

فصلنامه

تحقیقات حقوقی (علمی)

- ◀ تعهدات مالی شرکت‌های نفتی بین‌المللی (IOC) در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز ایران موسوم به IPC
گودرز افتخارچهرمی، مهدی منتظر، محمد امامقلی
- ◀ سوءاستفاده از حقوق قراردادی در مرحله اجرای قرارداد
رامین شریفی محله، عباس کریمی، زین‌العابدین تقوی
- ◀ جذب و اجرای معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان
محسن عبدالهی، فضل احمد احمدی
- ◀ ضمان قهری یا مسئولیت مدنی
جلیل قنواتی
- ◀ توصیف حقوقی پیمان و آثار حقوقی آن
شیمایفادارنیا، علیرضا یزدانیا، علیرضا فصیحی‌زاده
- ◀ ارزیابی پویایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
حسن وکیلان، جواد یحیی‌زاده
- ◀ کاربرد اصل تناسب در رویه دیوان عدالت اداری
وحید بیات مختاری، محمد جلالی، محسن طاهری
- ◀ جنبه‌های حقوقی فناوری تعیین جنسیت جنین
نوید زمانه قدیم، شایان حاضری
- ◀ معافیت از مسئولیت قراردادهای بین‌المللی در عصر کرونا در پرتو کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ - وین)
حسین کاویار، محمدحسین تقی‌پور درزی نقیبی
- ◀ امکان‌سنجی احراز مسئولیت ناشی از آسیب‌های فرانسلی با مطالعه موردی پرونده کاتانگا
سیدمهدی سیدزاده‌ثانی، علیرضا مشیراحمدی
- ◀ بازخوانی تحلیلی - انتقادی ملاک تفکیک جرایم مستوجب حد از جرایم تعزیری
حسین خدایار
- ◀ حاکمیت ژانوسی؛ مفهوم‌پردازی حاکمیت ملی در قانون اساسی مشروطه
کاوه پولادی
- ◀ رویکرد تطبیقی به قرارداد احتمالی در حقوق ایران و انگلستان
جمشید نورشرق، لقمان کیاباشا، عباس پهلوان زاده، محمود حبیبی
- ◀ ضمانت‌اجرای دادرسی در گستره ادله کیفری
عباس تدین، ابراهیم عبدالله‌پور، اکبر رجبی
- ◀ کاهش جمعیت کیفری زندان در پرتو مشاغل انتقالی و اشتغال یارانه‌ای
فتاحه تیموری، محمود اشرفی، مسعود حیدری

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

با همکاری انجمن ایرانی حقوق تطبیقی، انجمن ایرانی حقوق جزا،
انجمن ایرانی داورى و انجمن ایرانی حقوق ادارى

تحقیقات حقوقی

فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

سال ۴۰، شماره ۱۰۵، بهار ۱۴۰۳



شاپا چاپی: ۰۷۷۲-۱۰۲۴ شاپا الکترونیکی: ۵۹۱۱-۳۰۶۰

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق

مدیر مسئول: عباس قاسمی حامد

سر دبیر: ابراهیم بیگزاده

مدیر داخلی: اسداله یآوری

دستیاران مدیر داخلی: مریم غنی‌زاده بافقی، منظر وفادار

اعضای هیات تحریریه

محمد آشوری (استاد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

نجداد علی الماسی (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

محمدرضا پاسبان (دانشیار حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران)

عبداله شمس (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

سیدحسین صفائی (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

هدایت اله فلسفی (استاد حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

سیدمصطفی محقق داماد (استاد حقوق اسلامی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

علی حسین نجفی ابرنآبادی (استاد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

صفحه آرایی: مرضیه برکت

ویراستاران: مریم غنی‌زاده بافقی، الهام وحدانی‌فر

طراح جلد: زهرا غنی‌زاده بافقی

به استناد مجوز ۳/۴۷۹۶ مورخ ۱۳۸۶/۶/۱۱ کمیسیون نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری،

فصلنامه تحقیقات حقوقی، فصلنامه‌ای علمی شناخته شده است.

نشانی: تهران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، دفتر نشریه تحقیقات حقوقی، کدپستی: ۱۹۸۳۹۶۹۴۱۱

وبگاه: <https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir> و پست الکترونیک: law.res.mag@gmail.com

تلفن: ۰۲۱۲۲۴۳۱۶۸۱ - تلفکس: ۰۲۱۲۲۴۳۱۷۵۹

این فصلنامه در پایگاه استنادی جهان اسلام ISC و نیز ایران ژورنال (نظام نمایه‌سازی مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری) نمایه شده است و از طریق سایت‌های www.isc.gov.ir و www.ricest.ac.ir و www.noormags.ir در دسترس جامعه علمی جهانی قرار دارد.



شیوه‌نامه نگارش و ارسال مقاله

الف) ضوابط کلی

۱. مجله تحقیقات حقوقی هر سه ماه یک‌بار به انتشار مقالات علمی در زمینه‌های مختلف حقوقی و مباحث مرتبط با این رشته می‌پردازد.
۲. ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه به نشانی: <http://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir> امکان‌پذیر است. از همین رو خواهشمند است از هرگونه ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر مجله یا ارسال ایمیل‌های محتوی مقاله به آدرس ایمیل مجله خودداری شود.
۳. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله به عهده نویسنده یا نویسندگان آن است.
۴. فصلنامه در پذیرش، رد و ویرایش مقالات آزاد است.
۵. مقالات دریافتی پس از ارجاع به داوری قابل استرداد نخواهد بود.
۶. دانشجویان الزاماً بایستی همراه با یکی از استادان عضو هیئت علمی مقاله ارائه نمایند.
۷. نوع داوری فصلنامه به صورت بی‌نام و حداقل سه داور می‌باشد.

ب) شرایط محتوایی

۱. مقاله می‌بایست در حوزه‌های مرتبط با موضوع فصلنامه باشد.
۲. مقاله بایستی واجد درجه علمی تلقی گردد.
۳. نوع مقالاتی که برای چاپ ارسال می‌شود باید محصول تحقیقات نویسندگان و متضمن دستاورد علمی جدید با تکیه بر نتایج عملی باشد.
۴. مقاله نمی‌بایست قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ شده و یا هم‌زمان به نشریه داخلی دیگری ارسال شده باشد.
۵. از آنجاکه زبان مجله فارسی است، لازم است آیین نگارش زبان فارسی کاملاً رعایت گردیده و از به کار بردن اصطلاحات خارجی که معادل دقیق و پذیرفته‌شده فارسی دارند خودداری شود.

ج) شرایط شکلی

۱. حداکثر حجم مقاله مشتمل بر کلیه صفحات اعم از عنوان، چکیده‌ها، بدنه، نتیجه‌گیری و منابع ۸۰۰۰ کلمه در قطع A4 به شرح آتی خواهد بود.
۲. فرمت دریافتی فایل مقاله Doc یا Docx خواهد بود.

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

موضوع	اندازه	نوع فونت	موضوع	اندازه	نوع فونت
عنوان مقاله به فارسی	Bold ۱۴	B Nazanin	متن	۱۲	B Nazanin
عنوان مقاله انگلیسی	Bold ۱۴	Times New Roman	متن عربی	۱۳	M Mitra
اسامی نویسندگان فارسی	Bold ۱۰	B Nazanin	پانویس فارسی	۱۱	B Mitra
اسامی نویسندگان انگلیسی	Bold ۱۰	Times New Roman	پانویس انگلیسی	۹	Times New Roman
متن چکیده فارسی	۱۱	B Nazanin	عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها	۱۰	B Nazanin
متن چکیده انگلیسی	۱۱	Times New Roman	منابع فارسی	۱۲	B Nazanin
تیتراهای داخل متن	Bold ۱۳	B Nazanin	منابع انگلیسی	۱۰	Times New Roman

۳. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد:

• صفحه اول: عنوان، چکیده و کلمات کلیدی فارسی

- عنوان مقاله
- نام نویسندگان
- رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسنده مسئول مقاله، در پاورقی صفحه‌ی اول درج خواهد شد.
- چکیده‌ی فارسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به‌اختصار بیان نماید.
- حجم چکیده حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.

• **صفحه دوم: عنوان، چکیده و کلمات کلیدی به زبان انگلیسی**

- عنوان مقاله و نام نویسندگان به زبان انگلیسی می‌بایست در صفحه‌ی دوم درج گردد.
- رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسنده مسئول مقاله به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه‌ی دوم درج خواهد شد.
- چکیده‌ی انگلیسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید.
- حجم چکیده انگلیسی حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.

• **صفحه سوم: مقدمه**

- در مقدمه می‌بایست حتی‌الامکان به بیان هدف، طرح مسئله، مورد تحقیق، ضرورت و مبانی توجیهی موضوع تحقیق پرداخته شود.

• **صفحات بعدی: بدنه مقاله**

- عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی و با رعایت شماره‌گذاری عددی باشد؛ کلیه مطالب به استثنای مقدمه و نتیجه باید حداکثر ذیل ۵ شماره آورده شود.
- یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه‌شده در مقاله باشد.
- ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده‌شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد.
- پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود لازم به ذکر است سبک ارجاعات می‌بایست همانند سبک درج فهرست منابع باشد.

• **صفحه آخر: فهرست منابع**

- منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب/مقاله/قوانین/منبع الکترونیک/پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند.
- کلیه منابعی که به زبانی غیر از انگلیسی هستند باید به زبان انگلیسی نیز ترجمه شوند.

کتاب فارسی:

- نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (و نام خانوادگی نویسنده‌ی بعدی، نام نویسنده)، عنوان کتاب (**توپر و ایرانیک**)، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر و سال انتشار، (صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها).
- مثال: فلسفی، هدایت الله، **حقوق بین‌الملل معاهدات**، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳، ص. ۸۳.
- دو نویسنده یا بیشتر:
- نام خانوادگی، نام، نام و نام خانوادگی نویسنده دوم به بعد. عنوان کتاب. محل نشر: انتشارات، سال انتشار، (صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها).
- مثال: دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی. قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. ویرایش اول. تهران: خلیج فارس، ۱۳۸۰، ص ۱۸۳.

کتاب انگلیسی:

- نام خانوادگی، حرف اول نام نویسنده. عنوان کتاب (ایتالیک). شماره ویرایش. محل نشر: انتشارات، سال انتشار، (صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها).
- مثال: Pollan, M. *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*. 2nd Ed. New York: Penguin, 2006.
- دو نویسنده یا بیشتر:
- نام خانوادگی، نام، و نام و نام خانوادگی نویسنده دومی به بعد. عنوان کتاب، شماره‌گان چاپ. محل نشر: انتشارات، سال انتشار.
- مثال: Ward, Geoffrey C., and Ken Burns. *The War: An Intimate History, 1941–1945*. First Ed. New York: Knopf, 2007.

مقاله فارسی:

- نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، عنوان مقاله به صورت **توپر**، نام نشریه، دوره/سال، شماره مجله، صفحات شروع تا پایان (در ارجاعات شماره صفحه‌ی ارجاعی).
- مثال: صفایی، سید حسین، **نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در مورد معامله: تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر**، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۹۱، شماره ۵۹، صص ۶۲-۴۱.

مقاله انگلیسی:

- نام خانوادگی، حرف اول نام نویسنده. عنوان مقاله در گیومه، نام مجله (به صورت *Italic*) شماره مجله (سال انتشار): صفحه در صورت ارجاع در پانویس.
- مثال: Joshua I, W. "The Market in Plato's Republic," *Classical Philology* 104 (2009): 440.

پایان‌نامه و رساله فارسی:

- نام خانوادگی، نام. عنوان. رساله/پایان‌نامه، محل دانشگاه: نام دانشگاه، سال چاپ.
- مثال: یروانیان، امیر. «سیاست‌گذاری جنایی؛ مبانی، اصول راهبردی و مدل‌ها». رساله دکترا، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰

پایان نامه و رساله انگلیسی:

نام خانوادگی، نام. عنوان. رساله/پایان نامه، نام دانشگاه، سال چاپ.

مثال:

Choi, Mihwa. "Contesting Imaginaires in Death Rituals during the Northern Song Dynasty." PhD diss., University of Chicago, 2008.

منبع الکترونیک:

نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، عنوان مقاله (توپر)، نام مجله یا سایت، آدرس سایت قابل دسترسی، تاریخ آخرین بازدید.

مثال:

Lang, Jon, **the Protection of Commercial Trade Secrets**, 25 European Intellectual property Review No 462 (October 2003), available at:
<http://www.nsi.org/library/espionage/asta/html>(last visited on 08/03/ 2011).

به منظور ثبت الکترونیک مقاله، شما نیازمند دو فایل از مقاله خود هستید؛ فایل اول با مشخصات فوق تنظیم گردیده و فایل دوم فاقد نام و مشخصات نویسنده یا نویسندگان (فارسی یا انگلیسی) خواهد بود.
در هنگام ثبت مقالات دارای بیش از یک نویسنده، ارسال فایل حاوی اسکن تأییدیه سایر نویسندگان به بعد الزامی می باشد.



فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

سال ۴۰، شماره ۱۰۵، بهار ۱۴۰۳

فهرست مطالب این شماره

- ۱..... تعهدات مالی شرکت‌های نفتی بین‌المللی (IOC) در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز ایران موسوم به IPC
- گودرز افتخارچهرمی، مهدی منتظر، محمد امامقلی
- ۲۱..... سوءاستفاده از حقوق قراردادی در مرحله اجرای قرارداد
- رامین شریفی محله، عباس کریمی، زین‌العابدین تقوی
- ۳۷..... جذب و اجرای معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان
- محسن عبدالهی، فضل احمد احمدی
- ۵۷..... ضمان قهری یا مسئولیت مدنی
- جلیل قنواتی
- ۷۹..... توصیف حقوقی پیمان و آثار حقوقی آن
- شیما وفادارنیا، علیرضا یزدانین، علیرضا فصیحی‌زاده
- ۹۹..... ارزیابی پویایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- حسن وکیلان، جواد یحیی‌زاده
- ۱۱۹..... کاربست اصل تناسب در رویه دیوان عدالت اداری
- وحید بیات مختاری، محمد جلالی، محسن طاهری
- ۱۳۷..... جنبه‌های حقوقی فناوری تعیین جنسیت جنین
- نوید زمانه قدیم، شایان حاضری
- ۱۵۳..... معافیت از مسئولیت قراردادهای بین‌المللی در عصر کرونا در پرتو کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ - وین)
- حسین کاویار، محمدحسین تقی‌پور درزی نقیبی
- ۱۷۱..... امکان‌سنجی احراز مسئولیت ناشی از آسیب‌های فرانسلی با مطالعه موردی پرونده کاتانگا
- سیدمهدی سیدزاده‌ثانی، علیرضا مشیراحمدی
- ۱۹۳..... بازخوانی تحلیلی - انتقادی ملاک تفکیک جرایم مستوجب حد از جرایم تعزیری
- حسین خدایار
- ۲۱۳..... حاکمیت ژانوسی؛ مفهوم‌پردازی حاکمیت ملی در قانون اساسی مشروطه
- کاوه پولادی
- ۲۳۵..... رویکرد تطبیقی به قرارداد احتمالی در حقوق ایران و انگلستان
- جمشید نورشرق، لقمان کیاپاشا، عباس پهلوان زاده، محمود حبیبی
- ۲۵۱..... ضمانت اجرای دادرسی در گستره ادله کیفری
- عباس تدین، ابراهیم عبدالله‌پور، اکبر رجیبی
- ۲۶۷..... کاهش جمعیت کیفری زندان در پرتو مشاغل انتقالی و اشتغال یارانه‌ای
- فتاحه تیموری، محمود اشرفی، مسعود حیدری



Original Article

Fiscal Obligations of International Petroleum Companies (IOC) in the Iranian Upstream Oil and Gas Industry Contracts (IPC)

Goodarz Eftekhari Jahromi¹, Mehdi Montazer², Mohammad Emamgholi³ 

ABSTRACT

Due to the huge capital costs in the fiscal regime of new Iranian upstream oil contracts called IPC, the International Oil Company is committed to be present in the oil-possessed country and provide all the capital costs. Previously, in service contracts called buyback, remuneration was fixed and capital costs had a closed ceiling, which caused losses to international oil companies; thus International Oil Companies were reluctant to attend or invest in the Iranian oil industry. Hence, the changes in this section of the new Iranian upstream oil contracts were motivating and attracted foreign investors. In fact, unlike service contracts called buyback, capital costs and noncapital costs have open ceilings. In these contracts, not only no fixed amount of remuneration for the investor exists, but also the remuneration increases with production increase. This leads to the investor's more motivation and incentive to apply the latest existing industrial technologies for optimum production and ultimately causes an increase in economic benefits for both parties. This Article studies the financial obligations of International Oil Companies in the new Iranian upstream oil contracts called IPC descriptively and analytically.

KeyWords: New Upstream Oil Contracts, Direct Capital Costs, Indirect Costs, Financial Costs, Exploitation Costs.

How to Cite: Eftekhari Jahromi, Goodarz, Montazer, Mehdi, Emamgholi, Mohammad, "Fiscal Obligations of International Petroleum Companies (IOC) in the Iranian Upstream Oil and Gas Industry Contracts (IPC)", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 1-20.

DOI: <https://doi.org/10.29252/jlr.2022.185122.1658>

Received: 13/07/2020-Accepted: 06/03/2021

1. Professor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

2. Assistant Professor, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: Damavand Branch, Damavand, Iran

3. PhD, Faculty of Law, Islamic Azad University: Tehran Central branch, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: mohammademamgholi@yahoo.com



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



تعهدات مالی شرکت‌های نفتی بین‌المللی (IOC) در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز ایران موسوم به IPC

گودرز افتخار جهرمی^۱، مهدی منتظر^۲، محمد امامقلی^۳

چکیده

در نظام مالی قراردادهای بالادستی جدید نفتی ایران موسوم به IPC به علت سنگین بودن سرمایه، شرکت نفتی بین‌المللی متعهد به حضور در کشور صاحب نفت و سرمایه‌گذاری کلان است. سابقاً در قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل پاداش‌ها به صورت ثابت و هزینه‌های سرمایه‌ای و غیرسرمایه‌ای دارای سقف بسته بودند که موجب تضرر شرکت‌های نفتی بین‌المللی و در نتیجه عدم تمایل به حضور و سرمایه‌گذاری شرکت‌های نفتی بین‌المللی در صنعت نفت ایران می‌شد؛ براین اساس، قراردادهای بالادستی جدید نفتی ایران با تغییراتی که در این بخش از قراردادها به وجود آورد، به دنبال جذابیت و جذب سرمایه‌گذاران خارجی است؛ با این توضیح که برخلاف قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل، سقف هزینه‌های سرمایه‌ای مستقیم و غیرمستقیم در این قراردادها باز هستند، ضمن اینکه پاداش سرمایه‌گذار در این قراردادها یک مبلغ ثابت نیست، بلکه با افزایش تولید، پاداش افزایش می‌یابد و این موضوع منجر به ترغیب و انگیزه بیشتر سرمایه‌گذار جهت استفاده از آخرین تکنولوژی‌های موجود در صنعت نفت و تولید بهینه و در نهایت موجب افزایش تولید و افزایش منفعت اقتصادی برای دو طرف می‌شود. در این مقاله تعهدات مالی شرکت‌های نفتی بین‌المللی در قراردادهای بالادستی جدید نفتی موسوم به IPC به صورت توصیفی - تحلیلی مورد بررسی قرار گرفته است.

کلید واژگان: قراردادهای بالادستی جدید نفتی، هزینه‌های سرمایه‌ای مستقیم، هزینه‌های غیرمستقیم، هزینه‌های مالی، هزینه‌های بهره‌برداری.

استناد به این مقاله: افتخار جهرمی، گودرز، منتظر، مهدی، امامقلی، محمد، «تعهدات مالی شرکت‌های نفتی بین‌المللی (IOC) در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز ایران موسوم به IPC»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۱-۲۰.

DOI: <https://doi.org/10.29252/jlr.2022.185122.1658>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۴/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۱۶

۱. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

۲. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد دماوند، دماوند، ایران

۳. دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران مرکز، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: mohammademamgholi@yahoo.com



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

نظام مالی و مالیاتی در قراردادهای نفتی بین‌المللی مشخص‌کننده سهم کشور صاحب نفت و شرکت‌های نفتی بین‌المللی از عواید و درآمدهای نفتی است. منظور از نظام مالی و مالیاتی بهینه این است که این قراردادها حداکثر نفع را برای کشور صاحب نفت به همراه داشته باشد.^۱ بر این اساس، بخش مالی این قراردادها باید طوری طراحی و تنظیم شود که علاوه بر تشویق و جذب سرمایه‌گذار، تولیدات افزایش، و هزینه‌ها کاهش یابد. در واقع نظام مالی در قراردادهای نفتی بین‌المللی، ابزاری مهم در ایجاد تعامل و همکاری بین کشور صاحب نفت در جایگاه کارفرما و شرکت نفتی بین‌المللی به‌عنوان پیمانکار است.^۲ بر این اساس می‌توان گفت، در یک قرارداد نفتی بین‌المللی مواد و بندهای مالی و مالیاتی به علت محوری بودن نقش آنها حکم ستون فقرات آن قرارداد را دارند و یکی از علل تفاوت قراردادهای بین‌المللی نفتی، همین بخش مالی و اقتصادی آن است.^۳

بحث مالی و سرمایه‌گذاری خصوصاً در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ تا جایی که مدل‌های متفاوت مالی در قراردادها موجب به وجود آمدن قراردادهای گوناگون شده‌اند. اهمیت بخش مالی و اقتصادی در قراردادهای نفتی بین‌المللی به چند دلیل مربوط می‌شود: اول اینکه ممکن است میلیون‌ها دلار برای کشف و توسعه یک میدان سرمایه‌گذاری شود و در نهایت آن میدان از نظر تجاری توجیه اقتصادی نداشته باشد و این موضوع یا به علت میزان منابع میدان کشف شده باشد یا کاهش در قیمت‌های نفت جهانی. در نتیجه، عملاً سرمایه‌ای که در میدان به کار رفته است، هیچ سودی برای طرفین، خصوصاً شرکت بین‌المللی نفتی، در پی نخواهد داشت. دلیل دیگر این است که سرمایه‌گذاری در بخش نفت و گاز یک سرمایه‌گذاری عظیم است؛ به طوری که برای توسعه یک میدان نفتی چندین میلیارد دلار سرمایه مورد نیاز است که سایر هزینه‌های اکتشاف و بهره‌برداری نیز به آن اضافه خواهد شد. بر این اساس، این سرمایه عظیم نیاز به علم و تکنولوژی روز دارد تا ریسک و خطرپذیری پروژه را به حداقل برساند و از طرف دیگر باز یافت و برداشت از میدان را افزایش دهد. مورد دیگر اینکه، با بهره‌برداری از یک میدان نفتی از فشار آن به مرور زمان کاسته می‌شود که کاهش تولید را نیز در پی خواهد داشت. جبران این کاهش تولید نیاز به تزریق سرمایه‌گذاری بیشتر دارد.^۴

با توجه به موضوع پژوهش که به بررسی تعهدات مالی طرفین در قراردادهای جدید نفتی ایران موسوم به IPC^۵ خواهد پرداخت و از آنجا که این روش قراردادی شباهت زیادی با قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل دارد، برای اثبات تکامل، برتری و سودآوری قراردادهای IPC برای طرفین قراردادی، قراردادهای بیع متقابل که قبل از قراردادهای IPC در صنعت نفت ایران مورد استفاده قرار می‌گرفتند، مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

۱. قراردادهای بیع متقابل و سیر تکامل آن

از اوایل دهه هفتاد، استفاده از قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل با سازوکارهای حقوقی و مالی رایج در آن برای

^۱ شیروی، عبدالحسین، *حقوق نفت و گاز*، تهران: انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۳.

^۲ Boykette, T., Peirano, M., Boria, S., Kelley, H., Schimana, E., Dekrout, A. "Oil Contracts, how to Read and Understand a Petroleum Contract", *Times Up Press*, 2012.

^۳ زحمت کش، حسین، «رژیم حقوقی و ترتیبات مالی در قراردادهای بالادستی در صنعت نفت»، *فصلنامه مطالعات خصوصی*، دوره ۴۴، ۱۳۹۳، شماره ۳.

^۴ شیروی، عبدالحسین و فاطمه امین مجد، «سرمایه‌گذاری خارجی در عملیات بالادستی نفت و گاز»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، دوره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، شماره ۲.

^۵ Iranian petroleum contract

جذب سرمایه‌گذاری در صنعت ایران آغاز شد.^۱ در حال حاضر کشورهای در حال توسعه به دلیل مشکلات و محدودیت‌هایی که در منابع ارزی به‌منظور به‌روز کردن صنایع دارند، به بیع متقابل رجوع می‌کنند؛ به‌طوری‌که اکثر کشورهای جهان با اهداف متفاوت از جمله افزایش صادرات، صرفه‌جویی ارزی، دسترسی به فناوری پیشرفته و... فعالیت‌های تجاری خود را با قراردادهای بیع متقابل دنبال می‌کنند.^۲ این روش قراردادی یکی از شاخص‌ترین روش‌های قراردادی در بهره‌برداری از منابع طبیعی ملی و ثروت‌های عمومی نیز است؛ چراکه در این قراردادها برخلاف قراردادهای امتیازی مالکیت منابع طبیعی برای کشور میزبان باقی می‌ماند و شرکت خارجی فقط به‌عنوان پیمانکار در پروژه فعالیت می‌کند. اگر بخواهیم تعریفی کلی از قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل ارائه دهیم می‌توانیم بگوییم این روش شکل جدیدی از تجارت متقابل است که در آن یک طرف موافقت می‌کند تا تأسیسات، ماشین‌آلات، فناوری، منابع مالی و... را برای اجرای یک پروژه اقتصادی ارائه دهد و در مقابل در قراردادی دیگر ملزم شود بخشی از محصولات تولیدشده در همان پروژه را بازخرید کند و از همین طریق هزینه و سود را دریافت کند.^۳

اولین قرارداد خدماتی موسوم به بیع متقابل نفتی ایران با شرکت بین‌المللی نفتی خارجی در سال ۱۳۷۴ منعقد شد و در ادامه این قراردادها تکامل یافتند؛ چراکه ممکن بود نکات مبهمی در یک قرارداد وجود داشته باشد که در قرارداد بعدی رفع می‌شد؛^۴ به همین دلیل است که گفته می‌شود این قراردادها دارای سه نسل هستند. تمرکز نسل اول قراردادهای خدماتی بیع متقابل بر توسعه میادین قدیمی و بازسازی و افزایش میزان برداشت بود که این قراردادها کوتاه‌مدت نیز بودند. در این قرارداد پس از اتمام عملیات توسعه و تحقق اهداف مندرج در طرح جامع توسعه^۵ میدان برای انجام دادن عملیات بهره‌برداری به شرکت ملی نفت تحویل داده می‌شد و عملاً نقش پیمانکار محدود به مشاوره‌های فنی و نظارت بر تولید از طریق کمیته مدیریت مشترک بود.^۶

نسل دوم قراردادهای خدماتی بیع متقابل با توجه به ضرورت بهره‌برداری از میادین بکر، نیازمند حضور پیمانکاران خارجی در دو مرحله اکتشاف و توسعه بود. در این نسل قراردادی شرکت نفتی خارجی با پذیرش ریسک و با هزینه خود اقدام به جست‌وجو و اکتشاف میادین نفتی می‌کرد و در صورت کشف میدان برای انعقاد قرارداد توسعه‌ای در اولویت قرار می‌گرفت. از نظر هزینه‌ای، نسل اول هزینه‌ها دارای سقف بودند، اما هزینه‌ها در نسل دوم پس از کشف و در آغاز عملیات اجرایی سقف آن مشخص می‌شد. در ادامه به دلیل نگرانی‌ها و دغدغه‌های پیمانکاران از ریسک افزایش هزینه‌های سرمایه‌ای در عملیات توسعه، نسل سوم قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل پا به عرصه ظهور گذاشتند. هدف طراحان این الگوی قراردادی کاهش ریسک و نزدیک‌تر کردن سقف قرارداد با هزینه‌های واقعی بود که تعیین آن دو سال پس از انعقاد قرارداد با انجام دادن مطالعات دقیق توسط پیمانکار صورت می‌گرفت تا ریسک ناشی از عدم قطعیت‌های فنی و نوسانات قیمت

^۱ منتظر، مهدی و سید نصرالله ابراهیمی، «جایگاه قراردادهای بیع متقابل در پروژه‌های بالادستی نفت و گاز ایران و مقایسه آن با قراردادهای مشارکت در تولید»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۹، ۱۳۹۲.

^۲ شافع، میر شه‌بیز و فتح‌الله رحیمی، «دگرذیسی و تکامل مرحله ای قراردادهای بین‌المللی نفتی بیع متقابل در بستر حقوق ایران»، مجله دانش حسابداری، سال چهاردهم، ۱۳۹۴، شماره ۵۸.

^۳ روحانی، فواد، **تاریخ اوپک**، ترجمه منوچهر روحانی، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، ۱۳۵۳.

^۴ شیروی، عبدالحسین، منبع پیشین.

^۵ MDP (master development plan)

^۶ ابراهیمی، سید نصرالله و محمد شیرجیان، «قراردادهای بالادستی نفت و گاز نظام جمهوری اسلامی ایران و تبیین دلالت‌های قانونی و الزامات قراردادهای جدید»، فصلنامه اقتصاد انرژی ایران، سال سوم، ۱۳۹۳، شماره ۱۰.

اولیه تا حدودی برای پیمانکار کاسته شود، که اصطلاحاً به آن قراردادهای با سقف باز می‌گویند.^۱ پس از سال‌ها استفاده از این قراردادها، فعالان و گردانندگان حوزه نفت و گاز کشور به این نتیجه رسیدند که قراردادهای خدماتی بیع متقابل دیگر جذابیتی برای سرمایه‌گذاران خارجی ندارد. می‌توان گفت دلیل اصلی عدم تمایل سرمایه‌گذاری شرکت‌های خارجی بین‌المللی وجود تحریم‌های بین‌المللی و نبود یک پیشنهاد قراردادی و مالی جذاب بود.^۲ در واقع هنگامی که از یک شرکت نفتی بین‌المللی دعوت می‌شود که با پذیرش ریسک بالا اقدام به سرمایه‌گذاری کند، متقابلاً باید قرارداد را به گونه‌ای تنظیم کرد که جبران ریسک و خطرپذیری صورت پذیرد؛ مانند شریک کردن پیمانکار در عواید به‌دست‌آمده.^۳ بر این اساس، جذب سرمایه‌گذار و در ادامه انتقال به‌روزترین دانش و فناوری در حوزه نفت و گاز نیاز به یک پیشنهاد قراردادی جذاب داشت تا بیش از این صنعت نفت و در پی آن اقتصاد کشور متحمل ضرر نشود. مجلس شورای اسلامی در ردیف ۳ بند «ت» ماده ۳ قانون «وظایف و اختیارات وزارت نفت مصوب سال ۱۳۹۱» به وزارت نفت اجازه داد تا از طریق قراردادهای مشارکتی و با قید عدم انتقال حق مالکیت نفت موجود در مخزن به طرف دیگر اقدام به جذب و مشارکت سرمایه‌گذاران خارجی بنماید. از این‌رو الگوی جدید قراردادهای نفتی موسوم به IPC با تکیه بر این قانون و به‌منظور جذب سرمایه‌ها و شرکت‌های بین‌المللی خارجی توسط هیئت دولت به تصویب رسید تا در میدان‌های هیدروکربوری کشور به کار گرفته شوند.

در تعریف قراردادهای IPC می‌توان گفت این قراردادها نسل چهارم و شکل تکامل‌یافته قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل اند که نگارندگان با طولانی کردن مدت قرارداد (۲۵ سال)، یکپارچه کردن مراحل اکتشاف، توسعه و بهره‌برداری، باز گذاشتن سقف هزینه‌ها و قائل شدن پاداش برای ازدیاد تولید یک قرارداد جذاب، برای جذب سرمایه‌گذاران خارجی تدوین کرده‌اند. هدف از تدوین این قراردادها علاوه بر عدم انتقال مالکیت مخازن نفت و گاز به شرکت‌های نفتی خارجی^۴ حفظ جایگاه ایران در بازار جهانی نفت و گاز، یکپارچگی مراحل اکتشاف، توسعه، تولید و درنهایت افزایش تولید و... است. در قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل، به دلیل ثابت بودن نرخ پاداش، مدت زمان کم دوره قرارداد، محدود بودن قرارداد به مرحله اکتشاف و توسعه شرکت پیمانکار انگیزه‌ای برای حضور و حساسیتی برای میزان بهره‌برداری نداشت. در واقع عدم حضور پیمانکار در مرحله تولید و سودی که این مرحله می‌توانست برای وی داشته باشد وجود نداشت که در قراردادهای جدید نفتی این مرحله همراه با پاداش تولید اضافه برای ایجاد انگیزه و افزایش سودآوری کشور گنجانده شده است. به این صورت که هرچه میزان تولید و برداشت از یک میدان بالاتر باشد، سود شرکت پیمانکار نیز بیشتر خواهد شد و همین موضوع موجب حساس بودن پیمانکار بر تولید و در پی آن سودآوری برای صنعت نفت کشور خواهد شد. توضیح اینکه، در قراردادهای IPC برای اینکه میزان پرداخت پاداش در طول سال‌های تولید، تا حدی منطقی شود از یک ضریب (R) برای تنظیم پرداخت‌ها استفاده می‌شود؛ ضریب (R) عبارت است از نسبت کل درآمدها به هزینه‌ها در هر موقعیت زمانی. اگر این عدد بین صفر و یک باشد به این معنی است که درآمدهای حاصل از میدان هنوز به میزان هزینه‌ها نرسیده، بنابراین مقدار پاداش حداکثر خواهد بود. اما اگر این عدد بیش از یک باشد به این معنی است که میزان

^۱ ابراهیمی، سید نصرالله، «اصلاح یا جایگزینی قراردادهای بیع متقابل، راهکار یا ضرورت»، شبکه اطلاع‌رسانی نفت، گاز و انرژی (شانا)، ۱۳۸۴.

^۲ صاحب هنر، حامد، محمدرضا لطفعلی پور، محمود هوشمند و مهدی فیضی، «مقایسه تطبیقی رژیم مالی قراردادهای جدید نفتی ایران (IPC) و قراردادهای مشارکت در (PSC) مطالعه موردی میدان آزادگان جنوبی»، نظریه‌های کاربردی اقتصاد، سال چهارم، بهار ۱۳۹۶، شماره ۱.

^۳ شیروی، عبدالحسین، منبع پیشین.

^۴ منتظر، مهدی و سید نصرالله ابراهیمی، «دلایل استفاده از قراردادهای بیع متقابل در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز ایران»، مجله حقوقی

بین‌المللی، ۱۳۹۱، شماره ۴۷.

درآمدها از هزینه‌ها بالاتر رفته، بنابراین میزان پاداش درصدی از سقف پاداش خواهد شد. همان‌طور که بارها گفته شد، در قراردادهای بین‌المللی نفتی آنچه از اهمیت فراوانی برخوردار است و موجب جذب سرمایه‌گذار می‌شود، بسته‌های مالی و اقتصادی آن قرارداد است. در واقع در این قراردادها، رژیم مالی به‌عنوان یک چارچوب مدیریت، تأمین، تنظیم و تقسیم درآمدهای نفتی میان دولت و شرکت‌های بین‌المللی نفتی (سرمایه‌گذاران) نقش بسیار اساسی داشته و برای طرفین قرارداد از اهمیت بسزایی برخوردار است.^۱ در طراحی ابزارهای مالی، لازم است دولت تمایل خودش را برای به حدکثر رساندن درآمدهای نفتی در کوتاه‌مدت بسنجد که این امر مستلزم سهمی متعادل شده از ریسک و درآمد بین سرمایه‌گذار و دولت خواهد بود.^۲

۲. تعهدات مالی شرکت‌های نفتی بین‌المللی

آنچه در قراردادهای نفتی بین‌المللی از اهمیت بسزایی برخوردار است، مدیریت و برنامه‌ریزی صحیح در سرمایه‌ای است که به پروژه نفتی وارد می‌شود. شرکت‌های نفت و گاز در چهار بخش اصلی دارای فعالیت‌اند: اکتشاف، توسعه، بهره‌برداری، پالایش و فراوری. بازاریابی و فروش نیز از دیگر فعالیت‌های این شرکت‌هاست که شرکت‌های نفتی یکپارچه تمام این فعالیت‌ها را انجام می‌دهند. اما شرکت‌هایی نیز هستند که به صورت یکپارچه این مراحل را انجام نمی‌دهند، بلکه به‌طور مستقل در هر یک از این زمینه‌ها فعالیت می‌کنند.

