شامل حکم مقرر در قانون مجازات است؟ با توجه به حکم ماده ۴۴ قانون مبنی بر تفکیک مصادیق بزه قاچاق حسب مورد به «جرم» و یا «تخلف» آیا حکم تعدد در مصادیق تخلف بزه قاچاق نیز جاری است؟ ارتباط نهاد «قاچاقچی حرفه‌ای» مذکور در قانون با احکام تعدد اتهام چیست؟ آیا امکان صدق عنوان قاچاقچی حرفه‌ای با ارتکاب قاچاق به صورت تعدد مادی وجود دارد؟ آیا در همه موارد در خصوص تعدد بزه قاچاق با دیگر عناوین اتهامی موضوع تابع قانون مجازات اسلامی است؟ آیا مقررات خاصی در تعدد بزه قاچاق با بزه‌های مرتبط وجود دارد؟ با توجه به صلاحیت شعب دادگاه انقلاب و شعب تعزیرات حکومتی در رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز، در فرضی که امکان رسیدگی توأمان به جهت رعایت مقررات صلاحیت ذاتی وجود ندارد، نحوه رعایت مقررات تعدد به چه نحوی است؟ در ادامه به بررسی این سؤالات پرداخته می‌شود.

۱. قواعد حاکم بر تعدد در مصادیق بزه قاچاق کالا و ارز

حقوق‌دانان تعدد جرم را بر دو نوع تعدد مادی یا واقعی و تعدد معنوی یا اعتباری می‌دانند. گاهی شخصی با رفتاری واحد قوانین متعدد جزایی را نقض می‌کند و گاهی با رفتارهای متعدد، قوانین جزایی متعددی را نقض می‌کند که از اولی به تعدد معنوی یا اعتباری و از نوع اخیر به تعدد واقعی یا مادی یاد می‌کنند (الهام، ۱۳۷۲، ص. ۳). در ادامه با توجه به حکم ماده ۶۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز که حکم تعدد قاچاق را به قانون مجازات اسلامی ارجاع داده است ضمن تبیین این موضوع به مواردی که شبیه تعدد بوده ولیکن متفاوت از آن می‌باشند، اشاره خواهد شد.

۱-۱. ارجاع حکم تعدد به قانون مجازات اسلامی

به موجب ماده ۶۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز یکی از مواردی که حکم آن به قانون مجازات اسلامی ارجاع داده شده، «تعدد» است. «حکم تعدد... قاچاق... مطابق قانون مجازات اسلامی است». با توجه به اینکه مصادیق بزه قاچاق کالا و ارز به موجب ماده ۴۴ قانون مذکور حسب مورد به «جرم» و «تخلف» تقسیم شده است، در فرض سکوت ماده ۶۳ در خصوص ارجاع به قانون مجازات اسلامی، در خصوص مصادیق جرم قاچاق از جهت اجرای احکام عام ناظر بر جرایم تردیدی در اجرای مقررات تعدد مذکور در قانون مجازات اسلامی نبود ولیکن این ابهام باقی می‌ماند که در خصوص مصادیق تخلف قاچاق آیا می‌توان مقررات قانون مجازات اسلامی را اعمال نمود؟ لیکن با توجه به اینکه به موجب ماده ۶۳ مطلق احکام تعدد به قانون مجازات اسلامی ارجاع داده شده است، از این رو احکام تعدد در تخلفات قاچاق نیز تابع قانون مجازات اسلامی است (برای نظر مخالف ر.ک: ساکی، ۱۳۹۶، ص. ۱۴۲). علاوه بر این ماده ۴۶ قانون نیز دلالت بر برخورداری شعب تعزیرات حکومتی از همه اختیارات مراجع قضائی (البته جز در موارد مصرح در قانون) در رسیدگی به پرونده‌های قاچاق دارد که یکی از این اختیارات می‌تواند اختیار اعمال مقررات تعدد باشد.

در تأیید دیدگاه نگارنده باید توجه داشت که واژه تخلف در ماده ۴۴ قانون در متن اولیه لایحه ارسالی مربوط به این قانون موجود نبود، حتی در متن مصوب مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۱۱ مجلس شورای اسلامی نیز چنین واژه‌ای وجود نداشت. حتی متن این ماده عیناً به تأیید شورای نگهبان رسیده و از نظر آن مرجع نیز ایرادی متوجه آن دانسته نشد، لیکن مجلس در جریان بررسی ایرادات شورای نگهبان به پیشنهاد مرکز پژوهش‌های مجلس، با تغییر عبارت این ماده، واژه تخلف را اضافه نموده و پرونده‌های در صلاحیت تعزیرات حکومتی را تخلف محسوب نمود و هم‌زمان واژه جرم که در مواد مختلف این قانون موجود بود را با هدف تسری احکام جرایم به تخلفات در صلاحیت تعزیرات حکومتی، حذف نمود. این موضوع از بررسی و تطبیق مصوبه مورخ ۹۰/۱۱/۱۱ مجلس با مصوبه ۹۲/۱۰/۳ آن مرجع کاملاً مشخص است (اجتهادی، ۱۳۹۶، ص. ۳۸).^۱

البته ممکن است اشکال شود که اجرای احکام تعدد در خصوص مصادیق تخلف

بزه قاچاق خلاف اصل قانونی بودن مجازات‌ها است؛ چرا که در مقررات تعدد در قانون مجازات اسلامی صراحتاً به جرم اشاره شده است و لیکن پاسخ آن است که اگر قانون‌گذار خود حکم به این مسئله نموده باشد، این اشکال سالبه به انتفاء موضوع است و به موجب ماده ۶۳، قانون‌گذار با بیان مطلق قاچاق حکم تخلف قاچاق را نیز تابع قانون مجازات اسلامی دانسته است. علاوه بر این، دیدگاه قائل به تسری احکام تعدد به مصادیق تخلف قاچاق در راستای تفسیر به نفع مرتکب بزه می‌باشد؛ با توجه به اینکه ضمانت‌اجرای مقرر برای تخلفات قاچاق اصولاً ضبط کالا و جریمه نقدی نسبی است که با تطبیق با ضوابط درجه‌بندی مجازات‌های تعزیری درجه ۷ محسوب می‌شوند و قول به عدم اجرای مقررات تعدد در خصوص آنها به معنای این است که در موارد تعدد مادی دو جزای نقدی در خصوص مرتکب حکم شده و هر دو نیز به اجراء درآید و این در حالی است که در صورت پذیرش دیدگاه نگارنده با توجه به احکام بندهای ت و الف ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی فقط حکم به یک جزای نقدی می‌شود.

با توجه به اینکه ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی بین تعدد در جرایم مختلف و غیرمختلف قائل به تفکیک شده است، در اعمال مقررات تعدد نسبت به بزه قاچاق می‌بایست به این تفکیک توجه داشت. در صورتی که شخصی به دفعات متعدد مرتکب بزه قاچاق شده و نوع رفتار او در هر یک از دفعات متفاوت باشد، مانند آنکه در دفعه اول مرتکب رفتار وارد کردن کالا و یا ارز و در مرتبه دوم مرتکب رفتار حمل آن شود، با توجه به اینکه ارتکاب مصادیق مختلف رفتاری بزه قاچاق (مانند ورود، خروج، حمل، نگهداری، عرضه و فروش) همگی مشمول یک عنوان است، مختلف محسوب نمی‌شوند. در این راستا اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۱۳۹۴ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۰۶ در تعیین ضابطه برای مختلف و غیرمختلف بودن برای اعمال مقررات تعدد، در مواردی که دو یا چند رفتار مجرمانه در یک ماده قانونی ذکر و برای آنها مجازات پیش‌بینی شده است را مشمول عناوین غیرمختلف می‌داند. این برداشت با اصل تفسیر به نفع متهم نیز سازگارتر است؛ چرا که مقایسه بند الف ماده ۱۳۴ با بندهای ب و پ آن ماده نشان از آن دارد که قانون‌گذار رویکرد سخت‌گیرانه‌تری نسبت به تعدد مادی از نوع مختلف دارد. علاوه بر این، آنچه که سبب

مختلف تلقی شدن جرایم می‌شود، اختلاف در نوع رفتارها نیست؛ بلکه اختلاف در عناوینی است که قانون‌گذار برای جرایم پیش‌بینی نموده است؛ چرا که ممکن است قانون‌گذار چند رفتار را مشمول عنوان واحدی بداند، (مانند رفتارهای چهارگانه مذکور در ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی در بخش تعزیرات ذیل عنوان خیانت در امانت) موضوعی که در خصوص بزه قاچاق نیز رخ داده و قانون‌گذار رفتارهای متعدد را در ذیل عنوان قاچاق بزه‌انگاری نموده است. همچنین ارتکاب بزه قاچاق نسبت به کالاهای مختلف نیز (مانند کالاهای ممنوع، مجاز مشروط و مجاز و ارز) جزو انواع مختلف بزه نیستند؛ چرا که همگی ذیل وصف بزه قاچاق بزه‌انگاری شده و صرفاً بیانگر انواع مختلفی از بزه قاچاق می‌باشند و در نتیجه ارتکاب آنها نیز جزو بزه‌های مختلف محسوب نمی‌شود.

بر این اساس در بحث تعدد در بزه قاچاق می‌بایست مطابق ضوابط مقرر در قانون مجازات اسلامی عمل نمود و لیکن در این خصوص ابهاماتی نیز مطرح است. ابهام نخست در خصوص جزای نقدی است. در تعیین و اجرای مجازات نسبت به بزه قاچاق کالا و ارز در حالت تعدد با توجه به اینکه جزای نقدی و یا جریمه نقدی نسبی جزو مجازات‌های مشترک در تمامی مصادیق بزه قاچاق کالا و ارز است، با توجه به بند الف ماده ۱۳۴ که صرفاً حکم به یک مجازات می‌شود و یا به استناد بند ث ماده مذکور که به هر حال فقط مجازات اشد اجراء می‌شود، این امر می‌تواند منتهی به عدم حکم و یا عدم اجرای بخشی از جزای نقدی مربوط به اتهامات متعدد متهم در بزه قاچاق شود. در تبصره ۱ الحاقی به متن اصلاحی ماده ۶۳ مجلس شورای اسلامی (که هنوز نهایی نشده است) در این راستا حکم خاص پیش‌بینی شده است. «در تخلفات و جرایم موضوع این قانون ملاک تعیین جریمه یا جزای نقدی یا ضبط کالا یا ارز یا وسیله حمل یا محل نگهداری یا أخذ معادل آنها، مجموع ارزش مربوط به دفعات متعدد ارتکاب جرم یا تخلف ارتكابی است که منتج به صدور رأی محکومیت قطعی نشده است». قانون‌گذار در جهت رویکرد افتراقی سخت‌گیرانه خود نسبت به قاچاق با سازوکاری مشابه آنچه که پیش از این در ماده ۷ قانون صدور چک اتخاذ کرده بود، میزان جزای نقدی و جریمه نقدی را تابع ارزش مجموع دفعات ارتكابی بزه قاچاق کالا و ارز دانسته است. البته در این خصوص ابهامات چندی نیز وجود دارد؛ از جمله اینکه اگر

موضوع بزه قاچاق از انواع مختلف باشد (مانند کالاهای مجاز، مجاز مشروط و ممنوع و یا ارز) با توجه به اینکه میزان جزای نقدی هر یک از اینها متفاوت است، به چه نحوی می‌بایست عمل نمود؟ در اینجا به نظر می‌آید که در خصوص هر یک از کالاها می‌بایست مجموع آن کالاها را بصورت مجزا محاسبه نموده و در نهایت مجموع جزای نقدی ناظر به کالاهای مختلف همگی بر مرتکب قابل اعمال است.

ابهام دوم در خصوص ضبط کالا و ارز قاچاق است. در مواردی که حکم به یک مجازات می‌شود و یا اینکه فقط مجازات اشد اعمال می‌شود این ابهام مطرح می‌شود که آیا امکان ضبط کالا و ارز ناظر به اتهام غیر اشد وجود دارد؟ ضبط در زمره مجازات‌های مالی است که باعث ایجاد نقصان در اموال و دارایی محکوم می‌شود (احمدی موحد، ۱۳۸۷، ص. ۳۲۸). در این راستا برخی از حقوق‌دانان بیان داشته‌اند که «علاوه بر این جزای نقدی، ضبط کالا هم به عنوان مجازات مالی دیگری برای این جرایم پیش‌بینی شده است» (بهره‌مند بگ‌نظر، ۱۳۹۶، ص. ۱۵۷). برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز بیان داشته‌اند که در بزه قاچاق کالا و ارز ضبط کالا و ارز از موضوع بزه از جهت مجازات است؛ چرا که در صورت موجود نبودن عین کالا و ارز به استناد ماده ۵۸ قانون مرتکب به پرداخت معادل ارزش کالا و ارز نیز محکوم می‌شود (آشوری، ۱۳۹۹، ص. ۱۵۴). پذیرش دیدگاه فوق منجر به این نتیجه می‌شود که با توجه به مجازات بودن ضبط کالا و ارز موضوع بزه قاچاق، در خصوص اتهامات غیر اشد نتوان کالا و ارز موضوع بزه قاچاق را ضبط نمود. لیکن در جهت احتراز از این اشکال از یک سو می‌بایست به ماهیت دوگانه ضبط (مجازات - تدبیر تأمینی) توجه داشت. موضوعی که در تبصره ۵ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی نیز به صورت ضمنی بر آن تأکید شده است و ضبط را خارج از درجه‌بندی مجازات‌های تعزیری دانسته است و از سوی دیگر به استناد ماده ۲۱۵ فوق‌الذکر و نیز ماده ۱۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری حتی در مواردی که در خصوص متهم قرار منع و یا موقوفی تعقیب صادر می‌شود نیز امکان ضبط وجود دارد. این منطبق با اینجاست که با وجود اجرای مجازات اشد در خصوص متهم، بتوان کالا و ارز موضوع بزه قاچاق غیر اشد را نیز به هر حال ضبط نمود. آن‌گونه که اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۱۱۰۵

مورخ ۱۳۹۴/۰۵/۰۵ مقرر می‌دارد: «... اجرای مجازات اشد موضوع ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با لحاظ ماده ۲۱۵ این قانون و ماده ۱۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در هر صورت مانع از ضبط کالای ممنوعه قاچاق نمی‌باشد». البته اجرای حکم ضبط صرفاً محدود به کالای قاچاق ممنوع نبوده و در خصوص دیگر انواع موضوع بزه قاچاق کالا و ارز نیز صادق است.

۱-۲. حکم موارد شبیه تعدد در بزه قاچاق کالا و ارز

در خصوص بزه قاچاق کالا مواردی پیش می‌آید که شخص در قالب یک رفتار مرتکب بزه قاچاق کالا نسبت به کالاهای مختلف شده و یا اینکه در خصوص موضوع واحد، مرتکب رفتارهای مختلفی می‌شود که همگی مشمول عنوان قاچاق می‌باشند، که ضرورت دارد در این موارد موضوع اعمال مقررات تعدد بررسی گردد. همچنین یکی از موارد خاص ناظر به پیش‌بینی سیاست کیفری افتراقی در بزه قاچاق کالا و ارز پیش‌بینی نهاد «قاچاقچی حرفه‌ای» است که ضرورت دارد که ارتباط این نهاد با تعدد مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۲-۱. تعدد موضوع و رفتار و ارتباط آن با تعدد جرم

با توجه به اینکه ممکن است شخصی در قالب یک رفتار، مرتکب بزه قاچاق نسبت به اقلام مختلف کالایی گردد، تنوع موضوع بزه قاچاق سبب شمول مقررات تعدد بر رفتار مرتکب نیست؛ چرا که تعدد مادی در صورتی است که شخص مرتکب رفتارهای متعدد شده باشد و در فرض مطروحه شخص صرفاً مرتکب یک رفتار شده است. در عین حال موضوع از دایره تعدد معنوی نیز خارج است؛ چرا که در تعدد معنوی بر رفتار واحد مرتکب عناوین متعدده جرم صادق است، در حالی که صرف تعدد در کالاهای موضوع بزه قاچاق سبب صدق عناوین متعدد بزه نیست. «در صورتی که شخص در قالب رفتاری واحد مرتکب قاچاق اقلام مختلف کالایی شود با توجه به این که به موجب ماده ۱۸ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ملاک تعیین مجازات میزان ارزش کالا و یا ارز قاچاق می‌باشد، فلذا می‌بایست مجموع ارزش کالاهای قاچاق مبنای صدور رأی و تعیین مجازات باشد و نمی‌توان با تفکیک هر کالا نسبت به هر یک از

آنها بصورت جداگانه رأی صادر نمود...». (نظریه مشورتی شماره ۹۵/۲۱۰/۲۵۶۳ مورخ ۱۳۹۵/۰۵/۱۸ دفتر امور حقوقی سازمان تعزیرات حکومتی) اهمیت این امر از آنجاست که در مواد مختلفی از قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (مانند مواد ۱۸، ۲۱ و ۲۲) بر حسب ارزش کالای موضوع قاچاق احکام مختلفی از حیث مرجع صلاحیت‌دار، مجازات اصلی، ضبط وسیله نقلیه مورد استفاده در قاچاق و... پیش‌بینی شده است و از این رو ارزش مجموع کالاها ملاک صدور حکم می‌باشد. این حکم ناظر به موردی است که همه کالاهای موضوع بزه قاچاق دارای وصف واحدی باشند. توضیح آنکه به موجب قانون موضوع قاچاق ممکن است کالای مجاز، کالای مجاز مشروط، کالای یارانه‌ای، کالای ممنوع و یا ارز باشد. در این موارد مرجع رسیدگی‌کننده ابتدائاً ارزش هر یک از انواع موضوع بزه را مشخص نموده و سپس بر حسب مجازات مقرر در قانون برای هر یک از انواع، مجازات جداگانه تعیین می‌نماید و تمامی مجازات‌ها نیز قابلیت اجراء دارند. البته در برخی از موارد ممکن است کالاها از یکدیگر قابل تفکیک نباشد، مانند تلویزیون‌های دارای گیرنده از ماهواره که در این مورد کل کالا ممنوع محسوب گردیده (آشوری، ۱۳۹۹، صص. ۲۹-۳۰) و در نتیجه مجازات مرتکب با لحاظ ارزش کل کالا بر حسب مجازات مقرر برای کالای ممنوع تعیین می‌گردد.

موضوع مرتبط دیگر با بحث تعدد آن است که قانون‌گذار در بزه قاچاق مصادیق متعدد رفتاری (مانند ورود، صدور، حمل، نگهداری، عرضه، فروش و...) را مورد بزه‌انگاری قرار داده است و ممکن است شخصی در خصوص موضوع بزه واحد، مرتکب رفتارهای متعددی گردد، سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا این موارد مشمول احکام تعدد بزه قاچاق قرار می‌گیرد؟ در اینجا با توجه به اینکه مجموع بزه‌های ارتكابی در یک راستا می‌باشد و موضوع بزه نیز واحد است، این حالت مشمول عنوان تعدد مادی است و لیکن نکته‌ای که وجود دارد آن است که ممکن است، مجازات این مصادیق رفتاری بعضاً متفاوت باشد (مانند مجازات عرضه و فروش کالا و ارز قاچاق موضوع ماده ۱۸ که مجازات آن حداقل مجازات مقرر برای ورود، صدور، حمل و نگهداری همان موارد می‌باشد) و یا هر یک از مصادیق بعضاً احکام خاصی را به دنبال داشته باشند (مانند امکان ضبط خودرو در مصداق حمل کالای قاچاق و یا

مصادره محل نگهداری در نگهداری کالای ممنوع) که در این موارد می‌بایست مجازات اشد مورد حکم قرار گیرد و احکام خاص نیز مد نظر مرجع رسیدگی کننده قرار گیرد (برای نظر مخالف ر.ک: ساکی، ۱۳۹۶، ص. ۶۴).

۲-۲-۱. حکم قاچاقچی حرفه‌ای و ارتباط آن با تعدد

یکی از موارد مرتبط با تعدد بزه قاچاق پیش‌بینی «قاچاقچی حرفه‌ای» در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز است. قاچاقچی حرفه‌ای تجلی نفوذ مفاهیم و اندیشه‌های «حرفه مجرمانه»^۲ و «جرم حرفه‌ای»^۳ از حوزه جرم‌شناسی به حقوق کیفری است. قانون‌گذار در بند ش ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در سال ۱۳۹۲ ابتدائاً در تعریف قاچاقچی حرفه‌ای چنین مقرر نمود: «شخصی است که بیش از سه بار مرتکب تکرار و یا تعدد جرم قاچاق شود». بر این اساس هر شخصی (اعم از حقیقی یا حقوقی) که بیش از سه بار سابقه محکومیت قطعی به جهت ارتکاب قاچاق کالا و یا ارز داشت (تکرار) و یا بیش از سه بار مرتکب قاچاق کالا و ارز شده بدون آنکه بین ارتکاب آنها نسبت به اتهامات قبلی محکومیت قطعی پیدا کرده باشد (تعدد مادی) و یا با تلفیقی از دو حالت پیش بیش از سه بار مرتکب قاچاق شده بود، قاچاقچی حرفه‌ای تلقی می‌شد.

با اصلاح بند مذکور در سال ۱۳۹۴ دو تغییر عمده در تعریف به وجود آمد که هر دو نیز در جهت محدود نمودن قلمرو شمول عنوان قاچاقچی حرفه‌ای است. بر این اساس «قاچاقچی حرفه‌ای: شخصی است که بیش از سه بار مرتکب قاچاق شود و ارزش کالا یا ارز قاچاق در هر مرتبه بیش از ده میلیون (۱۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال باشد». بر این اساس، اولاً. صدق عنوان قاچاقچی حرفه‌ای صرفاً ناظر به موردی است که شخص حداقل سه بار سابقه محکومیت قطعی به ارتکاب قاچاق کالا و ارز داشته و برای بار چهارم یا بیشتر مرتکب قاچاق کالا و ارز شود. به عبارت دیگر قانون‌گذار دفعات تعدد ارتکاب قاچاق را برای صدق عنوان قاچاقچی حرفه‌ای کافی نمی‌داند. در این راستا حذف عبارت «تعدد» از بند مذکور، ظهور «بار» و «مرتبه» به مانند «مرتبه» مذکور در ماده ۱۸ مکرر این قانون بر تکرار، ترداف «مرتبه» و «تکرار» در تبصره ۲ ماده ۲۱ این قانون و تفسیر به نفع متهم این نظر را تأیید می‌کند (برای نظر مخالف ر.ک: شاملو و داودی فرخند، ۱۳۹۹، ص. ۲۴)؛ ثانیاً. با پیش‌بینی نصاب برای ارتکاب قاچاق کالا و

ارز، در صورتی سابقه محکومیت‌های قبلی مرتکب در تحقق وصف قاچاقچی حرفه‌ای مؤثر است که ارزش کالا و یا ارز قاچاق در هر مرتبه بیش از ده میلیون ریال باشد. البته در اصلاحیه قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در سال ۱۳۹۹ (که هنوز نهایی نشده است)، مجدداً قانون‌گذار تعدد و یا تکرار ارتکاب قاچاق برای بیش از سه بار را مشروط بر اینکه ارزش کالا و یا ارز قاچاق در هر مرتبه بیش از یکصد میلیون ریال باشد را مشمول عنوان قاچاقچی حرفه‌ای دانسته است. با فرض لازم‌الاجراء شدن مصوبه اخیر برخی از مصادیق تعدد از شمول حکم مقرر در قانون مجازات اسلامی خارج شده و به موجب حکم خاص مقرر در ماده ۳۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در این خصوص عمل می‌شود.

۲. تعدد بزه قاچاق کالا و ارز با بزه‌های دیگر

در صورتی که بزه قاچاق ارتكابی توسط مرتکب با بزه‌های دیگری از حیث تعدد معنوی و یا تعدد مادی ارتباط پیدا نماید، اطلاق ماده ۶۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز اقتضای اعمال مقررات عام تعدد را در این خصوص دارد. البته آن‌گونه که پیش از این نیز اشاره گردید، بحث تخلفات قاچاق نیز به مانند جرم قاچاق مشمول مقررات تعدد می‌شود. در نتیجه در اعمال مقررات تعدد مادی و معنوی، ارتکاب تخلف قاچاق نیز در حکم جرم بوده و در نتیجه مراجع رسیدگی‌کننده می‌بایست احکام تعدد را در خصوص تخلفات قاچاق نیز رعایت نمایند. با این حال در برخی از موارد در تعدد مادی و یا معنوی بزه قاچاق با دیگر بزه‌ها احکام خاصی پیش‌بینی شده است و یا اینکه در خصوص نحوه اعمال مقررات تعدد بحث‌های جدی وجود دارد که در ادامه به آنها اشاره می‌شود.

۲-۱. تعدد جعل و استفاده از سند مجعول با بزه قاچاق کالا و ارز

یکی از موضوع‌هایی که در بحث تعدد بزه قاچاق ممکن است مطرح شود، ارتباط بزه قاچاق با جرم استفاده از سند مجعول است. در اینجا می‌بایست حکم دو مورد را مشخص کرد، مورد نخست آنکه که استفاده از اسناد جعلی ممکن است بعضاً خود مصداق قاچاق باشد و مورد دوم زمانی است که استفاده از سند جعلی منتهی به ارتکاب

بزه قاچاق شود. البته پیش از پرداختن به این دو موضوع می‌بایست اشاره مختصری به جرم جعل موضوع ماده ۳۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز داشت. این ماده را می‌بایست مصداقی خاص از جرم جعل و استفاده از سند مجعول تلقی نمود.

موضوع جعل در این ماده مشتمل بر «اسناد مثبت گمرکی اعم از کتبی یا رقمی (دیجیتالی)»، «سایر اسناد از قبیل اسناد سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی، مؤسسه ملی استاندارد و تحقیقات صنعتی ایران^۵، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، ثبت سفارش و سایر مجوزهای مورد نیاز صادرات و واردات» و نیز «شناسه کالا و رهگیری»، و «مهر و موم یا پلمب گمرکی» است و آن‌گونه که ملاحظه می‌شود، مصداق دوم (سایر اسناد) جنبه تمثیلی دارد و البته بدیهی است در خصوص اسناد مراجع مذکور، در صورتی مرتکب مشمول این ماده است که اسناد مربوط به واردات و یا صادرات و یا دیگر مصداق قاچاق بوده و جعل اسناد دیگر مشمول ماده ۳۳ نبوده و تابع عمومات است.

رفتار مرتکب در ماده ۳۳ مشتمل بر «جعل» و «استفاده از سند مجعول» است و در صورتی که یک شخص مرتکب هر دو رفتار شود، به استناد رأی وحدت رویه شماره ۶۲۴ مورخ ۱۳۷۷/۰۱/۱۸ مشمول مقررات تعدد مادی از نوع جرایم مختلف می‌شود. با این حال شمول ماده ۳۳ منوط به ارتکاب بزه قاچاق نیست. در ماده ۳۳ صرف‌نظر از اینکه قاچاق کالا و ارز محقق شده یا نشده باشد، جزای نقدی مرتکب بر اساس ارزش کالا و یا ارز موضوع اسناد مجعول (و نه قاچاق واقع شده) تعیین می‌شود. بر این اساس مرتکب علاوه بر مجازات حبس مذکور در قانون مجازات اسلامی به جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر ارزش کالای موضوع اسناد محکوم می‌شود.

آن‌گونه که پیش از این اشاره شد در مواردی استفاده از اسناد جعلی ممکن است بعضاً خود مصداق قاچاق باشد. نمونه‌هایی از این مورد را می‌توان در تبصره بند ب و بندهای ح و خ ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی و بند پ ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ملاحظه نمود. در این خصوص نظرات مختلفی بیان شده است. برخی از نویسندگان بر این نظر هستند که «اگرچه جرم جعل از جرایم عمومی است و فی‌نفسه از لحاظ قانون مجازات عمومی دارای عناصر تشکیل‌دهنده خاص خود می‌باشد، اما اجتماع آن با خارج نکردن وسیله نقلیه یا کالا [موضوع بند ب ماده ۱۱۳ قانون امور

گمرکی]، مجتمعاً توسط قانون‌گذار، جرم واحد «قاچاق» محسوب شده است» (احمدی، ۱۳۹۴، ص. ۱۴۴). همچنین برخی دیگر بیان داشته‌اند که «با توجه به اینکه قانون‌گذار اسناد به اسناد خلاف واقع (و جعلی) را در کنار خارج نکردن وسایط نقلیه و کالای ورود موقت یا ترانزیت خارجی، مجموعاً یک جرم تلقی کرده است، موضوع مشمول [تعدد] نبوده و مرتکب فقط بابت جرم قاچاق تحت تعقیب قرار می‌گیرد» (ساکی، ۱۳۹۶، ص. ۱۰۱). برخی دیگر بیان داشته‌اند که «در حالتی که قاچاق از طریق سند مجعول اتفاق افتاده باشد، سه جرم متصور است: قاچاق کالا، جعل و استفاده از سند مجعول. قاچاق کالا با استفاده از سند مجعول، مجموعاً یک عمل و جرم را تشکیل داده و لذا مطابق تبصره ۲ ماده ۱۳۴ [سابق یا همان بند د ماده ۱۳۴ فعلی] قانون مجازات اسلامی، مجموعه اعمال ارتكابی، تحت عنوان قاچاق قابل تعقیب است. در عین حال، در فرض مزبور قاچاق کالا همراه با جعل اتفاق افتاده و لذا مورد از موارد تعدد مادی خواهد بود» (ساداتی، ۱۳۹۵، ص. ۹۸). هم‌راستای با این نظر برخی دیگر نیز بیان داشته‌اند که «به نظر می‌رسد این مورد [تبصره بند ب ماده ۱۱۳]، مشمول تبصره دوم ماده ۱۳۴ [سابق یا بند د ماده ۱۳۴ فعلی] قانون مجازات اسلامی است و مجموعه عملیات ارتكابی، یک عنوان مجرمانه یعنی قاچاق را دارد بنابراین تعدد مادی به حساب نمی‌آید و استفاده از سند مجعول نیز مجازات جداگانه ندارد» (زراعت، ۱۳۹۵، ص. ۲۱۸). البته بدیهی است خصوصیتی در مصادیق خاص ارتكاب بزه قاچاق از طریق ارائه اسناد جعلی وجود ندارد و دیدگاه حقوق‌دانان فوق‌الذکر را می‌توان به مصادیق دیگر ارتكاب قاچاق از طریق ارائه اسناد جعلی نیز تسری داد.

درستی دیدگاه فوق‌الذکر محل تردید است؛ چرا که اولاً. در بند د ماده ۱۳۴ شخص مرتکب رفتارهای متعدد شده است و قانون‌گذار مجموع رفتارهای ارتكابی را مشمول عنوان واحدی دانسته است، لیکن در موضوع مورد بحث حاضر شخص رفتار واحدی داشته است که بر آن دو عنوان جرم استفاده از سند مجعول و بزه قاچاق کالا صدق می‌نماید و هر چند برخی این مورد را از مصادیق تعدد معنوی دانسته‌اند (اردبیلی، ۱۳۹۷، ص. ۱۸۱) و لیکن تحقق آن منوط به ارتكاب چندین رفتار مجرمانه است و ذکر بند د در ذیل ماده ۱۳۴ که ناظر به تعدد مادی است، مؤید این دیدگاه است؛^۶ ثانیاً. اگر

شخص با استفاده از سند جعلی اقدام به قاچاق کالای مجاز، مجاز مشروط و یا یارانه‌ای نماید، در این صورت اصولاً مجازات حبس پیش‌بینی نشده و مجازات آن جزای نقدی نسبی بوده و جزای نقدی نسبی درجه ۷ محسوب می‌شود، این نتیجه برخلاف سیاست کیفری سخت‌گیرانه قانون‌گذار در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز است؛ ثالثاً. پذیرش دیدگاه فوق‌الذکر با صراحت ماده ۳۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز در تعارض است. در ماده ۳۳ استفاده از اسناد مجعول مشتمل بر «اسناد مثبت گمرکی اعم از کتبی یا رقومی (دیجیتالی)»، «سایر اسناد از قبیل اسناد سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی، مؤسسه ملی استاندارد و تحقیقات صنعتی ایران، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، ثبت سفارش و سایر مجوزهای مورد نیاز صادرات و واردات» و نیز «شناسه کالا و رهگیری»، و «مهر و موم یا پلمب گمرکی» جرم‌انگاری شده است و آن‌گونه که ملاحظه می‌شود، مصداق دوم (سایر اسناد) نیز جنبه تمثیلی دارد. سؤالی که مطرح می‌شود آن است که آیا اساساً امکان ارتکاب بزه قاچاق کالا با استفاده از اسناد مجعول بدون استفاده از اسناد مجعول مقرر در ماده ۳۳ امکان‌پذیر است؟

برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز بیان داشته‌اند که «امکان تحقق این بند [بند خ ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی] با ارائه مجوزهای جعلی نیز میسر است که البته علاوه بر مجازات قاچاق می‌تواند مجازات جعل یا استفاده از سند مجعول را نیز به دنبال داشته باشد. به عنوان نمونه مجوز وزارت صنعت، معدن و تجارت در خصوص دستگاه خط تولید جعل می‌شود و مرتکب قصد دارد آن را کالای معاف جلوه دهد، حال آنکه واقعاً مشمول معافیت نیست» (غیب‌غلامی، ۱۳۹۴، صص. ۱۹۶-۱۹۷). مطابق ظاهر این دیدگاه شخصی که با استفاده از سند جعلی مرتکب بزه قاچاق شده است، ممکن است به دو مجازات محکوم شود. البته اگر منظور این باشد که استفاده از سند مجعول و بزه قاچاق مشمول تعدد مادی است، در این صورت این نظر محل اشکال خواهد بود؛ چرا که شخص مرتکب یک رفتار می‌شود و لیکن بر رفتار او دو عنوان بزه قاچاق و استفاده از سند مجعول صدق می‌نماید.

یک دیدگاه نیز می‌تواند این باشد که با توجه به مؤخر بودن ماده ۳۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز بر مصادیق ارتکاب بزه قاچاق از طریق استفاده از سند مجعول مقرر در برخی از بندهای ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی، ماده ۳۳ در حدود تعارض ناسخ مصادیق

بزه قاچاق مزبور می‌باشد. در نقد این دیدگاه نیز می‌توان بیان داشت که قطعاً چنین رویکردی مد نظر قانون‌گذار نبوده است؛ چرا که علاوه بر مصادیق استفاده از سند مجعول در ارتکاب بزه قاچاق مقرر در ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی، برای تحت پوشش قرار دادن خلاءهای موجود، قانون‌گذار در بند پ ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز به «اظهار کالا به گمرک با ارائه اسناد و یا مجوزهای جعلی» اشاره می‌نماید.

با توجه به اینکه رابطه بین بزه قاچاق با استفاده از سند مجعول مقرر در ماده ۳۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز عموم و خصوص من وجه است، در ماده ۳۳ قانون‌گذار نفس به کارگیری اسناد مجعول مذکور در ماده را صرف‌نظر از اینکه منتهی به ارتکاب بزه قاچاق بشود یا نشود، جرم‌انگاری نموده است و عدم پیش‌بینی مجازات ضبط کالا و یا ارز قاچاق مؤید این نظر است و در تعیین جزای نقدی نیز، ماده آن را تابع ارزش کالای موضوع اسناد مجعول (و نه کالا و یا ارز موضوع قاچاق) می‌داند. در مواردی که بر رفتار واحد هم‌زمان یکی از مصادیق بزه قاچاق و استفاده از سند مجعول صدق نماید، در این صورت رفتار واحد مشمول عناوین متعدده شده و مشمول مقررات تعدد معنوی است و با توجه به تنوع مجازات‌ها در بزه قاچاق کالا و ارز، ممکن است حسب مورد مجازات مقرر در ماده ۳۳ و یا مجازات مقرر برای بزه قاچاق اشد باشد.

۲-۲. تعدد تخلفات ارزی با قاچاق ارز

به موجب قانون تعزیرات حکومتی مصادیقی از تخلفات ارزی پیش‌بینی شده است که هر چند ممکن است مستلزم ورود، خروج، خرید، فروش و یا حواله ارز به نحو غیرمجاز باشد و لیکن مشمول عنوان بزه قاچاق ارز نمی‌شوند. بر این اساس به موجب ماده ۱۰ قانون تعزیرات حکومتی عدم اجرای تعهدات واردکنندگان در قبال دریافت ارز و خدمات دولتی تخلف‌انگاری شده است. در تخلف عدم اجرای تعهدات واردکنندگان در قبال دریافت ارز دولتی، شخص واردکننده با دریافت ارز دولتی متعهد به وارد نمودن کالا با میزان و کیفیت مشخص می‌شود و لیکن با وجود دریافت ارز اقدام به ایفای کامل یا جزئی تعهد خود به لحاظ کمی و کیفی نمی‌نماید.

به موجب قسمت اخیر ماده ۱۰ در صورت وقوع سوءاستفاده از تخلف ارزی علاوه

بر دیگر ضمانت‌اجراءهای مقرر در ماده، مرتکب به پرداخت جریمه تا پنج برابر مبلغ سوءاستفاده نیز محکوم می‌گردد. عبارت «سوءاستفاده» عبارت گسترده و در عین حال مبهمی است و می‌تواند مشتمل بر مصادیق رفتاری موضوع بند خ ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز گردد. با توجه به اینکه رابطه بین ماده ۱۰ قانون تعزیرات حکومتی و مصادیق قاچاق ارز مقرر در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز عموم و خصوص من وجه است؛ از این رو قانون اخیرالتصویب (قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز) نمی‌تواند نسخ قانون سابق‌التصویب (قانون تعزیرات حکومتی) باشد. علاوه بر این قانون تعزیرات حکومتی مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام بوده و قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب مجلس شورای اسلامی است. بر این اساس در مواردی که بر رفتار مرتکب هر دو عنوان تخلف ارزی و قاچاق ارز صدق نماید، موضوع مشمول مقررات تعدد معنوی بوده و مرتکب به استناد ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی به مجازات بزه دارای مجازات اشد محکوم می‌شود. ماده ۵۲ قانون تعزیرات حکومتی نیز بر این معنا دلالت دارد. «... هر گاه برای تخلفات مذکور در این قانون در سایر قوانین کیفر شدیدتری مقرر شده باشد مرتکب به کیفر اشد محکوم خواهد شد». بنابراین حسب مورد رفتار مرتکب مشمول عنوان تخلف ارزی و یا بزه قاچاق می‌شود. مشابه مطلب فوق در خصوص تخلف عدم اجرای تعهدات تولیدکنندگان در قبال دریافت ارز و خدمات دولتی موضوع ماده ۱۱ قانون تعزیرات حکومتی نیز صادق است.

۲-۳. تعدد ترمرد با بزه قاچاق

به موجب ماده ۳۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز «در صورتی که شخص حامل یا مالک کالا و یا ارز قاچاق، در مواجهه با مأموران کاشف به هر نحوی مقابله یا مقاومت نماید، اگر عمل مذکور از مصادیق دست بردن به سلاح و سلب امنیت مردم نباشد علاوه بر مجازات‌های مقرر برای ارتکاب قاچاق، به شش ماه تا دو سال حبس و تا هفتاد و چهار ضربه شلاق محکوم می‌شود». در این ماده مرتکب شخص حقیقی حامل یا مالک کالا و ارز قاچاق بوده که در مواجهه با مأموران کاشف موضوع ماده ۳۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و یا ضابطان اقدام به استفاده از سلاح (اعم از سرد یا گرم) می‌نماید. در اینجا دو حالت متصور است. حالت نخست، در صورتی که اقدام مرتکب

منتهی به سلب امنیت مردم گردد، در این صورت اقدام او مشمول عنوان محاربه می‌شود. حالت دوم، در صورتی که بر عمل فوق عنوان محاربه صدق ننماید که در این حالت به موجب حکم قسمت اخیر ماده ۳۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز از جهت تمرد در مقابل مأموران کاشف به شش ماه تا دو سال حبس و تا هفتاد و چهار ضربه شلاق محکوم می‌شود و منطقی آن است که این حکم را مصدق خاص از جرم تمرد نسبت به مأموران دولتی دانسته و در نتیجه اعمال حکم ماده ۶۰۷ قانون مجازات اسلامی و تبصره آن در اینجا سالبه به انتفاء موضوع است.

با توجه به عبارت «علاوه بر مجازات‌های مقرر برای ارتکاب قاچاق» که در فرض اخیر ماده پیش‌بینی شده است، در این مورد به جهت پیش‌بینی حکم خاص برای تعدد مادی، موضوع از شمول ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی خارج است و مرتکب به هر دو مجازات مقرر برای قاچاق و تمرد محکوم می‌شود. البته به نظر می‌آید که در فرض نخست ماده نیز (شمول عنوان محاربه) این حکم جاری است، در نتیجه شخص علاوه از حیث محاربه، از حیث قاچاق کالا و ارز نیز مورد محکوم می‌شود؛ البته بدیهی است که در مقام اجرای مجازات مفاد ماده ۱۳۵ قانون مجازات اسلامی رعایت گردیده و در تعدد جرایم موجب حد و تعزیر مجازات‌ها جمع و ابتداء مجازات حدی اجراء می‌شود.

۲-۴. تعدد تأمین مالی تروریسم با بزه قاچاق

به موجب ماده ۳۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در صورتی که مرتکب جرایم قاچاق کالا و ارز عواید و سود حاصل از این جرایم را برای تأمین مالی تروریسم و اقدام علیه امنیت ملی و تقویت گروه‌های معاند با نظام اختصاص یا هزینه نموده است، علاوه بر مجازات‌های مقرر در این قانون به مجازات محارب یا مفسد فی الارض نیز محکوم می‌گردد. این ماده ناظر به حالتی است که شخص ابتدائاً مرتکب بزه قاچاق کالا و یا ارز شده است و از این‌رو حسب مورد به جهت ارتکاب بزه قاچاق به «مجازات‌های مقرر در این قانون» محکوم می‌شود. در این ماده به «جرایم قاچاق کالا و ارز» اشاره شده است که ذکر جرایم محل اشکال است؛ چرا که خصوصیتی در مصادیق جرم قاچاق نبوده و تخلفات قاچاق نیز می‌تواند شامل حکم ماده شود و با توجه به اینکه قاچاق ارز نیز در کنار قاچاق کالا ذکر شده است و اصولاً قاچاق ارز (جز در

موارد مشدد) تخلف محسوب می‌شود، از این رو کاربرد واژه «جرایم» از باب مسامحه بوده است.

متعاقباً به موجب ماده ۱ قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم «مصرف تمام یا بخشی از منابع مالی حاصله از قبیل قاچاق ارز... برای انجام اعمال... یا جهت ارائه به افراد تروریست یا سازمان‌های تروریستی» مصداقی از تأمین مالی تروریسم دانسته شده است، لیکن در قاچاق ارز خصوصیتی وجود ندارد؛ چرا که قاچاق ارز از جهت تمثیل ذکر شده است و از این رو ماده شامل قاچاق کالا نیز می‌شود؛ فلذا بین این ماده با ماده ۳۱ قانون مبارزه با قاچاق تعارضی وجود ندارد. البته در ماده ۱ تحقق جرم تأمین مالی تروریسم منوط به ارتکاب قبلی قاچاق توسط خود مرتکب نیست و این در حالی است که در ماده ۳۱ آن‌گونه که پیش از این اشاره شد، ارتکاب جرم منوط به ارتکاب قبلی قاچاق توسط مرتکب است.

در صورتی که شخصی هم مرتکب بزه قاچاق شده و متعاقب آن مرتکب جرم تأمین مالی تروریسم در خصوص عواید و سود حاصل از قاچاق شود، اقدام مرتکب مشمول تعدد مادی می‌شود و لیکن از شمول ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی خارج بوده و مرتکب به مجازات هر دو محکوم می‌شود. در این خصوص دو دلیل می‌توان مطرح کرد: نخست آنکه، در موردی که تأمین مالی تروریسم منتهی به افساد فی الارض می‌شود، به موجب ماده ۳۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مرتکب به هر دو مجازات محکوم می‌شود، وحدت ملاک اقتضاء می‌کند که همین منطبق در جرم تأمین مالی تروریسم تعزیری موضوع ماده ۲ قانون تأمین مالی تروریسم نیز صادق باشد. دوم آنکه، در ماده ۱ قانون تأمین مالی تروریسم قانون‌گذار وجوه و اموالی را که برای ارتکاب تأمین مالی تروریسم اختصاص یافته است را اعم از وجوه و اموال دارای منشأ قانونی و غیرقانونی دانسته است و با این حال در ماده ۲ برای تأمین مالی تروریسم مجازات پیش‌بینی کرده است.

۲-۵. تعدد افساد یا اخلال در نظام اقتصادی کشور با بزه قاچاق

شرایط اقتصادی حاکم بر کشور در دهه ۶۰ شمسی سبب گردید که قانون‌گذار قوانین سخت‌گیرانه متعددی را در خصوص بزه‌های اقتصادی اتخاذ نماید که تصویب قانون

مجازات اخلاص گران در نظام اقتصادی کشور از جمله این قوانین بود (سمیعی زنوز، ۱۳۹۵، صص. ۲۸-۲۹). با تصویب این قانون ارتکاب برخی از مصادیق قاچاق کالا و ارز مشمول قانون مجازات اخلاص گران در نظام اقتصادی کشور می‌شود. با تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز موارد شمول عنوان اخلاص در نظام اقتصادی کشور بر بزه قاچاق گسترش یافت. به موجب ماده ۳۰ این قانون در صورتی که ارتکاب قاچاق کالا و ارز منجر به اخلاص گسترده در نظام اقتصادی کشور شود، موضوع مشمول قانون مجازات اخلاص گران در نظام اقتصادی کشور گردیده و مرتکب طبق مقررات قانون مزبور مجازات می‌شود. اطلاق این ماده شامل تمامی مصادیق اعم از جرم و یا تخلف قاچاق است و در این خصوص تفاوتی بین این دو وجود ندارد.^۷

بزه قاچاق کالا و ارز منتهی به اخلاص گسترده نظام اقتصادی بر حسب شدت آن بر دو نوع است، بر این اساس در صورتی که بزه قاچاق کالا و ارز گسترده بوده و شدت اخلاص ایجاد شده در حد افساد فی الارض باشد، مرتکب از جهت جرم افساد فی الارض به استناد ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی به مجازات اعدام محکوم می‌شود و در صورتی که قاچاق کالا و ارز منجر به اخلاص گسترده منجر به حد افساد فی الارض نباشد، مرتکب به حبس از پنج تا بیست سال و شلاق از ۲۰ تا ۷۴ ضربه محکوم می‌شود و در هر دو صورت به عنوان جزای مالی اموال ناشی از جرم ضبط می‌شود.

همچنین در تبصره ۱ ماده ۲ قانون مذکور آمده است که در مواردی که اخلاص عمده یا کلان یا فراوان نباشد، مرتکب حسب مورد علاوه بر رد مال به حبس از شش ماه تا سه سال و جزای نقدی معادل دو برابر اموالی که از طریق مذکور به دست آورده محکوم می‌شود. با توجه به اینکه در ماده ۳۰ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز صرفاً شق قاچاق کالا و ارز منجر به «اخلاص گسترده» به قانون مجازات اخلاص گران در نظام اقتصادی کشور ارجاع داده شده است، بنابراین بزه قاچاق کالا و ارز منتهی به اخلاص غیرگسترده مشمول قانون مذکور نمی‌شود و تابع احکام قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز است. با توجه به توضیحات فوق در مواردی که بر بزه قاچاق کالا و ارز، عنوان اخلاص در نظام اقتصادی کشور نیز صدق نماید، رفتار مرتکب مشمول تعدد معنوی بوده و مرتکب صرفاً از جهت جرم اخیر قابل مجازات می‌باشد.

۳. تجمیع محکومیت‌ها در تعدد در بزه قاچاق کالا و ارز

اصولاً مقررات دادرسی کیفری برای وضعیتی قاعده‌گذاری نموده‌اند که اتهام واحدی نسبت به متهم مطرح است و راجع به تعدد اتهام (جز در موارد استثناء) مقررات تفصیلی وجود ندارد (رستمی غازانی، ۱۳۹۰، ص. ۲۳ و الهام و کربلایی حاجی اوغلو، ۱۳۹۸، ص. ۱۷). به موجب ماده ۵۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز «در کلیه مواردی که شرایط و ضوابط دادرسی در این قانون پیش‌بینی نشده است، مطابق قانون آیین دادرسی کیفری رفتار می‌شود». این ماده پل ارتباطی اجرای مقررات قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص پرونده‌های قاچاق کالا و ارز در صلاحیت دادگاه‌های انقلاب و شعب تعزیرات حکومتی است.

صرف‌نظر از ابهامات کلی در دادرسی‌های کیفری در اجرای مقررات تعدد، یکی از موضوعات مهمی که در مرحله اجرای احکام قاچاق تعزیرات حکومتی ممکن است مطرح شود نحوه تجمیع محکومیت‌های مختلف صادره در خصوص یک شخص می‌باشد که ضرورت اعمال مقررات ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری را موجب می‌شود. در صورتی که تمامی محکومیت‌ها از شعب مراجع قضائی صادر شده باشد، حسب مورد مطابق احکام مقرر در بندهای ماده ۵۱۰ مذکور عمل می‌شود.

در صورتی که همه احکام در شعب تعزیرات حکومتی صادر شده باشد، با تطبیق مقررات ماده ۵۱۰ با ساختار تعزیرات حکومتی این مقررات اعمال می‌شود. با توجه به درجه ۷ محسوب شدن جرایم دارای جزای نقدی نسبی، احاله حکم تعدد در بزه قاچاق به قانون مجازات اسلامی و حکم بند ۱۳۴ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی که به موجب آن در تعدد جرایم درجه هفت و درجه هشت با یکدیگر، حسب مورد مطابق مقررات ماده ۱۳۴ اقدام می‌شود، در فرضی که شخص مرتکب چند تخلف قاچاق شده باشد، شعب تعزیرات حکومتی نیز می‌بایست با تطبیق ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری به اعمال مقررات این ماده در جهت اجرای مقررات تعدد اقدام نمایند.

در مواردی که برخی از آرای محکومیت از مرجع قضائی و برخی از آنها از شعب تعزیرات حکومتی صادر شده باشد، در اینجا سه دیدگاه قابل ارائه است: دیدگاه نخست آن است که در این موارد مقررات تعدد اجراء نمی‌شود (آشوری، ۱۳۹۸: ۱۸۳). در راستای این نظر می‌توان استدلال نمود، از آنجایی که رسیدگی به تخلفات و جرایم

قاچاق در دو مرجع متفاوت اداری و قضائی صورت می‌گیرد، امکان اعمال مقررات تعدد وجود ندارد و لیکن در نقد این نظر باید گفت که این دیدگاه در تعارض با ماده ۶۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز است و از سوی دیگر باید توجه داشت که مقررات شکلی می‌بایست با توجه به مقررات ماهوی تنظیم شده و زمینه اجرای مقررات ماهوی را فراهم کند. از این رو می‌بایست ابهامات موجود در مقررات دادرسی را به نحوی تفسیر نمود که منتهی به اجرای مقررات ماهوی حقوق کیفری شود. دیدگاه دوم نیز آنکه با توجه به اینکه صلاحیت ذاتی این دو از یکدیگر جدا می‌باشند، فلذا مورد مشمول بند پ ماده ۵۱۰ شده و آراء برای نقض به دیوان عالی کشور ارسال می‌شود و پس از نقض در دیوان عالی کشور، حسب مورد مرجع بالاتر و یا مرجعی که در صدور رأی مؤخر بوده است، رأی تجمیعی صادر می‌کند. در این نظر صلاحیت دادگاه انقلاب و شعب تعزیرات حکومتی هم‌عرض تلقی شده است و از این رو در مقام تجمیع ممکن است که صلاحیت تجمیع بر عهده شعب تعزیرات حکومتی قرار گیرد. لیکن نظر صحیح آن می‌باشد که در این موارد پس از نقض آراء در دیوان عالی کشور، تجمیع بر عهده شعب دادگاه انقلاب است و دلیل این امر را می‌بایست در جایگاه عالی‌تر مراجع قضایی نسبت به مراجع اداری دانست.

نتیجه‌گیری

اهمیت بزه قاچاق کالا و ارز به عنوان یکی از مصادیق بزه‌های اقتصادی سبب گردیده که قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز اقدام به اتخاذ رویکرد افتراقی سخت‌گیرانه در خصوص این بزه نماید که جلوه‌های این سیاست کیفری افتراقی را می‌توان در حوزه‌های شکلی و ماهوی حقوق کیفری نسبت به بزه قاچاق کالا و ارز مشاهده نمود. نحوه اجرای توأمان مقررات افتراقی بزه قاچاق کالا و ارز در مواجهه با عمومات قانونی (قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری) بعضاً موجب بروز ابهاماتی گردیده است. در ماده ۶۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز موضوع تعدد در قاچاق به نحو مطلق به قانون مجازات اسلامی ارجاع داده شده است که نتیجه این امر آن است که اولاً، مقررات ناظر به تعدد جرم در خصوص تخلفات قاچاق کالا و ارز نیز جاری می‌شود. به تعبیر دیگر از حیث تعدد جرم (و نیز دیگر موارد مصرح در ماده ۶۳)

تخلفات قاچاق در حکم جرم بوده و احکام جرایم در خصوص آنها اعمال می‌شود و با توجه به اینکه این برداشت می‌تواند از اعمال قاعده جمع مجازات‌ها برای بزه‌های متعدد خودداری نماید، منطبق با تفسیر به نفع مرتکب می‌باشد؛ ثانیاً. به عنوان اصل کلی، احکام حاکم بر تعدد در مصادیق مختلف بزه قاچاق کالا و ارز و نیز تعدد این بزه با دیگر جرایم، مطابق مقررات قانون مجازات اسلامی است. با توجه به تحولات قانونی اخیر به موجب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری که با رویکردی سهل‌گیرانه سبب تغییراتی در برخی از نهادهای کیفری (و از جمله تعدد) گردید، این تحولات شامل بزه قاچاق کالا و ارز نیز می‌گردد.

با توجه به اینکه ممکن است شخصی در ضمن یک رفتار، مرتکب قاچاق نسبت به کالاهای مختلف شده و یا اینکه شخصی در خصوص یک کالا مرتکب مصادیق مختلف رفتاری قاچاق شود، این موارد خارج از مقررات تعدد مجازات اسلامی است. در خصوص نهاد قاچاقچی حرفه‌ای نیز که تحقق آن منوط به ارتکاب چندین بار، بزه قاچاق کالا و ارز است، برخلاف برخی از دیدگاه‌ها در شرایط کنونی این نهاد ارتباطی با تعدد مادی نداشته و می‌بایست آن را حکمی خاص در خصوص تکرار در بزه قاچاق کالا و ارز دانست.

رویکرد افتراقی سخت‌گیرانه قانون‌گذار در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در خصوص نهاد تعدد نیز مؤثر بوده است و بعضاً قانون‌گذار با عدول از ضوابط مقرر در قانون مجازات اسلامی حکم خاصی وضع نموده است که از جمله می‌توان به بهره‌گیری از ضابطه جمع مجازات‌ها در بحث تعدد مادی در مواد ۳۱ (اختصاص عواید حاصل از قاچاق برای تأمین مالی تروریسم) و ۳۴ (تمرد مرتکبین قاچاق در مواجهه با مأموران کاشف) قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز اشاره کرد.

با توجه به تفویض صلاحیت رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز برحسب جرم و تخلف به ترتیب به شعب دادگاه‌های انقلاب (به عنوان مرجع قضائی) و شعب تعزیرات حکومتی (به عنوان مرجع اداری)، نحوه تجمیع آرای صادره از این مراجع در جهت اجرای مقررات تعدد یکی از ابهامات عمده است که از یک‌سو با توجه به ارجاع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز به قانون آیین دادرسی کیفری در موارد سکوت قانون مزبور و از سوی دیگر جایگاه برتر مراجع قضائی در مقایسه با مراجع اداری می‌بایست در سه

مورد قائل به تفکیک شد: نخست، در حالتی که همه آراء از شعب مراجع قضائی صادر شده باشند، که در این حالت مطابق ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری تجمیع به عمل می‌آید. دوم، در صورتی که تمامی آراء از شعب تعزیرات حکومتی صادر شده باشد، در این حالت با بهره‌گیری از ظرفیت ماده ۵۱۰ مذکور و تطبیق ساختار شعب تعزیرات حکومتی با آن، تجمیع در آراء صورت می‌گیرد. سوم، در مواردی که برخی از آراء از شعب مراجع قضائی و برخی دیگر از شعب تعزیرات حکومتی صادر شده باشند، که در این حالت با لحاظ ماده ۵۱۰ تجمیع صورت گرفته و البته به هر حال تجمیع توسط مرجع قضائی صورت خواهد گرفت.

یادداشت‌ها

۱. در متن اصلاحی ماده ۶۳ در مصوبه مورخ ۱۳۹۹/۰۲/۲۹ مجلس شورای اسلامی در خصوص اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز که به جهت ایرادهای شورای نگهبان هنوز نهایی نشده است، بر شمول مقررات تعدد مقرر در قانون مجازات اسلامی بر تخلفات قاچاق کالا و ارز تصریح شده است. «تمامی احکام و قواعد عمومی مربوط به جرایم و تخلفات موضوع این قانون به غیر از موارد پیش‌بینی شده، مطابق قانون مجازات اسلامی است...» البته شورای نگهبان حکم مقرر در این ماده را مغایر با شرع یا قانون اساسی ندانسته است.

2. Criminal Career

3. Career Crime

۴. اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه شماره ۷/۹۴/۳۳۱۶ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۸ نظر متفاوتی داشته و عبارت «بیش از سه بار» را در تعریف بند ش ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز را اعم از تعدد و تکرار می‌داند.

۵. به موجب ماده ۱ قانون تقویت و توسعه نظام استاندارد مصوب سال ۱۳۹۶ عنوان «مؤسسه استاندارد و تحقیقات صنعتی ایران» به «سازمان ملی استاندارد ایران» تغییر یافته است.

۶. برخی از حقوق‌دانان برای حالت مقرر در بند د ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی (یا شق اخیر ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰) از عنوان «جرم شامل» بهره گرفته و در جهت تحقق آن سه شرط را لازم دانسته‌اند: اولاً، وقوع چند جرم تعزیری، ثانیاً، وجود ارتباط و پیوند بین جرایم ارتكابی و ثالثاً، شمول عنوان جزایی واحد بر جرایم جزء با تصریح قانون. آن‌گونه که ملاحظه می‌شود در این دیدگاه نیز بند د ماده ۱۳۴ از شقوق تعدد مادی (و نه

معنوی) است (ر.ک: طاهری‌نسب، ۱۳۸۱، صص. ۱۰۲-۱۱۱؛ همچنین برای نظر مشابه ر.ک: الهام و برهانی، ۱۳۹۷، ص. ۲۳۲).

۷. هم‌راستا با دیدگاه نگارنده اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۸/۱۹۵۴ مورخ ۱۳۹۸/۱۲/۱۹ در پاسخ به سؤالی در خصوص امکان تحقق جرم اخلال در نظام اقتصادی کشور از طریق ارتکاب تخلف قاچاق ارز بیان می‌دارد: «چنانچه قاچاق ارز موضوع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ۱۳۹۲ از مصادیق ماده ۳۰ قانون مذکور باشد بر اساس قانون مجازات اخلالگران در نظام اقتصادی مصوب ۱۳۶۹/۹/۱۹ رفتار می‌گردد». توضیح آنکه قاچاق ارز اصولاً مشمول عنوان تخلف قاچاق است.

کتابنامه

۱. آشوری، علی‌اصغر (۱۳۹۹). *قاچاق کالا و ارز*. تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه و مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۲. ابراهیمی، شهرام و دانش، مصطفی (۱۳۹۸). «تحلیل شکلی - ماهوی قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز». *دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، (۲)، صص. ۲۸۱-۳۰۹.
۳. اجتهادی، سیدعبدالمجید (۱۳۹۶). *بزه‌انگاری در حوزه قاچاق کالا و ارز، مبانی و جلوه‌ها*. (رساله دکتری). دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
۴. احمدی موحد، اصغر (۱۳۸۷). *اجرای احکام کیفری*. تهران: میزان.
۵. احمدی، عبدالله (۱۳۸۵). *جرم قاچاق*. تهران: میزان.
۶. احمدی، عبدالله (۱۳۹۴). *حقوق کیفری قاچاق کالا و ارز*. تهران: میزان.
۷. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۷). *حقوق جزای عمومی (جلد ۳)*. تهران: میزان.
۸. الهام، غلامحسین (۱۳۷۲). *مبانی فقهی و حقوق تعدد جرم*. تهران: بشری.
۹. الهام، غلامحسین و برهانی، محسن (۱۳۹۷). *درآمدی بر حقوق جزای عمومی (جلد ۲)*. تهران: میزان.
۱۰. الهام، غلامحسین و کربلایی حاجی اوغلو، هادی (۱۳۹۸). «دادرسی کیفری در تعدد معنوی؛ قواعد، ابهامات، راه‌حل‌ها». *فصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، (۱)، صص. ۱۷-۴۰.
۱۱. الهام، غلامحسین؛ میرخلیلی، سید محمود و پرهام‌فر، امیرمحمد (۱۳۹۳). «چالش‌های تعریف جرم قاچاق در نظام حقوقی ایران». *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، (۶۸)، صص. ۴۷-۷۸.

۱۲. بهره‌مند بگ نظر، حمید (۱۳۹۶). آسیب‌شناسی قوانین مربوط به جرایم اقتصادی در نظام حقوقی ایران. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۱۳. پاک‌نیت، مصطفی (۱۳۹۸). افتراقی شدن سیاست کیفری در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز: جلوه‌ها و چالش‌ها در: نجفی ابرندآبادی، علی حسین (زیر نظر)، دایرةالمعارف علوم جنایی (جلد ۴). تهران: میزان.
۱۴. دفتر امور حقوقی سازمان تعزیرات حکومتی (۱۳۹۷). مجموعه نظریه‌های مشورتی دفتر امور حقوقی سازمان تعزیرات حکومتی. تهران: میزان.
۱۵. رستمی غازانی، امید (۱۳۹۰). «آیین دادرسی تعدد جرم». مجله پیام آموزش. (۵۲)، صص. ۲۳-۴۴.
۱۶. رستمی غازانی، امید (۱۳۹۹). «پاسخ‌دهی کیفری به اشخاص حقوقی در بزه قاچاق کالا و ارز». فصلنامه اقتصاد پنهان، (۲۱)، صص. ۸۹-۱۱۰.
۱۷. زراعت، عباس (۱۳۹۵). حقوق کیفری اقتصادی. تهران: جنگل.
۱۸. ساداتی، سیدمحمد مهدی (۱۳۹۵). «قاچاق کالا از طریق ارائه اسناد یا اظهار خلاف واقع در حقوق کیفری ایران». دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، (۱۰)، صص. ۳۰-۵۹.
۱۹. ساکی، محمدرضا (۱۳۸۱). «نقدی بر لایحه مبارزه با قاچاق کالا، ارز، ریال و اوراق بهادار». فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، (۲۷)، صص. ۳۱-۵۰.
۲۰. ساکی، محمدرضا (۱۳۹۶). حقوق کیفری اقتصادی. تهران: جنگل.
۲۱. سمیعی‌زنوز، حسین (۱۳۹۵). «تحلیل جرم اخلال در نظام اقتصادی کشور از طریق قبول سپرده اشخاص در حقوق ایران». فصلنامه آموزه‌های حقوق کیفری، (۱۱)، صص. ۲۷-۵۱.
۲۲. سوری، فریدون (۱۳۵۹). قاچاق‌های گمرکی و رابطه آن با جرم. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
۲۳. سیف، اله‌مراد (۱۳۸۷). قاچاق کالا در ایران. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۲۴. شاملو، باقر و داودی فرخند، محمدرضا (۱۳۹۹). «مفهوم قاچاق حرفه‌ای ارز در رویکرد قانونی و رویه قضائی». فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضائی، (۳۰)، صص. ۱۳-۲۵.
۲۵. طاهری‌نسب، یزداله (۱۳۸۱). تعدد و تکرار جرم در حقوق جزا. تهران: دانشور.
۲۶. غلامی، حسین و نمروری، رحیم (۱۳۹۸). «تحلیل جرم‌شناختی قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ۱۳۹۲». فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، (۸۸)، صص. ۱۹-۴۰.

۴۷۰ پژوهش‌نامه حقوق اسلامی سال بیست و دوم، شماره دوم (پیاپی ۵۴)، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

۲۷. غیب‌غلامی، سعیده (۱۳۹۴). حقوق گمرکی. تهران: مجد.

۲۸. فتحی، محمدجواد و امیرحاجیلو، فضل‌اله (۱۳۹۷). «جلوه‌های دادرسی افتراقی قاچاق کالا

(در پرتو دادرسی منصفانه)». دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، (۲)، صص.

۳۷۹-۳۹۹.

بررسی زمان تأثیر بطلان در قرارداد کار

عباس کریمی*

بهنام شکوهی مشهدی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۲/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۲۳

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

به لحاظ سکوت قانون‌گذار نسبت به تصریح زمان تأثیر بطلان (اثر قهقرای و آتیه‌ای) در قرارداد کار، این نوشتار به بررسی دیدگاه‌های مربوط به این موضوع و تعیین آثار هر کدام با روش توصیفی، تحلیلی و با رویکرد تطبیقی پرداخته است. نتیجه این بود که می‌توان اراده مقنن مبنی بر همسو بودن بطلان در قرارداد کار را با قواعد عمومی قراردادها استنباط نمود. در حقوق فرانسه، آلمان، ایتالیا و لوکزامبورگ اثر آتیه‌ای بطلان به لحاظ پرداخت مزد و مزایای آن به کارگر پذیرفته شده است که در این نوشتار همین نتیجه در حقوق ما از قواعد «ضمان ید» و «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» به رغم تسری اثر قهقرای به دست آمده است؛ اما در مواردی که بطلان همراه با سوءنیت باشد (مانند بطلان ناشی از به اشتباه انداختن کارفرما در شخصیت توسط کارگر و بطلان ناشی از عدم مشروعیت قرارداد)، به لحاظ منع استفاده اشخاص دارای سوءنیت از حمایت‌های قانونی و مغایرت آن با نظم عمومی، قرارداد کار نمی‌تواند ایجادکننده چنین مزایایی برای آنها باشد. در رابطه با مقررات امری کار همان‌گونه که در حقوق کشورهای خارجی مذکور بدان اشاره شده و در قانون کار ما نیز برخی موارد آن جرم‌انگاری گردیده، رعایت آنها در هر صورت حتی با بطلان قرارداد، الزامی می‌باشد.