این پروژه‌های عظیم، سرمایه‌های عظیمی را هم می‌طلبند که کشور میزبان که اکثراً از کشورهای در حال توسعه است، در این زمینه با مشکل مواجه است و قادر به پرداخت آن نیست. یکی از روش‌های جبران این مشکل، انعقاد قرارداد با شرکت‌های نفتی بین‌المللی است، و از آنجا که فعالیت در صنعت بالادستی نفت سودآوری بالایی دارد، انگیزه شرکت‌های بین‌المللی برای عقد قرارداد با کشورهای در حال توسعه در حوزه نفت و گاز بالاست.^۳ با وجود این، شرکت‌های نفتی بین‌المللی که به تأمین این هزینه‌ها تعهد می‌دهند نیز معمولاً از طریق بانک‌ها و مؤسسات مالی پشتیبانی و حمایت می‌شوند. ضمن اینکه «هزینه‌های نفتی»^۴ به صورت خاصی حسابداری، طبقه‌بندی و برنامه‌ریزی می‌شوند و دلیل آن مقررات مالیاتی متفاوت، هزینه‌های بالا و ریسک برگشت آن است. در قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل «هزینه‌های نفتی» به چهار دسته تقسیم می‌شوند: ۱. هزینه‌های سرمایه‌ای^۵، ۲. هزینه‌های غیرسرمایه‌ای^۶، ۳. هزینه‌های عملیاتی^۷ و ۴. هزینه‌های بانکی^۸. در مقابل «هزینه‌های نفتی» در قراردادهای جدید نفتی ایران (IPC) به هزینه‌های سرمایه‌ای مستقیم^۹، هزینه‌های غیرمستقیم^{۱۰}، هزینه‌های پولی (مالی)^{۱۱} و هزینه‌های بهره‌برداری^{۱۲} تقسیم شده است که در ادامه به بررسی هزینه‌های

¹ Isehunwa, S., & Uzoalor, E. "Evaluation of True Government Take under fixed and Sliding Royalty Scales in Nigerian Oil Industry", *Australian Journal of Basic and Applied Sciences*, 5(3), 2011, 735-741.

² Luo Dongkun and Yan Na, "Assessment of fiscal terms of international petroleum contracts", *Petroleum Exploration and Development*, Volume 37, Issue 6, December 2010, p. 758.

^۳ امامی میبدی، علی و احمد هادی، «ارزیابی نظام مالی قراردادهای نفتی بیع متقابل و قراردادهای جدید نفتی ایران با استفاده از تکنیک TOPSIS»، *فصلنامه مطالعات اقتصاد انرژی*، سال سیزدهم، ۱۳۹۶، شماره ۵۵.

⁴-Petroleum Costs

⁵ -Capital Costs (Capex)

⁶ -Non - Capex

⁷ -Opex

⁸ -Bank Charges

⁹ - Direct Capital Costs (DCC)

¹⁰ -indirect costs (IDC)

¹¹ Cost of Money (COM)

¹² -Operating Expenditure (OPEX)

قراردادهای جدید نفتی ایران (IPC) و تطبیق هزینه‌های مذکور با قراردادهای سابق و رایج در صنعت نفت ایران یعنی قراردادهای بیع متقابل به صورت مبسوط پرداخته خواهد شد تا نقاط قوت و ضعف آن آشکار شود.

۲.۱. هزینه‌های سرمایه‌ای مستقیم

در قرارداد خدماتی موسوم به بیع متقابل، هزینه‌های سرمایه‌ای شامل تمام هزینه‌هایی است که برای توسعه، بازسازی میدان و... هزینه شده است. این هزینه‌ها سقفی مشخص دارند که قبلاً در قرارداد تعیین شده است و تا همین سقف هم قابل بازیافت‌اند. براین اساس، چنانچه برای رسیدن به اهداف مشخص شده در قرارداد منعقد هزینه‌ها از سقف تعیین شده بیشتر شود، این مازاد هزینه به عهده شرکت بین‌المللی خواهد بود؛ مانند زمانی که قیمت‌ها افزایش می‌یابد یا در صورت تغییر در شرح کارها در این قرارداد در شرایطی خاص، مانند افزایش اهداف پروژه، ممکن است سقف هزینه‌های سرمایه‌ای افزایش پیدا کند.^۱

در قراردادهای جدید نفتی نیز هزینه‌های مستقیم سرمایه‌ای در حکم هزینه‌های سرمایه‌ای در قراردادهای بیع متقابل‌اند و به هزینه‌های ارائه خدمات و تأسیسات ماندگار در پروژه در طول دوره اکتشاف، ارزیابی و توسعه و در برخی موارد، حتی در دوره بهره‌برداری اطلاق می‌شود.^۲ در واقع هزینه‌های مستقیم سرمایه‌ای به کلیه هزینه‌هایی اطلاق می‌شوند که برای عملیات اکتشاف، توسعه، بهبود یا افزایش ضریب بازیافت مخزن، از قبیل هزینه‌های مدیریتی، مهندسی حفاری، احداث تمام تأسیسات روزمینی و زیرزمینی که برای بهره‌برداری میدان یا مخزن نظیر تأسیسات فراوری، انتقال، تزریق، تأسیسات فرایندی و جنبی و راه‌اندازی کلیه واحدها، هزینه‌های انجام شده در مرحله اکتشاف در صورت تجاری بودن میدان و نیز انجام دادن مرمت، بازسازی و نوسازی‌های لازم در میدان‌ها و مخزن‌های در حال تولید ضروری است.^۳

۲.۱.۱. تأمین هزینه‌های اجرایی

منابع نفتی معمولاً در کشورهای در حال توسعه قرار دارند و متأسفانه این کشورها با وجود داشتن منابع غنی زیرزمینی مدیریتی، دانش، تکنولوژی و سرمایه لازم برای استخراج آن را ندارند یا با کمترین ضریب برداشت نفت، توان استخراج آن را ندارند. لذا برای اکتشاف، توسعه و بهره‌برداری از آنها نیازمند سرمایه، دانش و تکنولوژی شرکت‌های نفتی بین‌المللی‌اند. بنابراین، شرکت نفتی بین‌المللی با انعقاد قرارداد نفتی با کشور میزبان متعهد به تأمین تمام هزینه‌ها از ابتدا تا انتهای پروژه است و در کنار آن باید متحمل ریسک‌های موجود نیز باشد. این نکات در مواد ۴۳ و ۵۹ مصوبه هیئت وزیران و نیز تعریف هزینه‌های مستقیم سرمایه‌ای، در پیش‌نویس قراردادهای جدید نفتی ایران به‌وضوح به عهده پیمانکار گذاشته شده است و به موجب آن پیمانکار متعهد به تأمین و پرداخت هزینه‌های مستقیم سرمایه‌ای است.^۴

^۱ شیروی، عبدالحسین، منبع پیشین.

^۲ Ken, Kasriel & David, Wood, "Upstream Petroleum Fiscal & Valuation Modeling in Excel", John Wiley & Sons Ltd, (2013), P. 39.

^۳ - شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی مصوب ۱۳۹۵/۵/۱۳ هیئت وزیران، روزنامه رسمی شماره ۲۰۸۰۳ مورخ ۱۳۹۵/۵/۱۹ ماده ۱، بند «ش».

^۴ - بند «ت» ماده ۳: «کلیه مخاطرات، ریسک‌ها و هزینه‌ها در صورت عدم کشف میدان یا مخزن تجاری بر عهده طرف دوم قرارداد می‌باشد.»

^۵ - تمام هزینه‌های مستقیم، هزینه‌های غیرمستقیم، هزینه‌های تأمین مالی متعلقه بر اساس قرارداد (حسب مورد) هزینه‌های بهره‌برداری طرح اعم از عملیات اکتشافی، توسعه‌ای، طرح‌های بهبود یا افزایش ضریب بازیافت از ابتدا تا انتها توسط پیمانکار تأمین و به موقع پرداخت می‌گردد.

^۶ - "Direct Capital Costs ("DCC")" means any and all costs and expenditures, incurred and paid by the Contractor ...

بنابراین پیمانکار در قراردادهای نفتی تمام هزینه‌ها و ریسک‌های قرارداد را متحمل می‌شود و دولت، بانک مرکزی و بانک‌های دولتی ایران در برابر آن هیچ تضمین و تعهدی ندارند. با توجه به اینکه بازیافت هزینه یک مفهوم دیرینه است که مبتنی بر اصل «کسی که سرمایه را می‌آورد حداقل باید سرمایه‌گذاری خود را برداشت کند» است،^۱ بازپرداخت کلیه هزینه‌های صورت گرفته طبق قرارداد از طریق تخصیص بخشی از محصولات اضافی میدان یا عواید حاصل از اجرای قرارداد بر پایه قیمت روز فروش محصول است. تشخیص پرداخت به پیمانکار از طریق تحویل محصول میدان یا مخزن یا عواید حاصل از آن به جای محصول با شرکت ملی نفت ایران است؛^۲ این در حالی است که سابقاً در قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل بانک مرکزی ضمانت این قراردادها را بر اساس بند «ی» تبصره ۲۹ قانون برنامه توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۶۸/۱۱/۱۱ متعهد می‌شد. این رویه تا سال ۱۳۷۷ ادامه داشت، تا اینکه در قسمت ۱ بند «ل» قانون بودجه سال ۱۳۷۷ مقرر شد: «بازپرداخت تسهیلات مزبور و تمام تعهدات ذی‌ربط، تنها از محل درآمد حاصل از صادرات محصولات همان طرح‌ها و بدون تعهد بانک مرکزی صورت خواهد گرفت.»^۳ این شیوه قراردادی از قراردادهای خدماتی بیع متقابل به قراردادهای IPC نیز انتقال یافته است.

در قراردادهای نفتی منظور از هزینه‌های اکتشافی، هزینه‌های شناسایی، لرزه‌نگاری، زمین‌شناسی، نقشه‌کشی، مهندسی، حفر چاه‌های آزمایشی، نگهداری تأسیسات اکتشافی، حقوق و دستمزدها است و در نهایت ممکن است شرکت نفتی بین‌المللی به نتیجه مطلوب نرسد که تمام این هزینه‌ها، ریسک‌ها و مخاطرات طبق قرارداد با پیمانکار است. این نکته در مصوبه هیئت وزیران طبق بند «ت» ماده ۳ مورد تأکید قرار گرفته است.

۲.۱.۲. ساختار و سقف هزینه‌های سرمایه‌ای مستقیم

همان‌طور که گفته شد، در قراردادهای IPC، مانند قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل هزینه‌های مستقیم سرمایه‌ای به کلیه هزینه‌هایی اطلاق می‌شود که توسط پیمانکار در خصوص عملیات نفتی، برای رسیدن به اولین تولید تا تولید نهایی پرداخت می‌شود. تمامی این هزینه‌ها از زمان اکتشاف تا زمان بهره‌برداری توسط طرفین با توجه به وضعیت و نیاز مخازن نفت و گاز در برنامه بودجه سالیانه تعیین و تصویب می‌شود. این در حالی است که در قراردادهای خدماتی بیع متقابل این هزینه همان ابتدا در قرارداد تعیین می‌شد و بعد از تعیین سقف، هرگونه افزایش در هزینه‌ها بر عهده پیمانکار بود و فقط آن هزینه‌های سرمایه‌ای قابل بازیافت بودند که واقعاً هزینه شده باشند. درحالی که در قراردادهای جدید نفتی این هزینه سالانه مشخص می‌شود. در واقع در این روش قراردادی ریسک افزایش هزینه‌ها برای پیمانکار کاهش داده شده است.

بر اساس بند «پ» ماده ۱۱ مصوبه هیئت وزیران پیمانکار مکلف است؛ با توجه به اطلاعاتی که از حضور در بهره‌برداری میدان کسب می‌کند و در پی آن با انجام دادن مطالعات لازم برای اصلاح طرح توسعه و در صورت نیاز، به ارائه پیشنهاد طرح‌های اصلاحی با هدف حفظ ظرفیت، بهبود یا افزایش بازیافت نفت یا گاز از میدان یا مخزن بپردازد. در صورتی که کارفرما این طرح‌ها را تصویب کند، با اعمال همان روش‌ها و شیوه‌ها و شرایط موجود در قرارداد اصلی این طرح‌ها نیز با

^۱ Johnston, D., "International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts", Tulsa, Oklahoma, United States, Penwell Publishing, (1994), p. 56.

^۲ - بند ب و پ ماده ۳ مصوبه هیئت وزیران.

^۳ ابراهیمی، سید نصرالله، مهدی منتظر و فرزاد مسعودی، «اصول حاکم‌بر قراردادهای خدماتی بالادستی صنعت نفت و گاز ایران»، پژوهشنامه اقتصاد انرژی ایران، سال سوم، ۱۳۹۳، شماره ۱۲.

انجام دادن اصلاحات در برآورد هزینه‌ها، زمان‌بندی قرارداد، دستمزد مربوط و نیز با منظور نمودن هزینه‌های مربوط در برنامه مالی عملیاتی سالانه طرح به اجرا درمی‌آید.

در واقع، برخلاف قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل، سقف هزینه‌ها بسته نیست؛ بلکه این هزینه‌ها به صورت طبقه‌بندی و برنامه‌ریزی شده پرداخت می‌شوند. به این ترتیب که شرکت نفتی خارجی براساس فعالیت‌ها و مطالعاتی که انجام می‌دهد، طبق نیازها، رفتار مخزن و تحولات بازار، هزینه‌ها را مشخص می‌کند که این صورت هزینه‌ها باید به تأیید و تصویب شرکت ملی نفت ایران برسد. این موضوع در بند «ل» ماده ۱ مصوبه مورد اشاره قرار گرفته است. این بند اشاره می‌کند: «برنامه سالیانه برنامه‌ای است که در چارچوب طرح‌های عملیاتی و اصلاحات و بازنگری‌های لازم ناشی از واقعیت‌های پروژه و رفتار واقعی میدان توسط طرف دوم قرارداد تهیه می‌شود و به تصویب طرف اول قرارداد می‌رسد. تصویب این برنامه از سوی طرف اول قرارداد نهایی بوده و جهت اجرا به طرف دوم قرارداد ابلاغ می‌گردد. این برنامه شامل جزئیات هزینه‌ها و عملیات لازم سالانه برای توسعه و بهره‌برداری می‌باشد.»

لازم به ذکر است که در قراردادهای جدید نفتی، انحراف از بودجه سالیانه صرفاً پنج درصد مبالغ مصوب هر سال مجاز است، در صورتی که متصدی عملیات تولید (شرکت ملی نفت ایران یا شرکت توسعه‌ای مشترک یا شرکت تولیدی مشترک حسب مورد) برای اجرای عملیات، ارتقا یا بهبود باز یافت نفت، تزریق سرمایه به پروژه را ضروری تشخیص دهد، پیمانکار عملیات را از حیث مالی و فنی حمایت و پشتیبانی خواهد کرد. هزینه‌های مزبور به همراه حق الزحمه عملیات ارتقا و بهبود باز یافت نفت، به عنوان هزینه‌های نفتی در حساب پروژه منظور شده و مطابق سازوکار تعیین شده در قرارداد، در دوره باز یافت، مستهلک خواهند شد.^۱ بنابراین طرفین قرارداد هر سال هزینه‌های مستقیم سرمایه‌ای سال بعد را در برنامه و بودجه سالیانه بر مبنای نیازهای واقعی عملیات نفتی میدان و رفتارهای میدان برآورد می‌کنند.

۲.۲. هزینه‌های غیرمستقیم

هزینه‌های غیرسرمایه‌ای قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل در قراردادهای جدید نفتی عنوان هزینه‌های غیرمستقیم را گرفته‌اند. هزینه‌های غیرسرمایه‌ای هزینه‌هایی‌اند که پیمانکار باید در طول اجرای عملیات نفتی متعهد شود و پرداخت کند؛ در حالی که به صورت غیرمستقیم به اجرای عملیات نفتی مرتبط باشند. مانند مالیات‌ها، هزینه‌های تأمین اجتماعی، عوارض گمرکی و هرگونه عوارض ضروری دیگر.^۲ البته ناگفته نماند پیمانکار متعهد به پرداخت هزینه‌های جزئی مثل هزینه آموزش کارکنان نیز است که جزء هزینه غیرمستقیم محسوب می‌شود. این هزینه‌ها برخلاف هزینه‌های سرمایه‌ای دارای سقف نیست.^۳ طبق بند «ص» ماده ۱ مصوبه هیئت وزیران هزینه‌های غیرمستقیم در قراردادهای IPC عبارت‌اند از: کلیه هزینه‌هایی که به دولت، وزارتخانه‌ها و مؤسسات عمومی، از جمله شهرداری‌ها، از قبیل انواع مالیات، عوارض، گمرک و بیمه تأمین اجتماعی پرداخت می‌شود.

تبصره: پرداخت مالیات، عوارض و سایر پرداخت‌های قانونی بر عهده طرف دوم قرارداد و به تبع آن، تسویه حساب با دستگاه‌های ذی صلاح نیز از تکالیف وی است. این پرداخت‌ها بر پایه اعلام مراجع قانونی دریافت‌کننده عیناً به عنوان

^۱ حاتمی، علی و اسماعیل کریمیان، *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری*، تهران: نشر نیسا، ۱۳۹۳.

^۲ شیروی، عبدالحسین و سید نصرالله ابراهیمی، «اکتشاف و توسعه میدان نفتی ایران از طریق قراردادهای بیع متقابل»، ترجمه مجتبی اصغریان، *مجله حقوقی بین‌المللی*، نشریه امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، سال ۲۶، ۱۳۸۸، شماره ۴۱.

^۳ شیروی، عبدالحسین، منبع پیشین.

هزینه‌های غیرمستقیم پذیرفته و به ترتیب مقرر در این مصوبه، در وجه طرف دوم قرارداد بازپرداخت خواهد شد. بنابراین، هزینه‌های غیرمستقیم^۱ شامل تمام هزینه‌هایی می‌شود که شرکت نفتی بین‌المللی باید به دولت ایران بپردازد. در واقع هزینه‌های غیرمستقیم هزینه‌هایی‌اند که براساس «قوانین داخلی ایران» در طول دوره قرارداد باید پرداخت شوند.

۲.۲.۱. تأمین هزینه‌های غیرمستقیم

در اکثر قراردادهای بین‌المللی نفتی، پیمانکار متعهد به پرداخت هزینه‌های غیرمستقیم یعنی عوارض، مالیات و... طبق قوانین داخلی کشور میزبان در طول دوره قرارداد است و درنهایت در پایان دوره عملیات چنانچه به نتیجه مطلوب موردنظر در قرارداد دست یافت، این هزینه‌ها طبق برنامه بازپرداخت خواهد شد.

ایرادی که منتقدان به این بخش از قرارداد یعنی بحث «مالیات» در قراردادهای جدید نفتی وارد کرده‌اند، این است که در قراردادهای جدید، پیمانکار ابتدا مالیات را می‌پردازد، سپس این هزینه در کنار هزینه‌های دیگر جمع، و تماماً توسط شرکت ملی نفت به پیمانکار بازپرداخت می‌شود.

در پاسخ به این دسته از منتقدان باید گفت، معافیت‌های مالیاتی و گمرکی در دوره‌های زمانی متفاوت، توسط دولت‌های میزبان برای جذب و تشویق سرمایه‌گذاری‌های خارجی وضع می‌شود. دولت‌هایی که نیاز به جذب سرمایه‌های خارجی دارند، از این دسته مشوق‌ها از جمله موارد فوق برای تشویق سرمایه‌گذاران خارجی استفاده می‌کنند.^۲ ضمن اینکه با تمام ریسک‌هایی که این قراردادها برای پیمانکار در پی دارد، قرار دادن امتیازهایی برای جذاب کردن قراردادها و جذب سرمایه‌گذار لازم به نظر می‌رسد.

ذکر این نکته لازم است که تقسیم هزینه‌ها به هزینه‌های مستقیم و غیرمستقیم برای اولین بار در پیش‌نویس قراردادهای IPC ظهور پیدا کرد و علت این تقسیم‌بندی، بسته بودن سقف هزینه‌های سرمایه‌ای و باز بودن سقف هزینه‌های غیرسرمایه‌ای در این قراردادها بود. با این توضیح که در قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل شرکت خارجی ملزم به پرداخت هزینه‌های سرمایه‌ای و غیرسرمایه‌ای طبق قرارداد بود،^۳ اما بازپرداخت هزینه‌های سرمایه‌ای براساس قرارداد مشخص شده بود و به همان میزان بازبرگشت داده می‌شد (یعنی بسته بود)؛ ولی هزینه‌های غیرسرمایه‌ای بدون محدودیت قابل پرداخت بود (یعنی باز بود). برخلاف قراردادهای خدماتی بیع متقابل، سقفی برای هزینه‌های مستقیم سرمایه‌ای در قراردادهای جدید نفتی در نظر گرفته نشده و عنوان هزینه‌های غیرسرمایه‌ای به هزینه‌های غیرمستقیم تغییر یافته و تعهد به همان شکل باقی مانده است.^۴

۲.۲.۲. ساختار و سقف هزینه‌های غیرمستقیم

همان‌طور که گفته شد، تمام هزینه‌های غیرمستقیم در قراردادهای نفتی، چه قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل چه قراردادهای IPC، باید توسط شرکت نفتی خارجی تعهد و پرداخت شود و درنهایت چنانچه به نتایج مطلوب و مدنظر در قرارداد دست یافت، تمام این هزینه‌ها به شرکت بازپرداخت شود. این هزینه‌ها شامل عوارض و مالیات‌هایی است که

^۱ - Indirect Costs

^۲ پیران، حسین، *مسائل حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی*، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۹.

^۳ - "Non-Capital Costs means all costs incurred and paid by Contractor under the Contract....",

^۴ - Indirect Costs means any and all costs which are incurred and paid by the Contractor, related to and connected with the Petroleum Operations of the Field, to Iranian government, ministries, governmental organizations and offices and public entities"

طبق قوانین داخلی باید پرداخت شوند، اما شرکت نفت به عنوان یک امتیاز و تشویق برای شرکت خارجی، در صورتی که پیمانکار تعهدات و اهداف مدنظر در قرارداد را به شکل مطلوب ارائه دهد، بازپرداخت خواهد کرد.

در مورد ساختار این هزینه‌ها باید گفت که این هزینه‌ها به دو دسته تقسیم می‌شوند: یکی از آنها عوارض گمرکی است که در زمان ترخیص کالاهای مورد نیاز برای اجرای عملیات باید پرداخت شود، و دیگری مالیات‌هایی است که باید به دولت در طول دوره عملیات پرداخت شود که شامل هرگونه مالیات و عوارض،^۱ مالیات بر درآمد،^۲ مالیات بر ارزش افزوده^۳ و کسورات تأمین اجتماعی^۴ می‌شود. مالیات بر درآمد را شرکت بین‌المللی نفتی بر مبنای سودهای خود پرداخت می‌کند و در موارد خاص مالیات بر سود مازاد یا مالیات تکمیلی در سودها، گاهی اوقات مالیات بر سودهای بادآورده نامیده و پرداخت می‌شود؛ به خصوص زمانی که قیمت‌های نفت خام به‌طور غیرمنتظره و شدید بالا می‌رود.^۵

این هزینه‌ها مانند هزینه‌های مستقیم دارای سقف باز هستند و هر ساله در برنامه بودجه مشخص می‌شوند تا به تصویب کمیته مشترک برسد. طبق تبصره بند «ص» ماده ۱ مصوبه هیئت وزیران، این هزینه‌ها در وجه طرف دوم قرارداد بازپرداخت می‌شود. ضمن اینکه فقط آنچه در ایران پرداخت شده قابل بازیافت است نه آنچه در خارج از ایران از جنس هزینه‌های غی مستقیم پرداخت شده است.^۶

هزینه‌های غیرمستقیم علی‌رغم اینکه دارای سقف نیست و کل آن قابل بازیافت است، حدوداً ۱۰ تا ۱۵ درصد مبلغ هزینه‌های سرمایه‌ای را تشکیل می‌دهند.^۷ این هزینه‌ها از تاریخ تولید اولیه به مدت ۵ تا ۷ سال پرداخت خواهند شد که به صورت جاری تسویه می‌شود.

۲.۳. هزینه‌های مالی (پولی)

یکی دیگر از تعهدات مالی شرکت نفتی خارجی «هزینه‌های مالی» پروژه نفتی است. این عنوان در قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل هم وجود داشت که عنوان «هزینه‌های بانکی»^۸ به آن تعلق گرفته بود. این ردیف هزینه‌ها برای جبران هزینه‌های مالی که برای عملیات توسعه هزینه شده‌اند، در نظر گرفته شده است. در قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل کلیه هزینه‌های سرمایه‌ای و غیرسرمایه‌ای مشمول نرخ بهره می‌شوند. این هزینه‌ها به صورت ماهانه محاسبه و از روز نخست اولین ماهی که هزینه‌های سرمایه‌ای و غیرسرمایه‌ای تعهد و پرداخت شده‌اند محاسبه می‌شوند.^۹

نرخ بهره در قرارداد توافقی است که معمولاً رقمی بالاتر از نرخ لایبور (نرخ بانک بین‌المللی لندن) به عنوان مثال ۰/۷۵ درصد به اضافه نرخ لایبور است.^{۱۰} هزینه‌های عملیاتی اگر در دوره سه‌ماهه پس از انجام دادن هزینه بازپرداخت

^۱ - Taxation

^۲ - Iranian Corporation Income Tax (CIT)

^۳ - Value Added Tax (VAT)

^۴ - Social Securities (SSO)

^۵ Hafez Abdo, "The taxation of UK oil and gas production: Why the windfalls got away", *Energy Policy*, 38, 2010, p. 5626.

^۶ جواندل جانانلو، فرخ، «ساختار حقوقی - قراردادی قراردادهای جدید نفتی ایران»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۶.

^۷ شیروی، عبدالحسین، منبع پیشین.

^۸ Bank Charges

^۹ علیمردی، محمد، «کاربرد از نظریه نمایندگی در تحلیل تأمین مالی پروژه‌های نفت و گاز (صکوک اجاره، مشارکت و قراردادهای نفت و گاز)»، رساله دکتری، تهران: دانشکده اقتصاد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۴.

^{۱۰} کاظمی نجف آبادی، عباس، *آشنایی با قراردادهای نفتی*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳.

شود مشمول بهره نمی‌شود، اما اگر تأخیر در پرداخت داشته باشد، هزینه‌های عملیاتی معوقه نیز مشمول بهره می‌شوند.^۱ هزینه‌های مالی برخلاف قرارداد خدماتی موسوم به بیع متقابل که به هزینه‌های سرمایه‌ای و غیرسرمایه‌ای تعلق می‌گرفت، در قراردادهای جدید نفتی فقط به هزینه‌های غیرمستقیم و تأخیر در بازپرداخت سایر هزینه‌ها تعلق می‌گیرد که در ادامه بیشتر تشریح خواهد شد.

۲.۳.۱. تأمین سرمایه

این موضوع بدیهی است که پروژه‌های نفتی به دلیل هزینه‌های سنگین مالی نیازمند کمک و حمایت شرکت‌های نفتی بین‌المللی اند و یکی از دلایلی که کشورهای در حال توسعه به دنبال انعقاد قرارداد نفتی‌اند، همین هزینه‌های سنگین پروژه است. شرکت‌های نفتی بین‌المللی نیز این هزینه‌ها را یا خود تأمین می‌کنند و یا اینکه با کمک مؤسسات و بانک‌ها اقدام به تأمین هزینه‌ها می‌کنند. اخذ وام به شیوه سنتی برای شرکت‌های بین‌المللی نفتی برای اجرای پروژه مخاطره‌آمیز است؛ زیرا چنانچه طرح به نتیجه نرسد، شرکت بین‌المللی نفتی باید از منابع خود اصل وام و شاید صدها میلیون دلار فرع آن را جبران کند. این امر ممکن است به ورشکستگی کامل آن شرکت منجر شود. به همین خاطر شرکت‌های بین‌المللی نفتی برای تأمین منابع مالی لازم به تأمین مالی پروژه متوسل می‌شوند تا بازپرداخت آن را از طریق اختصاص کل یا بخشی از عواید پروژه انجام دهند.^۲

در قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل و قراردادهای نفتی جدید دو نوع قرارداد منعقد می‌شود: یکی قرارداد اصلی که پیمانکار متعهد به انجام دادن پروژه می‌شود و دیگری قرارداد درازمدت فروش نفت خام^۳ است که شرکت ملی نفت متعهد می‌شود با فروش محصولات هیدروکربوری، سرمایه و سود شرکت نفتی خارجی را بپردازد. بنابراین، تأمین مالی که برای اجرای عملیات نفتی توسط پیمانکار صورت می‌پذیرد در نهایت توسط شرکت ملی نفت با سود معینی که قاعدتاً به نرخ لایبور به‌علاوه ۰/۷۵ درصد است، در قالب ۵۰ درصد از نفت و یا گاز تولیدی میدان تا زمان استهلاک به پیمانکار پرداخت می‌شود.^۴

۲.۳.۲. ساختار و سقف هزینه‌ها

همان‌طور که گفته شد، شرکت‌های بین‌المللی نفتی برای انجام دادن پروژه در کشور میزبان هزینه‌ها را یا از منابع مالی خود تأمین می‌کنند یا پرداخت نرخ بهره این هزینه‌ها را از طریق وام بانکی تعهد می‌کنند تا ریسک منابع مالی را مدیریت کنند. خواه این هزینه‌ها را شرکت بین‌المللی نفتی از منابع داخلی خود تأمین کرده باشد خواه وام بانکی، در قراردادهای بیع متقابل هزینه‌های مالی یا همان «بهره» به هزینه‌های سرمایه‌ای و غیرسرمایه‌ای و گاهاً هزینه‌های بهره‌برداری در صورت تأخیر تعلق می‌گرفت.^۵ در پیش‌نویس قراردادهای جدید نفتی هزینه‌های تأمین مالی فقط و فقط برای هزینه‌های

^۱ قنبری جهرمی، محمدجعفر و مجتبی اصغریان، «مطالعه تطبیقی ترتیبات مالی قراردادهای خدماتی نفتی عراق و ایران»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، ۱۳۹۴، شماره ۲.

^۲ شیروی، عبدالحسین، منبع پیشین.

^۳ Long Term Crude Oil Sale Agreement (LTCOSA)

^۴ شبیرمدی دزکی، محمدرضا، «بررسی تطبیقی حقوقی و اقتصادی قراردادهای امتیازی جدید با قراردادهای مشارکت در تولید و خدمات - در حوزه صنعت نفت»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۲.

^۵ شیروی، عبدالحسین، منبع پیشین.

غیرمستقیم در نظر گرفته شده است که در هر حال باید پرداخت شود. همان طور که اشاره شد، هزینه‌های مستقیم و غیرمستقیم دارای سقف باز هستند و هر ساله در برنامه بودجه تعیین می‌شوند. این موضوع در پیش‌نویس قراردادهای نفتی جدید هم مورد اشاره قرار گرفته است، اما برخلاف هزینه‌های مستقیم و غیرمستقیم که دارای سقف باز هستند، هزینه‌های مالی چنین ساختاری را ندارند، بلکه این قسم از هزینه‌ها سقف دارند و میزان آن مشخص است. در قراردادهای بیع متقابل هزینه‌های پول (هزینه‌های مالی) به هزینه‌های سرمایه‌ای و هزینه‌های غیرسرمایه‌ای تعلق می‌گرفت که عبارت بود از نرخ بهره لایبور به علاوه ۰/۷۵ درصد، که این نرخ نمی‌توانست از نرخ لایبور تجاوز کند.

۲.۴. هزینه‌های بهره‌برداری

تفاوت مهم دیگر نسل جدید قراردادهای نفتی نسبت به سایر قراردادها حضور پیمانکار خارجی در فاز بهره‌برداری و بلندمدت بودن طول دوره قرارداد است که موجب انگیزه شرکت پیمانکار برای حداکثرسازی تولید از میدان و تولید صیانتی از میدان می‌شود. این عوامل در کنار باز بودن سقف هزینه‌های سرمایه‌ای مستقیم و غیرمستقیم از دلایل جذابیت این قراردادهاست.

در قراردادهای جدید، عملیات بهره‌برداری شامل کلیه عملیاتی می‌شود که از تاریخ تولید اولیه تا اتمام مدت قرارداد ادامه پیدا می‌کند. بنابراین، هزینه‌های بهره‌برداری به هزینه‌هایی اطلاق می‌شود که برای انجام دادن عملیات فوق لازم بوده و طبق حسابداری‌های استاندارد محاسبه شده و در بودجه سالانه به تصویب رسیده باشد.

۲.۴.۱. تأمین هزینه‌های بهره‌برداری

در قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل، پیمانکار خارجی در فاز بهره‌برداری حضور ندارد و بدیهی است پس از اکتشاف و توسعه میدان، منطقه قراردادی را با تمام تأسیسات به شرکت ملی نفت ایران تحویل می‌دهد. در واقع مأموریت شرکت نفتی بین‌المللی پس از اتمام توسعه میدان نفتی تمام می‌شود و مسئولیتی نسبت به مرحله بهره‌برداری و تأمین سرمایه مالی آن ندارد. ذکر این نکته برای دوری از اشتباه لازم است که در قراردادهای بیع متقابل، ردیفی با عنوان «حمایت و کمک در تولید» وجود دارد. با این معنا و توضیح که شرکت نفتی خارجی پس از توسعه و تحویل میدان نفتی به شرکت ملی نفت ایران در دوران بهره‌برداری و تولید، از نظر فنی حمایت و کمک در تولید را تعهد می‌کند. با توجه به اینکه در قراردادهای جدید نفتی سه مرحله اکتشاف، توسعه و بهره‌برداری به صورت یکپارچه قرار گرفته‌اند، بنابراین شرکت پیمانکار خارجی متعهد می‌شود که تمام هزینه‌ها را نیز تأمین کند که بازپرداخت آن نیز طبق برنامه‌ریزی در قرارداد انجام خواهد شد.

۲.۴.۲. ساختار و سقف هزینه‌های بهره‌برداری

در قراردادهای جدید نفتی تمام هزینه‌هایی که مربوط به تولید، نگهداری و تعمیرات چاه‌های نفتی یا گازی، سکوها و تأسیسات، گردآوری اطلاعات تولید و زیرسطحی، ساخت و نصب خطوط لوله، تجهیزات، تأسیسات و سیستم‌ها در داخل و خارج از ناحیه قرارداد، اجرای هرگونه عملیاتی که شامل بازسازی، حفظ فشار، تزریق آب، نگهداری، تعمیر و جایگزینی تجهیزات و تأسیسات و کلیه عملیات مرتبط همانند مدیریت برنامه‌ریزی و کارهای اداری می‌شود، توسط شرکت بهره‌بردار

صورت می‌پذیرد. بنابراین هزینه‌های بهره‌برداری نیز مانند هزینه‌های مستقیم و غیرمستقیم توسط پیمانکار محاسبه و در برنامه بودجه سالانه تصویب می‌شود. این هزینه‌ها طبق دوره تعیین شده در قرارداد، محاسبه، تقسیط و به صورت جاری بازپرداخت می‌شود.^۱

با توجه به تعریفی که از هزینه بهره‌برداری ارائه شد، همانند هزینه‌های مستقیم و غیرمستقیم نمی‌توان سقف هزینه‌های آن را به طور دقیق مشخص کرد و دلیل آن نیز رفتار میدان نفت و گاز و حوادث غیرقابل پیش‌بینی در دوران تولید است.

۲.۵. حق الزحمه^۲

چنانچه در قراردادهای نفتی، پیمانکار به اهداف تولید برسد، «حق الزحمه» یا همان «پاداش» به وی تعلق می‌گیرد. در قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل حق الزحمه مبلغی ثابت در قرارداد است که به عنوان پاداش برای پیمانکار در نظر گرفته می‌شود. حق الزحمه براساس نرخ بازگشت سرمایه مقرر در قرارداد و با لحاظ سقف هزینه‌های سرمایه‌ای، برآورد هزینه‌های غیرسرمایه‌ای، جریان نقدی پروژه شامل جداول سرمایه‌گذاری و بازپرداخت و نرخ بهره هم‌زمان با تعیین سقف هزینه‌های سرمایه مشخص می‌شود.^۳ در قراردادهای بیع متقابل پرداخت حق الزحمه مانند بازگشت سرمایه دارای زمان بندی مشخص است؛ به این صورت که کل هزینه‌ها بر ماه‌های بازپرداخت تقسیم می‌شود و سقف بازپرداخت به صورت ماهانه به دلار مشخص می‌شود.