واژگان کلیدی: اثر قهقرای و آتیه‌ای، بطلان، مزد، اجرت‌المثل، مقررات امری کار.

* استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
abkarimi@ut.ac.ir

** دانشجوی دکترا، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
behnam.shekoohi@ut.ac.ir

مقدمه

قرارداد کار، مهمترین منبع ایجاد رابطه کارگر و کارفرمایی است. از آنجا که ایجاد این رابطه مستلزم توافق طرفین (کارگر و کارفرما) می‌باشد بدین‌سان، توافق مزبور مانند قراردادهای مدنی، قرارداد کار نامیده می‌شود. از اهداف مهم قانون کار^۱ این است که این رابطه در حد امکان استوار بماند و با برقرار ماندن آن، حمایت از کارگر که روح قانون مزبور را تشکیل می‌دهد نقض نگردد. به‌رغم وجود جنبه حمایتی قانون کار نسبت به طبقه کارگر، اما در برخی موارد عدم توجه دقیق به مقررات و اصول حقوقی به لحاظ سکوت قانون‌گذار، وجود ابهام یا نقص در مقررات قانونی، موجب می‌شود که قانون به نفع کارفرما تفسیر گردد یا راه را برای سوءاستفاده اشخاص یا فرار از تکالیف قانونی باز بگذارد. از طرف دیگر، صرف تفسیر قانون با توجه به جنبه حمایتی کار که به عنوان یک اولویت مدنظر قانون‌گذار بوده است نباید منجر به کنار گذاشتن کلی دیگر قواعد حقوقی شود. از این‌رو، ارائه راه‌حل‌ها می‌بایست با جمع میان قواعد موجود و با توجه به اولویت مذکور باشد.

در فصل دوم قانون مزبور به تعریف و شرایط اساسی قرارداد کار پرداخته شده است. انعقاد این قرارداد علاوه بر شروط پیش‌بینی شده در قانون کار، تابع قواعد عمومی قراردادها (شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی^۲) می‌باشد. بنابراین، قرارداد موصوف ممکن است به جهت عدم رعایت شرایط اساسی صحت، باطل گردد.^۳ بطلان آن از دیدگاه قانون کار در ماده ۹ مورد اشاره قرار گرفته اما در خصوص اثر آن بر روابط طرفین سکوت اختیار نموده است. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا بطلان در این قرارداد در مفهوم و معنای به‌کار رفته در حقوق مدنی می‌باشد و زمان تأثیر آن بر رابطه کارگر و کارفرما همسو با قواعد عمومی قراردادها است؟ به دیگر سخن، آیا بطلان در قرارداد کار مانند حقوق مدنی دارای اثر قهقرایی بوده و نسبت به روابط گذشته کارگر و کارفرما تأثیر دارد به گونه‌ای که وضعیت طرفین باید به حالت پیش از انعقاد برگردد یعنی کارفرما موظف باشد اجرت کار انجام شده را بپردازد و کارگر هم اگر دریافتی داشته می‌بایست نسبت به عودت آن اقدام نماید؟ در این صورت تکلیف حمایت‌های قانونی مربوط به مزد چه خواهد شد؟ آیا کارفرما در این فرض مکلف به رعایت مقررات امری کار^۴ مانند بهداشت، حفاظت، ساعات کار، ممنوعیت ارجاع

کارهای خطرناک و... نخواهد بود؟ یا اینکه به لحاظ حمایتی بودن مقررات کار در راستای حمایت از طبقه کارگر، بطلان تابع قواعد عمومی نبوده و اثر قهقرایی ندارد یعنی تأثیر آن از زمان احراز و کشف بوده و اثر آتیه‌ای دارد؟

فرضیه‌های قابل اثبات نوشتار حاضر این است که می‌توان اراده مقنن مبنی بر یکسان بودن تأثیر بطلان در قرارداد کار را با توجه به قواعد «ضمان ید» و «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» با قواعد عمومی قراردادها استنباط نمود و به‌رغم تسری اثر قهقرایی به پرداخت مزد و مزایای مربوط نظر داد و همچنین به لحاظ جرم‌انگاری عدم رعایت مقررات امری کار در قانون کار، رعایت این مقررات در هر صورت الزامی می‌باشد. دیدگاه‌های متفاوتی در این راستا ابراز شده است اما با توجه به متفاوت بودن آثار تعیین و پذیرش هر کدام از راهکارهای فوق، این نوشتار در دو قسمت به بررسی دیدگاه‌های تعیین زمان تأثیر بطلان در قرارداد کار و آثار تعیین زمان تأثیر بطلان پرداخته است.

۱. دیدگاه‌های تعیین زمان تأثیر بطلان در قرارداد کار

مطابق قانون مدنی، قراردادی که فاقد یکی از شرایط اساسی صحت (مندرج در ماده ۱۹۰) باشد حسب مورد با ضمانت اجرای بطلان یا عدم نفوذ مواجه می‌شود. قانون‌گذار در ماده ۹ ق.ک. رعایت چند شرط از جمله معین بودن موضوع قرارداد، مشروعیت مورد قرارداد و... را برای صحت قراردادهای کار لازم دانسته و در قسمت اخیر تبصره همان ماده ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط موصوف را بطلان ذکر نموده است. حال، در ارتباط با مفهوم بطلان در این قرارداد مسائلی قابل طرح بوده و مهمترین آن (که موضوع این قسمت از نوشتار حاضر است) تعیین زمان تأثیر بطلان می‌باشد که آیا مفهوم آن همسو با قواعد عمومی قراردادها است یا خیر؟ به دیگر سخن، آیا بطلان در این قرارداد دارای اثر قهقرایی است یا کاشف از زمان احراز آن؟ در این خصوص دو دیدگاه عمده قابل طرح است که در ادامه در دو بند بدان‌ها پرداخته می‌شود.

۱-۱. نظریه تأثیر بطلان از زمان کشف در قرارداد کار

منظور از این دیدگاه (تأثیر از زمان کشف یا اثر آتیه‌ای)، این است که بطلان دارای اثر قهقرایی از زمان انعقاد قرارداد نبوده بلکه از زمان احراز آن منشأ اثر می‌شود و بر روابط

گذشته کارگر و کارفرما خدشه‌ای وارد نمی‌نماید. با توجه به اینکه در حقوق ما دیدگاه‌های ابراز شده متخذ از حقوق خارجی و به‌ویژه فرانسه است بدین‌سان، در ادامه ابتدا به بررسی حقوق چند کشور خارجی و مبنای دیدگاه مذکور می‌پردازیم.

در حقوق آلمان شرایط انعقاد قرارداد کار به ماهوی و شکلی تقسیم شده و همچنین این قرارداد را جزو عقود رضایی می‌دانند که جهت توجیه این مهم به ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی نیز استناد شده (برای مطالعه بیشتر در این خصوص بنگرید به بادینی و شکوهی مشهدی، ۱۳۹۹، صص. ۲۳-۲۶) و ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط اساسی را بطلان قرار داده‌اند همچنان که مواد ۱۰۵، ۱۱۶، ۱۱۷، ۱۱۸ و ۱۱۹ قانون مدنی این کشور به بیان بعضی از شرایط اساسی معاملات پرداخته و به همین ترتیب نداشتن اهلیت، استثنای ذهنی بیان‌کننده اراده، معامله صوری، فقدان قصد و اشتباه مؤثر را سبب بطلان عقد دانسته و در ماده ۱۲۵ قانون یادشده نیز معامله‌ای را که واجد شکل مقرر قانونی نباشد باطل اعلام کرده است.^۵ در حقوق مدنی این کشور، آن‌گونه که نویسندگان بیان داشته‌اند اصل بر قهقرایی بودن اثر بطلان می‌باشد اما اعمال این اصل را در حقوق کار با مشکل مواجه دانسته‌اند. بیان شده که تأثیر بطلان در گذشته مانند این است که اصلاً قراردادی منعقد نشده و از این‌رو، کارگر مستحق دستمزد کار انجام شده وفق قرارداد نخواهد بود و اینکه وی فقط بتواند برای جبران خسارت وارده از باب دارا شدن بلاجهت به کارفرما رجوع نماید (ماده ۸۱۲ قانون مدنی)^۶ نتیجه‌ای غیرقابل قبول است (Boldt, et al., 1965, p. 259). بنابراین ملاحظه می‌شود در این کشور تأثیر بطلان از زمان کشف بدین‌جهت می‌باشد که رابطه کاری ایجاد شده بر فرض پذیرش اثر قهقرایی منتفی خواهد گردید و به تبع این موضوع، مزد تعیین شده نیز مصداق نمی‌یابد؛ امری که با فلسفه حمایت از کارگر معارض است. بدین‌سان، در حقوق آلمان اصل بر قهقرایی نبودن اثر بطلان در قرارداد موصوف می‌باشد.^۷

در حقوق فرانسه نیز شرایط انعقاد قرارداد کار به ماهوی و شکلی تقسیم گردیده (Camerlynck & Lyon-Cean, 1975, p. 129) چه شرایط عمومی صحت قرارداد کار همان شرایط مندرج در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی این کشور می‌باشد و چنانچه یکی از شرایط اساسی صحت وجود نداشته باشد (مانند فقدان اهلیت، غیرقانونی بودن موضوع) ضمانت اجرای آن را بطلان قرارداد اعلام نموده‌اند (GHestin, 1972, p. 183)؛ زیرا

مستنبط از ماده ۱-۱۲۱ قانون کار فرانسه، بطلان قرارداد کار هم از قواعد عمومی قراردادهای تبعیت می‌کند و هم از مقررات قانون کار.^۸ در حقوق مدنی این کشور مانند حقوق آلمان اصل بر قهقرایی بودن اثر بطلان می‌باشد اما در حقوق کار نظر به ماهیت مستمر قرارداد کار، حمایت از طبقه کارگر و جلوگیری از نگرانی در باب تضييع حقوق این قشر (Boldt, et al., 1965, p. 366) به لحاظ عدم تعادل طرفین (کارگر و کارفرما) در مرحله ایجاد رابطه‌ی کار، غالب نویسندگان تأثیر بطلان را متفاوت از حقوق مدنی دانسته‌اند (Camerlynck, 1973, p. 47) و حتی در برخی موارد پذیرش اثر قهقرایی را مخالف با نظم عمومی بیان کرده‌اند (Camerlynck, 1968, p. 186). اظهار نظر شده است که بازگشت آثار قرارداد به حالت پیش از انعقاد آن هر چند در رابطه با مسترد نمودن دریافتی‌های کارگر از کارفرما با مشکلی مواجه نیست اما چگونه می‌توان تصور نمود که کارفرما بتواند کار و خدمات عرضه شده از جانب کارگر را به وی برگرداند؟ از این رو بیان داشته‌اند در چنین قراردادهای مستمری که برگشت‌پذیر بودن کارهای انجام شده وجود ندارد بهتر است که اثر بطلان ناظر به آینده باشد (DHennin, 2001, p. 83) چرا که هدف راه‌حل‌های اتخاذ و پیش‌بینی شده در حقوق کار، «حفظ آثار گذشته روابط کار و عدم اجرای قرارداد مزبور پس از احراز و اعلام بطلان می‌باشد» (Freyria, 1960, pp. 619-627) به نقل از (DHennin, 2001, p. 83). با بطلان قرارداد ممکن است کارگر درخواست جبران خسارت مربوط به دوره زمانی انجام کار را بنماید که در این فرض کارفرما مسئول جبران خسارت بوده و کارگر حتی در صورت بطلان قرارداد از تضمین‌های مقرر در قانون کار برخوردار خواهد بود (Boldt, et al., 1965, p. 367) و بطلان نمی‌تواند خدشه‌ای بدان‌ها وارد نماید. بنابراین کارفرما می‌بایست مقررات امری قانون کار از جمله تعهد به ایمنی، رعایت بهداشت و دیگر موارد لازم در این راستا را به رغم نافذ نبودن قرارداد رعایت نماید و اگر از این حیث خسارتی وارد شود مسئول است (DHennin, 2001, p. 271). در عین حال باید توجه داشت که به‌رغم دیدگاه غالب، در مواردی نیز استثناء وجود داشته و اثر بطلان به رابطه گذشته معطوف می‌گردد.^۹

در حقوق ایتالیا عناصر ضروری برای انعقاد عقد که «شروط قرارداد» نامیده می‌شود

در ماده ۱۳۲۵ ق.م. این کشور پیش‌بینی شده و حسب مورد ضمانت اجرای بطلان در خصوص فقدان آن عناصر اعلام شده است (Boldt, et al., 1965, p. 464). در رابطه با تأثیر بطلان، نویسندگان به ماده ۲۱۲۶ ق.م. استناد نموده‌اند که بطلان قرارداد کار نسبت به مدت زمانی که کار اجرا شده، تأثیری ندارد، مگر اینکه بطلان ناشی از غیرقانونی بودن موضوع یا علت قرارداد باشد. در جهت توجیه این حکم بیان شده است که در فرض بطلان قرارداد، رابطه کار ایجاد شده منشأ قانونی خواهد داشت. به عبارتی، قانون را جایگزین قرارداد می‌نمایند تا بدین وسیله از توالی فاسد اثر قهقرایی که پیش‌تر بیان شد (مستحق نبودن کارگر در دریافت مزد، مزایای تأمین اجتماعی و دیگر حمایت‌های قانونی مربوط به آن) احتراز نمایند چرا که بر فرض پذیرش اثر مزبور، کارگر طبق اصول قانون مدنی باید با اثبات شرایط دارا شدن بلاجهت، نسبت به دریافت خسارت و مابه‌ازای کار انجام شده اقدام نماید.^{۱۰} اما به این تعبیر ایراد گرفته‌اند که مفهوم رابطه کار غیرقراردادی نمی‌تواند توجیه مناسبی برای کاشف بودن بطلان از زمان احراز آن باشد زیرا کار عرضه شده یک واقعیت و حقیقتی است که انجام و پایان یافته، از این‌رو بطلان نمی‌تواند بر این واقعیت تأثیر بگذارد. از سوی دیگر، این تعبیر را مغایر با اصل حاکمیت اراده تبیین نموده و همچنین در مواردی که بطلان قرارداد ناشی از مغایرت با قانون (ممنوعیت قانونی) یا اخلاق باشد حکم مذکور را قابل اعمال ندانسته‌اند (Boldt, et al., 1965, pp. 125, 517-520). بنابراین، هر چند که به اثر آتیه‌ای بطلان در روابط کار معتقد هستند اما منشأ قانونی را برخی از نویسندگان نپذیرفته‌اند.

در حقوق لوکزامبورگ در رابطه با تأثیر بطلان قائل به تفکیک شده‌اند؛ در مواردی که غیرقانونی بودن قرارداد ناشی از عدم رعایت مقررات امری قانون کار (مانند رعایت حداقل سن و ساعات کار) یا نقص در رضایت طرفین باشد در این صورت مطابق اصول کلی حقوقی، کارفرما را ملزم به پرداخت دستمزد تعیین گردیده برابر کار انجام شده و رعایت مقررات دانسته‌اند (Boldt, et al., 1965, p. 549)؛ که این نظر حاکی از اثر آتیه‌ای بطلان می‌باشد و نسبت به موارد دیگر که قائل به اثر قهقرایی هستند که در ادامه اشاره خواهد شد.

در حقوق ایران برخی از استادان با تکیه بر جنبه حمایتی قانون کار بیان داشته‌اند که اگر اثر بطلان را به گذشته و زمان انعقاد قرارداد سرایت دهیم نتیجه آن با فلسفه حقوق

کار در تعارض خواهد بود زیرا وضع طرفین باید به حالت پیش از انعقاد برگردد یعنی اگر کافرما بخشی از مزد را پرداخته باشد می‌تواند نسبت به استرداد آن از کارگر اقدام نماید و اگر کارگر هم مدتی کار انجام داده باشد چون اعاده وضع به حالت سابق ممکن نیست باید عوض کار که همان اجرت‌المثل است پرداخت گردد. اما قابل توجه است که این عوض پرداختی عنوان مزد ندارد و از این‌رو حمایت‌های مربوط به مزد نیز شامل آن نمی‌شود و از طرف دیگر با نفی رابطه‌ی قراردادی در نتیجه اثر قهقرایی بطلان، مقررات کار هم بر آنان حاکم نخواهد شد. در نتیجه باید رابطه عملی کار را طی مدتی که کار انجام شده است محترم شمرد و قرارداد را از تاریخ کشف علت فساد، باطل دانست (عراقی، ۱۳۹۶، ج ۱، صص. ۲۱۶-۲۱۹). برخی دیگر میان موارد بطلان قائل به تفکیک شده و بیان داشته‌اند در صورتی که بطلان ناشی از نامشروع یا غیرقانونی بودن موضوع قرارداد باشد بطلان دارای اثر قهقرایی است و کارگر استحقاق دریافت هیچ‌گونه حقوقی را ندارد ولی در فرضی که مقررات حمایتی و امری قانون کار رعایت نشده باشد و حقوق مندرج در قانون مزبور در قرارداد موصوف لحاظ نگردد اثر آتی‌ای بطلان را به جهت حمایتی بودن مقررات کار اعلام نموده‌اند (براتی‌نیا، ۱۳۸۲، صص. ۱۰۹-۱۱۲).

۲-۱. نظریه تأثیر قهقرایی بطلان در قرارداد کار

منظور این است که قرارداد باطل مانند حقوق مدنی در حکم هیچ است و گویی از ابتدا هیچ توافقی صورت نگرفته و عقد وجود حقوقی پیدا نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۲، ص. ۳۱۹)؛ به تبع این موضوع، بطلان دارای اثر قهقرایی بوده و همه چیز باید به حالت پیش از توافق برگردد. این قرارداد نه تنها در آینده نمی‌تواند تأثیری داشته باشد بلکه نسبت به حقوق و تکالیف گذشته طرفین نیز واجد اثر نبوده همان‌گونه که ماده ۳۶۵ ق.م. بر این امر صحه گذاشته است.^{۱۱} اما پذیرش مطلق این نظر بدون توجه به بررسی مبانی دیدگاه مقابل و شرایط خاص حقوق کار می‌تواند کارگر را در وضعیت ناعادلانه قرار دهد. از این‌رو بایسته است ابتدا مبانی برگزیده شده اثر کاشف بطلان را مورد بررسی قرار داده و در صورت لزوم با توسل به مبانی فقهی و حقوقی با جمع میان این مقررات، درصدد ارائه راه‌حلی عادلانه و منطقی با توجه به جنبه حمایتی حقوق کار برآییم.

ملاحظه شد که عمده مبانی اتخاذ راه‌حل اثر آتیه‌ای بطلان و عدم تأثیر آن به گذشته در قرارداد کار بر عدم شمول مزایای راجع به مزد در صورت پرداخت اجرت‌المثل، عدم حاکمیت مقررات کار بر رابطه بین طرفین در صورت انتفای قرارداد و جنبه حمایتی حقوق کار استوار می‌باشد. در رابطه با اولین مبانی ذکر شده مبنی بر عدم عنوان مزد و شمول مزایای آن نسبت به اجرت‌المثل، سؤال این است که آیا عنوان مزد صرفاً به اجرت‌المسمی در صورت نافذ و باقی ماندن قرارداد اطلاق دارد یا خیر؟ جهت پاسخ به این سؤال باید دید که منظور از مزد در قانون کار چیست. طبق ماده ۳۵ قانون مزبور «مزد عبارت است از وجوه نقدی یا غیرنقدی و یا مجموع آن‌ها که در مقابل انجام کار به کارگر پرداخت می‌شود». از این رو، نمی‌توان تنها به اجرت تعیین شده در قرارداد عنوان مزد را برگزید چرا که این تعبیر خود دارای اشکال است به این صورت که اگر در قرارداد کار مزد کمتر از حداقل قانونی در نظر گرفته شده باشد توافق مزبور مؤثر نبوده^{۱۲} و در این فرض می‌بایست حداقل مزد تعیین شده مطابق مقررات پرداخت شود؛ به عبارت دیگر، هر چند در این مورد مزد تعیین شده در قرارداد ملاک نمی‌باشد و مزد مقرر شده‌ی قانونی باید پرداخت گردد اما در هر حال عنوان مزد بر آن صادق است و به تبع این، مزایا و حمایت‌های مربوط به مزد نیز شامل آن می‌شود. اما دلیل دیدگاه مزبور می‌تواند بر این مبنا استوار باشد که چون رابطه قراردادی منتفی می‌گردد پس مزد و مزایای آن معنا ندارد نه اینکه تنها مزد تعیین شده در قرارداد به عنوان مزد مشمول قانون کار شناخته شود؛ به عبارت دیگر می‌بایست یک رابطه قراردادی وجود داشته باشد^{۱۳} هر چند که تخلف از برخی مقررات امری موجب بطلان قسمتی از توافقات طرفین گردد. این استدلال اگرچه مبتنی بر ماده ۳۴ ق.ک. است اما در برخی فروض با اشکال مواجه می‌شود زیرا در فرض به‌کارگیری افراد زیر حداقل سن قانونی و یا با مزد کمتر از حداقل که هیچ توافق یا منشأ قراردادی وجود ندارد یا در فرض انعقاد قرارداد نامشروع و با سوءنیت جهت تحصیل مزایای قانونی، پذیرش مطلق مبنای مزبور قابل ایراد می‌نماید. به همین جهت در حقوق ایتالیا به لحاظ ماهیت اعلامی بطلان، برخی رابطه میان طرفین را دارای منشأ قانونی (نه قراردادی) دانسته‌اند کما اینکه در حقوق ما هم پرداخت مزد و مزایا را می‌توان با استناد به مقررات قانونی و فقهی توجیه نمود.

در خصوص دومین مبنای اعلام شده مبنی بر عدم حاکمیت مقررات کار در صورت انتفای رابطه قراردادی به نظر می‌رسد که این مبنا پشتوانه حقوقی قوی نداشته باشد. همان‌گونه که در حقوق مصر پذیرفته شده است حتی در فرض بطلان قرارداد، مقررات امری کار در زمینه ساعات کار، حفاظت فنی، ایمنی و بهداشت کارگاه باید رعایت شود (شرح قانون‌العمل، ۱۹۷۵، ص. ۲۰۲ به نقل از: عراقی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص. ۲۱۷)؛ همین نظر هم در حقوق ما در ماده ۱۷۶ ق.ک. پیش‌بینی شده و کارفرما را در صورت تخلف از رعایت مقررات امری در مواردی مستوجب مجازات دانسته است.^۴ بنابراین نمی‌توان توان گفت که به صرف بطلان قرارداد و تسری اثر بطلان به گذشته کارفرما می‌تواند موارد مربوط به ساعات کار، تأمین حفاظت و سلامت و بهداشت کارگران در محیط کار را نادیده گرفته و در صورت تخلف، وی را مستحق مجازات ندانست. در حقوق فرانسه همان‌طور که بیان شد برخی از نویسندگان رعایت مقررات امری کار از جمله تعهد به ایمنی، رعایت بهداشت و... را به رغم نافذ نبودن قرارداد ضروری و لازم دانسته‌اند و در صورت تخلف کارفرما و ورود زیان به کارگر، وی را مسئول جبران خسارت تلقی کرده‌اند (DHennin, 2001, p. 271).

در رابطه با سومین مبنای ابراز شده مبنی بر جنبه حمایتی حقوق کار، درست است که هدف و روح مقررات کار حمایت از طبقه کارگر می‌باشد و تحلیل و بررسی این مقررات باید با ملاحظه این اهداف و به عنوان یک اولویت مدنظر قرار گیرد اما این نباید بدان معنا باشد که چارچوب و اساس قواعد و مقررات حقوقی به کلی کنار گذاشته شود بلکه بایسته است راه‌حلی عادلانه و منطقی که جمع میان مقررات کار و دیگر اصول و مقررات حقوقی کشور باشد را برگزید. به دیگر سخن، جنبه حمایتی تنها یک اولویت است که در فرض ابهام یا عدم وجود راه‌حل مناسب یا متعارض، باید با توجه به سایر مقررات و این اولویت در مقام تفسیر یا اتخاذ راه‌حل گام برداشت نه اینکه کلیه قواعد و اصول زیربنایی را نادیده گرفت و دست به ابتکار بدیع و راه‌حل آنی زد. مشابه این بحث را در حقوق جزا در خصوص قاعده «تفسیر به نفع متهم» می‌توان یافت؛ بدین‌صورت که این قاعده در موارد ابهام، اجمال، نقص یا سکوت قانون به‌کار می‌رود و همان‌گونه که گفته شده است در صورت «شک در اراده قانون‌گذار دلیل

ندارد، که قاضی همواره راه‌حل مساعد به نفع متهم را برگزیند، بلکه باید بکوشد اراده پدیدآورنده قانون را کشف کند و فقط هنگامی می‌تواند قانون را به نفع متهم تفسیر کند، که از جست‌وجوی خود مأیوس گردد» (مؤذن‌زادگان و غلامعلی‌زاده، ۱۳۸۸، ص. ۱۴۲). بنابراین به صرف ابهام یا سکوت نمی‌توان فوراً به سراغ این اولویت بدون توجه به سایر قواعد رفت.

همان‌گونه که ملاحظه شد چه در حقوق ما و چه در حقوق کشورهای بررسی شده خارجی، اکثراً بر این اساس که کارگر نمی‌تواند مزد تعیین شده در قرارداد و مزایای مربوط بدان را مطالبه نماید قائل به اثر کشف شده‌اند در حالی که می‌توان جهت حل این دغدغه به مقررات قانون مدنی در باب ضمان قهری و همچنین قاعده فقهی «کل ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» استناد جست (برای مطالعه بیشتر در خصوص این قاعده بنگرید به: انصاری، ۱۳۹۶، ج ۲، ص. ۳۰۶ به بعد؛ بجنوردی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص. ۱۰۳ به بعد؛ آخوند خراسانی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص. ۴۶۶ و طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص. ۹۴ به بعد).^{۱۵} منظور از قاعده اخیر این است هر چیزی که صحیح آن ضمان‌آور باشد، فاسد آن نیز ضمان‌آور است (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص. ۱۸۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲، ص. ۲۱۶؛ مصطفوی، ۱۴۲۱، ص. ۲۰۶ و خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۱۹۳-۱۹۴)، همان‌گونه که ماده ۳۶۶ ق.م. به ضمان مقبوض به عقد فاسد تصریح نموده^{۱۶} و نویسندگان نیز قابض را در حکم غاصب دانسته‌اند (داراب‌پور، ۱۳۹۰، ص. ۳۰۷؛ نویسنده موصوف در جایی دیگر این مسئولیت را از حیث قراردادی نیز مورد بررسی قرار داده است: داراب‌پور، ۱۳۹۲، ص. ۱۷۸ به بعد؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۱۵۶) و البته در این خصوص ماده ۳۰۱ قانون مزبور مقرر می‌دارد: «...اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است». بنابراین مفاد و دلیل قاعده یاد شده از قاعده ضمان ید^{۱۷} نیز قابل استنباط است بدین‌نحو که هر گاه کسی در نتیجه عقد باطل بر مال دیگری تصرف پیدا کرد چون تصرف او بدون مجوز محسوب می‌شود از این‌رو نسبت به عین و منافع ضامن تلقی می‌گردد. اما در خصوص اینکه منظور از «ضمان» در قاعده «ما یضمن» چیست میان حقوق‌دانان اختلاف است. برخی آن را به معنای تدارک و خسارت مورد معامله در مال اصلی ضامن معرفی کرده‌اند (انصاری، ۱۳۹۶، ج ۲، ص. ۳۱۱) و برخی دیگر به معنی تحمل خسارت و قرار گرفتن مال بر عهده بیان کرده-

اند (شهیدی، ۱۳۹۶، ص. ۹۶). به هر تقدیر، چه معنای ضمان را حمل بر تفسیر نخست نماییم یا اینکه مضمول دیدگاه دوم بدانیم شخص ضامن باید جبران خسارت نماید و حتی در نظریه اول، لزوم تدارک مورد معامله را به وسیله پرداخت عوض قراردادی یا واقعی دانسته‌اند؛ از این رو تردیدی در پرداخت عوض باقی نمی‌ماند. حال پس از روشن شدن این موضوع باید واکاوی کرد که ضامن (در فرض این نوشتار، شخص کارفرما) مسئول پرداخت کدامین نوع عوض است؟ از این رو بایسته است به مشابه این بحث در فقه و قانون مدنی نگریسته شود. با توجه به مراتب فوق آنچه مسلم است در قرارداد کار که زیربنای آن اجاره اشخاص می‌باشد کارفرما در صورت بطلان قرارداد می‌بایست اجرت کارگر را پرداخت نماید و حال، سؤال این است که آیا در این فرض اجرت مقرر در قرارداد ملاک قرار می‌گیرد یا اینکه باید اجرت‌المثل پرداخت شود؟ اگر قائل به اجرت‌المسمی باشیم باز ضعف دیدگاه اثر آتی‌ای بطلان آشکار می‌شود زیرا آنها معتقد بودند که چون اجرت‌المثل پرداخت می‌شود پس عنوان مزد هم ندارد و این در حالی است که پیش‌تر راجع به عنوان مزد سخن رفت و نقص دیدگاه موصوف در این خصوص نیز بیان گردید. برخی از استادان در بحث دلایل قاعده «ما یضمن» بیان نموده‌اند که در عقود فاسد مربوط به عمل، ضمان و مسئولیت خواهان انجام عمل را می‌توان از قاعده اقدام استنباط کرد و قاعده احترام عمل در حدود اجرت مقرر بین طرفین استنباط کرد (شهیدی، ۱۳۹۶، ص. ۱۰۲). نسبت به دلیل بودن قاعده اقدام چنین توجیه شده است که طرفین، اقدام به انعقاد قراردادی کرده‌اند که هیچ‌کدام از دو مورد معامله رایگان نیست؛ به دیگر سخن، نه عمل کارگر می‌تواند بدون عوض باقی بماند نه دادن مزد رایگان می‌باشد و البته گفتنی است که بر این عقیده نیز ایراداتی وارد کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۹۶، ص. ۹۹) اما در عین حال، از این قاعده برای ضمان و مسئولیت طرفی که موضوع قرارداد مربوط به انجام عملی باشد که در جهت خواست طرف انجام و اجرا شده است می‌توان استفاده کرد. از این رو قاعده اقدام نسبت به متعهد به پرداخت اجرت در قراردادهایی که موضوعشان همچون جعاله و اجاره اشخاص است می‌تواند به عنوان دلیل مورد استناد قرار گیرد. از طرف دیگر بنای عرف و قانون (ماده ۳۳۶ ق.م.) نیز بر لزوم ادای عوض عمل انجام شده است که محدود به اجرت مقرر تلقی

می‌شود (شهیدی، ۱۳۹۶، ص. ۱۰۴). بنابراین، آنچه که به عنوان مزد در قرارداد تعیین شده است باید به کارگر پرداخت شود نه اجرت واقعی؛ از این رو می‌توان این‌گونه بیان داشت که اگر منظور قائلین به کاشف (آتیه‌ای) بودن اثر بطلان پرداخت اجرت‌المثل (نه اجرت‌المسمی) است در این صورت با توجه به مبانی و قواعد حقوقی و فقهی بیان شده، اجرت مقرر شده در قرارداد پرداخت می‌شود همان‌گونه که ماده ۵۰۱ ق.م. پرداخت اجرت مقرر بین طرفین نسبت به مدت اضافی را مقرر داشته است و این اجرت را اجرت‌المثل نامیده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص. ۳۶۱) که میزان آن به حد مقرر شده در قرارداد اجاره‌ای می‌باشد که زمان آن تمام شده است که به تعبیر برخی از استادان «اجاره از قرار» نیز نامیده می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص. ۱۱۶؛ جهت مطالعه بیشتر در این خصوص بنگرید به: اسلامی‌پناه و کریمی، ۱۳۸۵، صص. ۳۹-۶۳). پس با پرداخت اجرت مقرر شده، حمایت‌های مربوط به مزد هم باید شامل آن شود زیرا قابض به عقد فاسد را ضامن منافع و جبران خسارت طرف قرارداد دانسته‌اند و حمایت‌های راجع به مزد هم جدای از این نیست.

از سوی دیگر با توجه به مجازات مقرر شده در قانون کار همان‌گونه که اشاره رفت کارفرما مکلف به رعایت مقررات امری از جمله ساعات کار، حفاظت فنی، بهداشت و همچنین پرداخت «حقوق» کارگر شده است^{۱۸} و بطلان قرارداد و تسری اثر بطلان به گذشته نمی‌تواند خدشه‌ای به این موارد که قانون‌گذار آنها را بعضاً جرم‌انگاری کرده، وارد نماید. البته شایان ذکر است که پرداخت «حقوق» مزبور را باید اعم از مزد، بیمه، عائله‌مندی و... تلقی کرد و نباید آن را مزد به معنای خاص در نظر گرفت. بدین‌سان، حتی اگر قائل به اثر قهقرایی بطلان هم باشیم مزد تعیین شده در قرارداد و حمایت‌های مربوط بدان نیز شامل کارگر می‌شود و از این حیث، با توجه به مقررات حقوقی و فقهی و قواعد خاص حقوق کار و جمع میان آنها، بطلان در قرارداد کار هم سو با قواعد عمومی قراردادها می‌شود و پرداخت مزد و مزایای قانونی مقرر که جنبه حمایتی دارد نیز شامل وی خواهد شد و کارفرما نمی‌تواند از زیر بار آن شانه خالی نماید. از طرف دیگر، به دلیل همین مشکلات برخی قرارداد کار را به عنوان منبع منحصر ایجاد رابطه کار ندانسته‌اند و صرف انجام کار را به عنوان ملاک و معیار پرداخت مزد و حمایت‌های مربوط قرار داده‌اند به این صورت که میان قرارداد کار و حقوق کار تقارن ندیده‌اند و از

این رو بیان شده که بطلان قرارداد یا عدم آن نمی‌تواند خدشه‌ای به موارد مزبور وارد نماید. از سویی، آن‌گونه که فیلسوفان آلمانی بیان داشته‌اند ایجاد و کثرت‌زایی نهادهای حقوقی جدید در راستای مواجهه با مسائل حقوقی و تلاش برای راه‌حل آنها کار هنرمندانه‌ای نیست بلکه بهتر آن است که از کثرت مزبور جلوگیری شود اما در عین حال مسائل پیش‌آمده را در دسته و نهادهای موجود وارد نمود و متناسب با وضعیت حقوقی آن، راه‌حل و حکم مناسب را استخراج کرد.

۲. آثار تعیین زمان تأثیر بطلان در قرارداد کار

پس از بررسی مبانی دیدگاه‌های مربوط به تعیین زمان تأثیر بطلان، باید متذکر شد که پذیرش مطلق هر کدام از آن دو دیدگاه موافق با مقررات و همچنین در بعضی فروض با جنبه حمایتی از طبقه کارگر هماهنگ نیست؛ چه اگر اثر آتی‌ای بطلان مورد پذیرش قرار گیرد موارد مسلمی وجود دارد که با احراز آنها کارگر مستحق مزایا و حمایت‌های مربوط به مزد نمی‌باشد و عکس همین موضوع در فرض پذیرش دیدگاه اثر قهقرایی کامل نیز وجود دارد. اینک مطالب این قسمت را به زوال آثار قرارداد از زمان انعقاد و استثنای آن اختصاص می‌دهیم.

۲-۱. زوال آثار قرارداد از زمان انعقاد

در رابطه با آثار تعیین زمان تأثیر بطلان، دیدیم اثر قهقرایی در قرارداد کار خدشه‌ای به مزد کارگر و حمایت‌های مربوط به آن وارد نمی‌کند. در عین حال اگر قائل به اثر کاشف (آتی‌ای) بطلان باشیم همان‌گونه که در حقوق برخی از کشورهای خارجی نیز آمده است در برخی فروض باید اثر بطلان را مانند قواعد عمومی قراردادها به گذشته سرایت داد و کارگر را مشمول مزایا و حمایت‌های قانونی مزد ندانست. این موارد را که می‌توان بطلان همراه با علم یا سوءنیت نیز نامید دست‌کم در دو مورد قابل بررسی است.

۲-۱-۱. زمان تأثیر بطلان ناشی از به اشتباه انداختن

قرارداد کار مانند سایر قراردادهای مدنی از لحاظ شرایط عمومی صحت تشکیل، بی‌نیاز از شروط مندرج در ماده ۱۹۰ ق.م.نبوده (هاشمی، ۱۳۹۶، صص. ۱۰۰-۱۰۲) و از این جهت تابع قواعد عمومی قراردادهاست. از آنجا که در این قرارداد شخصیت کارگر

نقش مهمی را در رابطه کارگر و کارفرمایی ایجاد می‌نماید از این رو نسبت به کارگر قرارداد شخصی محسوب می‌شود (عراقی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص. ۱۷۶)؛ توضیح اینکه کارگر طبق قرارداد خود را متعهد نموده و ملزم است که شخصاً نسبت به انجام تعهد اقدام نماید و نمی‌تواند اجرای تعهداتش را به شخص دیگری محول نماید مگر اینکه کارفرما با این امر موافقت خود را اعلام دارد (عراقی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص. ۱۳). می‌دانیم که شخصیت طرف همواره علت عمده عقد نیست و گاه طبیعت و نوع کار به گونه‌ای است که تخصص و یا شخصیت کارگر مدنظر کارفرما نمی‌باشد و از این رو اشتباه در شخصیت نیز تأثیرگذار در صحت عقد نیست. بنابراین، فرض مورد بحث منصرف به علت عمده بودن شخصیت کارگر در قرارداد کار می‌باشد و تصور و وقوع این امر در عمل چنان محال نمی‌نماید همان‌گونه که در رویه قضایی فرانسه، «هنرپیشه‌ای را که بر مبنای شخصیت کارگردان، متعهد به بازی در یک فیلم شده بود مجاز به خودداری از همکاری شناخت بدین جهت که شخص کارگردان، شخص مدنظر نبوده است»؛ همچنان که این فرض از سوی طرف مقابل هم ممکن است رخ دهد (عراقی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص. ۱۹۷). بنابراین ممکن است در عمل در شخصیت طرف قرارداد اشتباهی صورت گیرد و این اشتباه هم از ناحیه کارگر و هم از ناحیه کارفرما حادث شود. فرض این است که در ایجاد و انعقاد این قرارداد کارگر با سوءنیت، کارفرما را به اشتباه می‌اندازد. برای مثال، کارفرما قصد ایجاد رابطه کار با کارگر معینی را داشته باشد اما شخص دیگری عمداً خود را شخص موردنظر کارفرما معرفی نموده و به تبع این اقدام، قرارداد را با کارفرما منعقد نماید.^{۱۹} از حیث قواعد عمومی قراردادها ماده ۲۰۱ ق.م. اشتباه را موجب خلل در صحت عقد دانسته است. در خصوص اینکه منظور از خلل چیست بحث‌های فراوانی شده اما آنچه که غالب نویسندگان بیان کرده‌اند این است که ضمانت اجرای بطلان قرارداد با توجه به ماده ۷۶۲ همان قانون که اشتباه در طرف مصالحه را موجب بطلان صلح دانسته قابل پذیرش است (شهیدی، ۱۳۸۴، ص. ۱۶۶؛ صفایی، ۱۳۹۳، ص. ۹۸؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۴۶۸ و کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص. ۱۰۰). نظر به اینکه در قانون کار مقرره‌ای در این خصوص پیش‌بینی نشده و گفتیم که قرارداد کار از حیث انعقاد نیز تابع قواعد عمومی است پس باید در فرض سکوت، به این قواعد که همان مواد مذکور در قانون مدنی می‌باشد رجوع نمود. گفته شد که در

حقوق ما برخی از استادان در قرارداد کار اثر قهقرایی را نپذیرفته‌اند و آن را با اهداف و روح قانون کار که حمایت از طبقه کارگر است متعارض دانسته‌اند (عراقی، ۱۳۹۶، ج ۱، صص. ۲۱۵-۲۱۹).

در حقوق فرانسه نیز بیان شد که بطلان دارای اثر قهقرایی نبوده و از تاریخ احراز مؤثر می‌باشد و داشتن اثر قهقرایی را در برخی موارد مغایر با نظم عمومی اعلام کرده‌اند (Camerlynck, 1968, pp. 185-186). هر چند نظر مزبور موافق با اهداف حقوق کار است اما پذیرش مطلق آن قابل دفاع نیست زیرا قانون نمی‌تواند وسیله سوءاستفاده اشخاص قرار گیرد. درست است که روح قانون کار حمایت از طبقه کارگر می‌باشد و تحلیل و بررسی مقررات کار باید با ملاحظه این موضوع و به عنوان یک اولویت مدنظر قرار گیرد اما این نباید بدان معنا باشد که چارچوب و اساس قواعد و مقررات حقوقی به کلی کنار گذاشته شود. از این رو، کارگری که به جهت دریافت مزایا و حمایت‌های قانونی به سوءنیت متوسل می‌گردد تحت حمایت قرارداد آن موافق با اصل منع سوءاستفاده نمی‌باشد. از طرف دیگر، کارفرمایی که قصد ایجاد رابطه با شخص دیگری را داشته در فرض ما که اشتباه در شخص و آن هم با سوءنیت صورت گرفته و با توجه به قاعده «العقود تابعه للقصود» هیچ توافقی مبنی بر ایجاد رابطه کارگر و کارفرمایی متصور نیست تا بحث حمایت و مزایای قانونی برای شخص دارای سوءنیت پیش آید و از این رو قاعده «ما یضمن» برای اشخاص با حسن نیت مجرا خواهد بود؛ بنابراین بایسته است که در این فرض همانند قواعد عمومی قراردادها بطلان را دارای اثر قهقرایی دانست و اثر مزبور را از تاریخ ایجاد رابطه کارگر و کارفرمایی مؤثر تلقی نمود.

۲-۱-۲. زمان تأثیر بطلان ناشی از عدم مشروعیت قرارداد

قانون کار پیشین در رابطه با شرایط صحت قرارداد کار سکوت کرده بود و بدین لحاظ در زمان سکوت آن قانون در تشخیص این شرایط به ماده ۱۹۰ ق.م. استناد می‌شد اما قانون کار فعلی در ماده ۹ به ذکر شرایط مزبور پرداخته که بند الف این ماده به «مشروعیت مورد قرارداد» اشاره نموده است. حال باید دید مشروعیت ناظر به چه چیزی است؟ آیا منظور مشروعیت مورد قرارداد است یا مشروعیت جهت قرارداد؟ یا اینکه منظور هر دوی آنهاست؟

مورد قرارداد کار همان‌گونه که بیان شده است شامل تعهد کارگر به انجام کار و همچنین، تعهد کارفرما به پرداخت مزد است (عراقی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص. ۲۰۹). بنابراین کار مورد تعهد کارگر و مزد نباید نامشروع باشند و در بطلان قرارداد منعقدۀ میان طرفینی که این موضوع را رعایت نکرده باشند تردیدی نیست. برای مثال، کارگری که حمل مواد مخدر یا مشروبات الکلی را برعهده می‌گیرد در این فرض، کار مورد تعهد کارگر یا به دیگر سخن، مورد قرارداد عمل نامشروع است. اما سؤال این است که آیا در فرض عدم مشروعیت جهت قرارداد (نه مورد قرارداد) باز هم قرارداد باطل است؟ یکی از شرایط اساسی صحت معامله در ماده ۱۹۰ ق.م. «مشروعیت جهت معامله» می‌باشد و با توجه به اعمال این شرایط در قرارداد کار، جهت قرارداد مزبور نیز نباید نامشروع باشد؛ مانند کارگری که حمل انگور را برای کارخانه‌ای برعهده گرفته که از آن شراب تولید می‌نماید. حال، در صورت بطلان قرارداد در این موارد، تأثیر بطلان از چه زمانی است و حقوق و تکالیف طرفین در این فرض بر چه اساس و مبنایی خواهد بود؟ در این فرض نیز اختلاف نظر وجود دارد. یک دیدگاه آن است که با توجه به جنبه‌های حمایتی حقوق کار و مشروع بودن عمل کارگر (نه فعالیت کارگاه) نظر به این داده‌اند که بطلان دارای اثر قهقرایی نیست (برای مطالعه بیشتر این دیدگاه بنگرید به: عراقی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص. ۲۰۹). اما همان‌گونه که بیان شد مطلق این نظر قابل دفاع نیست؛ چرا که اگر کارفرما و کارگر با علم به نامشروع بودن مورد قرارداد یا جهت آن و بر خلاف نظم عمومی و مقررات جاری اقدام به انعقاد پیمان باطل بنمایند بدیهی است که حقوق نه تنها جبران خسارت وارده بر یک طرف را ناعادلانه می‌داند بلکه برخورداری کارگر از حمایت‌های قانونی حقوق کار را نامشروع می‌پندارد. برای مثال، کارگری که به تعمیر وسایل و اسباب قمار برای تسهیل عمل مزبور در قمارخانه‌ای مشغول است و این جهت نامشروع به رغم عدم تصریح آن در قرارداد، از طبیعت کار و اوضاع و احوال آن استنباط می‌گردد مجری ندانستن اثر قهقرایی بطلان با عدالت حقوقی سازگار نیست. در حقوق برخی کشورها نیز به رغم پذیرش اثر کاشف بطلان در بعضی فروض قائل به اثر قهقرایی مانند حقوق مدنی شده‌اند که در ادامه به صورت مختصر بدان‌ها اشاره خواهد شد.

در حقوق ایتالیا دیدیم که در جهت حمایت از کارگر منشأ قانونی را جایگزین منشأ قراردادی نموده‌اند که مهمترین مستند آنان در این راستا مفاد ماده ۲۱۲۶ قانون مدنی

این کشور بوده، اما با این وجود بیان شده است در مواردی که موضوع قرارداد غیرقانونی و یا نامشروع باشد بطلان دارای اثر قهقرایی است (Boldt, et al., 1965, p. 520). در حقوق آلمان همان‌گونه که بیان شده است اصل بر اثر آتیه‌ای بطلان در قرارداد کار می‌باشد و نمی‌توان اثر قهقرایی بطلان را بدون هیچ محدودیتی و به طور مطلق در رابطه کار اعمال نمود؛ اما در مواردی که قرارداد حاوی مقررات مخالف و معارض با اخلاق باشد یا اینکه به طور کلی دربردارنده جرم باشد در این صورت بطلان نسبت به هر دو طرف مؤثر بوده و به دیگر سخن، دارای اثر قهقرایی می‌باشد (Boldt, et al., 1965, p. 259). همچنان که مواد ۱۱۶ تا ۱۱۹ و ۱۲۵ قانون مدنی این کشور ضمانت اجرای فقدان شرایط اساسی قراردادها از جمله نداشتن اهلیت، معامله صوری، فقدان قصد و اشتباه مؤثر را سبب بطلان عقد دانسته است. در حقوق لوکزامبورگ نیز گفته شد که تفکیک قائل شده‌اند؛ در مواردی که موضوع قرارداد غیرقانونی، خلاف اخلاق و یا مستلزم ارتکاب جرمی باشد در این صورت قرارداد منعقد شده هیچ تعهد و رابطه‌ای را میان طرفین آن ایجاد نمی‌نماید (Boldt, et al., 1965, p. 549). یعنی در این فروض قائل به اثر قهقرایی می‌باشند.

۲-۲. استثنای زوال آثار قرارداد از زمان انعقاد

فلسفه شکل‌گیری حقوق کار ایجاد طبقه‌ای مقتدر تحت عنوان کارگر در مقابل استثمار کارفرمایان است. بدین‌سان بدیهی است که مقررات کار می‌بایست نسبت به این طبقه حمایت بیشتری به عمل آورد. توضیح آنکه کارفرما از لحاظ اقتصادی در موقعیت برتر قرار دارد و حقوق کار نیز به منظور افزایش قدرت چانه‌زنی کارگر ایجاد شده است. به رغم وجود جنبه حمایتی قانون کار نسبت به طبقه کارگر، اما در برخی موارد با سکوت قانون یا ابهام در مقررات قانونی، عدم توجه دقیق به مقررات و اصول حقوقی، موجب نادیده گرفتن اهداف فوق می‌شود. بنابراین باید در ارائه راه‌حل‌های عملی از افراط و تفریط احتراز نمود. گفته شد در فرضی که طرفین با علم و آگاهی نسبت به فساد و نامشروع بودن قرارداد، اقدام به ایجاد رابطه کار نمایند بدیهی است که به لحاظ مغایرت با نظم عمومی و مقررات امری، طرفین می‌بایست نتیجه اقدام خود را متحمل شوند. در مقابل، به جهت اینکه کارفرما از لحاظ اقتصادی در موقعیت برتر قرار دارد ممکن است

که از ناآگاهی کارگر در راستای اهداف نامشروع خود و تحصیل سود استفاده نموده و وی را متعهد به اجرای تعهداتی بر اساس قراردادی باطل بنماید؛ در این فرض حقوق ایجاب می‌نماید که از شخص دارای حسن نیت حمایت کند. حال، اگر مانند کسانی که قائل به اثر قهقرایی کامل بطلان مانند حقوق مدنی هستند در قرارداد کار هم این دیدگاه را به صورت مطلق و بدون توجه به مقررات کار بپذیریم ظاهراً بایستی در تمامی مندرجات قرارداد این اثر را اعمال نمود اما بدون شک پذیرش مطلق و بدون قید و شرط این نظر مواجه به توالی فاسد خواهد شد. از همین رو بیان شد که با وجود پذیرش اثر قهقرایی و با استفاده از ظرفیت‌های قانونی و فقهی موجود، پرداخت مزد و حمایت‌های مربوط به آن قابل توجیه می‌باشد. بدین سان، در ادامه مواردی را که تسری اثر بطلان سبب توالی فاسد خواهد شد در دو بند برشمرده و به بررسی آن می‌پردازیم.

۲-۱. زمان تأثیر بطلان ناشی از انعقاد قرارداد با محجور

ماده ۱۲۰۷ ق.م. محجورین را به سه گروه تقسیم نموده و مقرر می‌دارد: «اشخاص ذیل محجور و از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند: ۱- صغار، ۲- اشخاص غیررشید و ۳- مجانین». برابر ماده ۹ ق.ک. «عدم ممنوعیت قانونی و شرعی طرفین در تصرف اموال یا انجام کار مورد نظر» یکی از شرایط صحت قرارداد کار تلقی شده است. از لحاظ تئوری امکان انعقاد قرارداد با این سه گروه وجود دارد ولی از لحاظ عملی، آنچه نیازمند بررسی است انعقاد قرارداد با صغار می‌باشد زیرا همان‌گونه که گفته شده است کمتر اتفاق می‌افتد که دیوانه‌ای به کار گرفته شود چرا که کسی که سلامت عقل ندارد برای قبول مسئولیت هم صالح نیست و در مورد اشخاص سفیه هم هر چند این‌گونه به نظر می‌رسد که قرارداد کار برای وی مستلزم تعهد مالی نیست و ماده ۱۲۱۴ ق.م. نیز مؤید این ادعا است اما با توجه به اینکه وی نیروی کار خود را که سرمایه‌اش تلقی می‌گردد در اختیار کارفرما قرار می‌دهد (عراقی، ۱۳۹۶، ج ۱، صص. ۲۰۴-۲۰۵) از این رو بایسته است که نماینده قانونی وی در انعقاد قرارداد دخالت نماید و ماده ۸۵ قانون امور حسبی نیز مؤید این مهم می‌باشد: «ولی یا قیم می‌تواند به محجور اجازه اشتغال به کار یا پیشه‌ای بدهد و در این صورت اجازه نامبرده شامل لوازم آن کار یا پیشه هم خواهد بود».

بنابراین، مهمترین بحث در زمینه انعقاد قرارداد با کارگر صغیر است. با تصویب قانون کار ۱۳۶۹ و اصلاح ماده ۱۲۷۰ ق.م. بحث حاضر تنها در مورد افراد زیر ۱۵ سال قابل طرح است زیرا ماده ۷۹ ق.ک. مقرر می‌دارد: «به کار گماردن افراد کمتر از ۱۵ سال ممنوع است». بدین سان، نافذ بودن قرارداد کار افراد بالای ۱۵ سال بدیهی است و در خصوص قرارداد صغار (زیر ۱۵ سال)، برخی از استادان تا پیش از سال ۱۳۶۹ و اصلاحات قانون مدنی در سال ۱۳۷۰، انعقاد قرارداد صغیر همراه با دخالت ولی خود و به استناد ماده ۸۵ قانون امور حسبی نافذ می‌دانستند اما بعد از سال‌های فوق و با تصویب قانون کار ۱۳۶۹ و اصلاحات قانون مدنی، بطلان قرارداد افراد زیر ۱۵ سال را منطقی تلقی نموده‌اند (عراقی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص. ۲۰۶). در حقوق فرانسه نیز ضمانت اجرای شرایط اساسی را بطلان قرار داده‌اند (GHestin, 1972, p. 183)؛ زیرا همان‌گونه که پیش‌تر اشاره رفت مستنبط از ماده ۱-۱۲۱ قانون کار فرانسه، بطلان قرارداد کار از قواعد عمومی قراردادها و همچنین مقررات قانون کار پیروی می‌کند. بدین سان، با فرض بطلان قرارداد افراد زیر ۱۵ سال باید دید آیا اثر بطلان به روابط کاری گذشته معطوف می‌گردد یا خیر؟ در اینجا سه نظریه می‌تواند مطرح شود به این صورت که همانند حقوق مدنی بطلان دارای اثر قهقرایی باشد اما به جهت مشروعیت و محترم بودن عمل انجام شده کارگر را مستحق اجرت‌المثل عمل انجام شده بدانیم؟ نظر دوم اینکه تنها مقررات راجع به مزد باطل باشد ولی موارد دیگر قرارداد استوار بماند؟ و سوم، اثر قهقرایی بر رابطه گذشته معطوف نگردد؟ در رابطه با نظرات فوق بایسته است متذکر شد که قهقرایی دانستن اثر بطلان با روح قانون کار که حمایت از طبقه کارگر می‌باشد و با توجه به مجازات مقرر شده برای کارفرما در فرض مزبور، به نظر می‌رسد که دیدگاه اول موافق با مقررات نبوده و مدنظر قانون‌گذار نباشد. چه با توجه به مقررات فقهی و حقوقی بیان شد که حداقل در صورت بطلان و تسری اثر قهقرایی کارفرما مکلف به پرداخت مزد تعیین شده و مزایای آن می‌باشد. نظر دوم نیز از این حیث که اثر بطلان را تفکیک نموده و تنها نسبت به مزد آن را جاری دانسته است باز با مقررات حقوقی، فقهی، حمایتی بودن مقررات کار و مزایایی که به مزد تعلق می‌گیرد هم‌سو نیست؛ زیرا رعایت دیگر مقررات امری کار (مثل

بهداشت، حفاظت و...) مانند حداقل مزد و مزایای آن می‌باشد و توجیه قانونی و منطقی برای تفکیک این دو از هم وجود ندارد.

اما نظر سوم با توجه به مشکلات اقتصادی و مسئله بیکاری در حال حاضر و اینکه بسیاری از کودکان به لحاظ مساعدت به امور معیشتی خانواده‌های خود ممکن است در کارگاه‌ها و واحدهای تولیدی به کار گمارده شوند و حتی در بیشتر موارد کارفرما از نیروی کاری کودکان سوءاستفاده نموده و حتی با استناد به بطلان قرارداد از زیر بار مسئولیت و تعهدات قانونی خود شانه خالی نمایند منطقی‌تر و موافق با حقوق کار است و از این رو بدیهی است اگر قرارداد کار آنان بدون رعایت موازین قانونی صورت پذیرد، فقدان اعتبار حقوقی قرارداد مزبور نمی‌تواند از موجبات سوءاستفاده از توانمندی آنان باشد و بایسته است که با عدم اثر قهریابی بطلان، رابطه کاری گذشته را محترم شمرد و صغیر را مشمول حمایت‌های قانونی کار قرار داد تا بدین وسیله نه کارفرما به استثمار کارگر پردازد و نه در حق کارگر اجحاف به عمل آید و با اعمال مجازات مقرر قانونی نسبت به کارفرمای متخلف، راه سوءاستفاده بسته بماند. بدین سان، صرف نظر از استدلال‌های حقوقی، فقهی و قانونی کار دال بر پرداخت مزد و مزایا به کارگر به رغم هم سو بودن بطلان با قواعد عمومی قراردادها که این فرض را نیز دربرمی‌گیرد، حتی می‌توان گفت با توجه به مراتب فوق این مورد می‌تواند به عنوان استثنایی بر نظر قائلین اثر قهریابی کامل بطلان باشد. بنابراین، در این موارد اثر و نتیجه دو دیدگاه یکی می‌شود اما نحوه استناد و استدلال در راستای توجیه آنها متفاوت است. در حقوق فرانسه نیز در این فرض قائل به بطلان قرارداد (با اثر کشف) افراد زیر حداقل سن قانونی هستند (Boldt, et al., 1965, p. 549; Camerlynck, 1968, p. 128) و کارگر را مستحق دریافت مزد و مزایا دانسته‌اند.

۲-۲-۲. زمان تأثیر بطلان در فرض جهل کارگر

نتیجه عالم بودن طرفین به نامشروع و غیرقانونی بودن قرارداد، متحمل شدن خسارت‌های ناشی از این بی‌اعتنایی است؛ اما احتمال دارد کارگر هیچ اطلاع و آگاهی از بطلان قرارداد نداشته و در عین حال کارفرما از این جهل و ناآگاهی به نفع خود استفاده نموده و کارگر جاهل را ملتزم به مفاد قراردادی باطل بنماید. برای مثال، کارگر

از نامشروع بودن فعالیت انجام داده شده یا جهت آن (مانند حمل مواد مخدر یا تعمیر وسایل و ابزار قمار) هیچ اطلاعی نداشته و از اوضاع و احوال و طبیعت کار نیز نامشروع بودن محرز نبوده و پس از مدتی نامشروع و غیرقانونی بودن احراز گردد. در این فرض بایسته است با توجه به روح مقررات کار در راستای حمایت از کارگر و با توجه به مشروع بودن اصل فعالیت کارگر در فرض جهت نامشروع، وی را مستحق مزد و مزایا دانست و کارگر را به سبب عملکرد نادرست کارفرمایی که از ناآگاهی و بی‌اطلاعی وی منتفع گردیده از حمایت‌های قانون کار محروم ندانست (عراقی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص. ۲۰۹). در این راستا می‌توان به ماده ۲۱۷ ق.م. استناد نمود که مقرر می‌دارد: «در معامله لازم نیست جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است». علاوه بر این، وفق مقررات حقوق امکان رجوع به شخص مقصر و جبران خسارت‌های وارده به کارگر که بطلان همراه با جهل وی پدید آمده است وجود دارد.

در نهایت به موضوعی باید پرداخته شود که بررسی آن خود می‌تواند پاسخ سؤالات و ابهامات بسیاری را بدهد و آن این است که در فرض بطلان قرارداد، کدامیک از طرفین حق استناد به بطلان را دارند؟ در اصلاحات صورت گرفته در حقوق تعهدات فرانسه مصوب ۲۰۱۶ در مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ که بطلان را به دو قسم مطلق و نسبی تقسیم‌بندی کرده چنین آمده است که بطلان مطلق توسط هر شخص ذی‌نفعی می‌تواند درخواست شود اما بطلان نسبی تنها از سوی کسانی قابل طرح می‌باشد که قانون قصد حمایت از آنها را داشته است (بزرگمهر و مهرانی، ۱۳۹۵، ص. ۴۶). در حقوق ما عقیده را بر آن است که اقامه دعوی بطلان از سوی هر «ذی‌نفع» امکان دارد اما مطلق این قاعده را نپذیرفته‌اند و در مواردی به تعدیل آن پرداخته‌اند که از جمله آن موردی است که مدعی بطلان خود در ایجاد سبب آن تقصیر دارد، همچنان که در حقوق فرانسه نظر داده شده است که هر گاه مدعی بطلان خود مقصر باشد دعوا هیچ اثری ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۲، ص. ۳۶۸) و هر چند بر نظر اخیر در موردی که بطلان قرارداد با نظم عمومی و اخلاق در ارتباط است را قابل ایراد دانسته‌اند. در حقوق کار فرانسه نیز شعبه اجتماعی دیوان این کشور اعلام داشته در صورتی که اشتباه کارفرما در مورد شخص کارگر به صورت

نابخشودنی باشد شخص کارفرما نمی‌تواند تقاضای ابطال قرارداد را نماید (عراقی، ۱۳۹۶، ج ۱، پانویس ص. ۱۹۷). هر چند در حقوق ما به صراحت چنین اظهار نظر نشده است اما با توجه به قواعد عمومی و بسان مفاد رأی اخیر می‌توان عمل نمود؛ به بیان دیگر استناد به بطلان برای کارفرمایی که خود سبب بطلان قرارداد شده است با هدف گریز از تعهدات قراردادی مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد و در موردی که سبب بطلان قرارداد، کارگر می‌باشد بدیهی است که وی به بطلان استناد نمی‌کند و در خصوص امتیاز داده شده به او چنین اظهار نظر شده است که این امتیاز اصولاً نمی‌تواند برای او ایجاد حق مکتسب نماید (عراقی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص. ۱۹۸).

نتیجه‌گیری

از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها و قانون کار ممکن است در مواردی قرارداد کار باطل باشد. در حقوق فرانسه، آلمان، ایتالیا و لوکزامبورگ (حسب مورد) تأثیر بطلان این قرارداد، با نظم عمومی مغایرت دارد چه با تسری این اثر به گذشته، کارگر مستحق دریافت مزد نبوده و تنها می‌تواند بر اساس قاعده دارا شدن بدون جهت اقدام به دریافت اجرت نماید که این امر با جنبه حمایتی حقوق کار مغایر است؛ از این رو بطلان را از تاریخ کشف مؤثر دانسته‌اند. در حقوق ما نیز به تبعیت از نظر مزبور و با استدلال مشابه (عدم شمول مزایای راجع به مزد در صورت پرداخت اجرت‌المثل، عدم حاکمیت مقررات کار بر رابطه بین طرفین در صورت انتفای قرارداد و جنبه حمایتی حقوق کار) اثر بطلان را متفاوت از قواعد عمومی اعلام نموده‌اند. به رغم نظر مزبور، مهمترین هدف دیدگاه ارائه شده به پرداخت مزد و مزایای مربوط به آن برمی‌گردد که به نظر نویسندگان این مقاله جهت رفع این مشکل، می‌توان به قاعده «ضمان ید» و قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» استناد نمود و بنابراین آنچه که کارفرما می‌بایست به کارگر پرداخت نماید اجرت مقرر شده در قرارداد است نه اجرت واقعی و با توجه به ماده ۳۶۶ قانون مدنی پرداخت مزد و مزایای قانونی مربوط به عقد صحیح، بر ذمه کارفرما به رغم اثر قهقرایی بطلان قرار می‌گیرد. همچنین، با مذاقه در مواد مربوط به مجازات‌های قانون کار می‌توان اراده قانون‌گذار را در بطلان به معنای حقوق مدنی استنباط کرد زیرا به هیچ وجه به اثر کشف بطلان اشاره نشده و صریحاً به

پرداخت حقوق کارگر که گفتیم اعم از مزد و بیمه می‌باشد اشاره نموده است. از طرفی، عدم رعایت مقررات امری کار مانند بهداشت، حفاظت، ساعات کار و دیگر موارد مصرح در قانون کار، از سوی مقنن جرم‌انگاری شده که کارفرما مکلف است به صرف استخدام کارگر، این موارد را رعایت نماید و بدیهی است که قراردادهای خصوصی اعم از صحیح و باطل نمی‌تواند مجوزی برای نادیده گرفتن این تکالیف امری شود. بدین‌سان، هر چند نتیجه هر دو دیدگاه یکی است اما نحوه استناد و استدلال در جهت توجیه آنها متفاوت می‌باشد. در حقوق فرانسه و مصر نیز نویسندگان رعایت این مقررات را حتی در صورت بطلان قرارداد تکلیف کارفرما دانسته‌اند. روشن است که اعمال قاعده «ما یضمن» به نفع کارگر جاهل به بطلان معامله و در نتیجه با حسن‌نیت ممکن است. چنانچه قرارداد کار همراه با علم (سوءنیت) باشد قاعده مجرا نیست که این امر، حداقل در دو فرض قابل بررسی است. چه، محتمل است کارگری با سوءنیت، خود را شخص مدنظر کارفرما معرفی نماید و از این حیث اشتباه در شخص که علت عمده عقد نیز بوده پدید آید و قرارداد کار با بطلان مواجه گردد. در این فرض باید متذکر گردید که درست است فلسفه حقوق کار حمایت از طبقه کارگر می‌باشد اما این موضوع تنها به عنوان یک اولویت مدنظر قانون‌گذار بوده و از این‌رو صرف این اولویت نمی‌تواند موجب نادیده گرفتن سایر مقررات و قواعد حقوقی گردد. بدین‌سان، سوءاستفاده اشخاص نمی‌تواند مبنای حمایت‌های قانون کار قرار گیرد پس بطلان در این فرض مانند حقوق مدنی دارای اثر قهقرایی است. همچنین، ممکن است موضوع فعالیت کارگر امری نامشروع بوده و یا اینکه جهت رابطه کار غیرمشروع باشد و در این فرض نیز مانند مورد پیش و با همان استدلال ارائه شده، بطلان دارای اثر قهقرایی بوده و نمی‌توان با توسل به حيله از حمایت‌های قانونی استفاده نمود. در حقوق ایتالیا، آلمان و لوکزامبورگ نیز به عدم اثر کاشف (آتیه‌ای) بطلان در این موارد اشاره کرده‌اند. در مقابل، ممکن است در مواردی به واسطه عدم رعایت برخی مقررات امری کار، مانند انعقاد عقد با افراد زیر ۱۵ سال، قرارداد با بطلان مواجه شود که در این فرض نیز بایسته است مانند حقوق فرانسه، در راستای عدم سوءاستفاده کارفرما و همسو با روح مقررات کار گام برداشت. بدین‌سان، اثر بطلان نسبت به روابط گذشته کارگر و کارفرما معطوف

نمی‌شود که این خود صرف‌نظر از استدلال فقهی و حقوقی مذکور دال بر پرداخت مزد و مزایا به کارگر، می‌تواند به عنوان استثنای دیدگاه اثر قهقرایی کامل در نظر گرفته شود. در خصوص استناد به بطلان قابل ذکر است که هر گاه کارفرما سبب بطلان قرارداد شده باشد اقامه دعوی بطلان از جانب وی قابل پذیرش نیست همچنان که در رویه قضایی فرانسه نیز بر این باب رأی صادر شده است.