در این قراردادها، حق الزحمه از عواید میدان پرداخت می‌شود. این پاداش باید از حداقل ۶۰ درصد عواید پرداخت شود. بر این اساس، ۶۰ درصد تولیدات در یک دوره سه‌ماهه به قیمت روز محاسبه و پرداخت می‌شود. این پرداخت‌ها به شرکت پیمانکار حدود ۷ تا ۹ سال به طول می‌انجامد که دوره‌های بازپرداخت سه‌ماهه‌اند.^۴

در قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل امکان فروش نفت یا گاز به پیمانکار پیش‌بینی می‌شود؛ به همین دلیل یک قرارداد طولانی مدت فروش نفت، گاز یا میعانات گازی نیز در ضمیمه قرارداد مورد توافق قرار می‌گیرد. با این حال فروش نفت، گاز یا میعانات گاز به پیمانکار برای شرکت ملی نفت ایران اختیاری، اما خرید از سوی پیمانکار اجباری است. این موضوع باعث می‌شود که پیمانکار نتواند ذخایر نفتی را در دفاتر ذخایر خود ثبت کند (البته اگر شرکت ملی نفت تعهد به فروش نفت به پیمانکار کند، پیمانکار می‌تواند در دفتر ذخایر خود ثبت کند).^۵

در قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل حق الزحمه پیمانکار ثابت بود و شاید یکی از علل عدم جذابیت برای پیمانکاران خارجی همین موضوع بود. در قراردادهای IPC برای جذب سرمایه‌گذاری‌های خارجی، قرار بر این است که شرکت نفتی بین‌المللی به ازای تولید هر بشکه نفت مازاد بر تولید اولیه میدان، پاداش دریافت کند. این موضوع در بند «ظ» ماده ۱ شرایط عمومی ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز مورد اشاره قرار گرفته است. این قانون در تعریف دستمزد گفته است: «رقمی که متناسب با هر بشکه تولید اضافی نفت خام (یا هر هزار فوت مکعب استاندارد اضافی گاز طبیعی همراه) از میدان‌ها یا مخزن‌های نفتی یا هر هزار فوت مکعب استاندارد تولید اضافی گاز از میدان‌ها یا مخزن‌های گازی و حسب مورد هر بشکه میعانات گازی اضافی، ناشی از عملیات طرف دوم قرارداد تبیین می‌شود.»

^۱ - بند الف و ب ماده ۱۰ شرایط عمومی ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز.

^۲ Fee

^۳ شیروی، عبدالحسین، منبع پیشین.

^۴ شیروی، عبدالحسین و سید نصرالله ابراهیمی، منبع پیشین.

^۵ شیروی، عبدالحسین، منبع پیشین.

بنابراین، در قراردادهای IPC برخلاف قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل پاداش به صورت کلی محاسبه نمی‌شود، بلکه پیمانکار به ازای هر واحد تولید اضافی پاداش می‌گیرد؛ لذا هرچه نفت بیشتری تولید کند پاداش بیشتری دریافت خواهد کرد. ضمن اینکه در قراردادهای نفتی جدید قیمت جهانی نفت بر پاداش پیمانکار تأثیرگذار است. به این صورت که افزایش یا کاهش قیمت جهانی نفت به میزان ۵۰ درصد، نسبت به پاداش تولید تجدیدنظر می‌شود و هرچه این انعطاف‌پذیری هزینه‌های پیمانکار از قیمت جهانی نفت بیشتر شود، IPC از یک قرارداد خدماتی دورتر و به قرارداد مشارکت در تولید نزدیک‌تر می‌شود.^۱

نتیجه‌گیری

تا سال‌های متمادی، متولیان بخش بالادستی نفت و گاز از قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل در این صنعت استفاده می‌کردند که در سال‌های اخیر این قراردادها جذابیت خود را از دست داده بودند. بر همین اساس، قراردادهایی تحت عنوان قراردادهای جدید نفتی ایران موسوم به IPC که شکل تکامل‌یافته قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل بودند، ابداع شد. تدوین‌کنندگان قراردادهای جدید نفتی برای جذب کردن شرکت‌های نفتی بین‌المللی (IOC)^۲ علاوه بر یکپارچه کردن مراحل کشف، توسعه و تولید، و همچنین افزایش مدت زمان قرارداد، تغییراتی را در بسته مالی این قراردادها ایجاد کردند؛ با این توضیح که سقف هزینه‌ها را باز گذاشتند و برای تولید صیانتی نیز پاداش در نظر گرفتند؛ ضمن اینکه مانند قراردادهای پیشین معافیت‌های مالیاتی را نیز در نظر گرفتند تا موجب جذب سرمایه‌گذاری خارجی شود.

بر این اساس، در قراردادهای جدید نفتی هزینه‌های سرمایه‌ای و هزینه‌های غیرمستقیم که شامل مالیات‌ها و عوارض می‌شود، برخلاف قراردادهای خدماتی موسوم به بیع متقابل که دارای سقف بسته بودند، دارای سقف باز شدند. این عامل موجب کاهش ریسک و تضرر شرکت‌های نفتی بین‌المللی به دلیل احتمال نوسانات قیمت وسایل و مواد اولیه و به‌طور کلی کاهش ضرر در صورت افزایش هزینه‌های عملیاتی شد. به نوعی این قراردادها از تضرر زیاد شرکت‌های نفتی بین‌المللی جلوگیری می‌کند؛ چراکه این موضوع یکی از علل عدم حضور سرمایه‌گذاران خارجی در کشور محسوب می‌شد. از طرف دیگر، در قراردادهای جدید نفتی این پاداش به شکل ثابت نیست، بلکه با افزایش تولید، پاداش نیز افزایش می‌یابد. در واقع تولید صیانتی علاوه بر اینکه برای ایران دارای منفعت است (خصوصاً در میادین مشترک) به نفع شرکت نفتی بین‌المللی نیز بوده و باعث افزایش انگیزه وی در تولید می‌شود. ضمن اینکه در این قراردادها تمام هزینه‌هایی که توسط شرکت نفتی خارجی انجام می‌شود، در صورتی بازپرداخت خواهد شد که شرکت نفتی بین‌المللی به تمام مفاد مندرج در قرارداد دست یابد.

در پایان باید گفت تغییراتی که در بخش مالی قراردادهای جدید نفتی موسوم به IPC صورت گرفته، علاوه بر اینکه مانع تضرر احتمالی شرکت‌های نفتی بین‌المللی (IOC) شده، موجب جذابیت و جذب آنها نیز شده است. بنابراین، تأسیس قراردادهایی با ریسک پایین برای جذب سرمایه‌گذار با تمام انتقادهای وارده بر آن برای صنعت نفت ایران مورد نیاز بود.

^۱ عمادی، محمدعلی، مدل جدید قراردادهای نفتی ایران (IPC)، تهران: هم‌اندیشی نظام جدید قراردادهای صنعت نفت، ۱۳۹۲.

^۲ International Oil Company

منابع

کتاب

۱. پیران، حسین، *مسائل حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی*، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۹.
۲. حاتمی، علی و اسماعیل کریمیان، *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری*، تهران: نشر نیسا، ۱۳۹۳.
۳. روحانی، فواد، *تاریخ اوپک*، ترجمه منوچهر روحانی، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، ۱۳۵۳.
۴. شیروی، عبدالحسین، *حقوق نفت و گاز*، تهران: انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۳.
۵. عمادی، محمدعلی، *مدل جدید قراردادهای نفتی ایران (IPC)*، تهران: هم‌اندیشی نظام جدید قراردادهای صنعت نفت، ۱۳۹۲.
۶. کاظمی نجف آبادی، عباس، *آشنایی با قراردادهای نفتی*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳.

مقاله

۷. ابراهیمی، سید نصرالله و محمد شیرجیان، «قراردادهای بالادستی نفت و گاز نظام جمهوری اسلامی ایران و تبیین دلالت‌های قانونی و الزامات قراردادهای جدید»، *فصلنامه اقتصاد انرژی ایران*، سال سوم، ۱۳۹۳، شماره ۱۰.
۸. ابراهیمی، سید نصرالله، مهدی منتظر و فرزاد مسعودی، «اصول حاکم‌بر قراردادهای خدماتی بالادستی صنعت نفت و گاز ایران»، *پژوهشنامه اقتصاد انرژی ایران*، سال سوم، ۱۳۹۳، شماره ۱۲.
۹. ابراهیمی، سید نصرالله، «اصلاح یا جایگزینی قراردادهای بیع متقابل، راهکار یا ضرورت»، شبکه اطلاع‌رسانی نفت، گاز و انرژی (شانا)، ۱۳۸۴.
۱۰. امامی میبدی، علی و احمد هادی، «ارزیابی نظام مالی قراردادهای نفتی بیع متقابل و قراردادهای جدید نفتی ایران با استفاده از تکنیک TOPSIS»، *فصلنامه مطالعات اقتصاد انرژی*، سال سیزدهم، ۱۳۹۶، شماره ۵۵.
۱۱. زحمت‌کش، حسین، «رژیم حقوقی و ترتیبات مالی در قراردادهای بالادستی در صنعت نفت»، *فصلنامه مطالعات خصوصی*، دوره ۴۴، ۱۳۹۳، شماره ۳.
۱۲. شافع، میر شهپیز و فتح‌الله رحیمی، «دگردیسی و تکامل مرحله ای قراردادهای بین‌المللی نفتی بیع متقابل در بستر حقوق ایران»، *مجله دانش حسابرسی*، سال چهاردهم، ۱۳۹۴، شماره ۵۸.
۱۳. شیروی، عبدالحسین و سید نصرالله ابراهیمی، «اکتشاف و توسعه میادین نفتی ایران از طریق قراردادهای بیع متقابل»، ترجمه مجتبی اصغریان، *مجله حقوقی بین‌المللی*، نشریه امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، سال ۲۶، ۱۳۸۸، شماره ۴۱.
۱۴. شیروی، عبدالحسین و فاطمه امین مجد، «سرمایه‌گذاری خارجی در عملیات بالادستی نفت و گاز»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، دوره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، شماره ۲.
۱۵. صاحب‌هنر، حامد، محمدرضا لطفعلی‌پور، محمود هوشمند و مهدی فیضی، «مقایسه تطبیقی رژیم مالی قراردادهای جدید نفتی ایران (IPC) و قراردادهای مشارکت در (PSC) مطالعه موردی میدان آزادگان جنوبی»، *نظریه‌های کاربردی اقتصاد*، سال چهارم، بهار ۱۳۹۶، شماره ۱.
۱۶. قبری جهرمی، محمدجعفر و مجتبی اصغریان، «مطالعه تطبیقی ترتیبات مالی قراردادهای خدماتی نفتی عراق و ایران»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۶، ۱۳۹۴، شماره ۲.
۱۷. منتظر، مهدی و سید نصرالله ابراهیمی، «جایگاه قراردادهای بیع متقابل در پرونده‌های بالادستی نفت و گاز ایران و مقایسه آن با قراردادهای مشارکت در تولید»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۴۹، ۱۳۹۲.
۱۸. منتظر، مهدی و سید نصرالله ابراهیمی، «دلایل استفاده از قراردادهای بیع متقابل در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز ایران»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ۱۳۹۱، شماره ۴۷.

رساله و پایان نامه

۱۹. جواندل جانانلو، فرخ، «ساختار حقوقی - قراردادی قراردادهای جدید نفتی ایران»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۶.
۲۰. شیرمردی دزکی، محمدرضا، «بررسی تطبیقی حقوقی و اقتصادی قراردادهای امتیازی جدید با قراردادهای مشارکت در تولید و خدمات - در حوزه صنعت نفت»، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۹۲.
۲۱. علیمردی، محمد، «کاربردی از نظریه نمایندگی در تحلیل تأمین مالی پروژه‌های نفت و گاز (صکوک اجاره، مشارکت و قراردادهای نفت و گاز)»، رساله دکتری، تهران: دانشکده اقتصاد، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۹۴.

قوانین و مقررات

۲۲. قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت، ۱۳۹۱.
۲۳. متن کامل کلیات قراردادهای جدید نفتی، ۱۳۹۵.

References

Books

1. Emadi, Mohammad Ali, *The New Model of Iran's Petroleum Contacts (IPC)*, Tehran: Iranian Oil, Gas and Petrochemical Products Exporters' Union, 2012. (In Persian)
2. Hatami, Ali and Esmaeel Karimian, *Foreign Investment Law in the Light of the Law and Investment Contracts*, Tehran: Nisa Publications, 2014. (In Persian)
3. Johnston, D., "International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts", Tulsa, Oklahoma, United States, Penwell Publishing, 1994.
4. Kazemi Najafabadi, Abbas, *Acquaintance with Oil Contracts*, Tehran: Shahr Danesh Legal Studies and Research Institute, 2014. (In Persian)
5. Piran, Hossein, *The Issues of International Investment Law*, 1st edition, Tehran: Ganj Danesh Publications, 2010. (In Persian)
6. Rowhani, Foad, *The History of OPEC*, translated by Manoochehr Rowhani, Tehran: Pocket Books Corporation, 1974. (In Persian)
7. Shiravi, Abdolhossein, *Oil and Gas Law*, Tehran: Samt Publications, 3rd edition, 2014. (In Persian)

Articles

8. Montazer, Mehdi and Seyyed Nasrollah Ebrahimi, "Reasons of Using Buy-Back Contracts in the Iran's Upstream Oil and Gas Industry", *International Law Journal*, No. 47, 2012. (In Persian)
9. Boykette, T., Peirano, M., Boria, S., Kelley, H., Schimana, E., Dekrout, A. "Oil Contracts, how to Read and Understand a Petroleum Contract", *Times Up Press*, 2012.
10. Ebrahimi, Seyyed Nasrollah, Mehdi Montazer & Farzad Masoudi, "The Principles of Governing on the Upstream Service Contracts of Iran's Oil and Gas Industry", *Iran's energy Economics Research Journal*, 3rd Year, No. 12, 2014. (In Persian)
11. Ebrahimi, Seyyed Nasrollah & Mohammad Shirjian, "Upstream Oil and Gas Contracts of Islamic Republic of Iran and Explaining the Legal Implications and Requirements of the New Contracts", *Iran's Energy Economics Quarterly*, 3rd Year, No 10., 2014. (In Persian)
12. Ebrahimi, Seyyed Nasrollah, "Amendment or Replacement of Buy-Back Contracts, Solution or Necessity", *Oil, Gas and Energy Information Network (Shana)*, 2005. (In Persian)
13. Emami Meibodi, Ali & Ahmad Hadi, "Evaluation of the Fiscal Regime of Buy-Back Oil Contracts and Iran's New Oil Contracts Applying the Technique of TOPSIS", *Quarterly Energy Economics Review*, 13th Year, No. 55, 2017. (In Persian)

14. Ghanbari Jahromi, Mohammad Ja'far & Mojtabi Asgharian, "Comparative Study of Fiscal arrangements of Iraq and Iran Oil Service Contracts", *Comparative Law Review Journal*, V. 6, No. 2, 2015. (In Persian)
15. Hafez Abdo, "The taxation of UK oil and gas production: Why the windfalls got away", *Energy Policy*, 38, 2010.
16. Isehunwa, S., & Uzoalor, E. "Evaluation of True Government Take under fixed and Sliding Royalty Scales in Nigerian Oil Industry", *Australian Journal of Basic and Applied Sciences*, 5(3), 2011.
17. Ken, Kasriel & David, Wood, "Upstream Petroleum Fiscal & Valuation Modeling in Excel", John Wiley & Sons Ltd, 2013..
18. Luo Dongkun and Yan Na, "Assessment of fiscal terms of international petroleum contracts", *Petroleum Exploration and Development*, Volume 37, Issue 6, (December 2010).
19. Montazer, Mehdi and Seyyed Nasrollah Ebrahimi, "The Position of Buy-Back Contracts in Iran's Upstream Oil and Gas Projects and its Comparison with Production Participation Contracts", *International Law Journal*, No. 49, 2013. (In Persian)
20. Saheb Honar, Hamed, Mohammadreza Lotfalipoor, Mahmood Hooshmand & Mehdi Feizi, "Comparative Comparison of the Fiscal Regime of Iran's New Petroleum contracts (IPC) and Participation Contracts (PSC) in the Case Study of South Azadegan Field ", *Applied Theories of economics*, 4th Year, No. 1, 2017. (In Persian)
21. Shafe'e, Mir Shahbiz & Fathollah Rahimi, "Step-by-step Transformation and Evolution of International Oil Buy-Back Contracts in the Context of Iranian Law ", *Audit Science Journal*, 14th Year, No. 58, 2015. (In Persian)
22. Shiravi, Abdolhossein & Fatemeh Amin Majd, "Foreign Investment in the Upstream Oil and Gas Operations ", *Private Law Quarterly*, V. 9, No. 2, 2012. (In Persian)
23. Shiravi, Abdolhossein & Seyyed Nasrollah Ebrahimi, "Exploration and Development of Iran's Oil Reservoirs through Buy-Back Contracts ", translated by Mojtaba Asgharian", *International Law Journal, Presidential International Legal Affairs Journal*, 26th Year, No. 41, 2009. (In Persian)
24. Zahmat Kesh, Hossein, "Legal Regime and Fiscal Arrangements in Upstream Contracts in the Oil Industry ", *Private Law Studies Quarterly*, V. 44, No. 3, 2014. (In Persian)

Thesis

25. Alimoradi, Mohammad, "Applying the Theory of the Representation in the analysis of the Fiscal Provision of Oil and Gas Projects (Lease Sukuk, Participation and Oil and Gas Contracts)", PhD Thesis, Tehran: Faculty of Economics, Allameh Tabatabaee University, 2015. (In Persian)
26. Javandel Jananloo, Farrokh, "Legal and contractual Structure of Iran's New Petroleum Contracts", PhD Thesis, Tehran, Tehran University, 2017. (In Persian)
27. Shirmardi Dezaki, Mohammad Reza, "Legal and Economic Comparative Study of New Concessionary Contracts with Production and Service Participation contracts in the Field of Oil Industry ", MA Thesis, Tehran: Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabaee University, 2013. (In Persian)

Rules & Regulations

28. The Duties and Authorities of the Petroleum Ministry Act, 2012.
29. The Full Text of the General Terms of the New Petroleum Contracts, 2016.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Abuse of Contractual Rights In Contract Performance Phase

Ramin Sharifi Mahalleh¹, Abbas Karimi² , Zeinolabedin Taghavi³

ABSTRACT

The enforcement of the rights arising from the contract must be done in a normal form. Deviation from the normal form of applying the contractual right is considered as a fault and leads to the abuse of the contractual right. Despite the effort to prevent the abuse of contractual right and provide legal solutions and measures to guarantee strong sanctions, the recurrence of the abuse of the contractual right is inevitable, because it depends on the attitude of the beneficiary. If he wants to abuse the right created by the concluded contract and exceeds the scope of the right, the abuse of the contractual right will undoubtedly occur with no escape. Contracts such as "Contracts with Imposition Conditions", "Contracts with Liquidated Damages", and "Contracts Affected by Changing Conditions", "Contracts of Adhesion" and "Consumer Contracts" are potentially abusive in private law. The existence of sanctions such as "Contract Adjustment", "Contract Termination", "Compensation" and "Contract Annulment" in the contract and laws is a principal factor in preventing the abuse of contractual rights during the contract performance phase. This study indicates four criteria to abuse contractual rights which some of them are accepted by most of the countries including: 1- the intention to harm, 2- the criterion of goodwill in contract performance, 3- the criterion of violating the social purposes of rights, 4- the criterion of fault in contract performance.

KeyWords: Contractual Rights †Abuse of Right †Contracts Prone to Abuse †Sanction.

How to Cite: Sharifi Mahalleh, Ramin, Karimi, Abbas, Taghavi, Zeinolabedin, " Abuse of Contractual Rights In Contract Performance Phase", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 21-36.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2022.220984.1863>

Received: 05/03/2021-Accepted: 12/10/2021

1. PhD Candidate, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: Sari Branch, Sari, Iran
2. Professor of Law, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: abkarimi@ut.ac.ir
3. PhD. Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



سوءاستفاده از حقوق قراردادی در مرحله اجرای قرارداد

رامین شریفی محله^۱، عباس کریمی^۲، زین العابدین تقوی^۳

چکیده

اجرای حقوق ناشی از قرارداد باید به شکل متعارف آن انجام پذیرد و خروج از شکل متعارف اجرای حق قراردادی، تقصیر محسوب می‌شود و منجر به سوءاستفاده از حق قراردادی می‌گردد. هرچقدر کوشش شود تا جلوی سوءاستفاده از حق قراردادی گرفته و راهکارها و تدابیر قانونی و ضمانت اجراهای قوی و سنگین ارائه شود، باز هم وقوع سوءاستفاده از حقوق قراردادی محتمل است؛ زیرا این امر بسته به نگرش صاحب حق و ذی‌حق درمورد استفاده از حق خویش دارد. اگر او بخواهد از حق ایجادشده از قرارداد منعقد با دیگران سوءاستفاده کند و از محدوده حق تجاوز کند، بدون شک سوءاستفاده از حق قراردادی به وقوع خواهد پیوست و گریزی از آن نخواهد بود. قراردادهایی از جمله «قراردادهای متضمن شروط تحمیلی»، «قراردادهای متضمن وجه التزام»، «قراردادهای متأثر از تغییر اوضاع واحوال»، «قراردادهای الحاقی» و «قراردادهای مصرف» در حقوق خصوصی به صورت بالقوه قابلیت سوءاستفاده دارند. وجود ضمانت اجرایی نظیر «تعدیل قرارداد» «فسخ قرارداد» «جبران خسارت» و «بطلان قرارداد» در قرارداد و قوانین، عامل اساسی در پیشگیری از وقوع سوءاستفاده از حقوق قراردادی در مرحله اجرای قرارداد است. نتایج پژوهش حاکی از وجود چهار معیار برای سوءاستفاده از حقوق قراردادی است که در اغلب کشورها نیز یکی یا دو مورد از این معیارها به‌عنوان سوءاستفاده از حقوق قراردادی مورد پذیرش قرار گرفته‌اند که این معیارها عبارت‌اند از: ۱- معیار قصد اضرار، ۲- معیار حسن‌نیت در اجرای قراردادها، ۳- معیار تجاوز به هدف و غایت اجتماعی حقوق، ۴- معیار تقصیر در اجرای حق.

کلید واژگان: حقوق قراردادی، سوءاستفاده از حق، قراردادهای مستعد سوء استفاده، ضمانت اجرا.

استناد به این مقاله: شریفی محله، رامین، کریمی، عباس، تقوی، زین‌العابدین، «سوءاستفاده از حقوق قراردادی در مرحله اجرای قرارداد»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۲۱-۳۶.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2022.220984.1863>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۷/۲۰

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد ساری، ساری، ایران
۲. استاد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: abkarimi@ut.ac.ir
۳. دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

گسترش زنجیره‌ای از روابط حقوقی میان اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی و نیاز به رفع نیازهای مادی، حقوقی و غیره باعث شکل‌گیری طیف گسترده‌ای از عقود و قراردادهای شده است. در محدوده حقوق قراردادهای با دو نوع حقوق شخصی روبه‌رو هستیم که هر دو قسم حقوق مزبور می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد. در نوع اول با یک نوع حق شخصی قانونی رو به رو باشیم که تحت عنوان حق انعقاد قرارداد قابل توصیف است و در قسم دوم حقوق شخصی ناشی از قرارداد جای می‌گیرند که تحت نام حقوق قراردادی شناخته می‌شوند^۱ و از آنجا که اصولاً قرارداد محصول ارادی طرفین آن تلقی می‌شود و برخورد اراده‌های آزاد و نفع متضاد موجب ایجاد رعایت عدالت و انصاف در قرارداد می‌شود، می‌توان مدعی بود که عدالت همان قراردادی است که اطراف آن منعقد می‌کنند. این برداشت، قرارداد به معنای سنتی را به ذهن متبادر می‌کند.^۲

در منابع فقهی نزدیک‌ترین قاعده به منع سوءاستفاده از حق، قاعده لاضرر است. اما به‌طور کلی مفهوم لاضرر عام‌تر از منع سوءاستفاده از حق است. این اصطلاح در حقوق اروپایی و در کشورهای رومی ژرمنی تأسیس شده است. در کامن‌لو بر طبق نظری که هم‌اکنون در انگلیس و آمریکا غلبه دارد، صاحب حق می‌تواند به هر صورت و با هر اندیشه‌ای تا جایی که از حدود قانون و مفاد اختیار خود تجاوز نکند، حق را به کار برد.^۳ در نتیجه بسیاری از موارد سوءاستفاده قبل از انعقاد قرارداد در قالب سوءاستفاده از حق قراردادی متصور نیست.

منشأ و اساس بسیاری از احکام حقوق ایران ریشه در فقه اسلامی دارد و فقه اسلام به‌خصوص فقه شیعه به واسطه اتصال به وحی الهی و سنت پیامبر(ص) و ائمه اطهار(ع) و با نظر به وجود اجتهاد در فقه شیعه دارای جامع‌ترین و کامل‌ترین احکام حقوقی است. در زمینه سوءاستفاده از حقوق قراردادی حقوق اسلامی دارای پیشینه روشن تاریخی است؛ به‌نحوی که پانزده قرن پیش وقتی سمره‌بن جندب از حق مالکیت خود بر نخلی سوءاستفاده می‌کرد پیامبر(ص) با وضع قاعده «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» هرگونه ضرر حتی ضرر ناشی از اعمال حق را ممنوع کردند. بنابراین سوءاستفاده از حق که یکی از مصادیق ضرر است در آغاز پیدایش اسلام منع گردید.

اصل آزادی قراردادی در حقوق ما مورد پذیرش واقع شده است، لکن محدودیت‌های وارده بر اصل آزادی قراردادی در قوانین، عبارت‌اند از قوانین امری، نظم عمومی و اخلاق حسنه. به‌غیراز این موارد و براساس اصل آزادی قراردادی، افراد در انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد آزادند و هیچ‌کس را نمی‌توان مجبور به انعقاد قرارداد کرد و هرکسی آزادی کامل در انتخاب طرف عقد خود دارد. اختیار انعقاد قرارداد با اشخاص در نظام حقوقی ما یک حق تصریح شده و شناخته شده است.^۴

بنابر ماده ۲۲۰ ق.م.تعهدها باید آنچه تعهد به انجام دادن آن نموده اجرا کند و ذی‌حق نیز می‌تواند در حیطة عرفی و هدفی که از درج حق در قرارداد است، آن را اعمال نماید. در واقع در اغلب سیستم‌های حقوقی، حسن‌نیت در اجرای قرارداد و تعهد به‌عنوان یک ضمانت اخلاقی، حقوقی محترم شمرده شده است. اما در حقوق ایران مانند حقوق انگلستان، حسن‌نیت به‌عنوان یک قاعده کلی که طرفین را به رعایت صداقت و اخلاص در معامله ملزم کند پذیرفته نشده است. این‌رو نمی‌توان

^۱ Karimi Abbas, "Les Clauses Abusive et la Controle de Desequilibre Contractuel Par le Droit Commun de Contrats" vol. 1 *Journal of Law and Politics*, Graduate School of Law & Political Science, Azad University of Tehran, Iran. 1386, p 6.

^۲ نبوی زاده، *سوء استفاده از حق در حقوق قراردادی*، عباس کریمی (مقدمه)، چاپ اول، جنگل، جاودانه ۱۳۹۰، ص ۹۵.

^۳ کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی اعمال حقوقی، قرارداد و ایقاع، دوره مقدماتی حقوق مدنی*، چاپ دوازدهم، انتشارات میزان، ۱۳۸۵، ص ۱۰۳.

^۴ نبوی زاده، منبع پیشین، ص ۱۱.

رفتار طرفین قراردادی را براساس اصل حسن نیت سنجید و ارزیابی کرد.^۱ در واقع اجرای حقوق ناشی از قرارداد باید به شکل متعارف آن انجام پذیرد و خروج از شکل متعارف اجرای حق قراردادی تقصیر محسوب و منجر به سوءاستفاده از حق قراردادی می‌شود. با توجه به مطالب فوق این پژوهش درصدد بررسی سوءاستفاده از حقوق قراردادی در مرحله اجرای قرارداد است.

پیشینه پژوهش

پیرامون بحث «سوءاستفاده از حقوق قراردادی در مرحله اجرای قرارداد» کتاب، مقاله یا پایان‌نامه جامع و مستقلی که شامل زیرمجموعه‌های موضوعی موجود در این پژوهش باشد، به رشته تحریر نیامده است. اگرچه با مراجعه به کتابخانه‌های موجود، برخی جوانب و ابعاد، مورد بررسی و تبیین قرار گرفته است؛ اما مشخص شد که بیشتر تحقیقات به سوءاستفاده از حق در معنای عام آن و کمتر به بررسی موارد سوءاستفاده از حق قراردادی پرداخته‌اند؛ مقالاتی هم که در این زمینه به رشته تحریر در آمده است یا در زمینه سوءاستفاده از حق است یا اینکه بیشتر تک‌بعدی و با توجه به تنوع و گستردگی وجوه و جنبه‌های مختلف موضوع مذکور است. بسیاری از وجوه دست‌نخورده و بکر باقی مانده است که این پژوهش کوشیده در حد توانایی‌های اندک نگارنده به این هدف نایل آید و گامی هرچند کوچک در این راستا بردارد.

فرضیه تحقیق

به نظر می‌رسد معیار سوءاستفاده از حقوق قراردادی تقصیر در اجرای حق است؛ بدین معنی که صاحب حق با خروج از محدوده متعارف و حیطة حق از آن سوءاستفاده کند و منجر به ایجاد خسارت برای طرف مقابل شود.

مسئولیت و مبانی

مسئولیت از نظر لغوی به معنای مؤاخذه و بازخواست است و در اصطلاح نیز بدان معناست که هر شخصی باید پاسخگوی آثار و نتایج اعمال خود باشد. یکی از حقوقدانان در تعریف خود از مسئولیت می‌گویند: مسئولیت عبارت از تعهد قانونی شخص بر رفع ضرری است که به دیگری وارد کرده است؛ خواه این ضرر ناشی از تقصیر خود وی یا ناشی از فعالیت او شده باشد.^۲

۴. مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی

۴.۱. **مسئولیت قراردادی:** متعاقدين با این انگیزه مبادرت به انعقاد قرارداد می‌کنند که با اجرای عقد به اهداف موردنظر از انعقاد آن دست یابند. اصل بر حسن نیت در قرارداد است؛ این‌رو مسئولیت قراردادی که یکی از وسایل تضمین نیروی اجبارکننده قراردادهاست، یکی از اقسام مسئولیت مدنی به معنای عام به شمار می‌رود. مسئولیت قراردادی ناشی از عهدشکنی و نقض قرارداد و در این نوع مسئولیت عهدشکنی معیار تمیز تقصیر است. مسئولیت قراردادی مسئولیت کسی است که در عقودی از عقود (اعم از معین و غیر معین) تعهدی را بپذیرد و به علت عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام دادن تعهد یا در حین انجام دادن تعهد یا به سبب انجام، خسارتی به متعهدله وارد کند. به بیان دیگر مسئولیت قراردادی التزام

^۱ اصغری آقشهیدی، فخرالدین وحمیدرضا ابوی، «حسن نیت در انعقاد قرارداد در حقوق انگلیس و ایران»، مجله حقوق خصوصی، ۱۳۸۷، شماره ۱۲، ص ۴۱.

^۲ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ اول، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.

به جبران ضررهای وارده در نتیجه عدم اجرای قرارداد توسط متعهد است^۱

۴.۲. مسئولیت غیر قراردادی (قهری): مسئولیت قهری و خارج از قرارداد که در فقه به ضمان قهری مشهور است، زمانی مطرح می‌شود که قراردادی بین افراد وجود نداشته باشد و بر اثر نقض وظیفه قانونی، زبانی به کسی برسد. بنابراین مبنای این مسئولیت سرپیچی و تخلف از تعهدات قانونی است.

به نظر می‌رسد با توجه به تفاوت مفهوم تقصیر در دو نظام مسئولیت (قراردادی و غیرقراردادی) و سایر تفاوت‌های بین این دو نظام ایجاب می‌کند که دو نظام مسئولیت از یکدیگر مجزا شوند؛ همچنان که بسیاری از اساتید محترم حقوق بر این اعتقادند. البته نباید فراموش کرد قواعد مشترک زیادی بین این دو نظام وجود دارد.

۴.۳. مبنای سوءاستفاده از حق قراردادی؛ مسئولیت قراردادی یا قهری؟

گفته شد مسئولیت قراردادی ناشی از عهدشکنی و نقض قرارداد بوده است؛ درحالی‌که مسئولیت مدنی ناشی از تجاوز از قانون است. البته بدیهی است سوءاستفاده از حق در قرارداد و برهم‌زدن تعادل و توازن عوضین قرارداد نقض قرارداد محسوب می‌شود؛ چراکه اطراف آن در حالتی عادی و متعارف هرگز حاضر به انعقاد قراردادی که متضمن سوءاستفاده فاحش از حق است نمی‌شوند. بنابراین، سوءاستفاده و تقصیر در اجرای حق که رنگ سوءاستفاده و تجاوز از حق به خود می‌گیرد، ممکن است عهدشکنی و نقض قرارداد محسوب شود. ولی به نظر می‌رسد سوءاستفاده از حق قراردادی، مسئولیت قراردادی به شمار آید؛ چراکه با توجه به پیشینه سوءاستفاده از حق و همچنین مبنای آن در مسئولیت مدنی به معنای خاص مطرح شده است و از طرفی دکترین نیز آن را در این حوزه بررسی می‌کنند. اگرچه سوءاستفاده از حق را نمی‌توان صرفاً مبتنی بر تقصیر نمود، ولی با این حال به نظر می‌رسد سوءاستفاده کننده از حق که به‌طور آشکاری از حق خود تجاوز می‌کند، حق قراردادی ندارد که آن را نقض قرارداد محسوب کنیم. بنابراین چنین شخصی متجاوز به قانون به شمار می‌رود و بدیهی است که تجاوز به قانون مبنای قراردادی نمی‌تواند داشته باشد و یک مسئولیت غیرقراردادی است.

آثار مسئولیت مدنی

در صورتی که تمام شرایط و ارکان مسئولیت مدنی جمع باشد زیان دیده حق پیدا می‌کند که جبران خسارتی را که به او وارد شده است، بخواهد. عامل ورود زیان نیز ملزم می‌شود تا ضرری را که به بار آورده جبران کند. جبران زیان هدف مشترک و کلی مسئولیت مدنی است. شیوه اجرایی آن ممکن است بازگرداندن وضع به حال پیشین باشد یا دادن پول یا مجازات بدنی و شخصی خطاکار.^۲ بنابراین اصلی‌ترین اثر مسئولیت مدنی جبران خسارت است.

جبران خسارت؛

۱-۲. اعاده وضع به صورت پیشین (جبران عینی)؛

۲-۲. جبران بدلی.

سوءاستفاده از حق و جبران خسارت

در زمینه جبران خسارت به‌عنوان ضمانت اجرای سوءاستفاده از حق، در حقوق ما قاعده لاضرر حاکم است. قاعده لاضرر اقتضا دارد که همه زیان‌ها و خسارات وارده جبران شود، بنابراین چنانچه از سوءاستفاده از حق ضرری مادی و یا معنوی

^۱ کاتوزیان، ناصر، «تفسیر قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، زمستان ۱۳۸۴، صص ۳۳-۳۴.

^۲ کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۳۵۷.

متوجه کسی شود «قاعده لاضرر» که زیربنا و منبع «نظریه سوءاستفاده از حق» در حقوق ماست، ایجاب می‌کند زیانی جبران نشده باقی نماند. به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی که اشعار می‌دارد: «دادگاه میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین خواهد کرد...»، دادگاه می‌تواند متناسب با هر مورد به جبران خسارت رأی دهد.

بطلان قرارداد در نتیجه سوءاستفاده از حق

بطلان قرارداد حالتی است که طرفین با وضعیتی روبه‌رو خواهند شد که گویی اصلاً هیچ‌گونه رابطه حقیقی با همدیگر نداشته‌اند. در زمینه آثار فرقی نمی‌کند مبنای بطلان معیوب بودن قصد و واقع نشدن تراضی باشد یا صورتی که قانون قرارداد را از اثر اندازد. بی‌گمان، از لحاظ نظری بین موردی که عقد به دلیل عدم تراضی یا نداشتن موضوع وجود خارجی نمی‌یابد و صورتی که قانون توافق دو اراده را خنثی می‌سازد تا از ناتوان یا مصلحت اجتماعی حمایت کند، تفاوت وجود دارد.^۱ بی‌تردید بطلان قرارداد با اصطلاحاتی همچون عدم نفوذ، قابلیت فسخ و حتی قابلیت ابطال تفاوت می‌کند. منتها متأسفانه در اثر بی‌توجهی به همین امر در بسیاری از موارد از جمله در قانون مدنی در مواد (۴۸۳، ۴۹۶، ۲۱۲ و ۲۱۳) قانون‌گذار با اختلاط بین مفاهیم بطلان با سایر مفاهیم از جمله انفساخ و عدم نفوذ و قابلیت ابطال بر ابهامات این موضوع افزوده است.