یادداشت‌ها

۱. از این پس: ق.ک.
۲. از این پس: ق.م.
۳. گفتنی است که در این نوشتار تمامی مصادیق بطلان قرارداد کار مورد بررسی قرار نخواهد گرفت بلکه برای تعیین زمان تأثیر بطلان و آثار آن بر حسب ضرورت و مورد، به برخی از این مصادیق پرداخته می‌شود.
۴. قابل ذکر است که عدم رعایت مقررات امری کار همواره و در تمام موارد سبب بطلان قرارداد کار نمی‌شود بلکه مقرراتی که با انعقاد قرارداد ارتباط دارند می‌تواند ضمانت اجرای مزبور را داشته باشد.
5. German Civil Code.
6. Section 812: Claim for restitution
 - (1) A person who obtains something as a result of the performance of another person or otherwise at his expense without legal grounds for doing so is under a duty to make restitution to him. This duty also exists if the legal grounds later lapse or if the result intended to be achieved by those efforts in accordance with the contents of the legal transaction does not occur.
 - (2) Performance also includes the acknowledgement of the existence or non-existence of an obligation.
۷. اما در مواردی قائل به ناقل بودن تأثیر بطلان از زمان انعقاد قرارداد شده‌اند که در ادامه بدان اشاره خواهد شد.
۸. برای مثال در مورد قرارداد کارآموزی (ماده L.117-2 و بعد از قانون کار)، استخدام کارگران خارجی (ماده L.341-1 و بعد) و غیره...
۹. در ادامه در این باره سخن خواهیم گفت.
۱۰. ایراد گرفته‌اند که پرداخت خسارت ناشی از دارا شدن بلاجهت ممکن است از مزد مقرر شده در قرارداد کمتر باشد.

۱۱. این ماده مقرر می‌دارد: «بیع فاسد اثری در تملک ندارد».
۱۲. ماده ۸ ق.ک. در این خصوص مقرر می‌دارد: «شروط مذکور در قانون کار یا تغییرات آن در صورتی نافذ خواهد بود که برای کارگر مزایایی کمتر از امتیازات مقرر در این قانون منظور ننماید».
۱۳. ماده ۳۴ ق.ک. «کلیه دریافت‌های قانونی که کارگر به اعتبار قرارداد کار اعم از مزد یا حقوق، کمک عائله‌مندی... دریافت می‌نماید را حق‌السعی می‌نامند».
۱۴. متخلفان از هر یک از موارد مذکور در مواد (۵۲) - (۶۱) - (۷۵) - (۷۷) - (۷۹) - (۸۳) - (۸۴) و (۹۱) برای هر مورد تخلف حسب مورد علاوه بر رفع تخلف یا تأدیه حقوق کارگر یا هر دو در مهلتی که دادگاه با کسب نظر نماینده وزارت کار و امور اجتماعی تعیین خواهد کرد، به ازای هر کارگر به ترتیب ذیل محکوم خواهند شد:
 - ۱- برای تا ۱۰ نفر، ۲۰۰ تا ۵۰۰ برابر حداقل مزد روزانه یک کارگر.
 - ۲- برای تا ۱۰۰ نفر نسبت به مازاد ۱۰ نفر، ۲۰ تا ۵۰ برابر حداقل مزد روزانه یک کارگر.
 - ۳- برای بالاتر از ۱۰۰ نفر نسبت به مازاد ۱۰۰ نفر، ۱۰ تا ۲۰ برابر حداقل مزد روزانه یک کارگر.در صورت تکرار تخلف، متخلفان مذکور به حبس از ۹۱ روز تا ۱۸۰ روز محکوم خواهند شد.
۱۵. البته در خصوص استناد به این قاعده بسیاری از نویسندگان آن را پذیرفته‌اند و در عین حال، برخی دیگر استناد بدان را بی‌اساس و پوچ می‌دانند.
۱۶. «هرگاه کسی به بیع فاسد، مالی را قبض کند، باید آن را به صاحبش رد کند و اگر تلف یا ناقص شود، ضامن عین و منافع آن خواهد بود».
۱۷. «علی الید ما اخذت حتی تؤدی».
۱۸. در این راستا می‌توان از جمله به مواد ۱۷۶ و ۱۷۷ ق.ک. استناد نمود.
۱۹. البته گفتنی است که منظور از شخصیت در اینجا را نباید صرف هویت مادی طرف در نظر گرفت چه مجموعه اوصاف و ویژگی‌هایی که باعث تمایز افراد از یکدیگر می‌شود ذیل عنوان شخصیت تعریف می‌شود.

کتابنامه

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۱۹ق). *محصل المطالب فی تعلیقات علی‌المکاسب*. بی‌جا: بی‌نا.
۲. اسلامی‌پناه، علی و کریمی، هادی (۱۳۸۵). «قرارداد اجاره بدون مدت». *مجله دانشکده*

- حقوق و علوم سیاسی، (۷۲). صص. ۳۹-۶۳.
۳. انصاری، مرتضی (۱۳۹۶). مکاسب. ترجمه محمد مسعود عباسی زنجانی. قم: دارالعلم.
۴. انصاری، مرتضی (۱۴۱۸ق). مکاسب. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۵. بادینی، حسن و شکوهی مشهدی، بهنام (۱۳۹۹). «تأملی پیرامون ثبوت و اثبات در قرارداد کار با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه». مجله حقوقی دادگستری، ۸۴(۱۱۱)، صص. ۲۳-۴۵.
۶. بجنوردی، سید محمد حسن (۱۴۲۴ق). القواعد الفقهیه. قم: انتشارات دلیل ما.
۷. براتی‌نیا، محمود (۱۳۸۲). دیدگاه‌های نو در حقوق کار. تهران: فکر سازان.
۸. بزرگمهر، امیرعباس و مهرانی، غزال (۱۳۹۵). اصلاحات در قانون تعهدات فرانسه. تهران: انتشارات دانشگاه عدالت.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۰. خمینی، مصطفی (۱۳۸۵). تحریرات فی الفقه: کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).
۱۱. داراب‌پور، مهرب (۱۳۹۰). مسئولیت‌های خارج از قرارداد (ویرایش ۲). تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۱۲. داراب‌پور، مهرب (۱۳۹۲). حقوق بیع داخلی. تهران: جنگل.
۱۳. شهیدی، مهدی (۱۳۸۴). تشکیل قراردادهای و تعهدات. تهران: مجد.
۱۴. شهیدی، مهدی (۱۳۹۶). اصول قراردادهای و تعهدات (ویرایش ۷). تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۱۵. صفایی، سیدحسین (۱۳۹۳). قواعد عمومی قراردادهای (ویرایش ۱۹). تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۱۶. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۱۰ق). حاشیه بر مکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۷. عراقی، سیدعزت‌الله (۱۳۹۳). حقوق کار (ویرایش ۱۴). تهران: سمت.
۱۸. عراقی، سیدعزت‌الله (۱۳۹۶). حقوق کار (ویرایش ۱۸). تهران: سمت.
۱۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). قواعد عمومی قراردادهای. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲). اعمال حقوقی: قرارداد - ایقاع (ویرایش ۱۰). تهران: شرکت انتشار.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۲۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). عقود معین (ویرایش ۱۴). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۳. مصطفوی، محمدکاظم (۱۴۲۱ق). القواعد (مائه قاعده فقهیه معنی و مدرک و مورد). قم:

مؤسسه نشر اسلامی.

۲۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). *القواعد الفقهیه*. قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین (علیه‌السلام).
۲۵. مودن‌زادگان، حسنعلی و غلامعلی‌زاده، حسن (۱۳۸۸). «بررسی تحلیلی جایگاه تفسیر شک به نفع متهم در حقوق کیفری». *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، ۱۰(۳۰). صص. ۱۵۹-۱۴۱.
۲۶. هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۶). *حقوق کار*. تهران: میزان.

27. Boldt, G.; Camerlynck, G.; Horion, P.; kayser, A.; Levenbach, M. G. and Mengoni, L. (1965). *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C. E. C. A.* Paris: Dalloz.
28. Camerlynck, G. H. & Lyon-Cean, Gerard (1975). *Droit du Travail (ed 7e)*. Paris: Dalloz.
29. Camerlynck, G. H. (1968). *Contrat de travail, traite de droit du travail*. Paris: Dalloz.
30. Camerlynck, G. H. (1973). *Contrat de travail, traite de droit du travail*. Paris: Dalloz.
31. DHennin, Severine (2001). *La nullité du contrat de travail*. (Unpublished Doctoral Dissertation). Universite de lille 2-droit et santé.
32. GHestin, Jacques (1972). *Droit du Travail (ed c)*. Paris: Sirey.

تحولات قانون گذاری کیفری جمهوری اسلامی در مورد حبس

با رویکرد فقهی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۴/۲۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۲۴

نوع مقاله: پژوهشی

غلامحسین الهام*

امیر وطنی**

محبوبه حسن زاده لیلاکوهی***

چکیده

از پیروزی انقلاب اسلامی تا کنون، مجازات حبس در نظام حقوق کیفری ایران با تحولات فراوانی مواجه بوده و اگرچه در حال حاضر شایع ترین واکنش کیفری به جرائم در نظام حقوق کیفری جمهوری اسلامی به شمار می آید، اما همچنان محل نظر و مشروعیت آن محل مناقشه است. فقههای امامیه در مشروعیت حبس به عنوان تعزیر و حدود آن آرای متکثری به دست داده اند که محل نظر و قابل بازخوانی است. رسالت نخستین این جستار، واکاوی آرای فقها در خصوص مشروعیت و حدود اعمال این کیفر است که پس از طرح، دیدگاه مختار درباره عدم مشروعیت کیفر حبس یافت شده است. با اثبات این امر، تئوری جدیدی در نظام کیفری کشور حاکم خواهد شد و آن تئوری استفاده حداقلی از مجازات زندان در امر تعزیرات است. مطابق با این نظریه، قانون گذار در تعزیرات این کیفر را به صورت محصور و در مواقع ضرورت تعیین نموده و امکان توسعه آن به دامنه وسیعی از جرائم را ندارد. رویکرد استدلالی این مقاله، تلاش برای تأمین هم زمان معنای لغوی و مفهوم قرآنی - روایی واژه حبس و نیز مبنای گرای و مقصد محوری در تفسیر نصوص و توجه به فلسفه تشریح مجازات خواهد بود. تحولات قانون گذاری کیفری جمهوری اسلامی در زمینه حدود به کارگیری کیفر زندان نیز در جستار پیش رو، با نگاهی نقادانه تحلیل شده است.

واژگان کلیدی: تعزیر، حبس، زندان، شرع، کیفر، نظام حقوق کیفری ایران.

* دانشیار، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

dr.elham@ut.ac.ir

** استادیار، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.

vatani@khu.ac.ir

*** دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزا، گروه حقوق، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

Mah.hasanzadeh@yahoo.com

مقدمه

بدون تردید بعد از پیروزی انقلاب اسلامی یکی از ضروری‌ترین و فوری‌ترین کارهایی که باید صورت می‌گرفت پیاده‌سازی قوانین اسلامی و اجرایی کردن سیستم قضائی اسلام در محاکم بود که این مهم در اصول چهارم، هفتاد و دوم، نود و یکم و یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد تأکید قرار گرفته است. بر این اساس از همان سال‌های ابتدایی پیروزی انقلاب اسلامی برای تدوین قوانین کیفری اسلامی و جایگزین نمودن آن‌ها با قوانین موجود اقدام گردید. در خصوص حدود و قصاص و دیات، قوانین لازم تدوین شد و بدون هیچ مشکلی به تصویب مجلس شورای نگهبان رسید. اما در مورد تعزیرات از همان روزهای نخست که در قوانین متفرقه و بعدها در قانونی تحت عنوان قانون تعزیرات بنا بر تنظیم مجازات تعزیری گذاشته شد، اختلاف نظر فقهی پدیدار شد و تا کنون نتیجه مطلوب و رویه واحد صحیحی در این خصوص اتخاذ نشده است و دستگاه قضائی و نتیجتاً مردم از این بابت لطمات زیادی را متحمل شده‌اند. یکی از این اختلافات، تعیین کیفر حبس به عنوان یکی از کیفرهای رایج تعزیری در قانون بود. چرا که برخی معتقد بودند که حبس به عنوان مجازات تعزیری از مشروعیت برخوردار نیست.

قبل از بحث در خصوص مشروعیت کیفر حبس تعزیری و ریشه‌یابی اختلاف فقها در این خصوص، بازخوانی سابقه تعیین کیفر حبس تعزیری و اشکال شورای نگهبان به آن ضروری است.

۱. مروری بر سابقه تعیین کیفر حبس تعزیری

در آن هنگام که لایحه تعزیرات ۱۳۶۲ در دست تهیه و بررسی بود موارد زیادی از آن از طرف شورای نگهبان مورد ایراد شرعی قرار گرفت. از جمله ایرادات مهم که بر این لایحه گرفته شد، مسئله تعیین کیفر تعزیری از جمله زندان بود (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۰، ص. ۶۱۲).

رویکرد فقهی آن زمان از سوی فقهای شورای نگهبان آن بود که تعزیر باید ضرورت پیدا کند و این ضرورت در تأمین هدف اصلاح و بازدارندگی قابل تحقق است. بر این اساس چنانچه قاضی با بازدارنده‌هایی همچون وعظ و تذکر و توبیخ و یا

برخی محرومیت‌های محدود اجتماعی به هدف تربیتی و بازدارندگی نائل شود، تعزیر کیفری ضرورت نداشته و جواز آن نیز محل تردید است.

فقه‌های شورای نگهبان اصرار داشتند که کمیسیون قضائی مجلس شورا باید قوانین را متناسب با جرم‌ها با رعایت شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب جرم و مراتب تأدیب از وعظ و توبیخ و تهدید و درجات تعزیر تنظیم نماید و باید وعظ و توبیخ و تهدید جزء مجازات‌ها در قانون ذکر شود (مهرپور، ۱۳۶۸، ص. ۵۳)، اما در مجلس و کمیسیون قضائی، عده‌ای با این روش قانون‌گذاری مخالف بودند و آوردن وعظ و ارشاد و توبیخ را جزء مجازات‌ها در قانون صحیح نمی‌دانستند و لذا فرمول دیگری را پیدا کردند و آن اینکه مجازات را همان حبس، شلاق و یا جریمه با بیان حداقل و اکثر تعیین کردند و قاضی را ملزم ساختند که در تعیین مجازات، امکانات و شرایط خاطی و... را در نظر بگیرد. فقه‌های شورای نگهبان این روش را کافی نمی‌دانستند و چون در متن قانون، مجازات متناسب با جرم از شلاق و زندان... تعیین شده بود و مراتب وعظ و توبیخ و تهدید در قانون رعایت نشده بود، قانون را ناقص می‌دانستند (مهرپور، ۱۳۶۸، ص. ۵۴).

این اختلاف نگرش سبب شد که اولین قانون تعزیرات در سال ۱۳۶۲ به تأیید نهایی شورای نگهبان نرسد و سال‌ها در هاله‌ای از ابهام و تردید شرعی اجرا شود.^۱ به‌رغم نظرات فوق در قانون مزبور زندان به عنوان مجازات تعزیری در موارد مختلف مورد پذیرش واقع شد. برای نمونه در ماده ۱ این قانون برای جرم اسباب چینی به زیان دولت جمهوری اسلامی ایران یک تا ده سال زندان به عنوان تعزیر تعیین شد. یا در ماده ۱۱۳ برای تهدید به قتل و... مجازات شلاق تا ۷۴ ضربه یا زندان از دو ماه تا دو سال تعیین گردید.

با تصویب قانون تعزیرات در سال ۱۳۷۵ به طور دائم، اتکای بر حبس افزایش یافت. اگرچه این بار شورای نگهبان این قانون را تأیید کرد، لکن تأیید شورا مبتنی بر ماده ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی مصوب همان سال بود. این ماده اختیار موسعی به قضات می‌داد که بدون هیچ محدودیتی بتوانند از جایگزین‌های اجتماعی به جای کیفر استفاده کنند و در اعمال نهادهای ارفاقی همچون تعلیق بدون محدودیت بتوانند اقدام کنند.

اگرچه این ماده یک ماده صوری باقی ماند و فقط توانست قانون تعزیرات را از صافی نظارت فقهی عبور دهد و در حقیقت به لحاظ نظری پایه مشروعیت تعزیرات معین قانونی شده و حجیت قاعده بما یراه الحاکم را ساقط نکند، ولی کمتر قاضی جرئت استفاده از آن را به خود می‌داد. نهایتاً به گونه‌ای مبهم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ این ماده نسخ صریح شد و همچنان حبس به عنوان مجازات برای اکثر جرایم تعزیری در نظر گرفته شد.

این توسعه حبس‌گرایی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در حالی صورت گرفت که رئیس اسبق قوه قضائیه (مرحوم آیت‌الله شاهرودی) در دوران ریاست خود بر این قوه، گفتمان حبس‌گری را از کیفرهای تعزیری به شدت ترویج می‌کرد و در اجرای آن با تعیین لوایح جایگزین‌های حبس بر آن اهتمام نموده و دایم قضات را به پرهیز از حبس، ترغیب و گاهی انذار می‌داد. هرچند این گفتمان به کاهش جمعیت کیفری زندان منجر شد ولی با رویکرد حاکم بر قانون سال ۱۳۹۲ به نظر عقیم ماند.

آخرین تلاش قانون‌گذار برای کاهش مجازات حبس، تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری بوده که به تأیید نهایی رسیده و اکنون لازم‌الاجراست. اما نکته قابل توجه در این اقدام قانون‌گذار توجه به عدم مشروعیت حبس می‌باشد که در مقدمه طرح کاهش مجازات حبس به آن اشاره است. در ادامه صحت و سقم این نظر قانون‌گذار مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲. تحلیل نظر قانون‌گذار در عدم مشروعیت حبس

نظر قانون‌گذار در خصوص عدم مشروعیت حبس تعزیری از جمله مباحث اختلافی در میان فقهای شیعی است لذا در نخستین گام، باید ریشه و خاستگاه این اختلاف شناسایی شود.

۲-۱. ریشه‌یابی اختلاف فقهای امامی در خصوص مشروعیت کیفر حبس تعزیری

کنکاش و مطالعات نگارنده در نصوص شرعی - به ویژه روایات - و متون فقهی، این نتیجه را در پی داشته که علت این اختلاف، محدود به دو عامل است: عامل نخست، تفاوت در مفهوم‌شناسی حبس و سجن و تمییز دو عنوان پیش‌گفته از یکدیگر و دومین

عامل، اختلاف در تعیین و تحدید قلمرو اعمال آنها در مقایسه با یکدیگر. هر کدام از این دو عامل، در ادامه به صورت جداگانه طرح و تبیین خواهند شد.

۲-۱-۱. مفهوم‌شناسی حبس و زندان

شاید در نگاه نخست، تصور شود که این دو واژه در متون استدلالی فقه امامیه به یک معنا گرفته شده‌اند؛ ولی این نتیجه‌گیری ابتدایی، با دقت نظر بیشتر در متون فقهی و به ویژه تأمل در اختلاف فقهی راجع به مشروعیت کیفر زندان مخدوش می‌شود. چه آنکه مفهوم حقوقی حبس و زندان و به ویژه، موارد کاربرد آن دو واژه در نصوص شرعی، محلّ تکثر و تفاوت تفسیرهای فقهی واقع گردیده است. از این رو، لازم است ماهیت حقوقی کیفرهای پیش‌گفته و قلمروی اعمال آنها تبیین و واکاوی شود. در این راستا، مباحث آتی در دو سطح مطرح خواهند شد:

یکی شکل موجود در نصوص شرعی و متون فقهی و دیگری، نظر نگارنده برای تبیین شکل مطلوب.

الف. معنای لغوی حبس و سجن (زندان) و تأثیر آن بر موضوع

درباره معنای موضوع‌له دو واژه حبس و سجن (زندان) یا همان مفهوم لغوی آنها، سخن بسیار گفته شده و در این مقال، تکرار مکررها روا نیست. پس صرفاً به بیان نظر برگزیده در این خصوص پرداخته می‌شود و مهم‌تر از آن، تأثیر تشخیص و تعیین معنای لغوی بر موضوع اصلی در این جستار، تبیین می‌گردد.

با بررسی متون اصیل زبان عربی - مانند قرآن کریم (به عنوان نمونه: مائده/ آیه ۱۰۶ و هود/ آیه ۸) می‌توان دریافت که ریشه اصلی معنای حبس، مفهومی است که در زبان پارسی از آن به منع (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص. ۱۲۸؛ صاحب بن عبّاد، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۴۹۶ و فیروزآبادی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۲۱۳) تعبیر شده است. به نظر می‌رسد که دیگر معانی یاد شده از سوی لغت‌شناسان برای این واژه (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص. ۴۴؛ جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص. ۹۱۵ و راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۲۱۶) در همان معنای مورد‌گزینش نگارنده ریشه داشته باشند. دلیل این مدعا که معنای موضوع‌له واژه یاد شده مفهوم پیش‌گفته است، اطّراد است که از علائم حقیقت

به‌شمار می‌آید. گواه بر وجود اطّراد مورد ادّعا نیز فراوانی استعمال آن در معنای مورد گزینش، در متون اصیلی چون قرآن است که پیشتر به برخی از موارد استعمال به‌عنوان نمونه اشاره رفت.

دانشمندان لغت‌شناس برای واژه سجن معنای زندان را ذکر کرده‌اند (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۱۳۳؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۳۹۸ و فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۶، ص. ۵۶).

پس از بررسی کوتاه لغوی پیرامون دو واژه مورد بحث و جلب توجه به این نکته که مفهوم لغوی حبس مهم‌تر و بیشتر مورد اختلاف است، در بیان تأثیر تشخیص معنای موضوع‌له آنها بر موضوع این جستار - که این تأثیر در ادامه و در خلال مباحث پسین، بیشتر نمود خواهد یافت - باید دو امر را برشمرد: نخست، پیوسته یا - دست‌کم - در اغلب موارد، مفهوم اصطلاحی واژگان در شاخه‌های گوناگون علوم، پیوندی ژرف با مفهوم لغوی خود دارند. پس در شناخت معنای شرعی حبس و سجن باید با لحاظ معنای لغوی، نصوص را تفسیر کرد. دوم، اینکه ویژگی‌های زبانی و قرائت‌های مختلف ادبی - لغوی، از مهم‌ترین اسباب اختلاف در تفسیر فقهی نصوص شرعی و به تبع آن، اختلاف دیدگاه‌های حقوقی در حقوق اسلام (به‌ویژه در بخش جزائیات) دانسته شده است (دارابی، ۱۳۹۲، صص. ۱۳۷-۱۳۸). از همین رو، یکی از مهم‌ترین علت‌های اختلاف در قلمرو اعمال کیفر زندان در فقه، اختلاف ادبی در خصوص مفهوم لغوی و اصطلاحی دو واژه مورد بررسی و تأثیر این اختلاف بر نحوه تفسیر نصوص جزایی است.

ب. مفهوم‌شناسی اصطلاحی و تعریف حقوقی حبس و سجن

پس از اینکه ریشه مفهوم لغوی دو واژه «حبس» و «سجن» و تأثیر این مفهوم بر موضوع حدود اعمال کیفر زندان روشن شد، اینک باید دید در اصطلاح فقهی و در نصوص کیفری اسلام (قرآن کریم و سنت گفتاری پیشوایان معصوم)، این دو واژه چه مفهوم محصلی دارند.

واژه حبس در قرآن کریم (برای نمونه: مائده/ آیه ۱۰۶ و هود/ آیه ۸) به معنای ایقاف یعنی متوقف ساختن و باز ایستاندن گرفته شده است (زمخشری، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص.

۶۸۷؛ طبرسی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۳۸۵؛ فاضل مقداد، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۹۷؛ فیض کاشانی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص. ۹۴ و مقدس اردبیلی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۴۵۷) که با معنای لغوی آن که همان منع از آمد و شد آزادانه می‌باشد، ملازمه دارد. و واژه سجن (برای نمونه: یوسف/ آیه ۳۳) به معنای زندان گرفته شده است (طباطبایی، ۱۳۶۳، ج ۱۱، ص. ۱۵۲؛ طبرسی، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۳۹۸؛ طبری، ۱۴۱۲ق، ج ۱۳، ص. ۱۴۳ و طوسی، بی‌تا، ج ۷، ص. ۱۳۴) به نظر می‌رسد واژه حبس و سجن در روایات، با عنایت و ارادت ویژه امامان حق و هدایت به ادبیات اصیل و بلیغ قرآنی‌گزینش شده است. بنابراین مفهوم شرعی واژه حبس در نصوص، مطلق محدود ساختن و مفهوم شرعی واژه سجن، زندان است. بنابراین - چنان‌که دیده می‌شود - منبع اصیل و مرجع برای شناخت مفهوم شرعی حبس و سجن (زندان)، قرآن کریم است.

بعد از اینکه به تفاوت مفهومی این دو واژه اشاره رفت. باید دید تعریف حقوقی این دو واژه و خاستگاه گسترش قلمرو کیفر زندان در چیست؟

در منابع فقهی تمایز بین حبس و سجن به صراحت بیان نشده اما برخی از محققین همچون مرحوم میرزای قمی در مقایسه این دو لفظ بیان کرده‌اند که:

«حبس اعم از سجن است. سجن به کسر سین به معنای مکان معین و سجن به فتح به معنی زندانی کردن است در حالی که حبس به معنای مصدری، مطلق منع و بازداشت نمودن و سلب آزادی و محدود و محصور کردن است» (میرزای قمی، ۱۳۲۴ق، ص. ۳۳۶).

مرحوم کتّانی از علمای برجسته قرن چهاردهم نیز به نقل از ماوردی در الاحکام السلطانیة آورده است:

«حبس شرعی همان زندانی کردن (سجن) در یک مکان تنگ نیست بلکه عبارت است از منع شخص از تصرفات آزادانه، خواه در خانه باشد یا در مسجد یا اینکه خصم یا وکیل او ملازم و همراه وی باشد» (کتّانی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۲۴۶).

آیت‌الله خالصی نیز در کتاب احکام المحبوسین آورده است:

«تعبیر از حبس به سجن که اصطلاح خاص زندان‌های رسمی حکومتی است انصراف از معنای حقیقی به معنای مجازی است که صحت آن نیاز به قرینه اقوی دارد که باید در کلام معصومین (علیهم‌السلام) ذکر شده باشد در حالی که کلام ایشان خالی

از چنین قرینه‌ای است و این خود قرینه است بر اینکه منظور از حبس تضییق و محدودسازی است چه در باغ باشد یا در منزل وسیع و...» (خالصی، ۱۴۱۳ق، صص. ۳۰-۳۱).

برخی از فقها نیز بدون تصریح در تفاوت حبس و سجن، حبس را به گونه‌ای تعریف کرده‌اند که مؤید تمایز پیش گفته است (سبحانی، ۱۳۶۲، ص. ۴۶۲ و منتظری، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۴۳۴).

آیت‌الله نجفی (صاحب جواهر، بی‌تا، ج ۲۵، ص. ۲۸۱) و علامه مجلسی اول (مجلسی، ۱۴۰۶ق. الف، ج ۶، ص. ۸۴) حبس را بر منع از تصرف و مرحوم مقدس اردبیلی آن را بر مراقبت حمل نموده‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص. ۱۳۶).

دقت در الفاظ قرآن و کلام فقها مشخص می‌سازد در حبس، مکان موضوعیت ندارد. اما از آنجا که یکی از مصادیق منع کردن، جلوگیری از تصرف از طریق قرار دادن شخص در محلی است که برای این کار مهیا شده برخی به تسامح آن را به معنای زندان گرفته‌اند (سپهری، ۱۳۷۳، ص. ۷۴ و وائلی، ۱۳۶۷، ص. ۱۱) در واقع برخلاف آنچه تصور غالب افراد است دو واژه سجن و حبس به یک معنا نیستند بلکه رابطه بین این دو واژه، عموم و خصوص مطلق است. بدین معنا که هر سجنی حبس محسوب می‌شود زیرا با قرار گرفتن فرد در زندان برای وی منع در رفت‌وآمد آزادانه ایجاد می‌شود اما هر حبسی لزوماً سجن نیست از همین رو است که برخی از بزرگان سجن را به حبس معنا کرده‌اند (صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۹، ص. ۲۵۶ و مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ج ۵، ص. ۵۹) اما حبس به سجن معنا نشده است.

علی‌رغم آنچه از تفاوت معنایی دو واژه سجن (زندان) و حبس در کتاب و سنت و منابع فقهی بیان گردید به نظر می‌رسد در عمل، به این تفاوت، پایبندی چندانی نشان داده نشده است. یکی از گواهان این مدعا گسترش بی‌رویه کیفر زندان به عنوان کیفر رایج تعزیری است. این مسئله، دقیقاً موضوع مورد بررسی در این مقاله را تبیین می‌کند. این ترسیم شکل موجود بود. حال، در تبیین شکل مطلوب، شاید بتوان گفت که برای گریز از گسترش بی‌رویه کیفر زندان باید بین مفهوم واژه حبس و زندان تفکیک قائل شد و بر پایه این تفکیک، حبس را مجازات اولیه و زندان را مجازات ثانویه تلقی کرد. بر این اساس می‌توان گفت حبس به معنای محدود ساختن شخص و منع

او از دخالت و تصرف در امور خویش به عنوان کیفر شرعی اصلی و اولی است که شارع آن را برای حمایت از جامعه در برابر هر ارتکاب جرمی مشروع دانسته است. در این معنا ویژگی‌های مکان حبس مدخلیتی ندارد و به هر وسیله مشروع از جمله دست‌بندهای الکترونیک با لحاظ تناسب با جرم و شرایط فردی و اجتماعی و دخالت عناصر زمانی و مکانی، با محوریت مصلحت قابل اعمال است. اما سجن (زندان) به عنوان مجازات اصلی مشروعیت ندارد بلکه در سطح محدود و به حکم اضطرار تشریح شده و تنها در موارد استثنائی و به عنوان کیفر ثانویه جایز دانسته شده است.

به نظر می‌رسد همین راه‌حل، گره‌گشای معضل زندان محوری باشد. ناگفته نماند که تفکیک مذکور، مقاصد و اهداف شارع را نیز بیشتر تأمین کرده و تفسیر مقصدمحور را به جای تفسیر مقصدگریز می‌نشانند.

۲-۱-۲. اختلاف در تعیین و تحدید قلمرو اعمال کیفر زندان

یکی دیگر از نشانه‌های اختلاف‌های فقهی در موضوع این جستار، اختلاف در تعیین و تحدید قلمرو اعمال کیفر زندان است. آیت‌الله موسوی گلپایگانی کیفر زندان را جز در موارد منصوص، غیرمشروع دانسته است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۱۵۵). آیت‌الله صافی گلپایگانی نیز جواز کیفر زندان به عنوان مجازات تعزیری را استثناء دانسته و در موارد محدود جایز می‌شمارد (صافی گلپایگانی، ۱۴۰۴ق، صص. ۱۴۶-۱۴۷) در حالی که آیت‌الله طیبی موارد زندان را در ۱۴ باب بر شمرده و آن را به عنوان کیفر رایج تعزیری جایز دانسته است (طیبی، ۱۴۱۶ق، ص. ۵۵۰) آن‌گونه که قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ نیز همین دیدگاه واپسین را اختیار کرده است.

در مجموع و در یک نگاه کلی، می‌توان پذیرفت که مهم‌ترین دلیل اختلاف در تعیین حدود اعمال کیفر زندان اختلافی است که پیشتر از این بیان شد یعنی اختلاف در اینکه کیفر زندان به عنوان کیفر اولیه مشروعیت دارد و یا کیفر ثانویه است؟ اگر مورد نخست احراز شود قلمرو اعمال آن به هر جرم تعزیری قابل تعمیم خواهد بود و اگر مورد دوم احراز گردد قلمرو آن محدود به موارد اضطرار خواهد شد.

برای روشن شدن مسئله، باید موارد اعمال کیفر سجن (زندان) به عنوان مجازات

تعزیری در صدر اسلام مورد بررسی قرار گیرد:

سجن (زندان) در قرآن کریم به عنوان یک مجازات شرعی به کار نرفته اما در منابع روایی، در دو مورد به عنوان مجازات تعزیری تجویز شده است:

الف. در مورد کسی که فردی را نگه داشته و دیگری او را کشته است که در روایت آمده است: «... فِي الَّذِي أُمْسَكَ أَنْ يُسَجَّنَ حَتَّى يَمُوتَ»؛ و کیفر ممسک آن است که زندانی شود تا بمیرد (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص. ۴۹ و نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۸، ص. ۲۲۷).

ب. در مورد کسی که دیگری را اکراه بر قتل شخصی ثالث می‌کند که در روایت آمده است: «... وَ يُجَسَّسُ الْأَمْرُ بِقَتْلِهِ فِي السَّجْنِ حَتَّى يَمُوتَ»؛ و آمر به قتل در زندان نگاه داشته شود تا بمیرد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۲۸۵ و مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص. ۳۵).

اگرچه در هر دو مورد یاد شده، حکم به زندان موبد شده اما با بررسی دو مصداق فوق می‌توان به ضابطه‌ای خاص در خصوص اعمال کیفر زندان در اسلام دست یافت. و آن ضابطه خطرناک بودن مجرم است. کسی که فرمان قتل دیگری را صادر نموده و یا کسی که امساک در قتل کرده، عمل وی بی‌شبهت به خود قاتل نیست، چرا که حیات یک انسان را به سخره گرفته است. از این رو ادامه حضور چنین فردی در جامعه خطری بالقوه برای سایر افراد جامعه است. رفتار چنین شخصی نه در حدی است که سزاوار سلب حیات باشد و نه تازیانه درخور عمل وی می‌باشد.

بر این اساس می‌توان گفت اسلام برای هر جرمی، زندان را به عنوان مجازات تعزیری پیش‌بینی نکرده بلکه آن را در موارد بسیار محدود تجویز نموده و مختص اشرار و کسانی قرار داده است که امنیت جامعه را به خطر می‌اندازند. در خصوص سارق حدی که پس از دو بار مجازات، مجدداً مرتکب سرقت حدی می‌گردد در روایت آمده است: «أَسْتَوْدِعُهُ السَّجْنَ أَبَدًا وَ أُغْنِي عَنِ النَّاسِ شَرَّهُ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۲۲۲) یعنی او را برای ابد زندانی می‌سازم و شرش را از مردم دور می‌کنم. از قسمت اخیر روایت چنین بر می‌آید که زندانی کردن مجرمانی مجاز دانسته شده که دارای حالت خطرناک بوده و چنانچه زندانی نگردند به دیگران صدمه و آسیب وارد می‌سازند.

بر همین اساس برخی نظیر آیت‌الله صافی گلپایگانی و آیت‌الله موسوی گلپایگانی

کیفر زندان را به عنوان مجازات تعزیری تنها در موارد محدود جایز می‌دانند (صافی گلپایگانی، ۱۴۰۴ق، صص. ۱۴۶-۱۴۷ و موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۱۵۵) و یا ماوردی در احکام السلطانیه زندان را از مجازات‌های ثانویه می‌داند که تنها در صورت تکرار ارتکاب جرم و یا در جایی که مردم از شر بزهکار در امان نباشند، جایز است (ماوردی، ۱۴۲۴، ص. ۲۲۰).

لذا توجیهی برای به‌کارگیری کیفر زندان به عنوان کیفر رایج تعزیری وجود ندارد و توسعه حدود به کارگیری این کیفر ناشی از عدم تمییز دو عنوان حبس و سجن است. همچنان که آیت‌الله طبری در کتاب «موارد السجن فی النصوص و الفتاوی» موارد حبس را فهرست نموده و از آن به موارد سجن (زندان) یاد کرده است (طبری، ۱۴۱۶ق، ص. ۷).

۳. بررسی ضرورت تحدید قلمرو اعمال کیفر زندان

پیش از این بیان شد که دومین پرسشی که در این جستار پاسخ داده خواهد شد، این است که آیا تحدید قلمرو اعمال کیفر زندان ضرورت دارد یا خیر؟ در واقع، آنچه در این فراز مورد بررسی قرار می‌گیرد، این است که آیا در اعمال کیفر زندان باید به موارد منصوص بسنده کرد یا آنکه می‌توان در شرایط زمانی یا مکانی خاص، بر قلمرو آن افزود؟

پاسخ‌دهی به پرسش پیشین، بسته به مبنایی دارد که در دو مسئله «ضوابط شرعی حاکم بر تعیین مجازات» و «مفهوم حبس و زندان و نسبت آن دو با یکدیگر» گزینش می‌شود. حال ضرورت احتمالی تحدید قلمرو کیفر زندان، از زاویه دو مبنای پیش‌گفته بررسی می‌شود.

۳-۱. ضوابط شرعی حاکم بر تعیین مجازات

بر فرایند تعیین مجازات‌ها در نظام حقوق کیفری اسلام، ضوابطی حکومت دارند که در حقیقت جزو قواعد نخستین حاکم بر نظام تشریحی اسلام به‌شمار می‌آیند از جمله اصل عدم امکان تغییر نوع و میزان مجازات حدی، قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» و قاعده «التعزیر دون الحد». اما این ضوابط چه تأثیری در تعیین کیفر زندان و تحدید قلمرو آن دارند؟

قاعده نخستین و اصل اولی در خصوص مجازات‌های حدی، عدم امکان تغییر نوع و میزان آنهاست اما آنچه مطرح شد، اقتضای حدود است. حال اگر این پرسش به ذهن آید که وضعیت در تعزیرات چگونه است؟ پاسخ این است که کیفرهای تعزیری از اصل پیش‌گفته خارج هستند و این مقتضای طبیعت تعزیرات، یعنی وصف ذاتی «تفویض تعزیرها به حکومت اسلامی و مصلحت‌سنجی‌های زمانی و مکانی و فردی و اجتماعی حاکمیت مشروع» است.

در واقع قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم من المصلحه» (خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۴۱، ص. ۴۰۷) با اطلاق خود بر تعیین نوع و میزان مجازات‌های تعزیری حکومت دارد. البته این نباید به معنای بی‌قیدوبند بودن تعیین نوع و میزان کیفر در این حوزه تلقی گردد. چرا که در کنار قاعده فوق‌الذکر قاعده مشهور «التعزیر دون الحد» قرار دارد که نشان می‌دهد که قاضی باید از کیفرهایی استفاده نماید که شدت مجازات‌های حدی را نداشته باشند. بنابراین، قاعده نخستین در خصوص کیفرهای تعزیری، خفیف‌تر بودن آن را نسبت به کیفرهای حدی اقتضا می‌کند. امکان تعیین کیفر شدیدتر، حکمی ناسازگار با قاعده یاد شده است که نیازمند اثبات است.

از دیدگاه فقهی اصالت و حقیقت کیفر تعزیری در صورت ضرورت، شلاق تصور می‌شود. البته این از جهت شدت مجازات است ولی مجازات اخف از شلاق از باب اولویت به عنوان مصداق تعزیر کاملاً مورد پذیرش است. حال این سؤال مطرح می‌گردد که آیا کیفر زندان اخف از شلاق است و می‌توان از آن به مثابه تعزیر استفاده کرد؟ بدیهی است که حبس‌های بلند مدت عرفاً نمی‌تواند معادل حداکثر ۷۴ ضربه شلاق باشد. در خصوص حبس‌های کوتاه مدت نیز اخف بودن آن از شلاق، جای تردید است و در موارد تردید چاره‌ای جز رجوع به اصل ممنوعیت و حرمت کیفر وجود ندارد.

۳-۲. تأثیر مفهوم حبس و زندان بر ضرورت تحدید قلمرو کیفر زندان

بسته به اینکه از حبس چه معنایی برداشت شود ضرورت تحدید کیفر زندان نفی یا اثبات می‌گردد. از همین رو هم در آغاز جستار، تلاش شد مفهوم لغوی و اصطلاحی حبس و زندان بازشناسی شود.

اگر حبس به معنای زندان امروزی دانسته شود، به دلالت عقلی و طبع سلیم بشری،

تحدید قلمرو اعمال آن ضرورت دارد؛ چرا که اگرچه زندان به معنای امروزی یکی از مصادیق منع کردن و جلوگیری کردن انسان از تصرف است اما این مصداق با توجه به تبعات و پیامدهای منفی که برای شخص، خانواده وی و جامعه در پی دارد، نمی‌توان گفت که خفیف‌تر از کیفر حدی است؛ پس بر اساس قاعده مشهور «التعزیر دون الحد» نباید به‌عنوان یکی از مصادیق رایج تعزیر به‌شمار آید؛ بلکه ضرورت دارد که قلمرو اعمال کیفر زندان محدود به موارد خاص گردد. بر همین اساس است که برخی از محققان به صراحت بیان داشته‌اند که زندان هرگز به‌عنوان یک نوع مجازات مستقل در عرض سایر مجازات‌ها در اسلام نیست (محدث، ۱۳۴۵، ص. ۱۲).

اما در جستار حاضر، با تمسک به برخی شواهد لغوی، قرآنی و روایی پیش‌گفته، معنای دیگری برای حبس به دست داده شد که نتیجه آن مفهوم‌شناسی نوینی برای حبس و زندان بوده که ضرورت تفکیک بین آن دو را نتیجه می‌دهد. در صورت پذیرش این معنا تحدید قلمرو حبس ضرورتی ندارد؛ چه آنکه در هر زمان و مکانی، می‌توان با احراز مصلحت و رعایت اصول حاکم بر مجازات‌ها مصادیق و قلمرو آن را تغییر داد. بر این اساس اگر حبس، محدود ساختن شخص در آزادی آمد و شد و دخالت آزادانه در امور خویش دانسته شود که ویژگی‌های مکان حبس در آن مدخلیتی نداشته باشد و از هر طریق مشروعی نظیر حبس در خانه یا نظارت از طرق دیگر صورت گیرد، می‌تواند جزو کیفرهای رایج تعزیری باشد؛ چه آنکه به حکم عقل خفیف‌تر از کیفر حدی است. این معنا با ریشه و گوهر مفهومی واژه حبس و معانی مستعمل‌فیه آن در قرآن و روایت‌های جزایی، همخوانی دارد. چه آنکه گفته شد که ریشه اصلی واژه یاد شده، در زبان عربی منع و محدودسازی است. از همین‌روست که در روایات این محدودسازی در خانه یا مسجد و یا همراه کردن شخصی دیگر با مجرم صورت گرفته است (برای نمونه: ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۱۱۵؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۲۸۳ و مجلسی، ۱۴۰۶ق، ب، ج ۱۶، ص. ۴۵۸). بر این اساس می‌توان چنین گفت که در اصطلاح شریعت، واژه حبس، حقیقت شرعی‌ای نداشته بلکه شارع مقدس آن را به همان معنای لغوی که در میان عرب متداول بوده، به‌کار برده است نه به‌معنای زندان. بنابراین، پذیرش معنای زندان و محصور ساختن شخص در مکانی که خود

جرم‌زا بوده و با هدف و فلسفه مجازات منافات دارد، با مدلول التزامی یا تضمینی روایت‌های مربوط ناسازگاری دارد.

بر پایه سخنان پیش‌گفته، اصلی‌ترین ریشه ضرورت یا عدم ضرورت تحدید قلمرو اعمال کیفر زندان در همین تفکیک مرز حبس و زندان است و همان‌گونه که گذشت تعریف برگزیده، ایجاب می‌کند کیفر زندان قلمروی محدود و محصور داشته باشد. زیرا از نظر اسلام، اعمال کیفر زندان تنها یک ضرورت است که در موارد خاص مصداق می‌یابد و به عنوان مجازات اولی در چارچوب اختیارات حاکمیتی جای نمی‌گیرد. البته این بدان معنا نیست که در خصوص کیفر زندان تنها باید به موارد منصوص بسنده کرد بلکه می‌توان در شرایط خاص زمانی و مکانی، به عنوان مجازات ثانویه بدان حکم کرد. افزون بر دلایل یادشده در مطالب گذشته، ویژگی دیگری نیز در کیفر زندان نهفته است که تحدید قلمرو اعمال آن را ضروری می‌کند و آن، اینکه اصل اولی در اسلام آن است که مسلمان و اموال وی محترم است و هیچ‌کس حق تعرض به آن را ندارد؛ حال اگر مسلمانی مرتکب جرمی گردد، تنها کیفرهایی که به‌طور مسلم در اسلام جایز شمرده شده در خصوص وی قابل اعمال است و در مورد کیفرهایی نظیر زندان که در جواز آن تردید وجود دارد، اصل بر عدم جواز است و چون تعزیر به وسیله زندان برخلاف اصل یاد شده می‌باشد، باید به موارد منصوصه و موارد ضروری بسنده نمود و از آن تعدی نکرد. از همین‌روست که برخی فقها به صراحت بیان داشته‌اند که زندان در شرع جز در موارد خاص مشروعیت ندارد (ماوردی، ۱۴۲۴ق، ص. ۲۲۰).

۴. ثمره تحدید قلمرو اعمال کیفر زندان

مسئله‌ای که پس از سخنان پیشین مطرح می‌شود و شایسته توجه است، اینکه ثمره محدودسازی قلمرو اعمال کیفر زندان چیست؟

به نظر می‌رسد مهم‌ترین ثمره تحدید پیش‌گفته، امتثال یقینی محدودیت‌ها و ضوابط شرعی در مقام تقنین باشد. به این معنا که اصول بنیادین حاکم بر شریعت از جمله اصل حرمت جان، مال و آبروی اشخاص در سایه محدودسازی این کیفر بهتر و بیشتر رعایت می‌شود.

ثمره دوم: تأمین فلسفه اجرای کیفرهاست. چرا که در اسلام در اجرای مجازات‌ها

بیشتر جنبه اصلاح، بازپروری و پیشگیری از وقوع مجدد جرم مورد توجه قرار گرفته (شلتوت، ۱۴۲۱ق، ص. ۱۰۸) در حالی که کیفر زندان کمتر با فلسفه یاد شده همخوانی دارد. از همین‌روست که اسلام، اعمال کیفر زندان را تنها یک ضرورت دانسته که در موارد خاص مصداق می‌یابد و آن ضرورت، دور نگه داشتن خطر برخی افراد از جامعه است که برخی روایات نیز بر آن تأکید دارد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۲۲۲). بر این اساس در اسلام، کیفر زندان تنها برای مجرمانی جایز دانسته شده است که دارای حالت خطرناک بوده و غیر قابل اصلاح می‌باشند، مجرمانی که چنانچه زندانی نگردند امنیت جامعه را به خطر می‌اندازند. پس تا زمانی که ضرورت مذکور محقق نگردد به کار بردن کیفر زندان توجیه‌ناپذیر خواهد بود.

۵. نقد تحولات قانونی در خصوص کیفر زندان

پیشتر گفته شد که در سیاست کیفری اسلام، زندان به عنوان یک مجازات اصلی در نظر گرفته نشده بلکه یک مجازات استثنائی است که تنها در شرایط خاص و به عنوان آخرین حربه مورد استفاده قرار گرفته است. در قانون مجازات اسلامی نیز تا سال ۱۳۷۵ کیفر شایع، مجازات شلاق بود اما با تصویب قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۵، ملاحظه شد که قانون‌گذار جزایی ایران، در فصل تعزیرات قانون، تغییرات قابل توجهی اعمال کرد که نتیجه آن افزایش دامنه اعمال کیفر زندان و جایگزینی آن با کیفر شلاق در غالب جرایم است و این امر حاکی از آن است که زندان در نظام حقوقی ایران بدون توجه به نصوص شرعی به عنوان یکی از سهل‌الوصول‌ترین ابزارها برای مجازات تلقی شده است.

در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ همچنان حبس به عنوان مجازات برای اکثر جرایم تعزیری در نظر گرفته شد. در این قانون، قانون‌گذار در طبقه‌بندی هشت‌گانه مجازات‌های تعزیری، اقدام به وضع و در حقیقت مشروعیت بخشی به نوعی از کیفرهای شدید نموده است. حبس بیش از ۲۵ سال بدون تعیین محدوده آنکه حتی القای شائبه حبس ابد نیز دارد، مجازات تعزیری درجه یک محسوب شده است و این در حالی است که در خصوص اخف بودن حبس‌های کوتاه مدت از کیفر شلاق نیز جای تردید وجود دارد حبس‌های بلندمدت که به طریق اولی نمی‌تواند معادل حداکثر

۷۴ ضربه شلاق باشد در نتیجه حکمی ناسازگار با قاعده مشهور «التعزیر دون الحد» خواهد بود.

البته قانون‌گذار در این قانون به جایگزین‌های حبس توجه داشته که اقدام بسیار ارزشمندی است، لکن اقدامی ناقص و سراسر احتیاط است که گویی قانون‌گذار نخواست است از گفتمان اصالت حبس عدول کند.

نهایتاً با توجه به آسیب‌های ناشی از زندان و تأکید بر عدم مشروعیت حبس تعزیری، قانون کاهش مجازات حبس تعزیری در سال ۱۳۹۹ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که اگرچه رویکرد کلان آن قابل فهم و احیاناً مطلوب بوده و بیانگر تغییر در سیاست کیفری است، لکن بی‌تردید این اقدام با تعجیل توأم بوده و به نظر می‌رسد نقشه راه معین و روشنی ندارد. این روش به جای آنکه سیاست کیفری را در کلیت خود اصلاح کند، عملاً به سمت اصلاحات موردی و خاص هدایت شده است.

نکته مهمی که باید در خصوص زندان در قوانین مجازات اسلامی مورد توجه قرار گیرد، این است که قانون‌گذار در مورد واژه حبس تعریفی ارائه نداده است با وجود آنکه از این اصطلاح بارها در قوانین جزایی استفاده نموده و آن را کیفر اکثر جرایم پیش‌بینی نموده است. البته پُر واضح است که قانون‌گذار این دو واژه را مترادف انگاشته و از حبس، کیفر سالب آزادی یعنی زندان را اراده کرده است و این امر را چنان مبرهن دانسته که ضرورتی در تعریف آن ندیده است و این با ضرورت تفکیک عنوان حبس و زندان که در این مقاله، برای اثبات آن کوشش شده است، ناسازگاری مستقر و آشکاری دارد.

نتیجه‌گیری

۱- علل گسترش بی‌رویه کیفر زندان در نظام کیفری ایران، یکی اشتباه در ماهیت‌شناسی حبس است و دیگری در تعیین و تحدید قلمرو کیفر زندان به‌عنوان یکی از کیفرهای رایج تعزیری است. که البته با توجه به توضیح‌های مشروح در متن جستار، علت دوم نیز به همان علت نخست بازگشت دارد.

۲- مفهوم شرعی حبس - که بیشترین سازگاری را با ریشه مفهوم لغوی، مستعمل فیه قرآنی - روایی آن واژه و نیز مقاصد منظور شارع مقدس در تشریح احکام کیفری داشته باشد - محدود کردن شخص و بازداشتن او از دخالت و تصرف در امور

خویش است که ویژگی‌های مکان حبس در آن مدخلیتی ندارد و به هر وسیله مشروع از جمله دستبندهای الکترونیک با لحاظ تناسب با جرم و شرایط فردی و اجتماعی و دخالت عناصر زمانی و مکانی، با محوریت مصلحت قابل اعمال است. در واقع حبس ملازم با نگه داشتن فرد در مکانی معین و محدودیت وی به دور از هر نوع دسترسی اجتماعی نیست بلکه مراقبت‌های در عین آزادی است که تنها فرد را در دسترس نگاه می‌دارد و این دسترسی و منع از تصرفات آزادانه به هر طریق مشروعی می‌تواند صورت گیرد. اما سجن (زندانی)، منع از آمد و شد از طریق محدودسازی در محبس یا زندان می‌باشد.

۳- حبس در سیاست کیفری اسلام، به عنوان کیفر شرعی اولی است اما زندان به عنوان یک مجازات اصلی در نظر گرفته نشده بلکه یک مجازات استثنائی است که تنها با ضوابط خاص و به عنوان آخرین حربه مورد استفاده قرار گرفته است.

۴- بررسی مقارنه‌ای بین نهاد زندان در فقه و قوانین ایران، زاویه‌گیری گسترده قانون‌گذار از معیارهای فقهی در گستره اعمال کیفر زندان را آشکار می‌سازد. امعان نظر در منابع شرعی کاشف این حقیقت است که هدف اسلام از نظام کیفری، تعذیب و شکنجه نیست بلکه بازدارندگی از وقوع جرم، اصلاح مجرم و در نهایت اجرای عدالت است. از همین روست که در نظام کیفری اسلام، مجازات زندان به عنوان یک حکم اولیه جایگاهی نداشته و جز در موارد معدود از مجازات‌های بالاصاله به‌شمار نرفته است چراکه شارع مقدس از همان ابتدا به این حقیقت توجه داشته که زندان کرامت انسانی را خدشه‌دار ساخته و ضمن ناکارآمدی در اصلاح و بازپروری، به مجرم، خانواده وی و جامعه آسیب وارد می‌سازد و بر همین اساس آن را به‌عنوان آخرین حربه تنها برای مقابله با مجرمین خطرناک و مکررین جرم در جامعه به‌کار برده است.

۵- در هنگام شک در تحقق ضرورت به‌کارگیری زندان، اصل بر عدم جواز است و تنها زمانی می‌توان به جواز به‌کارگیری زندان حکم کرد که مناط به دست داده شده در جستار فراروی کشف شود.

یادداشت‌ها

۱. سابقه ایرادات شورا نسبت به قانون مزبور را که علی‌رغم اشکالات آن و بدون تأیید شورا سال‌ها در دادگاه‌های کیفری اجرا می‌شد در مقاله آقای دکتر مهرپور - عضو وقت این شورا - با عنوان سرگذشت تعزیرات می‌توان یافت.

کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. قانون اساسی. مصوب ۱۳۵۸/۹/۱۲
۳. قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، مصوب ۱۳۹۹/۰۳/۲۲
۴. قانون مجازات اسلامی. مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱
۵. قانون مجازات اسلامی. مصوب ۱۳۷۵/۰۳/۰۲
۶. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۶۲/۰۵/۱۸
۷. ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ق). *من لا یحضره الفقیه*. تحقیق علی‌اکبر غفاری. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸. ابن فارس، احمد بن فارس (۱۴۰۴ق). *معجم مقاییس اللغة*. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۹. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۰. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷ق). *الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیه*. به کوشش احمد بن عبد الغفور عطار. بیروت: دار الملايين.
۱۱. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
۱۲. خالصی، محمدباقر (۱۴۱۳ق). *أحكام المحبوسین فی الفقه الجعفری*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۳. خوبی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۳ق). *مبانی تکمله المنهاج*. قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.
۱۴. دارابی، بهنام (۱۳۹۲). *تفسیر نصوص جزایی حدود در فقه مذاهب اسلامی*. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه مذاهب اسلامی، تهران، ایران.
۱۵. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). *المفردات فی غریب القرآن*. بیروت: دار العلم.
۱۶. زمخشری، محمود بن عمر (۱۴۰۷ق). *الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل*. بیروت: دار

الكتاب العربی.

۱۷. سبحانی، جعفر (۱۳۶۲). معالم الحکومه الاسلامیه. اصفهان: مکتبه الامام امیرالمؤمنین (علیه السلام).

۱۸. سپهری، محمد (۱۳۷۳). زندان از دیدگاه اسلام. تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.

۱۹. شلتوت، محمود (۱۴۲۱ق). الاسلام عقیده و شریعه. قاهره: دارالشروق.

۲۰. صاحب بن عباد، اسماعیل (۱۴۱۴ق). المحيط فی اللغه. بیروت: عالم الكتاب.

۲۱. صاحب جواهر، محمد حسن (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۲۲. صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۰۴ق). التعزیر انواعه و ملحقاته. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۲۳. صدر، سید محمد (۱۴۲۰ق). ماوراء الفقه. بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع.

۲۴. طباطبائی، سید محمد حسین (۱۳۶۳). المیزان فی تفسیر القرآن. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۲۵. طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۷). تفسیر جوامع الجامع. تهران: انتشارات دانشگاه تهران و مدیریت حوزه علمیه قم.

۲۶. طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۵ق). مجمع البیان فی تفسیر القرآن. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.

۲۷. طبری، محمد بن جریر (۱۴۱۲ق). جامع البیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار المعرفه.

۲۸. طبری، نجم الدین (۱۴۱۶ق). موارد السجین فی النصوص و الفتاوی. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.

۲۹. طوسی، محمد بن حسن (بی تا). التبیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۳۰. فاضل مقداد، جمال الدین (۱۴۱۹ق). کنز العرفان فی فقه القرآن. بی جا: مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی.

۳۱. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۹ق). کتاب العین. بی جا: مؤسسه دارالهجره.

۳۲. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (بی تا). القاموس المحيط. بیروت: دارالجیل.

۳۳. فیض کاشانی، محسن (۱۴۱۶ق). تفسیر الصافی. قم: مؤسسه الهادی.

۳۴. کتانی، عبدالحی (بی تا). الترتیب الاداریه. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۳۵. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه.

۳۶. ماوردی، علی بن محمد (۱۴۲۴ق). الاحکام السلطانیه و الولايات الدینیّه. بغداد: منشورات المجمع العلمی.

۳۷. مجلسی، سید محمد تقی (۱۴۰۶ق.الف). *روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه*. قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور.
۳۸. مجلسی، سید محمد باقر (۱۴۰۴ق). *مرآه العقول فی شرح أخبار آل الرسول*. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۳۹. مجلسی، سید محمد باقر (۱۴۰۶ق.ب). *ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار*. تحقیق مهدی رجائی، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۴۰. محدث، محسن (۱۳۴۵). *مقایسه تطبیقی تأثیر مجازات زندان با مجازات های جایگزین در پیشگیری از تکرار جرم*. تهران: نشر نگاه بینه.
۴۱. مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۹۰). *مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره اول (کتاب ۱۳)*. تهران: انتشارات ریاست جمهوری.
۴۲. مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ق). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*. تهران: مرکز الکتاب لترجمه و النشر.
۴۳. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۴. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا). *زبده البیان فی احکام القرآن*. تهران: المكتبة المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۴۵. منتظری، حسینعلی (۱۴۰۸ق). *دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه*. قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه.
۴۶. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۴ق). *الدر المنضود فی احکام الحدود*. قم: دارالقرآن الکریم.
۴۷. مهرپور، حسین (۱۳۶۸). «سرگذشت تعزیرات». *فصلنامه کانون وکلا*، (۱۴۸ و ۱۴۹)، صص. ۶۸-۹.
۴۸. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۲۴ق). *جامع الشتات*. چاپ سنگی.
۴۹. نوری، حسین (۱۴۰۸ق). *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*. بیروت: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۵۰. وائلی، احمد (۱۳۶۷). *احکام زندان در اسلام*. ترجمه محمدحسن بکائی. تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.

قاعده «كُلُّ مُفْتٍ ضَامِنٌ» (ضمان مفتی) در اثبات ضمان مقنن

مهدی محمدزاده*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۲۴

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

از دیرباز همواره این سؤال مطرح بوده است که اگر قانون‌گذار به واسطه تقنین، موجبات ایراد ضرر به افراد حقیقی یا حقوقی را فراهم آورد، آیا می‌توان او را ملزم به جبران خسارت دانست؟ برخی برآنند که از حیث نظری، از آنجا که قانون، یکی از مهم‌ترین ابزارهای بقای دولت (مصونیت مبتنی بر حاکمیت دولت) و وسیله اجرایی ساختن مبانی فلسفی - سیاسی تشکیل یک حکومت بوده (مصونیت مبتنی بر تقدم منافع عمومی بر منافع خصوصی) و از طرفی فرض ضمان مقنن، هزینه مالی هنگفتی برای دولت خواهد داشت (مصونیت مبتنی بر منابع محدود دولت)، باید قائل به مصونیت حکومت و مقنن در برابر قانون بود. این مقاله، تلاش نموده تا از مسیر مصطلح فقهی و بر اساس موازین پذیرفته‌شده فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)، راهی برای اثبات مسئولیت مدنی دولت در برابر تقنین بگشاید. از این‌رو، سؤال اصلی چنین طراحی شده است: «آیا می‌توان با تمسک به عموماً قواعد باب ضمان (خصوصاً قاعده ضمان مفتی) قانون‌گذار را در صورت بروز خسارت، ضامن دانست و با تطبیق قاعده بر فتاوی فقهاء، قانون‌گذاری مجلس، عملکرد شورای نگهبان و نیز حکم حکومتی رهبر، در صورت بروز خسارت قائل به مسئولیت برای ایشان بود؟» به نظر می‌رسد چنانچه در جامعه اسلامی، حکم و قانونی، موجبات ضرری را فراهم آورد، مصدر همان حکم، یعنی حاکم جامعه اسلامی (حکومت و اجزاء مقننه آن)، مسئول جبران خسارات وارده است و نسبت به همه قوانین صادره در جامعه، ضامن خواهد بود. روش‌های جبران خسارت و راهکارهای عملیاتی برای این مهم، بحثی جدی است که از حوزه این مقاله خارج است.

واژگان کلیدی: تقنین، خطای حاکم، ضمان اجتماعی، ضمان مقنن، قاعده احسان، کل مفت ضامن.

* دانش‌آموخته دکتری تخصصی حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.

مقدمه

برخی برآنند که از حیث نظری، مصونیت دولت نسبت به قانون، امری بدیهی است که بر چند منطق استوار است: نخست اینکه قانون، یکی از مهم‌ترین ابزار بقای دولت است. دولت از طریق قانون، مخالفان خود را تعریف و مجازات می‌کند. در هر حالی، تحقق این کارکرد مستلزم آزادسازی حداکثری دولت از هر قید و بندی از جمله مسئولیت مدنی است. دوم اینکه قانون، ابزار اجرایی ساختن مبانی فلسفی - سیاسی تشکیل دولت و در واقع، تحقق انتظارات شهروندان است. این توجه نیز به صورت غیرمستقیم به بقای نظام سیاسی می‌انجامد. در بیشتر موارد، این کارکرد نیز مستلزم نوعی آزادسازی حداکثری است. توجه سوم که جنبه مالی دارد، مربوط به منابع درآمدی محدود دولت است. با توجه به این واقعیت و این نکته که قانون به دلیل خصوصیت همگانی بودن آن به صورت بالقوه، تعداد بسیار قابل ملاحظه‌ای از زیان‌دیدگان را به دنبال دارد، پذیرش مسئولیت دولت، امکان عملی ندارد. زیرا دولت، قادر به پرداخت غرامت همه افراد نیست و یا تحقق بخشی از این مهم نیز به تعطیلی ارائه بسیاری از خدمات دولت می‌انجامد. از حیث نظری، توجه اول را می‌توان با عنوان «مصونیت مبتنی بر حاکمیت دولت» مطرح نمود. توجه دوم را به «مصونیت مبتنی بر تقدم منافع عمومی بر منافع خصوصی» می‌توان تعبیر کرد و توجه سوم را می‌توان «مصونیت مبتنی بر منابع محدود دولت» نامید (زرگوش، ۱۳۹۲، ص. ۲۵۸). این دسته از محققین غالباً برای نفی یا لااقل کاهش این نوع نگاه به مسئولیت دولت و آثار آن، به اصولی متمسک می‌شوند که برخی از آنها بدین شرح است:

الف. مغایرت با اصل حاکمیت قانون: منطق چنین تفکری از اصل «حاکمیت مردم»

و اصل «همه قوا ناشی از مردم است» ریشه می‌گیرد. نتیجه پذیرفتن اصل حاکمیت مردم این است که قوه مقننه از کسانی پدید آمده است که بر طبق دستور قانون باید بی‌واسطه و مستقیم از سوی مردم انتخاب شوند، پس قوانینی که اینان وضع می‌کنند به سود همگان بوده و در جهت پاسداری از منافع اکثریت ملت است و نمی‌توانند تصمیم‌هایی بگیرند که به سود همگان نباشد. از این رو نتیجه‌گیری می‌کنند هنگامی که قانون‌گذار برگزیده مردم تصمیمی می‌گیرد که باید در جامعه سیاسی (قالب

کشور - ملت) به اجراء در آید، این تصمیم خواست همگان بوده و زیان ناشی از این خواست همگانی نیز قابل تصور نیست.

ب. مغایرت با اصل عدالت طبیعی: بنابر نظر پوزیتیویست‌ها، تمام قوانین موضوعه که در دل جوامع مختلف تصویب و اجرا می‌گردد، اگر در طول عدالت طبیعی قرار گرفته و در تعارض با آن نباشد، مشروع خواهد بود در غیر این صورت هر چند از منظر مردم و بر اساس نوعی قرارداد و توفیق پذیرفته شده باشد، هرگز نه وصف عادلانه به خود خواهد گرفت و نه لزوماً مشروع و زمینه‌ساز صلح خواهد بود. لذا حقوق مردم اگر بر اساس این قوانین و قراردادها در جامعه وضع و تعریف شود تنها وصف قانونی به خود می‌گیرند و نه مشروع و اگر عادلانه قلمداد گردند از منظر آن جامعه است و نه واقعیت امر، در نتیجه این نوع عدالت وضعی است و نه طبیعی و عدالت وضعی لزوماً مشروع نیست هر چند می‌تواند قانونی باشد. حتی اگر در عرصه بین‌الملل هم این قانون تعمیم و تکثیر یابد، از نامشروع بودن آن چیزی نمی‌کاهد.

ج. مغایرت با الزام محتوایی و لفظی: الزام‌آوردن و آمریت از جمله اوصاف خاص و یکی از خصوصیات بسیار مهم و حتی اساسی قاعده حقوقی است. نمی‌توان قاعده‌ای حقوقی یافت که این خصیصه را نداشته باشد و به‌طور کلی هیچ‌یک از صورت‌های تخفیف‌یافته دستورها مانند توصیه‌ها و ترغیب‌ها طبیعت حقوقی ندارند. اساساً هر جا قابلیت اجبار مفقود است، حقوق هم مفقود است و مفاهیم دوگانه قابلیت اجبار و حقوق حقیقتاً و منطقاً غیرقابل تفکیک هستند. در نتیجه بی‌معنی است در مورد واضع قاعده و قانونی که هم لفظ آن و هم محتوای آن دال بر الزام دارد، قائل به مسئولیت و پاسخ‌گویی شد. این نوع از پاسخ‌گویی، در منافات کامل با ذات مقنن و قانون است.

ولی این مقاله به دنبال آن است که از طریق اصطیاد قاعده‌ای فقهی، راهی برای اثبات ضمان مقنن بگشاید. چه اینکه بی‌تردید هر گاه در نظام حقوقی ایران سخن از «منابع حقوق» به میان می‌آید، «فقه» به عنوان مهم‌ترین و برجسته‌ترین منبع خودنمایی می‌نماید و توجه به این منبع غنی و ارزشمند، خصوصاً با تشکیل حکومت اسلامی در ایران از اهمیت بیشتری برخوردار شده است. بر همین مبنا قانون اساسی جمهوری

اسلامی به منزله میثاق ملی آحاد جامعه، با تأکید بر اسلامی بودن نظام قانون‌گذاری در کشور، بر اصل ضرورت عدم مخالفت قوانین و مقررات کشور با مبانی فقهی و موازین شرعی و احکام اسلامی تأکید نموده و از جمله اصل چهارم قانون اساسی، صراحتاً مقرر می‌دارد:

«کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.»

بر این اساس، حال که اصل ۱۶۷ قانون اساسی، مراجعه قاضی به منابع معتبر اسلامی را امری جایز و بلکه لازم شمرده است، باید اذعان کرد که این امر خطیر و حل مسائلی پیچیده همچون «ضمان مقنن»، که مداخله در امر حکومت اسلامی تلقی می‌شود، جز از طریق تجهیز به ابزارآلات ضروری جهت استفاده و بهره‌برداری از این منابع امکان‌پذیر نخواهد بود و کیست که نداند که اصول و قواعد فقهی، به عنوان منطبق فقه یکی از مهم‌ترین این ابزارها است.

برای تحریر محل نزاع باید التفات داشت که خطا بر دو نوع است:

نوع اول. خطا در استنتاج حکم: این فرض در حالتی قابل تصور است که این خطا، بین و آشکار باشد. به گونه‌ای که مثلاً خلاف ضرورت دین و مذهب باشد و یا بر خلاف اجماع؛ مانند لزوم اذن ولی در ازدواج باکره و مانند آن؛ که تغییر فتوا نیز با همین حالت قابل تحلیل است. ولی از آنجا که همه این فتاوا، حتماً اسلامی است و هیچ فقیهی با اطمینان نمی‌تواند بگوید که حتماً حکم الله واقعی، همان نظر اوست - زیرا فقیه فقط با یک سلسله ادله ظاهریه بدین نتیجه رسیده است - این حالت از بحث ما خارج نیست ولی از آنجا که فرض بعید است، بنابر آن گذاشته می‌شود که مورد بحث قرار نگیرد. دور از ذهن بودن این فرض، از آنجاست که بسیار بعید به نظر می‌رسد قانونی بر خلاف ضرورت دین و مذهب و یا بر خلاف اجماع به تصویب برسد، ولی هیچ‌یک از نمایندگان مجلس و یا اعضای شورای نگهبان، این نکته را متوجه نشده و متعرض این قانون نشوند.

نوع دوم. خطا در تصویب برخی قوانین در مسائل متغیر حکومت اسلامی: از آنجا که

چنین قوانینی در زمره احکام حکومتی - به معنی ااعم - قرار می‌گیرد، پس این نوع خطا، سه حالت دارد:

اول. تخلف عمدی مسئول تقنین و قصد او بر تخطی از وظیفه خویش

دوم. افراط و تفریط مسئول تقنین (مقنن، قصد تخطی ندارد)

سوم. نه تعمدی در کار بوده و نه افراط و تفریطی رخ داده است.

مورد مبتلابه و محل مطالعه در این مقاله، همین مورد سوم است. از این‌رو، سؤال اصلی پژوهش حاضر چنین طراحی شده است: «آیا می‌توان با تمسک به عمومات قواعد باب ضمان و خصوصاً قاعده ضمان مفتی (كُلُّ مُفْتٍ ضَامِنٌ) قانون‌گذار را در صورت بروز خسارت، ضمان دانست و با تطبیق این قاعده بر فتاوی فقهاء، قانون‌گذاری مجلس در حکومت اسلامی، عملکرد شورای نگهبان و حکم حکومتی رهبر، در صورت بروز خسارت، قائل به مسئولیت برای ایشان بود؟» روش بررسی، نظری است که با گردآوری اطلاعات به روش کتابخانه‌ای بر اساس تقدم زمانی صورت گرفته و با توجه به آنکه موضوع مربوط به مسائل فقهی و حقوق اسلامی است، از روش اجتهادی مورد قبول پیروی شده است.

بر همین مبنا، ساختار پژوهش، ذیل چهار عنوان کلی انتظام یافته است. ابتدا، مستندات قاعده ضمان مفتی (كُلُّ مُفْتٍ ضَامِنٌ) در آیات، سنت، عقل و اجماع بررسی شده است. در قسمت دوم، پس از اثبات قاعده، با استناد به برخی شواهد، امکان تسری این قاعده برای قاضی (كُلُّ قَاضٍ ضَامِنٌ) و سپس برای حاکم (كُلُّ حَاكِمٍ ضَامِنٌ) واکاوی خواهد شد. در قسمت سوم مقاله، امکان تقنین در جامعه اسلامی و بررسی انواع قوانین از حیث ماهوی و از منظر وجود یا عدم وجود تسالم فقها نسبت به آنها و نقش حکم ولایی در مشروعیت قانون و انواع مقررات، مطالعه می‌شود. در قسمت چهارم نیز ابتدا نقش اذن حاکم و میزان انتساب انواع قوانین و مقررات به حاکم اسلامی و امکان تقصیر او مورد مذاقه قرار می‌گیرد. سپس بررسی خواهد شد چنانچه در جامعه اسلامی، حکم و قانونی، موجبات ضرری را فراهم آورد، آیا مصدر همان حکم، یعنی حاکم جامعه اسلامی و حکومت اسلامی، مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود یا خیر؟

۱. مفاد و اجزاء قاعده

در ابتدا مفاد کلی قاعده مورد توجه گرفته و در ادامه به بیان دلایل پرداخته خواهد شد. قاعده در مقام بیان آن است که «هر فتوادهنده‌ای، اگر به واسطه فتوایی که داده، به هر سببی از اسباب، ذمه‌اش مشغول به چیزی شود، ضامن آن است و باید از عهده تأدیه خسارات ناشی از آن برآید». در قاعده مورد بحث، کلمه کل، بر کلمه نکره «مفت» وارد شده و افاده عموم می‌کند (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ص. ۶۶۰). یعنی هر فتوادهنده‌ای. لفظ «کل» از ادات عموم است و از آن استفاده عموم می‌شود و اگر در مقام بیان حکمتی باشند، استفاده قاعده کلی خواهد داشت (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۲۱۷). مفتی^۱ کسی است که قدرت بر استنباط احکام شرعیه فرعیه را از ادله تفصیلی مربوطه، یعنی همان کتاب، سنت، عقل و اجماع، دارا می‌باشد (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص. ۱۲). واژه «ضامن» نیز از نظر لغوی، در معنای کفیل، غریم، مراعی و محافظ استفاده شده و به معنای کسی است که مراعات و کفالت چیزی را تعهد می‌کند و در صورت بی‌مبالاتی، بایستی غرامت تلف آن را بپردازد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص. ۲۵۷). از نظر اصطلاحی، ضامن در کلمات فقها در یکی از سه معنای زیر به کار رفته است:

۱- مطلق اشتغال ذمه، به هر سببی از اسباب

۲- مطلق تعهد و التزام به مال یا نفس

۳- تعهد و التزام به مال

ضمان در معنای دوم (ضمان به معنای اعم) و سوم (ضمان به معنای اخص) ضمان عقدی است (صدر، ۱۴۲۷ق، صص. ۳۲۰-۳۲۱). ضمان موجود در قاعده، از مصادیق ضمان نوع اول است.

۲. ادله، مدارک و مستندات قاعده

منابع حقوق اسلام به لحاظ نوع کاشفیت از اراده الهی، به دو دسته منابع اصلی و فرعی قابل تقسیم است (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱، ص. ۱۶۰) ابتدا ادله اصلی (کتاب، سنت و عقل) و سپس ادله فرعی بررسی می‌شوند.

۲-۱. کتاب

الف. «قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ» (یوسف / آیه ۵۵)

برخی از فقهای معاصر، ورود به عرصه تصمیم‌گیری حکومتی را مانند حضرت یوسف (علیه‌السلام) برای کسی جایز می‌دانند که امانتدار، عالم به نحوه مصرف اموال عمومی و روش‌های درست تصرف در حقوق باشد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۷۱). به قیاس اولویت، چگونه ممکن است وقتی برای تصدی کارهای کوچک و کم‌اهمیت، دقت و وسواس به خرج می‌دهیم، برای کار بزرگی همچون تصدی مسئولیت در ارکان حاکمیت اسلامی، با مسامحه برخورد کنیم و به دنبال احراز شروط آن نباشیم؟ یقیناً چنین کسی باید با استناد قرآن کریم، قوی در عمل، امین در تعاملات و عالم به شیوه‌های حفظ منافع ملی و خزائن مردم باشد (حسینی شیرازی، ۱۴۲۶ق، ص. ۷۲).

ب. «وَتَقُولُونَ بِأَفْوَاهِكُمْ مَا لَيْسَ لَكُمْ بِهِ عِلْمٌ وَتَحْسَبُونَهُ هَيِّنًا وَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ» (نور / آیه ۱۵)

برخی از محدثین عظام را اعتقاد بر آن است که هر چند این آیه در باب حرمت افتراء نازل شده ولی مطلق قول را دربرمی‌گیرد، چه در مورد احکام الهی و چه غیر آن (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ص. ۵۲۹). برخی بزرگان دیگر نیز افتاء بغیر علم را از مصادیق این آیه کریمه برشمرده و معتقدند که مفتی و حاکم، مسئول وزر و وبال ناشی از فتوا و حکم خود است (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ص. ۴۵۸).

۲-۲. سنت (روایات)

مرحوم صاحب‌وسائل، ذیل بابی تحت عنوان «بَابُ أَنَّ الْمُفْتِيَ إِذَا أَخْطَأَ أَثِمَ وَ ضَمِنَ» به چند روایت اشاره کرده است که روایت‌های اول و سوم از آن جمله‌اند:

- راوی از امام کاظم (علیه‌السلام) پرسیده: مردی مُحْرَم شده و ناخن‌هایش را می‌چیند. ناخن یکی از انگشتانش را به دلیل عارضه‌ای در آن انگشت نمی‌چیند. مردی او را می‌بیند و به او فتوا می‌دهد که باید آن ناخن را هم بچینی. او چنان می‌کند ولی ناخن معیوب، خون‌ریزی می‌کند. چه باید کرد؟ حضرت فرمودند: آنکه فتوای اشتباه داده، باید یک گوسفند قربانی کند (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۳، ص. ۱۶۵).

این روایت هم دلالت دارد بر اینکه چنانچه مفتی، فتوایی اشتباه دهد، باید در ازای

اشتباهی که کرده، کفاره عمل اشتباه مستفتی را بپردازد.

بر همین اساس نیز برخی از فقهای عظام با استناد به این روایت، به ضمان مفتی حکم داده‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۱ق، ج ۳، ص. ۷۹۷؛ موحدی لنگرانی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص. ۲۳۲ و سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص. ۳۴۵).

• از مفضل بن عمر روایت شده که به امام صادق (علیه‌السلام) گفتم: اگر نماز شبم قضا شد، سپس نماز صبح بخوانم، آیا می‌توانم بعد از نماز صبح، قضای نماز شب را در مصلایم و قبل از طلوع آفتاب بجا آورم؟ ایشان فرمودند: بله، ولی این نکته را به خانواده‌ات مگو که مبادا آن را سنت تصور نموده و قول خداوند در قرآن کریم که [از نشانه‌های متقین است که] در سحرها استغفار می‌کنند، باطل گردد^۲ (عیاشی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص. ۱۶۴).

این روایت در مقام بیان این نکته مهم است که حتی اعلام عمومی (در غیرموضع صحیح) برخی از احکام الهی، موجب بی‌حرمتی به قرآن کریم و حتی تعطیلی حکم الهی خواهد بود و بالتبع، موجب ضمان در قبال ضررهای معنوی به امت اسلامی است. • از ابن حجاج روایت شده که امام صادق (علیه‌السلام) در حلقه فردی به نام ربیع‌الرأی نشسته بود. یک اعرابی از او مسئله‌ای پرسید و او پاسخ داد. اعرابی به او گفت آیا مسئولیت این فتوا را می‌پذیری؟ او سکوت کرد. مجدداً سؤال کرد و او دوباره سکوت کرد. نهایتاً امام (علیه‌السلام) فرمودند: مسئولیت این فتوا بر گردن اوست و هر مفتی، ضامن است^۳ (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۲۲۰).

هر چند ممکن است که قواعد فقهی، عنوان دقیق خود را از آیات و روایات کسب ننموده باشند ولی قاعده مورد بحث این مقاله، عنوان خود را دقیقاً از عبارت مذکور در ذیل روایت حاضر کسب کرده است. فقهایی که با این روایت برخورد کرده‌اند، با توجه به پنجره دید خاص خود به آن نگریسته و به همین دلیل، از آن برداشت‌های متفاوتی نموده‌اند:

■ غالب فقهای عظام مفتی را ضامن می‌دانند. ایشان به طریق اولویت کسانی را هم که اهل فتوا نیستند ولی به دروغ لباس اهل فتوا را بر تن کرده‌اند و یا از قول مفتی، نقل فتوا می‌کنند، ضامن شمرده‌اند. یعنی چه اینکه صدق مصداق بر کلمه مفتی در روایت حقیقی باشد یا مجازی (مانند کسی که به دروغ خود را جای مفتی جا بزند و یا از قول او نقل فتوا کند مانند مسئول پاسخ‌گویی به سؤالات شرعی در دفاتر مراجع

تقلید) به هر حال آنکه عرفاً مفتی فرض شده، ضامن است. هر چند در بحث حاضر، آنکه حقیقتاً مفتی نیست، تخصصاً از موضوع بحث خارج است (شهید اول، ۱۷۴۱ق، ج ۱، ص. ۳۸۳ و خوبی، ۱۷۴۱ق، ص. ۳۷۲).

■ عده‌ای استدلال به ضمان مفتی و قاضی را با استناد به این روایت ضعیف دانسته‌اند. ایشان معتقدند که مراد از ضمان در روایت، صرفاً گناه و پاداش است. زیرا مجرد افتاء، موجب ضمان نخواهد شد، مگر آنکه حتماً تقصیری به دنبال داشته باشد (نراقی، ۱۷۴۱ق، ج ۱۷، ص. ۸۹ و مجلسی، ۱۷۴۰ق، ج ۱۰، ص. ۲۳).

■ دسته آخر اصلاً روایت حاضر را برای استدلال بر ضمان هر مفتی صالح برای تصدی مقام افتاء که تلاش کافی جهت نیل به حکم الهی را نموده باشد، خروج موضوعی از بحث می‌دانند (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲، ص. ۱۹۵). از آن‌جمله، مرحوم محقق داماد، ذیل بحث کفارات در کتاب الحج، در مورد استفاده از روایت مذکور تصریح می‌کند: موضوع روایت، در مورد فتوادهنده‌ای است که اصلاً علم کافی برای فتوا دادن ندارد و مقام امام را در افتاء غصب کرده (افرادی همچون ربیع‌الرأی) یا مجتهدی که تلاش کافی برای استنباط حکم الهی ننموده باشد. حتماً چنین فردی ضامن فتوای خود است، حتی اگر درست فتوا داده باشد. در حالی که موضوع مورد بحث ما، در مورد مفتی و قاضی مأذون از جانب ولی جامعه است. پس این روایت خروج موضوعی دارد و بالاجماع از موضوع بحث خارج است. صحت و سقم این اجماع در بند آتی مورد تدقیق قرار خواهد گرفت. ایشان نهایتاً معتقد است به ضمان ناشی از خطای مفتی ولی آن را با روایت أصیغ بن نباته از حضرت امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) در مورد خطای قاضی - که در ادامه خواهد آمد - توجیه می‌نماید (محقق داماد، ۱۷۴۰ق، ج ۳، صص. ۷۹۹-۸۰۲).

البته اگر ما در خصوص موضوع مورد بحث، چه نظر غالب فقهای عظام را در نظر بگیریم (ضمان مفتی) و چه تحلیل امثال مرحوم محقق داماد را، در نتیجه بحث تفاوتی ایجاد نخواهد کرد و در نهایت باید برای هر مفتی، قائل به ضمان شد.

۱- از امام حسن (علیه‌السلام) نقل شده که هنگامی که حضرت علی (علیه‌السلام) طلحه و زبیر را شکست داد، مردم در حالی که شکست خورده بودند، برگشتند و

زن آبستنی در کنار راه با دیدن چنین منظره‌ای ترسید و بچه‌ای را که در رحم داشت، سقط کرد. بچه پس از اضطراب و تکان خوردنی مُرد، سپس مادر بچه نیز مُرد. حضرت علی (علیه‌السلام) همراه با اصحابش به او و فرزندش در حالی که بر راه افتاده بودند، برخورد کرد و از مردم پیرامون او پرس‌وجو کرد. گفتند: او آبستن بود و هنگامی که جنگ و شکست را دیده، ترسیده است. حسن گفت: امام از آنان پرسید کدام یک قبل از دیگری مُرد؟ گفتند: پسر، قبل از مادر مرد. حسن گفت: حضرت شوهر زن را خواست و او را وارث دو ثلث دیه فرزند و مادر را وارث یک ثلث دیه فرزند کرد، سپس شوهر را وارث نصف از ثلث دیه‌ای که همسرش از بچه به ارث برده بود کرد و خویشاوند زن را وارث نصف دیگر آن ثلث دیه کرد. سپس شوهر را وارث نصف دیه زن (دوهزار و پانصد درهم) کرد و خویشاوندان زن را وارث نصف دیگر دیه زن (دوهزار و پانصد درهم) قرار داد. این‌گونه تقسیم، از آن روی بود که زن غیر از همین فرزند ساقط شده در هنگام ترس، فرزند دیگری نداشته است [بنابراین شوهر، نصف مال همسر خود را به ارث برد]. حسن (علیه‌السلام) گفت: همه اینها را حضرت علی (علیه‌السلام) از بیت‌المال بصره پرداخت (کلینی، ۴۰۷ق، ج ۷، صص. ۱۳۸ و ۱۳۹).

صاحب جواهر معتقد است هر چند فرض مسئله، بحث لوث در مقتول نیست، ولی حضرت امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) دیه او را می‌پردازد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص. ۲۳۸).

۲- اصبح ابن نباته می‌گوید: امیرمؤمنان (علیه‌السلام) این‌گونه حکم نمود که خطای قضات در خون و قطع عضو بر بیت‌المال مسلمین است (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۷).

ارتباط این روایت به بحث قاعده «کل مفت ضامن» آنجاست که در لسان فقها، شرایط قاضی همان شرایط مفتی است و اصلاً قاضی از آنجا که مفتی و مجتهد است، امکان قرار گرفتن در مقام قضاوت را یافته است. پس اگر در روایتی، لزوم جبران خسارت ناشی از فتوای قاضی اثبات شده باشد، دست‌کم نمی‌توان مفتی را از مسئولیت مبرا کرد. فقهای عظام در مورد منطوق و مفهوم روایت، برداشت‌های متعدد و نظرات مختلفی دارند:

۱- بعضی در مورد پرداخت خسارت ناشی از خطای قاضی از بیت‌المال، ادعای اجماع دارند. از آن جمله می‌توان به صاحب جواهر و محقق سبزواری اشاره کرد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۷۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۹، ص. ۶۶ و سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷، ص. ۲۱۷).

۲- برخی قاضی را محسن می‌دانند و این عدم لزوم تدارک خسارت توسط قاضی را ناشی از اطلاق قاعده احسان و لوازم آن فرض می‌کنند. از آن جمله می‌توان به فاضل هندی، صاحب جواهر و آیت‌الله موسوی اردبیلی اشاره کرد (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص. ۳۷۹؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۷۹ و موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۷۳).

۳- برخی دیگر قاضی را محسن نمی‌دانند ولی اطلاق نص روایت را می‌پذیرند. ایشان معتقدند که در قاعده احسان و برای جریان آن، هم حُسن فاعلی لازم است و هم حُسن فعلی؛ در حالی که در موضوع مورد بحث ما، لااقل می‌دانیم که حسن فعلی نیست، زیرا قاضی اشتباه کرده است (تبریزی، ۱۴۲۵ق، ص. ۶۷).

۴- برخی مستند این نوع جبران را قاعده «لا یطل (یبطل) دم امرئ مسلم» می‌دانند. یعنی علاوه بر متن روایت، به این قاعده نیز استناد می‌کنند. مفهوم این روایت آن است که خون یک شخص مسلمان، هیچ‌گاه نباید پایمال شود (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ص. ۲۵ و نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲، ص. ۱۹۴).

۵- بعضی از فقها مانند مرحوم محقق سبزواری اصلاً لزوم تدارک خطای قاضی از بیت‌المال را یک قاعده مستقل تصور می‌نمایند و برای اثبات این قاعده به روایات و احکام دیگری استناد می‌کنند. مثلاً چنانچه در محاکمه‌ای بعداً مشخص شود که شهود (بینه) عدالت شهادت نداشته‌اند یا زن بارداری برای شهادت به دادگاه فراخوانده شود و از ترس، حمل او سقط شود، یا زندانی در زندان بمیرد و بعداً بی‌گناهی او ثابت شود، دیه همه این موارد بر بیت‌المال است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷، ص. ۲۱۷).

۶- مرحوم محقق اردبیلی بر آن است که این خسارت باید توسط بیت‌المال پرداخت شود والا قضات، برای فرار از چنین خسارتی از قضاوت سر باز می‌زنند و این،

تعطیلی در امور مسلمین را در پی خواهد داشت (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص. ۴۰).
۷- برخی دیگر تعمیم جبران خسارات را به غیر از موارد منصوص (دم یا قطع) جایز نمی‌دانند. ایشان چنین جبران خسارتی را خاص دانسته و بر قدر متیقن وارده در نص بسنده می‌کنند (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲، ص. ۱۹۴ و طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۲۹).

۸- عده‌ای دیگر، خصوصیتی برای موارد منصوص (دم یا قطع) قائل نبوده و این جبران خسارت را به هر نوع خسارت مالی دیگر نیز تعمیم می‌دهند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، صص. ۲۷۳-۲۷۵ و مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص. ۱۷۴).
البته تقریر مرحوم محقق داماد برای تبیین مسئله در اینجا بسیار راهگشا است: ایشان اولاً. روایت خطای قاضی را به خطای مفتی هم تسری می‌دهد. سپس تحلیل می‌کند که خطای قاضی بر سه نوع است: یا مجتهد و عالم نیست ولی فتوا داده یا قضاوت کرده؛ یا برای کسب نظر شارع مقدس، بذل مجهود را روا نداشته است و یا مجتهد، زحمت لازم را کشیده ولی خطا کرده است. او معتقد است در حالت اول و دوم، قاضی مقصر است و شکی در لزوم جبران خسارت وارده از سوی خود او نیست ولی در حالت سوم، او مقصر نیست بلکه قاصر است. البته در مورد قاضی و مفتی مقصر، فرق دارد حکم صادرشده در مورد احکام الهی بی‌ضمان (مانند عبادات) باشد یا در مورد حقوق مالی و نفسی و عضوی؛ زیرا در مورد احکام الهی بی‌ضمان، قاضی مقصر، فقط مذنب است و بار گناه و معصیت حاصل از تقصیر خود را به دوش می‌کشد، ولی در مورد حقوق مالی و نفسی و عضوی، هم مذنب است و هم ضامن تأدیه خسارات ناشی از تقصیری که خود مرتکب شده است. ایشان هر چند روایت ابن حجاج در مورد ربیعه را نیز از بحث ما موضوعاً خارج می‌داند - به سبب آنکه او مقصر است و چه تقصیری بالاتر از غضب مقام افتاء از امام - ولی تصریح می‌نماید که روایت خطای قاضی، هر نوع اشتباهی را در بر می‌گیرد؛ زیرا دم و قطع، تمثیل است نه حصر (محقق داماد، ۱۴۰۱ق، ص. ۷۹۹).

۲-۳. عقل و بنای عقلا

ارتکاز عقلی همه عقلا بر آن است که اگر شخصی، به دیگری ضرری وارد کرد که این

زیان، مورد پسند عقلا و شارع مقدس - که رئیس العقلاست - نبود، پس ذمه این زیان‌زننده، مشغول است، مادامی که زیان وارد شده را جبران نماید. حتی برخی از فقها در مقام توجیه قاعده «لا ضرر»، حکم عقل را مؤید این قاعده دانسته و این قاعده را مهم‌ترین پشتوانه فقهی اصل «قابلیت جبران کلیه خسارات» به‌شمار آورده‌اند، تا آنجا که این قاعده را از مستقلات عقلیه دانسته‌اند. یعنی معتقدند که حتی اگر شرع نیز حکمی به وجود این قاعده نداده بود، عقل به تنهایی می‌توانست خود حکم به وجود آن دهد (حسینی مراغی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص. ۳۱۲).

۲-۴. اجماع

برخی از فقهای عظام بر لزوم جبران خسارت ناشی از فتوای مفتی ادعای اجماع کرده‌اند. البته این اجماع را مربوط به روایت معروف «أَنْ مَا أَخْطَأْتُ الْقَضَاءَ فِي دَمٍ أَوْ قَطْعِ فَهَوِ عَلِيَّ بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ» می‌دانند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۷۹ و موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۷۳). ولی مؤید قاعده «کل مفت ضامن» است و از آنجا که می‌توان خصوصیتی برای قطع عضو و قتل قائل نبود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۷۵)، پس هر ضرری را که ناشی از خطای حاکم باشد، تدارک آن از بیت‌المال لازم است.

۲-۵. قواعد و شواهد فقهی

۲-۵-۱. قاعده تسبیب و تغیر

شیخ در مکاسب محرمه می‌گوید چنانچه فتوایی غیرعالمانه صادر گردد، ضمان مفتی را در پی خواهد داشت از حیث قاعده تسبیب و تغیر (انصاری، بی‌تا، ج ۱، ص. ۷۳).

۲-۵-۲. قاعده وجوب ایصال حق به صاحب آن

صاحب جواهر این قاعده را به عنوان قاعده‌ای مستقل می‌داند (اسماعیلی، ۱۳۷۸). بر اساس این قاعده، ستاندن حق مظلوم از ظالم و رساندن ذی‌حق به حق خویش یک واجب شرعی است. به طریق اولی حاکم در حکومت اسلامی باید در صورتی که به هر نحوی، در مسیر اعمال حاکمیت خود، ضرری را متوجه افراد بی‌گناه جامعه کند، آن را جبران نماید. گرچه با تقریری که از حکم عقل و بنای عقلا داشتیم نیازی به این قاعده وجود ندارد.

۲-۵-۳. قاعده لا ضرر و لا ضرار

شیخ انصاری معتقد است که این قاعده، نافی هر گونه حکم ضرری در اسلام است (انصاری، بی تا، ج ۵، ص. ۱۶۱). پس چنانچه یک حکم موجب ضرر شد بایستی آن ضرر تدارک گردد.

۲-۵-۴. قاعده لا یبطل حق امری مسلم

برخی دیگر نیز ضرورت تأمین خسارت وارده را ناشی از وجود قانون «ضمان اجتماعی اسلام» می‌دانند و با استناد به همین اصل، هر نوع حق پایمال شده از مسلمین را قابل جبران از بیت‌المال می‌دانند (حسینی شیرازی، ۱۴۲۷ق، ص. ۷۳).

۳. بررسی تعارضات احتمالی قاعده مورد بحث با سایر قواعد

۳-۱. تعارض با قاعده احسان

قواعد عمومی باب ضمان، ضمان مقنن را اقتضاء دارد و لزوم جبران خسارات وارده ناشی از تقنین را و از طرف دیگر چنانچه مقنن را محسن بدانیم، دستور شرع بر نفی سبیل از اوست و لزوم جبران خسارت، با لزوم نفی سبیل در تعارض است. غالب فقهای عظام نیز دلیل عدم پرداخت خسارت ناشی از قضاوت اشتباه قاضی توسط خود او را عمل محسنانه قاضی می‌دانند. ارتباط ضمان مفتی با قاعده احسان آنجاست که برخی برآنند چنانچه اقدام شخص محسن، برای خدمت به شخص خاصی نباشد، بلکه منظور محسن مصلحت عامه باشد، به عقیده فقها این مورد هم مشمول قاعده احسان است. ولی اگر برای مصلحت عموم باشد، ضمان ایجاد نخواهد شد؛ زیرا فاعل محسن است. علامه در تحریر الاحکام به طور قاطع به این موضوع فتوا داده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰، ص. ۱۵۱). حتی برخی دیگر در هر صورت، پزشک را ضامن نمی‌دانند و معتقدند اگر بنا باشد که اطبا که از نظر شرعی موظف به انجام عملیات پزشکی هستند، در صورت ورود ضرر به بیمار ضامن باشد، در مسائل مربوط به جان مردم اختلال پیش می‌آید (شوشتری، ۱۴۲۷ق، ج ۲، صص. ۱۵۴-۱۵۵). در ابتدا باید گفت در انطباق «احسان» بر عمل سه احتمال و نظر وجود دارد:

۱- حسن فاعلی: احسان منوط به قصدی است که فاعل در ضمیر دارد، ولو فعل

انجام شده احسان نباشد. یعنی محسن کسی است که به قصد خیر و خوبی کاری را انجام دهد، هر چند در واقع عملش زیان‌بار باشد (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۳۹۲ و اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۳۵).

۲- حسن فعلی: باید فعل انجام شده احسان باشد، گرچه نیت فرد چنین نبوده است. محسن کسی است که عملی انجام دهد که در واقع سودمند باشد، هر چند قصد خیر و احسان نداشته باشد (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۴، ص. ۱۴).

۳- هم حسن فاعلی نیاز است و هم حسن فعلی. در حقیقت محسن کسی است که علاوه بر قصد خیر و نیکی، عملش هم در واقع سودمند باشد. بر خلاف دو نظر سابق به نظر می‌رسد که احسان به خلاف عناوینی چون خمر و امثال آن، که به صورت موضوع در احکام شرعی به کار می‌روند، از عناوین قصدیه باشد. لذا در صدق لفظ «محسن»، مجرد سودمند بودن عمل در واقع کافی نیست و شهود عرفی هم این مطلب را تأیید می‌کند. مضافاً تنها فارق اعمال محسنانه و غاصبانه در بعضی از حالات فقط قصد و انگیزه اشخاص است والا هر شخص غاصبی برای اینکه خود را از عهده جبران خسارات برهاند، ممکن است عملش را در واقع به نفع صاحب مال نشان دهد. علاوه بر این، اگر نتوانیم از طریق اصول لفظی این مطلب را حل کنیم، مقتضای اصل عملی (استصحاب) هم نتیجه فوق را تأیید می‌کند، زیرا به موجب ادله اثبات ضمان، تصرف بدون اجازه در مال غیر، موجب مسئولیت و ضمان است. حال اگر در تأثیر احسان به عنوان مسقط ضمان شک داشته باشیم که آیا قصد احسان مسقط ضمان است یا احسان واقعی، حالت سابق استصحاب می‌گردد و به ضمان این شخص حکم می‌شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۸ق، ص. ۴۷۸ و محقق داماد، ۱۳۷۰، ص. ۲۷۴). به نظر این دسته از صاحب نظران، احسان از دو عنصر تشکیل شده است: قصد نیکی و احسان، سودمند بودن ماهیت عمل از نظر عرف. بنابراین، احسان عبارت است از دفع ضرر یا جلب منفعت، با قصد خیر و نیکی و سودمند بودن عمل در واقع، چه با واقع مصادفت کند و چه مصادفت نکند (مصطفوی، ۱۳۸۴، صص. ۶۵-۶۷).

در نهایت به نظر می‌رسد که استدلال به قاعده احسان برای نفی ضمان مفتی

مخدوش است؛ زیرا:

۱- به فرض آنکه نیت احسان را دخیل در عمل مقنن بدانیم، نهایت اینکه اگر عملی از شخص صادر شد، که از حیث واقع احسان نبود، لکن قصد احسان داشت، محسن محسوب نمی‌شود. ولی از جهت تکلیف شرعی معذور است، لذا از نظر عرف هر دو امر یعنی مطابقت با واقع و قصد احسان لازم است و یکی از آن دو در تحقق احسان کافی نیست (موحدی لنگرانی، ۱۴۱۶ق، ص. ۲۸۸).

۲- قاعده احسان از مسئله ضمان مفتی، خروج موضوعی دارد؛ زیرا احسان به معنای انجام دادن عمل نیک در مورد دیگری است. سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که آیا ماهیت احسان دفع ضرر است یا ایصال نفع؟ نظرات مختلفی وجود دارد ولی به نظر می‌رسد احسان هم شامل دفع ضرر می‌گردد و هم شامل جلب منفعت، زیرا از واژه احسان همین مفهوم اعم به ذهن متبادر می‌شود و به همین جهت اکثر محققان همین مبنا را پذیرفته‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ق، ج ۷، ص. ۳۶ و بجنوردی، ۱۳۷۱، ص. ۱۳). حکم به نفی سیل شخص محسن، یک حکم عقلی است و امور عقلی استثناپذیر و تخصیص‌بردار نیستند؛ لذا هم جلب منفعت به یک شخص، احسان است و هم دفع ضرر از او. البته گاهی در نظر عرف، دفع ضرر مصداق بارزتر احسان محسوب می‌گردد تا جلب منفعت. بنابراین ماهیت احسان عبارت است از کاری که باعث ایصال منفعت یا دفع ضرر در مورد دیگری می‌شود، اعم از آنکه ایصال و دفع نفع و ضرر محض یا ایصال و دفع نفع و ضرر اهم باشد (مصطفوی، ۱۳۸۴).

۳- نکته مهم آنجاست که هیچ‌یک از محققین، صرف انجام وظیفه را برای شمول وصف محسن به فاعل کاری را نپذیرفته‌اند، بلکه باید واقعاً عمل انجام شده در خارج نیز سودمند و مفید باشد و فی‌الواقع باید احسان باشد؛ بدین معنا که عادتاً جلوگیری از ضرر نماید و یا باعث جلب منفعت شود. پس باید عمل محسنانه از نظر واقعیت خارجی و از نظر عرفی عمل نیکو و سودمندی به حساب آید (موحدی لنگرانی، ۱۴۱۶). پس مفهوم احسان شامل حال هر شخصی که بر طبق وظیفه عمل می‌کند نمی‌شود و علاوه بر عمل مطابق وظیفه، باید عنصر دیگر به نام خیررسانی به دیگران (اعم از جلب منفعت یا دفع ضرر از دیگران) نیز ضمیمه این عمل باشد والا این عمل، محسنانه نیست.

۲-۳. تعارض با اجماع

مرحوم محقق داماد، روایت ابن حجاج در مورد ربیعه را با استناد به اجماع اصحاب بر عدم تقصیر متصدی صالح برای کرسی افتاء مشروط به تلاش کافی او، موضوعاً خارج از بحث اثبات ضمان مفتی می‌داند. ایشان نهایتاً چنین مفتی را در صورت فتوای اشتباه، قاصر می‌داند و نه مقصر و از این رو، بر مفتی قاصر حرجی نیست (محقق داماد، ۱۴۰۱ق، ج ۳، صص. ۷۹۹-۸۰۲). در پاسخ به این تعارض ظاهری می‌توان چنین پاسخ گفت:

۱- اگر منظور از اجماع مورد بحث، اجماع بر محسن بودن مفتی حتی در صورت اشتباه او و به تبع، عدم ضمان مفتی است که مرحوم آیت‌الله بروجردی با رویکردی تاریخی به مسئله فوق، ادعای اجماع فقها را با استناد به کلامی از شیخ طوسی در العده نقد کرده و اجماع یادشده را به متکلمان تخصیص داده است؛ حال آنکه اجماع فقیهان و محدثان است که اعتبار و حجیت دارد (بروجردی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، صص. ۱۴۰-۱۴۱).

۲- ایراد دیگر آنکه استناد به این اجماع با مفهوم فوق، تخصصاً از محل بحث خارج است. موضوع مورد بحث، لزوم جبران خسارات ناشی از اشتباه مفتی است نه اینکه در صورت اشتباه مفتی، آیا او دچار معصیت شده و یا آنکه خود او باید جبران خسارت کند یا دیگری؟ اجماع فقها بر حداقل اجر مفتی، منافاتی با لزوم جبران خسارت ناشی از فتوای او ندارد.

۳- اگر منظور از اجماع نیز، اجماع بر نفی اصل موضوع یعنی عدم ضمان مفتی است که این اجماع نیز محصل نخواهد بود؛ زیرا همان‌طور که در بحث ادله فرعی آمد، برخی از فقهای عظام بر لزوم جبران خسارت ناشی از فتوای مفتی ادعای اجماع کرده‌اند. البته این اجماع را مربوط به روایت معروف «أَنَّ مَا أَخْطَأْتُ الْقَضَاءَ فِي دَمٍ أَوْ قَطْعٍ فَهُوَ عَلَى بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ» می‌دانند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۷۹ و موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۷۳).

۴. تطبیقات قاعده

قدم بعدی آن است که بررسی شود آیا «قاعده كل مفتی ضامن» در مورد «كل حاکم» هم جریان پیدا می‌کند و طبق این قاعده، قائل بود به آنکه: «كل حاکم ضامن؟» به عبارت

دیگر آیا قانون‌گذار را می‌توان از باب ولایتی که دارد، غیرمسئول دانست و یا اینکه از باب قاعده احسان، مسئولیت او را منتفی شمرد و یا آنکه می‌شود با تمسک به عمومات قواعد باب ضمان، بالتسبیب قانون‌گذار را در صورت بروز خسارت، ضامن دانست؟ آیا امکان تطبیق این قاعده بر فتاوی فقهاء و قانون‌گذاری مجلس در حکومت اسلامی و همچنین عملکرد شورای نگهبان و نیز حکم حکومتی رهبر وجود دارد یا خیر؟

فرق فتوا و حکم آن است که فتوا بیان حکمی کلی است و تشخیص مصداق موضوع به عهده مکلف است. فتوا از مقوله انشاء نیست، بلکه از مقوله اخبار است. اما حکم، انشائی است که به یک امر جزئی در یک موضوع مشخص می‌پردازد و به دیگر موضوعات تسری پیدا نمی‌کند (موحدی لنکرانی، ۱۴۲۰ق، ص. ۱۲ و اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۷، ص. ۵۵۰). در واقع نمونه اخبار، کمتر از انشاء است. وقتی اخبارکننده ضامن باشد در برابر خبری که می‌دهد، انشاءکننده به طریق اولی باید ضامن باشد.

وحدت ملاک و تنقیح مناط قطعی هم، قابل تمسک است. همان ملاکی که عرفاً در باب ضمان بودن مفتی وجود دارد، در باب ضامن بودن حاکم هم وجود دارد. برخی از فقهای عظام نیز «کل مفت ضامن» را در مورد «کل قاض» هم به کار برده‌اند که توضیح آن ذیل روایت «مَا أَخْطَأَتِ الْقَضَاءَ فِي دَمٍ أَوْ قَطَعَ فَهُوَ عَلَى بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ» گذشت. فقها از همین باب، همه قضات را همان‌گونه که مسئول احکامی صادر کرده‌اند می‌دانند، ایشان را مسئول عواقب صدور احکام هم دانسته‌اند. پس می‌توان فهم فقها را ملحق قاعده اولویت و تنقیح مناط فوق کرد و نتیجه گرفت که طبق «قاعده کل مفت ضامن» پس: «کل حاکم ضامن».

اگر همه مقدمات فوق را و نتیجه را بپذیریم، پس اگر هر حاکمی ضامن است، پس زعیم مسلمین نیز حاکم است. زیرا حاکم اعلائی جامعه اسلامی، خصوصیتی ندارد که از عموم «کل حاکم» خارج شود. به عبارت دیگر، می‌توان با الغای خصوصیت از حاکم اعلائی جامعه اسلامی (زعیم المسلمین)، طبق قاعده او را نیز در برابر احکامی که صادر می‌کند ضامن دانست.

۴-۱. سرایت قاعده به مقننین در حکومت اسلامی

لازم است بررسی شود که آیا این قاعده در مورد دیگری نیز در جامعه اسلامی می‌تواند

جریان داشته باشد؟ به عنوان مثال آیا می‌توان این قاعده را برای قانون‌گذاران در جامعه اسلامی مجری دانست؟ برای پاسخ به این سؤال، مقدماتی لازم است:

۴-۱-۱. تعریف قانون و ضرورت شناخت آن

منظور ما از قانون، تمامی مقررات لازم‌الاجرائی است که توسط مقامات صلاحیت‌دار در حکومت اسلامی وضع می‌شود (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱، صص. ۱۵۱ و ۱۶۹). در کلمات فقهای معاصر هم بعضاً دیده می‌شود که قانون را به معنای دستورهای لازم‌الاجرائی می‌دانند که در طول زمان ثابت است و بر اساس مصالح و مفاصد واقعی وضع شده و می‌گویند صادرکننده آن فقط خدا می‌تواند باشد و در موارد استثنایی پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) و لهذا تعریف فوق را نمی‌پذیرند (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۶۱ و حسینی شیرازی، ۱۴۲۷ق، صص. ۷-۸).^۱ البته این تعریف مورد پذیرش نیست و مورد انتقاد بسیاری از فقها نیز قرار گرفته که در ادامه، این مخالفت توضیح داده خواهد شد.

ضرورت وجود قانون و نهادی برای وضع آن در هر یک از جوامع بشری، اعم از ابتدایی و پیشرفته و متدین به یک دین الهی یا غیرمتدین، قابل انکار نیست لکن در حکومت اسلامی که خود را مقید به اجرای موازین و احکام شرعی می‌داند، ضرورت وجود یک قوه قانون‌گذار با سؤالات جدی مواجه می‌شود؛ نظیر اشکالات و سؤالاتی که در اوایل دوره مشروطه مقارن با طرح تدوین قانون اساسی در ایران، مطرح گردید. مثلاً اینکه با وجود احکام شرعی که قوانین کشور اسلامی هستند و شارع مقدس آنها را وضع و فقهای عظام از منابع چهارگانه کتاب و سنت و اجماع و عقل آنها را استخراج کرده‌اند، چه نیازی به وضع قانون دیگری وجود دارد؟ (ارسطا، ۱۳۹۱، ص. ۶۱۸).

مرحوم علامه نائینی با اشاره به برخی از این اشکالات نوشته است: «مآل همه، آنکه دین ما مسلمانان، اسلام و قانونمان قرآن آسمانی و سنت پیغمبر آخرالزمان است، تدوین قانون دیگری در بلد اسلام، بدعت و در مقابل صاحب شریعت، دکان باز کردن است و التزام به آن هم چون بدون ملزم شرعی است، بدعتی دیگر...» (نائینی، ۱۴۲۴ق، ص. ۱۰۶). بنابراین، ضرورت دارد که در ابتدا ماهیت قانون‌گذاری در حکومت اسلامی تبیین گردد تا بر آن اساس بتوان ماهیت قوانین موضوعه در حکومت اسلامی را شناسایی کرد.

۴-۱-۲. انواع قانون

یکی از فقهای معاصر ماهیت قوانین موضوعه توسط مجلس شورای اسلامی را برنامه‌های اساسی و خطوط کلی جامعه اسلامی دانسته که بر اساس فتاوی فقهاء تنظیم می‌گردد. توضیح اینکه از دیدگاه ایشان حکم شرعی دارای سه مرحله است: اول، مرحله تشریح که حق خداوند متعال است. دوم: مرحله استنباط احکام از منابع معتبر و صدور فتوا بر اساس آنکه توسط فقهاء انجام می‌شود. سوم، مرحله برنامه‌ریزی و ترسیم خطوط کلی است که بر اساس فتاوی فقهاء انجام می‌شود. این مرحله وظیفه مجلس شورای اسلامی است^۹ (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۶۱). تعبیر «برنامه‌ریزی و ترسیم خطوط کلی» اگرچه تا اندازه‌ای ماهیت قوانین موضوعه در حکومت اسلامی را تبیین می‌کند ولی به دلیل کلی بودن، نیاز به توضیح و تدقیق بیشتری دارد. پس از تدقیق معلوم می‌شود که نهایتاً قوانین از شش حالت خارج نیستند. با دو تقسیم‌بندی مجزا و دو مقسم متفاوت، این شش حالت رخ می‌نماید. تقسیم‌بندی اول، تقسیم‌بندی قوانین از «حیث ماهوی» است مصوبات مجلس شورای اسلامی را می‌توان تحت سه عنوان اصلی دسته‌بندی کرد (ارسطا، ۱۳۹۸ق، صص. ۶۱۸-۶۲۲).

۱- تبیین حکم شرعی: بسیاری از مصوبات مجلس، تحت این عنوان قرار می‌گیرد مانند اکثر مواد قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی که دقیقاً برگرفته از فتاوی فقهای شیعه است. در واقع، مجلس شورای اسلامی، تبیین حکم شرعی را از دو طریق انجام می‌دهد:

■ شکل قانونی دادن به مسایل فقهی: از آنجا که یک مسئله فقهی در عبارات فقهاء با تعبیرات گوناگون مطرح شده، لازم است که از آن میان، گویاترین تعبیر انتخاب شده و به زبان فارسی روان و گویا و فاخر ترجمه و در قانون آورده شود. متن قانون مدنی را می‌توان از نمونه‌های موفق این مورد دانست.

■ تفریح احکام کلی و ذکر مصادیق احکام طبق احتیاجات روز: به عنوان مثال می‌توان به تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی اشاره کرد که برای عسر و حرج زوجه، مصادیقی را نام برده است. مانند اعتیاد زوج به مواد مخدر و خودداری وی از پرداخت نفقه و سوء معاشرت او با زوجه و در عین حال، تصریح کرده که این مصادیق، انحصاری نیست.

۲- تشخیص موضوع حکم شرعی: پاره ای از مصوبات مجلس شورای اسلامی، مشمول این عنوان است. مجلس این کار را به دو صورت انجام می‌دهد:

- تشخیص موضوع در مواردی که شریعت آن را برعهده عرف گذاشته است، مانند تعیین اوزان و مقایس.

- تشخیص موارد ضرورت و ضرر و اختلال نظام و به طور کلی تشخیص موضوع احکام ثانوی، همچون ماده ۱۳۴: «هیچ‌یک از اشخاصی که در یک معبر یا یک مجری شریکند، نمی‌توانند شرکاء دیگر را مانع از عبور یا بردن آب شوند».

۳- برنامه‌ریزی برای حسن اجرای احکام الهی: این کار نیز به دو صورت انجام می‌شود:

- سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی به منظور انجام مقدمات لازم برای حسن اجرای واجبات و ترک محرمات مانند اقدامات قانون در جهت جلوگیری از وقوع جرم و نیز قانون تأسیس وزارت ورزش و جوانان و قوانین مربوط به عبور و مرور.
- وضع مقررات به منظور انتخاب بهترین شیوه‌های اجرایی احکام شرع مانند بهره‌وری از علوم و فنون جدید جهت برخورد مقابله با مجرمان و متخلفان همچون استفاده از دوربین در جاده‌ها و خیابان‌ها به منظور رصد کردن تخلفات رانندگی و مقابله با آنها و همچنین مقرر کردن اخذ جریمه مالی به عنوان شیوه اجرایی تعزیر در حق رانندگان متخلف.

در تقسیم‌بندی دیگر، ملاک، تسالم یا توافق فقها در مورد قانون است. دسته اول، دسته‌ای از قوانین بیان‌کننده آن قسمت از احکام شرعیه هستند که در میان فقها مورد تسالم و اتفاق نظر است. تسالم اعم از اجماع است و شامل اجماع و کمتر از اجماع (مانند قول مشهور یا اجماع مدرکی با منشأ مشخص) هم می‌شود. غالب قوانین این‌گونه‌اند. مثلاً ثبوت حق قصاص، ثبوت حق گرفتن دیه و بسیاری از قوانین ارث که در قانون مدنی آمده است.

دسته دوم از مصوبات مجلس، آن مصوباتی است که مورد اتفاق نظر بین فقها نیست و در واقع، مورد تسالم نیست. مانند الزام به اخذ اذن ولی در نکاح باکره.

پس شش نوع قانون مذکور، بدین شرح‌اند:

۱- قوانین ناظر به تبیین حکم شرعی و مورد تسالم فقها

- ۲- قوانین ناظر به تبیین حکم شرعی و غیرمتسالم بین فقها
- ۳- قوانین ناظر به تشخیص موضوع حکم شرعی و مورد تسالم فقها
- ۴- قوانین ناظر به تشخیص موضوع حکم شرعی و غیرمتسالم بین فقها
- ۵- قوانین ناظر به برنامه‌ریزی برای حسن اجرای احکام الهی و مورد تسالم فقها
- ۶- قوانین ناظر به برنامه‌ریزی برای حسن اجرای احکام الهی و غیرمتسالم بین فقها

۴-۱-۳. حکم ولایی و وسعت حوزه صدور آن

طبق توضیحات گذشته، یا سه نوع قانون ماهوی، مورد تسالم بین فقهاست و یا اینکه مورد تسالم نیست. در مواردی که مورد تسالم نیست، لازم است تا حاکم اسلامی با صدور یک حکم، نظر خود را اعلام نماید و دستور لازم را صادر کند تا از بی‌قانونی و تبعات آن جلوگیری شود. به این احکام، احکام ولایی^۶ می‌گویند.

در این میان این سؤالات مطرح است که در چه مواردی حاکم مسلمین می‌تواند اقدام به صدور دستور کند؟ آیا در این موارد الزاماً باید یک جعل شرعی وجود داشته باشد که حاکم مسلمین آن جعل را استنباط کند؟ آیا تمامی قوانینی که در حکومت اسلامی به اجرا گذاشته می‌شود الزاماً به یکی از مجعولات شرعی که خداوند در مقام صدور دستور لازم‌الاجرا آن‌ها را وضع کرده بازگشت دارد؟ آیا میدان‌های آزاد قانون‌گذاری در حکومت اسلامی وجود دارد؟ یعنی آن میدان‌هایی که شریعت در آن‌ها نفیاً و اثباتاً اقدام به وضع حکم ثابت نکرده و آنها به زعم مسلمین واگذار کرده باشد؟

این، سه بیان مختلف است برای یک سؤال و در هر سه مورد، پاسخ این است که: بله؛ ممکن است میدان‌های آزاد قانون‌گذاری باشد که شریعت در آن‌ها قانون وضع نکرده، یعنی قانون ثابت وضع نکرده باشد، چه اینکه حتی قانون متغیر هم نمی‌تواند وضع کند. پیوسته نیازهای حکومت در حال تغییر است. مقررات ثبت احوال، ثبت اسناد و نظام وظیفه و نظام پزشکی و عبور و مرور و صادرات و واردات و وزارت‌خانه‌ها و روابط بین قوا و شیوه اداره در یک کشور که آیا بر اساس نظام متمرکز باشد یا نظام نیمه متمرکز باشد یا نظام عدم تمرکز باشد و امثال این‌ها، تمامش جزء امور متغیری است که ناگزیر در هر نظامی باید یک پاسخی در برابر این امور متغیر وجود داشته باشد و چون قانون متغیر، تغییرش به تناسب شرایط زمان و مکان است. شریعت نمی‌تواند تمام شرایط زمانی و

مکانی را که در آینده اتفاق خواهد افتاد، ملاحظه کرده و برای هر کدام قانونی وضع کند و ناگزیر باید وضع قوانین متغیر را به زعیم مسلمین بسپارد و از این روست که علی‌رغم تمام اختلاف نظرات بین فقها در مورد امکان تقنین یا مخالفت تقنین با شرع، برخی از فقهای روشن ضمیر، آن را از بدیهیات می‌دانستند (نائینی، ۱۴۲۴ق، صص. ۱۰۷-۱۰۸).

ناگفته پیداست «به نظر می‌رسد که سومین قسم از قوانین و فعالیت‌های مجلس شورای اسلامی یعنی برنامه‌ریزی برای حسن اجرای احکام الهی، بیشترین شمول را در حوزه احکام ولایی داراست؛ با این توضیح که الزام تمامی مردم و نهادها به اینکه برای حسن اجرای بعضی از واجبات و ترک برخی محرمات حتماً از شیوه مخصوصی استفاده کنند و یا برای اجرای پاره‌ای از احکام شرعی (مانند تعزیز رانندگان متخلف فقط از روش معینی (همچون جریمه مالی) بهره گیرند و حق استفاده از شیوه دیگر را ندارند، الزامی است که ناشی از حکم ولایی می‌باشد. به عبارت دیگر اگر چنین حکمی صادر نشده بود، آنگاه هر شخص یا نهادی ممکن بود برای اجرای احکام الهی از شیوه مورد نظر خود استفاده کند و هیچ‌گونه الزام شرعی مبنی بر استفاده از شیوه معینی وجود نداشت. بدین ترتیب ولی امر به منظور تأمین مصالح جامعه اسلامی و جلوگیری از تشتت رویه و هدر رفتن نیروها و امکانات، اقدام به صدور فرمان‌هایی در چارچوب موازین اسلامی نموده است (که همان تعریف حکم حکومتی است) و البته این کار را از طریق مجلس شورای اسلامی انجام داده است و خود مستقیماً انجام آن را برعهده نگرفته چرا که از طریق مجلس بهتر می‌توان مصالح عمومی مردم را تأمین نمود» (ارسطا، ۱۳۸۸، ص. ۳۴ و منصورنژاد، ۱۳۷۷، ص. ۱۱۸).

می‌توان این چنین نیز استنتاج نمود که با توجه به تعریفی که در مورد قانون آمد و توضیحات مابعد آن: اگر بعضی از صاحبان مناصب حکومتی هم دستورالعملی داده باشند یا بخشنامه‌ای صادر کرده باشند، آنها هم در برابر دستوراتی که صادر می‌کنند و زبان‌های احتمالی، ضامن هستند.

۴-۱-۴. طریق تحصیل الزام موجود در قوانین

بعد از آنکه معلوم شد که اصل قانون‌گذاری در نظام حکومت اسلامی مجاز است و قانون‌گذاری، دارای سه ماهیت است و نهایتاً شش حالت متفاوت را دربرمی‌گیرد، سؤال

بعدی آن است که الزام این قوانین و ماهیت‌های متفاوت از کجا می‌آید؟ در پاسخ باید گفت: احکام مورد تسالم که در قالب مواد قانونی می‌آید، نیازی به اعمال الزام جداگانه‌ای ندارد، چون همه فقها اعتقادشان همین بوده و بنابراین نیازی به این نیست که قانون‌گذار بخواهد الزام جداگانه‌ای را بیان کند. یعنی تمام فقها برآنند که حکم شرعی همین است که در این صورت، الزام این قوانین از ناحیه خداوند متعال آمده است. مثلاً همه فقها معتقدند که یک شخص که به ظلم کشته می‌شود، اولیاء او حق قصاص دارند. الزام این قانون از ناحیه خدا آمده است و نیاز به الزام جداگانه‌ای ندارد. دسته دوم از مصوبات مجلس، آن مصوباتی بود که مورد تسالم بین فقها نیست، در این صورت، اعمال آن و الزامی کردن آن بر مردمی که مقلد فقهای دیگر هستند، یعنی فقهایی که آن فتوا را ندارند، نیاز به یک الزام جداگانه‌ای دارد. مثلاً در قانون گفته شده که دختر باکره برای ازدواج باید حتماً اذن پدر را داشته باشد. حال چنانچه شخصی که می‌خواهد دخترش را به ازدواج مردی در بیاورد و خود آن دختر که می‌خواهد ازدواج کند، هر دوی آنها مقلد مرجعی باشند که او اذن پدر را لازم نمی‌داند، در اینجا برای جلوگیری از تشتت بین جامعه اسلامی، این الزام باید از ناحیه دیگری تأمین شود و این الزام از ناحیه حکم حاکم تأمین می‌شود که به آن، حکم ولائی می‌گویند.

۴-۱-۵. بررسی لزوم یا عدم لزوم تأیید همه قوانین توسط حاکم جامعه اسلامی

گفته شد که بدیهی است هر حکومتی به قانون نیاز دارد و در حکومت اسلامی هم، مانند هر حکومت دیگری، این ضرورت وجود دارد که امور اجتماعی و فردی مردم، از طریق وضع قوانین مناسب سامان پیدا کند. اولین مسئله‌ای که در هنگام وضع قانون در یک کشور اسلامی مطرح می‌شود، این است که در تدوین قانون، فتوای کدام از یک فقها باید معیار قرار بگیرد؟ آیا تمامی قوانین موجود در کشور اسلامی باید به تأیید ولی فقیه برسد یا خیر؟

الف. ضرورت، مواضع و احتمالات هشت‌گانه فتوای معیار

چنین مشهور است که افراد در امور فردی بر طبق فتوای مرجع خود و در امور اجتماعی

بر طبق حکم حکومتی که حاکم صادر می‌کند، عمل می‌کنند، بنابراین دیگر مسئله فتوای معیار، کثیرالابتلاء نخواهد بود. چون شخص در امور فردی به فتوای مرجع تقلید خود مراجعه می‌کند و در امور اجتماعی هم، فقیه باید حکم ولایی صادر کند. طبیعتاً ولی فقیه بر اساس استنباط شخصی خود حکم حکومتی صادر می‌کند. پس دیگر فتوای معیار چندان کثیرالابتلاء نخواهد بود. در پاسخ باید گفت که آری! مردم، در امور فردی بر طبق فتاوای مرجع تقلید خود عمل می‌کنند؛ مثلاً شخصی که می‌خواهد معامله‌ای انجام دهد یا به کاری مشغول شود یا عبادتی را به جا بیاورد، بر اساس فتوای مرجع تقلید خود عمل می‌کند. لکن عمل کردن بر طبق فتوای مرجع تقلید، نمی‌تواند پاسخ‌گوی همه مواردی که در آن نیاز به تقنین هست، باشد، و حتی با فرض حکم حکومتی، نیاز به فتوای معیار وجود دارد. دست‌کم در این دو مورد کثیرالابتلاء این نیاز هویدا است:

- گاهی افراد جامعه با یکدیگر اختلاف پیدا می‌کنند، آنگاه قاضی لازم است بداند که بر اساس فتوای کدام یک از مراجع تقلید باید بین این دو نفر قضاوت کند. اگر قاضی مجتهد باشد، بر طبق استنباط شخصی خود این قضاوت را انجام خواهد داد، لکن در اکثر موارد مانند زمان حاضر، که احتیاج به مراجعه به قاضی مأذون است، قاضی صاحب فتوا نیست تا بتواند بر اساس فتوای خود بین دو نفر که اختلاف پیدا کرده‌اند، دعوا را حل و فصل کند.

- گاهی، برخی از شخصیت‌های حقوقی می‌خواهند اقدام به عملی کنند که الزاماً باید بر طبق فتوای مشخصی عمل شود؛ مثل وزارت‌خانه‌ها، نهادها و مؤسسات دولتی، این‌ها می‌خواهند به بیع، اجاره، جعاله، مضاربه و مساقات اقدام کنند، بانک‌هایی که این کارها را انجام می‌دهند، براساس چه ملاک و ضابطه‌ای باید اقدام کنند؟ بدون شک در اینجا به قوانین مشخصی نیاز است که ضابطه انجام این امور را برای نهادها و مؤسسات دولتی مشخص کرده باشند. منظور از اقدامات حقوقی، اقداماتی است که منجر به حق و تکلیف می‌شود.

وقتی به دنبال یافتن فتوای معیار در نظام تقنین جامعه اسلامی هستیم، این فتوا از هشت حالت خارج نیست (ارسطا، ۱۳۹۸، صص. ۵۶-۷۷):

۱- فتوای ولی فقیه؛

- ۲- فتوای مشهور فقها؛
- ۳- فتوای اکثریت فقهای ناظر بر عملکرد مجلس قانون‌گذاری (شورای نگهبان)؛
- ۴- فتوای فقیه اعلم؛
- ۵- فتوای هریک از فقها؛
- ۶- فتوای اسهل؛
- ۷- فتوای احوط؛
- ۸- فتوای کارآمدتر.

ب. ارتباط قوانین غیر صادره از شخص حاکم با حاکم جامعه اسلامی

باید دانست که تمامی قوانین، اعم از اینکه موافق با فتوای ولی فقیه باشند یا موافق نباشد، قانون‌گذاری نسبت به آنها در حکومت اسلامی، بدون شک باید با اذن ولی فقیه باشد. پس آنچه که وضع می‌شود به نام قانون، یا توسط خود حاکم جامعه اسلامی بالمباشره وضع می‌گردد و یا توسط مقامی ذی‌صلاح (مجلس شورای اسلامی، مجلس خبرگان، مجمع تشخیص مصلحت، شورای عالی انقلاب فرهنگی و امثال این‌ها) است که در این صورت نیز، واضع قانون بالتسبیب، خود حاکم خواهد بود. نکته حایز اهمیت در میان این است که در تمامی این دو نوع قانون، قانون‌گذاری با «اذن» ولی فقیه انجام می‌پذیرد و در نتیجه، انتساب به ولی فقیه و حاکم جامعه اسلامی پیدا می‌کند؛ اعم از اینکه مُنشئ حکم که حاکم مسلمین است، مباحثراً اقدام به صدور حکم نماید یا تسبیباً.

۴-۱-۶. ضمان حاکم جامعه اسلامی

در واقع سؤال آن است که آیا حکم حکومتی خطاپذیر است یا خیر؟ آیا می‌توان حکم حکومتی را خطاپذیر دانست تا از قِبَل آن، برای حاکم هم فرض تقصیر کرده و او را ضامن دانست؟ غالب فقهای عظام، حکم حاکم را خطاپذیر می‌دانند و معدودی از ایشان، اصالتاً این فرض را غلط می‌دانند. شرح این نظرات بدین گونه است:

- ۱- برخی اصولاً قوانین در نظام ولایت فقیه را به گونه‌ای تفسیر می‌نمایند که از آنجا که حکم حکومتی است، پس اصلاً خطاپذیر نیست. تقریر بحث آنکه ایشان، در

بحث اطلاق یا تقييد ولايت نسبت به احكام اوليه معتقدند كه احكام حكومتي از دو حال خارج نيستند:

- تشریح در برابر احكام الله: اطلاق به اين صورت قطعاً منفي است؛ زيرا فقيه نه مشرّع است و نه قانون گذار و تشریح او در برابر احكام الله تعالی بدعت و يا افترا خواهد بود و تشریح مخصوص ذات الهی است و حتی رسول اکرم (صلی الله علیه وآله وسلم) استقلال در تشریح ندارد، مگر به صورت امضایی.
- هیچ کس اطلاق در ولايت فقيه به معنای حق تشریح در مقابل احكام الله را مدعی نيست، نه در احكام اولی و نه در احكام ثانوی.

۲- اطلاق ولايت يا حق صدور حکم حكومتي (ولایي) حاکم بر احكام اوليه: ثبوت اطلاق ولايت به اين معنا قطعی و ضروري است؛ زيرا نفوذ حکم ولائی مانند نفوذ حکم قضائی است كه تغییردهنده احكام اوليه است هم در موضوعات و هم در محمولات. ردّ حاکم از عناوين ثانويه است كه در مقام تراحم، مقدم بر عنوان اولی اماره مخالف خواهد شد؛ زيرا عناوين ثانويه معیّر حکم عناوين اوليه هستند. ثانیاً. حدیث عمر بن حنظله كه یکی از عمده ترین ادله اعتبار «حکم حاکم» می باشد، خود در مفروض سخن ما وارد شده و حقّ تقدّم را به حکم حاکم داده است؛ زيرا امام (علیه السلام) در جواب سائل می فرماید كه «حکم حاکم» را بر فتوای مجتهد مخالف مقدم دارد؛ یعنی نقض حکم به وسیله فتوای مخالف از طرف مجتهد دیگر جایز نیست و مورد حدیث یاد شده، هر چند شبهات حکمیّه است ولی ملاک تقدّم حکم بر فتوا شبهات موضوعیّه را مانند مثال های یاد شده نیز شامل می شود (موسوی خلیلی، ۱۳۶۷، صص. ۲۳۳ و ۳۸۴-۳۷۵). یا برخی دیگر نیز در اثبات خطاناپذیری حکم حكومتي استدلال می نمایند به آنكه حاکم در زمان غیبت، مانند امام مندرج در کریمه اولوالأمر، در واقع با صدور حکم، جعل می کند و یک اماره خلق می گردد و عمل به اين اماره مانند سایر امارات، مصلحت دارد و این نفوذ، همان نفوذ جعل الهی است. فلذا حاکم هیچ گونه مسئولیتی نخواهد داشت و حتی این اماره بر اصول عملیه در احكام ظاهری و الزامی نیز حكومت دارد (حسینی حائری، ۱۳۸۸، صص. ۱۹۲-۱۹۴).

۳- همان گونه كه اشاره شد قاطبه فقهای عظام چنین شأنی را برای حاکم اسلامی از

حیث نوع و شیوه نفوذ حکم قائل نیستند و او را مبرا از اشتباه نمی‌دانند. غالب فقها معتقدند که حاکم فقط می‌تواند یک سری قوانین را جعل کند که از سنخ امور اجرائی است که هیچ برتری نسبت احکام الهی ندارد و در طول آنها قرار می‌گیرد. حتی برخی از ایشان، هم رجوع به کارشناس خبره را بر او واجب می‌دانند و هم التزام به نظر آن کارشناس را واجب (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص. ۴۹۴).

نتیجه‌گیری

پس از بیان مفهوم کلی قاعده «كُلُّ مُفْتٍ ضَامِنٌ»، ادله قرآنی و روایی این قاعده مورد بررسی قرار گرفت تا به کمک آنها، مفهوم دقیق قاعده مشخص شود. پس از اثبات، با استناد به برخی شواهد، این قاعده برای قضات هم مجری دانسته شد (كُلُّ قَاضٍ ضَامِنٌ). سپس امکان جریان این قاعده برای حاکم هم بررسی و معلوم شد که اگر هر مفتی ضامن باشد، به طریق اولی، «كُلُّ حَاكِمٍ ضَامِنٌ» و از آنجا که زعیم مسلمین، حاکم اعلای جامعه اسلامی است، لذا خصوصیتی برای او وجود ندارد که وی نیز، در برابر احکام ولائی که صادر می‌کند ضامن نباشد. پس از واکاوی امکان تقنین در جامعه اسلامی و بررسی انواع قوانین از حیث ماهوی و از منظر وجود یا عدم وجود تسالم فقها نسبت به آنها، مشخص شد که در موارد غیرمتسالم، برای جلوگیری از بی‌قانونی و تبعات آن، لازم است حاکم اسلامی از طریق حکم ولائی در قالب قانون، وضع مقررات کند که این وضع، نیاز به فتوای معیار دارد. این مقررات ممکن است بالمباشره یا با واسطه و بالتسبیب توسط حاکم وضع شود ولی به هر حال از آنجا که با اذن حاکم بوده، به او منتسب است و طبق نظر اکثر فقهای عظام، از آنجا که ایشان قائل به فرض تقصیر برای حاکم هستند، چنانچه در جامعه اسلامی، حکم و قانونی، موجبات ضرری را فراهم آورد، مصدر همان حکم، یعنی حاکم جامعه اسلامی، مسئول جبران خسارات وارده است و او نسبت به همه قوانین صادره در جامعه، ضامن است. باید توجه داشت که اثبات ضمان حاکم، در واقع اثبات ضمان حکومت اسلامی و اثبات ضمان تمام اجزاء مقننه آن خواهد بود. البته روش‌های جبران خسارت و راهکارهای عملیاتی برای این مهم، بحثی است جدی که از حوزه و حوصله این مقاله خارج است.