اوصاف یا مبانی بطلان

بطلان برخلاف سایر وضعیت‌های حقوقی از جمله وضعیت حقوقی عدم نفوذ، در نتیجه انتفای قصد طرفین و مخالفت با نظم عمومی و مصالح اجتماعی، عموماً جهت حمایت از ناتوان در قرارداد یا مصلحت اجتماعی است. شاید به دلیل همین مبانی و اوصاف بوده که حقوق برخی از کشورها آن را به دو دسته نسبی و مطلق تقسیم کرده و قراردادهایی را که مخالف با نظم عمومی و مصالح اجتماعی و منافی قصد طرفین بوده، به‌طور مطلق باطل و در سایر موارد از جمله عیوب اراده، قرارداد را باطل نسبی می‌دانند که برخلاف بطلان مطلق وجود و قوت قرارداد منوط به اراده ذی‌نفع بوده و تا زمانی که ذی‌نفع، اراده بر بطلان قرارداد نکند، قرارداد به وجود خویش ادامه می‌دهد.

۱. بطلان در نتیجه واقع نشدن تراضی و انتفای قصد؛

۲. بطلان در نتیجه تجاوز از قانون و مصلحت اجتماعی.

آثار بطلان

ماده ۳۶۵ قانون مدنی بر بی‌اثر بودن بیع فاسد تأکید دارد. در واقع بیع فاسد یکی از مصادیق بطلان عقد و قرارداد است. دارا شدن به موجب عقد باطل هیچ اثر حقوقی ندارد و همان‌طور که ماده ۳۶۶ قانون مدنی در مورد بیع فاسد که یکی از مصادیق عقد باطل است، اشعار می‌دارد؛ تکلیف به رد عین و ضمان از آثار قهری عقد باطل به شمار می‌رود. بدین ترتیب قانون‌گذار مقبوض به عقد باطل را در حکم غاصب و ضامن عین و منافع در صورت تلف می‌داند. البته ممکن است این شائبه حاصل شود که در غصب، غاصب به جهت اینکه بدون اذن، مال را در تسلط خویش دارد ضامن است و درحالی که در مقبوض به عقد باطل، طرفین با اذن یکدیگر مورد معامله را تحت سلطه دارند، پس به صرف اذن، نباید ضمانتی مستقر

^۱ کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۲۹۷.

شود. کما اینکه از ظاهر عبارت برخی از فقها به‌طور ضمنی استفاده می‌شود که تصرف در مال دیگری با اذن مالک ضمان‌آور نیست و از قاعده علی‌الید خارج است. البته اعاده وضع به حالت سابق تنها وسیله جبران خسارت نیست، بلکه هر یک از طرفین می‌توانند در صورتی که در اثر بطلان زیان‌های به آن وارد آمده آنها را از طرفی که این زیان‌ها ناشی از تقصیر وی است، مطالبه کند. البته باید متذکر شد که مطالبه جبران خسارت ناشی از بطلان از سوی کسی که بطلان عقد قابل انتساب به او باشد در صورتی امکان‌پذیر است که زیان‌دیده خودش مقصر نباشد.

۱. اثر بطلان نسبت به قرارداد؛

۲. اثر بطلان نسبت به بخشی از قرارداد؛

۳. آثار بطلان نسبت به متعاملین.

از بین بردن بعضی از آثار عمل همراه با سوءاستفاده از حق قراردادی

به‌هر حال قانون‌گذار هر قدر تلاش کند و مقررات و راهکار ارائه دهد و نظارت قضایی را گسترش دهد باز امکان سوءاستفاده از حق قراردادی وجود دارد و در عمل قانون‌گذار نمی‌تواند موارد سوءاستفاده از حق قراردادی را به‌طور کامل حذف کند. اما یکی از بهترین تدابیر لازم در جهت کاهش و جلوگیری از موارد سوءاستفاده از حق قراردادی از بین بردن آثار اعمال حق قراردادی است، بدین معنا که اگر چه شخص در اجرا و اعمال حق خویش تقصیر می‌کند، نتیجه موردنظر از آن تجاوز از حق حاصل نشود. این راهکار در عمل منجر به کاهش موارد سوءاستفاده از حق قراردادی می‌شود، زیرا صاحب حق درمی‌یابد حتی اگر از محدوده حق تجاوز کند هدف و مقصود وی محقق نخواهد شد. در ذیل به برخی از این موارد اشاره می‌شود:

از بین بردن بعضی از آثار عمل همراه با سوءاستفاده از حق قراردادی در عقد وکالت

همان‌گونه که در مصادیق با سوءاستفاده از حق قراردادی آمده است از حق عزل و استعفا در عقد وکالت ممکن است مورد سوءاستفاده قرار گیرد؛ چراکه این عقد عقدی جایز است و مطابق ماده ۶۷۹ ق. م. موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند. موکل در استفاده از این حق دارای آزادی کامل است و نیاز به هیچ استدلالی ندارد. در همین ماده به استعفا به‌عنوان یکی از موارد انحلال عقد وکالت اشاره شده است که این حق یکی از حقوق وکیل به‌شمار می‌آید و براساس آن وکیل می‌تواند هر زمان که بخواهد از وکالت استعفا دهد، بدون اینکه هیچ مسئولیتی داشته باشد. اما در مورد وکالت دادگستری صورت مسئله کمی متفاوت است. وکیل مکلف است دادگاه را از استعفای خود آگاه کند و این امر در ماده ۳۹ ق. آ. د. م. مورد اشاره قرار گرفته است. این ماده بیان می‌دارد: «در صورتی که وکیل استعفای خود را به دادگاه اطلاع دهد، دادگاه به موکل اخطار می‌نماید که شخصاً یا توسط وکیل جدید دادرسی را تعقیب کند...». در نتیجه استعفای وکیل در وکالت دادگستری باید به اطلاع دادگاه برسد. از سوی دیگر موکل نیز می‌تواند علی‌الاصول در هر مقطع از مقاطع دادرسی و در هر مرحله وکیل خود را عزل کند. مطابق ماده ۳۷ ق. آ. د. م. اگر موکل وکیل خود را عزل کند، مراتب را باید به دادگاه وکیل معزول اطلاع دهد. اما بعد از بیان این مقدمه باید گفت دادگاه باید از عزل و استعفا آگاه شود تا خللی در روند دادرسی ایجاد نشود. در نتیجه اگر وکیل از حق استعفای خود در صدد سوءاستفاده از حق باشد یا موکل بخواهد از حق عزل خود سوءاستفاده کند و بدین سبب بخواهند جلسه دادگاه را تجدید کنند، این امر مقدور نیست؛ زیرا قانون‌گذار با پیش‌بینی ماده ۱۸ ق. آ. د. م. در پی بی‌اثر ساختن این سوءاستفاده و قصد و نیت وکیل و موکل بوده است.

از بین بردن بعضی از آثار عمل همراه با سوءاستفاده از حق قراردادی در اعمال حق طلاق

از موارد دیگری که قانون‌گذار تلاش کرده است از آثار سوءاستفاده از حق قراردادی بکاهد و آثار آنرا منتفی کند، د مورد سوءاستفاده از حق اعمال طلاق براساس ماده ۹۴۴ ق.م.ا.ست؛ همان‌گونه که بارها در این مقال بیان شد حق طلاق از اختیارات مرد است و وی می‌تواند با اخذ گواهی عدم امکان سازش از دادگاه بعد از ارجاع به داوری از همسرش جدا شود، به‌رحال هنوز ارادهٔ مرد در طلاق همسرش حاکم است و اخذ گواهی عدم امکان سازش در عمل فقط ایجاد وقفه می‌کند و در صورتی که شوهر قصد جدی بر طلاق داشته باشد هیچ اثری ندارد.

از جمله مواردی که شوهر از این حق سوءاستفاده می‌کند دربارهٔ محروم کردن زوجه از ارث است که در ماده ۹۴۴ ق.م.ا. مورد اشاره قرار گرفته است. این ماده بیان می‌دارد: «اگر شوهر در حال مرض زن خود را طلاق دهد و در ظرف یک سال از تاریخ طلاق به همان مرض بمیرد زوجه او ارث می‌برد اگرچه طلاق بائن باشد مشروط بر اینکه زن شوهر نکرده باشد». قانون‌گذار در این ماده سوءنیت شوهر را مفروض دانسته و فرض کرده مردی که مبتلا به مرضی است و در همین حال زن را طلاق می‌دهد سوءاستفاده از حق می‌نماید و قصدش این است در صورتی که از آن مرض فوت کند چیزی از اموالش به زوجه نرسد؛ قانون‌گذار با پیش‌بینی این امر این اثر را خنثی نموده است. به نظر ما هر چند مدت یک سال کوتاه به نظر می‌رسد، ولی نص این ماده با رویکرد بازدارندگی که دارد مورد تأیید است. به نظر ما از میان راهکارهایی که بررسی شد این راهکار اثر قوی‌تر و مؤثرتری دارد؛ زیرا در عمل وقتی که اثری بر اعمال حق، وقتی از محدودهٔ آن تجاوز شود بار نشود، اشخاص رغبتی بر تجاوز از حق ندارند؛ زیرا اثری بر آن مترتب نیست. این امر خود یک ضمانت‌اجرای مناسب در جهت کاهش موارد سوءاستفاده از حق قراردادی می‌باشد که لازم است در مورد سایر اعمال حقوق افراد نیز از سوی قانون‌گذار مدنظر قرار گیرد.

از جمله دیگر موارد مرتبط حق حبس است؛ مقید ساختن شروع نکاح به وصول کل مهریه و استناد به حق حبس غیرمعمول و تجاوز به حقوق خصوصی افراد به نظر می‌رسد و با اهداف قانون‌گذار در خصوص خانواده که همانا اعتلا و تحکیم آن است، سازگاری ندارد. تفسیر حق حبس به حق امتناع از تمکن جنسی زوجه در شرایطی که زوج در حال پرداخت اقساط مهریه است، حق حبس علاوه بر غیرعملی بودن، نوعی صحه‌گذاری بر لجبازی و سوءاستفاده از حق را به دنبال خواهد داشت.

راهکار تعدیل شروط وجه التزام

طرفین قرارداد می‌توانند به منظور تعیین پیشاپیش خسارت وارده بر اثر عدم اجرای تعهد، آن را در ضمن عقد یا حتی خارج از عقد اصلی توافق کنند که براساس آن چنانچه یکی از طرفین از انجام دادن تعهد سر باز زند، مبلغی به‌طور مقطوع به شخص زیان‌دیده بپردازد که به آن وجه التزام گویند. ولی در عمل ممکن است وجه التزام مندرج در قرارداد با واقعیت آنچه به عنوان خسارت باید پرداخت شود تناسب نداشته باشد؛ یعنی وجه التزام بسیار گزاف یا بسیار ناچیز در برابر خسارت واقعی خودنمایی کند. در این فرض ممکن است طرف قرارداد از حق به‌وجودآمده به سبب تعیین وجه التزام سوءاستفاده کند؛ زیرا نص ماده ۲۳۰ ق.م.ا. بیان می‌دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف مبلغی به‌عنوان خسارت تاخیر تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم نماید». براساس حکم ماده، این ماده به طرف منتفع از شرط وجه التزام قدرت نامحدودی اعطا می‌شود تا از این حق سوءاستفاده کند؛ خصوصاً در مواردی که تناسبی بین وجه التزام و مبلغ خسارت وارد شده وجود ندارد و این خود مصداق عینی

سوءاستفاده از حق قراردادی است. در نتیجه برای کاهش موارد سوءاستفاده از شرط وجه التزام استفاده از راهکار تعدیل شرط وجه التزام است و منظور از آن این است که دادگاه مشخصات، آثار قرارداد، خسارت و وجه التزام را با بقای اصل شرط و قرارداد تغییر دهد و آن را متناسب سازد.^۱ اما پذیرش این راهکار به سادگی امکان پذیر نیست، زیرا پذیرش تعدیل در توافقی که بین طرفین واقع شده است، منافی با اصل حاکمیت اراده در قراردادها است؛ از سوی دیگر رعایت احترام به اراده طرفین از سوی قانونگذار لازم و ضروری است و حتی الامکان باید از دخالت در قراردادها که به وسیله طرفین واقع شده است خودداری شود. اما بهر حال با توجه به سوءاستفاده‌هایی که از وجه التزام نامتناسب می‌شود، مصلحت اقتضای چنین دخالتی را توجیه پذیر می‌کند.^۲ اگرچه ماده ۲۳۰ ق. م. قاضی صراحتاً از تعدیل منع کرده است؛ با وجود این، نمی‌توان به طور مطلق دادرس را از مداخله در قرارداد ممنوع کرد، اگر مبنای ماده ۲۳۰ ق. م. را احترام به توافق طرفین دانست، احترام به این قرارداد در شرایطی است که طرفین در انعقاد قرارداد در شرایط یکسان و برابر باشند و ارکان صحت معامله نیز وجود داشته باشد؛ لذا در شرایطی که یکی از طرفین به جهت نابرابری اقتصادی، اضطرار، وجود انحصار و سایر موارد ملزم به پذیرش شروط وجه التزام خواه با مبلغ ناچیز و یا مبلغ گزاف باشد، و به جهت وجود همین شروط وجه التزام برای یکی از طرفین حق مطالبه ایجاد شود و وی بخواهد از این حق سوءاستفاده کند، نمی‌توان به استناد ماده ۲۳۰ ق. م. قرارداد را به موقع اجرا گذاشت. از سوی دیگر تجربه کشورهای دیگر از جمله فرانسه.^۳ در امکان تعدیل وجه التزام کمک می‌کند که با اصلاح قانون، تفسیر قانون توسط رویه قضایی به تعدیل وجه التزام‌های گزاف یا به غایت ناچیز جلوی سوءاستفاده از حق قراردادی گرفته شود. پس با استفاده از راهکار تعدیل شروط وجه التزام از ظالمانه بودن حقوق قراردادی کاست و به این وسیله عدالت را در قراردادها برقرار کرد، بدون اینکه به اصل شرط خللی وارد آید.

لازم به ذکر است یکی دیگر از حقوقدانان^۴ معتقد است، وجود شرط وجه التزام در قرارداد مانعی برای متعهدله در درخواست اجرای تعهد اصلی ایجاد نمی‌کند، اما نباید چنین تصور کرد که متعهد دارای این اختیار است که یا تعهد اصلی را اجرا و یا وجه التزام مورد توافق را بپردازد؛ چراکه اگر وجه التزام برای تحکیم قرارداد باشد و تضمین‌کننده تعهدات قراردادی، پس تا آنجایی که امکان انجام دادن تعهد اصلی وجود دارد، متعهد باید با درخواست متعهدله به انجام آن الزام شود و از طرف دیگر وجه التزام به منزله یک تعهد فرعی و تبعی ضمن عقد است. تعیین مبلغ مقطوع آن به نیروی الزام آور عقد صدمه نمی‌زند و همان طور که در رأی شعبه ۲۷ دادگاه حقوقی یک تهران از جمله یکی از مستندات حکم دادگاه ماده ۲۱۹ ق. م. بوده است، به موجب مفاد این ماده کلیه عقود میان متعاملین لازم‌الاتباع است، مگر در مواردی به حکم قانون فسخ و یا با توافق طرفین اقاله شود. بنابراین کلیه تعهدات پذیرفته شده و به موجب قرارداد لازم است؛ لذا همچنان که طلبکار «مشروطه‌له» نمی‌تواند بدهکار را در صورتی که آماده اجرای اصل تعهدات است، ملزم به پرداخت وجه التزام کند، بدهکار «مشروط علیه» نیز نمی‌تواند برای فرار از انجام دادن تعهد، طلبکار را مجبور به مطالبه وجه التزام کند. بدهکار «مشروط علیه» نیز نمی‌تواند برای فرار از انجام دادن تعهد، طلبکار را مجبور به مطالبه وجه التزام نماید. با وجود این، اگر از عبارت قرارداد و اوضاع و احوالی که آن را احاطه کرده است، یا از داوری عرف در معامله خاصی، چنین برآید که مقصود دو طرف این بوده که اجرای اصل تعهد یا پرداختن وجه التزام در اختیار متعهد باشد، دادرس باید مفاد

^۱ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، کتابخانه گنج دانش، چاپ ۵، شماره ۵۹۳۴، ۱۳۸۵، ص ۷۵۴.

^۲ حسین آبادی، امیر، «تعادل اقتصادی در قرارداد»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، زمستان ۱۳۷۶ تا تابستان ۱۳۷۷، شماره ۲۱ و ۲۲، ص ۱۲۰.

^۳ اسکینی، ربیعا، *مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل*، چاپ اول، تهران: نشر دانش امروز، ۱۳۷۱، ص ۶۳.

^۴ کاتوزیان، ناصر، *الزامهای خارج از قرارداد مسوولیت مدنی*، چاپ چهاردهم، تهران: دانشگاه تهران، موسسه انتشارات، ۱۳۹۵.

قرارداد را محترم شمارد. بنابراین پذیرش فرض وجود خیار برای متعهد مغایر با قاعده لزوم و خصوصیت تضمینی «شرط وجه التزام» است.

راهکار عسر و حرج مستأجر در تخلیه و تحویل مورد اجاره

براساس قاعده فقهی عسر و حرج، هرگاه در نتیجه اجرای حکم یا حقی ایجاد مشقت و دشواری نامتعارفی برای شخص ایجاد گردد، به حکم ثانویه آن امر از عهد شخص ساقط و فرد از اجرای تکلیف معاف می‌شود. درباره ملاک عسر و حرج فقها بیان داشته‌اند: آنچه می‌تواند ملاک تشخیص عسر و حرج باشد تشخیص عرف است؛ یعنی باید تکلیفی را حرجی دانست که اجرای آن برای مکلف عادتاً دشوار باشد؛ یعنی انجام دادن عمل مستلزم مشقتی باشد که عرفاً مردم آن را قابل تحمل نمی‌دانند.^۱ قاعده نفی عسر و حرج از جمله قواعدی است که در برخی از قوانین ما به صراحت و در بسیاری از قوانین دیگر به صورت تلویحی به این قاعده اشاره شده است. در مورد نکاح و قانون روابط موجر و مستأجر قاعده عسر و حرج صراحتاً مورد تأکید است. در ارتباط با عقد اجاره باید بیان داشت که قوانین روابط موجر و مستأجر در قوانین کشورهای مختلف بنا به دلایلی از جمله طولانی و مستمر بودن این عقد و تغییر و تحولات زمان اجرای عقد و نیز موقعیت نابرابر موجر و مستأجر و گاه مشکلات اقتصادی از حالت و جایگاه استثنایی و گاه آمرانه برخوردار است که قانون ایران سرآمد آن به‌شمار می‌آید. مطابق آنچه در بالا ذکر شد، در صورتی که موجر بخواهد از حق تخلیه خود سوءاستفاده کند، مستأجر به استناد عسر و حرج که البته باید به تأیید دادگاه برسد می‌تواند از اعمال حق وی جلوگیری کند. البته ذکر این نکته ضروری است که عدم تخلیه ملک مورد اجاره اصولاً تا زمان وجود مشقت است و در صورتی که دشواری و مشقت وجود نداشته باشد، نمی‌توان حق تخلیه موجر را محدود کرد. از سوی دیگر مستأجر فقط تا زمانی می‌تواند از عسر و حرج بهره‌مند شود و حق تخلیه موجر را محدود کند که امکان رفع عملی موقعیت مشقت بار ممکن نباشد. والا اگر امکان پذیر باشد نمی‌توان حق موجر را محدود کرد. به‌هرحال با استفاده از راهکار عسر و حرج در قراردادها که مصادیق آن کم نیست، می‌توان از موارد سوءاستفاده از حق قراردادی کاست. امروزه می‌توان به موضوع کرونا و بخشنامه‌های قوه قضائیه مبنی بر عدم دستور تخلیه اشاره کرد.

اعطای حق فسخ در عقود مستمر

در عقود مستمر مطالبه اجرای حقوق و تعهدات قراردادی در شرایطی که در اثر تغییر اوضاع و احوال زمان انعقاد وضعیت یکی از طرفین قرارداد دگرگون شده، سوءاستفاده از حق قراردادی است. هرچند که برطرف قرارداد بر طبق قرارداد حق مطالبه اجرای تعهدات قراردادی را دارد، مطالبه آن در شرایط تغییر یافته مصادیقی از سوءاستفاده از حق قراردادی است؛ چراکه اجرای قرارداد در این شرایط تا مرز بی‌عدالتی پیش می‌رود. به‌هرحال در قراردادهای مستمر ایجاد حوادث پیش‌بینی نشده و غیرمتعارف، وضعیت طرفین را دچار اختلال می‌کند و باعث دگرگونی شرایط قرارداد می‌گردد؛ چون در عقود مستمر دامنه اجرای تعهدات طولانی است؛ در نتیجه تأثیر حوادث پیش‌بینی نشده در آنها بیشتر است و اگر در این شرایط قائل به اجرای قرارداد و حقوق و تعهدات ناشی شده از آن بود، شرایط دشواری برای متعهد ایجاد می‌شود. پس در

^۱ محقق داماد، سید مصطفی، جلیل قنوتی، سید حسن حسن وحدتی و ابراهیم عبدی پور، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، جلد ۱، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص ۳۲۶.

این شرایط یا باید قرارداد را تعدیل کرد و از تعهدات طرفین کاست یا اینکه امکان فسخ قرارداد را فراهم کرد؛ یعنی در این موارد اگر وصف الزام آور عقد از بین برود دو راه حل وجود دارد: یا قاضی باید شرایط قرارداد و اجرای تعهدات را با شرایط تغییر یافته منطبق کند یا در صورت عدم امکان تعدیل، حکم به جواز فسخ توسط متعهد را بدهد.^۱

راهکار فوریت خیار

استفاده از راهکار فوریت اعمال خیار بعد از ثبوت خیار یا علم به وجود و ثبوت آن کمک شایانی به کاهش موارد سوءاستفاده از حق قراردادی می‌کند. در قانون مدنی تعداد اختیارات ۱۰ مورد بیان شده که از میان اختیارات ذکر شده در فقه و قانون مدنی به فوری بودن اعمال برخی از اختیارات اشاره شده است. در ماده ۱۱۳۱ ق.م. در ارتباط با فسخ نکاح بیان شده است: «خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ، نکاح را فسخ نکند خیار او ساقط می‌شود، به شرط اینکه علم به فوریت آن داشته باشد». در نتیجه در مورد اختیارات ذکر شده صاحب خیار باید بعد از ثبوت خیار یا علم به وجود خیار آن را اعمال کند والا خیار وی ساقط می‌شود. به طور مثال اگر شخصی مالی را مورد معامله قرار دهد و بنا به هر دلیلی در زمان انجام معامله مغبون شود و علم به غبن داشته ولی آن را اعمال نکند، نمی‌تواند بعد از گذشت مدت طولانی از زمان علم غبن مدعی وجود خیار و فسخ معامله باشد. در مورد سایر اختیارات نیز به همین شکل است؛ یعنی بعد از گذشت مدتی نمی‌توان مدعی وجود خیار (فرضا تدلیس، عیب) باشد. باید یادآور شد که مقصود از فوری بودن اعمال خیار مفهوم ریاضی و فیزیکی آن نیست و هر درنگ خیار را ساقط نمی‌کند، بلکه هدف این است که در نخستین فرصت ممکن حق خیار اعمال شود. مهلتی که انسان متعارف در آن شرایط کاری بی‌درنگ انجام می‌دهد و از خیار استفاده می‌شود. در نتیجه باید مهلت اجرای خیار را فوریت عرفی نامید؛ چنانچه در پایان ماده ۱۱۳۱ ق.م. در مورد فسخ نکاح بیان شده است: «تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده به نظر عرف و عادت است». نقطه آغاز این مهلت کوتاه از لحظه‌ای است که زیان دیده از وضع خود آگاه می‌شود و درمی‌یابد مغبون شده یا او را به تدلیس فریفته‌اند یا عیب پنهان کالا آشکار می‌شود و او را به خود می‌آورد؛ زیرا درنگ بی‌جا در چنین وضعی اماره اسقاط حق است، اما درنگ باید آگاهانه باشد، والا اگر آگاهانه نباشد باعث سقوط حق خیار نیست.^۲ اما درنگ در اجرای حق پس از آگاهی صاحب حق به ضرر طرف دیگر است و با لزوم عقد منافات دارد؛ به علاوه دارنده خیار با تأخیر در اجرای خیار و اقدام به ضرر خود در مقتضی ایجاد خیار و نفی لزوم عقد تردید به وجود آورده، استناد به استصحاب را منتفی می‌کند.^۳

قاعده الحاکم ولی الممتنع

یکی از قواعد فقهی پرکاربرد که می‌تواند نقش مؤثری در زمینه کاهش موارد سوءاستفاده از حق قراردادی داشته باشد، قاعده «الحاکم ولی الممتنع» است. در فقه در مباحث گوناگونی به نقش حاکم در روابط حقوقی تصریح شده است که از آن جمله می‌توان به مسئولیت حاکم در قبال مولی علیهم، پرداخت مالیات به حاکم، قبض مال موقوفه در صورت وقف بر مصالح عامه در صورت عدم وجود متولی، بیع حاکم از جانب مولی علیه، مسئولیت حاکم در صورت محجوریت و ولایت

^۱ صادقی مقدم، محمد حسن، «مطالعه تطبیقی تاثیر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه حل حقوق ایران»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۱۸، شماره ۲۵، ۱۳۷۹، ص ۱۲۸.

^۲ کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، منبع پیشین، ص ۳۳۵.

^۳ انصاری، مسعود، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد ۱، انتشارات مه‌ارت، ۱۳۸۴.

حاکم در نکاح می‌توان اشاره کرد. براساس این قاعده فقهی هر جا که صاحب حق، مال و غیره از پذیرش آن امتناع کند، شخص متعهد می‌تواند با در اختیار قراردادن آن حق یا مال در اختیار حاکم یا قائم مقام وی خود را از مسئولیت بری سازد. در واقع براساس این قاعده حاکم، قائم مقام شخص ممتنع محسوب می‌شود و تسلیم حق به او در حکم تسلیم به شخص ممتنع است. در فقه به مواردی از استعمال این قاعده اشاره شده است: به‌طور مثال درباره عقد کفالت بیان شده است که کفیل باید مکفول را در مکان تعیین شده و در سر رسید تحویل دهد یا در صورتی که کفالت حال باشد بعد از درخواست مکفول له، مکفول را تحویل دهد. حال اگر مکفول له از تحویل گرفتن مکفول خودداری کند، کفیل مکفول را تحویل حاکم می‌دهد و در این صورت بری الذمه محسوب می‌گردد.^۱ تجلی این قاعده فقهی در قانون مدنی در ماده ۲۷۳ ق.م.ا است. این ماده بیان می‌دارد: «اگر صاحب حق از قبول آن امتناع سازد متعهد به وسیله به تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام وی بری می‌شود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود». این ماده جزء قواعد عمومی قرارداد است و در هر موردی که شخصی از قبول حق امتناع کند کاربرد دارد. ذکر این نکته ضروری است که برای استفاده از مقررۀ این ماده لازم است که صاحب حق از قبول آن امتناع ورزد و اثبات امتناع او برعهده مدعی است؛ در نتیجه شخص نمی‌تواند بدون امتناع صاحب حق، آن را در اختیار حاکم قرار دهد، بنابراین بدهکار یا ثالثی که مایل به اجرای تعهد است، باید نخست در محل پرداخت به طلبکار یا صاحب حق مراجعه کند و پیشنهاد تأدیۀ خود و امتناع صاحب حق را با ارسال اظهارنامه رسمی یا تأمین دلیل مسجل سازد و آن‌گاه برای پرداخت به حاکم یا قائم مقام او مراجعه کند، والا صرف تسلیم به حاکم مسئولیت او را از بین نمی‌برد و دین و حق ساقط نمی‌شود.^۲ لازم به ذکر است که در این مورد، یعنی امتناع، نباید علت خارجی و قوه قاهره مانع از تحویل گرفتن باشد. والا اگر علت خارجی مانع باشد تحویل به حاکم کافی برای برائت نیست. به‌هرحال با استفاده از این راهکار، چنانچه صاحب حق بخواهد با امتناع از دریافت حق خویش موجبات سوءاستفاده از حق قراردادی را فراهم کند، بعد از اثبات امتناع، حق را در اختیار حاکم قرار می‌دهد و به این وسیله از ابزاری مؤثر در جهت خنثی‌سازی نیت و قصد صاحب حق برمی‌آید. این سوال ممکن است مطرح شود که برای جلوگیری از سوءاستفاده از حق قراردادی، اگر قرار باشد حق در اختیار حاکم قرارگیرد منظور از حاکم چه کسی است؟ به‌عنوان مقدمه باید ذکر کرد که در عرف دادرسی اسلامی به تطبیق‌دهنده شریعت در مقام قضاوت میان مردم حاکم می‌گویند.^۳ امروزه وظیفۀ مهم حاکم مسئولیت‌های است که در جهت حمایت از اشخاص و افراد برای وی در نظر گرفته شده است و از این حیث مدعی‌العموم یا دادستان این وظایف را برعهده دارند. در نتیجه در بحث ما با دادن حق به دادستان شخص بری می‌شود. علاوه بر دادستان در حال حاضر صندوق دادگستری و صندوق ثبت اسناد برای پرداخت وجوه که دادن پول و حق به آنها در حکم تسلیم به حاکم است و باعث برائت شخص می‌شود.

نتیجه‌گیری

محوری‌ترین و اساسی‌ترین نتیجه این پژوهش، ارائه معیار و مبنای ارائه معیار و مبنا برای سوءاستفاده از حقوق قراردادی است که به بررسی آن پرداخته شده است. در عمل برای اینکه معلوم شود از حقی سوءاستفاده شده ارائه یک معیار و ملاک سنجش و ارزیابی لازم است که با در نظر گرفتن بتوان مشخص ساخت که سوءاستفاده از حقوق قراردادی به وقوع پیوسته

^۱ امینی، علیرضا و سیدمحمدرضا آیتی، *تحریرالروضه فی شرح المعه*، جلد ۲، انتشارات مؤسسه طه، ۱۳۸۲، صص ۲۴۴-۲۴۳.

^۲ کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت*، منبع پیشین.

^۳ انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری، *دانشنامه حقوق خصوصی*، جلد ۱، تهران: انتشارات محراب، ۱۳۸۴، ص ۸۰۷.

است. نتایج پژوهش حاکی از وجود چهار معیار برای سوءاستفاده از حقوق قراردادی است که در اغلب کشورها نیز یکی یا دو مورد از این معیارها به عنوان سوءاستفاده از حقوق قراردادی مورد پذیرش قرار گرفته‌اند که این معیارها عبارت‌اند از: ۱- معیار قصد اضرار، ۲- معیار حسن‌نیت در اجرای قراردادها، ۳- معیار تجاوز به هدف و غایت اجتماعی حقوق، ۴- معیار تقصیر در اجرای حق. معیار قصد اضرار در اکثر نظام‌های حقوقی به عنوان معیار و ملاک مورد پذیرش، در ارتباط با سوءاستفاده از حق قبول قرار گرفته، حتی در ایران در ارتباط با سوءاستفاده از حق در معنای عام همین معیار پذیرفته شده است. اما در ارتباط با سوءاستفاده از حق قراردادی این معیار نمی‌تواند مورد پذیرش به صورت کامل باشد. معیار حسن‌نیت در اجرای قرارداد هر چند ملاکی قابل انعطاف است، به دلیل این امر که در ساختار حقوقی ایران پذیرفته نشده است نمی‌تواند به عنوان معیار مورد پذیرش باشد. از میان این معیارها، معیار تقصیر در اجرای حق مقبولیت و تناسب بیشتری در مقایسه با سایر مبانی حقوق ایران دارد و به عنوان معیار و ملاک اصلی در ارتباط با سوءاستفاده از حقوق قراردادی مورد پذیرش قرار گرفته است و در کنار آن معیار تجاوز به هدف و غایت اجتماعی نیز به عنوان معیار مکمل در ارتباط با برخی از حقوق خصوصاً حقوق خانواده مورد توجه قرار گرفت. از دیگر محورهای این پژوهش بررسی موارد مبتلا به و کثیر الوقوع سوءاستفاده از حقوق قراردادی در عقود و قراردادهاست که نتایج روشنی به همراه داشته است. به هر حال ضروری است که در کنار ارائه معیار سوءاستفاده از حق قراردادی، این معیار با مصادیق سوءاستفاده از حقوق قراردادی مورد تحلیل قرار گیرد؛ این امر در این پژوهش انجام پذیرفت و در کنار ارائه مصادیق بارز از سوءاستفاده از حقوق قراردادی سعی شد معیار مناسب آن بیان شود تا هم به درک عمیق‌تر مصداق ارائه‌شده و مبنای آن کمک کند. از بررسی مصادیق سوءاستفاده از حق قراردادی نتایج ذیل حاصل شد:

الف: اصولاً در زمینه سوءاستفاده از حقوق قراردادی، عقود قراردادهای به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند:

۱. قراردادهایی که در آنها شخصیت طرف مقابل یکی از علل انعقاد قرارداد و واگذاری و ایجاد حق در قرارداد است؛ به‌طور مثال حقوق ناشی از نکاح که شخصیت طرفین یکی از ویژگی‌های بارز در نکاح است.
 ۲. قراردادهای مرتبط با امور مالی که در آنها شخصیت طرف دیگر عقد دارای اهمیت نیست و موضوع آن مرتبط با اموال است. در قراردادهای گروه اول مبنای سوءاستفاده از حقوق قراردادی در بیشتر مصادیق تجاوز به هدف اجتماعی حق است؛ در حالی که گروه دوم مبنای سوءاستفاده از حقوق قراردادی تقصیر در اجرای حق بوده است. ب: در بیشتر قراردادهای طرفین و قانون‌گذار حقوقی را برای خود یا یکی از طرفین درج می‌کنند و صراحتاً به صورت تلویحی به این حقوق در قراردادهای اشاره می‌کنند؛ به‌طور مثال در قرارداد بیع طرفین می‌توانند بر درج حق فسخ به صورت صریح توافق کنند؛ اما در برخی از قراردادهای مانند قراردادهای با شروط کاهش‌دهنده یا قراردادهای با وجه التزام نامتناسب، در هنگام انعقاد قرارداد حق و حقوقی برای طرفین درج نمی‌شود، اما بنا بر ماهیت این قراردادهای در جریان اجرای آنها ایجاد می‌شود، در نتیجه لازم نیست که حتماً حق در قرارداد درج شود، بلکه برخی از حقوق در جریان اجرای قرارداد ایجاد می‌شود.
- به‌هر حال چگونگی اعمال حق بستگی به نگرش صاحب حق در مورد چگونگی اعمال حق دارد، در نتیجه تقصیر در اجرای حق اگر منجر به ورود ضرر شود بحث ضمانت اجرا مطرح می‌شود و نتیجه آن دستیابی به نتایج سودمند بوده است که برخی از این ضمانت‌اجراها می‌تواند هم در مورد جبران خسارت به کار گرفته شود و هم راهکاری در جهت کاهش موارد سوءاستفاده از حقوق قراردادی در مرحله اجرا مورد امعان نظر باشد. ضمانت اجرای سوءاستفاده از حق قراردادی می‌تواند شامل اقداماتی همچون جبران خسارت، ایجاد حق فسخ و تعدیل قرارداد، و بطلان قرارداد باشد.

منابع

کتاب

۱. اسکینی، ربیعا، *مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل*، چاپ اول، تهران: نشر دانش امروز، ۱۳۷۱.
۲. امینی، علیرضا و سیدمحمدرضا آیتی، *تحریرالروضه فی شرح المعه*، جلد ۲، انتشارات مؤسسه طه، ۱۳۸۲.
۳. انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری، *دانشنامه حقوق خصوصی*، جلد ۱، تهران: انتشارات محراب، ۱۳۸۴.
۴. انصاری، مسعود، *دانشنامه حقوق خصوصی*، جلد ۱، انتشارات مهارت، ۱۳۸۴.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، کتابخانه گنج دانش، چاپ ۵، ۱۳۸۵.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مجموعه محشی قانون مدنی*، چاپ اول، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.
۷. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی اعمال حقوقی، قرارداد و ایقاع، دوره مقدماتی حقوق مدنی*، چاپ دوازدهم، انتشارات میزان، ۱۳۸۵.
۸. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت*، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
۹. کاتوزیان، ناصر، *الزامهای خارج از قرارداد مسوولیت مدنی*، چاپ چهاردهم، تهران: دانشگاه تهران، موسسه انتشارات، ۱۳۹۵.
۱۰. محقق داماد، سید مصطفی، جلیل قنوتی، سید حسن حسن وحدتی و ابراهیم عبدی پور، *حقوق قراردادهای در فقه امامیه*، جلد ۱، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۱۱. نبوی‌زاده، آیت‌الله، *سوء استفاده از حق در حقوق قراردادی*، عباس کریمی (مقدمه)، چاپ اول، تهران، جنگل جاودانه، ۱۳۹۰.