یادداشت‌ها

۱. مفتی اعم از مرجع تقلید است؛ ممکن است کسی قدرت فتوا دادن داشته باشد ولی به رتبه مرجعیت نرسیده باشد.
۲. عن مفضل بن عمر قال قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) جعلت فداك تفوتني صلاة الليل فأصلي الفجر فلي أن أصلي بعد صلاة الفجر ما فاتني من الصلاة و أنا في صلاة [مصلاتي] قبل طلوع الشمس فقال نعم ولكن لا تعلم به أهلك فتتخذونه سنة فيبطل قول الله جل و عز «وَالْمُسْتَغْفِرِينَ بِالْأَسْحَارِ».
۳. «عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ: كَانَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَاعِدًا فِي حَلَقَةِ رِبِيعَةَ الرَّأْيِ - فَجَاءَ أَعْرَابِي فَسَأَلَ رِبِيعَةَ الرَّأْيِ عَنْ مَسْأَلَةٍ - فَأَجَابَهُ فَلَمَّا سَكَتَ قَالَ لَهُ الْأَعْرَابِيُّ - أ هُوَ فِي عُنُقِكَ فَسَكَتَ عَنْهُ رِبِيعَةُ - وَلَمْ يَرُدُّ عَلَيْهِ شَيْئًا - فَأَعَادَ الْمَسْأَلَةَ عَلَيْهِ فَأَجَابَهُ بِمِثْلِ ذَلِكَ - فَقَالَ لَهُ الْأَعْرَابِيُّ أ هُوَ فِي عُنُقِكَ فَسَكَتَ رِبِيعَةُ - فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) هُوَ فِي عُنُقِهِ - قَالَ أَوْ لَمْ يَقُلْ وَ كُلُّ مُفْتٍ ضَامِنٌ».
۴. البته برخی محققین این تعریف از قانون را به لوایحی برمی گردانند که منتسب به مرحوم شیخ فضل الله نوری است. البته این انتساب محل تأمل است.
۵. «بالجملة ليس لمجلس الشورى فى الحكومة الإسلامية التقنين و التشريع بارتجال أو على حسب أهواء الأمة، بل على أساس ضوابط الإسلام».
۶. از این احکام، تعبیر به حکم حکومتی یا حکم سلطانی هم می شود که تعبیر حکم ولایی بهتر است. چه اینکه در زبان عربی، کلمه «حکومتی» نیست و باید گفته شود حکم حکومتی و از طرف دیگر، عبارات «حکم حکومتی» یا «حکم حکومتی» یا «حکم سلطانی» گاهی اوقات این اشتباه را به ذهن مخاطب متبادر می سازد که الزاماً آن کسی می تواند این حکم را صادر نماید که در رأس حکومت قرار دارد؛ در حالی که این طور نیست.

کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۹ق). کفایة الأصول. قم: انتشارات مؤسسه آل البيت (عليهم السلام).
۳. ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۴. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶. ارسطو، محمدجواد (۱۳۸۸). *تشخیص مصلحت نظام از دیدگاه فقهی - حقوقی*. تهران: انتشارات کانون اندیشه جوان.
۷. ارسطو، محمدجواد (۱۳۹۸). «فتوای معیار در قانون‌گذاری». *فقه حکومتی*، ۴(۷)، صص. ۵۵-۸۱.
۸. استرآبادی، محمدامین (۱۴۲۶ق). *الفوائد المدنیة و بديله الشواهد المکیة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۹. اسماعیلی، محسن (۱۳۷۸). «قاعده الحاکم ولی الممتنع». *مجله حکومت اسلامی*، (۱۱)، صص. ۶۴-۹۲.
۱۰. اصفهانی، محمدحسین کمپانی (۱۴۰۹ق). *الإجَار (للأصفهانی)*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۱. اکبری، حسین (بی‌تا). «قاعده لَّا یَبْتَطَلُ دَمٌ اِمْرِئٍ مُّسْلِمٍ»، قابل دسترسی در: <http://alideldari.blogfa.com/post-205.aspx>
۱۲. انصاری، مرتضی (بی‌تا). *المکاسب*، بیروت: نشر مؤسسه دار الاضواء المرتضویه.
۱۳. بجنوردی، حسن (۱۳۷۱). *القواعد الفقهیة*. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۱۴. بروجردی، سیدمحمدحسین (۱۴۱۵ق). *نهایة الاصول*. تقریرات (محرر: حسینعلی منتظری) قم.
۱۵. تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۵ق). *القواعد الفقهیة و الاجتهاد و التقليد (دروس فی مسائل علم الاصول)*. قم: دار الصدیقة الشهیده (سلام‌الله‌علیها).
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸ق). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
۱۷. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعة*. قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت (علیهم‌السلام).
۱۸. حسینی حائری، سیدکاظم (۱۳۸۸). *أساس الحکومه الإسلامیة: دراسة استدلالیة مقارنه بین الדיمقراطیة والشوری و ولایة الفقیه*. قم: دار البشیر.
۱۹. حسینی روحانی قمی، سیدصادق (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق (علیه‌السلام) (للروحانی)*. قم: دار

- الكتاب - مدرسه امام صادق (عليه السلام).
۲۰. حسینی شیرازی، سیدصادق (۱۴۲۷ق). المسائل الإسلامیه مع المسائل الحدیثیه. قم: منشورات رشید.
۲۱. حسینی شیرازی، سیدمحمد (۱۴۱۹ق). الفقه موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی: القانون. بیروت: مرکز الرسول الاعظم (صلى الله عليه وآله وسلم) للتحقیق و النشر.
۲۲. حسینی شیرازی، سیدمحمد (۱۴۲۶ق). الفقه، السلم و السلام. بیروت: دارالعلوم للتحقیق و الطباعة و النشر و التوزیع.
۲۳. حسینی مراغی، سیدمیرعبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ق). العناوین الفقہیہ. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۴. الحکم الولائی و القانون (۱۳۹۱)؛ من مجموعہ «الفقه و القانون: تصورات و مقترحات و معالجات منهجیة» للمؤتمر الدولی الأولی؛ مرکز الدراسات الاسلامیه لمجلس الشوری الاسلامی، قم: کعبه دل، صص: ۶۳۳-۶۰۷.
۲۵. خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۵ق). المكاسب المحرمه (للإمام الخمينی). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).
۲۶. خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). التنقیح فی شرح العروه الوثقی، الاجتهاد و التقليد، قم: مؤسسه الامین.
۲۷. خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعه الإمام الخوئی. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۲۸. دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۹۱). مقدمه علم حقوق. تهران: انتشارات سمت.
۲۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن. لبنان - سوریه: دار العلم - الدار الشامیه.
۳۰. زرگوش، مشتاق (۱۳۹۲). حقوق اداری: مسئولیت مدنی دولت و کارکنان آن (قواعد اختصاصی). تهران: جنگل، جاودانه.
۳۱. سبزواری، سیدعبدالأعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام. قم: مؤسسه المنار.
۳۲. شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۳. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة (المحسّی - کلاتر). قم: کتابفروشی داوری.

۳۴. صاحب جواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۵. صالحی، محمدهاشم (بی تا). «متن درس خارج فقه» جلسه ۱۶، قابل دسترسی در: <http://www.eshia.ir/>
۳۶. صدر، محمد (۱۴۲۷ق). ما وراء الفقه. قم: دار المحبین.
۳۷. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۴ق). تکمله العروة الوثقی. قم: کتابفروشی داوری.
۳۸. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۴۲۱ق). فقه سیاسی (عمید). تهران: انتشارات امیرکبیر.
۳۹. عیاشی، محمد بن مسعود (۱۳۸۰-۱۳۸۱). تفسیر العیاشی. تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه.
۴۰. فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۴۱. طباطبایی قمی، سیدتقی (۱۴۱۳ق). عمده المطالب فی التعليق علی المکاسب. قم: کتابفروشی محلاتی.
۴۲. طباطبایی قمی، سیدتقی (۱۴۲۴ق). الغایه القصوی فی التعليق علی العروه - الاجتهاد و التقليد. قم: انتشارات محلاتی.
۴۳. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۴۴. مجلسی، محمدتقی (۱۴۰۶ق). روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه. قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
۴۵. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۴ق). مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۴۶. محقق داماد، سیدمحمد (۱۴۰۱ق). کتاب الحج (للمحقق الداماد). قم: چاپخانه مهر.
۴۷. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۰). قواعد فقه. تهران: نشر علوم اسلامی.
۴۸. مصطفوی، سیدمصطفی (۱۳۸۴). «احسان، منبع مسؤلیت». مجله «فقه و حقوق»، (۶)، صص. ۶۵-۶۷.
۴۹. مصطفوی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۱ق). مائه قاعده فقهیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق). انوار الفقاهه (کتاب البیع). قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
۵۱. منتظری نجف آبادی، حسینعلی (۱۴۱۵ق). دراسات فی المکاسب المحرمة. قم: نشر تفکر.

۵۲. منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی (۱۴۰۹ق). *دراسات في ولايه الفقيه و فقه الدوله الإسلاميه*. قم: نشر تفکر.
۵۳. منصورنژاد، محمد (۱۳۷۷). «قانون‌گذاری در حکومت اسلامی». *مجله حکومت اسلامی*، (۷)، صص. ۹۳-۱۱۸.
۵۴. موحدی لنکرانی، محمدفاضل (۱۴۱۶ق). *القواعد الفقهيه (للفاضل)*. قم: چاپخانه مهر.
۵۵. موحدی لنکرانی، محمدفاضل (۱۴۱۸ق). *تفصيل الشريعه في شرح تحرير الوسيله، الحج*. بيروت: دار التعارف للمطبوعات.
۵۶. موحدی لنکرانی، محمدفاضل (۱۴۲۰ق). *تفصيل الشريعه في شرح تحرير الوسيله - القضاء والشهادات*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).
۵۷. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم (۱۴۲۳ق). *فقه القضاء: یحتوی علی بحوث هامه مستحدثه*. قم: مکتبه امیرالمؤمنین (علیه‌السلام).
۵۸. موسوی خلخالی، سیدمحمدمهدي (۱۳۶۷). *حاکمیت در اسلام*. تهران: نشر آفاق.
۵۹. نائینی، محمدحسین (۱۴۲۴ق). *تسيه الامه و تنزيه الملة*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۶۰. نجفی کاشف‌الغطاء، محمدحسین بن علی (۱۳۵۹ق). *تحرير المجلة*. نجف: المکتبه المرتضوية.
۶۱. نراقی، احمد بن محمدمهدي (۱۴۱۵ق). *مستند الشيعه في أحكام الشريعه*. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم‌السلام).
۶۲. واسطی زبیدی، سیدمحمدمرتضی (۱۴۱۴ق). *تاج العروس من جواهر القاموس*. بيروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
۶۳. هاشمی شاهرودی، سیدمحمد (۱۴۲۳ق). *موسوعه الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت (علیهم‌السلام)*. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بيت (علیهم‌السلام).

نقش شورای نگهبان در تضمین همخوانی

متن های فارسی و غیرفارسی معاهدات بین المللی

عبدالمجید سودمندی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۲۴

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

به رغم سکوت قانون اساسی و آیین نامه داخلی شورای نگهبان درباره اختیار شورا برای نظارت بر همخوانی متن های فارسی و غیرفارسی معاهدات، شورا در بعضی موارد معاهدات مصوب مجلس را به دلیل مغایرت میان متن های فارسی و غیرفارسی معاهده به مجلس برگردانده است. پرسشی که در این زمینه مطرح می شود این است که اقدام شورا تا چه میزان توانسته است موجب اصلاح متن فارسی معاهدات شود؟

بررسی اولیه حاکی از این است که اقدام فوق الذکر شورا در قالب اعلام ابهام درباره مصوبات مجلس انجام شده است؛ از این رو، در این نوشتار، موارد اعلام ابهام شورا درباره همخوانی متن های فارسی و غیرفارسی معاهدات مورد بررسی قرار گرفت و مشخص شد از ۸۵۲ لایحه معاهداتی بررسی شده توسط شورا تا پایان سال ۱۳۹۹، ۱۲ لایحه با چنین ابهامی مواجه شده اند و عوامل اعلام ابهام در این موارد عبارت بودند از: ۱- عدم پیوست بودن ضمایم معاهده، ۲- نامفهوم بودن بعضی مواد معاهده، ۳- وجود ضوابط مغایر با اصول حقوقی و ۴- ایرادهای ویرایشی، انشایی، املائی و ترجمه ای. بررسی موارد فوق نشان داد اکثر ابهام های مطرح شده توسط شورا وارد بودند و بر همین اساس، مجلس مصوبه های خود را با توجه به ایرادهای مطرح شده توسط شورا اصلاح کرده است. اما نقش ارزنده شورا در این زمینه بدون نقص نبوده است، چراکه در بعضی موارد، اعلام ابهام شورا وارد نبوده است و همچنین در بعضی موارد، به رغم مغایرت میان متن های فارسی و غیرفارسی معاهده، مصوبه مجلس به تأیید شورای نگهبان رسیده است.

واژگان کلیدی: ابهام، شورای نگهبان، مجلس شورای اسلامی، مطابقت دادن متن های فارسی و غیرفارسی معاهدات، معاهدات بین المللی، مغایرت میان متن های فارسی و غیرفارسی معاهدات.

* استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

مقدمه

بعضی حقوق‌دانان با استناد به اطلاق اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی معتقدند تمام معاهدات بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد (ضیائی بیگدلی، ۱۳۸۶، ص. ۱۱۳). اما بعضی حقوق‌دانان با این نظر مخالف‌اند؛ چنان‌که گفته شده است: «اگر ظاهر اصل ۷۷ را در نظر بگیریم، خواهیم گفت که قانون‌گذار اساسی با تکرار عناوین مختلف معاهده، خواسته این معنا را القا کند که هر معاهده اعم از دوجانبه یا چندجانبه، مهم یا غیرمهم باید به تصویب مجلس برسد. اما تفسیر دیگری که با توجه به روح کلی و مفاد قانون اساسی (اشارات صریح قانون‌گذار به موارد منع انعقاد بعضی معاهدات و تصویب پاره‌ای از پیمان‌ها) از این اصل می‌توان نمود، آن است که قانون‌گذار اساسی فقط خواسته است معاهدات مهم به تصویب مجلس برسند» (فلسفی، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۰).

البته شورای نگهبان حداقل از جنبه نظری، اختلاف فوق را حل کرده و طی نظرهای تفسیری ۳۹۰۳ مورخ ۱۳۶۰/۰۸/۰۷، ۹۹۹۳ مورخ ۱۳۶۲/۰۹/۰۸ و ۲۰۰۹ مورخ ۱۳۶۳/۰۸/۱۶، استثناهایی را درباره لزوم تصویب معاهدات پذیرفته است (فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷، صص. ۱۲۵، ۱۲۷-۱۲۸). بر این اساس، گفته شده است: «مبتنی بر... مجموعه نظرهای شورای نگهبان در مقام تفسیر اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی، شمول حکم این دو اصل، تنها شامل معاهداتی می‌شود که دارای دو وصف «بین‌المللی بودن» و «ایجاد تعهد برای دولت ایران» باشد و سایر موافقت‌نامه‌های دولت ایران که فاقد هر یک از این دو قید باشد، نیازمند تصویب مجلس شورای اسلامی نیست و با امضای مقام دارای صلاحیت انعقاد، لازم‌الاجرا می‌شود» (بهادری جهرمی و فتحی زفرقندی، ۱۳۹۴، ص. ۱۱۸).

از این رو، با توجه به اینکه بحث این نوشتار پیرامون نظارت شورای نگهبان بر همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات است، گستره موضوعی نوشتار حاضر فقط شامل آن دسته از اسناد بین‌المللی است که توسط مجلس تصویب شده و به منظور اظهار نظر برای شورا فرستاده شده است. در این پژوهش، با اتکا به «سامانه جامع نظرات شورای نگهبان» و استخراج نظرات شورا در زمینه اعلام مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات تا پایان سال ۱۳۹۹ و بررسی آنها به شیوه توصیفی تحلیلی، ضمن

تیین رویکرد شورا درباره نظارت بر همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات (بند ۱)، عوامل اعلام مغایرت میان متن‌ها توسط شورا را بررسی می‌کنیم (بند ۲) و در پایان، به بررسی نقص عملکرد شورا در این زمینه می‌پردازیم (بند ۳).

۱. رویکرد شورای نگهبان درباره نظارت بر همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات

برای درک درست رویه شورای نگهبان در زمینه اظهارنظر درباره مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات، در ابتدا لازم است مشخص شود قانون اساسی چه ابزاری برای این اقدام در اختیار شورا قرار داده است؟ در پاسخ به این پرسش و در نگاه نخست باید گفت قانون اساسی در این خصوص، ساکت است. بر همین اساس، بعضی افراد با استناد به اصل ۹۴ قانون اساسی معتقدند شورا با بررسی مصوبه‌های مجلس فقط می‌تواند آنها را «تأیید» و یا به دلیل «مغایرت» با موازین شرع و یا قانون اساسی، جهت اصلاح به مجلس برگرداند. طبق این دیدگاه، در صورت مواجه شدن شورا با مصوبه‌ای که به هر دلیل دچار ایراد است، همچنان فقط یکی از دو گزینه «تأیید» و «مغایرت» در اختیار شورا است. از دید این افراد، اعلام «ابهام» نسبت به یک مصوبه مجلس توسط شورا، همانند آن است که شورا نسبت به آن مصوبه اعلام نظر نکند و از این رو، طبق قسمت پایانی اصل ۹۴، چنین مصوبه‌ای تأییدشده محسوب می‌شود. به عنوان مثال، زمانی که شورای نگهبان در نظر ۸۱/۳۰/۷۰۶ مورخ ۱۳۸۱/۰۳/۲۲، مصوبه ۱۳۸۱/۰۲/۲۹ مجلس شورای اسلامی درباره «طرح نحوه رسیدگی به شکایات جنایات نسل‌کشی و ضد بشریت و تعدیات ناشی از نژادپرستی» را دچار ابهام دانست و آن را به مجلس برگرداند، یکی از نمایندگان مجلس در جلسه ۲۳۹ دوره ششم مجلس مورخ ۱۳۸۱/۰۵/۱۳ در انتقاد از نظر فوق بیان کرد: «تذکر من، هم ماده ۱۸۴ آیین‌نامه داخلی مجلس و هم اصل ۹۵ قانون اساسی است. در این ماده آمده است که کلیه مصوبات مجلس رسماً به شورای نگهبان فرستاده می‌شود، در صورتی که شورا ظرف ۱۰ روز پس از وصول یا پس از انقضای ۱۰ روز تمدید مذکور در اصل ۹۵ قانون اساسی، مخالفت خود را اعلام نکرد، طبق اصل ۹۴ قانون اساسی، مصوبات از طرف مجلس جهت امضاء و ابلاغ به ریاست جمهوری ارسال می‌گردد. در این قانون جنایات جنگی، شورای محترم نگهبان مغایرتش را... نه با شرع اعلام کرده

است و نه با قانون اساسی.... نمایندگان محترم دقت بفرمایید! این یک شیوه جدیدی است که شورای نگهبان پیش گرفته و این صحیح نیست. اگر به قانون علاقه دارند و عقیده‌مندند، طبق قانون اساسی باید مغایرت آن را با شرع یا قانون اساسی اعلام بکنند.... هر چیزی را می‌شود گفت مبهم است».

در برابر دیدگاه فوق، گروهی معتقدند شورای نگهبان غیر از «تأیید» مصوبه مجلس یا اعلام «مغایرت» آن با موازین شرع و یا قانون اساسی، می‌تواند آن را دچار «ابهام» بداند و به مجلس برگرداند. به عنوان مثال، در جلسه فوق‌الذکر مجلس، رئیس وقت مجلس در مخالفت با نظر نماینده فوق‌الذکر و در حمایت از حق شورا برای اعلام ابهام نسبت به مصوبه‌های مجلس، بیان کرد: «مشروح مذاکرات مجلس خبرگان تدوین قانون اساسی... می‌گوید اگر شورای نگهبان جواب نداد. [اما در بحث حاضر]، شورای نگهبان جواب داده است، جوابش این است که نوشته برای ما ابهام دارد.... آنجا می‌گوید موردی که جواب نداد، وقت هم نخواست، رئیس مجلس می‌تواند ابلاغ کند. اینجا جواب داده... است».

غیر از سکوت قانون اساسی، باید گفت که آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی و آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان نیز نه تنها به لزوم مطابقت دادن متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات توسط مجلس و شورا تصریح نکرده‌اند، بلکه حتی از لزوم ارسال متن غیرفارسی معاهده از قوه مجریه به قوه مقننه سخن نگفته‌اند. با وجود این، به نظر می‌رسد شورای نگهبان در این خصوص رویه‌ای ثابت داشته است که در زیر به بررسی آن می‌پردازیم.

۱-۱. نظارت شورا بر همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات از طریق اعلام ابهام

به‌رغم مخالفت بعضی نمایندگان مجلس شورای اسلامی با اعلام ابهام شورای نگهبان نسبت به مصوبه‌های مجلس که به یک مورد آن اشاره شد، رویه شورا حاکی است شورا درباره بعضی مصوبه‌های مجلس اعم از مصوبه‌های مربوط به مسائل داخلی و معاهدات بین‌المللی، نه آنها را تأیید کرده و نه آنها را مغایر موازین شرع و یا قانون اساسی اعلام کرده، بلکه آنها را دچار ابهام دانسته و جهت اصلاح و یا تبیین به مجلس برگردانده است. به عنوان مثال، نخستین اعلام ابهام شورا در زمینه معاهدات بین‌المللی

در نظر ۸۰/۲۱/۲۱۰۲ مورخ ۱۳۸۰/۰۶/۱۱ در خصوص مصوبه ۱۳۸۰/۰۵/۲۳ مجلس درباره «لایحه موافقت‌نامه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و کمیته حقوقی مشورتی آسیایی - آفریقایی راجع به ایجاد مرکز منطقه‌ای داوری در تهران» مطرح شد. در بخشی از این نظر آمده است: «۳- مفاد بند ۲ ماده ۱ از این جهت که معلوم نیست که به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد یا خیر مبهم است، پس از رفع ابهام اظهار نظر خواهد شد. ۴- عبارت «ترتیبات تکمیلی» در ماده ۷ از این جهت که معلوم نیست مراد، مواردی است که احتیاج به قانون و تصویب مجلس دارد یا نه، مبهم است پس از رفع ابهام اظهار نظر خواهد شد».

شورای نگهبان نه تنها با اعلام ابهام نسبت به مصوبه‌های مجلس در موارد متعدد، این حق را برای خود به رسمیت شناخته است، بلکه در یک مورد، به دلیل بی‌توجهی مجلس به اعلام ابهام شورا نسبت به یک مصوبه و ارسال آن به مجمع تشخیص مصلحت نظام، با ارائه نظریه تفسیری از قانون اساسی، حق فوق را تثبیت کرد. شورا در نظر تفسیری ۸۳/۳۰/۷۵۴۷ مورخ ۱۳۸۳/۰۳/۱۶ بیان کرد: «مستفاد از اصل ۱۱۲ قانون اساسی این است که مجمع تشخیص مصلحت نظام حق تشخیص مصلحت در مصوبه‌ای از مجلس شورای اسلامی را دارد که شورای نگهبان در مورد آن اعلام نظر نموده باشد و تمام یا قسمتی از آن را خلاف شرع یا مغایر قانون اساسی بداند. هرگاه شورای نگهبان قسمتی از مصوبه‌ای را مبهم دانسته و از مجلس شورای اسلامی خواستار بیان مُراد خود از آن قسمت شده باشد تا پس از آن، اعلام نظر کند، قبل از تبیین مراد و اعلام نظر شورای نگهبان درباره آن، مجمع تشخیص مصلحت نظام حق بررسی و اعلام تشخیص مصلحت در موارد خلاف را ندارد» (فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷، صص. ۱۷۹-۱۸۰).

اما آیا مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده نیز می‌تواند توجیه‌کننده اعلام ابهام شورا باشد؟ در این خصوص باید گفت در صورت تردید در همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده، در درستی تعهدات مندرج در متن فارسی معاهده نیز تردید به وجود می‌آید و از این رو، نمی‌توان درباره مطابقت چنین معاهده‌ای با موازین شرع و قانون اساسی اظهار نظر کرد؛ بنا بر این، شورای نگهبان حق، بلکه وظیفه

دارد با اعلام ابهام نسبت به چنین مصوبه‌ای، آن را به مجلس برگرداند. به طریق اولی، در صورت اطمینان از عدم همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده، شورای نگهبان حق بلکه وظیفه دارد مصوبه را به مجلس برگرداند. تأیید چنین مصوبه‌ای توسط شورا، منجر به تصویب معاهده‌ای می‌شود که ممکن است اجرای آن، موجب ایجاد اختلاف میان طرف‌های معاهده و حتی مسئولیت بین‌المللی ایران شود. در ضمن، رد چنین مصوبه‌ای توسط شورا نیز نه تنها مبنایی قابل قبول ندارد، بلکه ممکن است مانع پیوستن ایران به معاهده‌ای مفید و بدون ایراد شود (البته در چنین وضعیتی نیز امکان تأیید مصوبه توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام و نهایتاً ایجاد مسئولیت بین‌المللی برای ایران وجود دارد).

۲-۱. گستردگی نظرهای شورا درباره مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده

از زمان تشکیل شورای نگهبان در سال ۱۳۵۹ تا کنون، صدها معاهده توسط مجلس تصویب و جهت اظهار نظر شورا ارسال شده است. از این‌رو، امکان بررسی تمام نظرهای شورا و استخراج نظرهایی که به نوعی بیانگر اعلام مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده هستند، بسیار دشوار است. خوشبختانه «سامانه جامع نظرات شورای نگهبان» با فراهم کردن امکان جست‌وجو در نظرهای شورا، استخراج نظرهای مربوط به مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده را با دقت قابل قبول فراهم کرده است.

در سامانه فوق، امکان جست‌وجو در نظرهای شورا بر حسب نُه مؤلفه از جمله «موضوع (لایحه/طرح)» و «نتیجه نظر (شورا)» فراهم شده است؛ در ضمن، «موضوع (لایحه/طرح)» شامل گزینه‌هایی از جمله «کنوانسیون‌ها و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی و سیاست خارجی» است و «نتیجه نظر» نیز شامل گزینه‌های «تأیید»، «مغایرت»، «ابهام» و «بدون اعلام نظر» است.^۲

با توجه به توضیحات فوق، به منظور استخراج موارد اعلام ابهام شورا نسبت به مصوبه‌های مجلس در زمینه معاهدات بین‌المللی، با انتخاب «کنوانسیون‌ها و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی و سیاست خارجی» به عنوان «موضوع» و انتخاب «ابهام» به عنوان «نتیجه نظر»، به جست‌وجو در سامانه فوق می‌پردازیم. حاصل جست‌وجوی

فوق، اگرچه بیانگر اکثر قریب به اتفاق مصوبه‌های متضمن اعلام ابهام شورا است، اما به دو دلیل زیر، نشان‌دهنده تمام این مصوبه‌ها نیست.

۱- شواهد حاکی است اگر بخشی از مصوبه مجلس، مغایر موازین اسلام و یا قانون اساسی باشد و از جهتی دیگر، دچار ابهام باشد، سامانه فوق، «نتیجه نظر» را «مغایرت» ثبت می‌کند. به عنوان مثال، می‌توان به نظر ۸۷/۳۰/۲۹۴۵۰ مورخ ۱۳۸۷/۰۹/۱۱ شورا در خصوص مصوبه ۱۳۸۷/۰۸/۰۸ مجلس درباره «لایحه عضویت دولت جمهوری اسلامی ایران در مجمع کشورهای صادرکننده گاز» اشاره کرد.

۲- در بعضی موارد به‌رغم اینکه شورا مصوبه‌ای را به دلیل ابهام به مجلس برگردانده، «نتیجه نظر» در سامانه فوق، به اشتباه «مغایرت» ثبت شده است. به عنوان مثال، می‌توان به نظر ۸۷/۳۰/۲۹۰۸۴ مورخ ۱۳۸۷/۰۸/۱۹ شورا در خصوص مصوبه ۱۳۸۷/۰۸/۰۸ مجلس درباره «لایحه عضویت دولت جمهوری اسلامی ایران در اتحادیه بین‌المللی تأیید صلاحیت آزمایشگاهی» اشاره کرد.

با توجه به توضیحات فوق، برای استقرای قابل قبول در نظرهای شورای نگهبان که متضمن اعلام ابهام درباره معاهدات مصوب مجلس هستند، با انتخاب «کنوانسیون‌ها و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی و سیاست خارجی» به عنوان «موضوع» جست‌وجو در سامانه فوق، سه جست‌وجوی زیر را انجام می‌دهیم: ۱- انتخاب «ابهام» به عنوان «نتیجه نظر»، ۲- جست‌وجوی واژه «ابهام» در «متن نظر»، ۳- جست‌وجوی واژه «مبهم» در «متن نظر». نتایج جست‌وجوهای سه‌گانه فوق از ابتدای فعالیت شورا تا پایان سال ۱۳۹۹، به ترتیب حاوی ۳۸، ۴۳ و ۴ لایحه و طرح است. مجموع جست‌وجوهای سه‌گانه فوق با ادغام موارد یکسان، حذف دو طرح که مربوط به معاهدات بین‌المللی نیستند و حذف یک لایحه که از واژه ابهام در تذکرات شورا استفاده کرده، شامل ۵۳ لایحه است.

جست‌وجوی فوق بیانگر این است که: اولاً. اعلام ابهام شورا نسبت به معاهدات مصوب مجلس از سال ۱۳۸۰ شروع شده است و ثانیاً. اگرچه این رویه از ۱۳۸۰ تا کنون ادامه داشته است، اما بسیاری از این نظرها در سال ۱۳۹۰ و اکثراً به دلیل تصویب عضویت ایران در نهادهای بین‌المللی بدون تصویب اساسنامه این نهادها بوده است.

بررسی مؤلف حاکی است از ۵۳ لایحه مصوب فوق، ۱۲ مورد به دلیل مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات، با ابهام شورا مواجه شده‌اند که در این نوشتار به بررسی آنها می‌پردازیم.

۱-۳. شیوه شناسایی مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده

تنها راه اطمینان‌بخش برای شناخت مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده توسط هر یک از نهادهای مؤثر بر تصویب معاهدات (از جمله هیئت وزیران، مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان)، مطابقت دادن متن‌های معاهده است. با این روش، نه تنها می‌توان ایرادهای احتمالی در متن فارسی را شناسایی کرد بلکه می‌توان در صورت نیاز، اصلاح‌های لازم را نیز پیشنهاد کرد. البته مشاهده ایرادهای ماهوی و یا شکلی در متن فارسی معاهده نیز می‌تواند موجب تردید یا اطمینان از عدم همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده شود. اما این روش، نه تنها نمی‌تواند منجر به پیشنهادهای اصلاحی شود، بلکه نمی‌تواند تمام موارد مغایرت را نشان دهد؛ زیرا بعضی ایرادهای ماهوی و یا شکلی در متن فارسی معاهده آن‌چنان ناملموس هستند که به سختی قابل شناسایی می‌باشند. در ضمن، در بعضی موارد، متن فارسی معاهده، حاوی هیچ ایرادی نیست، اما با متن غیرفارسی مطابقت ندارد. برای مثال، در معاهداتی که حاوی ارقام و اعداد هستند، اشتباه در ارقام متن فارسی معاهده اصولاً قابل شناسایی نیست، مگر اینکه با متن غیرفارسی مطابقت داده شود. به عنوان نمونه، اعداد و ارقام جداول پیوست «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به موافقت‌نامه نظام جهانی ترجیحات بازرگانی بین کشورهای در حال توسعه» مصوب ۱۳۷۰/۰۹/۱۳ مجلس شورای اسلامی و تأییدشده ۱۳۷۰/۰۹/۲۷ شورای نگهبان، در موارد متعدد با جداول پیوست متن‌های معتبر موافقت‌نامه فوق منتشرشده در جلد ۱۵۳۴ مجموعه معاهدات سازمان ملل همخوانی ندارد؛ برای مثال، طبق «جدول امتیازات ارائه‌شده توسط ایران» در متن‌های معتبر معاهده، تعرفه واردات چای به ایران ۱۶.۵ درصد و از کشورهای کمتر توسعه‌یافته ۱۵ درصد است (United Nations, 1997, p. 346) در حالی که طبق قانون فوق، تعرفه واردات چای از بنگلادش ۲۵ درصد است (در حالی که باید ۱۵ درصد باشد).

در اینجا فارغ از اینکه شیوه شناسایی مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده توسط شورای نگهبان چگونه بوده است، به بررسی عوامل این مغایرت در چارچوب نظرات شورا می‌پردازیم.

۲. عوامل اعلام مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، شورای نگهبان تا پایان سال ۱۳۹۹، ۱۲ مصوبه مجلس درباره معاهدات بین‌المللی را به دلیل ابهام درباره همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده به مجلس برگردانده است. عوامل اعلام ابهام شورا درباره همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده در این موارد عبارت‌اند از:

- ۱- پیوست نبودن ضمایم معاهده به متن فارسی معاهده (۷ مورد)،
- ۲- نامفهوم بودن بعضی مواد متن فارسی معاهده (۳ مورد)،
- ۳- وجود ضوابط مغایر با اصول حقوقی در متن فارسی معاهده (۱ مورد)،
- ۴- ایرادهای ویرایشی، انشایی، املائی و ترجمه‌ای (۱ مورد).

۲-۱. عدم پیوست بودن ضمایم معاهده به متن فارسی معاهده

با توجه به اینکه ضمایم معاهده جزء لاینفک معاهده و اصولاً همانند متن اصلی معاهده الزام‌آور هستند (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۵، صص. ۳۷-۳۸)، در صورت پیوست نبودن ضمایم معاهده به مصوبه مجلس، شورای نگهبان حق، بلکه تکلیف دارد چنین مصوبه‌ای را برای تصحیح به مجلس برگرداند. البته اگر شورا از عدم تصویب ضمایم معاهده توسط مجلس مطمئن باشد، لازم است مصوبه را به دلیل مغایرت با اصل ۷۷ قانون اساسی رد کند، نه اینکه آن را با استناد به ابهام، به مجلس برگرداند؛ هر چند نتیجه دو نظر فوق از جهت الزام مجلس به تصحیح مصوبه، یکسان است.

شورای نگهبان تا پایان سال ۱۳۹۹، مصوبه‌های مجلس درباره ۷ معاهده را با استناد به عدم پیوست بودن ضمایم مذکور در معاهده، به مجلس برگردانده است.

۱- شورای نگهبان در نظر ۸۵/۳۰/۱۵۲۲۱ مورخ ۱۳۸۵/۰۲/۲۰ در خصوص مصوبه ۱۳۸۵/۰۲/۰۶ مجلس درباره «لایحه موافقت‌نامه همکاری در زمینه قرنطینه گیاهی و حفظ نباتات بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت فدراسیون روسیه» بیان کرد: «با عنایت

به ماده ۲ که اشاره به ضمایم ۱ و ۲ این موافقت‌نامه دارد و از آنجا که این ضمایم پیوست متن مصوبه نمی‌باشد، پس از وصول ضمایم مزبور اظهار نظر خواهد شد.

ایراد فوق وارد بود، زیرا ماده واحده مصوب مجلس به ضمایم موافقت‌نامه مزبور اشاره نکرده بود و عملاً نیز حاوی هیچ ضمیمه‌ای نبود، در حالی که این موافقت‌نامه حاوی دو ضمیمه بود. البته ایراد فوق ناقص بود، زیرا شورا فقط اشاره ماده ۲ موافقت‌نامه به ضمایم مزبور را مورد توجه قرار داد، در حالی که ماده ۳ موافقت‌نامه نیز به این ضمایم اشاره کرده بود. این نقص سبب شد ماده واحده قانون مزبور که در شماره ۱۹۵۴۳ مورخ ۱۳۹۱/۰۱/۲۲ روزنامه رسمی منتشر شد فقط به ضمایم مندرج در ماده ۲ موافقت‌نامه اشاره کند^۳، در حالی که کاملاً بجا و مناسب بود طبق رویه معمول، در ماده واحده مزبور فقط به تعداد ضمایم اشاره می‌شد و از بیان مواد معاهده که به آن ضمایم اشاره کرده‌اند، خودداری می‌شد.

در هر صورت، رئیس مجلس در پاسخ به ایراد فوق، طی نامه ۲۴۰/۲۷۸۱۵ مورخ ۱۳۸۵/۰۲/۲۷ ضمایم موجود در لایحه دولت که به زبان انگلیسی بودند را برای شورا فرستاد. این نامه حاکی از این است که ایراد فوق ناشی از نقص لایحه دولت بود، زیرا به‌رغم اینکه لایحه مزبور حاوی ضمایم معاهده بود، اما چون این ضمایم به زبان فارسی نبود، طبیعتاً قابل بررسی توسط مجلس نبود. بر همین اساس، شورای نگهبان طی نظر ۸۵/۳۰/۱۵۵۱۶ مورخ ۱۳۸۵/۰۳/۰ در پاسخ به نامه فوق بیان کرد: «با توجه به اینکه ضمایم ۱ و ۲ مذکور در ماده ۲ با خط فارسی نمی‌باشد، لذا از این جهت مغایر اصل ۱۵ قانون اساسی شناخته شد». نظر شورا اگرچه درست بود، اما ناقص بود، زیرا مصوبه فوق‌الذکر مغایر اصل ۷۷ قانون اساسی نیز بود، زیرا قطعاً ضمایم انگلیسی معاهده، مورد بررسی و تصویب مجلس قرار نگرفته بود.

در نهایت، پس از رد و بدل شدن نامه و نظر فوق، مجلس منتظر ارسال متن ترجمه ضمایم موافقت‌نامه مزبور از دولت شد و پس از دریافت ضمایم، آنها را با اصلاحاتی در جلسه ۱۳۹۰/۱۰/۰۴ تصویب و برای شورا ارسال کرد و شورا در نظر ۹۰/۳۰/۴۶۰۷۷ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۷ آن را تأیید کرد.

۲- شورای نگهبان در نظر ۸۶/۳۰/۲۲۳۵۵ مورخ ۱۳۸۶/۰۶/۰۳ در خصوص مصوبه ۱۳۸۶/۰۵/۱۶ مجلس درباره «لایحه موافقت‌نامه تجاری اکو (اکوتا)» بیان کرد: «نظر به

اینکه قواعد مبدأ اکو موضوع بند ۱ و جدول ملی امتیازات موضوع بند ۲ ماده ۱۲ و پیوست‌ها و پروتکل‌های موضوع ماده ۳۵ علی‌الظاهر به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده ولی به ضمیمه مصوبه به این شورا ارسال نگردیده است تا بتوان اظهار نظر نمود، لذا باید مصوبات مذکور نیز به شورای نگهبان ارسال شود تا نسبت به تمام مفاد موافقت‌نامه و پیوست‌های آن اظهار نظر گردد.

ایراد فوق وارد بود و منشأ آن، بی‌دقتی دولت در رعایت فرایند درست تأیید موافقت‌نامه مزبور بود. در توضیح این موضوع باید گفت «لایحه موافقت‌نامه تجاری اکو (اکوتا)» در تاریخ ۱۳۸۳/۰۴/۱۰ به تصویب هیئت وزیران رسید و طی نامه ۳۰۹۴۲/۲۴۴۳۹ مورخ ۱۳۸۳/۰۵/۱۰ برای مجلس فرستاده شد. به‌رغم اینکه مواد متعدد این موافقت‌نامه از وجود پیوست‌ها یا لزوم تهیه پیوست‌هایی نام برده بودند، اما ماده واحده فوق‌الذکر به پیوست‌های معاهده اشاره نکرده بود و عملاً حاوی هیچ پیوستی نبود. با وجود این، لایحه دولت به خودی خود دچار ایراد نبود، زیرا متن موافقت‌نامه منتشر شده به زبان معتبر انگلیسی^۴ حاکی است در زمان پذیرش آن در ۱۷ ژوئیه ۲۰۰۳ (۱۳۸۲/۰۴/۲۶)، هیچ پیوستی نداشت. در ضمن، ۴ پیوست مرتبط با مواد ۱۲، ۱۸، ۱۹ و ۲۰ این موافقت‌نامه در تاریخ ۷ ژوئیه ۲۰۰۵ (۱۳۸۴/۰۴/۱۶) مورد پذیرش دولت‌های عضو اکو قرار گرفت^۵ که بعد از تاریخ ارسال لایحه فوق به مجلس بود. از این رو، تأیید موافقت‌نامه فوق توسط هیئت وزیران و ارسال آن برای مجلس پیش از پذیرش پیوست‌های آن توسط طرف‌های معاهده و بررسی و تأیید آنها توسط دولت، نقص عملکرد دولت بود.

در اینجا لازم به ذکر است نظر فوق‌الذکر شورای نگهبان دو ایراد داشت: اولاً، سخن شورا مبنی بر اینکه «پیوست‌ها و پروتکل‌های موضوع ماده ۳۵ علی‌الظاهر به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده»، درست نبود، زیرا همان‌طور که توضیح داده شد، لایحه دولت و مصوبه مجلس حاوی هیچ پیوستی نبود؛ ثانیاً، ایراد شورا ناقص بود، زیرا غیر از مواد مذکور در نظر شورا، مواد ۳، ۱۸، ۱۹ و ۲۰ موافقت‌نامه نیز پیوست‌هایی را برای موافقت‌نامه پیش‌بینی کرده بودند.

جالب توجه اینکه به‌رغم شواهد فوق مبنی بر عدم تصویب پیوست‌های فوق توسط

مجلس، بعد از ارسال پیوست‌های مزبور از دولت به مجلس، رئیس مجلس بدون تصویب آنها توسط مجلس، آنها را طی نامه ۲۰۳/۱۰۷۸۶۶ مورخ ۱۳۸۶/۰۷/۲۲ برای شورا ارسال کرد و جالب‌تر اینکه شورای نگهبان بدون توجه به این موضوع، طی نظر ۸۶/۳۰/۲۴۶۳۴ مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۱۲ مصوبه پیشین مجلس را تأیید کرد.

۳- شورای نگهبان در نظر ۹۰/۳۰/۴۴۳۳۲ مورخ ۱۳۹۰/۰۸/۰۴ در خصوص مصوبه ۱۳۹۰/۰۷/۰۶ مجلس درباره «لایحه اصلاح قانون عضویت دولت جمهوری اسلامی ایران در برخی از سازمان‌ها و مجامع بین‌المللی» بیان کرد: «علاوه بر اینکه متن مصوبه واجد اشکالات و ابهاماتی می‌باشد در بسیاری از مواد آن به ضمایم، استناد و اشاره شده است و چون ضمایم ارسالی لایحه در اوراق غیررسمی و بدون تعیین تعداد مواد و تبصره‌های مصوب و فاقد امضاء می‌باشد، ضروری است ضمایم آن به صورت رسمی تنظیم و در انتهای آن، مراتب تصویب در مجلس با تعداد مواد ذکر گردد».

ایراد فوق وارد بود، زیرا ماده واحده مصوب مجلس که متضمن تصویب «قرارداد کلی استفاده از واگن‌ها» بود از ضمایم این قرارداد نام نبرده بود و عملاً نیز حاوی هیچ ضمیمه‌ای نبود؛ در حالی که بررسی متن قرارداد مزبور گویای آن است که شامل ضمایمی بود.

جالب توجه اینکه در نامه ۳۳۸/۴۶۲۴۹ مورخ ۱۳۹۰/۰۷/۲۶ مجلس که مصوبه فوق برای اظهار نظر شورا فرستاده شد، پس از ماده واحده و متن ۳۵ ماده‌ای «قرارداد کلی استفاده از واگن‌ها» که در سربرگ‌های مجلس درج و به امضای رئیس مجلس رسیده بود، لایحه دولت شامل ۱۲ ضمیمه قرارداد فوق در صفحات ممهور به مهر «دفتر هیئت دولت» آمده بود. این سند گویای آن است که لایحه دولت حاوی ضمایم این قرارداد بود، اما مجلس این ضمایم را مورد بررسی و تصویب قرار نداده بود یا اگر آنها را تصویب کرده بود، امور اداری مجلس در تدوین آنها در سربرگ‌های مجلس کوتاهی کرده بود.

در هر صورت، زمانی که رئیس مجلس طی نامه ۳۳۸/۷۱۶۶۴ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۱۹ مصوبه جلسه فوق را دوباره برای شورای نگهبان فرستاد، البته با این تفاوت که این بار متن ضمایم در سربرگ‌های مجلس درج شد، شورا طی نظر ۹۰/۳۰/۴۵۸۹۷ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۰۴ آن را تأیید کرد.

۴- شورای نگهبان در نظر ۹۰/۳۰/۴۴۸۷۵ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۰۱ در خصوص مصوبه ۱۳۹۰/۰۹/۲۰ مجلس درباره «لایحه عضویت دولت جمهوری اسلامی ایران در سازمان منطقه‌ای دریای پاک» بیان کرد: «اسناد پیوست ارسال شود تا اظهار نظر گردد».

ایراد فوق وارد بود، زیرا ماده واحده مصوب مجلس از پیوست‌های معاهده مزبور نام نبرده بود و عملاً نیز حاوی هیچ پیوستی نبود؛ در حالی که بررسی متن معاهده مزبور گویای آن است که پیوست‌هایی داشت. برای مثال، مقدمه معاهده مقرر می‌کرد: «این موافقت‌نامه شامل سند امضاشده حاضر و پیوست‌های (الف، ب، پ، ت، ث، ج، چ، ح) می‌باشد که به آن پیوست و به منظور کلیه اهداف در آن گنجانده شده است».

در خصوص علت ایراد فوق، نمی‌توان با اطمینان گفت آیا لایحه دولت حاوی پیوست‌های مزبور بود یا نه، زیرا مستندات لایحه فوق در سامانه شورای نگهبان و همچنین صورت‌جلسات مجلس در این باره قاطع موضوع نیستند. در هر صورت، فارغ از منشأ ایراد فوق، پیوست‌های «الف» تا «ح» معاهده مزبور در جلسه ۱۳۹۱/۰۲/۱۹ مجلس تصویب و برای شورا ارسال شد و شورا طی نظر ۹۱/۳۰/۴۶۸۱۳ مورخ ۱۳۹۱/۰۳/۰۳ آن را تأیید کرد.

۵- شورای نگهبان در نظر ۹۰/۳۰/۴۵۱۹۸ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۱ در خصوص مصوبه ۱۳۹۰/۱۰/۰۴ مجلس درباره «لایحه موافقت‌نامه همکاری در زمینه قرنطینه گیاهی و حفظ نباتات بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت فدراسیون روسیه» بیان کرد: «نظر به اینکه ضمایم موافقت‌نامه ارسالی در اوراق غیررسمی و بدون تعیین تعداد مواد و فاقد امضاء می‌باشد، ضروری است ضمایم آن به صورت رسمی تنظیم و در انتهای آن، مراتب تصویب در مجلس با تعداد مواد ذکر گردد».

ایراد فوق وارد بود و منشأ آن بی‌دقتی امور اداری مجلس در تدوین ضمایم موافقت‌نامه در سربرگ‌های مجلس بود؛ زیرا ماده واحده مصوب مجلس نه تنها به تصویب ضمایم موافقت‌نامه مزبور توسط مجلس تصریح کرده بود، بلکه این ضمایم نیز پیوست ماده واحده بود، البته نه در سربرگ‌های مجلس، بلکه به صورت رونوشت اوراق بدون سربرگ لایحه دولت که ممهور به مهر «دفتر هیئت دولت» بود. از این رو، زمانی که رئیس مجلس طی نامه ۵۵۳/۷۴۷۰۶ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۰۹ مصوبه فوق را

دوباره برای شورای نگهبان فرستاد البته این بار متن ضمایم در سربرگ‌های مجلس درج شده بود، شورا طی نظر ۹۰/۳۰/۴۶۰۷۷ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۷ آن را تأیید کرد.

۶- شورای نگهبان در نظر ۹۴/۱۰۲/۵۹۰۴ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۱۸ در خصوص مصوبه ۱۳۹۴/۱۰/۲۲ مجلس درباره «لایحه موافقت‌نامه تحدید حدود مرز دریایی در دریای عمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت سلطنت عمان» بیان می‌کند: «با توجه به اینکه در بند ۲ ماده ۲ آمده است که خط مرز دریایی تعیین شده در ماده یک این موافقت‌نامه بر روی نقشه‌ای که به این موافقت‌نامه ضمیمه می‌باشد نمایش داده شده است...؛ اولاً. مشخص نیست که این نقشه به نظر مجلس شورای اسلامی رسیده است یا خیر؟ ابهام دارد؛ ثانیاً. از آنجا که این نقشه همراه مصوبه به این شورا ارسال نگردیده است، با این اوصاف اظهار نظر در خصوص مصوبه فوق‌الذکر میسر نیست پس از رفع ابهام مزبور و ارسال نقشه مورد اشاره اظهار نظر خواهد شد».

ایراد فوق وارد بود و منشأ آن بی‌دقتی امور اداری مجلس در پیوست کردن نقشه فوق‌الذکر به مصوبه مجلس بود، زیرا ماده واحده مصوب مجلس تصریح می‌کرد که نقشه مزبور جزء مصوبه مجلس است. از این رو، زمانی که رئیس مجلس طی نامه ۶۰۸/۱۰۷۳۲ مورخ ۱۳۹۵/۰۲/۲۶ در پاسخ به شورای نگهبان، اعلام کرد: «... تصویر نقشه ضمیمه... که به استحضار نمایندگان محترم مجلس شورای اسلامی رسیده است، به پیوست ارسال می‌گردد»، شورا طی نظر ۹۵/۱۰۲/۷۶۹ مورخ ۱۳۹۵/۰۳/۱۳ مصوبه مجلس را تأیید کرد.

۷- شورای نگهبان در نظر ۹۵/۱۰۲/۲۲۲۵ مورخ ۱۳۹۵/۰۶/۲۰ در خصوص مصوبه ۱۳۹۵/۰۶/۰۹ مجلس درباره «لایحه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به موافقت‌نامه‌های نیس و لوکارنو» بیان کرد: «با توجه به اینکه در بند ۴ ماده ۱ موافقت‌نامه لوکارنو آمده است که فهرست طبقات و طبقات فرعی، فهرستی است که... به این موافقت‌نامه پیوست شده است، نظر به اینکه فهرست مذکور به این شورا ارسال نگردیده است، لازم است فهرست مرقوم فرستاده شود تا اظهار نظر ممکن گردد».

ایراد فوق وارد بود، زیرا ماده واحده مصوب مجلس، از پیوست موافقت‌نامه لوکارنو نام نبرده بود و عملاً نیز حاوی هیچ پیوستی نبود؛ در حالی که طبق ماده ۱ موافقت‌نامه لوکارنو، این موافقت‌نامه حاوی یک پیوست بود. مجلس برای رفع ایراد فوق، پیوست

مزبور را در جلسه ۱۳۹۶/۰۸/۰۳ تصویب و برای شورا ارسال کرد و شورای طی نظر ۹۶/۱۰۲/۳۱۹۸ مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۲۰ آن را تأیید کرد.

گزارش کمیسیون قضائی و حقوقی مجلس در جلسه ۱۳۹۶/۰۸/۰۳ مجلس حاکی است ایراد فوق ناشی از عملکرد اشتباه دولت بود، زیرا لایحه دولت حاوی پیوست مزبور نبود. در این گزارش آمده است: «در این لایحه... از آنجایی که بحث طبقه‌بندی مطرح بود و دولت محترم لیست طبقه‌بندی کالاها را ارسال نکرده بود، شورای محترم نگهبان ایراد گرفته بودند. سروران محترم این لیست طبقه‌بندی را ارسال کردند که شامل ۳۲ طبقه می‌شود... کمیسیون بررسی کرد و مجدد تصویب کرد».

۲-۲. نامفهوم بودن بعضی مواد متن فارسی معاهده

شورای نگهبان در بعضی موارد، ماده یا موادی از متن معاهده مصوب مجلس را نامفهوم اعلام کرده است. این موارد به طور بالقوه بیانگر عدم همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده هستند، زیرا اصولاً متن معتبر یک معاهده نمی‌تواند حاوی عبارات نامفهوم باشد. شورای نگهبان تا پایان سال ۱۳۹۹، در سه مصوبه مجلس ایراد فوق را مطرح کرده است که در زیر به بررسی مختصر آنها می‌پردازیم.

۱- شورای نگهبان در بند ۳ نظر ۸۳/۳۰/۹۴۰۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۳ در خصوص مصوبه ۱۳۸۳/۰۹/۳۰ مجلس درباره «لایحه تصویب احکام و مصوبات بیست و دومین کنگره اتحادیه پستی جهانی (UPU) منعقدشده در پکن ۱۳۷۸ (۱۹۹۹ میلادی)» بیان کرد: «در ماده ۷ آیین‌نامه، چون مقصود ماده مزبور از قرارداد، معلوم نیست، دارای ابهام است».

در ابتدا باید گفت ماده واحده مصوب مجلس حاوی ۵ سند ذیل بود: یک. ششمین پروتکل الحاقی به اساسنامه اتحادیه پستی جهانی، دو. آیین‌نامه عمومی اتحادیه پستی جهانی، سه. قرارداد پستی جهانی، چهار. پروتکل نهایی قرارداد پستی جهانی، پنج. موافقت‌نامه مربوط به سرویس‌های پرداختی پست.

ابهام فوق درباره ماده ۷ «قرارداد پستی جهانی» (سند شماره ۳) بود، هر چند شورا به اشتباه از ماده ۷ «آیین‌نامه» (سند شماره ۲) نام برده است. بند ۱ ماده ۷ قرارداد پستی جهانی که مورد ابهام شورا قرار گرفت، بیان می‌کند: «نرخ‌های مربوط به سرویس‌های مختلف پستی بین‌المللی و خدمات ویژه توسط ادارات پست بر اساس اصول مندرج در

قرارداد و آیین‌نامه‌ها تعیین می‌شوند. تعیین این نرخ‌ها باید اصولاً در رابطه با هزینه‌های مربوط به ارائه این خدمات باشد.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود متن فوق، مبهم است و از این‌رو، ایراد شورای نگهبان وارد بود، زیرا مشخص نیست منظور از «قرارداد» چه قراردادی است. ایراد فوق ناشی از یک اشتباه ظریف ترجمه‌ای بود، زیرا متن انگلیسی بند فوق از عبارت (the Convention) استفاده کرده است که ترجمه دقیق آن عبارت معرفه «قرارداد مزبور» است^۶ و منظور از آن، «قرارداد پستی جهانی» است، اما متن فارسی بند فوق از واژه نکره «قرارداد» استفاده کرده که مبهم است.

البته ایراد شورا ناقص بود، زیرا واژه «آیین‌نامه‌ها» در بند ۱ ماده ۷ «قرارداد پستی جهانی» نیز مبهم بود و منشأ آن نیز همانند ایراد فوق بود، زیرا متن انگلیسی بند فوق از عبارت (the Regulations) استفاده کرده است که ترجمه دقیق آن عبارت معرفه «آیین‌نامه‌های مزبور» است و منظور از آن، «آیین‌نامه عمومی اتحادیه پستی جهانی» است. در هر صورت، مجلس در جلسه ۱۳۸۴/۰۳/۲۹، ایراد فوق را بدون تغییر در متن بند ۱ ماده ۷ «قرارداد پستی جهانی» و با افزودن تبصره‌ای ذیل ماده واحده فوق برطرف کرد. تبصره ۲ ذیل ماده واحده اخیر بیان می‌کند: «منظور از «قرارداد» مذکور در ماده ۷ آیین‌نامه، «قرارداد پستی جهانی» است». شورای نگهبان نیز طی نظر ۸۴/۳۰/۱۲۶۱۳ مورخ ۱۳۸۴/۰۴/۰۸ آن را تأیید کرد.

۲- شورای نگهبان در بند ۴ نظر ۸۳/۳۰/۹۷۵۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۰۳ در خصوص مصوبه ۱۳۸۳/۱۱/۰۷ مجلس درباره «لایحه موافقت‌نامه معاضدت و روابط قضائی در موضوعات مدنی و جزایی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری قزاقستان» بیان کرد: «ذیل ماده ۲۴، عبارت «این‌گونه دستورات» مبهم است، باید توضیح داده شود تا اعلام نظر گردد و ظاهراً عبارت مزبور با متن انگلیسی قرارداد مطابقت کامل ندارد».

ایراد فوق وارد نبود، زیرا سیاق عبارات ماده ۲۴ موافقت‌نامه^۷ حاکی است عبارت «این‌گونه دستورات» در قسمت پایانی این ماده، به «دستورات مربوط به اقدامات لازم برای حمایت از شخص دارای اهلیت ناقص یا فاقد اهلیت و دارایی او» مذکور در این ماده اشاره دارد. از این‌رو، وقتی مجلس در جلسه ۱۳۸۴/۰۷/۲۶ به منظور رفع ابهام

فوق، عبارت «این‌گونه دستورات» را به «تصمیماتی که در این باره اتخاذ می‌شوند» تغییر داد، شورا در نظر ۸۵/۳۰/۱۵۹۵۲ مورخ ۱۳۸۵/۰۴/۰۷، ابهام فوق را مطرح نکرد.

نکته قابل تأمل اینکه شیوه اصلاح به‌کار رفته توسط مجلس در دو مورد فوق درست نبود. در واقع، هرگاه متن فارسی معاهده به هر دلیل دچار ایراد باشد و متن فارسی جزء متن‌های معتبر معاهده نباشد (مثل قرارداد پستی جهانی که به زبان فرانسه است (United Nations, 1999B, p. 181) باید متن فارسی معاهده را با اتکا به متن‌های معتبر، تصحیح کرد، نه اینکه این تصحیح را در ماده واحده گنجانند؛ زیرا اصولاً برای استخراج تعهدات معاهداتی، به متن معاهده مراجعه می‌شود نه به متن ماده واحده. برعکس وضعیت فوق، در مواردی که متن فارسی جزء متن‌های معتبر معاهده باشد (مثل موافقت‌نامه ایران و قزاقستان که به زبان‌های فارسی، قزاقی، روسی و انگلیسی با اولویت زبان انگلیسی منعقد شد)، اگر متن فارسی معاهده به هر دلیل دچار ایراد باشد، به هیچ‌وجه نمی‌توان آن را تصحیح کرد. حداکثر اقدامی که در این موارد می‌توان انجام داد رفع ایراد فوق با افزودن توضیحی در ماده واحده است، آن‌هم به صورتی که هیچ تغییری در تعهدات طرف‌های معاهده ایجاد نکند. اقدام فوق‌الذکر مجلس در تصحیح متن رسمی فارسی موافقت‌نامه ایران و قزاقستان یادآور رویه مرسوم سال‌های نخست پس از انقلاب ۱۳۵۷ در تصحیح متن معاهدات دوجانبه است، که در نقد آن گفته شده است: «بسیاری از موافقت‌نامه‌هایی... که در سال‌های ۱۳۵۹ تا ۱۳۶۳ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده‌اند حاوی ضمیمه‌ای هستند تحت عنوان «پیشنهادات اصلاحی آقایان نمایندگان راجع به موافقت‌نامه»... اصولاً اصلاح معاهده در مجلس... رویه‌ای است ناصحیح... تجربه نشان داده است که در اکثر موارد، دولت خارجی طرف معاهده حاضر به پذیرفتن تغییرات و اصلاحاتی که در ایران از طرف قوه مقننه در متن معاهده وارد شده است، نمی‌باشد... و نهایتاً معاهده هرگز لازم‌الاجرا نگردیده است» (عنایت، ۱۳۶۵، صص. ۱۵۴-۱۶۰).

۳- شورای نگهبان در نظر ۸۷/۳۰/۲۹۷۳۴ مورخ ۱۳۸۷/۱۰/۰۷ در خصوص مصوبه ۱۳۸۷/۰۹/۱۳ مجلس درباره «لایحه موافقت‌نامه کشتیرانی تجاری دریایی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت پادشاهی مغرب» بیان کرد: «چون متن صفحه ۱۲ پیوست

موافقت‌نامه بدون مقدمه و ناقص است لذا متن کامل آن ارسال شود تا اظهار نظر گردد». ایراد فوق وارد بود، زیرا بررسی مستندات ذیل ماده واحده مصوب مجلس، نشان می‌دهد مندرجات صفحه ۱۲ شامل قسمت‌هایی پراکنده از موافقت‌نامه فوق بود. بر این اساس، رئیس مجلس طی نامه ۱۵۵/۵۹۲۹۸ مورخ ۱۳۸۷/۱۰/۱۶ نظر دولت را درباره ایراد فوق خواستار شد. معاون حقوقی و امور مجلس رئیس جمهور طی نامه ۱۸۸۸۰۱ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۱۳ این گونه به نامه فوق پاسخ داد: «صفحه ۱۲ لایحه، زاید بر متون امضاشده موافقت‌نامه می‌باشد که اشتبهاً به همراه موافقت‌نامه چاپ و ارسال گردیده». در نهایت، رئیس مجلس طی نامه ۱۵۵/۶۸۳۲۲ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۲۷، نامه فوق‌الذکر معاون حقوقی و امور مجلس رئیس جمهور را به همراه مصوبه قبلی مجلس با حذف صفحه ۱۲ برای شورای نگهبان فرستاد و شورا در نظر ۸۷/۳۰/۳۱۵۹۴ مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۱۷، ابهام فوق را مطرح نکرد.

۲-۳. وجود ضوابط مغایر با اصول حقوقی در متن فارسی معاهده

در صورتی که شورای نگهبان در متن فارسی معاهده مصوب مجلس با مقرراتی مواجه شود که مغایر با اصول شناخته‌شده حقوقی باشند، می‌تواند تردیدی موجه در درست بودن متن پیدا کند و آن را به مجلس برگرداند. تا پایان سال ۱۳۹۹، فقط در نظر ۱۳۹۰/۰۲/۱۴ مورخ ۹۰/۳۰/۴۲۱۹۳ شورای نگهبان در خصوص مصوبه ۱۳۹۰/۰۱/۳۱ مجلس درباره «لایحه موافقت‌نامه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و سازمان آموزشی، علمی و فرهنگی سازمان ملل متحد (یونسکو) راجع به تأسیس مرکز مطالعاتی منطقه‌ای حفظ میراث فرهنگی ناملموس در آسیای میانه و غربی تحت نظارت یونسکو (گروه ۲)» ابهام فوق مطرح شده است. در این نظر آمده است: «در ماده ۱۸ هر گونه اصلاح باید با موافقت طرفین و طی مراحل قانونی انجام گیرد؛ چنانچه مراد از اصلاح، چیز دیگری است، باید مشخص شود تا اظهار نظر گردد».

ماده ۱۸ معاهده در مصوبه فوق بیان می‌کرد: «ماده ۱۸- فسخ

۱- هر یک از طرف‌های متعاقد مجاز خواهد بود این موافقت‌نامه را اصلاح نماید. در هر حال طرف‌ها تعهد می‌کنند هر اختلافی را که بین آنها بروز می‌کند، طبق ماده ۱۹ این موافقت‌نامه حل و فصل نمایند و تمامی تلاش خود را به کار خواهند بست تا از فسخ آن

پرهیز شود...».

با دقت در ماده فوق می‌توان گفت سه ایراد به آن وارد بود: یک. محتوای قسمت ابتدایی بند ۱ ماده ۱۸ با عنوان این ماده، همخوانی ندارد؛ زیرا عنوان ماده ۱۸، «فسخ» است، اما ابتدای بند مزبور از «اصلاح» سخن گفته است؛ دو. سابقه ندارد یک معاهده دوجانبه با اراده یک‌جانبه یکی از طرفین، اصلاح شود و از این‌رو، قسمت ابتدایی بند ۱ ماده ۱۸ مخالف اصول حقوقی است؛ سه. قسمت ابتدایی بند ۱ ماده ۱۸ به «اصلاح» و قسمت انتهایی آن به «فسخ» اشاره کرده و طرح این دو مفهوم حقوقی متفاوت در یک بند از یک ماده، غیرمنطقی است. از این‌رو، ایراد شورای نگهبان وارد بود، هر چند ظاهراً شورا فقط به ایراد دوم فوق استناد کرده است.

با طرح ابهام فوق توسط شورا و برگشت مصوبه به مجلس و ارجاع آن به کمیسیون فرهنگی، این کمیسیون با مطابقت دادن متن‌های فارسی و انگلیسی موافقت‌نامه، ایراد فوق را برطرف کرد. نایب رئیس کمیسیون فرهنگی مجلس در جلسه ۱۳۹۰/۰۳/۰۳ بیان کرد: «وقتی که این موضوع در کمیسیون با حضور کارشناسان مربوطه بررسی شد، ملاحظه شد؛ این واژه «اصلاح» که در این ماده آمده است در حقیقت واژه اصلاح نبوده است. وقتی متن انگلیسی آن را آوردند، این واژه «denounce» بوده که به معنای «فسخ» است و کمیسیون بر اساس ترجمه درستی که از این واژه بوده آن را اصلاح کرد.»

۲-۴. ایرادهای ویرایشی، انشایی، املائی و ترجمه‌ای

ایرادهای ادبی (ویرایشی، انشایی و املائی) و همچنین اشتباه‌های ترجمه‌ای در متن فارسی معاهده نیز می‌توانند عامل اعلام ابهام درباره همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده شوند. تا پایان سال ۱۳۹۹ فقط نظر ۹۶/۱۰۲/۴۷۰۶ مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۲۸ شورای نگهبان در خصوص مصوبه ۱۳۹۶/۱۱/۰۴ مجلس درباره «لایحه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با جرایم سازمان‌یافته فراملی» مبین ایرادهای فوق است. شورا در این نظر بیان کرد: «علاوه بر اشکالات و ابهامات موجود در این مصوبه، نظر به اینکه متن ارسالی در برخی موارد صراحتاً با بعضی از متن‌های منتشره که در ماده ۴۱ معتبر شناخته شده‌اند، مطابقت ندارد و در مواردی نیز تطابق آنها ابهام دارد، بنا بر این، اطمینان نسبت به این

متن حاصل نمی‌شود. لذا مقتضی است متن ترجمه صحیح، تصویب و به این شورا ارسال تا اظهار نظر ممکن گردد. برخی از اشکالات مربوطه عبارت‌اند از:

۱- در بند ۱ ماده ۳ متن ارسالی، پس از بیان جزء «ب»، قیودی ذکر گردیده است که مختص به این جزء بوده و دامنه شمول معاهده را نسبت به این بند مقید می‌سازد. بررسی متن اصلی معاهده گویای این امر است که قیود مذکور به هر دو جزء اختصاص داشته که از این جهت دامنه شمول این معاهده به این طریق دچار خدشه می‌گردد.

۲- ماده ۵ طبق متن انگلیسی، تقسیمات مزبور در ذیل بندها اشتباه بوده و در برداشت، احتمال خطا را افزایش خواهد داد.

۳- در ماده ۱۵، ردیف ۳ تا ۶ جزء «پ» بند ۲ به اشتباه، قسیم ردیف‌های ۱ و ۲ جزء مذکور قرار گرفته است؛ در حالی که با تطبیق صورت گرفته با متن اصلی معاهده، باید قسیم بندهای ۱ و ۲ باشد و لذا در این ماده، ردیف‌های ۳، ۴، ۵ و ۶ جزء «پ» بند ۲ باید به ترتیب به عنوان بندهای ۳، ۴، ۵ و ۶- این ماده اصلاح شود.

۴- در بندهای متعددی از مواد ۱۶ و ۱۸ معاهده عبارت «دولت درخواست‌کننده» و «دولت درخواست‌شونده» به اشتباه به کار رفته است. در بندهای زیادی از ماده ۱۸ نیز تنها عبارت «دولت درخواست‌کننده» به کار رفته است، زیرا یک دولت نمی‌تواند هم درخواست معاضدت را مطرح کند و هم درخواست آن را قبول نماید [این بندها دچار ایراد است]....

۵- در ماده ۳۱، ردیف‌های ۵، ۶، ۷، ۸ و ۹ جزء «ت» بند ۲ باید به ترتیب به عنوان بندهای ۳، ۴، ۵، ۶ و ۷- این ماده اصلاح شود.

۶- در بند ۲ ماده ۳۴، واژه «جزء» باید به واژه «جز» اصلاح شود. ذکر این نکته لازم است که اعمال آن، از جهت تأثیر فراوانی که در معنا و حکم این بند دارد، بسیار حایز اهمیت است».

نه تنها ایرادهای مفصل مطرح شده در نظر فوق وارد بود، بلکه پیشنهادهای اصلاحی شورا نیز کاملاً درست بود و از این‌رو، مجلس در جلسه‌های ۱۳۹۷/۰۳/۲۰ و ۱۳۹۷/۰۷/۰۳، ایرادهای مطرح شده در نظر فوق را بر اساس پیشنهادهای شورا، تصحیح کرد و شورا در نظرهای ۹۷/۱۰/۵۸۹۱ مورخ ۱۳۹۷/۰۴/۱۷ و ۹۷/۱۰/۲۲۷۶ مورخ ۱۳۹۷/۰۷/۱۸ ایرادهای فوق را برطرف شده دانست.

۳. نقص عملکرد شورا در نظارت بر همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات

اگرچه مباحث فوق نشان داد اکثر ابهام‌های مطرح‌شده توسط شورا درباره همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات وارد بوده است، اما عملکرد شورا در این زمینه بی‌نقص نبوده است. در این زمینه دو ایراد در رویه شورا مشاهده می‌شود: ۱- وارد نبودن بعضی موارد اعلام ابهام شورا و ۲- عدم اعلام ابهام شورا به‌رغم مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی بعضی معاهدات. در زیر به بعضی از این موارد اشاره می‌کنیم.

۳-۱. وارد نبودن اعلام ابهام شورا درباره همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات

در بعضی موارد، ابهام مطرح‌شده توسط شورای نگهبان درباره یک مصوبه مجلس، وارد نبوده است. به غیر از مواردی که پیش‌تر ملاحظه شد، می‌توان به نظر ۹۵/۱۰۰/۳۲۲۰ مورخ ۱۳۹۵/۰۹/۲۴ شورای نگهبان در خصوص مصوبه ۱۳۹۵/۰۸/۲۳ مجلس درباره «لایحه موافقت‌نامه پاریس» اشاره کرد که در آن بیان شده است: «۱- با توجه به بندهای ۸ و ۹ ماده ۴ و بند ۱۱ ماده ۱۳، پیوست‌های این موافقت‌نامه باید ضمیمه شوند تا امکان بررسی و اظهارنظر در این شورا فراهم گردد و ۲- در ماده ۲۳، از این جهت که مشخص نیست آیا پیوست مصوبی وجود دارد یا خیر، ابهام دارد؛ پس از رفع ابهام اظهارنظر خواهد شد».

ضوابط مزبور در مصوبه فوق که مورد ایراد شورا قرار گرفتند، مقرر می‌گردند:

«ماده ۴- ...

۸- تمامی اعضا در اعلام مشارکت‌های تعیین‌شده ملی خود، اطلاعات لازم برای وضوح، شفافیت و درک را طبق تصمیم ۱/سی‌پی ۲۱ و هر گونه تصمیم‌های مربوط به فراهمایی اعضا که به عنوان نشست اعضای موافقت‌نامه پاریس عمل می‌کند، ارائه خواهند کرد.

۹- هر عضو، مشارکت تعیین‌شده ملی را طبق تصمیم ۱/سی‌پی ۲۱ و هر گونه تصمیم‌های مربوط فراهمایی اعضا که به عنوان نشست اعضای موافقت‌نامه پاریس عمل می‌کند، هر پنج سال اعلام خواهد کرد و از نتایج بررسی جامع جهانی موضوع ماده ۱۴ آگاه خواهد شد....

ماده ۱۳- ...

۱۱- اطلاعات ارائه شده توسط هر عضو به موجب بندهای ۷ و ۹ این ماده مشمول بررسی کارشناسی فنی طبق تصمیم ۱/سی پی ۲۱ خواهد بود....
ماده ۲۳-

۱- مفاد ماده ۱۶ کنوانسیون در مورد تصویب و اصلاح پیوست‌های کنوانسیون با اعمال تغییرات لازم در مورد این موافقت‌نامه اعمال خواهد شد.
۲- پیوست‌های این موافقت‌نامه بخش جدایی‌ناپذیر آن را تشکیل می‌دهند و جز چنانچه به صراحت به گونه دیگری پیش‌بینی شده باشد، ارجاع به این موافقت‌نامه، هم‌زمان، به منزله ارجاع به هر پیوست آن می‌باشد. پیوست‌های مزبور به فهرست‌ها، فرم‌ها و هر اطلاعات دیگر با ماهیت توصیفی که ویژگی علمی، فنی، شکلی یا اداری داشته باشد، محدود خواهد شد.

ایراد فوق‌الذکر شورای نگهبان وارد نبود، زیرا متن رسمی موافقت‌نامه پاریس که با شماره ۵۴۱۱۳ در دبیرخانه سازمان ملل ثبت و منتشر شده^۸، حاکی است این موافقت‌نامه حاوی هیچ پیوستی نبود. در ضمن، منظور بند ۱ ایراد شورا از عدم وجود پیوست‌های موافقت‌نامه، عدم ارائه متن «تصمیم ۱/سی پی ۲۱» به عنوان پیوست این موافقت‌نامه می‌باشد. این در حالی است که اولاً، سند مزبور پیوست موافقت‌نامه پاریس نبود، بلکه تصمیم شماره یک کنفرانس بیست و یکم طرف‌های «کنوانسیون چارچوب سازمان ملل درباره تغییرات آب و هوا» بود و ثانیاً، با توجه به عضویت ایران در این کنوانسیون،^۹ تصمیم فوق طبق ماده ۷ کنوانسیون برای ایران الزام‌آور بود و لازم نبود متن آن در زمان تصویب موافقت‌نامه فوق ارائه شود.

۳-۲. عدم اعلام ابهام به رغم مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات

اگرچه شورای نگهبان توانسته است با اعلام ابهام درباره بعضی معاهدات مصوب مجلس، ایراد متن فارسی معاهدات را برطرف کند، اما همان‌طور که پیش‌تر درباره «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به موافقت‌نامه نظام جهانی ترجیحات بازرگانی بین کشورهای در حال توسعه» مشاهده شد و در زیر نمونه‌هایی دیگر ارائه می‌شود، شورای نگهبان نتوانسته است به طور کامل مانع بروز ایراد در متن فارسی معاهدات شود.

۱- ماده ۵ معاهده پیوست ماده واحده «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی منع و مجازات جنایت آپارتاید» مصوب ۱۳۶۳/۱۱/۰۴ مجلس شورای اسلامی و تأییدشده ۱۳۶۳/۱۱/۲۳ شورای نگهبان، بیان می‌کند: «افراد متهم به ارتکاب اعمالی که در ماده ۲ این کنوانسیون بیان گردیده است، ممکن است توسط دادگاه ذی‌صلاح هر کشور طرف این کنوانسیون که در مورد مشخص متهم دارای صلاحیت قضائی دولت، محاکمه و یا توسط دیوان کیفری بین‌المللی از سوی آن کشورهای طرف که صلاحیت آن را پذیرفته‌اند محاکمه شوند». غیر از ایرادهای املائی ماده فوق در استفاده از واژه «مشخص» به جای «شخص» و «دولت» به جای «است»، همان‌طور که متن‌های معتبر معاهده منتشرشده در جلد ۱۰۱۵ مجموعه معاهدات سازمان ملل گویا است (United Nations, 1984, p. 246) یک ایراد ترجمه‌ای نیز در ماده فوق وجود دارد و آن استفاده از اسم خاص «دیوان کیفری بین‌المللی» در ترجمه اسم عام (an international penal tribunal) است.

۲- اسناد پیوست ماده واحده «قانون الحاق به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روانگردان» مصوب ۱۳۷۰/۰۹/۰۳ مجلس شورای اسلامی و تأییدشده ۱۳۷۰/۰۹/۱۷ شورای نگهبان، عبارت‌اند از: متن ۳۴ ماده‌ای «عهدنامه سازمان ملل برای مبارزه با حمل و نقل غیرقانونی مواد مخدر و داروهای روانگردان»، ضمیمه‌ای حاوی دو جدول و قسمتی با عنوان «قطعه‌نامه‌های مصوب کنفرانس سازمان ملل متحد برای تصویب یک کنوانسیون علیه قاچاق مواد مخدر و داروهای روانگردان» که حاوی دو قطعه‌نامه است. اما طبق متن‌های معتبر معاهده منتشرشده در جلد ۱۵۸۲ مجموعه معاهدات سازمان ملل (United Nations, 2001, p. 208) معاهده مزبور فقط حاوی ضمیمه‌ای شامل دو جدول است و از این‌رو، قطعه‌نامه‌های فوق‌الذکر جزء معاهده نبود و نباید به تصویب می‌رسید.

۳- بند «الف» ماده ۳۷ «عهدنامه حقوق کودک» پیوست ماده واحده «قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک» مصوب ۱۳۷۲/۱۲/۰۱ مجلس شورای اسلامی و تأییدشده ۱۳۷۲/۱۲/۱۱ شورای نگهبان، از ممنوعیت «اجرای حکم اعدام» برای افراد زیر ۱۸ سال سخن گفته است، اما

همان‌طور که بعضی حقوق‌دانان بیان کرده‌اند (هاشمی، ۱۳۹۴، ص. ۵۱) و متن‌های معتبر معاهده منتشرشده در جلد ۱۵۷۷ مجموعه معاهدات سازمان ملل مؤید آن است (United Nations, 1999A, p. 55) ضابطه فوق، از ممنوعیت «صدور حکم اعدام» سخن گفته است.

در پایان، لازم به ذکر است هر اقدام نهادهای حکومتی ایران طبق متن فارسی معاهده اگر مطابق با تعهدات مندرج در متن‌های معتبر معاهده نباشد، منجر به مسئولیت بین‌المللی ایران می‌شود. به عنوان مثال، همان‌طور که ملاحظه شد «مطابق با ماده (۱) ۳۷ کنوانسیون [حقوق کودک]، افراد کمتر از ۱۸ سال را نمی‌توان محکوم به اعدام یا حبس ابد کرد. مبدأ این منع، زمان ارتکاب جرم است و به همین دلیل نمی‌توان کودکی را که در ۱۶ سالگی مرتکب قتل شده، پس از طی فرایند محاکمه، زندانی کرده و پس از رسیدن به ۱۸ سالگی اعدام نمود» (السان، ۱۳۸۶، صص. ۱۸۲-۱۸۳). از این رو، عمل به متن فارسی معاهده که بیانگر مجوز صدور حکم اعدام برای افراد زیر ۱۸ سال است در تناقض با متن‌های معتبر معاهده است و بر همین اساس، کمیته حقوق کودک، مکرراً ایران را به نقض ضابطه فوق محکوم کرده است. برای مثال، در گزارش سال ۲۰۰۰ کمیته درباره ایران آمده است: «با توجه به مواد ۶ و ۳۷ (الف) عهدنامه، کمیته در مورد امکان مجازات اعدام برای جرایمی که توسط افراد زیر ۱۸ سال انجام شده، بسیار نگران است و تأکید می‌کند چنین مجازاتی با عهدنامه سازگار نیست» (CRC, 2000, p. 6).

نتیجه‌گیری

شورای نگهبان از سال ۱۳۸۰ تا پایان سال ۱۳۹۹ با اعلام ابهام درباره ۵۳ معاهده مصوب مجلس، آن مصوبه‌ها را جهت اصلاح و تبیین به مجلس برگرداند. اگرچه بعضی افراد از جمله تعدادی از نمایندگان مجلس در جلسه ۲۳۹ دوره ششم مجلس مورخ ۱۳۸۱/۰۵/۱۳ با حق شورای نگهبان برای اعلام ابهام درباره مصوبه‌های مجلس مخالفت کرده‌اند، اما شورای نگهبان نه تنها با اعلام ابهام در موارد فوق و همچنین درباره تعدادی از مصوبه‌های مجلس درباره امور داخلی، این حق را برای خود به رسمیت شناخته است، بلکه در نظر تفسیری ۸۳/۳۰/۷۵۴۷ مورخ ۱۳۸۳/۰۳/۱۶ حق فوق را تثبیت کرد.

بررسی موارد ۵۳ گانه فوق حاکی از این است که ۱۲ مورد از آنها به نوعی به دلیل مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده بوده است. بررسی این موارد در این نوشتار نشان داد که اکثر قریب به اتفاق نظرهای شورای نگهبان در این زمینه وارد بودند و بر همین اساس، مجلس شورای اسلامی مصوبه‌های خود را با توجه به ایرادهای مطرح شده توسط شورا تصحیح کرده است. طرح ابهام‌های فوق توسط شورای نگهبان که سبب شد از تصویب معاهدات بین‌المللی به صورت ناقص (عدم پیوست بودن ضمایم معاهده)، مبهم (حاوی عبارات نامفهوم)، اشتباه (وجود ضوابط مغایر متن‌های معتبر معاهده) یا حاوی ایرادهای ویرایشی، انشایی و املایی جلوگیری شود، بیانگر نقش ارزنده شورا در این خصوص است. در ضمن، نظرهای فوق‌الذکر شورا حاکی از نقص عملکرد هیئت وزیران و مجلس شورای اسلامی در تأیید و تصویب معاهدات مزبور است.

اما نقش ارزنده شورای نگهبان در زمینه تضمین همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات، بدون نقص نبوده است، چراکه در بعضی موارد همانند نظر ۱۳۹۵/۰۸/۲۳ مورخ ۹۵/۱۰/۳۲۲۰ مورخ ۱۳۹۵/۰۹/۲۴ شورای نگهبان در خصوص مصوبه ۱۳۹۵/۰۸/۲۳ مجلس درباره «لایحه موافقت‌نامه پاریس»، اعلام ابهام شورا وارد نبود و همچنین در بعضی موارد همانند ماده ۳۷(الف) «عهدنامه حقوق کودک»، به‌رغم مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده، مصوبه مجلس به تأیید شورای نگهبان رسیده است. ایراد اخیر حائز اهمیت فوق‌العاده است، زیرا عملکرد اشخاص حقیقی و حقوقی در ایران که بر اساس متن فارسی معاهده است، می‌تواند موجب مسئولیت بین‌المللی ایران شود. از این‌رو، لازم است شورای نگهبان در خصوص نظارت بر همخوانی متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهدات، با دقت نظر بیشتر عمل کند. در ضمن، هیئت وزیران و مجلس شورای اسلامی که اقدام به تأیید و تصویب لوایح معاهداتی می‌کنند، مسئولیت اولیه و اصلی این نظارت را برعهده دارند و باید در این خصوص عملکردی دقیق‌تر داشته باشند، به ویژه آنکه با محدودیت زمانی شورا در اظهار نظر نسبت به مصوبات مجلس مواجه نیستند.

یادداشت‌ها

۱. شورا در این نظر بیان کرد: «مواد ۳ و ۴ از جهات متعدد منجمله آیا جنبه حصری دارد یا خیر و آیا شامل گروه‌های غیرقانونی می‌شود یا خیر ابهام دارد، پس از رفع ابهام، اظهار نظر خواهد شد». نظرهای شورای نگهبان و مصوبه‌های مجلس شورای اسلامی که در این نوشتار مورد استفاده قرار گرفته‌اند از سامانه شورای نگهبان به نشانی زیر استخراج شده‌اند:
<http://nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmMosavabat.aspx>
۲. لازم به ذکر است شورا در بعضی موارد، در کنار اعلام «تأیید»، «مغایرت» و یا «ابهام» درباره مصوبه مجلس، «تذکر»هایی نیز مطرح کرده است، اما تذکرهای شورا الزام‌آور نیستند و بعضاً توسط مجلس مورد توجه قرار نمی‌گیرند. از این‌رو، در این نوشتار از پرداختن به تذکرهای مربوط به مغایرت میان متن‌های فارسی و غیرفارسی معاهده صرف نظر شده است.
۳. ماده واحده مزبور مقرر می‌کند: «موافقتنامه همکاری در زمینه قرنطینه گیاهی و حفظ نباتات بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت فدراسیون روسیه مشتمل بر یک مقدمه و سیزده ماده و دو ضمیمه موضوع ماده ۲ آن به شرح پیوست تصویب و اجازه مبادله اسناد آن داده می‌شود».
۴. طبق گواهینامه ذیل موافقتنامه، این معاهده به زبان‌های انگلیسی و روسی با اولویت زبان انگلیسی منعقد شده است.
Economic Cooperation Organization Trade Agreement (ECOTA), available online at https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/ecota/trt_ecota.pdf
5. Protocol on signing of the Texts of Annexes of the ECO Trade Agreements (ECOTA), available online at https://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/annexes/ECO_Annexes.pdf
6. Sixth Additional Protocol to the Constitution of the Universal Postal Union..., available online at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/238343/7970.pdf
۷. ماده ۲۴ موافقتنامه بیان می‌کند: «در موارد فوری، مرجع صلاحیتدار محل سکونت یا اقامت شخص دارای اهلیت ناقص یا فاقد اهلیت، رأساً می‌تواند اقدامات لازم را جهت حمایت از وی و دارایی او به عمل آورد. دستوراتی که در این باره صادر می‌شود باید به مرجع مربوط طرف متعاهدی که شخص، تابعیت آن را دارد از طریق نمایندگی دیپلماتیک یا کنسولی اعلام شود، این‌گونه دستورات قابل لغو می‌باشند مگر اینکه طرف متعاهد مزبور تصمیم‌گیری کرده باشد».
8. Paris Agreement, available online at <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/54113/Part/I-54113-0800000280458f37.pdf>
۹. «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون تغییرات آب‌وهوا مصوب جلسه ۱۳۷۱ هجری شمسی برابر با ۱۹۹۲ میلادی» منتشر شده در شماره ۱۴۹۴۴ مورخ ۱۳۷۵/۰۴/۰۵ روزنامه رسمی که به تأیید شورای نگهبان نیز رسیده است.

کتابنامه

۱. السان، مصطفی (۱۳۸۶). «دادرسی منصفانه برای کودکان». دوفصلنامه حقوق بشر، ۲(۲)، صص. ۱۷۱-۱۸۸.
۲. بهادری جهرمی، علی و فتاحی زفرقندی، علی (۱۳۹۴). «بررسی ابهامات صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تصویب موافقت‌نامه‌های بین‌المللی با نگاه به نظرهای شورای نگهبان». دوفصلنامه دانش حقوق عمومی، ۴(۱۲)، صص. ۱۱۳-۱۳۴.
۳. ضیائی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۸۶). حقوق بین‌الملل عمومی، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۴. ضیائی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۹۵). حقوق معاهدات بین‌المللی (ویرایش ۶)، تهران: انتشارات گنج دانش.
۵. عنایت، سیدحسین (۱۳۶۵). «تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین‌الملل معاصر». مجله حقوقی، ۶(۷)، صص. ۹۷-۱۹۰.
۶. فتحی، محمد و کوهی اصفهانی، کاظم (۱۳۹۷). قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان.
۷. فلسفی، هدایت‌الله (۱۳۷۹). حقوق بین‌الملل معاهدات. تهران: فرهنگ نشر نو.
۸. هاشمی، سیدحسین (۱۳۹۴). «بررسی فقهی - حقوقی رویکرد قانون مجازات اسلامی جدید به سن رشد و مسئولیت کیفری کودکان در پرتو اسناد بین‌المللی». حقوق تطبیقی، ۱۰۳، صص. ۵۱-۷۴.
۹. نظر ۱۳۸۴/۰۴/۰۸ مورخ ۸۴/۳۰/۱۲۶۱۳
۱۰. نظر ۱۳۸۵/۰۲/۲۰ مورخ ۸۵/۳۰/۱۵۲۲۱
۱۱. نظر ۱۳۸۵/۰۳/۰۳ مورخ ۸۵/۳۰/۱۵۵۱۶
۱۲. نظر ۱۳۸۵/۰۴/۰۷ مورخ ۸۵/۳۰/۱۵۹۵۲
۱۳. نظر ۱۳۸۰/۰۶/۱۱ مورخ ۸۰/۲۱/۲۱۰۲
۱۴. نظر ۱۳۹۵/۰۶/۲۰ مورخ ۹۵/۱۰/۲۲۲۵
۱۵. نظر ۱۳۸۶/۰۶/۰۳ مورخ ۸۶/۳۰/۲۲۳۵۵
۱۶. نظر ۱۳۸۶/۱۰/۱۲ مورخ ۸۶/۳۰/۲۴۶۳۴
۱۷. نظر ۱۳۸۷/۰۸/۱۹ مورخ ۸۷/۳۰/۲۹۰۸۴
۱۸. نظر ۱۳۸۷/۰۹/۱۱ مورخ ۸۷/۳۰/۲۹۴۵۰
۱۹. نظر ۱۳۸۷/۱۰/۰۷ مورخ ۸۷/۳۰/۲۹۷۳۴

۲۰. نظر ۸۷/۳۰/۳۱۵۹۴ مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۱۷
۲۱. نظر ۹۶/۱۰۲/۳۱۹۸ مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۲۰
۲۲. نظر ۹۵/۱۰۰/۳۲۲۰ مورخ ۱۳۹۵/۰۹/۲۴
۲۳. نظر ۹۰/۳۰/۴۲۱۹۳ مورخ ۱۳۹۰/۰۲/۱۴
۲۴. نظر ۹۰/۳۰/۴۴۳۳۲ مورخ ۱۳۹۰/۰۸/۰۴
۲۵. نظر ۹۰/۳۰/۴۴۸۷۵ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۰۱
۲۶. نظر ۹۰/۳۰/۴۵۱۹۸ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۱
۲۷. نظر ۹۰/۳۰/۴۵۸۹۷ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۰۴
۲۸. نظر ۹۰/۳۰/۴۶۰۷۷ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۷
۲۹. نظر ۹۱/۳۰/۴۶۸۱۳ مورخ ۱۳۹۱/۰۳/۰۳
۳۰. نظر ۹۶/۱۰۲/۴۷۰۶ مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۲۸
۳۱. نظر ۹۷/۱۰۰/۵۸۹۱ مورخ ۱۳۹۷/۰۴/۱۷
۳۲. نظر ۹۴/۱۰۲/۵۹۰۴ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۱۸
۳۳. نظر ۸۱/۳۰/۷۰۶ مورخ ۱۳۸۱/۰۳/۲۲
۳۴. نظر ۹۷/۱۰۲/۷۲۷۶ مورخ ۱۳۹۷/۰۷/۱۸
۳۵. نظر ۸۳/۳۰/۷۵۴۷ مورخ ۱۳۸۳/۰۳/۱۶
۳۶. نظر ۹۵/۱۰۲/۷۶۹ مورخ ۱۳۹۵/۰۳/۱۳
۳۷. نظر ۸۳/۳۰/۹۴۰۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۳
۳۸. نظر ۸۳/۳۰/۹۷۵۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۰۳

39. Committee on the Rights of the Child (2000). Concluding observations, Islamic Republic of Iran, CRC/C/15/Add.123, available online at <http://docstore.ohchr.org>.
40. Economic Cooperation Organization Trade Agreement (ECOTA), available online at https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/ecota/trt_ecota.pdf
41. Paris Agreement, available online at <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/54113/Part/I-54113-0800000280458f37.pdf>
42. Protocol on signing of the Texts of Annexes of the ECO Trade Agreements (ECOTA), available online at https://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/annexes/ECO_Annexes.pdf
43. Sixth Additional Protocol to the Constitution of the Universal Postal Union, available online at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/238343/7970.pdf
44. United Nations (1984). *Treaties and International Agreements*. Vol. 1015, New York.

45. United Nations (1997). *Treaties and International Agreements*. Vol. 1534, New York.
46. United Nations (1999A). *Treaties and International Agreements*. Vol. 1577, New York.
47. United Nations (1999B). *Treaties and International Agreements*. Vol. 1687, New York.
48. United Nations (2001). *Treaties and International Agreements*. Vol. 1582, New York.

دوفصلنامه علمی پژوهش نامه حقوق اسلامی، سال بیست و دوم، شماره دوم (پیاپی ۵۴)، پاییز و زمستان ۱۴۰۰، صص. ۵۸۳-۶۰۴

بایسته‌های نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۳۰

محمدجواد رضایی زاده برواتی*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۱۱

مهدی ابراهیمی**

نوع مقاله: پژوهشی

محمد بهادری جهرمی***

چکیده

در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران اعمال نظارت شرعی به منظور اسلامی بودن قوانین و مقررات برعهده فقهای شورای نگهبان است. یکی از موضوعات مهم در خصوص نحوه اعمال این نظارت بررسی و تقریر اصول، مؤلفه‌ها و شاخصه‌های لازم جهت اعمال این صلاحیت و ارائه الگوی مطلوب آن است، که در این مقام، به عنوان گام نخست بایسته‌های نظارت شرعی مورد مطالعه قرار می‌گیرد. با تنقیح این بایسته‌ها می‌توان الگوی مطلوب ساختار حقوقی نظارت شرعی را متبلور نمود و در پی آن الزامات اصلاح آن را کشف کرد. بر این اساس پژوهش حاضر به دنبال کشف و احراز بایسته‌های نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان انجام گرفته است. هدف اصلی این پژوهش در واقع یافتن و احصاء این الزامات و بایسته‌ها است و پاسخ به این سؤال که: «عمده بایسته‌های نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان در نظام حقوق اساسی ایران کدامند؟» متناسب با این سؤال با تکیه بر روش پژوهشی توصیفی - تحلیلی، این نتیجه حاصل گردید که: «مطابق مبانی نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، نظارت شرعی ایدئال نظارتی است که حاکمیت، تفوق و تحقق اصل چهارم قانون اساسی را به نحو احسن تضمین کند. نظارتی که التزام به حاکمیت قانون در پرتو حکومت شرع در آن متبلور بوده و اثر ابطالی یا تعلیقی در خصوص تمامی قوانین و مقررات مغایر شرع، قابلیت تسری داشته و اثر مقتضی آن نیز تضمین شده باشد».

واژگان کلیدی: اصل چهارم قانون اساسی، بایسته‌های نظارت شرعی، شورای نگهبان، فتوای معیار، قانون‌گذاری، قوانین و مقررات، نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، نظارت شرعی.

* دانشیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
rezaeizd@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، تهران، ایران.
mahdy.ebrahimi@gmail.com

*** استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.
m.bahadori@modares.ac.ir

مقدمه

«نظارت» واژه‌ای عربی و مصدر فعل «نَظَرَ» به معنی «با اندیشه و به چشم خود دیدن»^۱ است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱۴، ص. ۲۲۵۶۱). در معنای اصطلاحی نظارت مطابق آنچه در ترمینولوژی حقوق آورده شده به معنای «مراقبت بر عمل دیگری (مانند متولی موقوفه یا وصی یا وکیل یا قیم و غیره) تا عمل صحیحاً صورت گیرد»، است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۵، ص. ۳۶۵۰).

نظارت را به لحاظ شکلی می‌توان به دو دسته کلی «نظارت در تقنین»، «نظارت در اجرا» تقسیم نمود. برای هر جامعه‌ای که واجد هنجار برتر باشد، یکی از مهم‌ترین انواع نظارت، نظارت بر تقنین یا همان نظارت بر هنجارسازی است.

از طرفی نظارت شرعی نوعی از نظارت است که مطابق موازین شرعی از سوی فقها و متخصصین این حوزه بر روی موضوعات مختلف سیاسی اجتماعی اعم از تقنین و اجرا صورت می‌پذیرد. در نظام حقوقی ایران عمده این معنا در بعد ساختار اساسی، از طریق اصل چهارم قانون اساسی^۲ انعکاس یافته است و شورای نگهبان در ساختار حقوقی - سیاسی جمهوری اسلامی ایران نهادی است که در راستای تحقق اصل نود و یکم پاسبانی از شرع مقدس اسلام و قانون اساسی را برعهده داشته و از این حیث دارای وظیفه نظارتی دوگانه است.

یکی از موضوعات مهم در خصوص نظارت شرعی این شورا، بایسته‌های این نوع از نظارت است. در پی درک این بایسته‌ها می‌توان وصول به الگوی مطلوب نظارت شرعی را در نظام حقوق اساسی کشور امری ممکن دانست. برای نیل به این مطلوب در این پژوهش بایسته‌های نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان براساس مبانی حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد.

هدف اصلی این پژوهش در واقع یافتن اصول، مؤلفه‌ها و شاخصه‌های این نوع از نظارت است و یا به عبارت دیگر پاسخ به این سؤال که «اصلی‌ترین بایسته‌های نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان در نظام حقوق اساسی ایران، کدامند؟» می‌باشد. متناسب با این پرسش فرضیه اصلی این پژوهش که در واقع پاسخ به سؤال فوق است، عبارت است از: «عمده بایسته‌های نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان، آن‌هایی است که زمینه‌ساز حاکمیت اصل چهارم قانون اساسی بر نظام قوانین و مقررات کشور باشد و منجر به

نظارتی شود که در پرتو حکومت شرع التزام به حاکمیت قانون در آن رکن اصلی بوده و واجد اثر ابطالی یا تعلیقی در خصوص قوانین و مقررات مغایر شرع باشد». در این پژوهش ابتدا مفهوم نظارت شرعی مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌گیرد و سپس بایسته‌های این نظارت که مهم‌ترین کارویژه شورای نگهبان است، مورد بررسی و ارزیابی قرار گرفته و تبیین می‌گردد. این تحقیق پژوهشی توصیفی - تحلیلی است و اگرچه از ادبیات پیشین بهره‌مند است، اما در موضوع خاص محل بحث که همانا احصاء بایسته‌های این نظارت است، مسبوق به سابقه پژوهشی نیست. با این حال کتب و مقالات متعددی مورد مطالعه و مذاقه قرار گرفته تا مباحث مطرح شده به لحاظ احصاء ادبیات پیشین از پشتوانه کافی بهره‌مند باشد. برخی آثار از جمله مقاله «تحلیلی بر نظارت بر قوانین و مقررات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران» (درویشوند و راجی، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۳) و مقاله «سازوکار مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی» (حاجی علی خمسه؛ مسعودیان و فعلی، ۱۳۹۹، ص. ۲۵) از جهت نحوه اعمال نظارت شرعی بر مصوبات نهادهایی غیر از مجلس نگارش شده‌اند. برخی آثار مانند مقاله «سازوکار مطلوب نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی از بستر نظارت دیوان عدالت اداری» (پروین و ابریشمی‌راد، ۱۳۹۷، ص. ۱۱۳) و مقاله «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری» (واعظی، ۱۳۸۸، ص. ۱۲۵) از زاویه ارتباط نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان با نظارت دیوان عدالت اداری به رشته تحریر درآمده‌اند. آثار علمی دیگری همچون مقاله «گستره نظارت شرعی شورای نگهبان در اصل چهارم قانون اساسی: نسبت‌سنجی اصول چهارم و یکصد و دوازدهم قانون اساسی» (ارسطا، ۱۳۹۶، ص. ۵۹)، به مرجع صالح تشخیص انطباق قوانین با احکام ثانویه و حکومتی پرداخته و پایان‌نامه «نظارت شرعی شورای نگهبان بر مقررات» (فعلی، ۱۳۹۹، صص. ۱۷۸-۱۸۰)، به منظور ارائه سازوکار مطلوب نظارت شرعی صرفاً بر مقررات به این موضوع پرداخته‌اند. در میان آثار منتشرشده که هر کدام از زاویه‌ای نظارت شرعی را تحلیل کرده‌اند کمتر به این مسئله توجه شده است که از مهم‌ترین مسائل در اعمال این نوع نظارت توسط فقهای شورای نگهبان، مسئله بایسته‌های این نظارت است که بررسی آن

به شکل متمرکز و مستقل، بدیع بوده و تاکنون بدین شکل مورد بررسی و پژوهشی قرار نگرفته است. در این پژوهش ابتدا نظارت شرعی در نظام حقوق اساسی ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد تا پس از بیان موارد و مصادیق و انواع آن در بخش دوم به شکل تفصیلی بایسته‌های این نوع از نظارت طرح و تبیین گردد.

۱. نظارت شرعی بر قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران

فقدان نهاد قضائی دادرسی اساسی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و تبلور مسئولیت‌های سیاسی دادرسی اساسی در وظایف شورای نگهبان این زمینه را فراهم نموده است تا این شورا متصدی مسئولیت‌های دادرسی اساسی در نظام جمهوری اسلامی ایران باشد. شورای نگهبان از طرفی واجد برخی وظایف نظارتی نظیر بررسی و اعلام نظر در خصوص مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات مجلس با شرع و قانون اساسی و از سوی دیگر واجد صلاحیت نظارت و تأیید صحت انتخابات و نیز احراز صلاحیت نمایندگی کاندیداها است. اما آنچه در راستای موضوع این مقاله مورد مطالعه قرار می‌گردد، اقسام اعمال نظارت شرعی این نهاد به لحاظ ماهیت مصوبه مشمول نظارت است که مورد ارزیابی قرار خواهد گرفت:

۱-۱. نظارت بر قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی

مطابق قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وظیفه پایش قوانین مجلس شورای اسلامی بر عهده شورای نگهبان قرار دارد. فارغ از بیان شیوه حکومت در ایران و اینکه قانون‌گذار اساسی در مقدمه این قانون صالحان را عهده‌دار حکومت و اداره مملکت می‌داند و بر این اساس نظارت بر قانون‌گذاری جهت تضمین شرعیت قوانین می‌بایست توسط اسلام‌شناسان عادل و پرهیزگار و متعهد (فقهای عادل) صورت گیرد، در اصل دوم قانون اساسی^۳، نظام جمهوری اسلامی از اساس نظامی معرفی می‌شود که بر پایه توحید و اختصاص حاکمیت و تشریح به خداوند دانسته شده است. مقنن اساسی به طور شفاف در اصل چهارم قانون اساسی سازوکاری پیش‌بینی نموده است تا شرعیت تمامی قوانین و مقررات را تضمین نماید. همچنین در اصل هفتاد و دوم قانون اساسی^۴ با تصریح بر اینکه مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و

احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد، تشخیص این مسئله را نیز بر عهده شورای نگهبان قرار داده است. شورایی که مطابق اصل نود و یکم قانون اساسی^۵ و به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی ایجاد می‌گردد.

در واقع وصول به شرعیت قوانین ریشه در شعارهای انقلاب اسلامی و مجلس تدوین قانون اساسی یعنی مجلس بررسی نهایی قانون اساسی دارد. در این مجلس بارها و به کرات نمایندگان ملت به مسئله شرعیت قوانین و منع از تصویب قانون خلاف شرع تأکید می‌کنند. حاصل این تأکیدها و دغدغه‌ها به آنجا منتهی شد که قانون‌گذار اساسی بدون وجود شورای نگهبان، مشروعیتی برای مجلس شورای اسلامی قائل نیست.^۶ شهید بهشتی در این خصوص تصریح می‌کند: «طبق اصل چهارم قوه مقننه حدود اختیاراتش تا آن اندازه است که با موازین اسلامی اصطکاک پیدا نکند» (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۵۸، ج ۱، ص. ۳۱۵).

در مجموع به منظور تحقق اصل چهارم قانون اساسی، ساختار، وظایف، مسئولیت‌ها و نحوه عملکرد شورای نگهبان در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول نود و یکم الی نود و نهم این قانون بیان شده است. علاوه بر اصول قانون اساسی و در راستای تحقق آن، در قوانین عادی نیز سازوکار این مسئله پیش‌بینی شده است. به عنوان نمونه در ماده ۱۹۷ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی در خصوص سازوکار و مواعد زمانی بررسی شرعیت مصوبات مجلس شورای اسلامی مقرر گردیده است: «کلیه مصوبات مجلس رسماً به شورای نگهبان فرستاده می‌شود. در صورتی که شورا ظرف ده روز پس از وصول یا پس از انقضای ده روز تمدید مذکور در اصل نود و پنجم قانون اساسی^۷، مخالفت خود را اعلام نکرد، طبق اصل نود و چهارم قانون اساسی^۸، مصوبات از طرف مجلس جهت امضاء و ابلاغ به ریاست جمهوری ارسال می‌شود.

تبصره - روز وصول مصوبه و روز اعلام نظر شورای نگهبان به مجلس جزء مهلت‌های مقرر محسوب نمی‌گردد».

بر این اساس فارغ از تصریح قانون‌گذار در عدم توانایی و صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تصویب قوانین خلاف شرع در اصل هفتاد و دوم، در مقام عمل نیز راه برای تصویب این‌گونه قوانین با سازوکار شورای نگهبان مسدود بوده و به‌غیر از مواردی که

با اصرار مجلس شورای اسلامی به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال می‌شوند در سایر موارد و به شکل عام، مجلس شورای اسلامی ملزم به برطرف نمودن ایرادها و جلب نظر شورای نگهبان است.

۲-۱. نظارت بر مقررات

در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران سازوکار نظارت شرعی بر مقررات و آیین‌نامه‌های دولتی متفاوت است. مطابق اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی^۹ دیوانی به نام «دیوان عدالت اداری» زیر نظر رئیس قوه قضائیه به منظور رسیدگی به شکایات مردم نسبت به آیین‌نامه‌های دولتی، تأسیس شده است. همچنین به موجب اصل یکصد و هفتادم^{۱۰}، قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و در این مسیر تصریح گردیده است که «هر کس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند».

سازوکار این مسئله به تفصیل در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ آمده است. مطابق ماده ۸۰ این قانون نحوه تقدیم درخواست ابطال مقرر خلاف قانون بررسی و ثبت می‌شود^{۱۱} و حسب ماده ۸۷ این قانون «در صورتی که مصوبه ای به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد، موضوع جهت اظهار نظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقهای شورای نگهبان برای هیأت عمومی لازم‌الاتباع است». همچنین شایان ذکر است که در صورتی که رئیس قوه قضائیه یا رئیس دیوان به هر نحو از مغایرت یک مصوبه با شرع یا قانون یا خروج آن از اختیارات مقام تصویب‌کننده مطلع شوند، موظفند موضوع را در هیأت عمومی مطرح و ابطال مصوبه را درخواست نمایند.

بر این اساس علاوه بر سازوکار موجود در خصوص پایش و پالایش مصوبات مجلس پیش از تبدیل شدن به قانون، سازوکار دیگری نیز پیش‌بینی شده است تا تمامی مقررات و آیین‌نامه‌های اجرایی مصوب نهادهای دولتی را مورد بررسی و مذاقه قرار دهد تا موارد مغایر شرع آنها شناسایی و ابطال گردند.

۲. بایسته‌های نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان

یکی از مهم‌ترین مسائل در مطالعات حقوقی بنیادین، موضوع بایسته‌های حقوقی هر نهاد حقوقی است. نظارت شرعی به‌عنوان نهاد مستقل حقوقی که سابقه شرعی قابل توجهی دارد، از این مسئله مستثنی نیست. از این رو پس از بیان موضوعات مورد نظارت شرعی شورای نگهبان، در این قسمت بایسته‌های این نوع از نظارت جهت پاسخ دادن به سؤال اصلی این پژوهش در عناوین مجزا و به شکل تفصیلی مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

۲-۱. حاکمیت و تحقق اصل چهار قانون اساسی و حفظ تفوق آن

در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، رکن و سنگ‌بنای اعمال نظارت شرعی، اصل چهارم قانون اساسی است که در واقع تبلور اراده ملت و نمایندگان ایشان در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی است. بر این مبنا مهم‌ترین الزام و بایسته‌ای که در شناسایی، تعریف و اجرای این نظارت باید مورد لحاظ قرار گیرد، محتوای این اصل از قانون اساسی است.

اصل چهارم قانون اساسی به‌شکل عام و مطلق «تصویب» یا حتی «بقاء» هر نوع مقرر یا قانون خلاف شرع را ممنوع و قاعده شرعیت قوانین و مقررات را امری ابدی و غیرقابل خدشه معرفی می‌کند. عبارات به‌کار رفته در متن این اصل با نهایت دقت انتخاب شده تا دغدغه مقنن اساسی در این خصوص را به نیکی پوشش دهد. به‌عنوان نمونه در جریان تصویب این اصل و در تبیین تصریح به «موازن اسلامی» به‌جای «قوانین اسلامی» آیت‌الله منتظری - رئیس مجلس بررسی نهایی قانون اساسی - بیان می‌کند: «[قید] «با رعایت کامل موازن اسلامی» [باید ذکر شود؛ چراکه] ممکن است که یک کسی فرض کنید، بگوید معیارهای قانون‌گذاری، هم قوانین و ضوابط اسلام است و هم حقوق بین‌الملل، این حقوق بین‌المللی که مردم پذیرفته‌اند یا مثلاً حقوق بشر که در سازمان ملل تصویب شده این‌ها همه پایه‌های قانون باشد، آن وقت ما که اینجا گفته‌ایم که قوانین و مقررات کشورمان بر معیارها و پایه‌های زیادی متکی باشد و یکی از آن معیارها هم رعایت کامل موازن اسلامی است، آن وقت اگر قوانین اسلام با قوانین عرفی یا حقوقی بین‌الملل یا مصوبات سازمان ملل تزاخم پیدا کرد، آن وقت در

مقام قانون‌گذاری باید بیاییم و مقایسه کنیم که حالا قانون اسلام را معیار بگیریم یا حقوق بشر را، برای اینکه این لفظ «با رعایت کامل موازین اسلامی» ما را مجبور می‌سازد که هم موازین اسلامی را و هم قوانین دیگر را رعایت کنیم و همه آنها معیار و پایه باشد، آن وقت باهم مقایسه کنیم و بر اساس تمامش یک قانونی بنویسیم و تصویب بشود. بنابراین بنده تلویحاً با این مطلب مخالفم چون صریح نیست ولو اینکه در مجلس شورای ملی قوانینی بگذارند که صریحاً در متون اسلامی نباشد ولی بالاخره بر طبق موازین اسلامی است، پس به جای «با رعایت کامل موازین»، «بر طبق موازین اسلامی» باید باشد. یعنی تطبیق کلمات اسلامی بر آن قوانین که در مجلس تصویب می‌شود. اما عبارت «با معیار کامل قوانین اسلامی» صریح نیست در اینکه «معیار و پایه قانون‌گذاری ما فقط موازین اسلام است»، حتی در مواردی که موازین اسلام با موازین دیگر معارض است» (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۵۸، ج ۱، ص. ۳۱۴). این نمونه و نمونه‌های متعدد دیگر که پرهیز از اطاله مانع از ذکر آنها است، نشان‌دهنده دأب قانون‌گذار اساسی در حفظ شرعیت قوانین و برتری و علو شرع بر سایر منابع قانون‌گذاری در واژه واژه الفاظ قانون است. در این خصوص رویه شورای نگهبان در تنقیح معنای موازین اسلامی و تحدید آن به فقه جعفری نیز قابل توجه است (نیکونهاد و زندیه، ۱۳۹۸، ص. ۱۱۳). یک مورد در این خصوص نظر شماره ۱۷۹۴ مورخ ۶۸/۱۲/۱۵ بدین شرح است:

«چنانچه دادگاه‌های اسلامی حکم کنند، باید بر اساس موازین اسلامی باشد؛ مگر در مواردی که شارع مقدس احکام مربوط به احوال شخصیه اهل کتاب را امضاء نموده است. بنابراین رأی وحدت رویه ردیف ۲۳/۶۳ شماره ۷۳ مورخ ۱۳۶۳/۹/۱۹ و اطلاق مواد مورد استناد آن در این قسمت مخالف شرع و باطل است». همان‌طور که مشاهده می‌شود، شورای نگهبان در رویه خود، حتی مصادیق احوال شخصیه را مبتنی بر فقه جعفری برداشت نموده است.

دغدغه قانون‌گذار اساسی به این میزان هم محدود نشد تا آنجا که با پیش‌بینی سازوکاری امر شرعیت قوانین و مقررات را از اصول ثابت و لایتغیر و دور از اراده هر شخص یا مقام معرفی کرد. در این خصوص قانون‌گذار اساسی برای تأکید بر استمرار و ابدی بودن این شرط در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران ذیل اصل یکصد و هفتاد و

هفتم قانون اساسی مقرر داشت: «محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتنای کلیه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی و پایه‌های ایمانی و اهداف جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بودن حکومت و ولایت امر و امامت امت و نیز اداره امور کشور با اتکا به آراء عمومی و دین و مذهب رسمی ایران تغییرناپذیر است».

۲-۲. التزام به حاکمیت قانون در پرتو حکومت شرع

یکی دیگر از بایسته‌های مهم تقنینی نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، مسئله التزام به حاکمیت قانون در پرتو حکومت شرع است. تأکید قانون‌گذار اساسی بر رعایت اصول و مبانی قانون اساسی هم‌راستای با شرع که در اصول متعددی همچون هفتاد و یکم^{۱۳}، هفتاد و دوم^{۱۴}، هشتاد و پنجم^{۱۵} و... تصریح شده است، شاهدی بر این مدعا است.

لزوم رعایت حدود قانون اساسی با اندک تأمل در رأی و اراده متبلور ملت ایران در تأیید و تصویب همه‌پرسی قانون اساسی مشهود است. مطالبه و خواستی که سابقه آن در مبارزات پیش از انقلاب اسلامی در قالب اقامه حاکمیت اسلام به چشم می‌خورد. با توجه به اراده مقننین اولیه قانون اساسی که در جای جای تدوین قانون اساسی در قالب دغدغه حفظ جایگاه ارزش‌های اسلامی متبلور است، دریافت می‌شود که در کنار اهمیت دادن به شرع و تفوق آن در تشریح، حفظ حرمت و جایگاه قانون اساسی نیز مورد عنایت مدونین اولیه بوده و از این حیث شأن این دو منبع اصلی حقوقی در کشور متمایز انگاشته شده است.

برای این منظور همچون بسیاری از قوانین اساسی کشورها^{۱۶}، اصل هفتاد و دوم قانون اساسی به نیکی تبلور این مهم را نشان می‌دهد: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل نود و ششم آمده بر عهده شورای نگهبان است». محتوای اصول نود و یکم و نود و چهارم قانون اساسی نیز به روشنی بر برتری قانون اساسی به عنوان هنجار برتر در نظام تقنینی کشور اشاره دارند.

از طرفی فرایند طرح و تصویب قانون اساسی که در پی مباحثات مفصل انجام گرفته در طی ده‌ها جلسه و عنایات ویژه‌ای که روحانیون و علما و خاصه حضرت امام

خمینی (رحمت‌الله‌علیه) نسبت به این سند قانونی مهم ملی داشته‌اند، همگی باعث گردید تا متن نهایی مصوب نه تنها در تلائم و هماهنگی کامل با شرع مقدس اسلامی باشد، بلکه تفسیر و تجسمی بی‌بدیل از منظومه فقه حکومتی تشیع تلقی گردد. حتی از منظر برخی حقوق‌دانان می‌توان قائل به این موضوع شد که نظر شورای نگهبان در مواردی که قانون سکوت دارد می‌تواند مستمسک مخاطبان و به نوعی تفسیر آن تلقی شود (فقیهی و عساکره، ۱۴۰۰، ص. ۲۰).

در جریان بررسی و تصویب اصول قانون اساسی بحث‌های انتقادی جدی از سوی عالمان و مجتهدین حاضر در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی صورت می‌گرفت؛ به نوعی که تصویب حتی یک بند یا عبارت برخلاف موازین و احکام اسلامی غیرقابل تصور بود. به جرئت می‌توان ادعا نمود بیشترین تذکر و ایراد نمایندگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در خصوص ابعاد شرعی موضوعات و لزوم حفظ شریعت قانون اساسی بود. علمای حاضر در این مجلس همواره مجدانه و بدون دست‌کشیدن از اصول اسلامی، بر حفظ شریعت اصول مصوب و عبارات آن تأکید فراوان داشتند. علت تکرار و تأکید بر رعایت شرع و موازین شرعی در پایان برخی عبارات در اصول قانون اساسی نیز به‌خاطر وجود همین دغدغه است.^{۱۷}

۲-۳. مؤثر بودن نظارت شرعی و ابطال، تعلیق یا اصلاح قانون یا مقرر خلاف شرع

یکی از موضوعات مهم در خصوص اعمال نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان، نوع اثر حاصل از اعمال این نظارت شرعی بر مقرر یا قانون مغایر شرع است. این مسئله خصوصاً در مورد قوانین و مقرراتی که پیش از انقلاب به تصویب رسیده‌اند، اهمیت پیدا می‌کند. توضیح اینکه در خصوص بررسی شرعی مصوبات، خواه در قالب بررسی قوانین و مقررات در حال تصویب تحت نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران و یا قوانین و مقررات مصوب پیش از انقلاب و یا مصوبات شورای انقلاب، مسئله به چند صورت قابل تصور است که اثر احتمالی ابطال، امهال، تعلیق و... آن باید به تفکیک مورد بررسی قرار و مطالعه گیرد:

۲-۳-۱. قوانین و مقررات مصوب پیش از انقلاب اسلامی

در پی پیروزی انقلاب اسلامی و تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به موجب اصل چهارم مقرر گردید تمامی قوانین و مقررات مطابق شرع به تصویب برسند و معیار در این میان تصمیم و نظر اکثریت فقهای شورای نگهبان است. اما با این وجود تکلیف قوانین مصوب مجلس شورای ملی از سال ۱۲۸۵ تا سال پیروزی انقلاب اسلامی و تشکیل اولین دوره شورای نگهبان (سال ۱۳۵۹) مشخص نبود. اگرچه فحواً کلام نمایندگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در مذاکرات تدوین این قانون^{۱۸} و اطلاق موجود در اصل چهارم قانون اساسی لزوم هماهنگی این دسته از قوانین را اثبات می‌نماید، ولی با این حال لازم است این مسئله به طور خاص مورد بررسی قرار گیرد و ابعاد اجرایی آن پیش‌بینی و تدارک گردد.

عمده اقدام شورای نگهبان در خصوص قوانین مغایر شرع پیش از انقلاب اسلامی ابطال مصوبات و درخواست تصویب طرح یا لایحه مربوط از نهاد متصدی است. اما در کنار ابطال مصوبات، در برخی موارد تعلیق و پیش‌بینی مهلت ارائه قانون جایگزین نیز مشاهده گردیده است. به عنوان مثال بررسی‌های مجمع مشورتی فقهای شورای نگهبان در هنگام بررسی و احراز مغایرت برخی قوانین پیش از انقلاب با شرع فرصتی جهت اصلاح و ارسال مصوبه جایگزین داده است و در این مدت از ارجاع امر به شورای نگهبان جهت ابطال مصوبه مغایر خودداری نموده است. نظیر دادن مهلت به سازمان میراث فرهنگی جهت ارائه لایحه جایگزین «قانون راجع به حفظ آثار ملی» (مصوب ۱۳۰۹/۰۸/۱۲) که پس از احراز خلاف شرع بودن برخی مواد این قانون در جلسات مشترک، برای جلوگیری از معطل ماندن امور در اثر ابطال قانون حاکم و فقدان قانون جایگزین، به این سازمان فرصت یک‌ساله داده شد تا قانون جایگزین را ارائه دهد که در نهایت هم منجر به تصویب قانون جدید نشد.^{۱۹} بر این اساس آنچه اهمیت دارد ارائه راهکاری عملی و واجد ضمانت اجرا در قالب رویه تخطی‌ناپذیر است.

در خصوص پالایش قوانین مصوب پیش از انقلاب به نظر می‌رسد علاوه بر فقره فوق، مناسب‌ترین راهکار، ایجاد سازوکار جامع پالایش و اصلاح قوانین مغایر شرع است تا پس از طی فرایند لازم و اصلاح یا تصویب نمودن قانون مناسب، قوانین خلاف

شرع، نقض و ابطال و از منظومه قوانین کشور حذف گردند.

در کنار بررسی شرعیت قوانین مصوب پیش از انقلاب اسلامی، مسئله بررسی مقررات و آیین‌نامه‌های دولتی مصوب این دوره نیز حائز اهمیت است. حتی می‌توان لزوم رسیدگی و اصلاح مقررات را در اولویت جدی‌تری قرار داد. زیرا بسیاری از قوانین غیرشرعی به سرعت توسط قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی اصلاح و یا جایگزین شدند؛ اما مقررات و آیین‌نامه‌های اجرایی فراوانی وجود داشته و دارند که هنوز علی‌رغم غیرشرعی بودنشان، مورد اصلاح و یا جایگزینی قرار نگرفته‌اند و همچنان منشأ حق و تکلیف به حساب می‌آیند. در این خصوص شایان ذکر است که بعضاً و پس از کنکاش دقیق مشخص می‌گردد که قوانین اصلی مربوط به این مقررات هم به نوعی واجد وصف مغایر شرع هستند، درحالی‌که به آنها توجه لازم نشده است. مانند ممنوعیت اعمال برخی حقوق مالکانه در خصوص اموالی که عتیقه تلقی شده‌اند در قالب «نظام‌نامه اجراء قانون ۱۲ آبان ماه ۱۳۰۹ شمسی راجع به حفظ آثار عتیقه» رسمیت یافته است. به عنوان نمونه به موجب ماده هشتم این نظام‌نامه هر گونه تعمیرات مگر با اخذ مجوزات دولتی ممنوع است و ضمان‌آور.^{۲۰} این مسئله با حدود شرعی مالکیت محترم، در تعارض آشکار است.

سازوکار مناسب در خصوص این نوع از مقررات نیز اعلام و ارجاع مغایرت شرعی به دیوان عدالت اداری است تا مقرره خلاف شرع مصوب پیش از انقلاب مورد ابطال قرار گیرد. همچنین چنانچه در جریان بررسی کشف گردد که قانون اصلی نیز واجد مواد مغایر شرع نیز هست، می‌بایست سازوکار اصلاح آن از طریق مجلس شورای اسلامی نیز اندیشیده شود.

۲-۳-۲. قوانین و مقررات مصوب شورای انقلاب اسلامی

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و فروپاشی رژیم شاهنشاهی، اولین نهادی که اقدام به وضع قوانین و مقررات نمود، شورای انقلاب اسلامی بود. حیات شورای انقلاب اسلامی و دوره تقنینی آن از ۲۲ دی ۱۳۵۷، یعنی پیش از تصویب قانون اساسی آغاز و تا ۲۹ تیر ۱۳۵۹ به طول انجامید. در این دوره بیش از ۱۵۰۰ مصوبه توسط این شورا به تصویب رسید. اگرچه در ترکیب اصلی این شورا فقهای چون آیت‌الله طالقانی، استاد

مطهری و شهید بهشتی عضویت و حضور داشتند اما با این حال هیچ نوع نظارت اساسی یا شرعی مستقلی بر مصوبات آن اعمال نمی‌گردید. اساساً شورای نگهبان مقارن با خاتمه دوره فعالیت این شورا تشکیل گردید. در خصوص نظارت بر مقررات مغایر شرع و قانون اساسی (موضوع اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی) نیز اولین قانون آئین دادرسی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۶۰/۱۱/۴ تصویب شد.

برای ذکر نمونه در خصوص برخی مصوبات مغایر شرع این شورا می‌توان به ضمان مفروض طرفینی مقرر در تبصره ۱ ماده ۷ «لایحه قانونی اصلاح بعضی از مواد قانون مالیات‌های مستقیم» اشاره نمود که به موجب آن «انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده متضامناً مسئول پرداخت مالیات نقل و انتقال بوده و قبل از انجام معامله بایستی مالیات مذکور را به حسابی که از طریق وزارت امور اقتصادی و دارایی در بانک ملی ایران یا یکی از بانک‌ها تعیین می‌شود پرداخت و رسید آن را به دفاتر اسناد رسمی تسلیم دارند».

بر این اساس ضروری است که قوانین و مقررات حاکم مصوب توسط این شورا نیز زیر ذره‌بین نظارت شرعی قرار گیرند تا چنانچه مواردی مغایر شرع احراز شود، مورد پالایش قرار گیرد.

۲-۳-۳. قوانین و مقررات مصوب پس از انقلاب اسلامی

قوانین مصوب پس از انقلاب اسلامی از این جهت که به‌روشنی در قانون اساسی تعیین تکلیف گردیده‌اند، چندان محل بحث و چالش نیستند. بدین معنی که مصوبات مجلس شورای اسلامی در صورت مغایرت شرعی برای اصلاح اعاده می‌شوند و به‌لحاظ رویه عملی نیز چالش‌چندانی وجود ندارد. تنها فرض متصور با عنایت به مبحث پیشین در خصوص صلاحیت عام زمانی شورای نگهبان در اعلام مغایرت شرعی مصوبات، در خصوص مصوباتی است که بدون اظهارنظر رسمی و صرفاً با طی شدن ده روز موعده قانونی تبدیل به قانون شده‌اند. با عنایت به مبانی نظارت شرعی و مباحث پیش‌گفته مشخص است که شورای نگهبان واجد صلاحیت ورود، اعلام مغایرت شرعی و درخواست اصلاح این قوانین است.

البته فرض دیگری نیز متصور است که مصوبه‌ای در دوره‌ای از شورای نگهبان مغایر با شرع شناخته نشده ولی توسط فقهای شورای نگهبان در دوره‌های بعدی حکم بر

مغایرت شرعی داده شود و یا در طی همان دوره، نظر اکثریت فقها تغییر کند یا اساساً از ناحیه فقها اعلام اشتباه شود و مصوبه تأیید شده مغایر شرع شناخته شود. در این صورت نیز امکان اعلام مغایرت و الزام مجلس شورای اسلامی وجود خواهد داشت. اشاره به این نکته خالی از لطف نخواهد بود که مطابق نظر برخی حقوق دانان، حتی در مواردی هم که مجلس شورای اسلامی بر مصوبه‌ای که خلاف شرع تلقی شده است، اصرار دارد و سازوکار اصل یکصد و دوازدهم^{۲۱} و ارجاع به مجمع تشخیص مصلحت نظام در دستور کار قرار می‌گیرد، باز هم حاکمیت اصل چهارم قانون اساسی منقضی نشده و برقرار بوده و مراعی به شرعیت و تطابق نظر مجمع تشخیص مصلحت نظام با نظر مستنبط شورای نگهبان است (ارسطا، ۱۳۹۶، ص. ۶۶).

بر این اساس به نظر می‌رسد در جمیع این موارد می‌توان حق درخواست اصلاح و یا حتی ابطال قانون مغایر شرع را برای شورای نگهبان قائل شد و امکان ابطال این‌گونه قوانین را به لحاظ رویه عملی پیش‌بینی نمود.

در خصوص مقررات مصوب بعد از پیروزی انقلاب اسلامی عمده راهکار اولی ابطال مصوبات از طریق دیوان عدالت اداری است. طبق رویه موجود در دیوان عدالت اداری کلیه مقررات خلاف شرع یا قانون اساسی - خواه به درخواست احدی از افراد جامعه (موضوع اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی) و یا به ارجاع رئیس قوه قضائیه یا رئیس دیوان عدالت اداری (موضوع ماده ۸۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری) - توسط هیئت عمومی دیوان بررسی و با طی فرایند استعلام از شورای نگهبان، ابطال می‌گردند. البته فارغ از چالش‌هایی که این سازوکار موجود به همراه دارد و در مواردی مکفی به نظر نمی‌رسد (پروین، ۱۳۹۷، ص. ۱۱۲). اعلام مغایرت ابتدایی در خصوص مقرره‌ای از مقررات جاری از ناحیه شورای نگهبان به دیوان عدالت اداری - حسب صلاحیت عام حاصل از اصل چهارم قانون اساسی - استبعادی ندارد^{۲۲} و در جمیع این موارد برای طی مراحل و احراز مغایرت شرعی، می‌بایست از شورای نگهبان استعلام صورت می‌گیرد.^{۲۳}

اثر ابطال و زمان در نظر گرفتن آن نیز حسب اینکه سبب مغایرت، قانونی باشد یا شرعی، متفاوت است. چنانچه مغایرت صرفاً قانونی اعلام شود مصوبه از زمان ابطال فاقد اثر است و ذی‌حقان از آن زمان به بعد صرفاً می‌توانند به حقوق تضییع شده خود

نائل شوند. مگر اینکه هیئت عمومی، اثر ابطال را معطوف به گذشته نماید. اما چنانچه مقرره مغایر شرع اعلام گردد، از زمان تصویب باطل اعلام شده و حکم ابطال واجد اثر قهقرایی می‌شود.^{۲۴} نظر تفسیری شماره ۸۰/۲۱/۱۲۷۹ مورخ ۱۳۸۰/۲/۱۸ شورای نگهبان در این خصوص قابل بررسی و توجه است.^{۲۵}

۲-۴. تمسک به فتوای معیار در موضوعات مهم

«فتوای معیار» حکم فقهی است که به سبب کثرت قائلین و یا منشأ صدور، بر سایر آرا و فتاوا برتری و رجحان یافته است. برخی فقهای عظام معتقدند که تقنین در نظام اسلامی می‌بایست بر اساس فتوای معیار انجام شود (جهاندوست دالنجان، ۱۳۹۴، ص. ۷). برخی نیز تمسک به فتوای معیار را شرط بلافصل تقنین در نظام اسلامی می‌دانند (حاج زاده، ۱۳۹۴، ص. ۶۲). از طرفی نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان دایر بر تصمیم در خصوص مغایرت یک مقرره یا قانون، با احکام اسلامی است. در این باره توجه به فتوای مورد اتخاذ در سنجش این مسئله اهمیت به‌سزایی دارد. گاهی اوقات احراز مذاق شریعت در این خصوص برای فقهای شورای نگهبان کار ساده‌ای نیست. همچنین ماهیت برخی امور اقتضای این مسئله را دارد که از مجرای احکام حکومتی به موضوع نظاره شود و راهکار مناسبی سنجیده شود. از این رو فتوای معیار که می‌بایست مستند فقها شورای نگهبان در این موارد قرار گیرد، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار خواهد بود. البته با عنایت به نظر تفسیری شورای نگهبان به شماره ۲۴۳۷، مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ و اینکه این شورا تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی را به شکل نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان دانسته است^{۲۶} که خود خالی از مناقشات علمی نیست (ارسطا، ۱۳۹۸، ص. ۶۲)، در خصوص ماهیت فتوای معیار و اینکه این فتوا کدام یک از موارد: فتوای ولی فقیه، کارآمدترین فتوا، فتوای فقهای شورای نگهبان و... است، مباحث متعددی مطرح گردیده است که در این مجال نمی‌گنجد (اکرمی، ۱۳۹۳، ص. ۳).

نتیجه‌گیری

در این پژوهش مشخص گردید که برای اعمال نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی الزامات و بایسته‌هایی وجود دارد که می‌بایست

مورد توجه قرار گیرد و هر گونه اصلاح یا بازنگری در خصوص قانون اساسی در این زمینه نیازمند توجه به این بایسته‌ها است.

اولین مورد در این خصوص توجه به حاکمیت و تفوق اصل چهارم قانون اساسی است. مطابق این بایسته رویکرد نظارت شرعی می‌بایست بر «تحقق» و «حفظ تفوق» اصل چهارم در تمامی عرصه‌های تقنینی کشور، اعم از قوانین و مقررات قرار گیرد. مورد دیگر حاکمیت قانون در پرتو حکومت شرع و هنجار برتر بودن آن است. به این معنا که اگرچه شرع به عنوان هنجار برتر و منشأ تقنینی نظام جمهوری اسلامی ایران شناخته شده است، اما می‌بایست در حفظ و حراست از قانون اساسی نیز کوشید و علو و ثبات آن را به عنوان هنجار برتر زمینه‌ساز شد. همچنین در این پژوهش بررسی و اعلام گردید که اثر ابطالی و تعلیقی این نظارت جمیع قوانین و مقررات کشور در هر سه بازه زمانی قبل و بعد از انقلاب اسلامی ایران و دوره تقنینی شورای انقلاب اسلامی را دربرمی‌گیرد. نویسنده بر این باور است که چه در خصوص قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی و چه در خصوص مقررات دولتی و اجرایی، خواه پیش از انقلاب اسلامی و یا پس از آن، صلاحیت رسیدگی و احیاناً ابطال موارد مغایر شرع برای شورای نگهبان محرز و لازم است. نوع اقدام و اثر حاصله در این خصوص تابع صلاحدید و مصلحت احراز شده دادرسی خواهد بود که در قالب ابطال یا دادن مهلت جهت تصویب مصوبه جایگزین تحقق پیدا می‌کند. همچنین به منظور حفظ نظم امور و رهایی از برخی چالش‌های احتمالی، موضوع لزوم تمسک به فتوای معیار مطرح گردید که نقش به‌سزایی در احراز نظر شریعت در موضوع محل تنازع دارد.