مقاله

۱۲. اصغری آقمشهدی، فخرالدین و حمیدرضا ابوی، «حسن نیت در انعقاد قرارداد در حقوق انگلیس و ایران»، *مجله حقوق خصوصی*، ۱۳۸۷، شماره ۱۲، صص ۵۰-۲۹.
۱۳. حسین آبادی، امیر، «تعادل اقتصادی در قرارداد»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، زمستان ۱۳۷۶ تا تابستان ۱۳۷۷، شماره ۲۱ و ۲۲.
۱۴. صادقی مقدم، محمدحسن، «مطالعه تطبیقی تاثیر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه حل حقوق ایران»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۱۸، شماره ۲۵، ۱۳۷۹، صص ۲۲۲-۱۶۱.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، «تفسیر قرارداد»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، زمستان ۱۳۸۴، صص ۳۰۸-۲۷۷.

References

Books

1. Amini, Alireza, Seyyed Mohammadreza Ayati, *Tahrir al-Rawza fi Sharh al-Loma*, Vol 2, Taha Institute Publication, 2003. (In Persian)
2. Ansari, Masoud, *Encyclopedia of Private Law*, Vol. 1, Maharat Publication, 2005. (In Persian)
3. Ansari, Masoud, Mohammad Ali Taheri, *Encyclopedia of Private Law*, Vol. 1, Tehran: Mehrab Publication, 2005. (In Persian)
4. Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar, *Annotated Civil Code of Iran*, 1st Edition, Tehran: Ketabkhaneh Ganj-e- Danesh, 2008. (In Persian)
5. Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar, *Terminology of Law*, 5th Edition, Ketabkhaneh Ganj-e- Danesh, 2006. (In Persian)
6. Katouzian, Nasser, *Elementary Courses of Iranian Civil Law: Juristic Acts (Contracts and Unilateral Acts)*, 12th Edition, Mizan, 2006. (In Persian)
7. Katouzian, Nasser, *Extra-Contractual Obligations: Civil Liability*, 14th Edition, Tehran: University of Tehran Publication Institute, 2016. (In Persian)

8. Katouzian, Nasser, *Introductory Course of Civil Law: Property and Ownership*, Tehran: Mizan, 2007. (In Persian)
9. Mohaghig Damad, Seyyed Mustafa, Jalil Qanawati, Seyed Hassan Vahdati Shobairi, Ebrahim Abdipour, *Contract Law in the Imamieh Jurisprudence*, Vol. 1, 1st Edition, 2000. (In Persian)
10. Naboizadeh, Ayatollah, *Abuse of Rights in Contractual Rights*, with Abbas Karimi Introduction, 1st edition, Tehran, Jangal Javadane, 2011. (In Persian)
11. Skini, Rabia, *Discussions of International Trade Law*, 1st Edition, Tehran: Danesh Amooz, 1992. (In Persian)

Articles

12. Asghari Aghmashedi, Fakhreddin, Hamidreza Aboui, "Good Faith in Contract Formation in English and Iranian Law", *Private Law Journal*, No. 12, 2008. (In Persian)
13. Hossein Abadi, Amir, "Economic Balance in Contract", *Legal Research*, No. 21 & 22. 1998. (In Persian)
14. Karimi Abbas, "Abusive Clauses and Control of Contractual Imbalance by Common Contract Law", *Journal of Law and Politics*, Graduate School of Law & Political Science, Azad University of Tehran, Vol. 1, 2007. (In French)
15. Katouzian, Nasser, "Contract Interpretation", *Journal of Law and Political Science*, Vol. 70, No. 845, 2005. (In Persian)
1. Sadeghi Moghadam, Mohammad Hassan, "A Comparative Study of the Effect of Changing Conditions on the Contract and the Solution of Iranian Law", *International Law Review*, Vol. 18, Issue 25, 2000. (In Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Acceptance and Implementation of International Treaties in Afghanistan Legal System

Mohsen Abdolahi¹, Fazal Ahmad Ahmadi²

ABSTRACT

The existence of treaty relations between states is one of the requirements of the international community. As a result, governments willingly or unwillingly accede to a large number of international treaties, which entail challenges and benefits for each party. The implementation of treaties in accordance with international environmental requirements with no domestic law conflict is problematic. Governments are required to consider mechanisms in their legal system to ensure that treaties, like domestic law of each state, are implemented in all governmental and non-governmental institutions. Afghanistan has acceded to many international treaties and has enshrined mechanisms for the implementation of treaties in the constitution and common laws. Despite the envisaged mechanisms, it shows that Afghanistan is moving in the direction of international life and has formulated all the executive solutions of international treaties in its legal system; In practice, the provisions of these treaties are not properly implemented and domestic courts do not invoke the provisions of the treaties which leads to violation of treaties' provisions. This Article, using analytical-descriptive method, seeks to solve the problem of violating treaties and their non-implementation and explains the reasonable ways of implementing the treaties in the Afghan legal system. The findings indicate that the Afghan legal system has a normative problem because the place of treaties in this legal system is not specified. Also the problem lies in how to accept and implement the rules as well as conflict of contractual obligations with the principles of domestic laws.

KeyWords: Treaty, Acceptance, International Convergence, Afghanistan Legal System, Implementation of International Treaties.

How to Cite: Abdolahi, Mohsen, Ahmadi, Fazal Ahmad, "Acceptance and Implementation of International Treaties in the Afghanistan Legal System", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 37-56.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.226704.2160>

Received: 16/04/2022-Accepted: 06/11/2022

1. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Teran, Iran

2. PhD Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: faz_ahmadi@sbu.ac.ir

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



جذب و اجرای معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان

محسن عبدالهی^۱، فضل احمد احمدی^۲

چکیده

وجود روابط معاهداتی میان دولت‌ها از مستلزمات مبرم جامعه بین‌المللی به شمار می‌رود. از همین رو، دولت‌ها خواسته یا ناخواسته به تعدادی زیادی از معاهدات بین‌المللی ملحق می‌شوند؛ معاهداتی که چالش‌ها و امتیازات هنگفت را برای هریک از طرفین به بار می‌آورد. الحاق به معاهدات امری آسان و سهل است؛ اما اجرای مفاد معاهدات مطابق با مقتضای زیست بین‌المللی و عدم تعارض با قوانین داخلی، همواره مسئله‌ساز است. به‌منظور عدم تعارض و نقض معاهدات، دولت‌ها مکلفاند سازوکارهایی را در نظام حقوقی داخلی خویش بیندیشند تا معاهدات مانند قوانین داخلی هر دولت در همه نهادهای دولتی و غیردولتی به اجرا درآید. افغانستان با درک نیاز به روابط معاهداتی به بسیاری از معاهدات بین‌المللی ملحق شده است و در زمینه اجرای مفاد معاهدات سازوکارهایی را در قانون اساسی و قوانین عادی خود نیز پیش‌بینی کرده است. اما با آنکه سازوکارهای پیش‌بینی‌شده نشان از آن دارد که دولت افغانستان در مسیر زیست بین‌المللی در حرکت بوده و تمام راهکارهای اجرایی معاهدات بین‌المللی را در نظام حقوقی داخلی خویش تدوین نموده است، عملاً مفاد این معاهدات به صورت درست اجرا نمی‌شود و دادگاه‌های داخلی به مقررات معاهدات استناد نمی‌کنند، از این‌رو مقررات معاهدات نقض می‌شود. پژوهش حاضر با استفاده از روش تحلیلی-توصیفی در پی راه‌حل مشکل نقض مقررات معاهدات و عدم اجرای آنها و تبیین راه‌های معقول اجرای معاهدات در نظام حقوقی افغانستان است. یافته‌های نگارنده نشان از آن دارد که نظام حقوقی افغانستان دچار یک مشکل نرماتیو است؛ زیرا جایگاه معاهدات در این نظام حقوقی به‌گونه‌ای روشن مشخص نشده و همچنین مشکل در نحوه پذیرش و اجرای مقررات و تعارض تعهدات قراردادی با مبانی قوانین داخلی نهفته است.

کلید واژگان: معاهده، پذیرش، زیست بین‌المللی، نظام حقوقی افغانستان، اجرای معاهدات بین‌المللی.

استناد به این مقاله: عبدالهی، محسن، احمدی، فضل احمد، «جذب و اجرای معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۳۷-۵۶.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.226704.2160>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۱۵

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: faz_ahmadi@sbu.ac.irCopyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

افغانستان به‌عنوان یکی از تابعین حقوق بین‌الملل برای حفظ منافع ملی خویش و براساس نیازمندی زیست بین‌المللی، بسیاری از معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی را پذیرفته و به آنها ملحق شده است و پس از طی مراحل تشریفات پذیرش معاهدات بین‌المللی ملزم به اجرای تعهدات بین‌المللی در برابر سایر طرف‌ها در روابط بین‌المللی است. اما با در نظر داشت این تعهد عملاً مقررات معاهدات بین‌المللی به‌گونه‌ای کامل اجرا نمی‌شود، بلکه در مواردی تعهدات مندرج در معاهدات نقض می‌شود. یکی از دلایل عدم اجرای معاهدات روشن نبودن جایگاه معاهدات در نظام حقوقی این کشور است. هرچند دیدگاه حاکم بر این است که معاهدات پایین‌تر از قانون اساسی و بالاتر از قوانین عادی قرار دارد. بررسی این معضل و راهکارهای پیش‌بینی شده برای اجرای مقررات معاهدات از اهداف این تحقیق است.

تحقیق حاضر که اختصاص به پذیرش و اجرای معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان دارد، از این نظر اهمیت دارد که دولت‌ها پس از پذیرش یا الحاق به معاهدات بین‌المللی در برابر تعهدات خویش مسئول‌اند و در صورت عدم اجرای تعهدات پذیرفته‌شده، نقض این تعهدات برای دولت‌ها ایجاد مسؤلیت بین‌المللی می‌کند. به میان آمدن مسؤلیت بین‌المللی برای دولت به‌مراتب سنگین‌تر از اجرای تعهدات بین‌المللی خواهد بود. از این‌رو، چگونگی اجرای معاهدات بین‌المللی در نظام‌های حقوقی دولت‌ها نیازمند سازوکارهای حقوقی است و بررسی آنها حائز اهمیت و سبب استحکام نظام حقوق بین‌الملل می‌شود.

با در نظر داشت آنچه ذکر شد، به‌منظور بررسی چگونگی اجرای معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان این سؤال مطرح می‌شود که سازوکارهای پیش‌بینی شده در نظام حقوقی افغانستان با الزامات حقوق بین‌الملل در اجرای معاهدات بین‌المللی انطباق دارد؟

از سؤال اصلی مطرح شده می‌توان چندین سؤال فرعی نیز استخراج کرد؛ نحوه پذیرش معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان چگونه است؟ معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان چه جایگاه دارد؟ چه سازوکارهایی برای اجرای معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان پیش‌بینی شده است؟

در پاسخ به پرسش این مقاله باید گفت که در طی سال‌های گذشته، به‌ویژه پس از ۲۰۰۱ پیشرفت‌های بی‌سابقه‌ای در عرصه توسعه روابط بین‌المللی و حمایت از معاهدات بین‌المللی، خصوصاً در حوزه ایجاد سازوکارهای اجرای قوی قانونی معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی به میان آمده و این حمایت به یک گفتمان علمی جدی در سطح ملی تبدیل شده است. افزایش آگاهی حمایت از معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان نیز تا حدودی صورت گرفته است. از سوی دیگر، لزوم رعایت معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی و تأمین عدالت در جامعه افغانستان یک امر انکارناپذیر و غیرقابل تعلیق است و باید جزء اولویت‌های فوری و استراتژیک دولت بر طبق تعهدات بین‌المللی سایر متعاهدین بین‌المللی آن باشد. اما با در نظر داشت وضعیت موجود در افغانستان و تلاش‌های همگون‌سازی قوانین داخلی با معیارهای بین‌المللی، سازوکارهای پیش‌بینی شده در نظام حقوقی افغانستان به‌منظور اجرای معاهدات بین‌المللی با الزامات حقوق بین‌الملل چندان همسویی ندارد و این مشکل از آنجایی ناشی می‌شود که در قدم نخست جایگاه معاهدات در نظام حقوقی این کشور مشخص نیست و از سوی دیگر، وجود مبانی متفاوت باعث تعارض جدی میان تعهدات معاهداتی و قوانین داخلی شده است.

ترمینولوژی تحقیق

بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ وین^۱ معاهده را به این قرار تعریف می‌کند: «معاهده (Treaty) عبارت از یک توافق (Agreement) بین دولت‌ها است که به صورت کتبی منعقدشده، مشمول حقوق بین‌الملل باشد، صرف نظر از عنوان خاص آن و اعم از اینکه در سندی واحد یا در دو یا چند سند مرتبط به هم منعکس شده باشد». کنوانسیون عنوان معاهده را به گونه کلی استفاده می‌کند؛ درحالی که قانون اساسی یا رویه عده‌ای از دولت‌ها و منابع موجود^۲ حکایت از طبقه‌بندی معاهدات دارند، مانند: معاهدات میان دولتی^۳، میان حکومتی^۴، میان وزارتی یا اداری^۵. اما کنوانسیون این طبقه‌بندی را به رسمیت نمی‌شناسد. با این حال معاهده را می‌توان دوجانبه - که سابقه طولانی دارد و معمولاً در ابتدا دوجانبه بوده است^۶ - میان دو دولت، چندجانبه، میان چند دولت محدود در مورد موضوع خاص و همه‌جانبه میان سه یا بیشتر از آن تقسیم کرد.^۷

قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی افغانستان^۸ در بند ۱ ماده سوم، معاهده را این گونه تعریف می‌کند: «معاهده: توافق کتبی دولت جمهوری اسلامی افغانستان با دول خارجی، مؤسسات بین‌المللی یا سازمان‌های بین‌الحکومتی است که مطابق احکام این قانون منعقد می‌گردد». این تعریف با آنچه در کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ وین آمده است مطابقت دارد. تنها چیزی که وجه تمایز این دو است، در دو نکته خلاصه می‌شود: نخست معاهدات منعقد شده با سازمان‌های بین‌المللی است. قانون معاهدات افغانستان معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی منعقدشده با سازمان‌های بین‌المللی را نیز دربر می‌گیرد؛ درحالی که کنوانسیون ۱۹۶۹ فقط بر معاهدات منعقد شده میان دولت‌ها حاکم است و آن عده معاهدات که میان دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی یا میان دو یا چند سازمان بین‌المللی منعقد می‌شود، در کنوانسیون ۱۹۸۶^۹ وین تدوین شده است. البته این امر منافاتی با کنوانسیون ۱۹۶۹ ندارد، بلکه سیاست‌های قانون‌گذاری داخلی ایجاب می‌کند تا هر دو نوع معاهده بر اساس قانون واحد تهیه و تصویب شوند. دوم تفکیک میان معاهده و میثاق بین‌المللی است. در کنوانسیون میان این دو عنوان تفکیک قائل نشده است، درحالی که در قانون معاهدات افغانستان این دو عنوان را متفاوت از یکدیگر می‌داند. بر اساس بند ۶ ماده سوم قانون طرز طی مراحل نشر و انفاذ اسناد تقنینی^{۱۰} افغانستان معاهده این گونه تعریف شده است: «معاهده: توافقی است که به صورت کتبی میان دولت‌ها در عرصه‌های سیاسی و نظامی منعقد شده و حاوی قواعد حقوق

^۱ - این معاهده پنجاه ساله در ۲۳ می ۱۹۶۹ به تصویب رسید و در ۲۷ جنوری ۱۹۸۰ لازم‌الاجرا شد. تاکنون (اگست ۲۰۱۹) ۱۱۶ کشور تصویب و ۴۵ کشور این معاهده را امضا کردند.

23 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-۱&chapter=&Temp=mtdsg 3 &clang=_en

^۲ - Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, published in the United States by Oxford University Press Inc, New York, Fifth edition, 1898. P. 638.

^۳ - Inter- State Treaties

^۴ - Inter- government

^۵ - Inter- ministerial or administrative

^۶ - Kolb, Robert, *The Law of Treaties An Introduction*, Published by Edward Elgar Publishing Limited, The Lyptatts, 15 Lansdown Road, Cheltenham, Glos GL50 2JA, UK, 2016. P. 3.

^۷ - Aust, Anthony, *MODERN TREATY LAW AND PRACTICE*, Published in the United States of America by Cambridge University Press, New York, 2007, p. 17.

^۸ - این قانون در ۱۸ عقرب/آبان سال ۱۳۹۵ ه.ش. در شماره مسلسل (۱۲۳۶) جریده رسمی به نشر رسیده است.

^۹ - Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations.

^{۱۰} - این قانون در ۱۶ میزان/ شهریور سال ۱۳۹۷ ه.ش. با شماره مسلسل (۱۳۱۳) جریده رسمی به نشر رسیده است.

بین‌الملل باشد».

میثاق عنوان سند رسمی بین‌المللی است که از آن زیاد استفاده می‌شود. با آنکه این عنوان در کنوانسیون حقوق معاهدات به صورت جداگانه تعریف نشده، به عنوان سند مؤسس سازمان‌های بین‌المللی به کار رفته است. مترادف واژه میثاق در زبان انگلیسی Pact است. این واژه در زبان فارسی به «میثاق» یا «پیمان»^۱ ترجمه شده است (پیمان بریان کلوگ)؛ اما عده‌ای از مترجمان covenant (پیمان) را معادل میثاق می‌دانند.^۲ این واژه پس از جنگ جهانی اول برای اساسنامه جامعه ملل به کار رفت و جنبه تشریفاتی داشت.^۳ این اصطلاح می‌تواند کاربردهای دیگر نیز داشته باشد.^۴ چنانچه قانون معاهدات افغانستان میثاق را معادل کنوانسیون می‌داند و به اسناد اطلاق کرده است که دربرگیرنده قواعد اساسی بین‌المللی باشد. قانون معاهدات در بند ۴ ماده سوم مقرر می‌دارد: «میثاق (کنوانسیون) سند رسمی است که دربرگیرنده قواعد اساسی بین‌المللی بوده و اراده مشترک کشورهای عضو را در موضوعات معین بیان می‌کند». هرچند عده‌ای به این باورند که میان معاهده و میثاق تفاوت وجود ندارد، بلکه معاهده را عام و میثاق را خاص می‌دانند. سرور دانش حقوق‌دان افغانستانی و طرف‌دار این ایده، به این نظر است که هیچ فرقی میان این دو واژه وجود ندارد، بلکه منظور از هر دو تعبیر یکی است. زیرا معاهده بین‌المللی هر نوع میثاق بین‌المللی را نیز شامل می‌شود. وی که در سال ۱۳۸۲ از اشتراک کنندگان تسوید^۵ قانون اساسی بود می‌افزاید: «در زمان تسوید قانون اساسی نیز این نظر را مطرح کردم (عدم تفاوت میان معاهده و میثاق)، اما کسی نشنید و هیچ دلیل قناعت‌بخشی هم برای اثبات تفاوت بین این دو ارائه نشد... البته شاید بتوان گفت که معاهده نسبت به میثاق عام‌تر است. پس ذکر میثاق بعد از معاهده از قبیل ذکر خاص بعد از عام است».^۶

نحوه پذیرش معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان

۲.۱. ضرورت پذیرش معاهدات و اقتضائات زیست بین‌المللی

معمولاً دولت‌ها زمانی اجازه می‌دهند یک قاعده حقوق بین‌الملل در حقوق داخلی جذب^۷ شود که به شکلی در تصویب آن دخیل بوده یا رضایت خویش را نسبت به آن ابراز داشته باشند. هنگامی که یک قاعده عرفی مطرح است، باید دولت‌ها در روند شکل‌گیری آن مشارکت داشته یا نسبت به آن اعتراض قائل نشده باشند و هنگامی که یک قاعده معاهده‌ای مطرح می‌شود، دولت‌ها باید طرف معاهده‌ای باشند که حاوی این قاعده است. درجایی که تصمیم یک سازمان بین‌المللی یا منطقه‌ای مطرح است دولت‌ها باید عضو آن سازمان باشند.^۸

^۱ - موسی زاده، رضا، *حقوق معاهدات بین‌المللی*، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹، ص ۴۳.

^۲ - کلییار، کلود آلبر، *نهادهای روابط بین‌المللی*، ترجمه: هدایت الله فلسفی، جلد ۱، چاپ اول، تهران: نشر نو، ۱۳۶۸، ص ۴۴۷.

^۳ - فلسفی، هدایت الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، چاپ سوم، تهران: نشر نو، ۱۳۹۱، ص ۱۵۹.

^۴ - ضیایی بیگدلی، محمدرضا، *حقوق معاهدات بین‌المللی*، چاپ چهارم، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۱۵.

^۵ - براساس بند ۳۱ ماده ۳ قانون طرز طی مراحل نشر و انفاذ اسناد تقنینی افغانستان «تسوید: گردآوری، نوشتن، تنظیم و ترتیب مسوده ابتدایی یک سند تقنینی، توسط اداره مربوطه است». این اصطلاح را در نظام حقوق بین‌الملل می‌توان به پیش‌نویس اطلاق کرد.

^۶ - دانش، سرور، *حقوق اساسی افغانستان*، چاپ اول، کابل: انتشارات مؤسسه تحصیلات عالی ابن‌سینا، زمستان ۱۳۸۹، ص ۱۱۱.

^۷ - Adoption

^۸ - ایزدی، علی، «نگاهی تطبیقی به اجرای حقوق بین‌الملل در محاکم ملی»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۵، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۴، صص ۴۹۷-۵۲۹، ص ۵۰۰.

به صورت کلی، پذیرش معاهدات امروزه مقتضای زیست بین‌المللی به شمار می‌رود. اما در عین حال، عضویت در یک معاهده جزئی از حقوق حاکمیتی دولت‌هاست. چنانچه دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه ویمبلدون اظهار داشت: «حق پذیرش تعهدات بین‌المللی یک شاخصه حاکمیت دولت است».^۱ هم‌زمان با طرح موضوع معاهدات برخی از مشکلات اساسی، مانند مفهوم معاهده، تصویب، محدودیت‌های قانون اساسی در مورد اجرا و تفسیر معاهدات نیز مطرح شد.^۲ با آنکه دولت‌ها در الحاق و عدم الحاق به معاهدات بین‌المللی آزادند، به محض پذیرش این اسناد ملتزم به اجرا و رعایت مقررات آن معاهدات می‌شوند. چنانچه ماده ۲۶ کنوانسیون معاهدات ۱۹۶۹ مقرر می‌دارد: «هر معاهده لازم‌الاجرا طرف‌ها را ملتزم می‌کند و باید توسط آنها با حسن نیت به اجرا درآید». همچنین در ماده ۳۱ این کنوانسیون آمده است: «یک معاهده با حسن نیت و منطبق با معنای عادی‌ای که باید به اصطلاحات آن در سیاق عبارت در پرتو موضع و هدف معاهده داده شود، تفسیر خواهد شد». اجرا با حسن نیت بخشی از التزام دولت‌ها در برابر معاهدات است. هر چند تعریف روشنی از اجرای با حسن نیت^۳ در اسناد بین‌المللی وجود ندارد، می‌توان گفت: حسن نیت مجموعه‌ای اعمال است که مانع تقلب نسبت به قانون یا حيله‌گری می‌شود و در نتیجه تابع حقوق را به وفاداری به عهد و پیمان و انجام درست تعهداتش ترغیب می‌کند.^۴ همچنین اجرای اصل حسن نیت به این معنی است که هیچ کشور یا سازمان بین‌المللی متعهدی نباید به اعمالی مبادرت ورزد که موضوع و هدف معاهده را زائل نماید.^۵ مقدمه منشور ملل متحد (بند سوم) رعایت معاهدات و تمکین از سایر منابع حقوق بین‌الملل را لازمه دوام نظم موجود بین‌المللی دانسته، تا آنجا که ایجاد فضای مناسب برای اجرای مؤثر تعهدات بین‌المللی را شرط استقرار امنیت در جامعه بین‌المللی به شمار آورده است.^۶

مبنای خصوصیت یا نیروی الزام حقوق معاهدات، اصل وفای به عهد یا احترام به عهد است. این اصل به خودی خود، به خصوص هنگامی که به عنوان اصل مسلم عرضه شود، مشکل ویژه‌ای ایجاد نمی‌کند. مشکل وقتی به میان می‌آید که بخواهیم دقیقاً حوزه عمل آن را معین کنیم.^۷ زیرا جز اینکه به عنوان یک اصل اساسی مورد قبول قرار گرفته، در هیچ سند بین‌المللی حدود و ثغور آن مشخص نشده است.

اصل وفای^۸ به عهد یک هنجار مثبت در حقوق بین‌الملل عمومی است. یک هنجاری اساسی و درجه یک برتر است که روشی خاص برای رشد حقوق بین‌الملل را ایجاد می‌کند. به سخن واضح‌تر، این اصل نهادی است که توسط حقوق بین‌الملل عمومی یک رویه ویژه برای ایجاد هنجارهای بین‌المللی به میان می‌آورد. هنجار بین‌المللی که به این ترتیب ایجاد شده‌اند معتبر است و باید تا زمانی که هیچ حقیقتی برای لغو آنها که توسط هنجارهای حقوق بین‌الملل مقرر شده،

^۱ - ابراهیم گل، علی‌رضا، *مسئولیت بین‌المللی دولت: متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل*، (ترجمه)، چاپ سوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰، ص ۸۹.

^۲ - Villiger, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Copyright 2009 by Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, p 29.

^۳ - Good faith

^۴ - فلسفی، هدایت الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، منبع پیشین، ص ۴۵۳.

^۵ - ضیایی بیگدلی، *حقوق معاهدات بین‌المللی*، منبع پیشین، ص ۱۱۷.

^۶ - ایزدی، *نگاهی تطبیقی به اجرای حقوق بین‌الملل در محاکم ملی*، منبع پیشین، ص ۵۰۰.

^۷ - کلبیار، *نهادهای روابط بین‌الملل*، منبع پیشین، ص ۴۶۲.

^۸ - *pacta sunt servanda*

وجود نداشته باشد، حفظ شوند.^۱

برای تثبیت و به اجرا درآمدن مقررات حقوق بین‌الملل که لزوماً در داخل دولتهاست نیازمند سازوکارهای هستیم؛ زیرا تا زمانی که قاعده حقوق بین‌الملل در نظام‌های داخلی جذب نشده باشد اعتباری در آن نظام ندارد و در نتیجه در روابط بین‌الدولی از خود اثر واقعی به‌جای نمی‌گذارد.^۲ از این جهت است که الحاق دولتها به یک معاهده و همچنین پذیرش معاهدات و جذب آنها در نظام حقوقی داخلی دولتها لازمه اجرای هر معاهده است. لذا به تناسب اهمیتی که قانون اساسی هر دولت به هنجارهای بین‌المللی داده است، در قالبی معین انضباط می‌یابد. بنابراین، هر دولت با توجه به اختیاراتی که دارد می‌تواند به هر شکل که مقدور بداند مقررات معاهده را در نظام داخلی خود وارد کند.^۳ بنابراین، حتی هنگامی که قانون اساسی یک کشور با اختصاص اولویت معاهدات نسبت به تمام قوانین داخلی با کنوانسیون معاهدات مطابقت داشته باشد، هنوز قانون اساسی است که این تکلیف را انجام می‌دهد. قوانین اساسی ممکن است تکالیف متفاوتی را در صورت تضمین تأخیر یا خنثی کردن اثر حقوقی داخلی یک معاهده، یعنی منافع در تأمین مشروعیت بیشتر دموکراتیک برای حقوق معاهدات از طریق قانون، اعمال کند و فقط قوانین شناخته‌شده‌ای را اجرا کند؛ تضمین استانداردهای قابل کنترل قضایی و غیره تدارک بیند.^۴

۲.۲. پذیرش نظری معاهدات بین‌المللی

در نظام حقوقی افغانستان از میان نظریات مختلف «دو آلیسم» و «مونیسیم»، روش منتخب برگزیده شده است. براساس ماده ۷ قانون اساسی دولت ملزم به رعایت منشور ملل متحد، معاهدات بین‌الدول، میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر است. همچنین شبیه ایالات متحده آمریکا، مطابق با بند ۱۷ ماده ۶۴ قانون اساسی افغانستان: «اعطای اعتبارنامه به غرض عقد معاهدات بین‌الدول مطابق به احکام قانون» از صلاحیت‌های رئیس‌جمهور است. با تأسی از این بند قانون اساسی، در بند ۱ ماده ۴ قانون معاهدات نیز مقرر شده است: «رئیس‌جمهور معاهدات را مستقیماً عقد نموده یا اعتبارنامه را غرض انجام مذاکرات یا عقد معاهدات مندرج ماده نهم این قانون به نماینده خود اعطا می‌نماید». ماده ۹ این قانون، ۱۳ مورد را احصا می‌کند که بعد از تصویب شورای ملی و توشیح رئیس‌جمهور اجرایی می‌شود.

ماده ۹ قانون معاهدات که به تأسی از بند ۵ ماده ۹۰ قانون اساسی: «تصدیق معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن» از صلاحیت مجلس نمایندگان می‌داند، تدوین شده است، در واقع قائل به تفکیک میان معاهدات و موافقت‌نامه‌های اجرایی است. بند ۲ ماده ۹ قانون معاهدات که مشتمل بر یادداشت‌های تفاهم، موافقت‌نامه و قراردادهای ساده اجرایی است و اختیار تفکیک این موارد را با سایر معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی به وزارت خارجه واگذار می‌کند

^۱ -Odhiambo, Leah Aluoch, "APPLICATION OF THE LEGAL DOCTRINE OF PACTA SUNT SERVANDA ON KENYA'S INTERNATIONAL RELATIONS", *THE UNIVERSITY OF NAIROBI*, NOVEMBER, 2016, p 21.

^۲ - فلسفی، هدایت الله، «اجرای مقررات حقوق بین‌الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی*، پاییز ۱۳۷۲ تا تابستان ۱۳۷۳، شماره ۱۳ و ۱۴ (صص ۲۹-۹۸)، ص ۳۳.

^۳ - فلسفی، هدایت الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، منبع پیشین، ص ۴۷۳.

^۴ - Leigh, Monroe, *NATIONAL TREATY LAW AND PRACTICE*, the American Society of International Law, Koninklijke Brill NV incorporates the imprints Brill Academic Publishers, Martinus Nijhoff, Publishers and VSP, 2005, p 39.

و از سوی دیگر، اجرای این اسناد پس از تصویب شورای وزرا لازم‌الاجرا می‌داند. این روند در واقع خود نوع بازگذاشتن دست حکومت در چگونگی اجرای معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان است.

۲.۳. پذیرش معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان

کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ وین، مسئله پذیرش معاهدات را مورد توجه قرار داده، مواد ۹ و ۱۱ این کنوانسیون به این موضوع اختصاص دارد. ماده ۱۱ مقرر می‌دارد: «رضایت کشور به التزام در قبال معاهده ممکن است از طریق امضا، مبادله اسناد^۲ تشکیل دهند معاهده (اسناد تصویب)، تصویب^۳، قبولی^۴، تصدیق یا الحاق^۵، یا به هر شیوه دیگری که توافق شود، ابراز گردد».

در قانون معاهدات افغانستان از واژه پذیرش استفاده نشده، اما در عوض واژه‌های دیگر مانند «تأیید» و «تصدیق» به کار رفته است. تأیید، تصدیق و الحاق که نمونه‌های بارزی از پذیرش یک سند بین‌المللی است، در بندهای ۱۰، ۱۳ و ۱۴ ماده سوم قانون معاهدات گنجانیده شده است. هریک از عناوین مذکور در بندهای متذکره به صورت مشخص تعریف شده که در زیر بیان می‌شود.

بند ۱۰ ماده سوم قانون معاهدات الحاق را این‌گونه تعریف می‌کند: «الحاق: پیوستن دولت جمهوری اسلامی افغانستان به میثاق یا معاهده بین‌المللی است که توسط صدور سند رسمی التزامش را طور صریح به مقررات و مفاد آن اعلام می‌نماید». بند ۱۳ ماده سوم تأیید را این‌گونه تعریف می‌کند: «تأیید: قبول معاهده، میثاق، موافقت‌نامه، قرارداد، پروتکل و یادداشت تفاهم است که از طرف شورای وزیران جمهوری اسلامی افغانستان صورت می‌گیرد». تأیید یک سند در نظام حقوقی افغانستان قبل از تصویب صورت می‌گیرد. این مطلب از آن جهت است که بر اساس بند ۲ ماده نهم قانون معاهدات «... یادداشت‌های تفاهم، موافقت‌نامه‌ها و قراردادهای ساده و اجرایی که به تشخیص وزارت امور خارجه ایجاب تصدیق (تصویب) شورای ملی را نمی‌نماید از طرف شورای وزیران تصویب (تأیید) و مرعی‌الاجرا می‌گردد». بند ۱۴ ماده سوم قانون معاهدات تصدیق را این‌گونه بیان می‌کند: «تصدیق: تصویب معاهده و میثاق‌های بین‌المللی مندرج ماده نهم این قانون است که از طرف شورای ملی جمهوری اسلامی افغانستان صورت می‌گیرد».

چگونگی اجرای معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان

از جمله آثار فوری معاهدات منعقدشده از سوی دولت‌ها، اعمال معاهدات بر کلیه سازمان‌ها، ادارات، مقامات حکومت هر طرف متعاقد است؛ زیرا تعهد به اجرای معاهده به هر کشور در کل آن (یعنی سرزمین: آب، خاک و هوا) به‌عنوان تابع حقوق بین‌الملل به اجرا گذاشته می‌شود. به بیان دیگر، اجرای معاهدات به کلیه ارکان یا مقامات سیاسی، اداری، اجرایی، قانون‌گذاری و قضایی و مانند آن در محدوده صلاحیت نسبی‌شان منتقل شده و تخصیص یافته، در نتیجه آنها باید در اجرای معاهدات نهایت توجه مبذول دارند.^۶

^۱ - Signature

^۲ - Exchange of Instrument

^۳ - Ratification

^۴ - Acceptance

^۵ - Accession

^۶ - فیض الهی، حمید، «نقش و وظایف قوای سه‌گانه در تضمین و اجرای معاهدات بین‌المللی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱، ص ۹.

۳.۱. منزلت معاهدات بین‌المللی

در مقدمه قانون اساسی ۱۳۸۲ افغانستان آمده است: «ما مردم افغانستان... با رعایت منشور ملل متحد و با احترام به اعلامیه جهانی حقوق بشر، و... سرانجام به منظور تثبیت جایگاه شایسته افغانستان...» و در فقره ۱ ماده ۷ آمده است: «دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین‌الدول، میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می‌کند». در ماده ۸ مقرر می‌دارد: «دولت سیاست خارجی کشور را بر مبنای حفظ استقلال، منافع ملی و تمامیت ارضی و عدم مداخله، حسن هم‌جواری، احترام متقابل و تساوی حقوق تنظیم می‌نماید». آنچه در این ماده ذکر شده است، بیانگر الحاق و التزام در برابر تعهدات بسیاری است که از سوی معاهدات بین‌المللی مشخص می‌شود. در بند ۱۷ ماده ۶۴ در بخش صلاحیت‌های رئیس‌جمهور آمده است: «اعطای اعتبارنامه به غرض عقد معاهدات بین‌الدول مطابق به احکام قانون». در بند ۵ ماده ۹۰ که بخش صلاحیت شورای ملی است، آمده است: «تصدیق معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی یا فسخ الحاق افغانستان به آن». اگر معاهدات بین‌المللی با قانون اساسی در تعارض قرار بگیرد یا نیازمند تفسیر باشد، مرجع تشخیص این تعارض و تفسیر نیز بیان شده است، چنانچه در ماده ۱۲۱ آمده است: «بررسی مطابقت قوانین، فرمان‌های تقنینی، معاهدات بین‌الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها براساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه (دادگاه عالی) است». همچنین در فقره اول ماده ۱۳۰ آمده است: «محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند». بنابراین، ظاهراً قانون اساسی افغانستان نسبت به بسیاری از قوانین اساسی کشورهای دیگر به مقررات حقوق بین‌الملل اهمیت زیاد داده است که این امر بیانگر مدرن بودن و اراده تعامل با جامعه بین‌المللی و رویکرد بین‌المللی‌گرایانه است.

علی‌رغم این قواعد، در گذشته شماری از قوانین اساسی سابق افغانستان در این زمینه از وضاحت بیشتری بهره‌مند بوده است. مثلاً در ماده شانزدهم اصول اساسی جمهوری دموکرات افغانستان آمده است: «جمهوری دموکراتیک افغانستان منشور سازمان ملل متحد و اصول قبول شده عمومی حقوق بین‌المللی را احترام و رعایت کرده از فعالیت‌های سازمان ملل متحد مبنی بر تحکیم صلح و انکشاف همکاری‌های بین‌المللی پشتیبانی می‌کند». همین مطلب در ماده ۱۳۵ قانون اساسی بعدی ۱۳۶۶ ه.ش. آمده است: «جمهوری افغانستان خواهان... اجرای صادقانه تعهدات بین‌المللی مطابق با اصول و موازین قبول شده حقوق بین‌المللی است». قانون اساسی دیگر که سه سال بعد در سال ۱۳۶۹ ه.ش. به تصویب رسید در ماده ۱۳۳ آن آمده است: «جمهوری افغانستان منشور ملل متحد، اعلامیه جهانی حقوق بشر و سایر اصول و موازین قبول شده حقوق بین‌الملل را احترام و رعایت می‌کند» و در مورد تعارض میان حقوق بین‌الملل و قوانین داخلی ماده ۱۴۵ این قانون اساسی مقرر می‌داشت: «در صورتی که معاهدات یا میثاق‌های بین‌المللی که جمهوری افغانستان آن را عقد یا به آن الحاق نموده مغایر احکام قوانین جمهوری افغانستان باشد به معاهده بین‌المللی و میثاق رجحان داده می‌شود». این مطلب در ماده ۳۱ قانون مدنی افغانستان آنجا که از تعارض قوانین در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی سخن می‌گوید

^۱ - اصول اساسی جمهوری دموکرات افغانستان در زمان ببرک کارمل سومین رئیس‌جمهوری حزب خلق افغانستان در ۲۵ حمل (فروردین) ۱۳۵۹ ه.ش. تصویب شد.

^۲ - این قانون اساسی اول دوره حکومت دکتور نجیب الله چهارمین رئیس‌جمهوری پیروی نظام کمونیسم از حزب پرچم افغانستان بود که در ۹ قوس / آذر ۱۳۶۶ ه.ش. تصویب شد.

^۳ - این قانون اساسی دوم دوره حکومت دکتور نجیب الله است که در ۸ جوزا / خرداد ۱۳۶۹ ه.ش. به تصویب رسید.

نیز به نحوی پذیرفته شده است.^۱

باین حال، از ماده ۷ قانون اساسی فعلی افغانستان به روشنی مقام و منزلت مقررات معاهدات بین‌المللی فهمیده نمی‌شود، بلکه فقط به رعایت این مقررات اشاره می‌کند. از سوی دیگر، این امر از آنجایی مبنا می‌گیرد که ماده مذکور (۷) محدود به ماده دیگری از قانون اساسی این کشور، یعنی ماده ۳، است که مقرر می‌دارد: «در افغانستان هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد». به عبارت دیگر، دولت افغانستان بر اساس ماده ۱ قانون اساسی،^۲ جمهوری اسلامی است و مطابق با ماده ۲ این قانون، دین دولت افغانستان اسلام است^۳ و بر اساس ماده ۳ هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف احکام اسلام باشد. مبتنی بر این موارد نظام حقوقی افغانستان نه فقط اینکه برتری معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی را نسبت به قانون اساسی پذیرفته است، بلکه در هنگام الحاق افغانستان به معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی بررسی این را که با شریعت اسلام و قوانین داخلی این کشور تعارض نداشته باشد نیز الزامی تلقی کرده است.

۳.۲. چگونگی اجرای معاهدات بین‌المللی

با آنکه کنوانسیون ۱۹۶۹ پُر استفاده‌ترین کنوانسیون از زمان انعقاد است^۴، اما نحوه اجرای داخلی معاهدات در آن مشخص نشده است، بلکه فقط به این مورد که تعهدات معاهده بر عهده دولت‌های عضو است، بسنده می‌کند. بنابراین دولت باید اطمینان حاصل کند که تعهدات در داخل قابل اجرا هستند. این بدان معناست که کلیه ارگان‌های دولتی از جمله دستگاه قضائیه، مجریه، مقننه و سایر ارگان‌های دولتی، اشخاص و نهادهای خصوصی، با توجه به ماهیت تعهد و به گونه‌ای که معاهده تعهد می‌کند، در صورت لزوم به پیروی قانونی آن موظفاند. این تعهد ممکن است نیازمند اصلاح یا تغییر قوانین داخلی باشد و ممکن است برای دولت‌های فدرال مشکل ایجاد کند.^۵

اجرای معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان و سرنوشت بسیاری از مقررات بین‌المللی دیگر تحت عناوین مختلف چندان روشن نیست؛ هرچند ماده ۱۲ قانون معاهدات مقرر می‌دارد: «وزارت‌ها و ادارات دولتی مکلفاند تدابیر لازم را برای اجرای معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی، موافقت‌نامه‌ها، قراردادهای، پروتکل‌ها و یادداشت‌های تفاهم مندرج این قانون، در عرصه‌های مربوط اتخاذ نمایند». در ادامه ماده ۱۴ قانون معاهدات بیان می‌کند: «هرگاه اجرای معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی، وضع سند تقنینی جدید یا تعدیل سند تقنینی نافذ را ایجاب نماید، وزارت‌ها و ادارات دولتی ذی‌ربط مکلفاند، بعد از موافقت وزارت امور خارجه به طی مراحل آن اقدام نمایند». موافقت وزارت امور خارجه از آنجایی ناشی می‌شود که ماده ۱۳ سازوکار نظارت از چگونگی اجرای معاهدات بین‌المللی را به این نهاد واگذار می‌کند. این ماده بیان می‌دارد: «کنترل از اجرای معاهدات، موافقت‌نامه‌ها، قراردادهای، پروتکل‌ها و یادداشت‌های تفاهم و تکمیل میثاق‌های بین‌المللی

^۱ - ماده ۳۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «احکام مندرج مواد قبلی این قسمت در صورتی نافذ می‌باشد که مخالف آن حکم دیگری در قانون اختصاصی یا معاهده بین الدول که در افغانستان نافذ است نباشد». قانون مدنی در جریده رسمی با شماره (۳۵۳) در سال ۱۳۵۵/۱۰/۱۵ هـ.ش. به نشر رسیده است.

^۲ - «افغانستان، دولت جمهوری اسلامی، مستقل، واحد و غیرقابل تجزیه است».

^۳ - «دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مقدس اسلام است. پیروان سایر ادیان در پیروی از دین و اجرای مراسم دینی‌شان در حدود احکام قانون آزاد می‌باشند».

^۴ - Boas, Gideon, *Public International Law Contemporary Principles and Perspectives*, Published by Edward Elgar Publishing Limited, The Lyptatts, ۱۵ Lansdown Road, Cheltenham, Glos GL۲ ۵۰ JA, UK, ۲۰۱۲, p. 53.

^۵ - Aust, *Modern treaty law and practice, op, cit*, p 179.

مندرج ماده ۱۲ این قانون، به عهده وزارت امور خارجه است.^۱ ماده ۱۴ قانون معاهدات ادارات و نهادهای ذی ربط را مکلف می‌کند تا در صورت تعارض به اصلاح قوانین داخلی با موافقت وزارت امور خارجه اقدام کنند، اما به نظر می‌رسد در عمل هیچ‌یک از این نهادها و ادارات دولتی اعم از وزارتخانه‌ها و ریاست‌های مستقل، سازوکار یا دستورالعملی برای چگونگی اجرای مقررات پذیرفته شده‌ای بین‌المللی ندارند.

به سخن دیگر، هرچند ماده ۱۴ قانون معاهدات در صورت تعارض قوانین داخلی با معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی وضع سند جدید تقنینی یا تعدیل سند تقنینی نافذ را پیش‌بینی می‌کند و از همین رو به نظر می‌رسد نظام حقوقی افغانستان به معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی نسبت به قوانین عادی داخلی برتری قائل شده است، اگر مقررات یک معاهده بین‌المللی با احکام دین مقدس اسلام در تعارض باشد، باید مستثنا شود و اگر حکومت افغانستان بدون الحاق حق شرط به مواد که در تعارض با احکام دین مقدس اسلام‌اند، در برابر یک معاهده ملتزم شده باشد، بازهم آن مقررات مطابق با ماده ۳ قانون اساسی به اجرا در نمی‌آید. با اینکه قانون اساسی الحاق حق شرط را به گونه صریح پیش‌بینی نکرده است، بلکه به صورت ضمنی مفهوم حق شرط از این ماده استنباط می‌شود؛ اینکه هیچ قانونی نمی‌تواند خلاف معتقدات و احکام دین اسلام باشد. در قانون معاهدات در ماده ۱۱ آمده است که وزارت خارجه مکلف به ارزیابی است و در صورت تعارض با احکام دین مقدس اسلام، آن قواعد و مقررات را باید مستثنا کند. اما به نظر می‌رسد در صورتی که حکومت افغانستان بدون توجه معاهده‌ای را بپذیرد بدون اینکه الحاق حق شرط داشته باشد و بعدها متوجه شود که خلاف مقررات اسلام است، نمی‌تواند به نقض قوانین داخلی خویش استناد کند؛ چراکه قانون اساسی در مورد الحاق حق شرط واضح سخن نگفته است؛ بلکه این قانون معاهدات است که در این مورد صراحت دارد و این قانون عادی است که خود باید در قبال معاهدات اصلاح یا تعدیل شود. ماده ۲۷ کنوانسیون معاهدات ۱۹۶۹ در همین زمینه مقرر می‌دارد: «هیچ‌یک از طرف‌های معاهده نمی‌تواند برای توجیه عدم اجرای معاهده، به مقررات حقوق داخلی خود استناد کند...». همچنین در ماده ۳۲ طرح ۲۰۰۱ مسئولیت بین‌المللی دولت آمده است: «دولت مسئول نمی‌تواند برای توجیه قصور در عدم رعایت تعهداتش به موجب این بخش به مقررات حقوق داخلی استناد کند». ماده ۱۳ اعلامیه ۱۹۴۹ راجع به حقوق و وظایف دولت‌ها مقرر می‌دارد: «هر دولتی مکلف است تعهدات ناشی از معاهدات و سایر منابع حقوق بین‌الملل را با حسن نیت انجام دهد، و نمی‌تواند به مقررات قانون اساسی و یا دیگر قوانین داخلی خویش استناد جوید و آنها را به عنوان عذری جهت استنکاف از انجام این وظیفه قلمداد نماید».^۱ دیوان داوری دعاوی آلاباما، همچنین دیوان دائمی در قضیه (Free zones) اظهار داشت که مسلماً فرانسه برای محدود کردن تعهدات بین‌المللی خود نمی‌تواند به قوانین داخلی خویش استناد کند.^۲ همچنین دیوان دائمی در قضیه دانشگاه پیتر پازمانی، اظهار داشت... این اصل که دولت مسئول نمی‌تواند برای توجیه عدم رعایت تعهدات بین‌المللی خود که از ارتکاب فعل متخلفانه بین‌المللی ناشی شده، به مقررات حقوق داخلی استناد کند، به عنوان یک اصل کلی هم در رویه دولت‌ها و هم در تصمیمات بین‌المللی پذیرفته شده است. به عنوان مثال در اختلاف میان ایالات متحده آمریکا و جاپان در سال ۱۹۰۶ راجع به سیاست‌های آموزشی تبعیض‌آمیز ایالت کالیفرنیا با اصلاح قانون آن ایالت حل و فصل شد. در واقعه‌ای مربوط به بند ۲ ماده ۶۱ قانون اساسی وایمار، به منظور تضمین ایفای تعهدات ناشی از ماده ۸۰ معاهده ورسای، قانون اساسی

^۱ - والاس و آرتگا، ریکا ام. ام. و آگا مارتین، *حقوق بین‌الملل*، منبع پیشین، ص ۸۰.

^۲ - Akehurst, Michael, *A Introduction to International Law*, sixth edition, published by Academic Division of Unwin Hyman Ltd, London, 1987, p 43.

مزبور اصلاح شد.^۱

قانون معاهدات و قانون اساسی مسائل حق شرط و چگونگی اجرای معاهدات بین‌المللی را به نوعی ترسیم کرده است، اما مواد قانون معاهدات همه‌دستان اجرای معاهدات بین‌المللی نیست و تمام مشکلات اجرایی معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی را در نظام حقوقی افغانستان حل نمی‌کند و هنوز هم مشکلات پابرجاست. یکی از این مشکلات این است که سرنوشت سایر اسناد بین‌المللی مثل قراردادها، موافقت‌نامه‌ها، پروتکل‌ها و یادداشت‌های تفاهم، به سخن دیگر، به جز از معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی معلوم نیست. اگر اسناد اخیر در تعارض با قوانین داخلی افغانستان قرار گرفتند چگونه عمل می‌شود. آیا در این مورد نیز قوانین داخلی تعدیل یا سند جدید تقنینی وضع می‌شود یا قوانین داخلی نسبت به قراردادها، موافقت‌نامه‌ها، پروتکل‌ها و یادداشت‌های تفاهم برتری دارد؟ باآنکه هر یک از عناوین معاهده، میثاق، قرارداد، پروتکل، یادداشت تفاهم و موافقت‌نامه در قانون معاهدات تعریف شده است، به نظر می‌رسد عده‌ای از این عناوین از محتوایی مشابه برخوردار نباشند که به تفسیر، تعیین و اجرای خاص خود نیازمندند.

سازوکارهای پیش‌بینی‌شده برای اجرای معاهدات بین‌المللی

نظام حقوقی افغانستان به مقررات حقوق بین‌الملل اهمیت زیادی داده و این اهمیت در مواد مختلفی اعم از قانون اساسی و سایر قوانین عادی تبارز پیدا کرده است. اما اجرای همه‌تعهدات افغانستان در نظام حقوقی این کشور هنوز به‌گونه صریح و روشن مشخص نیست، بلکه در مواردی دچار ابهام است و این ابهام نهادهای قضایی را در خلأ وجود قوانین کافی و استقرار قوانین موضعه قرار می‌دهد و سازوکارهای پیش‌بینی‌شده در بسیاری موارد نمی‌توانند تضمینی برای اجرای معاهدات بین‌المللی ایجاد کنند. البته باید خاطرنشان کرد در بحث اجرای معاهدات بین‌المللی، مشکل گاه در نبود رهنمودها و سازوکارهای کافی است که در این مورد در افغانستان پس از تحولات ۲۰۰۱ تا حدود مشکل رفع شده است؛ اما گاه معضل در عرصه، به اجرا گذاشتن قوانین داخلی است که قدم نخست اجرای معاهدات بین‌المللی است؛ به این معنی که اگر داخل یک کشور قوانین داخلی آن به اجرا گذاشته نمی‌شود، چطور می‌توان انتظار داشت که معاهدات بین‌المللی به اجرا درآیند.

در نظام حقوقی افغانستان به‌منظور اجرای معاهدات بین‌المللی سازوکارهایی پیش‌بینی‌شده است. این سازوکارها که به گونه‌ای مختصر ارائه می‌شود، عبارت‌اند از:

۴.۱. قاعده کلی اجرای معاهدات بین‌المللی

بند ۱ ماده ۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «دولت منشور ملل متحد، معاهدات بین‌الدول، میثاق‌های بین‌المللی که افغانستان به آن ملحق شده است و اعلامیه جهانی حقوق بشر را رعایت می‌کند»^۲. این ماده و آنچه در مقدمه قانون اساسی تذکر یافته است، دولت افغانستان را مکلف به رعایت منشور ملل متحد، اعلامیه جهانی حقوق و میثاق‌هایی می‌کند که افغانستان به آنها ملحق شده است. بنابراین، هم براساس الحاق و تعهدات قبلی، هم براساس حکم قانون

^۱ - ابراهیم گل، *مسئولیت بین‌المللی دولت*، منبع پیشین، ص ۱۹۴.

^۲ - متن انگلیسی این فقره به گونه زیر نوشته شده است:

«The state shall observe the United Nations Charter, inter-state agreements, as well as international treaties to which Afghanistan has joined, and the Universal Declaration of Human Rights».(<https://moj.gov.af/en/enforced-constitution-Afghanistan>).

اساسی، دولت مکلف به حمایت و رعایت منشور ملل متحد، اعلامیه جهانی حقوق بشر و سایر میثاق‌های مربوط به حقوق بشری است. رعایت این تکالیف و سایر تعهدات حقوق بشری افغانستان که نیازمند سازوکار اجرایی بود براساس ماده ۵۷ قانون اساسی به اجرا گذاشته شد.

براساس مواد ۷ و ۵۷ به منظور اجرا و تضمین معاهدات حقوق بشری، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان تأسیس شد. ماده ۵۷ مقرر می‌دارد: «دولت به منظور نظارت بر رعایت حقوق بشر در افغانستان و بهبود و حمایت از آن، کمیسیون مستقل حقوق بشر افغانستان را تأسیس می‌نماید. هر شخص می‌تواند در صورت نقض حقوق بشری خود، به این کمیسیون شکایت نماید. کمیسیون می‌تواند موارد نقض حقوق بشری افراد را به مراجع قانونی راجع سازد و در دفاع از حقوق آنها مساعدت نماید. تشکیل و طرز فعالیت این کمیسیون توسط قانون تنظیم می‌گردد».

این کمیسیون که در عرصه اجرای تعهدات حقوق بشری افغانستان نسبت به هر نهاد دیگری بیشتر فعال بوده^۱، توانسته است تا حدودی اجرای معاهدات حقوق بشری را در نظام حقوقی افغانستان تضمین کند.

۴.۲. حکومت مسئول اصلی اجرای معاهدات بین‌المللی

ماده ۵۷ قانون اساسی در مورد وظایف حکومت است و بند ۱ این ماده مقرر می‌دارد: «تعمیل احکام این قانون و سایر قوانین و فیصله‌های قطعی محاکم». مبتنی بر حکم این ماده قانون اساسی و از آنجاکه مطابق با ماده ۹ قانون معاهدات، عده‌ای معاهدات بین‌المللی پس تصویب مجلس جزئی از قوانین داخلی این کشور پنداشته می‌شود، لذا اجرای معاهدات از جمله وظایف حکومت است. ماده ۷۱ قانون اساسی حکومت را این‌گونه تعریف می‌کند: «حکومت متشکل است از وزرا که تحت ریاست رئیس‌جمهور اجرای وظیفه می‌نمایند».

بنابراین، حکومت^۲ مکلف است که تصامیم دو قوه را اجرایی سازد؛^۳ یعنی نخست، قوانینی را که مجلس تصویب می‌کند و اکثر معاهدات بین‌المللی نیز به تصویب مجلس می‌رسند، اجرا کند و این خود شامل عرصه‌های مختلف اقتصادی، تجارتي، فرهنگی، اجتماعی، سیاسی، اداری، امنیتی، حقوقی و موارد دیگر است. قوه‌ای مجریه باید برای تطبیق موارد فوق، مقرره‌هایی وضع و تصویب، نیروهای انسانی متخصص تربیت و استخدام و برنامه‌ریزی کند، بودجه تخصیص دهد. دوم، فیصله‌های قطعی و نهایی قوه قضائیه را نیز اجرا کند. چه اینکه قضات صرفاً با تفسیر قانون، فیصله صادر می‌کند، اما اجرای آنها در عرصه‌های مدنی و جزایی، وظیفه‌ای قوه‌ای مجریه محسوب می‌شود.^۴

۴.۳. بررسی مطابقت معاهدات با قانون اساسی و اجرای معاهدات بین‌المللی

ماده ۱۲۱ قانون اساسی در مورد صلاحیت ستره محکمه^۵ در مورد تفسیر و تطبیق قانون اساسی با سایر قوانین، فرمان‌های تقنینی، معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی است. در این ماده آمده است: «بررسی مطابقت قوانین، فرمان‌های تقنینی، معاهدات بین‌الدول و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق به

^۱ - با ورود دو باره طالبان به کابل در ۱۶ اگست ۲۰۲۱، این کمیسیون غیر فعال گردیده و تا کنون (فبروری ۲۰۲۲) از سرنوشت آن خبری در دسترس نیست.

^۲ - Government.

^۳ - هرچاکه در این نوشتار از اصطلاحات دولت و کشور استفاده شده است منظور State است.

^۴ - دانش، سرور، منبع پیشین، ص ۴۱۱.

^۵ - ستره محکمه اصطلاح زبان پشتو است و به معنی دادگاه عالی است.

احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه است».

بررسی مطابقت معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی دولت‌ها یکی از ضروریات است. از همین رو معمول است که در قوانین اساسی این امر پیش‌بینی می‌شود. این بررسی مطابق با قانون اساسی افغانستان این معنی را افاده می‌کند که از نگاه قانون اساسی این کشور، حقوق داخلی مخصوصاً قانون اساسی نسبت به حقوق بین‌الملل برتری دارد و قواعد حقوق بین‌الملل اگر توسط ستره محکمه (دادگاه عالی) در تضاد با قانون اساسی تشخیص گردد، به حکم قانون اساسی رجحان داده خواهد شد. مبتنی بر این رویکرد، در واقع قواعد حقوق بین‌الملل در عرض قوانین عادی داخلی است و همان طوری که قوانین عادی باید مطابق با قانون اساسی باشند، معاهدات بین‌المللی نیز باید چنین باشند و تشخیص این مطابقت، براساس ماده ۱۲۱ از صلاحیت‌های ستره محکمه است.^۱

ستره محکمه حتی بعد از تصویب مجلس نیز می‌تواند مطابقت معاهدات بین‌المللی را با قانون اساسی انجام دهد. اگر در بررسی ثابت شود که معاهده یا میثاق با قانون اساسی مغایرت و مخالفت دارد، لغو خواهد شد. از مجموع مواد چنین مستفاد می‌شود که مفاد و روح قانون اساسی ایجاب می‌کند که قواعد حقوق بین‌الملل، اعتباری برابر با قوانین عادی داخلی دارد و در حالت تعارض با قانون عادی، باید به قاعده‌ای «قانون مؤخر مقدم را نسخ می‌کند»، یا قاعده‌ای «خاص و عام» یا سایر قواعد عمل شود؛ اما در صورت تعارض با قانون اساسی، به‌ویژه در مورد سوم، به قانون اساسی رجحان داده می‌شود نه حقوق بین‌الملل؛ هر چند در قرن بیست و یکم این نظریه طرفداران زیاد ندارد، بلکه خودمختاری دولت‌ها و احساس لزوم همکاری بین‌المللی به تدریج بر اهمیت و نفوذ نظریه‌ای یگانگی حقوق با برتری حقوق بین‌الملل در عمل افزوده است.^۲ در عین حال، حقوق‌دانان بین‌المللی عموماً از این نظریه دفاع می‌کنند که تمامیت حقوق بین‌الملل، اعم از نوشته، نانوشته و اصول کلی بر تمامیت حقوق داخلی، صرف‌نظر از قانون اساسی، قوانین عادی و مقررات، باید مقدم داشته شود؛ زیرا هر نظم حقوقی از تابعان خود برتر است و حقوق بین‌الملل نیز از تابعان خود، از جمله دولت‌ها، برتر است.^۳

اما در بحث اجرای معاهدات بین‌المللی اساسی‌ترین وجه تمایز نظام‌های یگانگی حقوقی و دوگانگی حقوقی این است که پس از تصویب معاهده از سوی مراجع ذی‌صلاح داخلی و لازم‌الاجرا شدن آن، دادگاه‌های داخلی در کشورهای پیرو نظریه یگانگی می‌توانند به‌طور مستقیم به معاهدات استناد کنند و نیازی به قانون‌گذاری در این زمینه نیست. اما در کشورهای تابع دوگانگی، پس از تصویب معاهده و لازم‌الاجرا شدن آن، دادگاه‌های داخلی نمی‌توانند به‌طور مستقیم به معاهده استناد کنند و قانون‌گذاری نهاد تقنینی در خصوص معاهده مربوطه پیش‌نیاز اجرای آن در محاکم داخلی است.^۴ هر چند این تفکیک در حال حاضر به هم ریخته است.

۴.۴. سازوکار نظارتی کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی

ماده ۱۵۷ قانون اساسی در این مورد تدوین شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی مطابق به احکام قانون تشکیل می‌گردد».

^۱ - دانش، سرور، منبع پیشین، ص ۱۱۲.

^۲ - همان منبع، ص ۲۴۲.

^۳ - باقری، محمدجواد شریف، «برتری معاهدات بین‌المللی نسبت به قوانین عادی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۶، ص ۲۸۱.

^۴ - Sloss, David, "Domestic Application of Treaties", 2011, p 4, available at: <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs>

باری در سال ۱۳۹۰ وزارت مالی افغانستان طی مکتوب به کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی نوشت: «برخی احکام مندرج قانون گمرکات منتشره جریده رسمی شماره (۸۴۷) سال ۱۳۸۴ با احکام مندرج موافقت‌نامه‌های تخنیک‌ی^۱ نظام (MTA) و موافقت‌نامه (SOFA) در مغایرت قرار داشته... اما فعلاً نمایندگان قوت‌های نظامی مستقر در افغانستان به استناد ماده ۷ قانون اساسی دولت جمهوری اسلامی افغانستان، اصرار می‌ورزند که احکام مندرج موافقت‌نامه‌های تخنیک‌ی نظامی بالاتر از احکام قانون گمرکات ج.ا.ا. بوده و در صورت مغایرت، احکام مندرج موافقت‌نامه‌های فوق ترجیح داده شود...»^۲.

کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی در ۱۳۹۱/۴/۴ نظریه تفسیری خویش را به نحوی زیر اعلام کرد: «۱- معاهدات دوجانبه میان دولت افغانستان و سایر دولت‌ها به موجب حکم جزء پنجم ماده ۹۰ قانون اساسی وقتی حکم قانون را پیدا می‌کند که شورای ملی آنها را تصدیق کنند تا آن موقع هرگونه موافقت‌نامه‌ای قابل رد از سوی شورای ملی بوده و تعهد دولت افغانستان به دولت دیگر کامل و نهایی به شمار نمی‌آید.

۲- موافقت‌نامه‌های تخنیک‌ی-نظامی فوق‌الذکر توسط شورای ملی تصدیق نشده است؛ لذا به موجب حکم فوق‌الذکر قانون گمرکات ترجیح داده می‌شود. اما جانب حکومت افغانستان در حدود حقوق بین‌الملل و ترتیب مقرر در متن یک موافقت‌نامه موظف است که اجراءات لازم را در خصوص کسب تصدیق و یا رد شورای ملی در مورد آن، به عمل آورد»^۳.

۴.۵. سازوکار کنترل و نظارت وزارت امور خارجه از اجرایی معاهدات بین‌المللی

بند ۱ ماده ۱۳ معاهدات مقرر می‌دارد: «کنترل از اجرای معاهدات، موافقت‌نامه‌ها، قراردادها، پروتکل‌ها و یادداشت‌های تفاهم و تعمیم میثاق‌های بین‌المللی مندرج ماده ۱۲ این قانون، به عهده وزارت امور خارجه است».

قانون معاهدات قبل از اینکه این صلاحیت را به وزارت امور محول کند، در ماده ۱۲ قانون معاهدات مقرر می‌دارد: «وزارت‌ها و ادارات دولتی مکلف‌اند تدابیر لازم را جهت اجرای معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی، موافقت‌نامه‌ها، قراردادها، پروتکل‌ها و یادداشت‌های تفاهم مندرج این قانون، در عرصه‌های مربوط اتخاذ نمایند».

هریک از سازوکارهای فوق به نحوی در اجرای معاهدات بین‌المللی در داخل نظام حقوقی افغانستان نقش دارد و هرچند به گونه دقیق نمی‌توان میان این سازوکارها رده‌بندی مشخص را بیان کرد، اما نهایتاً به این نتیجه خواهد انجامید که سازوکارهای پیش‌بینی شده در قانون اساسی نسبت به سایر سازوکارها در اولویت قرار دارد.

بنابراین، با توجه به موارد فوق، به نظر می‌رسد نظام حقوقی افغانستان سازوکارهای مناسب را برای اجرای معاهدات بین‌المللی تدارک دیده است. اعمال سازوکارهای پیش‌بینی شده سبب می‌شود قواعد مندرج در معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی به گونه مثمری در چارچوب نظام حقوقی افغانستان به اجرا درآید.

نتیجه‌گیری

دولت‌ها به محض اینکه به یکی از معاهدات بین‌المللی ملحق می‌شوند، ناگزیرند سازوکارهایی را ببیندیشند تا معاهدات در

۱- تخنیک‌ی - Technical

۲- مجموعه تفسیرها، نظریه‌ها و مشاوره‌های حقوقی، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، چاپ اول، مطبعه آزادی، ۱۳۹۳، ص ۱۳۰.

۳- همان منبع، ص ۱۳۱.

داخل آن کشورها به اجرا درآید. از همین رو، قانون اساسی افغانستان به‌صراحت به معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی اشاره کرده و جایگاه بالایی برای آنها در نظام حقوقی این کشور قائل شده است. مواد ۷، ۵۷، ۱۲۱ و ۱۵۷ از جمله مواردی‌اند که به‌نحوی بحث پذیرش، رعایت، تفسیر و اجرای معاهدات بین‌المللی را در برمی‌گیرند. باین‌حال، براساس قانون اساسی منزلت معاهدات در نظام حقوقی افغانستان مشخص نیست، بلکه در شک و تردیدهای از برابری با قوانین عادی گرفته تا برتری از قوانین عادی و پایین تر از قانون عادی در نوسان است؛ هرچند در حال حاضر دیدگاه حاکم برتر از قوانین عادی و پایین تر از قانون اساسی است. چنانچه موادی از معاهده‌ای در تضاد با قانون اساسی قرار داشته باشد، ادارات مسئول، مخصوصاً وزارت امور خارجه، مکلف به قائل شدن حق شرط است یا اینکه به آن معاهده ملحق نشوند. اما در صورتی که یک معاهده با قوانین عادی در تعارض باشد، قانون عادی اصلاح و تعدیل می‌شود و حتی گاه ممکن است پذیرش یک معاهده نیازمند سند تقنینی جدید باشد که باز هم ادارات مکلف به درخواست تدوین چنین سندی از سوی قوه مقننه می‌باشند.

سرانجام اینکه سازوکارهای پیش‌بینی‌شده در قانون اساسی و قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی ضامن اجرای دقیق معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان نیستند، بلکه از عدم مشخص بودن جایگاه معاهدات گرفته تا تفاوت مبانی پذیرش معاهدات و عدم اجرای معاهدات از سوی محاکم داخلی افغانستان، همه نشان از آن دارد که مقررات معاهدات به‌گونه‌ای دقیق و صریح اجرا نمی‌شود و در بسیاری موارد مفاد معاهدات در تعارض با قوانین داخلی این کشور اعم از قانون اساسی و قوانین عادی قرار دارد و با راهکارهای پیش‌بینی‌شده در مقدمه می‌توان افغانستان را از این مشکل نورماتیوی و اجرایی رها کرد.

راهکارهایی که می‌تواند افغانستان را از این معضل خارج کند، متنوع و متفاوت است. شاید بتوان نخستین راهکار را مسئله ابهام‌زدایی در قانون اساسی مطرح کرد. قانون اساسی افغانستان در زمینه اجرای معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی فقط به رعایت^۱ آنها متعهد است. این در حالی است که نظام حقوقی افغانستان تجربه اولویت‌دهی به حقوق بین‌الملل را نسبت به قوانین داخلی نیز دارد. از این‌رو، می‌توان گفت تبیین جایگاه معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی اعم از اینکه برتر از قانون اساسی، هم‌سطح یا پایین تر از آن باشد یکی از راهکارهایی است که می‌تواند تضمین برای اجرای معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی به‌وجود آورد.

راهکار دوم که در این زمینه مطرح می‌شود، نظارت اجرایی بین‌المللی است. با آنکه تعداد زیادی از نهادهای بین‌المللی در افغانستان حضور دارند و هرازگاهی بر روند اجرای معاهدات بین‌المللی نیز نظارت می‌کنند، این نظارت تاکنون تضمین بر اجرای مستمر معاهدات نبوده، بلکه به‌گونه‌ای مقطعی صورت گرفته است. از همین رو می‌توان گفت اگر نظارت بین‌المللی به‌گونه‌ای تضمین‌شده اجرا گردد، می‌تواند تضمین خوب و مداومی برای اجرای معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی در نظام حقوقی افغانستان ایجاد کند.

راهکار سوم در این زمینه مسئله آگاهی‌دهی نهادهای ضبط قضایی است. کارگزاران نهادهای قضایی و مرتبط با اجرایی معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی غالباً با مسائل بین‌المللی، چگونگی اجرای تعهدات دولت افغانستان و در صورت عدم اجرای تعهدات دولت افغانستان با اهمیت مسئولیت بین‌المللی دولت افغانستان، آگاهی کامل ندارند؛ بنابراین، آگاهی کارگزاران از موضوعات و مسائل بین‌المللی نیز می‌تواند تضمین برای اجرای معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی باشد.

¹ -Observe

منابع

کتاب

۱. ابراهیم گل، علی رضا، **مسئولیت بین المللی دولت: متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین الملل**، (ترجمه)، چاپ سوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰.
۲. دانش، سرور، **حقوق اساسی افغانستان**، کابل: انتشارات مؤسسه تحصیلات عالی ابن سینا، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۹.
۳. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، **حقوق معاهدات بین المللی**، چاپ چهارم، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸.
۴. فلسفی، هدایت الله، **حقوق بین الملل معاهدات**، چاپ سوم، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۱.
۵. گلیبار، کلود آلبر، **نهادهای روابط بین الملل**، جلد ۱، ترجمه و تحقیق: هدایت الله فلسفی، چاپ اول، تهران: نشر نو، ۱۳۶۸.
۶. **مجموعه تفسیرها، نظریه ها و مشاوره های حقوقی**، کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، چاپ اول، مطبوعه آزادی، ۱۳۹۳.
۷. موسی زاده، رضا، **حقوق معاهدات بین المللی**، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان، تابستان ۱۳۸۹.
۸. والاس و ارنیکا، ربکا ام. ام. و الگا مارتین، **حقوق بین الملل**، ترجمه: سید قاسم زمانی و مهناز بهرام لو، چاپ چهارم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۲.

مقاله

۹. ایزدی، علی، «**نگاهی تطبیقی به اجرای حقوق بین الملل در محاکم ملی**»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۵، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۴، صص ۴۹۷-۵۲۹.
۱۰. باقری، محمدجواد شریف، «**برتری معاهدات بین المللی نسبت به قوانین عادی**»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۶، ۱۳۹۰، صص ۲۷۹-۳۰۵.
۱۱. فلسفی، هدایت الله، «**اجرای مقررات حقوق بین الملل**»، مجله تحقیقات حقوقی، پاییز ۱۳۷۲ تا تابستان ۱۳۷۳، شماره ۱۳ و ۱۴، صص ۲۹-۹۸.

پایان نامه

۱۲. فیض الهی، حمید، «**نقش و وظایف قوای سه گانه در تضمین و اجرای معاهدات بین المللی**»، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱.

قوانین

۱۳. اصول اساسی جمهوری دموکرات افغانستان، مصوب ۲۵ حمل / فروردین ۱۳۵۹ ه.ش.
۱۴. قانون اساسی اول دوره حکومت دکتور نجیب الله، مصوب ۹ قوس / آذر ۱۳۶۶ ه.ش.
۱۵. قانون اساسی دوم دوره حکومت دکتور نجیب الله، مصوب ۸ جوزا / خرداد ۱۳۶۹ ه.ش.
۱۶. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، مصوب ۱۴ جدی / دی ماه، ۱۳۸۲ ه.ش.
۱۷. قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان، منتشره ۹ سرطان / مرداد ه.ش، طی شماره ۱۱۰۹ جریده رسمی، وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان.