بر این اساس و در پی تبیین بایسته‌های نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان می‌توان زمینه را برای پژوهش‌های بعدی من جمله «ارائه الگوی مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان» و یا «چالش‌های وصول به الگوی مطلوب نظارت شرعی» فراهم نمود. امری که برای بهبود نظام نظارت بر تقنین و نیل به اجرایی شدن سیاست‌های کلی مذکور در این خصوص ضروری است.

یادداشت‌ها

۱. «ابصره و تأمله بعینه». المعجم الوسیط، مجمع اللغة العربیة بالقاهرة (إبراهیم مصطفی/أحمد الزیات/حامد عبدالقادر/محمد النجار) الناشر: دارالدعوة، ۲۰۰۴.
۲. اصل چهارم: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».
۳. اصل دوم: «جمهوری اسلامی، نظامی است بر پایه ایمان به: ۱- خدای یکتا (لااله الاالله) و اختصاص حاکمیت و تشریح به او و لزوم تسلیم در برابر امر او. ۲- وحی الهی و نقش بنیادی آن در بیان قوانین. ۳- معاد و نقش سازنده آن در سیر تکاملی انسان به سوی خدا. ۴- عدل خدا در خلقت و تشریح. ۵- امامت و رهبری مستمر و نقش اساسی آن در تداوم انقلاب اسلام. ۶- کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا، که از راه: الف. اجتهاد مستمر فقهای جامع‌الشرایط بر اساس کتاب و سنت معصومین (علیهم‌السلام)؛ ب. استفاده از علوم و فنون و تجارب پیشرفته بشری و تلاش در پیشبرد آنها؛ ج. نفی هرگونه ستمگری و ستم‌کشی و سلطه‌گری و سلطه‌پذیری، قسط و عدل و استقلال سیاسی و اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و همبستگی ملی را تأمین می‌کند».
۴. اصل هفتم و دوم: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل نود و ششم آمده بر عهده شورای نگهبان است».
۵. اصل نود و یکم: «به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آنها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود: ۱- شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز. انتخاب این عده با مقام رهبری است. ۲- شش نفر حقوق‌دان، در رشته‌های مختلف حقوقی، از میان حقوق‌دانان مسلمانی که به وسیله رئیس قوه قضائیه به مجلس شورای اسلامی معرفی می‌شوند و با رأی مجلس انتخاب می‌گردند».
۶. اصل نود و سوم: «مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد مگر در مورد تصویب اعتبارنامه نمایندگان و انتخاب شش نفر حقوق‌دان اعضای شورای نگهبان».

۷. اصل نود و پنجم: «در مواردی که شورای نگهبان مدت ده روز را برای رسیدگی و اظهار نظر نهایی کافی نداند، می‌تواند از مجلس شورای اسلامی حداکثر برای ده روز دیگر با ذکر دلیل خواستار تمدید وقت شود».

۸. اصل نود و چهارم: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند برای تجدید نظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت مصوبه قابل اجرا است».

۹. اصل یکصد و هفتاد و سوم: «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها، دیوانی به نام «دیوان عدالت اداری» زیر نظر رئیس قوه قضائیه تأسیس می‌گردد. حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین می‌کند».

۱۰. اصل یکصد و هفتادم: «قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند».

۱۱. ماده ۸۰- تقاضای ابطال مصوبات در هیأت عمومی دیوان، با تقدیم درخواست انجام می‌گیرد. در درخواست مذکور، تصریح به موارد زیر ضروری است:

الف. مشخصات و اقامتگاه درخواست‌کننده

ب. مشخصات مصوبه مورد اعتراض

پ. حکم شرعی یا مواد قانونی که ادعای مغایرت مصوبه با آن شده

ت. دلایل و جهات اعتراض از حیث مغایرت مصوبه با شرع یا قانون اساسی یا سایر قوانین یا خروج از اختیارات مرجع تصویب‌کننده

ث. امضاء یا اثر انگشت درخواست‌کننده

۱۲. رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور شماره ۷۳ مورخ ۶۳/۹/۱۹:

«نظر به اصل سیزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اینکه به موجب ماده واحده قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب مرداد ۱۳۱۲ نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده لزوم رعایت قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان در دادگاه‌ها جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد تصریح گردیده فلذا دادگاه‌ها در مقام رسیدگی به امور مذکور و همچنین در رسیدگی به درخواست تنفیذ وصیت‌نامه ملزم به

رعایت قواعد و عادات مسلمه در مذهب آنان جز در مورد مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی بوده و باید احکام خود را بر طبق آن صادر نمایند این رأی برابر ماده ۴۳ قانون امور حسبی و ماده ۳ از مواد اضافه شده به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب مرداد ماه ۱۳۳۷ برای دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است».

۱۳. اصل هفتاد و یکم: «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند».

۱۴. اصل هفتاد و دوم: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل نود و ششم آمده بر عهده شورای نگهبان است».

۱۵. اصل هشتاد و پنجم: «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمی‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به شخص یا هیئتی واگذار کند ولی در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند، در این صورت این قوانین در مدتی که مجلس تعیین می‌نماید به صورت آزمایشی اجرا می‌شود و تصویب نهایی آنها با مجلس خواهد بود. همچنین مجلس شورای اسلامی می‌تواند تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های ذی‌ربط واگذار کند و یا اجازه تصویب آنها را به دولت بدهد. در این صورت مصوبات دولت نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور و یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد، تشخیص این امر به ترتیب مذکور در اصل نود و ششم با شورای نگهبان است. علاوه بر این، مصوبات دولت نباید مخالف قوانین و مقررات عمومی کشور باشد و به منظور بررسی و اعلام عدم مغایرت آنها با قوانین مزبور باید ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی برسد».

۱۶. به عنوان نمونه اصل شصت و یکم قانون اساسی فرانسه (۱۹۷۸ میلادی) در این خصوص مقرر داشته است: «قوانین خاص قبل از تصویب و همچنین آیین‌نامه‌های داخلی مجلسین قبل از اجرا باید به شورای قانون اساسی ارسال شود تا مطابقت آنها با قانون اساسی اعلام گردد».

۱۷. نظیر آنچه در اصل یکصد و پنجم و یا ذیل اصل بیست و ششم آمده است.

۱۸. ر.ک: جلسه چهاردهم مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی.

۱۹. مصاحبه با دکتر محمدامین ابریشمی‌راد، عضو کارشناس دفتر کارشناسی پژوهشکده شورای نگهبان.

۲۰. ماده ۸- هرگاه مالک یا متصرف بنائی که به عنوان آثار ملی ثبت شده بخواهد آن بنا را تعمیر نماید باید از وزارت معارف تحصیل اجازه نماید و صدور اجازه وزارت معارف منوط به اجرای مقررات ذیل خواهد بود:

الف. دادن نقشه و پروگرام مبسوط تعمیراتی را که می‌خواهند بنمایند.

ب. تعهد اجراء تعمیرات به وسیله متخصصی که وزارت معارف تصویب نماید.

ج. تعهد عدم انحراف از نقشه و پروگرامی که وزارت معارف تصویب نماید.

د. دادن وثیقه یا ضامن معتبر برای اتمام تعمیرات.

در صورتی که مالک قبل از اتمام عملیات را ترک کند اداره عتیقات موظف خواهد بود که هر مقدار از عملیات را که عدم انجام آن باعث خرابی یا نقص و عیب بنا باشد از محل وثیقه یا به وسیله ضامن موافق تعهدی که نموده تعمیر بنا را به اتمام برساند. اگر عملیات بر طبق دستوری که در اجازه‌نامه وزارتی تعیین شده است مجری نشود اداره عتیقات می‌تواند مالک را ملزم نماید که بنا را موافق دستور وزارتی تجدید کند یا اگر وزارت معارف مقتضی بداند از محل وثیقه یا وجه‌الضمانه تعمیر را به اتمام برساند. مقررات فوق مانع نخواهد بود که اگر عملیات مالک مشمول قانون مجازات تخریب آثار ملی باشد مرتکب بر طبق قانون مجازات شود.

۲۱. اصل یکصد و دوازدهم: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و مشاوره در اموری که رهبری به آنان ارجاع می‌دهد و سایر وظایفی که در این قانون ذکر شده است به دستور رهبری تشکیل می‌شود. اعضاء ثابت و متغیر این مجمع را مقام رهبری تعیین می‌نماید. مقررات مربوط به مجمع توسط خود اعضا تهیه و تصویب و به تأیید مقام رهبری خواهد رسید».

۲۲. کما اینکه در ضمن بررسی مقرره ممکن است شورای نگهبان بر وجود مغایرت شرعی در قانون مادر علم پیدا نموده و درصدد اصلاح آن برآید. مانند آنچه در قضیه اصلاح موادی از آیین‌نامه قانون تعطیلی کارخانه‌ها رخ داد و فقهای شورای نگهبان ضمن بررسی مواد آیین‌نامه به مغایرت برخی مواد قانون اصلی با شرع اسلامی پی بردند (مصاحبه با دکتر محمد بهادری جهرمی، مسئول وقت پژوهش‌های کاربردی پژوهشکده شورای نگهبان).

۲۳. ماده ۸۷- در صورتی که مصوبه‌ای به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد، موضوع جهت اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقهای شورای نگهبان برای هیئت عمومی لازم‌الاتباع است.
۲۴. ماده ۱۳- اثر ابطال مصوبات از زمان صدور رأی هیئت عمومی است مگر در مورد مصوبات خلاف شرع یا در مواردی که به منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، هیئت مذکور اثر آن را به زمان تصویب مصوبه مترتب نماید.
۲۵. «نسبت به ابطال آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها اصل یکصد و هفتادم به خودی خود اقتضای بیش از ابطال از زمان ابطال را ندارد، لکن چون ابطال موارد خلاف شرع مستند به تشخیص فقهاء شورای نگهبان است و از مصادیق اعمال اصل چهارم قانون اساسی می‌باشد، فلذا ابطال از زمان تصویب آنها خواهد بود».
۲۶. عطف به نامه شماره ۱۳۰۴۷/۲۵۱/د - ه مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۵ اگرچه پاسخ سؤال با دقت در اصل ۴، ۹۴ و ۹۶ قانون اساسی به وضوح معلوم می‌شود، معذالک پرسش ارسالی در جلسه شورای نگهبان مطرح و نظر اعضای شورا بر این است که: «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به طور نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان است».

کتابنامه

۱. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۵۸). صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ج ۱ و ۲.
۲. ارسطا، محمدجواد (۱۳۹۶). «گستره نظارت شرعی شورای نگهبان در اصل چهارم قانون اساسی: نسبت‌سنجی اصول چهارم و یکصد و دوازدهم قانون اساسی». حقوق اسلامی، (۵۵)، صص. ۵۹-۸۲.
۳. ارسطا، محمدجواد (۱۳۹۸). «فتوای معیار در قانون‌گذاری». فقه حکومتی، (۷)، صص. ۵۵-۸۲.
۴. اکرمی، روح‌اله (۱۳۹۳). «تحلیل فرایند نظارت شرعی شورای نگهبان بر مصوبات مجلس؛ مطالعه موردی: قانون مجازات اسلامی». دانش حقوق عمومی، (۹)، صص. ۱-۲۶.
۵. پروین، خیرالله و ابریشمی راد، محمدامین (۱۳۹۷). «سازوکار مطلوب نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی از بستر نظارت دیوان عدالت اداری». دانش حقوق عمومی، (۲۰)، صص. ۱۱۲-۱۳۳.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). مبسوط در ترمینولوژی علم حقوق. تهران: گنج

دانش.

۷. جهان‌دوست دالنجان، مسعود (۱۳۹۴). «امکان‌سنجی فقهی قانون‌گذاری بر مبنای فتوای مشهور». پژوهش‌نامه میان‌رشته‌ای فقهی، پاییز و زمستان، ۴(۱)، صص. ۲۶-۵.
۸. حاج‌زاده، هادی (۱۳۹۴). «فتوای معیار در قانون‌گذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران (نگاهی دوباره به مفهوم اعلامیت در منظومه فقه حکومتی شیعه)». فقه و اصول، ۱۰۲(۱)، صص. ۵۹-۸۸.
۹. حاجی علی خمسه، مرتضی؛ مسعودیان، مصطفی و فعلی، حمید (۱۳۹۹). «سازوکار مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی». دانش حقوق عمومی، ۳۰(۳)، صص. ۲۵-۵۰.
۱۰. درویشوند، ابوالفضل و راجی، سید محمد هادی (۱۳۹۰). «تحلیلی بر نظارت بر قوانین و مقررات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران». حکومت اسلامی، سال شانزدهم، ۶۱(۶۱).
۱۱. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷). لغت‌نامه دهخدا. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۱۲. فعلی، حمید (۱۳۹۹). نظارت شرعی شورای نگهبان بر مقررات. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق دادرسی اداری). تهران: دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری.
۱۳. فقیهی، سیده فاطمه و عساکره، زینب (۱۴۰۰). «تحلیل حقوقی آثار نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین و مقررات»، حکومت اسلامی، ۹۹(۹۹)، صص. ۲۸-۵.
۱۴. مصطفی، ابراهیم (۲۰۰۴). الزیات، أحمد؛ عبدالقادر، حامد؛ النجار، محمد؛ المعجم الوسیط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دارالدعوة.
۱۵. نیکونهاد، حامد و زندیه، زهرا (۱۳۹۸). «حکومت موازین اسلامی بر اطلاق و عموم اصول قانون اساسی در رویه فقهای شورای نگهبان؛ نگاهی رویه‌ای به آثار نظارت شرعی بر اصول قانون اساسی». دانش حقوق عمومی، ۲۴(۲۴)، صص. ۱۰۹-۱۳۲.
۱۶. واعظی، سیدمجتبی (۱۳۸۸). «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری». مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ۳(۳)، صص. ۱۲۵-۱۵۲.

انتقال سیاست‌های کنترل جرم؛ انتقال داوطلبانه یا اجباری؟

کاظم کوهی اصفهانی*

علی حسین نجفی ابرنآبادی**

محمد فرجیها***

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۱/۰۹

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

«انتقال سیاست‌های کنترل جرم»، به فرایندی گفته می‌شود که از طریق آن دانش و اطلاعات مربوط به اندیشه‌ها، ایدئولوژی‌ها، رویه‌های قضائی و برنامه‌ها و سیاست‌های ناظر بر کنترل جرم، از یک نظام حقوقی به نظامی دیگر منتقل می‌شود. این اصطلاح که در اوایل قرن بیست و یکم مورد توجه برخی جرم‌شناسان قرار گرفته، متأثر از ادبیات علوم سیاسی تطبیقی با عنوان عام «انتقال سیاست‌ها» است. امروزه، رشد فزاینده انتقال سیاست‌ها بین کشورها و بهره‌گیری گسترده از سیاست‌های انتقالی در عرصه سیاست‌گذاری داخلی کشورها، مطالعه فرایند انتقال را به ضرورتی انکارناپذیر تبدیل کرده است. نظام حقوقی ایران نیز که برای حل مسائل و چالش‌های نظام عدالت کیفری، همواره از سیاست‌های کنترل جرم انتقالی، اعم از کُنشی و واکنشی در سیاست جنایی خویش الهام گرفته است، نیازمند آشنایی با این موضوع بااهمیت و تأثیرگذار در عرصه سیاست‌گذاری کیفری جهت تضمین موفقیت در سیاست‌های انتقالی است. در این نوشتار، طی چهار مبحث، ضمن تبیین چارچوب مفهومی موضوع، گونه‌های مختلف انتقال (انتقال داوطلبانه و انتقال اجباری) و زمینه‌های به‌وجود آورنده هر یک از آنها، با ذکر نمونه‌های عینی، در حوزه سیاست‌های کیفری بررسی می‌شود و در نهایت، نشان داده می‌شود که در عمل، طیف وسیعی از انتقال‌ها، متضمن عناصری از انتقال داوطلبانه و اجباری، به صورت هم‌زمان است.

واژگان کلیدی: انتقال اجباری، انتقال داوطلبانه، انتقال سیاست، سیاست‌گذاری کیفری، سیاست‌های کنترل جرم.

* استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

kazemkoohi110@gmail.com

** استاد، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

ahnaus@yahoo.com

*** دانشیار، گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

mohammadfarajih@gmail.com

مقدمه

در سال‌های اخیر و عمدتاً از دهه پایانی سده بیستم، بحث‌هایی در علوم سیاسی تحت عنوان «انتقال سیاست‌ها»^۱ رایج شد که به تدریج به حوزه‌های مختلف سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و... نیز راه یافت. این مباحث، در حوزه‌های حقوق و جرم‌شناسی نیز تأثیرگذار شده است. در یک نگاه کلی، مقصود از استعمال این اصطلاح، بررسی یکی از عوامل تأثیرگذار در شکل‌دهی و ایجاد سیاست‌ها، برنامه‌ها، نهادها و ساختارهای سازمانی در یک نظام سیاسی - حقوقی است که متأثر از نظام‌های دیگر است.

امروزه، کاملاً مشخص شده است که عواملی فراتر از وضعیت داخلی کشورها، سیاست‌های داخلی آنها از جمله سیاست جنایی را شکل می‌دهد، به طوری که سهم این عوامل بیرونی در سیاست‌گذاری داخلی کشورها در حوزه‌های مختلف، بسیار گسترده و گاه خارج از کنترل سیاست‌گذاران است (Bernstein & Cashore, 2000, p. 67). بیشتر این مباحث، زیر عنوان «جهانی شدن»^۲ مطرح می‌شوند، اما مفهومی خاص‌تر با عنوان «انتقال سیاست‌ها» نیز در این زمینه مطرح است که منظور از آن، فرایندی است که اندیشه‌ها، ایدئولوژی‌ها، رویه‌ها و سیاست‌ها، از یک کشور به کشور دیگر منتقل می‌شود (Newburn, 2002, p. 165).

این مباحث در آغاز، غالباً در میان اندیشمندان و نویسندگان انگلیسی‌تبار رایج شد؛ چه آنکه دنباله‌روی و الگوبرداری دولت انگلستان از سیاست‌ها و برنامه‌های معمول در آمریکا، از ابتدای دهه ۱۹۸۰ میلادی، به شکلی فزاینده و نامتعارف، توجه همگان را به خود جلب کرد؛ به طوری که برخی نویسندگان، این دهه را دوران اوج صادرات اندیشه، ایده و برنامه از آمریکا به انگلستان معرفی کرده‌اند (McDevitt & Miliano, 1992, p. 152). این تقلید و الگوگیری گسترده در حوزه سیاست جنایی باعث شد که برخی جرم-شناسان انگلیسی از تعبیر «آمریکایی شدن»^۳ سیاست‌های کنترل جرم در انگلستان استفاده کنند (Jones & Newburn, 2002, p. 98). به همین دلیل، نویسندگان انگلیسی‌تبار در راستای ریشه‌یابی این موضوع و تبیین فرایندهای مربوط به انتقال، تفاوت‌ها و شباهت‌های برنامه‌ها و سیاست‌های اتخاذی در دو کشور و... به نظریه‌پردازی و تجزیه و تحلیل علمی موضوع پرداختند. با این حال، بررسی این موضوع در حوزه سیاست جنایی، به‌رغم اهمیت آن، به صورت دیرپه‌نگام، از سال‌های آغازین سده بیست و یکم مورد توجه قرار

گرفت. این تأخیر، واکنش «نیوبرن^۵» - جرم‌شناس انگلیسی تبار - را نیز برانگیخته است. وی در یکی از مقاله‌های تحلیلی خود که در زمینه وضعیت نقل و انتقال سیاست‌های کنترل جرم بین آمریکا و انگلستان نوشته است، می‌گوید: «نگرانی من اینجا این است که تاکنون بررسی موضوع انتقال سیاست‌ها در حوزه کنترل جرم، در سطح وسیعی نادیده گرفته شده است» (Newburn, 2002, p. 166).

اهمیت موضوع «انتقال سیاست‌ها» و ضرورت پرداختن به آن در حوزه‌های مختلف، از جمله حوزه عدالت کیفری و سیاست جنایی، به رشد فزاینده الگوگیری داوطلبانه و گاه اجباری دولت‌ها از برنامه‌ها و سیاست‌های اتخاذ شده در مجموعه‌ای خارج از قلمرو حاکمیتی خود بازمی‌گردد. این تأثیرپذیری به گونه‌ای است که می‌توان با قاطعیت اظهار کرد که امروزه، «وام‌گیری^۶» از برنامه‌ها و سیاست‌های خارجی و بهره‌گیری از آنها در درون یک نظام سیاسی، به یکی از عوامل مؤثر در سیاست‌گذاری دولت‌ها و به‌نوعی، مرحله آغازین سیاست‌گذاری تبدیل شده است. برخی از نویسندگان، رشد فزاینده توسعه و تحول در سیاست‌ها در جوامع سیاسی معاصر را کاملاً متأثر از موضوع انتقال سیاست‌ها دانسته و بدین لحاظ معتقدند وقتی به تجزیه و تحلیل برنامه‌ها و سیاست‌های اتخاذ شده در کشورها می‌پردازیم، همواره باید این پرسش را مطرح کنیم که آیا در موضوع تحت بررسی، «انتقال سیاست» دخیل بوده است یا خیر؟ به عبارت دیگر، به چه میزان اتخاذ آن سیاست و برنامه، ناشی از الگوگیری از برنامه‌های اجرا شده در دیگر کشورها بوده است؟ اینان معتقدند که اساساً تبیین دقیق موضوع «توسعه» در دنیای معاصر، بدون توجه به مفهوم انتقال سیاست امکان‌پذیر نیست (Dolowitz & Marsh, 2000, p. 21).

نظام عدالت کیفری ایران نیز از ابتدای شکل‌گیری، از طریق وام‌گیری بسیاری از سیاست‌ها، برنامه‌ها و نهادهای عدالت کیفری از دیگر نظام‌های حقوقی، به نحوی با این موضوع درگیر بوده است. این امر در سالیان اخیر به موازات تحولات جهانی روند رو به رشدی داشته است. به همین دلیل، بررسی این موضوع و نحوه تأثیر کشورها از فرایند انتقال سیاست‌ها، کُنشگران دخیل در این فرایند، درجات انتقال، عوامل دخیل در موفقیت یا شکست سیاست‌های منتقل شده و...^۶ بحث‌هایی است که توجه شایسته

مجامع علمی و نهادهای سیاست‌گذاری، از جمله دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری ایران را می‌طلبد تا با بهره‌گیری از این یافته‌های علمی، سیاست‌ها و برنامه‌های جامع، متناسب و همگون با بسترهای تاریخی، فرهنگی، اجتماعی و سیاسی جامعه ایرانی تدوین و اجرایی شود.

این مقاله در راستای پاسخ‌گویی به این دغدغه علمی، می‌کوشد ضمن مفهوم‌شناسی موضوع نقل و انتقال سیاست‌ها، گستره آزادی اراده دولت‌ها را در فرایند نقل و انتقال سیاست‌های کنترل جرم تحلیل و ارزیابی کند. بدین‌سان، طی چهار مبحث جداگانه، ابتدا چارچوب مفهومی انتقال سیاست‌ها را بررسی می‌کنیم. سپس ضمن بررسی مفهوم انتقال داوطلبانه و اجباری سیاست‌ها، علل روی‌آوری کشورها به سیاست‌های کیفری وارداتی و عوامل مؤثر در تحقق هر یک از این دو نوع انتقال را با ذکر نمونه‌های عینی واکاوی می‌کنیم و در پایان، با ملاحظه واقعیت‌های عینی جوامع، نوع انتقال‌هایی را که امروزه در عرصه سیاست‌گذاری کیفری رخ می‌دهد، بررسی خواهیم کرد.

۱. چارچوب مفهومی انتقال سیاست‌ها

۱-۱. مفهوم انتقال سیاست

به طور کلی، «انتقال سیاست‌ها» در مفهوم عام آن، «فرایندی است که در آن، دانش مربوط به سیاست‌ها، ترتیبات و نظامات اداری، نهادها و ایده‌های مطرح در یک نظام سیاسی (گذشته یا حال)، در توسعه و تحول سیاست‌ها، ترتیبات و نظامات اداری، نهادها و ایده‌های نظام سیاسی دیگر به‌کار گرفته می‌شود» (Dolowitz & Marsh, 1996, p. 344; Dolowitz & Marsh, 2000, p. 5). به بیان دیگر، به فرایندی که در آن، یک نظام سیاسی با الگو قرار دادن نظام سیاسی دیگر، درصدد استفاده از یافته‌های علمی نظری یا تجربی آنها در نظام داخلی خویش است، انتقال سیاست‌ها گفته می‌شود. واژه «انتقال»^۱ در این تعبیر، که معرف جابه‌جایی و حرکت است، بیانگر تبادل دانش و اطلاعاتی است که میان نظام‌های تولیدکننده (یا صادرکننده) و مصرف‌کننده (یا واردکننده) رخ می‌دهد.

در راستای این تعریف از انتقال سیاست‌ها، در حوزه جرم‌شناسی نیز نقل و انتقال سیاست‌های کنترل جرم، به فرایندی گفته می‌شود که از طریق آن دانش و اطلاعات

مربوط به اندیشه‌ها، ایده‌ها، ایدئولوژی‌ها، رویه‌های قضائی و برنامه‌ها و سیاست‌های مربوط به کنترل جرم، از یک حوزه قضائی به حوزه دیگر منتقل می‌شود. گفتمان ناظر بر نقل و انتقال سیاست‌ها، پیش‌تر در نزد برخی دیگر از نویسندگان با استفاده از اصطلاحاتی دیگر، همچون «درس‌آموزی»^{۱۰} (Rose, 1991)، «انتشار سیاست‌ها»^{۱۱} (Walker, 1969)، «یادگیری»^{۱۲} (Rose, 1993) و «همگرایی»^{۱۳} (Bennett, 1991) نیز مورد توجه قرار گرفته که به رغم برخی تفاوت‌های جزئی در مفاهیم، همگی دلالت بر همین معنای کلی دارند (بنگرید به: Benson, 2009, p. 9).

۲-۱. موضوع انتقال

از تعاریف ذکر شده برای مفهوم «انتقال سیاست‌ها» به روشنی برداشت می‌شود که فرایند انتقال سیاست‌ها، همچون نقل و انتقال کالاهای تجاری، فرایندی طرفینی است که در یک طرف، عرضه‌کننده یا صادرکننده و در طرف دیگر، متقاضی یا واردکننده قرار دارد. شاید به همین دلیل است که در متون علمی مربوط به انتقال سیاست‌ها، از ادبیات مورد استفاده در امور تجاری همچون «صادرات»^{۱۴} و «واردات»^{۱۵} استفاده می‌شود (به عنوان مثال، بنگرید به: Stone, 1999, p. 57; Oliveira, et al., 2020). تنها تفاوت موجود میان انتقال سیاست‌ها با انتقال کالای تجاری، در موضوع انتقال یا کالای انتقالی است؛ این کالا در فرایند انتقال سیاست‌ها، «اطلاعات» و «دانش» به‌کارگیری شده در ساختار یک نظام سیاسی است که به دلایل مختلف، از جمله کارکرد مثبت آن در اداره جامعه، مورد توجه نظام‌های دیگر قرار می‌گیرد و نظام‌های اقتباس‌کننده یا واردکننده، از دانش‌های مزبور در راستای توسعه و تحول سیاست‌ها و برنامه‌های اجرایی خویش، بهره‌برداری لازم را می‌کنند. بدین لحاظ، در انتقال سیاست‌های کنترل جرم، موضوع مورد انتقال، هر آن چیزی است که در نظام‌های عدالت کیفری برای مواجهه با پدیده بزهکاری به‌کارگیری می‌شود. سیاست‌های کنترل جرم در این مفهوم، از نهادهای درگیر در امر مبارزه با پدیده بزهکاری (همچون نهاد پلیس، دادسرا، دادگاه و ساختارهای اداری هر یک از آنها)، تا انواع مجازات‌ها و ضمانت اجرای کیفری، تدابیر پیشگیرانه، رویه‌های قضائی، برنامه‌ها و طرح‌های عملیاتی و اجرایی و حتی نظریه‌های کلان ناظر بر چگونگی مواجهه با بزهکاری و همچنین قواعد ناظر بر آیین دادرسی را شامل

می‌شود. بر این اساس، انتقال دانشی که در محدوده مفاهیم مزبور از سیاست‌های کنترل جرم، از یک حوزه قضائی^{۱۴} به حوزه دیگر انجام می‌گیرد، فرایند انتقال سیاست‌های کنترل جرم را تشکیل می‌دهد. به عنوان نمونه، راهبرد مقابله با هر گونه بی‌نظمی (سیاست تساهل صفر در برابر جرم)، خصوصی‌سازی زندان‌ها، نظارت الکترونیکی مجرمان محبوس، اعلام جنگ علیه جرم و مواد مخدر و... - که همگی از جمله سیاست‌های آمریکایی است که در دهه ۱۹۹۰ میلادی وارد نظام حقوقی برخی کشورهای اروپایی، از جمله انگلستان شده است (بنگرید به: Jones & Newburn, 2007) - همگی به عنوان موضوع مورد انتقال در فرایند انتقال سیاست‌های کنترل جرم قابل بررسی هستند.

ما در این نوشتار، به‌رغم گستردگی موضوع سیاست‌های کنترل جرم انتقالی، عمدتاً انتقال سیاست‌های کیفری را مدنظر قرار داده و از پرداختن به سیاست‌های پیشگیرانه در این حوزه، خودداری کرده‌ایم.

با روشن شدن مفهوم انتقال سیاست‌های کنترل جرم، تحلیل و ارزیابی گستره آزادی اراده دولت‌ها را در فرایند نقل و انتقال سیاست‌های کنترل جرم، با تکیه بر علل و عوامل انتقال سیاست در هر یک از آنها پی می‌گیریم.

۲. انتقال داوطلبانه سیاست‌ها

۲-۱. مفهوم انتقال داوطلبانه و مؤلفه‌های آن

ساده‌ترین فرض در انتقال سیاست‌ها، الگوگیری ارادی سیاست‌گذاران داخلی یک کشور از برنامه‌ها و سیاست‌های اجرا شده در دیگر نظام‌ها است. انتقال داوطلبانه یا اختیاری سیاست‌ها^{۱۵}، به‌نوعی از انتقال گفته می‌شود که در آن، تصمیم‌سازان سیاسی یا حقوقی یک کشور یا کُنشگران عرصه انتقال سیاست‌ها، در راستای پاسخ‌گویی به نیازها و معضلات داخلی جامعه خویش و یافتن راه‌حل مناسب، با اراده آزاد خویش سیاست‌هایی را از نظام‌های دیگر انتخاب و وارد نظام داخلی خویش می‌کنند. در این نوع از انتقال، برخلاف انتقال اجباری سیاست‌ها، فرض آن است که دولت‌ها یا سایر نقش‌آفرینان عرصه انتقال سیاست‌ها، با اراده آزاد خویش به مشاهده یا مطالعه برنامه‌ها و راهکارهای ارائه شده در دیگر نظام‌ها می‌پردازند و سپس این برنامه‌ها را از جهت

کارایی و میزان اثربخشی در کشور خویش ارزیابی می‌کنند و در نهایت، یک یا چند برنامه مناسب و کاربردی را جهت اعمال در نظام داخلی خویش برمی‌گزینند. بر این اساس، دو اصل بنیادین نهفته در انتقال اختیاری یا داوطلبانه سیاست‌ها، «اراده آزاد» نقش‌آفرینان عرصه انتقال سیاست‌ها و فرض «عقلانیت»^{۱۶} آنها در گزینش مناسب‌ترین برنامه و سیاست از جهت اثربخشی در حل معضلات نظام داخلی است.^{۱۷} با توجه به ویژگی‌های این نوع از انتقال، برخی از نویسندگان همچون «رُز»^{۱۸} از تعبیر «درس‌آموزی»^{۱۹} (Rose, 1991) یا «یادگیری سیاست‌ها»^{۲۰} (Rose, 1993) در این موارد استفاده کرده‌اند. «رُز»، در تعریفی اختصاری از فرایند درس‌آموزی، دو اصل بنیادین نهفته در آن را به این شرح تبیین می‌کند: «فرایند درس‌آموزی با اسکن برنامه‌هایی که در مکان‌های دیگر اجرا شده، شروع می‌شود و با ارزیابی آینده‌نگرانه نسبت به میزان اثربخشی اجرای آن برنامه در مقصد انتقال خاتمه می‌یابد» (Rose, 1991, p. 3).

مصادیق الگوگیری از نظام‌های خارجی و واردات داوطلبانه یک برنامه یا سیاست به داخل نظام داخلی، در میان کشورها بسیار است. برای مثال، در دهه ۱۹۸۰ میلادی، دولت آمریکا با ملاحظه نهادی تحت عنوان «مراکز نگهداری روزانه ویژه مجرمان بزرگسال»^{۲۱} که در انگلستان برای نگهداری این دسته از بزهکاران در نظر گرفته شده بود، تصمیم گرفت که چنین نهادی را در نظام حقوقی خویش وارد کند (Dolowitz & Marsh, 2000, p. 10). در این راستا، نسخه اصلاح‌شده‌ای از این نهاد کیفری، متناسب با نظام عدالت کیفری آمریکا با اراده آزاد سیاست‌گذاران و تصمیم‌سازان ایالات متحده بدون هر گونه فشار و تحمیل خارجی، وارد نظام کیفری آمریکا شد. پرواضح است که تعدیل نسخه انگلیسی این نهاد و اصلاح آن بر اساس نیازهای نظام عدالت کیفری ایالات متحده و ساختارهای موجود در آن، مبتنی بر فرض عقلانیت و ارزیابی آینده‌نگرانه واردکنندگان این نهاد نسبت به اثربخشی حداکثری اجرای آن در آمریکا بوده است.

انتقال اختیاری سیاست‌های کنترل جرم در ایران نیز مصادیق فراوانی در قوانین و مقررات کیفری، تأسیسات حقوقی و حتی ساختارهای نظام عدالت کیفری دارد. به عنوان مثال، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، می‌توان طیف وسیعی از نهادهای

کیفری نوین در نظام اجرای مجازات‌ها را ملاحظه کرد که سابقه‌ای در نظام حقوق کیفری ایران نداشته است. پیش‌بینی نهادهایی همچون نظام معافیت از کیفر، تعویق صدور حکم به مجازات (اعم از ساده و مراقبتی)، نظام نیمه‌آزادی، مجازات‌های جایگزین حبس و... از جمله این موارد است.^{۲۲} این تأسیسات حقوقی، غالباً با تأسی از نظام حقوق کیفری فرانسه و با الگو قرار دادن قانون مجازات عمومی مصوب ۱۹۹۲ این کشور (با الحاقات و اصلاحات بعدی)، از طریق بررسی‌هایی که در مرکز مطالعات توسعه قضائی وابسته به معاونت حقوقی و توسعه قضائی قوه قضائیه انجام گرفته بود، در بخش کلیات لایحه مجازات اسلامی وارد شد و به مجلس شورای اسلامی تقدیم گردید که پس از سیر مراحل قانونی، نهایتاً به صورت قانون آزمایشی، به تصویب کمیسیون حقوقی و قضائی مجلس رسید.^{۲۳} بدین ترتیب، سیاست‌های وارداتی مزبور را نیز می‌توان در زمره انتقال اختیاری سیاست‌ها به حساب آورد؛ چه آنکه این نهادها نیز بدون هر گونه اجبار و تحمیل خارجی و با اراده آزاد دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری ایران وارد قانون مجازات اسلامی جدید شده است.

اما پرسشی که در اینجا به ذهن می‌رسد، آن است که اساساً چرا انتقال داوطلبانه سیاست‌ها رخ می‌دهد؟ به چه دلیل سیاست‌گذاران داخلی کشورها به دنبال فراگیری سیاست‌ها، برنامه‌ها و حتی نهادها و ساختارهای اداری از خارج از مرزهای خویش می‌روند؟ به طور خاص، چرا دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری برای حل معضلات حقوقی خویش، به جای چاره‌جویی‌های داخلی و ابداعی، استفاده از برنامه‌ها و سیاست‌های وارداتی را در دستور کار خویش قرار می‌دهند؟ پاسخ به این پرسش مهم، در حوزه موضوعات سیاسی و اقتصادی مورد توجه برخی از صاحب‌نظران قرار گرفته است، لیکن به‌طور خاص در حوزه حقوق کیفری و سیاست جنایی، چندان مورد توجه واقع نشده است. در ادامه نوشتار پاسخ به این پرسش را پی می‌گیریم.

۲-۲. عوامل گرایش کشورها به انتقال داوطلبانه سیاست‌ها

در یک تحلیل کلی از چرایی انتقال اختیاری سیاست‌ها می‌توان گفت بروز معضل در یک نظام حقوقی و «نیاز» به برون‌رفت سریع از آن و به عبارت دیگر، ضرورت فوری برای حل مشکل و جلوگیری از تبدیل شدن آن به بحران در یک سیستم، اولین و

مهم‌ترین علت توجه سیاست‌گذاران داخلی به سیاست‌ها و برنامه‌های به‌کارگیری شده در دیگر کشورها است. بسیاری از نویسندگان معتقدند که کاتالیزور اولیه انتقال داوطلبانه، بروز نوعی نارضایتی یا وجود مشکل در وضع موجود است؛ زیرا در حالت عادی، وقتی سیاست‌های در حال اجرا توسط یک دولت، کارایی لازم را دارد، اصلاً نیازی به جست‌وجوی سیاست‌های جدید و وارد کردن آن به نظام داخلی احساس نمی‌شود؛ چه آنکه همه کارها از طریق روال عادی خود در حال انجام است. بنابراین جست‌وجوی آموزه‌های جدید تنها زمانی ضرورت پیدا می‌کند که روال عادی، از کارایی لازم برای حل معضلات برخوردار نیست (Rose, 1993, p. 10). از این‌رو، در انتقال اختیاری، فرض اصلی آن است که سیاست‌گذاران و کُنشگران عرصه انتقال سیاست‌ها، وام‌گیری سیاست‌های خارجی را به عنوان پاسخی منطقی به یک فرایند، یعنی پاسخ به نارضایتی و ناکارایی سیاست‌های موجود انتخاب می‌کنند (Dolowitz & Marsh, 2000, p. 14). «رژ»، در این زمینه بیان می‌کند: هر کشور، برای خود مشکلاتی دارد و فکر می‌کند که مشکلاتش منحصر به فرد است. با این حال، برای پاسخ‌گویی به این مشکلات منحصر به فرد، معمولاً از شیوه‌ای عمومی و رایج استفاده می‌شود. سیاست‌گذاران در سطوح مختلف ملی و محلی در چنین مواقع، به دنبال استفاده از پاسخ‌هایی هستند که هم‌تایان آنها در دیگر جاها نسبت به مشکلات مشابه ارائه کرده‌اند (Rose, 1991, p. 3). بنابراین، هنگامی که یک وضعیت اضطراری در یک نظام حقوقی بروز کند؛ مثلاً نرخ رشد جرایم به طور کلی یا یک یا چند جرم خاص در یک مقطع زمانی به نحو چشمگیری افزایش یابد و یا در صورتی که نوعی نارضایتی عمومی از وضع موجود در نظام عدالت کیفری در سطح جامعه جلوه‌گر شود، قاعدتاً دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری را به فکر برون‌رفت از این وضعیت ویژه و یا برطرف کردن نارضایتی عمومی سوق می‌دهد. در این شرایط، گذشته از اقدامات زودگذر و اقناعی برای جلب نظر افکار عمومی، تجدیدنظر در سیاست‌های کنترل جرم و اصلاح این سیاست‌ها می‌تواند اقدامی مؤثر و کارا برای حل معضل تلقی شود. «دالویتز و مارش» معتقدند این شرایط، سیاست‌گذاران و دست‌اندرکاران را به جست‌وجوی فعال برای دستیابی به ایده‌های نو سوق می‌دهد که با وسایل «ارزان» به

حل مشکل بپردازند (Dolowitz & Marsh, 2000, p. 14). در این بین، بدیهی است که دولت‌ها در پی آسان‌ترین راه برای حل مشکل نیز هستند که در عصر حاضر، با رشد سریع ارتباطات و آسان‌شدن تبادل دانش و ایده‌های گوناگون، آسان‌ترین و ارزان‌ترین راه، چشم‌دوختن به راهکارهایی است که یا از سوی نهادها و سازمان‌های منطقه‌ای و بین‌المللی به عنوان الگوهای موفق معرفی و ترویج شده‌اند یا کشورهای خارجی در موارد مشابه بدان تمسک کرده‌اند. از این رو، علاوه بر علت طبیعی انتقال سیاست‌ها در بین جوامع، که در گذشته نیز سابقه داشته است، برخی ویژگی‌های ممتاز در دنیای معاصر همچون پیشرفت گسترده در زمینه ارتباطات و همچنین گسترش روزافزون نهادهای منطقه‌ای و بین‌المللی، روند فزاینده انتقال سیاست‌ها و گرایش روزافزون کشورها به الگوگیری از بیرون، به جای یافتن راهکار ابداعی را موجب شده است.^{۲۴} برخی از نویسندگان، ارزیابی خویش از گسترش تمایل دولت‌ها به روش انتقال سیاست‌ها در مقایسه با جوامع گذشته را این چنین بیان می‌کنند: «این روش بسیار آسان‌تر از کاری است که در گذشته انجام می‌شد. دلیل این موضوع، رشدی است که در همه اشکال ارتباطات به وجود آمده است. در حال حاضر، سیاستمداران و کارمندان دولت از کشورهای مختلف یکدیگر را در نشست‌های دو یا چندجانبه به دفعات ملاقات می‌کنند. در همین حال، بنگاه‌های سیاسی، سیاست‌ها را به سراسر جهان می‌فروشد. شبکه‌های بین‌المللی سیاسی، اتحادیه‌های ارائه‌دهنده مشاوره یا مراکز معرفت‌شناختی، توسعه پیدا کرده و به ترویج ایده مشغولند. به این ترتیب، شکی نیست که انتقال به صورت گسترده در حال انجام است و همین انتقال‌ها است که سیاست‌ها را شکل می‌دهد» (Dolowitz & Marsh, 2000, p. 21).

رشد فزاینده دست‌یازیدن به انتقال سیاست‌ها در دهه‌های اخیر، از جنبه‌ای دیگر نیز قابل تبیین است؛ تحولات و تغییرات پیچیده و سریع در محیط پیرامونی - که روند فزاینده و غیرقابل‌کنترلی را نیز دنبال می‌کند - باعث شده که نگاه دولت‌ها به جای ابداع، بیشتر به سمت یافتن راهکارهای آماده و زودبازده^{۲۵} معطوف شود (Dolowitz, et al., 1999, p. 729)؛ چه آنکه در حال حاضر، امکان همگامی با تغییرات سریع جهانی در کلیه عرصه‌های سیاست‌گذاری برای بسیاری از تصمیم‌سازان کشورها وجود ندارد و از این رو، چاره‌ای جز بهره‌مندی از دستاوردهای دیگر کشورها در این زمینه‌ها

وجود ندارد. به عنوان مثال، پیشرفت‌های سریع در حوزه فناوری اطلاعات و ارتباطات در دهه‌های اخیر باعث شده که سیاست‌های کنترل جرم در این حوزه، برای به روز ماندن همواره نیازمند تغییر سریع و پیوسته باشد. این مجموعه عوامل سبب می‌شود که سیاست‌گذاران به طور فزاینده به تدابیر اندیشیده شده در دیگر نظام‌ها بنگرند تا از دانش و اندیشه‌های مربوط به نهادها، برنامه‌ها و سیاست‌های به‌کاررفته در آنجا آگاه شوند و همچنین از نحوه کارکرد آنها در سیستم‌های قضائی دیگر مطلع شوند. بدین سان، مجموعه عوامل پیش‌گفته، چرایی گرایش کشورها به الگوگیری داوطلبانه از سیاست‌های کنترل جرم را تبیین می‌کند.

۲-۳. عوامل مؤثر در انتقال نهادهای کیفری نوین به قانون مجازات اسلامی جدید

به نظر می‌رسد پیش‌بینی طیف وسیعی از نهادهای کیفری نوین در نظام اجرای مجازات‌ها در قانون مجازات اسلامی ایران (مصوب ۱۳۹۲) از طریق اقتباس از قانون مجازات عمومی فرانسه و وارد کردن آنها در نظام عدالت کیفری ایران، در پرتو تحلیل پیش‌گفته از چرایی انتقال سیاست‌های داوطلبانه، قابل تبیین است. بروز برخی معضلات در نظام عدالت کیفری ایران، به‌ویژه در زمینه اجرای کیفر حبس و همچنین بروز برخی آسیب‌های اجتماعی ناشی از آن در دهه ۱۳۸۰، وضعیت نامناسبی را برای دستگاه قضائی فراهم آورده بود که تعلق در علاج آن، پیدایش بحران را در نظام عدالت کیفری جلوه‌گر می‌ساخت. بالابودن میزان جرایم دارای مجازات حبس و به تبع آن، بالا بودن محکومیت‌های کیفری حبس در ایران، در دو دهه منتهی به تصویب قانون مجازات، باعث شده بود که حجم زندانیان در بند، چندین برابر ظرفیت استاندارد زندان‌ها باشد و سیستم قضائی ایران با مشکل تورم کیفری جمعیت زندانیان مواجه شود. بر اساس آمارهای بین‌المللی، جمعیت کیفری زندانیان که در ابتدای پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۸، تنها ۱۰.۰۰۰ نفر (با شاخص نرخ ۲۶ نفر) بود، در سال ۱۳۷۲ به رقمی بالغ بر ۱۰۱.۸۰۱ نفر (با شاخص نرخ ۱۷۲ نفر) افزایش یافت. رشد جمعیت کیفری زندانیان در سال‌های پس از آن نیز به همین صورت ادامه یافت، به نحوی که در سال آغازین دهه ۸۰، به رقم ۱۵۸.۰۰۰ نفر (با شاخص نرخ ۲۳۷ نفر) رسید و در سال ۲۰۱۱ میلادی، یعنی سال ۱۳۹۰ شمسی، به رقم خیره‌کننده ۲۵۰.۰۰۰ نفر (با شاخص نرخ ۳۳۱

نفر در هر یکصد هزار نفر) بالغ شد! (www.prisonstudies.org/country/iran) آمارهای مزبور، با گزارش‌ها و آمارهای داخلی که در طی سال‌های گذشته در سطح جراید و رسانه‌های عمومی و از زبان مسئولان قوه قضائیه و متولیان سازمان زندان‌ها ارائه شده است، تا حدود زیادی مطابقت دارد. بنا بر این آمار، در سال ۱۳۸۱، از میان جمعیت ۶۵ میلیون نفری کشور، تعداد زندانیان از مرز ۱۷۱.۰۰۰ نفر گذشت (پایگاه خبری تحلیلی پارسینه، ۱۳۹۰/۴/۲۶؛ آشوری، ۱۳۹۹، ص. ۹). این در حالی است که بر اساس گفته رئیس سازمان زندان‌های کشور در آن سال، ظرفیت زندان‌های کشور، تنها ۵۰ تا ۶۰ هزار نفر بوده است (روزنامه جام جم، ۱۳۸۱/۳/۲۶). در سال ۱۳۸۵، به‌رغم اتخاذ برخی تدابیر اصلاحی در مورد معتادان به مواد مخدر از جهت مدیریت ورود آنها به زندان‌ها، با اینکه اندکی از جمعیت کیفری زندان‌ها کاهش یافت و به حدود ۱۴۸.۰۰۰ نفر رسید، با این حال، همچنان جمعیت زندان‌ها در این سال، حدود سه برابر ظرفیت موجود تخمین زده می‌شد و در حالی که رشد متوسط جمعیت در کشور حدود ۱/۳ درصد بود، رشد جمعیت ورودی زندان‌ها ۹ درصد و تعداد زندانیان به نسبت هر یکصد هزار نفر جمعیت، ۲۰۴ نفر برآورد شده است^{۲۶} (آشوری، ۱۳۹۹، ص. ۱۱). این در حالی است که بر پایه گزارش‌های مسئولان زندان‌های کشور در سال ۱۳۸۵، سالانه دست‌کم ۶۰۰.۰۰۰ نفر وارد زندان‌های کشور می‌شدند، که اگر به‌طور مستقیم پنج نفر در این زمینه در جامعه درگیر شوند، دست‌کم سه میلیون نفر به‌طور مستقیم و شمار بیشتری به‌طور غیرمستقیم با موضوع زندان و زندانی درگیر بوده‌اند (آشوری، ۱۳۸۶، ص. ۲۳). آمار جمعیت کیفری زندانیان، در انتهای دهه ۸۰ نیز همچنان با رشد چشمگیر مواجه شد، تا جایی که بنا به گفته رئیس سازمان زندان‌ها در اسفندماه ۱۳۸۹، تعداد زندانیان به بیش از ۲۲۰.۰۰۰ نفر رسید (پایگاه خبری تحلیلی الف، ۱۳۸۹/۱۲/۱۱). برخی از مقامات سازمان زندان‌ها، در مردادماه ۱۳۹۰، باز هم از افزایش این تعداد و عبور از مرز ۲۵۰.۰۰۰ زندانی خبر دادند (پایگاه خبری تحلیلی خبر آنلاین، ۱۳۹۰/۶/۱۴). با وجود این، ظرفیت اسمی زندان‌های ایران، بسیار پایین‌تر از این میزان بوده و در ابتدای دهه نود، در خوش‌بینانه‌ترین حالت، ۸۵.۰۰۰ نفر گنجایش داشته است^{۲۷} (پایگاه خبری تحلیلی الف، ۱۳۸۹/۱۲/۱۱).

این وضعیت بحرانی، به‌نوبه خود، علاوه بر آنکه یکی از مهم‌ترین فلسفه‌های

وجودی زندان، یعنی اصلاح و بازپروری بزهکاران را تحت‌الشعاع قرار داد، آسیب‌های اجتماعی دیگری را نیز برای زندانیان و خانواده‌های آنها پدید آورد. به همین سبب، مسئولان وقت قوه قضائیه، برای حل این معضل، علاوه بر پیش‌بینی تدابیر کوتاه‌مدت، همچون اعطای مرخصی‌های پی‌درپی به زندانیان، صدور بخشنامه‌های قضائی راجع به مجازات حبس و...، تجدیدنظر در سیاست‌های کلان کیفری را نیز در دستور کار خویش قرار دادند. صدور بیش از ۲۵ بخشنامه از سوی آیت‌الله هاشمی شاهرودی، رئیس وقت قوه قضائیه در رابطه با صدور احکام راجع به حبس و بازداشت موقت، بیانگر وجود معضل تورم جمعیت کیفری زندان‌ها برای مسئولان قوه قضائیه بوده است (وبگاه دادگستری کل استان تهران، ۱۳۸۷). اظهارات مقامات عالی قضائی، به ویژه رئیس قوه قضائیه در سال‌های آغازین دهه ۱۳۸۰^{۲۸} و تأکید بر لزوم حبس‌زدایی و جرم‌زدایی از قوانین، تأکید بر استفاده از مجازات‌های اجتماعی جایگزین حبس، تبدیل ضمانت اجراهای کیفری به ضمانت اجراهای مدنی، انتظامی و اداری و تهیه لوایح مربوط به آنها در راستای همین معضل در دستگاه قضائی قابل ارزیابی است که نمود عینی بخش عمده‌ای از این تلاش‌ها، در پرتو اصلاح قانون مجازات اسلامی عملی شد. رویکرد قوه قضائیه در اصلاح قانون مجازات اسلامی به این سیاست‌ها، در مقدمه لایحه مجازات اسلامی که از سوی قوه قضائیه تدوین شده بود نیز کاملاً مشهود است.^{۲۹} بدین ترتیب، پیش‌بینی گستره وسیعی از نهادهای ارفاقی و مساعد به حال مرتکبان جرایم دارای کیفر حبس در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ را می‌توان به عنوان انگیزه اصلی واردات نهادهای مزبور به نظام عدالت کیفری ایران ارزیابی کرد که تصمیم‌سازان این نظام، آن را به عنوان یکی از راهکارهای مؤثر در حل معضل تورم جمعیت کیفری زندان‌ها تلقی کرده‌اند.^{۳۰} با این حال، ارزیابی موفقیت یا شکست این سیاست‌های انتقالی و میزان توجه تصمیم‌سازان نظام عدالت کیفری به میزان تطابق این تأسیسات با ساختارهای تاریخی، فرهنگی و اجتماعی ایران و همچنین امکان اجرایی شدن این قوانین با توجه به زیرساخت‌های فنی موجود در نظام حقوقی ایران نیز موضوعی مستقل و در خور توجه است که با گذشت زمان هشت‌ساله‌ای که از تصویب قانون مجازات اسلامی می‌گذرد، شایسته بررسی مستقل در پژوهش‌های علمی است.

اما باید توجه داشت که برنامه‌ها و سیاست‌های معمول در دیگر نظام‌ها، همواره با اراده آزاد سیاست‌گذاران داخلی، وارد نظام حقوقی کشورها نمی‌شود، بلکه گاه انتقال سیاست تحت تأثیر فشارِ عاملی خارجی رخ می‌دهد. از این رو، بررسی فرایند «انتقال اجباری سیاست‌ها» و عوامل دخیل در این نوع از انتقال نیز اهمیت پیدا می‌کند که در ادامه، به بررسی ابعاد آن خواهیم پرداخت.

۳. انتقال اجباری سیاست‌ها

۳-۱. مفهوم انتقال اجباری و مؤلفه‌های آن

از لحاظ تاریخی، مطالعات مربوط به انتقال سیاست‌ها و تولید ادبیات علمی در خصوص این موضوع، ابتدا عمدتاً بر انتقال داوطلبانه و اختیاری متمرکز بود. در این مقطع، در بررسی فرایند انتقال، صرفاً سیاست‌ها و برنامه‌هایی مطالعه می‌شد که در جاهای دیگر اجرا شده بود و سپس این سیاست‌ها با تدبیر نقش‌آفرینان عرصه سیاسی برای استفاده بالقوه در نظام سیاسی دیگر وام گرفته می‌شد و در فرایند سیاست‌گذاری مورد توجه و بهره‌برداری قرار می‌گرفت. اما پس از چندی، ادبیات مربوط به این حوزه، وسعت پیدا کرد و به «انتقال اجباری»^{۳۱} یا «انتقال‌های ناشی از تعهد»^{۳۲} نیز توجه شد (در این خصوص، بنگرید به: Dolowitz & Marsh, 1996, pp. 346-349). ملاحظه واقعیت‌های عینی جوامع نشان می‌دهد که سیاست‌گذاری در بسیاری از کشورها، همیشه مطابق میل و اراده آزاد تصمیم‌سازان داخلی آنها صورت نمی‌گیرد، بلکه گاهی در عرصه بین‌المللی مشاهده می‌شود که برخی دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی، نهادهای کمک‌رسان بین‌المللی و یا حتی شرکت‌های چندملیتی، کشورهای دیگر را به رغم تمایلشان، به اتخاذ برنامه‌ها و سیاست‌هایی وادار کرده‌اند. همچنین ملاحظه می‌شود که برخی دولت‌ها به دلیل عضویت در رژیم‌ها یا نهادهای بین‌المللی یا انعقاد پاره‌ای معاهدات، مجبور به پذیرش برنامه‌ها و سیاست‌های ابلاغی، به عنوان بخشی از تعهدات ناشی از عضویت خویش شده‌اند. از این رو، مطالعه فرایند انتقال‌های اجباری نیز مورد توجه پژوهشگران قرار گرفت. مطالعه این نوع از انتقال، از آن جهت اهمیت دارد که در این موارد، کُنشگرانی خارج از دستگاه رسمی حکومت در فرایند انتقال سیاست‌ها نقش ایفا می‌کنند و فرض عقلانیتی که در وام‌گیری و واردات سیاست‌ها در

فرایند انتقال اختیاری پذیرفته شده است، کم‌رنگ‌تر جلوه می‌کند. بدین ترتیب، چنانکه مشخص است علت اصلی انتقال سیاست‌ها در این نوع از انتقال، فشار عاملی بیرونی بر یک نظام سیاسی نسبت به پذیرش سیاست یا برنامه‌ای خاص است که ممکن است این فشار به صورت مستقیم یا غیرمستقیم بر سیاست‌گذاران عرصه ملی اعمال شود.

مستقیم‌ترین روش انتقال اجباری سیاست، وقتی است که دولتی، به‌طور صریح و واضح، دولت دیگر را مجبور به پذیرش یک سیاست می‌کند. «ماژون»^{۳۳} نمونه‌ای از این روش را در نیمه سده بیستم تشریح می‌کند. او نشان می‌دهد که چگونه مسئولان آمریکایی، کشورهای اروپایی را نسبت به پذیرش قوانین «ضد کارتل آمریکایی»^{۳۴} مجبور کرده‌اند. وی می‌گوید: «کاملاً روشن است که مواد مربوط به ضد کارتل در معاهده زغال‌سنگ و فولاد اروپا [معاهده پاریس - ۱۹۵۱] (ECSC) به‌طور قابل ملاحظه‌ای تحت تأثیر مدل آمریکایی قرار داشته است... «جان مک‌کلوی»^{۳۵} نماینده دولت آمریکا... چندین مرتبه بر نحوه جمله‌بندی برخی از مواد این معاهده، پافشاری و اصرار کرد!» (Dolowitz & Marsh, 1996, pp. 347-348).

امروزه این شیوه از تحمیل سیاست، به دلیل به رسمیت‌شناخته شدن حاکمیت ملی کشورها در عرصه بین‌المللی، کمتر به چشم می‌خورد. اما در گذشته، انتقال اجباری سیاست به صورت مستقیم، به دلیل نقض گسترده حاکمیت سرزمینی کشورها از طریق اشغال نظامی آنها توسط کشورهای قدرتمند و استعمار سرزمین‌ها، به صورت گسترده انجام می‌گرفت. همین موضوع سبب می‌شد که در صورت به درازا کشیده شدن مدت زمان اشغال یا استعمار، کشورهای تحت اشغال و مستعمره، با خوگرفتن تدریجی به سیاست‌های تحمیلی، نوعی پیوند یا پذیرش فرهنگی^{۳۶} با کشور اشغالگر برقرار کنند. در این راستا، می‌توان به نظام حقوقی کنونی الجزایر اشاره کرد که به دلیل بیش از یک سده استعمار و حضور فرانسه در این سرزمین، متأثر از نظام حقوقی فرانسه است و بسیاری از نمادهای حقوقی - قضائی فرانسه در نظام حقوقی این کشور، البته با جرح و تعدیل‌هایی، وارد شده است. این امر در کشورهای آفریقایی سابقاً تحت استعمار فرانسه، مانند سنگال، گابن، مالی و... نیز صادق است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۸-۸۹، ص. ۱۵).

با این حال، امروزه انتقال اجباری سیاست بیش از آنکه توسط یک کشور به کشور دیگر تحمیل شود، از سوی نهادهای فراملی و سازمان‌های بین‌المللی تعقیب می‌شود. بدین لحاظ، نقش این نهادها در فرایند انتقال و چگونگی تأثیرگذاری آنها بر سیاست‌گذاری داخلی کشورها، اهمیت زیادی پیدا کرده است.

۲-۳. نقش نهادهای فراملی در انتقال اجباری سیاست‌ها

امروزه، سازمان‌های متعدد بین‌المللی در سطح دنیا در حال ایفای نقش نسبت به گسترش و تحمیل اندیشه‌ها، برنامه‌ها و سیاست‌های خویش هستند. این سازمان‌ها با ابزارهای گوناگونی که در اختیار دارند، انتقال سیاست‌های مطلوب خویش را در سطح کشورهای جهان تعقیب می‌کنند. برخی از این نهادها همچون سازمان همکاری اقتصادی و توسعه^{۳۷}، صندوق بین‌المللی پول^{۳۸}، سازمان ملل متحد^{۳۹} و سازمان‌های زیرمجموعه آن، بانک جهانی^{۴۰}، شورای اروپا^{۴۱} و... به‌طور مستقیم با توسل به اهرم‌های اقتصادی و سیاسی خویش و به‌صورت غیرمستقیم از طریق ارائه اطلاعات و سیاست‌های منتشرشده در کنفرانس‌ها و گزارش‌ها یا از گذر کنوانسیون‌ها و قطعنامه‌هایشان بر سیاست‌گذاران عرصه ملی تأثیرگذارند. آنها همچنین با در نظر گرفتن برخی شرایط برای کمک‌های مالی و اعطای وام به کشورها، به‌کارگیری ایده‌ها و سیاست‌های مطلوب خویش را در ازای این تسهیلات از دولت‌ها مطالبه می‌کنند. به عنوان نمونه، بسیاری از نهادها و سازمان‌های بین‌المللی، به‌ویژه سازمان ملل متحد، برای تحقق مفهوم «حکمرانی خوب»^{۴۲} و مؤلفه‌های آن^{۴۳} در سطح نظام سیاسی کشورهای جهان، اعطای امتیازات مادی و سرمایه‌گذاری اقتصادی، اعطای مسئولیت‌های سیاسی - دیپلماتیک در پهنه بین‌المللی و اعطای جایگاه کُنشگر مشروع و مقبول به کشورها را منوط به رعایت هنجارهای مطلوب مندرج در این مفهوم می‌کنند؛ هنجارهایی که مبانی و مؤلفه‌های آن را در قالب اسناد جهانی الزام‌آور یا اسناد ترویجی و ارشادی حقوق بشر پیش‌بینی و احصا کرده‌اند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۸، ص. ۷). در این میان، بانک جهانی، صندوق عمران سازمان ملل و تا حدودی صندوق بین‌المللی پول، سیاست‌گذاری‌های اقتصادی مفهوم حکمرانی خوب را در سطح کشورهای جهان تعقیب می‌کنند (میدری، ۱۳۸۳، ص. ۹۴).

دالویتز و مارش در پژوهش خویش، نقش بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول را در گسترش سیاست‌های پولی غرب به کشورهای جهان سوم برجسته کرده و نشان می‌دهند که صندوق بین‌المللی پول یا بانک جهانی، چگونه به کشورهای در حال توسعه، وام‌های بسیار ارزان اعطا می‌کنند، اما در مقابل صراحتاً از آنها می‌خواهند که در ازای دریافت وام، سیاست‌های اقتصادی و قوانین مشخصی را تصویب و به اجرا گذارند (Dolowitz & Marsh, 1996, p. 348).

شرکت‌های اقتصادی چندملیتی (TNCs) نیز می‌توانند دولت‌ها را مجبور به انتقال سیاست کنند؛ زیرا آنها برای تحمیل نظراتشان، برگه برنده‌ای در اختیار دارند؛ آنها می‌توانند تهدید کنند که در صورت برآورده نشدن خواسته‌هایشان، کسب و کارشان را به کشورهای دیگر منتقل می‌کنند. احتمال جابه‌جایی مزبور می‌تواند دولت‌ها را برای پذیرش سیاست‌ها تحت فشار قرار دهد تا آنها بتوانند همچنان صنایع جذاب و به تبع آن انتقال فناوری را در کشور خود داشته باشند. «هایدن هایمر^{۴۴}» و همکارانش، چنین تهدیدهایی را در تحمیل قوانین و مقررات زیست‌محیطی به برخی دولت‌ها بررسی کرده‌اند (Dolowitz & Marsh, 1996, p. 348).

در عرصه سیاست‌های کنترل جرم نیز برخی نهادها و سازمان‌های بین‌المللی، ایفاگر نقش مزبور در تحمیل اجباری سیاست‌ها به کشورها می‌باشند. سازمان ملل متحد و برخی نهادهای زیرمجموعه آن همچون مجمع عمومی سازمان، کمیساریای عالی حقوق بشر، کمیساریای عالی پناهندگان و شورای اقتصادی، اجتماعی و نهادهای وابسته به آن مانند شورای حقوق بشر^{۴۵} و کمیسیون فرعی جلوگیری از تبعیض و حمایت از اقلیت‌ها در این زمینه، قابل ذکر می‌باشند. این نهادها با استفاده از اهرم‌های سیاسی همچون تصویب پروتکل‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی الزام‌آور، تعیین نماینده ویژه در امور کشورها، صدور قطعنامه و ارائه گزارش ادواری به سازمان ملل، مجمع عمومی و... در جهت فشار بر دولت‌ها و وادار کردن آنها به پذیرش هنجارهای مورد نظر، به‌ویژه در زمینه حقوق بشر تلاش می‌کنند (در این زمینه بنگرید به: ارفعی و دیگران، ۱۳۷۲ و مهرپور، ۱۳۸۶). علاوه بر نهادهای بین‌المللی، سازمان‌های منطقه‌ای نیز در انتقال اجباری سیاست‌ها به کشورهای عضو به‌صورت مستقیم نقش خود را ایفا می‌کنند.

شورای اروپا، کمیته حقوق بشر و دادگاه اروپایی حقوق بشر، سازمان وحدت آفریقا و کمیسیون آفریقایی حقوق بشر و ملت‌ها، سازمان دولت‌های آمریکایی و دادگاه آمریکایی حقوق بشر و سایر سازمان‌های منطقه‌ای بخشی از این نهادها هستند که با صدور دستورالعمل و مقررات الزام‌آور از قدرت خود در این زمینه بهره می‌گیرند.

سازمان‌های بین‌المللی مردم‌نهاد (NGOs) نیز بخشی دیگر از نهادهایی هستند که نفوذ و تأثیر خویش را بر روی سیاست عمومی جهانی از طریق توانایی‌هایی که برای گسترش ایده‌ها و اطلاعات در سطح بین‌المللی دارند، ارتقا می‌دهند (Dolowitz & Marsh, 2000, p. 11). سازمان عفو بین‌الملل^{۴۶} از جمله این نهادها است که رسالت خویش را حفاظت از حقوق بشر، به‌ویژه مبارزه برای لغو مجازات اعدام و شکنجه، محاکمه عادلانه زندانیان سیاسی و... معرفی می‌کند (Anheier & Toepler, 2010, p. 27). این سازمان، با رصد اقدامات کشورها در زمینه امور کیفری و ارائه گزارش‌های نوبه‌ای از نقاط مختلف جهان، افکار عمومی را نسبت به عملکرد کشورها در خصوص سیاست‌های مورد نظر خویش برانگیخته ساخته و زمینه فشارهای بین‌المللی بر این کشورها را برای تجدیدنظر در تدابیر کیفری خویش فراهم می‌آورد. سازمان گزارشگران بدون مرز^{۴۷} نیز از دیگر نهادهای بین‌المللی مردم‌نهاد است که عمدتاً در زمینه حق آزادی بیان، آزادی مطبوعات و حمایت از خبرنگاران و روزنامه‌نگاران فعالیت می‌کند.