۱۸. قانون طرز طی مراحل نشر و انفاذ استناد تقنینی، منتشره در ۱۶ میزان / شهریور سال ۱۳۹۷ هـ.ش. با شماره مسلسل (۱۳۱۳) جریده رسمی، وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان.
۱۹. قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، منتشره ۱۵ سرطان / مرداد سال ۱۳۸۸ هـ.ش، طی شماره ۹۸۶ جریده رسمی، وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان.
۲۰. قانون معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی، منتشره ۱۸ عقرب / آبان ۱۳۹۵ هـ.ش، طی شماره ۱۲۳۶ جریده رسمی، وزارت عدلیه جمهوری اسلامی افغانستان.

References

Books

1. Akehurst, Michael, *A Introduction to International Law*, sixth edition, published by Academic Division of Unwin Hyman Ltd, London, 1987.
2. Aust, Anthony, *MODERN TREATY LAW AND PRACTICE*, Published in the United States of America by Cambridge University Press, New York, 2007.
3. Boas, Gideon, *Public International Law Contemporary Principles and Perspectives*, Published by Edward Elgar Publishing Limited, The Lypiatts, 15 Lansdown Road, Cheltenham, Glos GL50 2JA, UK, 2012.
4. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, published in the United States by Oxford University Press Inc, New York, Fifth edition, 1988.
5. Collection of interpretations, theories and legal advices, Independent Commission for Monitoring the Implementation of the Constitution, 1st edition, Azadi Press, 2013. (In Persian)
6. Danesh, Sarwar, *Basic Rights of Afghanistan*, 1st edition, Kabul: Publications of Ibn Sina Institute of Higher Education, 2019. (In Persian)
7. Ebrahim Gol, Alireza, *The international responsibility of the state: text and description of the materials of the International Law Commission*, (Translated), 3rd edition, Tehran: Shahr Danesh Institute of Legal Studies and Research, 2019. (In Persian)
8. Falsafi, Hedayatullah, *International Law of Treaties*, 3rd edition, Tehran: Farhang Nashr-e-Now 2011. (In Persian)
9. Kolb, Robert, *The Law of Treaties An Introduction*, Published by Edward Elgar Publishing Limited, The Lypiatts, 15 Lansdown Road, Cheltenham, Glos GL50 2JA, UK, 2016.
10. Koliyar, Claude Albert, *Institutions of International Relations*, Vol. 1, Translation and Research: Hedayat Allah Philosophical, 1st Edition, Tehran: Nashr-e-Now, 1989. (In Persian)
11. Leigh, Monroe, *NATIONAL TREATY LAW AND PRACTICE*, the American Society of International Law, Koninklijke Brill NV incorporates the imprints Brill Academic Publishers, Martinus Nijhoff, Publishers and VSP, 2005.
12. Mouszadeh, Reza, *Laws of International Treaties*, 4th edition, Tehran: Mizan, 2019. (In Persian)
13. Villiger, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Copyright 2009 by Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands.
14. Wallace and Ortega, Rebecca M. M. and Olga Martin, *International Law*, translated by Seyed Qasim Zamani and Mahnaz Bahram Lo, 4th edition, Tehran: Shahr Danesh Institute of Legal Studies and Research, 2012. (In Persian)
15. Ziyai Begdali, Mohammad Reza, *Laws of International Treaties*, 4th edition, Tehran: Ganj-e-Danesh Publication, 2018. (In Persian)

Articles

16. Bagheri, Mohammad Javad Sharif, "The superiority of international treaties over normal laws", *Journal of Legal Research*, No. 56, 2012. (In Persian)

17. Falsafi, Hedayatullah, "Implementation of International Law Regulations", Journal of Legal Research, No. 13 & 14, 1994. (In Persian)
18. Izadi, Ali, "A Comparative Look at the Implementation of International Law in National Courts", Public Law Studies Quarterly, Volume 45, Number 3, 2014. (In Persian)
19. Odhiambo, Leah Aluoch, APPLICATION OF THE LEGAL DOCTRINE OF PACTA SUNT SERVANDA ON KENYA'S INTERNATIONAL RELATIONS, THE UNIVERSITY OF NAIROBI, NOVEMBER, 2016.
20. Sloss, David, "Domestic Application of Treaties", 2011, available at: <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs>.

Thesis

21. Faiz Elahi, Hamid, "The role and duties of the three forces in guaranteeing and implementing international treaties", Master's thesis, Tehran: Shahid Beheshti University, 2018. (In Persian)

Laws

22. The basic principles of the Democratic Republic of Afghanistan, approved on April 25, 1980.
23. The Constitution of the Islamic Republic of Afghanistan, approved on January 14, 2003.
24. The first constitution of the period of Dr. Najibullah's rule, approved on November 9, 1987.
25. The Law of International Treaties and Covenants, published on 18 Aqrab/Aban 1395 A.H., in the official gazette number 1236, Ministry of Justice of the Islamic Republic of Afghanistan.
26. The Law of the Independent Commission for Monitoring the Implementation of the Constitution, published on 15 May/August 1388 A.H., in No. 986 of the Official Journal, Ministry of Justice of the Islamic Republic of Afghanistan.
27. The law on the establishment and jurisdiction of the judiciary of the Islamic Republic of Afghanistan, published on 9 May/August H.H., under number 1109 of the official gazette, Ministry of Justice of the Islamic Republic of Afghanistan.
28. The law on the procedures for the publication and enforcement of legal citations, published on 16 Mizan/ Shahrivar, 2017 H.H. With the serial number (1313) of the official gazette of the Ministry of Justice of the Islamic Republic of Afghanistan.
29. The Second Constitution of Dr. Najibullah's government period, approved on 8 Joza/ June 1990.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Tort Law (Zaman Qahri) or Civil Liability

Jalil Ghanavati¹ 

ABSTRACT

Civil liability law and tort law in Iranian legal system has a three-pronged structure and is based on a variety of principles. A structure in the civil code with the title of Zaman Qahri, a structure called "Civil Liability" in the Civil Liability Code and a structure entitled "Causes of Liability" in the Islamic Penal Code. In fact, the civil liability law system in Iran is eclectic from Islamic law (Shari'ah), French law, Germany and Switzerland law. An eclecticism that not only did not solve the problems of tort law, but also added to them as well as conflicts and made the civil liability law system inefficient and incapable of solving problems. The main reason is that the Islamic legal system is based on the theory of ownership and Zaman Qahri and the French and German legal system are based on the theory of obligations and civil liability. The difference between these legal systems is fundamental and it does not seem possible to resolve the conflicts of legal provisions in systems that have different bases. Inevitably, Iranian legal system either has to accept the system of civil liability or the system of Zaman Qahri which is accepted by Islamic jurisprudence and remove the existing defects by available procedures in this legal system including civil Ta'zir, La Zarar rule, rationals reliance and etc. In this Article, first the distinction between these two systems is studied through examining the legal and jurisprudential resources and then the solutions to eliminate the challenges are provided.

KeyWords: Zaman Qahri, Sources of Liability, Theory of Possession, Theory of Obligation..

How to Cite: Ghanavati, Jalil, "Tort Law (Zaman Qahri) or Civil liability", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 57-78.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.227795.2242>

Received: 05/09/2022-Accepted: 09/04/2023

1. Associate Professor, Faculty of Law, University of Tehran: Farabi Campus, Qom, Iran
Corresponding Author Email: ghanavaty@ut.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



ضمان قهری یا مسئولیت مدنی

جلیل قنواتی^۱

چکیده

حقوق مربوط به ضمان قهری و مسئولیت مدنی در ایران ساختاری سه‌گانه دارد و بر مبنای متنوعی شکل گرفته است. ساختاری با عنوان «ضمان قهری» در قانون مدنی، ساختاری با عنوان «مسئولیت مدنی» در قانون مسئولیت مدنی و ساختاری با عنوان «موجبات ضمان» در قانون مجازات اسلامی. در واقع نظام حقوق مسئولیت مدنی در ایران التقاطی است از نظام حقوقی اسلام، فرانسه، آلمان و سوئیس. التقاطی که نه فقط مشکلات مسئولیت مدنی را حل نکرد، بلکه بر مشکلات و تعارضات افزود و نظام حقوق مسئولیت مدنی را ناکارآمد و ناتوان از حل مشکلات کرد. دلیل اصلی آن است که نظام حقوق اسلامی بر مبنای نظریه تملیک و ضمان قهری و نظام حقوقی ژرمنی بر اساس نظریه تعهدات و مسئولیت مدنی شکل گرفته است و اختلاف این دو نظام اساسی و بنیادین است و حل تعارضات احکام قانونی در نظام‌هایی که مبنای مختلفی دارند ممکن به نظر نمی‌رسد. ناچار یا باید نظام مسئولیت مدنی را اقتباس کرد و از بسیاری مبنای دست کشید یا نظام ضمان قهری (مورد قبول فقه اسلامی) را پذیرفت و برخی نواقص را با سایر روش‌های موجود در این نظام حقوقی، مانند نهاد تعزیر مدنی، قاعده لاضرر، بنای عقلا و غیره برطرف کرد. در این تحقیق با مطالعه منابع فقهی و حقوقی و بررسی قوانین، به روشی توصیفی تحلیلی، نخست تمایز این دو نظام و سپس راه‌حل‌های رفع نقایص بررسی شده است.

کلید واژگان: ضمان قهری، موجبات ضمان، نظریه تملیک، نظریه تعهدات.

استناد به این مقاله: قنواتی، جلیل، «ضمان قهری یا مسئولیت مدنی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۵۷-۷۸.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.227795.2242>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۱۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۲۰

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران: پردیس دانشکدگان فارابی، قم، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: ghanavaty@ut.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

شاید خواننده برخی آثار حقوقی^۱ چنین استنباط کند که در عصر حاضر، پذیرش نظریه مسئولیت مدنی (که در نظام حقوقی رومی ژرمنی اصولاً مبتنی بر نظریه تعهدات است) و طی طریق با آن برای حل غوامض حقوقی در جبران‌های غیرقراردادی تنها ابزار فائق آمدن بر همه مشکلات در این قلمرو مهم حقوقی است و نظریه ضمان قهری در قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی هرگز ما را به مطلوب نمی‌رساند. گاه چنان اغراق می‌شود که اگر اندیشه و تأمل نباشد، شدت اغراق ممکن است مخاطب را به قبول این سخن اغوا کند. آیا این ادعا می‌تواند بهره‌ای از حقیقت داشته باشد یا صرفاً ادعایی غیردقیق است؟ آیا نظریه ضمان قهری عاجز از حل مسائل در این قلمرو حقوقی است و نظریه مسئولیت مدنی توانا؟ آیا به‌ناچار باید کل نظام حقوقی خود را کنار زد و نظامی جدید را پذیرفت؟ آیا باید مبانی حقوقی خود را به‌کل، کهنه و عقب‌مانده انگاشت و کنار نهاد و مسائلی جدید مبتنی بر بنیان‌های رومی یا ژرمنی ارائه کرد؟ در این تحقیق نشان داده می‌شود که پاسخ به این پرسش‌ها مثبت نیست. نظریه ضمان قهری می‌تواند تا حد مطلوبی پاسخگوی مسائل و مشکلات حقوقی باشد و آنگاه که به‌عنوان نظریه‌ای در قلمرو حقوق اسلامی مطرح می‌شود می‌تواند با به‌کارگیری ظرفیت‌های این نظام، مشکلات را حل کند. بدین منظور، نخست دو نظریه تملیک و تعهد به‌طور اجمال تبیین می‌شود و با تحلیلی از ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران، تمایزات دو نظریه ضمان قهری و مسئولیت مدنی با تأکید بر تفاوت حکم تکلیفی و وضعی بررسی و ویژگی‌های آن نظریات تحلیل و پس‌از آن راه‌حل‌های رفع نواقص در نظریه ضمان قهری ارائه می‌شود. نشانه‌هایی از این بحث که دارای آثار مهمی در نظام حقوقی است در آثار برخی حقوق‌دانان قابل ردیابی است.^۲ در منابع دیگری هم مطالبی که به نحوی در ارتباط با موضوع‌شناسی بحث متضمن نکاتی‌اند، وجود دارد. بدیهی است طرح این دیدگاه که موضوع ضمان قهری در راستای نظریه تملیک در فقه اسلامی توجیه می‌شود و از نظام مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه تعهدات رومی ژرمنی فاصله می‌گیرد، از ویژگی‌های این نوشته است.^۳

۱. نظریه تعهد و شاخصه‌های آن

پیش‌از این در مقاله‌ای گفته شد ویژگی‌های نظریه عمومی تعهدات عبارت‌اند از: ۱- تقسیم حق به عینی و شخصی با پذیرش اصالت حق شخصی؛ ۲- تلقی تعهد به رابطه حقوقی؛ ۳- تلقی عقد، شبه عقد، جرم، شبه جرم و قانون به‌عنوان منابع تعهد و نه تملیک؛ ۴- ابتنای مسئولیت مدنی (حکم تکلیفی) بر تقصیر و اضرار نه اتلاف و تسبیب و ضمان ید.^۴

۱. قائم‌مقامی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، تهران: میزان، ۱۳۸۵، صص ۳۶-۵۳.

۲. کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، ۱۳۷۴، ص ۲۱؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق تعهدات*، جلد ۱، ۱۳۵۴، ص ۳۶؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *الفارق*، جلد ۲، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ش ۱۶ تا ۱۸، ۱۳۹۲.

۳. سنهوری، عبدالرزاق، *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*، در اسسه مقارنه بالفقه العربی، بیروت: دار احیاء التراث العربی، جلد ۱، ۱۹۹۷، ص ۱۰۹؛ سنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، جلد ۱، قاهره: درالنهضة العربیه، ۱۹۷۰، ص ۱۰۳؛ محقق داماد، مصطفی، *نظریه شروط و التزامات*، چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۸۳؛ بیگدلی، عطاءالله، «تفاوت مبانی نظریه تعهدات در دو نظام رومی ژرمنی و فقه امامیه و آثار آن در حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، رساله دکتری دانشگاه امام صادق، تهران، ۱۳۹۲، ص ۴۶؛ یزدانیان، علیرضا، «مطالعه تطبیقی آثار تقسیم قراردادهای ناقله به عهدی و تملیکی در فقه حقوق ایران و فرانسه»، *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، ۱۳۹۷، شماره ۴۸، ص ۳۴۳؛ الشریف، مهدی، «از تملیک تا تعهد: تاملی بر تاثیر حقوق فرانسه بر تحلیل ماهیت اجاره در حقوق ایران (نقدی بر عهد انگاری اجاره اشیا)»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، سال اول، ۱۳۹۳، شماره ۲، ص ۳۰.

۴. قنوتی، جلیل، «نظریه تعهد یا نظریه تملیک»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۴، ۱۳۹۹، شماره ۹۳، صص ۲۴۶-۲۱۵.

۲. نظریه تملیک و شاخصه‌های آن

در همان مقاله ویژگی‌های نظریه عمومی تملیک (به‌عنوان گفتمان غالب و مورد پذیرش در فقه اسلامی) موارد ذیل دانسته شده‌است: ۱- تقسیم حکم به وضعی و تکلیفی؛ ۲- تلقی عقد، ضمانات قهری، جرم به‌عنوان منابع تملیک نه منابع تعهد؛ ۳- ابتدای ضمان قهری (حکم وضعی) بر تملیک و مالکیت ناشی از اتلاف، تسبیب، ضمان ید و استیفا؛ ۴- تقسیم مال به عین و دین که موضوع رابطه حقوقی هستند، نه خود رابطه حقوقی؛ ۵- تقسیم رابطه حقوقی به حق و ملک؛ ۶- پذیرش مفهوم ذمه برای تملیک و تملک غیراعیان^۱.

۳. تحلیل ماده ۱۴۰ قانون مدنی

ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران مبنای اصلی حقوق مدنی ایران را در زمینه عقود، ایقاعات و ضمان قهری مشخص کرده است. براساس این مقررۀ قراردادها، الزامات خارج از قرارداد و ایقاعات مانند شفعه و ارث اسباب ایجاد تملک محسوب و این اسباب موجب تملیک مال تلقی می‌شوند و نه اسباب ایجاد تعهد. بر همین مبنا ساختار قانون مدنی شکل گرفته است. این قانون که در سه جلد تنظیم شده است، جلد اول را به اموال اختصاص داده که حاوی سه کتاب است: کتاب اول در بیان اموال و مالکیت به‌طور کلی، کتاب دوم در اسباب تملک و کتاب سوم در مقررات مختلفه. در کتاب اول دو باب (در بیان انواع اموال، در حقوق مختلفه که برای اشخاص نسبت به اموال حاصل می‌شود: مالکیت، حق انتفاع و حق ارتفاق و در کتاب دوم چهار قسمت: در احیای اراضی موات و حیازت اشیای مباحه، در عقود و معاملات و الزامات، در اخذ به شفعه و وصایا و ارث) مورد بحث قرار داده است. در واقع در کتاب دوم عقود، ایقاعات و الزامات خارج از قرارداد را اسباب تملک دانسته است. این دیدگاه تملیکی که مبتنی بر فقه امامیه و معیار با نظریه تعهدات رومی ژرمنی است، آشکارا نظریه مالکیت را ارائه می‌کند. بنابراین، برخلاف نظر کسانی که دیدگاه قانون مدنی را مبتنی بر نظریه تعهدات تحلیل می‌کنند. این در حالی است که قانون مدنی فرانسه در ماده ۱۱۰۰ در راستای نظریه تعهدات، اعمال حقوقی، وقایع حقوقی و قانون را از اسباب ایجاد تعهد معرفی می‌کند. ماده ۱۱۰۱ سابق نیز اثر اصلی قرارداد را ایجاد تعهد می‌داند. همین امر با اندک تغییری در ماده ۱۱۰۱ اصلاح قانون مدنی ۲۰۱۶ مبتنی بر نظریه کلی تعهدات، قرارداد را از اسباب ایجاد تعهد می‌داند. ماده ۷۱۱ نیز بیان می‌کند مالکیت از طریق ارث، هبه یا وصیت و از طریق اثر تعهدات حاصل می‌شود. حتی در عقد بیع نیز که در نظام‌های حقوقی مهم‌ترین عقد ناقل مالکیت دانسته می‌شود، در ماده ۱۵۸۲ قانون مدنی فرانسه بیع عقدی عهدی تلقی شده است. هرچند با توجه به ماده ۱۵۸۳ بیع عین معین عقدی عهدی است که فوراً اجرا شده و مالکیت با انعقاد منتقل می‌شود. ماده ۱۱۹۶ پس از اصلاحات ۲۰۱۶ نیز هرچند تمایل مقنن فرانسوی را به سوی تملیکی دانستن عقود مانند بیع عین معین نشان می‌دهد، اما با وجود مقررات یادشده چنین تمایلی نمی‌تواند دلیل روشنی بر پذیرش این دیدگاه باشد^۲.

ضمان قهری در (قانون مدنی و قانون مجازات) و مسئولیت مدنی در (قانون مسئولیت مدنی)

قانون مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه تعهدات تنظیم و تدوین شده است^۳. بر همین اساس نظام مسئولیت مدنی در نظام تعهدات، اضرائی، قاعده‌گرا و تقصیری است. از این جهت اضرائی است که براساس ماده یک قانون مسئولیت مدنی: «هرکس

^۱ همان منبع.

^۲ این امر به‌ویژه با توجه به تقسیم عام عقود به دو تعهدی و یک تعهدی در ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی فرانسه بیشتر تأیید می‌شود.

^۳ قنواتی، جلیل، منبع پیشین.

بدون مجوز قانونی لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شد مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود است».

این ماده که همان قاعده مقرر در ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه قبل از اصلاحات ۲۰۱۶ را منعکس می‌کند و اکنون در ماده ۱۲۴۰ منعکس شده است، مبتنی بر نظریه کلی تعهدات وضع و تدوین شده است. در واقع، مسئولیت درجایی مطرح می‌شود که ضرری تقصیری به دیگری وارد شود تا به جبران خسارت آن زیان حکم شود. دو حکم کلی و دو قاعده از این مقرر استنتاج می‌شود: اولاً؛ هر ضرری باید جبران شود، ثانیاً؛ بدون ورود ضرر (هرچند به اتلاف نینجامد) مسئولیت مدنی مطرح نمی‌شود.

این وضعیت نشان می‌دهد که نظام مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه تعهدات بدون اینکه به منبع ضرر توجه داشته باشد بر خود ضرر تأکید می‌کند و از همین رو، می‌توان آن را نظامی قاعده‌گرا در مقابل نظام منبع‌گرا تحلیل کرد. قاعده‌گرایی به این معناست که به‌عنوان قاعده کلی هر ضرر تقصیری باید جبران شود.^۱

این در حالی است که در نظام منبع‌گرا آنچه مورد توجه است، منابع ضمان مانند اتلاف و تسبیب و ضمان ید است. بررسی منابع ضمان و ادله اتلاف و قاعده ید نشان می‌دهد که برای اثبات ضمان، عنصر تقصیر ضرورت ندارد و در ضمان ید صرف استیلا کافی است و تقصیر عنصر ضمان نیست.^۲ در اتلاف مباشری و تسبیبی نیز تقصیر عنصر تعیین‌کننده ضمان تلقی نمی‌شود و صرف استناد کفایت می‌کند.

حکم تکلیفی و وضعی در مسئولیت مدنی

با توجه به آنچه گفته شد، در نظام حقوقی منعکس در قانون مسئولیت مدنی، مسئولیت مدنی ضرورتاً دو مرحله‌ای است؛ در مرحله اول حکم به ممنوعیت ورود ضرر می‌شود. تخطی از هنجارهای جامعه و نادیده گرفتن نظم و تجاوز از قواعد آمره و عدول از موازین اخلاقی شناخته‌شده و ورود ضرر و زیان به دیگران از روشن‌ترین ممنوعیت‌های قانونی است. شهروندان مکلف به رعایت این قاعده مسلم هستند. بنابراین در مرحله اول در مقابل اضرار به غیر، حکم تکلیفی ممنوعیت اضرار وجود دارد.

اما در جامعه منظم امروزی صرف حکم تکلیفی ممنوعیت ورود ضرر کافی نیست و مقنن بر اساس نظریه عمومی تعهدات حکم تکلیفی دیگری را وضع و جعل می‌کند؛ حکم به وجوب و لزوم پرداخت خسارت. حکم دوم نیز از قبیل احکام تکلیفی است. نتیجه سخن آن است که در نظام مسئولیت مدنی جبران خسارت مبتنی بر دو حکم تکلیفی انجام می‌شود، بدون

^۱ بابایی، ایرج، کشاورز، اسماعیل، «مفهوم خطا و نقش آن در ساختار طبقه‌بندی مسئولیت مدنی: مقایسه حقوق رومی ژرمنی، کامن لا و اسلام»، دو فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۶، شماره ۷۹ و ۸۰.

^۲ نجفی جواهری، شیخ محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۳۷، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲، ص ۴۳۴؛ حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، جلد ۱، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۷، ص ۴۳۵؛ نباتی، مریم و سید عبدالمطلب احمدزاده، «جایگاه تقصیر در مسئولیت مدنی»، *مجله پژوهش‌های حقوق اسلامی*، ۱۳۸۹، شماره ۳۱.

اينكه حكم وضعي ضمان مورد توجه مقنن قرار گرفته باشد.

به تعبيري مي توان گفت نظام مسئوليت مدني نظام دو حكمي (تكليفي) است. حكم ممنوعيت و حرمت ورود ضرر و حكم وجوب و لزوم پرداخت خسارت. ماده يك قانون مسئوليت مدني اين ادعا را تأييد مي كند؛ با اين تحليل كه هر كس سبب صدمه و زيان به ديگري شود كه امري ممنوع و حرام است (حكم تكليفي اول)، بايد خسارت آن را بپردازد (حكم تكليفي دوم). بر اين اساس جبران همه زيان ها اعم از مادي و معنوي و حتي عدم النفع قابل توجه است؛ زيرا بر اين مبنا توجهي به تحقق يا عدم تحقق حكم وضعي ضمان نمي شود و صرفاً بر وجود دو حكم تكليفي تأكيد مي شود كه در همه زيان ها و ضررها مطرح مي شوند و براي زيان هاي معنوي و حيثيتي و عدم النفع نيازي به حكم وضعي ضمان نيست؛ زيرا به صرف نقض حكم تكليفي اول، حكم به جبران خسارت مي شود. در واقع رابطه عامل زيان و زيان ديده رابطه اي شخصي از نوع تعهد و التزام است نه رابطه اي عيني از نوع مالكييت بر مال كلي في الذمه.

حكم تكليفي و وضعي در ضمان قهري

درحالي كه نظام تعهدات، مسئوليت مدني را در دو مرحله تحليل مي كند و لزوم جبران خسارت و مسئوليت مدني را نتيجه مستقيم حكم ممنوعيت ضرر مي داند، نظام قانون مدني و قانون مجازات اسلامي با الهام از فقه اسلامي نظام ضمان قهري را عمدتاً سه مرحله اي و سه حكمي تحليل مي كند. مرحله اول حكم تكليفي حرمت و ممنوعيت ايراد ضرر به غير، براساس مباني و ادله خاص است: هيچ كس نبايد به ديگري ضرر وارد كند (حكم تكليفي)؛ مرحله دوم حكم وضعي ضمان است كه براساس ادله ضمان و اسباب و موجبات ضمان، حكم به اشتغال ذمه فاعل زيان در قبال زيان ديده مي شود؛ مرحله سوم نيز نتيجه منطقي مرحله دوم، يعني حكم به پرداخت دين ناشي از نقض تكليف است. بايد توجه داشت كه مرحله اول (حكم تكليفي) در فقه اسلامي مربوط به فعل مكلفان است و به طور طبيعي ضمانت اجراي آن را بايد در مقررات جزايي جست وجو كرد. با وجود اين، براساس آموزه هاي فقهی برخی مصاديق ضرر، علاوه بر حكم تكليفي و ضمانت اجراي جزايي، مي تواند موضوع حكم وضعي ضمان (مرحله دوم) قرار گيرند. موارد اضرائي كه مشمول ادله ضمان قهري و اتلاف قرار مي گيرند چنين اند. اصولاً از نظر تحليل حقوقی نمی توان بدون تصور حكم وضعي، حكم بر وجوب فراغ ذمه و پرداخت خسارت داد. بنا بر اين، بايد براساس ادله و قواعد ضمان، حكم ضمان را اثبات و سپس جبران خسارت را به عنوان نتيجه منطقي حكم ضمان مطرح كرد.

ويژگي هاي ضمان قهري در فقه اسلامي

برخلاف نظام مسئوليت مدني مبتني بر نظريه تعهدات، نظام ضمان قهري مورد پذيرش قانون مدني و قانون مجازات اسلامي، نظامي منبع گرا، اتلافي و انتسابي است. منبع گراست زيرا بدون وجود اسباب و منابع و موجبات ضمان حكم به ضمان نمي شود. تنها راه پذيرش ضمان و مشغول الذمه شدن، اثبات آن از طريق ادله و قواعد ضمان و پس از تحقق اسباب و موجبات ضمان است. موجباتي كه تعيين آنها صرفاً توسط قانون گذار اسلامي امكان دارد. اسباب و موجبات ضمان در فقه اسلامي عبارت اند از: اتلاف (اعم از اتلاف مباهري يا تسبيبي)، غصب، ضمان يد، غرور، تلف قبل از قبض، مقبوض به عقد فاسد، ضمان مأخوذ بالسوم، تعدی و تفریط و استيفا كه در واقع غرور و استيفا به اتلاف مباهري يا تسبيبي برمي گردند. غصب، ضمان مقبوض به عقد فاسد، ضمان مأخوذ بالسوم نيز در عنوان ضمان يد جمع مي شوند. بنا بر اين، مي توان مجموع

اسباب و موجبات ضمان را اتلاف و تلف و ضمان ید دانست. در نتیجه، حکم وضعی ضمان فقط در صورتی مطرح می‌شود که اسباب مذکور محقق شوند و بدون تحقق اتلاف و ضمان ید، ضمانی مورد حکم قرار نخواهد گرفت. فقیهان بر این امر اصرار دارند و فقط در صورت تحقق اتلاف و ضمان ید، مسئولیت و مشغول‌الذمه شدن فاعل زیان را می‌پذیرند و مواردی را که اقدام شخصی نسبت به دیگری اضراری است، اما مشمول عنوان اتلاف و ضمان ید نیست، حکم ضمان را نپذیرفته‌اند. تدوین‌کنندگان قانون مدنی ایران بر همین اساس، با آنکه در تدوین قانون مدنی توجه خاصی به مقررات قانون مدنی فرانسه داشته و به همین دلیل بسیاری از مقررات در بخش تعهدات به‌طور کلی را از آن قانون اقتباس کرده‌اند، بدون توجه به مقررات مندرج در قانون مدنی فرانسه از جمله مواد ۱۳۸۶ تا ۱۳۷۰، از دیدگاه فقه اسلامی پیروی کرده و از موجبات و اسباب ضمان سخن گفته‌اند؛ تدبیری که قانون مجازات اسلامی از جمله قانون مصوب ۱۳۹۲ نیز از آن تبعیت کرده است. بر این اساس هر اقدام اضراری ضمان‌آور نیست، بلکه اقداماتی که مصداقی از اسباب ضمان مندرج در ماده ۳۰۷ قانون مدنی باشند ضمانت‌آورند. در نتیجه، مواردی مانند عدم‌النفع، از کارافتادگی و زیان‌های معنوی به دلیل اینکه نه مشمول ادله ضمان‌اند و نه اتلاف درمورد آنها صادق است و نه ضمان ید و استیلا بر مال غیر، هرچند اضراری و زیان‌بارند، ضمان‌آور نیستند.

منبع‌گرایی در ضمان در فقه اسلامی

تأکید مشهور فقیهان بر این امر نشان از دیدگاه غالب در فقه امامیه دارد. به‌عنوان مثال صاحب‌الجاهل جوهر در تعبیری آورده است: «اگر سازنده‌ای را زندانی کند، تا زمانی که از آن بهره‌ای نبرد، ضامن دستمزد او نیست چه رسد به غیرسازنده، بدون اینکه اختلافی در این حکم وجود داشته باشد؛ بلکه در کتاب کفایه گفته شده است که فقیهان امامیه این نظر را قطعی می‌دانند، هرچند علامه حلی در تذکره الفقها واژه اقوی را به کار برده است که دلالت بر احتمال ضمان دارد؛ بلکه در مجمع‌البرهان این دیدگاه قوی ارزیابی شده است. دلیل این امر قاعده لا ضرر و ظالم بودن حبس‌کننده ذکر شده است. بنابراین حکم به ضمان به دلیل مذکور است نه به دلیل غصب که چنین اقتضایی ندارد... [این در حالی است که] تسبیب مذکور در عبارت او در صورتی مقتضی ضمان است که مال تلف شود؛ حال آنکه منفعت شخص آزاد معدوم است و تلف درمورد آن متصور نیست. همچنان که قاعده لا ضرر و مانند آن از جمله آیات مذکور اگر دلالتی بر ضمان داشته و فرض بحث را شامل شوند، فقه جدیدی را رقم خواهند زد؛ زیرا چنین دیدگاهی مفهومی این است که اگر کسی را از عملش منع کنی یا از انتفاع بردن از مالش جلوگیری نمایی، ضامن خواهی بود؛ حال آنکه این نظر را فقیهان عامه که فقهبانان بر قیاس و استحسان استوار است نمی‌پذیرند، چه رسد به امامیان که فقه آنها مبتنی بر قواعدی است که از سوی ائمه (ع) مقرر شده است. بنابراین حکم ضمان دلیلی ندارد و فقیهان شیعی نیز قطع دارند که شخص آزاد به‌گونه‌ای تحت ید قرار

۱. کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، سیزده جلد، جلد ۶، قم: مؤسسه آل‌البیت ع، ۱۴۱۴، صص ۱۲ و ۲۰۶؛ طباطبایی، سید علی بن محمد، ریاض المسائل، شانزده جلد، جلد ۸، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۱۶، صص ۳۲۶؛ اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چهارده جلد، جلد ۱۰، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳، صص ۲۸۴ و ۴۹۵؛ حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، چهارده جلد، جلد ۱۳، قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶، صص ۳۵۶؛ سبزواری، سید عبد‌الاعلی، مهذب الأحكام، سی جلد، جلد ۲۰، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳، صص ۲۹۰؛ عاملی، سید محمدجواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة للفقیه، هجده جلد، جلد ۱۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۹، صص ۷.

نمی‌گیرد که منافع او همراه وی همانند مالش ولو از نظر شرعی تحت ید تلقی شوند، بلکه منافع او همانند لباسی که بر تن دارد در اختیار خود اوست و از این رو منافعی که به دلیل اصالت عدم ضمان تحت ضمان قرار نمی‌گیرد؛ هرچند به او ظلم شده و حبس‌کننده گناه‌کار است.^۱

بر همین مبنا و با توجه به همین استدلال است که در قوانین پس از انقلاب عدم‌النفع به‌عنوان امری خلاف موازین شرعی از قوانین حذف یا بی‌اثر گردید و در مواردی به‌صراحت عدم‌النفع سبب ضمان شناخته نشده است. قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۱۸ در ماده ۷۲۸ تفویض منفعت را از اقسام ضمان تلقی می‌کرد. اما در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ به‌صراحت خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه دانسته نشد. همین حکم در ماده ۲۶۷ این قانون اعلام شده است. شورای نگهبان نیز بر همین اساس پیشنهاد ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری را اصلاح کرد.^۲

منابع ضمان و نظریه تملیک

چنان‌که گفته شد اسباب انحصاری ضمان قهری براساس دیدگاه مشهور فقیهان عبارت‌اند از: اتلاف (اعم از اتلاف مباشری یا تسبیبی)، غصب، ضمان ید، غرور، تلف قبل از قبض، مقبوض به عقد فاسد، ضمان مأخوذ بالسوم، تعدی و تفریط و استیفا. موجبات و اسباب مزبور در قلمرو مالکیت و تملیک تحلیل می‌شوند و دلیل اصلی تمایز مسئولیت مدنی در نظریه تعهدات و ضمان قهری در نظریه تملیک همین ویژگی اساسی است که اسباب انحصاری ضمان قهری همانند عقود تملیکی هستند که بر مبنای نظریه مالکیت تحلیل می‌شوند.

در فقه اسلامی مالکیت ماهیتی اعتباری است که به علاقه یا اضافه بین مالک و مملوک تعریف می‌شود.^۳ به‌همین دلیل، ایجاد و زوال ملکیت به‌واسطه سببی است که عقلا و شارع بیان می‌کنند. در واقع ایجاد و اسقاط مالکیت به دلیل خاصی از سوی معتبر و به تعبیری به سبب شرعی و قانونی نیازمند است.^۴ به دیگر سخن، همان‌گونه که ایجاد ملکیت نیازمند دلیل قانونی است، اسقاط آن نیز به دلیل عقلایی و شرعی نیازمند است. این وضعیت یا با از بین رفتن مالک ایجاد می‌شود (ارث) یا با از بین رفتن مال (ضمان قهری).

البته برخی فقیهان همه اسباب ملکیت را به سبب واحدی برمی‌گردانند و معتقدند سبب اصلی ملکیت حیات است و سایر اسباب مذکور در آثار فقیهان و حقوق‌دانان در طول آن سبب اصلی هستند. شهید صدر با الگوگیری از محقق نائینی و محقق ایروانی این دیدگاه را مطرح کرده است. به اعتقاد او سبب اصلی و اساسی ملکیت انسان نسبت به اموال خارجی، حیات است و سایر اسباب ملکیت، اسباب ثانوی ناشی از سبب اول‌اند و این اسباب در طول آن سبب اصلی و نه در عرض آن به شمار می‌روند. او بر این باور است که عقلا حیات را از چهار جنبه توسعه داده‌اند: توسعه در حائز (مانند ارث)، توسعه در محاز (مانند نمائات)، توسعه در توارد حیات (مانند عقود) و توسعه در ضمان غرامت؛ والا همه این اسباب

۱. نجفی، منبع پیشین، ص ۳۹؛ حسینی مراغی، منبع پیشین، جلد ۲، ص ۴۳۸؛ رشتی، میرزا حبیب‌الله، کتاب الغصب، قم: بی‌تا، ص ۲۱.

۲. مقررات دیگری وجود دارد که دیدگاه نظام حقوقی ایران را نسبت به موضوع عدم‌النفع بیشتر آشکار می‌سازد و در برخی موارد به نحوی جبران عدم‌النفع را پذیرفته است: ماده ۱۳۳ قانون تجارت، ماده ۱۸ قانون کار، ماده ۵۳۶ قانون مدنی، ماده ۴۹ قانون ثبت علائم و اختراعات، ماده ۵ قانون مسئولیت مدنی، ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی، ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری.