مطالعه نحوه عملکرد هر یک از سازمان‌های پیش‌گفته در رویارویی با سیاست‌های کنترل جرم در کشورها و همچنین مطالعه فرایند انتقال سیاست‌ها در این موارد به صورت عینی، موضوعی است که بررسی و تحقیق جزئی و دقیق را در هر مورد می‌طلبد؛ چه آنکه همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، در حوزه حقوق کیفری، به‌رغم اهمیت این موضوع و نقش آن در سیاست‌گذاری داخلی کشورها، نه تنها در ایران، بلکه در عرصه جهانی نیز توجه لازم به آن نشده است. برخی از صاحب‌نظران در این زمینه، علت کم‌کاری در این خصوص را در نوع نگاه جرم‌شناسان می‌دانند. اینان معتقدند که بیشتر جرم‌شناسان، تحقیقات تجربی خویش را صرفاً به مطالعه محتوای سیاست‌های کیفری و نتایج این سیاست‌ها معطوف کرده و از بررسی منشأ پیدایش سیاست‌های کیفری و فرایندی که سیاست‌گذاری‌های کیفری طی می‌کند، غفلت کرده و پژوهش در حوزه اخیر را به عهده دانشمندان رشته علوم سیاسی واگذاشته‌اند، حال آنکه

اندیشمندان متخصص در حوزه علوم سیاسی نیز به گونه‌ای اعجاب‌آور، علاقه کمی به مطالعه سیاست‌گذاری در حوزه عدالت کیفری از خود نشان داده‌اند (Jones & Newburn, 2006, pp. 782-783).

به هر روی، ما در این قسمت از نوشتار، به عنوان نمونه به بررسی فرایند یکی از سیاست‌های انتقالی اجباری که به صورت مستقیم از سوی اتحادیه اروپا بر کشور ترکیه تحمیل شده است، می‌پردازیم.

۳-۳. انتقال سیاست‌های اجباری در فرایند «اروپایی شدن» ترکیه

ترکیه بیش از ۶۰ سال است که برای پیوستن به بازار مشترک اروپا و سپس اتحادیه اروپا کوشش می‌کند. تلاش جدی ترکیه برای «اروپایی شدن» به پس از جنگ جهانی اول و فروپاشی امپراتوری عثمانی و شکل‌گیری ترکیه امروزی مربوط می‌شود که تا امروز، تاریخ پرفراز و نشیبی را پشت سر گذاشته است.^{۴۸}

دلایل مختلفی همچون وجود منافع مختلف اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و... برای ترکیه (نوع پرست، ۱۳۸۳، صص. ۷۹-۸۰)، سبب شده که این کشور، به‌ویژه از سال ۱۹۸۷ میلادی در تکاپوی عضویت کامل در این اتحادیه باشد؛^{۴۹} تلاشی که بالاخره پس از ۱۵ سال اتحادیه اروپا را مجاب کرد تا به‌طور رسمی نام این کشور را به عنوان نامزد الحاق به اتحادیه بپذیرد. در خلال این مدت و پس از آن، پیش‌شرط‌های بسیاری از سوی کمیسیون جامعه اروپا برای پذیرش ترکیه در اتحادیه مطرح شده که طیف وسیعی از اصلاحات در نظام قضائی، سیاسی و اقتصادی را دربرمی‌گیرد. در زمینه حقوقی، بسیاری از اصلاحات مزبور ناظر بر تضمین رعایت حقوق بشر مدنظر اروپا در قوانین و مقررات ترکیه و رویه‌های پلیسی - قضائی جاری در این کشور بوده است (در این زمینه، بنگرید به: نریمانی و ستاری، ۱۳۸۳). در بُعد اصلاحات مربوط به قوانین کیفری، کمیسیون اروپا برخی اصلاحات اساسی را در قوانین کیفری ترکیه خواستار شد که از جمله آنها الغای مجازات اعدام از میان کیفرها، برقراری مجازات برای تجاوز به عُنُف، شکنجه، جرایم علیه کودکان و... است. این درخواست‌ها باعث شد که دولت ترکیه در سپتامبر ۲۰۰۴، به‌رغم دشواری بسیار، بیشترین تغییرات را پس از ۷۸ سال در قوانین جزایی خویش به وجود آورد.^{۵۰} در این راستا، دولت ترکیه با امضای پروتکل شماره ۶

کنوانسیون «حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی شورای اروپا مربوط به لغو مجازات اعدام»^۱ در تاریخ ۲۰۰۳/۱/۱۵ و سپس تصویب قانونی آن در مجلس این کشور در تاریخ ۲۰۰۳/۱۱/۱۲ پذیرفت که اعمال مجازات سالب حیات را از لیست زرادخانه کیفری خود حذف کند (Council of Europe, 2004A). با این وجود، پیوستن ترکیه به این پروتکل، برآورده‌کننده خواسته‌های کمیسیون اروپا در الغای مجازات سالب حیات نبود؛ چه آنکه پروتکل مزبور، مربوط به سال ۱۹۸۳ شورای اروپا بود که در ماده ۲ این پروتکل، استثنایی برای اعمال مجازات مرگ پیش‌بینی شده بود. این استثنا به کشورهای عضو، اجازه می‌داد که در زمان جنگ، بر طبق قانون و در صورت وجود شرایط قانونی، امکان اعمال این مجازات را داشته باشند. با تصویب پروتکل شماره ۱۳ کنوانسیون «حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی شورای اروپا مربوط به لغو مجازات اعدام در همه شرایط»^۲، عضویت در اتحادیه اروپا برای ترکیه و دیگر کشورهای نامزد عضویت، سخت‌تر شد. این پروتکل که در ۲۰۰۲/۵/۳ به تصویب شورای اروپا رسید، پس از تصویب در مجالس ده کشور عضو شورا در ۲۰۰۳/۷/۱ برای کلیه کشورهای عضو لازم‌الاجرا شد و بدین لحاظ، به‌عنوان پیش‌شرط عضویت ترکیه در اتحادیه اروپا نیز مطرح گردید. بر این اساس، دولت ترکیه با امضای این پروتکل در ۲۰۰۴/۱/۹، موافقت خود را با لغو کامل مجازات سالب حیات از لیست کیفرهای قانونی خویش اعلام کرد (Council of Europe, 2004B).

الغای مجازات اعدام در ترکیه را می‌توان به‌عنوان یکی از مصادیق انتقال اجباری ناشی از الزام سازمان‌ها و نهادهای منطقه‌ای محسوب کرد که نشان می‌دهد چگونه این نهادها با تحت فشار قرار دادن سیاست‌گذاران داخلی، سیاست‌های مورد نظر خویش را در زمینه حقوق کیفری بر کشورها تحمیل می‌کنند و اینکه چگونه تصمیم‌سازان داخلی به دلیل برخی ضرورت‌های اقتصادی - سیاسی از جمله عضویت در سازمان‌های بین‌المللی، ناگزیر به پذیرش این سیاست‌ها می‌شوند. عجین شدن جنبه‌های مختلف حقوق کیفری با مسائل اقتصادی، سیاسی و دیپلماتیک دولت‌ها در دنیای معاصر و بروز اشکال نوین بزهکاری و بین‌المللی شدن آن، حتی نظام‌های کیفری سنتی را نیز ناگزیر از توجه به تجربه سایر کشورها و نیز الحاق به سازمان‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی کرده است؛ چه آنکه دولت‌های مزبور برای ادامه حیات سیاسی - اقتصادی و دیپلماتیک خود

در پهنه بین‌المللی و نیز برای آنکه از نظر حقوق بین‌الملل جزو «دولت‌های قابل رفت و آمد» تلقی شوند، نسبت به امضا و تصویب اسناد بین‌المللی کیفری و عمل به آنها ناگزیر هستند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۵، صص. ۲۲-۲۳).

اما انتقال‌های اجباری، صرفاً محدود به موارد پیش‌گفته نیست و برخی دیگر از انواع انتقال‌های اجباری، به شیوه‌ای نامحسوس‌تر، سیاست‌گذاران داخلی را نسبت به پذیرش سیاست‌ها و برنامه‌ها تحت فشار قرار می‌دهد. در این نوع از انتقال‌ها، عوامل فشار بر دولت‌ها به صورت غیرمستقیم آنها را وادار به انتقال می‌کند. در حقوق کیفری و جرم‌شناسی سابقه انجام پژوهشی مستقل در این زمینه نیز همچون زمینه‌های قبلی وجود ندارد یا دست کم در اختیار نیست. اما در تحقیقات اندکی که در علوم سیاسی تطبیقی (Dolowitz & Marsh, 1996, pp. 348-349) نسبت به عوامل انتقال اجباری سیاست‌ها به صورت غیرمستقیم انجام شده است، نقش برخی عوامل در این نوع از انتقال مؤثر دانسته شده است؛ عواملی همچون وابستگی کشورها به یکدیگر به واسطه داشتن مرزهای جغرافیایی مشترک یا دغدغه‌ها، نیازها و منافع مشترک، احساس عقب‌ماندگی از کشورهای رقیب در به‌کارگیری سیاست‌ها و برنامه‌های جدید و تلاش برای برطرف کردن این احساس با وارد کردن سیاست‌های جدید، به‌وجود آمدن توافق‌های بین‌المللی و منطقه‌ای راجع به اتخاذ سیاست یا برنامه‌ای خاص، از جمله این مواردند که به‌نظر می‌رسد برخی از عوامل مزبور در انتقال سیاست‌های کنترل جرم به صورت غیرمستقیم نیز تأثیرگذار باشد. از این‌رو، زمینه انجام پژوهش‌های جرم‌شناختی در این موضوع، برای پژوهشگران حقوق کیفری و جرم‌شناسی به‌عنوان یک ضرورت علمی وجود دارد.

۴. الگوی ترکیبی انتقال

تمایز میان انتقال‌های داوطلبانه و اجباری برای مطالعه فرایند انتقال سیاست‌ها و تفکیک میان انواع انتقال‌های انجام‌شده، موضوعی است که می‌تواند ثمرات مفیدی در ارزیابی میزان موفقیت یا شکست سیاست‌های انتقالی در مقصد انتقال ایفا کند. اما توجه به این نکته ضروری است که مشاهده انتقال‌های کاملاً داوطلبانه یا کاملاً اجباری سیاست‌ها، در عمل به ندرت اتفاق می‌افتد. بررسی عینی و مبتنی بر واقعیت‌های تجربی، بیانگر این

واقعیت است که الگوبرداری از برنامه‌ها و سیاست‌های خارجی (اعم از سیاست‌های ترویجی نهادهای فراملی یا سیاست‌های معمول در دیگر کشورها) و به‌کارگیری آنها در نظام‌های داخلی، معمولاً شامل ترکیبی از این دو نوع انتقال است. به عبارت دیگر، در اغلب انتقال‌ها، مجموعه‌ای از فشارهای مستقیم و غیرمستقیم بر تصمیم‌سازان و سیاست‌گذاران داخلی کشورها باعث می‌شود که آنها با اراده خویش، اما ناگزیر از وارد کردن سیاست یا برنامه‌ای خاص به داخل نظام حقوقی خویش شوند. در این موارد، نه فشارهای وارده از چنان قوتی برخوردار است تا حاکمیت داخلی کشورها را تحت‌الشعاع خویش قرار دهد و آنها را بی‌اختیار نماید و نه سیاست‌گذاران داخلی در وارد کردن سیاست‌ها، از اراده‌ای کاملاً آزاد برخوردارند، بلکه ترکیبی از انتخاب آزادانه و فشارهای جبرآور، انگیزه لازم برای انتقال سیاست‌ها را فراهم می‌آورد. از این‌رو، دالویتز و مارش، در مدل پیشنهادی خود برای انتقال سیاست‌ها (Dolowitz & Marsh, 2000, p. 13)، زنجیره‌ای پیوسته از انتقال را فرض گرفته‌اند که همچون خطی زنجیره‌وار از اقتباس کاملاً آزادانه یک برنامه، سیاست یا نهاد موجود در یک نظام سیاسی توسط نظام سیاسی دیگر، تا تحمیل مستقیم این موارد به یک نظام امتداد می‌یابد. بدین‌سان، در موضوع پیش‌گفته ناظر بر لغو مجازات اعدام از سوی ترکیه، هر چند اتخاذ این سیاست قیدی الزامی و گریزناپذیر برای پذیرش عضویت این کشور در اتحادیه اروپا به حساب می‌آمد، لیکن این تحمیل سیاست، نفی کامل اراده سیاست‌گذاران ترکیه در اعمال این تغییر در سیاست‌های کیفری را نتیجه نمی‌دهد. با وجود این، شواهد عینی نشان می‌دهد فشارهای مختلف ناشی از افکار عمومی جامعه ترکیه برای پیوستن به اتحادیه اروپا به تصور جلب منافع گوناگون حاصل از این الحاق، که در تبلیغات رسانه‌ای داخلی و بین‌المللی ترویج و تبلیغ می‌شد، درجه بسیار ضعیفی از اراده آزاد را برای سیاست‌گذاران ترکیه در روند این انتقال سیاست به نمایش می‌گذارد.

در نظام عدالت کیفری ایران نیز فرایند انتقال نهادهای نوین اجرای مجازات‌ها که جلوه‌های متعددی از آن در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ متبلور شده است، بیانگر آن است که در این انتقال هر چند به ظاهر درجه بالایی از اراده آزاد تصمیم‌سازان نظام عدالت کیفری ایران قابل مشاهده است، لیکن نمی‌توان فشارهای غیرمستقیم ناشی از بحران جمعیت کیفری زندان‌ها را به‌عنوان یک عامل مؤثر نادیده

انگاشت. همچنین، میل سیاست‌گذاران عدالت کیفری ایران نسبت به واردات نهادهای نوین کیفری که به‌تازگی در برخی کشورهای توسعه‌یافته اعمال شده بود و احساس همگامی با تحولات جهانی که از این واردات در افکار عمومی داخلی و خارجی منعکس می‌شد را می‌توان به‌عنوان برخی دیگر از عوامل تأثیرگذار در انتقال سیاست‌های مزبور ارزیابی کرد.

این بررسی‌ها نشان می‌دهد که بسیاری از نمونه‌های انتقال سیاست، در مکانی میان زنجیره انتقال قرار می‌گیرند که متضمن ترکیبی از تصمیمات اختیاری سیاست‌گذاران داخلی کشورها و فشارهای جبرآور بیرونی است. از این‌رو، در بررسی و تحلیل مصادیق انتقال سیاست‌های کنترل جرم، توجه به کلیه زمینه‌های جامعه‌شناختی، تاریخی، فرهنگی و حتی اقتصادی موجود، به همراه انگیزه‌های نقش‌آفرینان عرصه انتقال سیاست‌ها بسیار اهمیت دارد.

نتیجه‌گیری

با اینکه ارتباطات بین انسان‌ها و جوامع همواره وجود داشته است، اما از پس از جنگ دوم جهانی، رشد ارتباطات، گسترش وسایل ارتباط جمعی و توسعه روابط میان دولت‌ها و ملت‌ها، بستر ساز رشد و ترویج اندیشه‌ها، برنامه‌ها و سیاست‌ها در میان جوامع و الگوگیری فزاینده کشورها از یکدیگر شده است. این موضوع در کنار برخی دیگر از تحولات ایجاد شده در دنیای معاصر، همچون فعال‌شدن نهادها و سازمان‌های منطقه‌ای و بین‌المللی، ایجاد شرکت‌های بزرگ چندملیتی و تشکل‌های مردم‌نهاد، سیاست‌گذاری داخلی کشورها در همه عرصه‌ها، از جمله در حوزه کنترل جرم و سیاست جنایی را دستخوش تغییرات فراوانی کرده است. انتقال و واردات داوطلبانه و گاه اجباری سیاست‌ها، برنامه‌ها و استراتژی‌های به‌کاررفته در دیگر کشورها برای کنترل جرم و بهره‌گیری از آنها در سیاست‌گذاری‌های داخلی، تحول مهمی است که در دنیای معاصر ایجاد شده است. از یک‌سو، مواجهه روزافزون دولت‌ها با پیچیدگی‌های فزاینده ناشی از پیشرفت‌های فناورانه و محیط‌های اجتماعی - سیاسی به سرعت در حال تغییر، موجب شده که سیاست‌گذاران نظام عدالت کیفری در اغلب کشورها، به جای اندیشیدن به راه‌حل‌های ابداعی برای حل مسئله بزهکاری در جامعه، به‌صورت آزادانه

و ارادی جست‌وجو در نظام‌های حقوقی دیگر را برای یافتن راه‌حل‌های آماده، مؤثر و زودبازده ترجیح دهند و بستر ساز انتقال داوطلبانه برنامه‌ها و سیاست‌ها به داخل نظام حقوقی خویش شوند. از سوی دیگر، فعال شدن نهادها و سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای و انعقاد موافقت‌نامه‌های دو یا چندجانبه میان دولت‌ها، محدودیت‌های بسیاری را در عرصه سیاست‌گذاری داخلی کشورها موجب شده است، به گونه‌ای که گاهی نهادها و سازمان‌های بین‌المللی قدرتمند، برنامه‌ها و سیاست‌های مطلوب خویش را به رغم تمایل دولت‌ها، به آنها تحمیل می‌کنند و زمینه انتقال اجباری سیاست‌ها را پدید می‌آورند. با این حال، واقعیت‌های عینی بیانگر آن است که تفکیک میان انتقال‌های داوطلبانه و اجباری سیاست‌های کنترل جرم به نحو کاملاً دقیق و خط‌کشی شده ممکن نیست؛ چه آنکه مجموعه‌ای از عوامل پیدا و پنهان باعث می‌شود که انتقال سیاست‌ها متضمن عناصری از انتقال داوطلبانه و اجباری به صورت هم‌زمان باشد و انگیزه لازم برای انتقال سیاست‌ها را ترکیبی از انتخاب آزادانه سیاست‌گذاران داخلی، به همراه گستره‌ای از فشارهای مستقیم یا غیرمستقیم جبرآور فراهم آورد. بر این اساس، در بررسی و تحلیل مصادیق سیاست‌های کنترل جرم انتقالی، باید علاوه بر شناسایی کلیه عوامل تأثیرگذار در اراده سیاست‌گذاران نظام عدالت کیفری، انگیزه‌های دخیل در انتقال سیاست‌ها نیز مورد واکاوی قرار گیرد تا میزان اختیار سیاست‌گذاران داخلی کشورها در انتخاب سیاست و نقش فشارهای جبرآور بیرونی در وقوع انتقال مشخص شود. با وجود این، به نظر می‌رسد با توجه به گسترش روزافزون نقش سازمان‌ها و نهادهای بین‌المللی در عرصه جهانی و به تبع آن، روند رو به رشد جهانی شدن جرم، سیاست‌های کیفری و نهادهای عدالت کیفری در دنیای معاصر، نقل و انتقال اجباری سیاست‌های کنترل جرم، سهم بیشتری را در تحولات آینده نظام‌های عدالت کیفری به خود اختصاص دهد.

1. Policy Transfer
2. Globalization
3. Americanization
4. Tim Newburn
5. Borrowing

۶. به طور کلی، نویسندگان صاحب‌نظر در حوزه انتقال سیاست‌ها معتقدند که برای بررسی فرایند مربوط به انتقال، دست‌کم پاسخ‌گویی به هفت پرسش اساسی لازم است. این پرسش‌ها عبارتند از: انتقال سیاست چیست؟ چرا انتقال سیاست‌ها رخ می‌دهد و چه عواملی باعث تحمیل آن بر کشورها می‌شود؟ چه کسی یا چه کسانی در فرایند انتقال سیاست‌ها نقش ایفا می‌کنند؟ در فرایند انتقال، چه چیز منتقل شده است؟ درجات مختلف انتقال کدامند؟ آموزه‌ها و سیاست‌ها از کجا آموخته شده‌اند؟ عوامل تأثیرگذار (محدودکننده یا تسهیل‌کننده) در فرایند انتقال سیاست‌ها کدامند؟ (Dolowitz & Marsh, 2000; Dolowitz & Marsh, 1996) گفتنی است این پرسش‌ها که به‌طور نظام‌مند در «مدل دالویتز و مارش» مطرح شده، به‌عنوان پایه و اساس در دیگر پژوهش‌های تخصصی مربوط؛ از جمله تحقیقات ناظر بر فرایند انتقال سیاست‌های کنترل جرم مورد استناد و توجه قرار گرفته‌اند (به‌عنوان مثال، Newburn & Jones, 2001, pp. 3-4; Jones & Newburn, 2007, p. 28; بنگرید به: Graham & Robertson, 2021). همچنین در برخی از پژوهش‌های متأخر، ذیل پرسش‌های بنیادین مطرح در مدل دالویتز و مارش، مجموعه‌ای از (۲۴) پرسش فرعی مطرح و چارچوبی تفصیلی‌تر برای تجزیه و تحلیل انتقادی فرایند انتقال سیاست‌ها فراهم آورده شده است (Graham, 2016).

7. Transfer
8. Lesson-drawing
9. Policy Diffusion
10. Learning
11. Convergence
12. Export
13. Import

۱۴. از آنجا که طرفین درگیر در فرایند انتقال سیاست‌ها، لزوماً دو دولت ملی را تشکیل نمی‌دهند و ممکن است انتقال سیاست بین دولت‌های محلی و ایالت‌های یک کشور و یا حتی بین دولت ملی و دولت محلی متبوع آن صورت پذیرد، از اصطلاح «حوزه قضائی» استفاده کرده‌ایم.

15. Voluntary Transfer
16. Rationality

۱۷. گفتنی است که توجه به اصل دوم در انتقال داوطلبانه، یعنی انجام ارزیابی آینده‌نگرانه، یکی از موضوعات مهم و شایسته بررسی در فرایند انتقال سیاست‌ها است که نقشی تأثیرگذار را در موفقیت یا شکست سیاست‌های انتقالی در مقصد انتقال به خود اختصاص می‌دهد. با توجه به فقدان مجال کافی برای پرداختن به این موضوع در این نوشتار، صرفاً به این ذکر این نکته بسنده می‌کنیم که اهمیت ارزیابی آینده‌نگرانه نسبت به میزان اثربخشی سیاست‌های انتقالی از آن جهت است که وجود مشابهت در معضلات و مشکلات موجود در دو نظام وام‌دهنده و وام‌گیرنده سیاست و همچنین کارآمد بودن سیاست‌های در پیش گرفته شده در کشور مبدأ انتقال، لزوماً موفقیت سیاست‌های انتقالی را در کشور مقصد به دنبال نخواهد داشت؛ چه آنکه وجود بسترهای مختلف فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و یا وجود ساختارهای نامتشابه اداری در دو نظام مزبور، از دیگر عوامل تأثیرگذار در این زمینه است که عدم توجه به آنها ممکن است سیاست‌های وام‌گیری شده را در مقصد انتقال با شکست مواجه سازد (در این زمینه، بنگرید به: Garland, 2001; Jones & Newburn, 2002).

18. Richard Rose

19. Lesson-drawing

20. Policy Learning

21. English Day Centers for adult offenders

۲۲. تأسیس حقوقی «معافیت از کیفر» در قانون مجازات اسلامی در فصل چهارم، ماده ۳۹ پیش‌بینی شده و نهاد «تعویق صدور حکم به مجازات (اعم از ساده و مراقبتی)» در فصل پنجم، طی مواد ۴۰ تا ۴۵، «نظام نیمه‌آزادی» در فصل هفتم، مواد ۵۶ و ۵۷ و انواع مختلف «مجازات‌های جایگزین حبس» در فصل نهم، طی مواد ۶۴ تا ۸۷ قانون در بخش «کلیات» آمده است. این نهادها به ترتیب از مواد ۵۸-۱۳۲ و ۵۹-۱۳۲ در مورد معافیت از کیفر، مواد ۶۰-۱۳۲ تا ۷۰-۱۳۲ در مورد تعویق صدور حکم به مجازات، مواد ۲۵-۱۳۲ و ۲۶-۱۳۲ در مورد نظام نیمه‌آزادی و مواد ۵-۱۳۱ تا ۹-۱۳۱ و ۲۲-۱۳۱ تا ۳۶-۱۳۱ و ۱-۲۶-۱۳۲ تا ۳-۲۶-۱۳۲ در مورد مجازات‌های جایگزین حبس، از قانون مجازات عمومی فرانسه اقتباس و وارد نظام حقوقی ایران شده است.

۲۳. گفتنی است لایحه‌ای که از سوی قوه قضائیه به مجلس شورای اسلامی تقدیم شد، در مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی نیز بررسی شد و پس از انجام کار کارشناسی گسترده بر روی آن، جرح و تعدیل بسیاری پیدا کرد، لیکن محتوای اصلی بسیاری از تأسیسات حقوقی وام گرفته شده از قانون مجازات عمومی فرانسه، دستخوش تغییر نشد و بدین ترتیب، این تأسیسات وارد نظام حقوق کیفری ایران و قانون مجازات اسلامی گردید.

۲۴. گفتنی است گسترش موضوع الگوگیری از سیاست‌های خارجی، به‌ویژه از طریق سیاست‌های ترویجی نهادها و سازمان‌های بین‌المللی، به‌تدریج موجبات «جهانی شدن» جرم، سیاست جنایی یا سیاست‌های کیفری کنترل جرم را نیز فراهم آورده است (در این زمینه، بنگرید به: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۴؛ پرادل، ۱۳۸۳؛ بابایی، ۱۳۹۰ و زینالی، ۱۳۹۴).

25. Quick-fix Solutions

۲۶. رئیس وقت قوه قضائیه در سخنرانی خود در همایش جایگزین‌های حبس در تاریخ ۱۳۸۱/۲/۱۸، در خصوص تعداد ورودی افراد به زندان‌ها در هر سال، آمار بالاتری ارائه داده‌اند. در بخشی از این سخنرانی آمده است: «محکومین به زندان در سراسر کشور شاید بیش از ۱۶۰ تا ۱۷۰ هزار نفر نباشند، ولی کسانی که به عناوین مختلف وارد زندان می‌شوند، در سال حدود ۷۰۰ تا ۸۰۰ هزار نفرند که توقف آنان در زندان حداقل سه روز است و گاهی به چند سال می‌رسد. از این افراد، تعداد اندکی به‌عنوان محکوم و بقیه به‌عنوان بازداشت موقت و یا قرارهای وثیقه و کفالت که قدرت پرداخت آن را ندارند به زندان می‌روند. اینان غیر از آن افرادی هستند که به‌عنوان تحت نظر در زندان‌ها نگهداری می‌شوند و حساب دیگری دارند که آن هم نیاز به رسیدگی دارد. ما در سال ۷۰۰ تا ۸۰۰ هزار نفر وارد محیطی می‌کنیم که از نظر فکری و اخلاقی و روانی و بهداشتی آلوده است. ... مشکل زندان از مشکلات اساسی است که باید در صدر اصلاحات قضائی و توسعه قضائی قرار گیرد» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۹۴، ص. ۲۲۰).

۲۷. گفتنی است برخی دیگر از منابع خبری، ظرفیت اسمی زندان‌های ایران در سال ۱۳۹۰ را بسیار کمتر از این میزان و تنها ۶۰ هزار نفر اعلام کرده و عمر اغلب آنها را بیش از ۵۰ سال ذکر کرده‌اند (پایگاه خبری تحلیلی پارسینه، ۱۳۹۰/۴/۲۶).

۲۸. در این زمینه، بنگرید به: هاشمی شاهرودی، ۱۳۹۴ و هاشمی شاهرودی، ۱۳۹۵.

۲۹. در مقدمه لایحه مجازات اسلامی آمده است: «لایحه قانون مجازات اسلامی با توجه به راهکارهای فوق و بر مبنای سیاست جنایی اسلام تدوین گردیده که از جمله این سیاست‌ها می‌توان به... حبس‌زدایی و استفاده از کیفرهای عادلانه و هدفمند و محدود کردن حوزه کیفری با جرم‌زدایی و استفاده از ممنوعیت‌ها و ضمانت اجراهای انتظامی، انضباطی، اداری و صنفی اشاره کرد».

۳۰. گفتنی است تحلیل جامعه‌شناختی انجام‌شده در این قسمت در خصوص علت انتقال نهادهای نوین متعدد در زمینه نظام اجرای مجازات‌ها، به معنای نفی دیگر انگیزه‌های متصوره‌ای که دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری ایران در وارد کردن نهادهای مزبور داشته‌اند

و یا نفی کارکردهای مثبت این نهادها در فراهم کردن امکان بیشتر برای «فردی کردن مجازات‌ها» و تضمین عدالت قضائی بیشتر برای افراد جامعه نیست؛ به‌ویژه آنکه به کارکردهای مثبت این نهادها در مقدمه لایحه مجازات اسلامی نیز اشاره شده و بر اهمیت این کارکردها نیز تأکید شده است.

31. Coercive Transfer
32. Obligated Transfer
33. Majone
34. American anti-cartel laws
35. John McCloy
36. Acculturation
37. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)
38. International Monetary Fund (IMF)
39. United Nations (UN)
40. The World Bank
41. Council of Europe
42. Good Governance

۴۳. عمده‌ترین مؤلفه‌های حکمرانی خوب که در یک نظام سیاسی مردم‌سالار تبلور می‌یابد، عبارتند از: مشارکت جامعه مدنی در مدیریت کشور (از طریق شرکت در انتخابات ملی و محلی، تشکیل آزاد اجتماعات و جمعیت‌ها و تأسیس رسانه‌های گروهی آزاد)، مسئولیت‌پذیری و پاسخ‌گویی نهادهای عمومی و خصوصی در برابر مردم و جامعه بین‌المللی، همه‌گیری و اجماع، انصاف و ارتقای قانون‌مداری در فرایندهای مختلف تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری، مدیریت شفاف منابع انسانی، طبیعی، اقتصادی و مالی، اثربخشی و کارایی فرایندها و نهادهای حاکمیت (در این خصوص، بنگرید به: میدری و خیرخواهان، ۱۳۸۳؛ هداوند، ۱۳۸۴؛ زارعی، ۱۳۸۳ و یاپ کیو، ۱۳۸۸).

44. Heidenheimer

۴۵. گفتنی است کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد، به موجب قطعنامه ۶۰/۲۵۱ مجمع عمومی سازمان ملل در مورخ ۱۵ مارس ۲۰۰۶، به «شورای حقوق بشر» تبدیل شد تا فعالیت خویش را بر اساس چارچوبی نوین، به‌طور منسجم‌تر به انجام رساند. مراسم افتتاحیه رسمی این شورا در تاریخ ۱۹ ژوئن ۲۰۰۶ (۲۹ خرداد ۱۳۸۵) انجام شد (ضیائی‌فر، ۱۳۸۵، صص. ۱۵-۱۶).

46. Amnesty International

47. Reporters Without Borders

۴۸. برای آگاهی از این تحولات، بنگرید به: نوع‌پرست، ۱۳۸۳ و باغچی و چالیش، ۱۳۸۳.

۴۹. گفتنی است که ترکیه پیش از این، در سال ۱۹۴۹ به عضویت «شورای اروپا» و در سال ۱۹۵۲ به عضویت «ناتو» در آمده است. این کشور در سال ۱۹۶۳ نیز صرفاً به عنوان «عضو وابسته» در «جامعه اقتصادی اروپا» پذیرفته شد (نوع‌پرست، ۱۳۸۳، ص. ۷۹).

۵۰. گفتنی است ارزیابی موفقیت یا شکست سیاست‌های وارداتی ترکیه و میزان تناسب آنها با زمینه‌های فرهنگی، اجتماعی و ساختار قضائی این کشور، موضوعی قابل بررسی و در خور توجه است که بررسی جداگانه‌ای را می‌طلبد، لیکن به‌طور خلاصه می‌توان گفت واردکردن سیاست‌های اصلاحی اجباری و ناشی از ضرورت در یک نظام حقوقی، که معمولاً به صورت ضربتی انجام می‌شود، عمدتاً به‌صورت نمادین و سمبلیک عمل کرده و فاقد تأثیر محتوایی در آن نظام حقوقی خواهد بود.

51. Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of the Death Penalty (1983).
52. Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances (2002).

کتابنامه

۱. آشوری، محمد (۱۳۸۶). «جایگاه زندان در سیاست کیفری جهان معاصر»، در: مجموعه مقالات همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، به‌کوشش مائده میرشمس شهشهرانی. تهران: میزان.
۲. آشوری، محمد (۱۳۹۹). جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، ویراست دوم. تهران: جهش.
۳. ارفعی، عالیه و دیگران (۱۳۷۲). حقوق بشر از دیدگاه مجامع بین‌المللی. تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه.
۴. بابایی، محمدعلی (۱۳۹۰). «جهانی شدن جرم: ضرورتی پیش روی مطالعات و تحقیقات جرم‌شناسی». آموزه‌های حقوق کیفری، (۱)، صص. ۱۱۵-۱۳۶.
۵. باغچی، حسین و چالیش، شعبان (۱۳۸۳). «عضویت ترکیه در اتحادیه اروپا: مناظره‌های پس از جنگ سرد». فصلنامه مطالعات خاورمیانه، (۱)، صص. ۱۵۵-۱۸۶.
۶. پایگاه خبری تحلیلی الف (۱۳۸۹/۱۲/۱۱). «چند نفر زندانی در کشور داریم؟». کد خبر: ۹۷۲۹۲؛ لینک خبر: <http://old.alef.ir/vdcirra3.t1ay32bcct.html?9txt>
۷. پایگاه خبری تحلیلی پارسینه (۱۳۹۰/۴/۲۶). «همه چیز درباره زندانیان ایرانی، رتبه ۳۳ در جهان و خودکشی در زندان». کد خبر: ۴۱۸۸۴؛ لینک خبر: parsine.com/000AtY

۸. پایگاه خبری تحلیلی خبر آنلاین (۱۳۹۰/۶/۱۴). «روزانه ۵ میلیارد تومان خرج زندانیان می‌شود». کد خبر: ۱۷۱۳۸۳، لینک خبر: yon.ir/SwaMZ
۹. پرادل، ژان (۱۳۸۳). «به دنبال جهانی شدن حقوق کیفری». ترجمه محمد مهدی ساقیان، پژوهش حقوق و سیاست، (۱۱)، صص. ۱۵۹-۱۷۸.
۱۰. روزنامه جام جم، یکشنبه ۲۶ خردادماه ۱۳۸۱.
۱۱. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۳). «حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت در ایران». مجله تحقیقات حقوقی، (۴۰)، صص. ۱۵۵-۲۰۲.
۱۲. زینالی، امیرحمزه (۱۳۹۴). جهانی شدن حقوق کیفری (در قلمرو حمایت از کودکان در برابر بزه‌دیدگی). تهران: میزان.
۱۳. ضیائی‌فر، محمدحسین (۱۳۸۵). «تأملی بر مصوبات جدید بین‌المللی مربوط به جمهوری اسلامی ایران در زمینه حقوق بشر». حقوق عمومی، (۲)، صص. ۱۴-۲۷.
۱۴. مهرپور، حسین (۱۳۸۶). حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران. تهران: اطلاعات.
۱۵. میدری، احمد (۱۳۸۳). «تغییر در سیاست‌های بانک جهانی و پیدایش نظریه حکمرانی خوب». نامه مفید، (۴۲)، صص. ۹۳-۱۱۸.
۱۶. میدری، احمد و خیرخواهان، جعفر (۱۳۸۳). حکمرانی خوب؛ بنیان توسعه. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۷. نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۸-۸۹). تقریرات درس «جامعه‌شناسی کیفری». تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۱۸. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «جهانی شدن بزهکاری»، (دیباجه در: ذاقلی، عباس (۱۳۹۴). قاجاق انسان در سیاست جنایی ایران و اسناد بین‌المللی. تهران: میزان، صص. ۱۳-۱۸.
۱۹. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «حقوق کیفری در آغاز هزاره سوم»، (دیباجه در: فیلچر، جورج. پی. (۱۳۹۵). مفاهیم بنیادین حقوق کیفری. ترجمه مهدی سیدزاده ثانی، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، صص. ۱۵-۲۶.
۲۰. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «قوه قضائیه در سنجش حکمرانی خوب»، (دیباجه در: آماده، غلامحسین (۱۳۸۸). نقش رئیس قوه قضائیه در فرایند کیفری ایران. تهران: دادگستر، صص. ۹-۱۲.
۲۱. نریمانی، اشرف و ستاری، محمدرضا (۱۳۸۳). «تحولات حقوق بشر در ترکیه». چشم‌انداز

- ارتباطات فرهنگی، (۱۲)، صص. ۶۰-۶۳.
۲۲. نوع پرست، زهرا (۱۳۸۳). «ترکیه و اتحادیه اروپا: دو دستگی آرا». *اطلاعات سیاسی - اقتصادی*، (۲۰۹-۲۱۰)، صص. ۷۸-۹۳.
۲۳. هداوند، مهدی (۱۳۸۴). «حکمرانی خوب، توسعه و حقوق بشر». *مجله حقوق اساسی*، (۴)، صص. ۵۱-۸۶.
۲۴. یاپ کیو، شنگ (۱۳۸۸). «حکمرانی خوب چیست؟». ترجمه یحیی کمالی. *تدبیر*، (۲۰۶)، صص. ۲۰-۲۲.
۲۵. وبگاه دادگستری کل استان تهران (۱۳۸۷). «نگاهی به دستاوردهای توسعه قضائی». لینک خبر: <http://www.tehranjudiciary.ir/tabid/74/Default.aspx>
۲۶. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۹۵). زندان‌زدایی و حبس‌زدایی: گزیده بیانات مرجع عالی‌قدر حضرت آیت‌الله العظمی سید محمود هاشمی شاهرودی. تهران: میزان.
۲۷. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۹۴). *منشور قضاء*. ج ۱، تهران: خرسندی.
28. Anheier, H. K. & Toepler, S. eds. (2010). *International Encyclopedia of Civil Society*. edition ed. s.l.:Springer.
29. Bennett, C. j. (1991). "Review Article: What Is Policy Convergence and What Causes It?". *British Journal of Political Science*, Volume 21, pp. 215-233.
30. Benson, D. (2009). "Review article: constraints on policy transfer", s.l.: The Centre for Social and Economic Research on the Global Environment (CSERGE).
31. Bernstein, S. & Cashore, B. (2000). "Globalization, Four Paths of Internationalization and Domestic Policy Change: The Case of EcoForestry in British Columbia, Canada". *Canadian Journal of Political Science*, Volume 33 (1), pp. 67-99.
32. Council of Europe (2004B), *Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances*, 2004, [Online] Available at: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=187&CM=10&DF=05/04/04&CL=ENG>
33. Council of Europe (2004A), *Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of the Death Penalty*, 2004, [Online] Available at: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=114&CM=10&DF=05/04/04&CL=ENG>
34. Dolowitz, D.; Greenwold, S. & Marsh, D. (1999). "Policy Transfer: Something Old, Something New, Something Borrowed, But Why Red, White And Blue". In: *Parliamentary Affairs*. s.l.:s.n., pp. 719-730.
35. Dolowitz, D. & Marsh, D. (1996). "Who Learns What from Whom: a Review of the Policy Transfer Literature". *Political Studies*, Volume 44, pp.

343-357.

36. Dolowitz, D. P. (2003). "A Policy-Maker's Guide to Policy Transfer". *The Political Quarterly*, Volume 74 (1), pp. 101-108.
37. Dolowitz, D. P. & Marsh, D. (2000). "Learning from Abroad: The Role of Policy Transfer in Contemporary Policy-Making", *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, Volume 13, pp. 5-24.
38. Garland, D. (2001). *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. 1st ed. Oxford: Oxford University Press.
39. Graham, W. & Robertson, A. (2021). Exploring criminal justice policy transfer models and mobilities using a case study of violence reduction. *Criminology and Criminal Justice*, Volume 00 (0), pp. 1-19.
40. Graham, W. (2016). *Global concepts, local contexts: A case study of international criminal justice policy transfer*. PhD Thesis, Glasgow Caledonian University, Glasgow, In: British Library.
41. Jones, T. & Newburn, T. (2002). "Learning from Uncle Sam? Exploring U.S. influences on British crime control policy". *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Volume 15 (1), pp. 97-119.
42. Jones, T. & Newburn, T. (2002). "Policy convergence and crime control in the USA and the UK: Streams of influence and levels of impact", *Criminology and Criminal Justice*, Volume 2 (2), pp. 173-203.
43. Jones, T. & Newburn, T. (2006). "Three Stricks and You're Out: Exploring Symbol and Substance in American and British Crime Control Politics", *British Journal of Criminology*, Volume 46, pp. 781-802.
44. Jones, T. & Newburn, T. (2007). *Policy transfer and criminal justice: Exploring US influence over British crime control policy*. 1st ed. s.l.:Open University Press.
45. McDevitt, j. & Miliano, R. (1992). "Day Reporting Centres: An Innovative Concept in Intermediate Sanctions". In: J. M. Byrne, A. J. Lurigio & J. Petersilia, eds. *Smart Sentencing: The Emergence of Intermediate Sanctions*. London: Sage.
46. Newburn, T. (2002). "Atlantic crossings: 'Policy transfer' and crime control in the USA and Britain", *Punishment Society*, Volume 4 (2), pp. 165-194.
47. Newburn, T. & Jones, T. (2001). *Policy Transfer & Crime Control: Some Reflections on Zero Tolerance*. San Francisco, s.n..
48. Oliveira, P. O., Gonnet, C. O. & Montero, S. (2020). *Latin America and Policy Diffusion: From Import to Export*. 1st ed., New York: Routledge.
49. Rose, R. (1991). "What is lesson-drawing?", *Journal of Public Policy*, Volume 11, pp. 3-30.
50. Rose, R. (1993). *Lesson-Drawing in Public Policy: A Guide to Learning Across Time and Space*. New Jersey: Chatham House.
51. Stone, D. (1999). "Learning Lessons and Transferring Policy across Time, Space and Disciplines", *Politics*, Volume 19 (1), pp. 51-59.
52. Walker, J. L. (1969). "The Diffusion of Innovations among the American States", *American Political Science Review*, Volume 63, pp. 880-899.
53. www.prisonstudies.org/country/iran

درخواست اشتراک

دو فصلنامه علمی- پژوهشی پژوهش نامه حقوق اسلامی

الف) اطلاعات فردی:	
نام خانوادگی:	نام:
رتبه علمی (اختیاری):	آخرین مدرک تحصیلی (اختیاری):
ب) اطلاعات مربوط به مؤسسات و کتابخانه‌ها:	
نام مؤسسه / کتابخانه:	وابسته به:
ج) نشانی (برای ارسال مجله):	
آدرس:	
کد پستی:	تلفن:
تلفن همراه:	نمابر:
پست الکترونیک:	شماره اشتراک (در صورت داشتن اشتراک سابق):
اشتراک از شماره:	تا شماره:

بهای اشتراک سالانه (دو شماره):

مؤسسات: ۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال

افراد: ۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال

• اساتید و دانشجویان از تخفیف ۳۰٪ برخوردارند.

علاقه‌مندان می‌توانند بهای اشتراک سالانه را که شامل هزینه‌های جاری نیز می‌شود، به حساب ۰۲۴۳۱۲۲۸۵۶ نزد بانک تجارت، شعبه علامه طباطبایی (کد ۰۲۴۳۰) واریز و اصل فیش را به همراه برگ درخواست اشتراک به نشانی زیر ارسال نمایند. (لطفاً روی فیش، عنوان **پژوهش نامه حقوق اسلامی** ذکر شود)

تهران، بزرگراه شهید چمران، پل مدیریت، دانشگاه امام صادق (علیه السلام)،

اداره کل پژوهش و نشر، اداره توزیع و فروش

تلفن: ۵-۸۸۰۹۴۰۰۱ داخلی ۵۱۲ دورنگار: ۸۸۳۷۰۱۴۲

صندوق پستی ۱۵۹-۱۴۶۵۵

<http://law.journals.isu.ac.ir>

Transfer of Crime Control Policy; Is It Voluntary or Coercive?

Kazem Koohi Esfahani*

Received: 2021/11/15

Ali Hosein Nadjafi Abrandabadi**

Accepted: 2022/01/29

Mohammad Farajiha***

Transferring crime control policy is defined as a process in which knowledge and information about ideas, ideologies, judicial practices, and crime control policies are transported from one jurisdiction to another.

This term, which has been recently considered by some criminologists in the early twenty-first century, came from 'policy transfer' literature in comparative political science.

Today, the study of the transfer process has become critical, since the transfer of policies between countries and the importation of ideas from abroad are on the rise.

The legal system of Iran has used transitional crime control policies in its criminal justice system to resolve legal and criminal problems, so it needs to be familiar with this important and influential matter. It can be very effective in ensuring the success of transitional policies. It can be very effective in ensuring the success of imported Iranian crime control policies.

This article has four sections. In the first section, the conceptual framework of policy transfer is explained. Then, the types of transfer (voluntary transfer and coercive transfer) will be reviewed in the field of criminal policy with concrete examples. And finally, in the last section, we illustrate a wide range of transmission, involving both voluntary and coercive elements of transfer.

Keywords: policy transfer, voluntary transfer, coercive transfer, crime control policy, criminal policy-making.

* Assistant Prof.- Department of Criminal Law and Criminology-Faculty of Islamic Studies and Law-University of Imam Sadeq, Tehran, Iran (Corresponding Author).

kazemkoohi110@gmail.com

** Prof.- Department of Criminal Law & Criminology- Faculty of Law- Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

ahnaus@yahoo.com

*** Associate Prof.- Department of Criminal Law & Criminology- Faculty of Law- Tarbiat Modares University, Tehran, Iran.

mohammadfarajiha@gmail.com

Religious supervision requirements of the Guardian Council jurists In Islamic Republic of Iran Legal System

Mohammad javad Rezaei zadeh baravati*

Received: 2021/09/21

Mahdi Ebrahimi**

Accepted: 2022/01/01

Mohamad Bahadori Jahromi***

One of the most crucial issues regarding how to exercise the jurisdiction of the Guardian Council jurists is the necessary clarification of the jurisdiction that is exercised solely through the Grand Jurors. Accordingly, research has been carried out on this subject, entitled "The Sharia Laws of the Guardian Council Jurists in the Constitutional System of the Islamic Republic of Iran." The main question of this research is to find and summarize these requirements and requirements, or in other words to answer the question, "What are the legal requirements of the Guardian Council jurists in the Iranian constitutional system?" Accordingly, the main hypothesis of this research, which answers the above question, would be: "The most central issues that the constitutional legislator considers necessary for the exercise of religious supervision exercised by the jurists of the Guardian Council are: the sovereignty and fulfillment of Article 4 of the Constitution, balance. Shari'a rule and the rule of law, the null and void effect of anti-Sharia laws, standard fatwas, and the temporal and subjective scope of Shari'a supervision".

This research is based on the principles underlying the constitution and the author has accepted the order in the constitutional system of the Islamic Republic of Iran and has attempted to analyze and present the material. In other words, the main question of this research should be considered in the constitutional paradigm in which the Shari'a is regarded as the supreme norm. This is the researcher's strategic rule from the beginning to the end of this research.

Keywords: Guardian Council, Religious Supervision, Article 4 of the Constitution, Requirements of religious Supervision, Governmental Fatwa, Legislation, Laws and Regulations.

* ssociate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, Tehran, Iran (Corresponding Author).

rezaeizd@ut.ac.ir

** Ph.D. Student in Public Law, Faculty of Law and Political science, Azad Islamic University, Tehran, Iran.

mahdy.ebrahimi@gmail.com

*** Assistant Ptofessor, Department of Public Law, Faculty of Law, Tarbiyat Modares University, Tehran, Iran.

m.bahadori@modares.ac.ir

The Role of the Guardian Council in Ensuring Compatibility between Persian and Non-Persian Texts of International Treaties

Abdolmajid Soudmandi*

Received: 2021/06/05

Accepted: 2022/01/14

In spite of the silence of the Constitution and the Guardian Council's Regulations regarding the Council's authority to oversee the compatibility of Persian and non-Persian texts of treaties, the council has returned some approved treaties to the parliament because the texts are inconsistent. The question that arises in this regard is to what extent the action of the council has been able to correct the Persian text of the treaties?

According to a preliminary study, the above action of the council resulted in the declaration of ambiguity in the parliament's enactments. Therefore, in this article, the council's declarations of ambiguity in regard to the compatibility of Persian and non-Persian texts of the treaties were examined and it turned out that out of 852 treaties reviewed by the council until the end of 1399, 12 treaties faced such ambiguity and the factors of ambiguity were: 1. Lack of treaty annexes, 2. Obscurity of some articles of the treaty, 3. Existence of provisions contrary to legal principles, 4. Editing, phraseology, spelling, and translation errors. These cases have been examined and most of them were found to be correct, so the parliament has corrected the enactments as a result of the errors raised by the council.

However, the council's worthy role was not without flaw in this respect, since in some cases its declaration of ambiguity did not hold true, and in other cases, despite the contradiction between the Persian and non-Persian texts of a treaty, the parliament's enactment was approved by the Guardian Council.

Keywords: The Guardian Council, Ambiguity, International Treaties, Contradiction between Persian and Non-Persian Texts of Treaties, Comparing the Persian and Non-Persian Texts of Treaties.

* Assistant Prof., Department of Law, Faculty of Social Sciences, Payame Noor University, Tehran, Iran.

Soudmandi@pnu.ac.ir

Every jurisconsult is accountable" rule (jurisconsult liability) in proving the legislative liability

Mahdi Mohammadzadeh*

Received: 2021/10/27

Accepted: 2022/01/14

It has long been questioned whether the legislature can be held responsible for damages caused to individuals or legal entities if their legislation causes harm? Some argue that theoretically since the law is one of the most critical tools for the survival of the state (immunity based on the sovereignty of the state) and the means of implementing philosophical-political principles for the formation of a government (immunity based on the primacy of public interest over private interest) and on the other hand, the assumption of legislative liability will have a huge financial cost for the government (immunity based on limited government resources), therefore the immunity of the government and the legislature from the law must be acknowledged. The purpose of this article was to open up a way to prove the civil liability of the government under the legislation based on the jurisprudence of the Ahl al-Bayt (PBH). Hence, the main question is designed as follows: "Can the legislator be considered liable in the event of damage by relying on the general rules of the liability chapter (especially the jurisconsult liability rule) "and by applying the rule to the fatwas of the jurists, the legislature of the parliament, the performance of the Guardian Council and also the ruling of the Supreme Leader, can they be held responsible in case of damage? "It seems that if in Islamic society, the ruling and the law cause harm, the source of the same ruling, i.e. the ruler of the Islamic society (government and its legislative components), is responsible for compensation and will be liable for all laws issued in society. Compensation methods and operational strategies for this significant issue are a serious discussion that is beyond the scope of this article.

Keywords: legislative liability, legislation, "every jurisconsult is accountable" rule, governor's mistake, social liability, goodness rule.

* Ph.D. in (Private Law), Faculty of Islamic Science and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.

mahdi.mamizadeh@gmail.com

Developments in the criminal legislation of the Islamic Republic regarding imprisonment with a jurisprudential approach

Gholamhossein Elham*

Amir Vatani**

Mahboubeh Hasanzadeh Leilakouhi***

Received: 2021/07/18

Accepted: 2022/01/14

While imprisonment (Habs) is the most common criminal response in the criminal law system of the Islamic Republic, its recognition and legitimacy remain contested since the victory of the Islamic Revolution. The authority of imprisonment (Habs) as ta'zir and its limits has been debated by Imami scholars. This is a point of view and is open to review. The first mission of this article is to analyze the opinions of jurists regarding the legitimacy and limits of the application of this punishment. A selected view on the illegitimacy of the prison sentence (Habs) was selected after presenting this subject. As a result of proving this assertion, a new theory will dominate the penal system in the country, and that theory is that punishments should be minimally incarcerated. According to this theory, the legislator should determine this punishment in a confined manner and in cases of necessity. It is not possible to extend it to a wide range of crimes. In this article, the argumentative approach will be to discuss both the lexical meaning of the word imprisonment (Habs) and the Qur'anic meaning - as well as to examine the central emphasis of fundamentalism in the interpretation of texts and the philosophy of punishment legislation. Developments in the criminal law of the Islamic Republic in the field of the use of prison sentences have also been discussed in the present study.

Keywords: Punishment, Imprisonment, Prison, ta,zir., Sharia.

* Associate Prof. Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, University of Tehran, Tehran, Iran.

dr.elham@ut.ac.ir

** Assistant Prof. Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Kharazmi, Tehran, Iran.

vatani@khu.ac.ir

*** Ph.D. Student in Jurisprudence and Criminal Law, Faculty of Law, University of Kharazmi, Tehran, Iran (Corresponding Author).

Mah.hasanzadeh@yahoo.com

Investigating the time impact of nullity on labor contract

Abbas Karimi*

Received: 2020/05/07

Behnam Shekoochi Mashhadi**

Accepted: 2022/01/13

According to the legal vacuum in retroactive and no retroactive effects of nullity in the labor contract, this article examines the views on this topic and identifies the effects of each in a descriptive, analytical and comparative approach. The result was that one could deduce the legislative to nullify the contract in accordance with the general contract rules. In French, German, Italian, and Luxembourg law, the no retroactive effect of nullity has been accepted because of pay and its fringe benefit to the worker. In this article, the same result has been achieved in our rights to the rules of "liability of usurper" and "Ma Yozman". But in cases where nullity is with bad faith (such as the nullity caused by the wrongdoing of the employer in the personality of the worker and an illicit contract), because of prohibiting the use of bad faith people with legal protections and contrary to public policy, a labor contract cannot create such benefits for them. Regarding labor imperative regulations as mentioned in the laws of foreign countries and in our labor law, some of those cases have been criminalized. In any case, even with the cancellation of the contract, their compliance is mandatory.

Keywords: retroactive and non-retroactive, nullity, wage, remuneration, labor imperative regulations.

* Prof. of private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran (Corresponding Author).

abkarimi@ut.ac.ir

** Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

behnam.shekoochi@ut.ac.ir

Rules Governing the Multiplicity of Offence of Smuggling of Goods and Currency

Omid Rostami Ghazani*

Received: 2021/01/28

Accepted: 2021/08/06

Taking smuggling of goods and currency so seriously, lawmakers enacted the Law of Combat against Smuggling of Goods and Currency. This law adopts a harsh penal policy. Predicting special regulations regarding the offense of smuggling goods and currency on the one hand, and referring the verdict of some issues to general laws, including the Islamic Penal Code, has caused ambiguities regarding the application of some institutions, including the issue of multiple offenses, regarding the offence of smuggling goods and currency. Inclusion or non-inclusion of multiplicity regulations on instances of smuggling violations, provision of specific regulations such as professional smuggler and its relationship with the institution of multiplicity, the multiplicity of smuggling offenses with related offenses, and how to aggregate convictions to enforce multiplicity regulations are some of the ambiguities that this article has tried to resolve with a descriptive and analytical method. Due to these opposing views, it is nonetheless considered that the rules of the multiplicity of crimes apply to cases of trafficking violations and that this requires a logical response to the problem of compiling sentences issued by the Revolutionary Courts and Governmental Penalties Organization branches. In addition, even though the rule of multiplicity in different instances of the offence of smuggling with each other and about other crimes is subject to the provisions of the Islamic Penal Code, it should be noted that special provisions are applicable in this regard.

Keywords: Multiplicity of Offence, Spiritual Multiplicity, Material Multiplicity, Smuggling of Goods and Currency, Professional Smuggler, Aggregation of Convictions.

* Assistant Prof. of Criminal Law, Faculty of Law, Ahlul Bayt International University, Tehran, Iran.

o.rostamighazani@abu.ac.ir

Criticizing and analyzing to Definition of right of Ghasm in Shia's jurisprudence Opinion

Seyyed Mahdi naghibi*
Sedigheh Mohammadhasani**

Received: 2019/01/19
Accepted: 2022/01/08

In Shia jurisprudence, "ghasm" is one of the rights of the wife in marriage, which has been legislated to ensure fairness between wives in polygamy. There are three different definitions of "ghasm". The first definition of "ghasm" refers to an obligatory right of alimony for the wife. According to the second definition of "ghasm", it refers to "enforcing justice among Wives" and according to the third definition, it refers to "dividing the nights among Wives". The right to "ghasm" established by alimony is not comprehensive, and it is not exclusive. In addition, given that this right to "ghasm" has resulted in "the establishment of justice between the wives", it is permissible to define it in the context of "justice". According to the division of the night, the right to "ghasm" defines itself most accurately, as it corresponds to the nature of the "ghasm" and is free of the shortcomings of the other two definitions. While the definition of the "ghasm" right in Shia's jurisprudence and the special place of this right in stabilizing the relations between spouses in the case of polygamy are fully explained, the reflection of these provisions in family law has been neglected. The current study fills this gap by not only explaining this legal defect, but also proposing a precise definition of the term "ghasm" and several articles in family law to reflect this.

Keywords: Right To Ghasm, Alimony, Justice, Divide the Nights.

* Assistant Prof. Faculty of Jurisprudence and Principal, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran.

Seyyed_mahdi_naghibi@yahoo.com

** Ph.D. Student in (Private Law), Faculty of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran (Corresponding Author).

Mohamadhasani600@yahoo.com

Comparative Study of the Basis of Product Liability under Iranian, French and American Legal Systems

Mohammadkazem Mahtabpoor*

Received: 2020/05/04

Accepted: 2020/10/01

The production of various risky products has led to an increase in the possibility of injury to people from these products. Therefore, special systems regarding product liability have been recognized in deferent countries to protect injured people. This system has been led to “Strict Liability”. According to Iranian law, which is based on Islamic principles (Fiqh), direct and indirect damages are the basis for no-fault liability, and if the product liability concept is interpreted by Islamic principles, then no new legislation will be needed. Damage caused by the product is related to the manufacturing process and fault of the product. Therefore, it is not necessary to prove the fault of the producer or the defects of the product. If the product is not the only cause of damage, the defect must be proven. The product defect is not the only fault, but the manufacturer has also committed fraud since the consumer intended to use the intact product. So the producer is the predominant cause.

Keywords: Product Liability, Strict Liability, direct damage, indirect damage, Comparative Study, America legal system, Iran legal system, France legal system.

* PHD in Private Law, Faculty of Law, University of Shahid Beheshti, Tehran, Iran.
Mkmahtab@gmail.com

Jurisprudential and legal study of intention and consent in Cyberspace contracts based on international documents

Amir Ahmadi*
Yaser Yousefi**
Islam Babakhani***

Received: 2021/05/25

Accepted: 2021/12/19

In this study, we address issues concerning virtual contracts and express gaps concerning Iran's codified laws, Islamic jurisprudence, and international documents such as the Geneva Convention and the Convention on the International Sale of Goods, which are not explicitly addressed in Iran's e-commerce law. Consequently, in this research, the effects of conciliation of the parties to the contract by telephone, telex, and new virtual devices will be explored as well as the effects and rulings of contract conclusion. This research is applied from the standpoint of purpose, descriptive, and structural. The study concludes that there are challenges and gaps in the law for the conclusion of a virtual contract, and reveals a solution to eliminating these challenges and gaps.

Keywords: Intention and consent, Virtual contracts, Offer, Virtual Acceptance.

* Assistant Professor, Department of law, Payame noor University, Tehran, Iran
(Corresponding Author).

Amir.Ahmadi@pnu.ac.ir

** Researcher of Judiciary Research Institute, Tehran, Iran.

yaser.yousefi1360@gmail.com

*** Master of Islamic Jurisprudence and Law, Secretary of Education of Karaj city, Alborz, Iran.

Islam457@gmail.com

Implying indication and its application in law

Aliakbar farahzadi*

Fatemeh Abtahi**

Fatemeh rezaei***

Received: 2020/08/12

Accepted: 2021/12/23

Implying indication is one type of context indication. This implies the speaker's intent and determines whether the connotation in an exclamatory sentence or the meaning in a declarative sentence is true. Generally, the principles of Islamic jurisprudence (usul al-fiqh) accepts the credit of implying indication. Belief in the generality or non-generality of the implication of necessity is effective in the category of inference from rulings and law. It can be accepted in the law and be used for interpretation laws as the civil code, commercial code, and criminal code. The application of the context indication does not present any problem in the interpretation of civil and commercial laws in which the broad interpretation is accepted as the principle. Similarly, the principle of the necessity of narrow interpretation does not preclude the validity of the implication in substantive criminal law. Because narrow interpretation does not mean interpretation of any kind of ambiguity. Therefore, the legislator's intent must first be discovered and if it is not possible to discover the will of the legislator, then doubt is interpreted in favor of the accused. The implication is used to interpret (the) contract as well, and it is valid unless it violates the law or public policy.

Keywords: Implying indication, interpretation law, Context indication, contract.

* Ali akbar farahzadi, associated professor, Islamic law, university of judicial sciences and administrative services, Tehran, Iran.

aliakbar.farahzadi@yahoo.com

** Fatemeh abtahi, Phd Student in Private Law, university of judicial sciences and administrative services, Tehran, Iran.

Mabtahi34@yahoo.com

*** Fatemeh rezaei, Phd Student Jurisprudence and Basics of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran (Corresponding Author).

rezaeirezaei.fa@um.ac.ir

Jurisprudential principles of out of agreement requirements in labor Contracts

Ehsan Ahanghari*
Abedin Moumeni**

Received: 2019/10/23
Accepted: 2020/04/16

The passage of the Labor Bill was fundamentally flawed by the Guardian Council. The bill imposed requirements such as working hours, wages, and workers' insurance on the employer. The Guardian Council, since analyzing the employment contract by the provisions on the lease of persons in jurisprudence, blamed the bill for this.

These requirements were not religious in any way, according to the council. In the view of the jurists of the Guardian Council, the labor-employer relationship is a completely private one in which the government has no right to enter or interfere. The insistence of the Islamic Consultative Assembly, on the one hand, and the denial of the Guardian Council, on the other, eventually led to the establishment of the Expediency Council, which eventually approved the bill on expediency. However, the jurisprudential problems of this law remain a mystery. With this article, an attempt has been made to analyze the jurisprudential aspects of the employment contract. Finally the basis of the government's intervention into this contract is the lack of influence of contracts concluded in the event of an emergency breach.

Keywords: Labor contract, coercion, abuse of coercion, la zarar rule, Pricing.

* Ph.D. in (Islamic jurisprudence and legal fundamentals, Faculty of theology, University of Tehran, Tehran, Iran (Corresponding Author).

ehsanahangari@gmail.com

** Associate Prof. of Islamic jurisprudence and legal fundamentals, Faculty of theology, University of Tehran, Tehran, Iran.

abedinmomeni@ut.ac.ir

- **Every jurisconsult is accountable" rule (jurisconsult liability) in proving the legislative liability 519**
Mahdi Mohammadzadeh
- **The Role of the Guardian Council in Ensuring Compatibility between Persian and Non-Persian Texts of International Treaties..... 553**
Abdolmajid Soudmandi
- **Religious supervision requirements of the Guardian Council jurists In Islamic Republic of Iran Legal System..... 583**
Mohammad javad Rezaei zadeh baravati, Mahdi Ebrahimi and Mohamad Bahadori Jahromi
- **Transfer of Crime Control Policy; Is It Voluntary or Coercive? 605**
Kazem Koochi Esfahani, Ali Hosein Nadjafi Abrandabadi and Mohammad Farajiha
- **Abstracts of articles in English 3**

Contents

- **Jurisprudential principles of out of agreement requirements in labor Contracts 313**
Ehsan Ahanghari and Abedin Moumeni
- **Implying indication and its application in law 337**
Aliakbar farahzadi, Fatemeh Abtahi and Fatemeh rezaei
- **Jurisprudential and legal study of intention and consent in Cyberspace contracts based on international documents 359**
Amir Ahmadi, Yaser Yousefi and Islam Babakhani
- **Comparative Study of the Basis of Product Liability under Iranian, French and American Legal Systems 387**
Mohammadkazem Mahtabpoor
- **Criticizing and analyzing to Definition of right of Ghasm in Shia's jurisprudence Opinion 413**
Seyyed Mahdi naghbi and Sedigheh Mohammadhasani
- **Rules Governing the Multiplicity of Offence of Smuggling of Goods and Currency 445**
Omid Rostami Ghazani
- **Investigating the time impact of nullity on labor contract 471**
Abbas Karimi and Behnam SHekoohi Mashhadi
- **Developments in the criminal legislation of the Islamic Republic regarding imprisonment with a jurisprudential approach 499**
Gholamhossein Elham, Amir Vatani and Mahboubeh Hasanzadeh Leilakouhi

In the Name of Allah the Compassionate the Merciful

Islamic Law Research 54

Bi-quarterly Journal Islamic Law Research, Research Article
Vol. 22, No. 2 (Serial 54), Autumn 2021 & Winter 2022

Publisher: Imam Sadiq(a.s) University

Managing Director: Salman Emrani, Assistant Professor (Expertise: Criminal law and criminology) Imam
sadiq (a.s) University

Editor in Chief: NejadAli Almasi

Manager Editorial: Mohammad Hashemi Syavoshani

Editorial Board (In Alphabetical & Academic Rank Order):

Nejad Ali Almasi.....Professor (Expertise: Private Law)Tehran University
Abbas Karimi.....Professor (Expertise: Private Law)Tehran University
Sayyed Fazlollah Musavi..... Professor (Expertise: Public Law) Tehran University
Sayyed Hosein SafaeiProfessor (Expertise: Private Law)Tehran University
Sayyed Mostafa Saadat Mostafavi...Associate Professor (Expertise: Private Law)Imam sadiq(a.s) University
Ali Gholami...Associate Professor (Expertise: Criminal law and criminology)Imam sadiq(a.s) University
Tavakkol Habibzadeh.... Associate Professor (Expertise: Public Law)Imam sadiq(a.s) University

The Articles in this Publication do not Necessarily the Views of the
Imam Sadiq(a.s) University. The Quotes Are Only Full References

Pirinting: Imam Sadiq(a.s) University Press
358 Pages/ 500.000 RIS

Address: Imam Sadiq University, Modiriat Bridge, Shahid Chamran Highway, Tehran, Iran
P.O. Box: 14655-159

Management of Technical and Printing: Deputy of Research and Technology,
Telfax:+9821-88575025

Management of Scientific & Editorial Affairs: Islamic Studies & Law Faculty,
Telfax: +9821-88385118

Address of the Dedicated Journal System: <http://www.law.journals.isu.ac.ir>
Email: ilr@isu.ac.ir