۳. انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، جلد ۴، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹، ق، ص ۶۳؛ نیز ر. ک به: قنواتی جلیل، جاور، حسین، جعفری هرندی، مهشید، «بررسی دیدگاه محقق اصفهانی، درباره مالکیت، حق و حکم»، مجله مطالعات اسلامی فقه و اصول، ۱۳۹۲، شماره ۹۲.

۴. انصاری، همان منبع، ج ۵، ص ۳۴۰.

چهارگانه عقلایی به سبب واحدی که حیات است برمی گردند.^۱ این سخن را پیش از شهید صدر به نحوی محقق ابروانی نیز مطرح کرده است.^۲

با توجه به آنچه گذشت، براساس نظریه مشهور، ضمان قهری مانند عقد و ارث از جمله اسباب ایجاد مالکیت است. اصطلاح ضمان متناسب با همین دیدگاه استفاده شده و در واقع با از بین رفتن یک طرف یا از بین رفتن مال، رابطه مالکیت بدون مستند و دلیل شرعی و عقلایی برای دیگری ایجاد نمی شود؛ بلکه ایجاد مالکیت که امری اعتباری است نیازمند دلیل خاص از سوی معتبر است. از جمله این اسباب مقرر از سوی معتبر (شارع و عقلا) موجبات ضمان قهری اند. به دیگر سخن، در موارد ضمان ید و اتلاف (موجبات اصلی ضمان)، مال اعتباری، جایگزین مال زیان دیده و در زمره اموال قرار می گیرد. این موجود اعتباری دقیقاً چیزی است که بر ذمه فاعل زیان قرار گرفته و در واقع زیان دیده آن را تملک کرده است.^۳

در قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی ضمان قهری مبتنی بر وجود حکم وضعی ضمان بر ذمه فاعل زیان و مالکیت زیان دیده نسبت به دین مستقر در ذمه فاعل آن و اشتغال ذمه فاعل زیان تحلیل و توجیه می شود. تعهد و التزام به پرداخت و تأدیه مال در ذمه که محقق ملکیت زیان دیده است، امری ثانوی و فرعی است. در حقیقت حکم وضعی اصیل است نه متفرع بر حکم تکلیفی. برخلاف نظریه مسئولیت مدنی در نظریه عمومی تعهدات که حکم تکلیفی اصالت دارد و حکم تکلیفی الزام به پرداخت خسارت محور اساسی مسئولیت مدنی تلقی می شود.

یکی از فقیهان در تحلیل اصیل بودن حکم وضعی در ضمان ید می گوید: استناد به واژه «علی» برای طرح ادعای ظهور در حکم تکلیفی وجوب رد عین و عدم دلالت بر ضمان، ضعیف است؛ زیرا ظهور «علی» در حکم تکلیفی در جایی است که این حرف به اعمال نسبت داده شود نه اموال؛ اما در صورتی که به مال (عین یا دین) نسبت داده شود، مانند آنکه گفته شود «علیه دین» این تعبیر صرفاً مبین استقرار مال در عهده شخص است (که حکمی وضعی است).^۴

این دیدگاه را محقق اصفهانی به تعبیر دیگری تأیید کرده و می گوید: «بهتر از دیدگاه قبل این است که گفته شود منظور از ضمان فعلی، عهده است و به مجرد وضع ید و تصرف بر مال، در عهده متصرف داخل می شود. بنابراین مفاد روایت علی الید آن است که آن مال بر عهده متصرف است که البته عهده آثار تکلیفی و وضعی دارد.»^۵

محقق بحرالعلوم در *بلغه الفقیه* در تعبیر واضح تری این دیدگاه را چنین تبیین می کند: «ید و سایر اسباب ضمان سبب می شوند که عین در عهده متصرف داخل شده و مفهوم این سخن وجود رد به طور مطلق است... این نوع تعهد مطلق همان ضمان عهده است و به محض اینکه مالی مورد استیلا و تصرف قرار می گیرد می گویند آن عین مضمونه است و در عهده متصرف است... در حقیقت، عهده وضعیتی است که برای شخص در اثر تصرف در عین متعلق

۱. ابروانی، میرزاعلی، *حاشیه المکاسب*، جلد ۲، تهران: انتشارات کیا، ۱۳۸۴، ص ۷۲؛ صدر، محمدباقر، *محاضرات تاسیسیه*، قم: دار الصدر، ۱۴۳۱ ق، ص ۱۹۶؛ غفوری شیخ خالد، «نظریه التوسع العقلایی فی الحیازه عند الشهید محمدباقر الصدر، تحلیل و نقد»، *مجله الاستنباط، العدد الاول، السنه الاولی*، ۱۴۳۹ ق، ص ۸۳.

۲. ابروانی، میرزاعلی، منبع پیشین.

۳. محقق اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه المکاسب*، جلد ۱، قم: دارالاحیاء التراث، ۱۴۱۹ ق، صص ۳۰۲ و جلد ۴، ص ۳۱۷ و جلد ۵، ص ۲۸۸؛ بحر العلوم، سید محمد، *بلغه الفقیه*، جلد ۲، تهران: مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ ق، ص ۴۴۸؛ محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق، ص ۶۶.

۴. انصاری، منبع پیشین، جلد ۳، ص ۱۸۱.

۵. اصفهانی، منبع پیشین؛ محقق داماد، منبع پیشین، ص ۳۰۲.

به غیر ایجاد شود.^۱»

نظریه تملیک در ضمان قهری در فقه اسلامی

یکی از حقوق دانان فقیه با تحلیل این دیدگاه فقیهان در این زمینه می گوید: «... به موجب این حدیث وقتی انسان چیزی را می گیرد و یا به تعبیر دیگر بر مالی استیلا می یابد آن چیز به عهده او قرار می گیرد و چون عهده به معنای ذمه است و عین خارجی نمی تواند در ذمه قرار بگیرد، پس وجود اعتباری آن چیز مورد نظر است که در ذمه قرار می گیرد. بعد از آنکه در ذمه قرار گرفت، فرد مشغول الذمه باید از عهده آن برآید و افرام ذمه کند بر آمدن عهده و افرام ذمه در فرض وجود مال به پرداخت عین آن است که باید به شکل سالم به صاحبش برگردد و اگر تلف بشود یا به جهتی برگرداندن عین ممکن نباشد برآمدن از عهده و براءت ذمه با پرداخت مثل یا قیمت چیزی است که تحت استیلا قرار گرفته نه عمل بازگرداندن که صرفاً یک حکم تکلیفی است و به عبارت دیگر وقتی کسی مال را اخذ می کند وجود اعتباری آن مال در ذمه قرار می گیرد و به اصطلاح ذمه اش مشغول می شود و باید از این اشتغال ذمه بری گردد. پس تا وقتی که عین موجود است باید مسترد شود و اگر تلف شود مثل یا قیمت آن باید پرداخت گردد. در عرف نیز مشاهده می شود که از ضمان ید مفهوم اخیر استنباط می شود و به صرف تلف مال ذمه آخذ بری نمی شود، بلکه باید مثل یا قیمت مال تالف بپردازد.^۲»

نتیجه روشن دیدگاه های بالا این است که در عهده (به تعبیر شیخ انصاری و محقق اصفهانی و صاحب بلغه الفقیه و سایرین) نیز مانند ذمه، حکم وضعی ملکیت برای ذی نفع وجود دارد؛ هر چند در مورد عهده، چون ملکیت عینی که در دست متصرف قرار دارد به مالک عین تعلق دارد فرض ملکیت جدیدی برای وی معنا ندارد و ملکیت او همان سلطه و توانایی استرداد عین متعلق به خود اوست، در حالی که مالکیت فی الذمه مدیون عبارت است از مالکیت و سلطه اعتباری داین بر اموال مدیون^۳ یا به تعبیر دیگر، وجود اعتباری شیء تحت استیلا در ذمه مستولی قرار می گیرد و مالک مال نسبت به این موجود اعتباری مالکیت دارد.^۴

تحلیل بالا در مورد نظریه تملیک در ضمان ید، به طور بسیار واضح تری در مورد اتلاف مطرح می شود. با تلف کردن مال، ذمه فاعل زیان نسبت به زیان دیده مشغول می شود و زیان دیده مالک مثل یا قیمت در ذمه فاعل زیان می شود و پس از آن تعهد به تأدیه مطرح می شود. در واقع بعد از ترتب حکم وضعی ضمان و مالکیت در ذمه، حکم تکلیفی الزام به پرداخت مال مطرح می شود.

با این تحلیل، معلوم می شود ضمان قهری در فقه اسلامی، قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی صرفاً بر مبنای نظریه تملیک قابل توجیه است و مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه تعهدات که در قانون مسئولیت مدنی سال ۳۹ مطرح شده است در مغایرت مبنایی، رویکردی و حکمی با قوانین مدنی و مجازات و فقه اسلامی است.

در سایر اسباب ضمان قهری یعنی استیفا، غرور، تلف مبیع قبل از قبض، مقبوض به عقد فاسد، ضمان مأخوذ بالسوم، تعدی و تفریط و نحوه تحلیل آن در قلمرو نظریه تملیک، چنانکه پیش از اینکه گفته شد استیفا و غرور به نحوی به

^۱ . بحر العلوم، منبع پیشین.

^۲ . محقق داماد، منبع پیشین، ص ۶۶؛ موسوی بجنوردی، سید حسن، *القواعد الفقهیه*، جلد ۱، قم: نشر الهادی، ۱۳۷۷، ص ۱۷۸؛ مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، جلد ۴، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۷۰، ص ۲۳۷.

^۳ . نعمت الهی، اسماعیل، «ذمه و عهده در فقه شیعه»، *مجله مطالعات اسلامی فقه و اصول*، ۱۳۹۱، شماره ۹۰، ص ۱۶۳.

^۴ . محقق داماد، منبع پیشین، ص ۶۶؛ بجنوردی، منبع پیشین، ص ۱۷۸.

اتلاف تسبیبی برمی‌گردند؛ ضمان مقبوض به عقد فاسد و ضمان مأخوذ بالسوم نیز به ضمان ید راجع هستند و با توجه تحلیل ضمان ید و اتلاف در چارچوب نظریه تملیک، سایر اسباب ضمان نیز در قالب این نظریه تحلیل می‌شوند.

وحدت مبنا

با توجه به شمول نظریه تملیک، هم نسبت به ضمانات قهری و هم ضمان قراردادی، بر همین اساس، مبنای ضمان در هر دو وضعیت، دارای وحدت خواهد بود. توضیح آنکه، بررسی رابطه مسئولیت قراردادی و مسئولیت مدنی در نظام حقوقی رومی ژرمنی پیشینه‌ای طولانی دارد. حقوق دانان ایرانی نیز با تأسی از حقوق دانان غربی این موضوع را مورد بررسی قرار داده‌اند. دیدگاه تفکیک مبنای که در حقوق اولیه فرانسه دیدگاه غالب بوده و در قانون مدنی فرانسه در مقررات ۱۱۴۵-۱۱۴۲ منعکس شده است، در دوره‌های بعدی مورد مخالفت برخی حقوق دانان قرار گرفته است. با وجود این، به نظر می‌رسد قانون مدنی پس از اصلاحات سال ۲۰۱۶ نیز در مواد ۱۲۱۷ و ۱۲۲۱ و ۱۲۳۱ آن دیدگاه را انکار نکرده است و مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی را جداگانه مورد بررسی قرار داده است.

در حقوق ایران، ماده ۲۲۱ قانون مدنی با اقتباس از ماده ۱۱۴۲ قانون مدنی قبل از اصلاحات فرانسه تخلف از انجام تعهد را، موجب پرداخت خسارت می‌داند هر چند در ذیل ماده مقرر شده است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد. ماده ۲۲۱ با توجه به این ذیل، از قانون مدنی فرانسه و نظریه تعهدات فاصله گرفته و به این وسیله دیدگاه قانون مدنی را به نحوی به فقه امامیه نزدیک کرده است.

بنابراین برخلاف برخی دیدگاه‌ها^۱ که قانون مدنی ایران را نیز مانند قانون مدنی فرانسه براساس نظریه تفکیک مبنای مسئولیت قراردادی و قهری تحلیل می‌کنند، به نظر می‌رسد با توجه به دیدگاه فقه اسلامی که به نحوی ذیل ماده ۲۲۱ قانون مدنی منعکس شده، وحدت مبنای مسئولیت قابل فهم است. در فقه امامیه چه در مسئولیت قراردادی و چه نقض تکالیف غیر قراردادی، خسارت ناشی از نقض در صورتی مورد حکم قرار می‌گیرد که یا مالی از بین رفته و استیلائی غیرمجاز بر مال دیگری محقق شود یا شرط ضمان و مسئولیت در مواردی شود که ممنوعیت قانونی و شرعی ندارد.

به تعبیر دیگر، در روابط اشخاص با یکدیگر اصل بر ضمان قهری است و از این اصل فقط در صورت وجود قرارداد صحیح و شرط معتبر قانونی و شرعی می‌توان خارج شد. این ادعا را می‌توان در تعبیر محقق نائینی، امام خمینی و گروهی دیگر از فقیهان جست‌وجو کرد^۲. صرف نقض قرارداد در صورتی که مالی از بین نرفته و استیلائی غیرمشروعی به وجود نیامده، ضمانت‌آور نیست، همچنان که صرف نقض قرارداد بدون اتلاف، مصداق عدم‌النفع است که بر مبنای دیدگاه فقیهان ضمانتی برای ناقض ایجاد نمی‌کند.

در حقیقت مبنای ضمان، چه در موارد نقض قرارداد و چه در موارد نقض تعهدات قانونی، این است که آیا قواعد و ادله ضمان قهری چنین موارد نقضی را می‌پوشاند یا شامل آنها نیست و این سخن مفهومی غیر از وحدت مبنای مسئولیت و ضمان ندارد.

بدیهی است دلیل این امر ابتدای ضمانت قراردادی و قهری بر نظریه مالکیت است. در هر موردی که اقدام ضمان آور به

۱. وحدتی شبیری، سید حسن، «ضمان ناشی از خسارت عدم النفع در نظریه فقهی وحید بهبهانی»، مجله فقه و مباحث حقوق اسلامی، سال ۴۹، ۱۳۹۵، شماره ۲، ص ۳۴۴.

۲. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «اصالت ضمان قهری و تقدم آن بر مسئولیت قراردادی در فقه امامیه»، مجله حقوق اسلامی، ۱۳۹۵، شماره ۵۱، ص ۱۰۳.

مالکیت صاحب مال خدشه وارد کند، فاعل زیان در قبال زیان دیده مدیون و مشغول الذمه شده و ذمه او تحت مالکیت زیان دیده قرار خواهد گرفت. این وضعیت در صورت نقض قرارداد یا نقض تکالیف قانونی در مواردی که قواعد ضمان قهری اجرا نمی‌شوند و حکم وضعی ضمان مترتب نشده و ذمه فاعل زیان در مقابل زیان دیده مشغول نمی‌شود، صادق نخواهد بود.

راه‌حل‌های جبران زیان در موارد غیرمشمول

با توجه به مطالب بالا این پرسش مطرح می‌شود که آیا در فقه اسلامی که گفتمان تملیک مبنای مورد پذیرش مشهور فقیهان است، راه‌حل مناسبی برای حکم به جبران در موارد عدم النفع، زیان‌های معنوی، زیان‌های از کارافتادگی، زیان‌های ناشی از دست رفتن فرصت‌ها وجود دارد؟ گروهی از فقیهان با استفاده از شیوه‌هایی مانند تعمیم مفهوم ضرر و استناد به نهاد تعزیر مدنی و بنای عقلا به این پرسش پاسخ داده‌اند.

۱۲.۱. تعمیم مفهوم ضرر

گفته شد مشهور فقیهان امامیه حکم به ضمان را منوط به شمول ادله ضمان می‌دانند و در صورت عدم صدق اطلاق و ضمان ید و قصور دلالت ادله ضمان در موردی، حکم به ضمان را خلاف موازین شرعی تلقی می‌کنند. بنابراین مشهور فقیهان قاعده لاضرر را در قلمرو حکم تکلیفی تحلیل می‌کنند و حکم وضعی را از لاضرر استنباط نمی‌کنند. به تعبیر دیگر لاضرر از جمله اسباب و منابع ضمان^۱ تلقی نمی‌شود.^۲

با وجود این، برخی فقیهان تلاش کرده‌اند تا با ارائه راه‌حل‌هایی حکم ضمان را از قاعده لاضرر استنباط کنند. فاضل تونی با ارائه راه‌حل «نهی ضرر غیرمتدارک در شریعت» این هدف را دنبال کرده است. به عقیده او از شرایط استناد به اصل برائت ذمه، استدلال به قاعده لاضرر است. او می‌گوید با توجه به اینکه ضررهای خارجی واقع می‌شوند، منظور از ضرر در قاعده لاضرر این نیست که ضرری واقع نمی‌شود، بلکه منظور این است که ضرر بدون جبران وجود ندارد.^۳

برخی نیز تلاش کرده‌اند با طرح دلالت نفی بر نهی، دلالت بر منع و تحریم ورود ضرر را استنباط کنند و بگویند صرف حکم به حرمت اضرار کافی نیست و باید به دنبال ارائه طریقی برای رفع ضرر باشیم. اگر ضرری جبران داشته باشد، دیگر ضرر نخواهد بود. در واقع به مقتضای دلیل لاضرر، در جایی که ضرر واقع شود، رافع ضرر وجود دارد و این امر سبب می‌شود که ضرر صدق نکند و در واقع ضرر رفع شود.^۴

دیدگاه دیگری که مستند به قاعده لاضرر اثبات ضمان (حکم وضعی) می‌کند، تسری لاضرر به احکام عدمی است؛ به این معنا که لاضرر همان‌گونه که احکام وجودی را در برمی‌گیرد و ضرر ناشی از حکم شرعی را نفی می‌کند، اگر به دلیل عدم حکم نیز ضرری وارد شود، مثلاً اگر در موردی به دلیل عدم حکم به ضمان، دیگری متضرر شود، با توجه به اینکه قاعده لاضرر حکم عدم ضمان را نفی می‌کند، حکم به ضمان فاعل زیان می‌شود. در حقیقت از نفی عدم حکم به ضمان، وجود ضمان استنباط می‌شود.^۵

^۱ . حسینی مراغی، منبع پیشین، جلد ۱، ص ۳۱۷.

^۲ صاحب عنوان در تعبیری می‌گوید: «...من هذا يظهر فساد ما ارتكبه بعضهم من الحكم بضمان الضار و المتلف بحديث نفى الضرر، فإن عدم كون ما ارتكبه شرعياً لا يدل على الضمان و لا على الجبران مطلقاً...»

^۳ تونی، فاضل، *الواقفه فی الاصول الفقهیه*، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۲، ص ۱۹۳.

^۴ حسینی مراغی، منبع پیشین، ج ۱، ص ۳۱۱.

^۵ مکارم شیرازی، منبع پیشین، جلد ۱، ص ۸۰؛ حیدری، سید کمال، *لاضرر ولا ضرار*، موسسه الامام الجواد، بی‌تا، ص ۲۹۵.

۱۲.۲. تعزیر مدنی

در فقه اسلامی مجازات به مجازات حدی، مجازات مستلزم قصاص و دیه و مجازات تعزیری تقسیم شده است. قانون مجازات اسلامی نیز با توجه به فقه اسلامی در ماده ۱۴ و ۲۰، دیدگاه فقیهانی که مجازات تعزیری را صرفاً زدن تازیانه دانسته‌اند، نپذیرفته است؛^۱ هر چند تازیانه می‌تواند مصداقی از مصادیق مجازات تعزیری باشد.^۲

از همه این تعاریف واژه‌شناسان و فقیهان در تبیین تعزیر، این اصل استفاده می‌شود که تعزیر، چه تعزیر مدنی چه تعزیر کیفری، در صورتی مطرح می‌شود که شخص از روی عمد و به قصد ارتکاب عملی حرام یا ترک واجب، مرتکب فعل یا ترک فعلی شده است. نتیجه این سخن آن است که تعزیر صرفاً در مواردی جریان دارد که عمل شخص از روی عمد و قصد باشد و خطای غیر عمدی قابل تعزیر نیست. تعابیر التعزیر لکل محرم یا التعزیر فی کل معصیه یا التعزیر لکل قبیح این ادعا را اثبات می‌کند.^۳

با توجه به این نکات چه در قلمرو قراردادهای و چه ضمان قهری در برخی وضعیت‌ها، استناد به اصل تعزیر قابل توجیه است؛ اما در مواردی که انجام عملی از روی عمد و قصد نباشد و با وجود این، منتهی به ورود خسارت و زیان به دیگری شود، نمی‌توان به نهاد تعزیر استناد کرد.

بنا بر آنچه گفته شد، آنچه در حقوق مسئولیت مدنی در قوانین جدید بدون ایتنا بر اتلاف و تسبیب و ضمان ید، قابل جبران تلقی شده است، در فقه اسلامی، در موارد متعددی، بر مبنای اصل کلی تعزیر قابلیت جبران پیدا می‌کند. بدیهی است دامنه این اصل تا جایی است که فاعل زیان در زیان‌های غیر اتلافی و غیر تسبیبی، عمد و قصد داشته است.

بنابراین جبران زیان در خسارات معنوی، زیان‌های مازاد بر دیه، زیان‌های ناشی از دست رفتن فرصت و کارافتادگی و مانند آنکه بر مبنای قاعده اتلاف بالمباشره و اتلاف بالتسبیب و ضمان ید قابل اثبات نیست، در موارد عمد و قصد بر مبنای تعزیر قابلیت توجیه پیدا می‌کند. بدیهی است حاکم در ارزیابی زیان بر مبنای تعزیر مدنی همه اوضاع و احوال از جمله وضعیت زیان‌دیده را مورد نظر قرار خواهد داد.

از جمله قوانینی که حکم به جبران زیان‌های وارده را علی‌رغم عدم جریان ادله اتلاف و تسبیب و ضمان ید پذیرفته است، ماده ۵ قانون تشدید مجازات اسیدپاشی^۴ و حمایت از بزه‌دیدگان ناشی از آن است که زیان‌های مازاد بر دیه و زیان‌های معنوی را بر مبنای تعزیر به نحوی قابل جبران دانسته است.

ملاحظه می‌شود درحالی‌که شورای نگهبان در ماده ۱۴، ق.آ.د.ک با اضافه کردن واژه اتلاف به نحوی مشکل فقهی را مرتفع کرده است، در این قانون به‌ناچار بر مبنای تعزیر، پرداخت هزینه‌های درمان مازاد بر دیه و برخی خسارت‌های معنوی را علی‌رغم نپذیرفتن آن در ماده ۱۴ ق.آ.د.ک در قانون تشدید مجازات اسیدپاشی مورد تأیید قرار داده است. باید توجه داشت که حکم به پرداخت هزینه‌های مازاد درمان در این قانون و برخی زیان‌های معنوی به معنای پذیرش

۱. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، *التعزیر احکامه و حدوده*، قم: دفتر آیت‌الله صافی گلپایگانی، بی تا، ص ۶۰.

۲. محقق داماد، سید مصطفی و هانی حاجیان، «نظریه عمومی تعزیر»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، ۱۳۹۹، شماره ۱۱۴، ص ۱۹۳.

۳. ابن منظور، محمد بن کرم، *لسان العرب*، جلد ۴، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۰ ق، ص ۵۶۲؛ طوسی، محمدین حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، جلد ۸، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷، ص ۴۷۱؛ حلبی، ابوالصلاح، *الکافی*، اصفهان: مکتبه الامام امیر المومنین، ۱۴۰۳ ق، ص ۴۱۶؛ حلبی، ابن ادريس، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی*، جلد ۳، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق، ص ۵۳۶.

۴. رجوع کنید به اظهار نظر مجمع مشورته حقوقی شورای نگهبان در خصوص ماده ۵ یادشده.

ضامن بودن شخص فاعل زیان و ترتب حکم وضعی ضمان نیست، بلکه صرفاً به دلیل انجام دادن فعل حرام و نقض حکم تکلیفی حرمت اضرار و از باب تعزیر توجیه می‌شود. به‌طور طبیعی در صورتی که شخص فاعل زیان متمکن از پرداخت این هزینه‌ها نباشد، دولت از این جهت که بیت‌المال معد برای مصالح شهروندان خویش است این مبلغ را می‌پردازد، اما دولت می‌تواند برای دریافت هزینه‌های پرداخت‌شده به مرتکب رجوع کند.

۱۲.۳. بنای عقلا

به اعتقاد برخی فقیهان، سیره عقلا و روش خردمندان دلیل مشروعیت معاملات و قراردادهای متداول بین مردم نیز محسوب می‌شود. بناهای عقلایی هم در تفسیر ادله و هم به‌عنوان مستند مورد توجه فقیهان قرار گرفته است. در محل بحث نیز ممکن است از جمله مستندات حکم به ضمان در مواردی که ادله اتلاف و تسبیب و ضمان ید قابل اجرا نیست، بنای عقلا را به‌عنوان دلیل و مستند ضمان در مورد عدم‌النفع، زیان‌های مازاد بر دیه، زیان فرصت‌های ازدست‌رفته، زیان‌های معنوی و مانند آن مطرح کرد.

این ادعا را می‌توان با مراجعه به مقررات مسئولیت مدنی در سایر کشورها ملاحظه کرد. در قوانین کشورهای مختلف براساس اصل جبران کامل زیان توسط فاعل زیان، وی ضامن جبران‌های زیان‌های وارده است. بنابراین صرف‌نظر از مبنای مورد قبول در اعتبار بنای عقلایی (نظریه تأیید توسط شارع، نظریه احراز عدم یا نظریه عدم احراز ردع)، بررسی قوانین سایر کشورها و ملاحظه روش خردمندان در عالم در برخورد با فاعل زیان نشان می‌دهد، بنای عقلا می‌تواند به‌عنوان مستند حکم به ضمان مورد پذیرش قرار گیرد.

بر همین مناسبت که برخی فقیهان به‌درستی در فرض منع مالک در مال خودش بدون اثبات ید غاصب می‌گویند: «و در مثل منع مالک از امساک دابه خود یا قعود بر بساط خود تا واقعیت تلف عین بدون اثبات ید از متعدی بر مال غیر یا منع مالک از بیع منافع خود تا زمان نقصان قیمت، عدم غصب و عدم ضمان منسوب به مشهور است. در محکی مسالک ضمان موافق ارتکاز در عرف عام و عرف متشرعه است و الغای خصوصیت در دلیل غصب مؤید آن است و قاعده ضرر موافق تحریم و تضمین است.»^۱

این دیدگاه نشان می‌دهد که قانون‌گذار اسلامی در قلمرو ضمانات شیوه‌های خردمندانه و بنای عقلایی را تأیید کرده یا از آن ردعی نکرده است. این ادعا در تعبیر دیگری به صراحت ملاحظه می‌شود. «فضمان المنافع غیر المستوفاه - بدون وقوعها تحت‌الید ولو بتبع العین هو بناء العقلاء علی ذلك مع عدم صدور ردع عن قبل الشارع، وتقريبه أن فی أبواب الضمانات غالباً امضى الشارع الطرق العرفية وهذا دلیل قطعی علی ان تفويت المنافع علی شخص موجب للضمان وان كانت تلك المنافع غیر مستوفاه، وحيث أن الشارع لم يردع عن هذه الطريقة العقلانية^۲ فعدم الردع دلیل علی إضائها.»^۳ بدیهی است دلیل لبی بنای عقلا را باید در جایی به‌عنوان مستند پذیرفت که تردیدی در وجود نکته عقلایی وجود نداشته باشد.

۱. بهجت، محمدتقی، *جامع المسائل*، جلد ۴، چاپ دوم، قم: نشر دفتر آیه الله بهجت، ۱۳۸۴، ص ۵۷۸.

۲. بجنوردی، منبع پیشین، جلد ۴، ص ۱۸۴.

۳. محقق خویی در مورد حبس حر دلیل ضمان را سیره قطعی عقلایی می‌داند (خویی، *مصباح الفقاهه*، جلد ۲، ص ۳۶) همین دیدگاه را امام خمینی در کتاب *البیع* تأیید می‌کند: *البیع*، جلد ۱، ص ۳۸: «... فان الظاهر ان حبس الحر الكسوب موجب للضمان لدى العقلاء بخلاف غيره... و الظاهر عدم تعبد فی المقام من قبل الشارع غیر ما لدى العقلاء فتدبر.»

۱۲.۴. عزیمت از منبع گرای به سوی قاعده‌گرایی

چنان‌که پیش‌ازین گفته شد، برخلاف نظریه مسئولیت مدنی در حقوق غربی که هرگونه اضرار و ورود زیان را بدون توجه به حکم وضعی ضمان، موجب مسئولیت و جبران خسارت می‌داند، در فقه اسلامی حکم به ضمان در صورتی قابل‌توجه است که براساس ادله اتلاف و تسبیب و ضمان ید قابل‌اثبات باشد و ضرر و اضرار و نادیده گرفتن حکم تکلیفی حرمت ورود ضرر به دیگری، موجب ضمان فاعل زیان نخواهد بود. باوجوداین، برخی فقیهان از این حکم مشهور در فقه امامیه عدول کرده‌اند و اضرار را به‌عنوان دلیل مستقلی در عرض قاعده اتلاف، تسبیب و ضمان ید موجب ضمان می‌دانند.^۱ وی می‌گوید: «براساس این نظریه هرگونه ضرری موجب ضمان می‌شود. در حقیقت نقض حکم تکلیفی حرمت ورود ضرر موجب حکم ضمان خواهد شد و برای اثبات ضمان لزوماً استناد به ادله اتلاف و تسبیب و ضمان ید ضرورت ندارد. این دیدگاه می‌تواند نظریه‌ای باشد که براساس قاعده کلی صرف ورود ضرر فاعل آن را ملزم به جبران زیان می‌کند.» (دیدگاهی مشابه با ماده ۱۳۸۲ قدیم و ۱۲۴۰ جدید قانون مدنی فرانسه).

۱۲.۵. قاعده ظلم

هرچند مشهور فقیهان بر اساس مبانی استنباط خود نتوانستند قاعده ظلم را به‌عنوان مستندی برای حکم ضمان مطرح کنند، اما برخی فقیهان به استناد قبح ظلم، ظالم را ضامن زیان ناشی از عدم‌النفع تلقی کرده و مستند به آیاتی مانند فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَیْکُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَىٰ، و جزاء سیئه سیئه مثلها حکم وضعی ضمان را استنباط کرده‌اند.^۲ در برخی تعابیر آمده است که اگر زیان ناشی از عدم‌النفع ضمان آور تلقی نشود ظلم است که از نظر عقل امری قبیح و ناپسند است.^۳ بر مبنای دیدگاه این گروه از فقیهان، مواردی مانند فرصت‌های ازدست‌رفته، از کارافتادگی و حتی زیان‌های معنوی با توجه به تحقق ضرر^۴ و زیان و ظلم، ضمان آور خواهند بود.

۱۲.۶. قاعده تفویت

در مواردی که به دیگری زیانی برسد بدون اینکه اتلاف مال به مباشرت یا به تسبیب محقق شود و وضع ید غیرقانونی بر مال دیگری صدق کند و صرفاً شخص از منافع مال خود محروم شود، با فرض عدم صدق ضرر بر عدم‌النفع، برخی^۵ به استناد قاعده تفویت حکم به ضمان کرده‌اند.^۶ اینان با استناد به روش خردمندان یا با تمسک قاعده لاضرر، تفویت منافع

۱. وحید بهبهانی، محمد باقر، *حاشیه مجمع الفائده و البرهان*، چاپ اول، قم: کنگره بزرگداشت مقدس اردبیلی، ۱۴۱۷، ص ۶۱۷.

۲. حسینی عاملی، منبع پیشین، جلد ۶ ص ۲۲۵.

۳. مدرسی، سید حسن، *رسائل الفقہیہ*، تهران: ستاد بزرگداشت پنجاهمین سالگرد شهادت مدرسی، ۱۴۰۸، ص ۱۱۰.

۴. برخی فقیهان در تحلیل مفهوم و قلمرو ضرر عدم‌النفع را نیز نوعی ضرر تلقی کرده‌اند: نایینی، محمد حسن، *منبه الطالب فی شرح المکاسب*، جلد ۳، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸، ص ۳۷۸.

۵. یزدی، سید محمدکاظم، *عروه الوثقی*، جلد ۵، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷، ص ۴۰۰.

۶. همان منبع.

۷. مع انا لا نسلمان منافعہ لا تضمن الا بالاستیفا بل تضمن بالتفویت ایضاً ...؛ سیستانی، سیدعلی، *منہاج الصالحین*، جلد ۴، قم: مکتب آیه الله سیستانی، ۱۴۱۵ ق، ص ۲۷۷؛ کذا لا یضمن منافعہ (الحر) الا اذا کان کسوبا ... فانه یضمن اجره مثله ضمان تفویت علی الاقوی ...؛ ۲۲؛ موسوی بجنوردی، سید حسن، *قواعد الفقہیہ*، جلد ۴، قم: نشرالهادی، ۱۳۷۷، ص ۵۱۸.

را موجب ضمان دانسته‌اند.^۱ بنابراین در مواردی که منفعتی از شخصی فوت شود بدون نیاز به استناد به قاعده اتلاف و تسبیب و ضمان ید و در عرض آنها می‌توان با تمسک به قاعده نفیوت منفعت، حکم به ضمان صادر کرد.

نتیجه‌گیری

باتوجه به آنچه گفته شد، حقوق ایران در تبیین ماهیت و آثار مسئولیت مدنی/ ضمان قهری دچار چالش جدی است. ساختار سه‌گانه نظام ضمان قهری/ مسئولیت مدنی این چالش را ایجاد کرده است. نتیجه این وضعیت تعارض‌های جدی در مقررات قانونی است. قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی مبتنی بر فقه اسلامی نظام خاصی از ضمان قهری را مطرح می‌کنند؛ درحالی‌که قانون مسئولیت مدنی عموماً مبتنی بر دیدگاه رومی ژرمنی و بر مبنای نظریه تعهدات، مبنای آثار احکام دیگری را ارائه می‌دهد. این التقاط و اختلاط، نظام حقوقی را با مشکل مواجه و دچار ناکارآمدی می‌کند. فقه اسلامی به‌عنوان مبنای اساسی قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی مبتنی بر گفتمان غالب خود، یعنی نظریه تملیک، اسباب ضمان قهری را مطرح و بر اسباب ضمان تأکید می‌کند و با منبع‌گرایی درصدد حل مسایل در این زمینه است و به همین دلیل صرفاً زیان‌هایی را قابل جبران می‌داند که از اسباب خاص ضمان ناشی شده باشد؛ درحالی‌که حقوق فرانسه و آلمان به‌عنوان منابع اصلی قانون مسئولیت مدنی ایران، مبتنی بر نظریه تعهدات و التزام به نگرشی قاعده‌گرایانه و بدون تأکید بر سبب خاصی، بر این اساس استوار است که هر زیانی باید جبران شود. در این نظام حقوقی هم ورود زیان منع می‌شود و هم ورود زیان سبب مسئولیت می‌شود درحالی‌که در فقه اسلامی ورود زیان منع می‌شود، اما هر زیانی جبران‌شدنی نیست. زیانی جبران می‌شود که از منابع اتلاف، استیفاء ضمان ید و ... ایجاد شده باشد. در این مقاله پیشنهاد شده است که از شیوه‌هایی مانند تعزیر مدنی، تفسیر جدید از قاعده لاضرر، بنای عقلا و سایر شیوه‌های مطروحه، این نقصان جبران شود و زیان بلاجبرانی وجود نداشته باشد.

منابع

فارسی

کتاب

۱. بهجت، محمدتقی، *جامع المسائل*، جلد ۴، چاپ دوم، قم: نشر دفتر آیه الله بهجت، ۱۳۸۴.
۲. بیگدلی، عطاءالله، *الفارق*، جلد ۲، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۲.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *الفارق*، جلد ۲، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ش ۱۶ تا ۱۸، ۱۳۹۲.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق تعهدات*، جلد ۱، ۱۳۵۴.
۵. قائم‌مقامی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، تهران: میزان، ۱۳۸۵.
۶. کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، ۱۳۷۴.
۷. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ه.ق.
۸. محقق داماد، مصطفی، *نظریه شروط و التزامات*، چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.

^۱ حسینی حائری، سید کاظم، *فقه العقود*، جلد ۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳، ص ۱۸۴.

مقاله

۹. بابایی، ایرج، کشاورز، اسماعیل، «مفهوم خطا و نقش آن در ساختار طبقه‌بندی مسئولیت مدنی: مقایسه حقوق رومی ژرمنی، کامن لا و اسلام»، دو فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۶ شماره ۷۹ و ۸۰.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، «التملیک فی ادوار تطوره»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۶۰، شماره ۲۲.
۱۱. الشریف، محمد مهدی، «از تملیک تا تعهد: تاملی بر تاثیر حقوق فرانسه بر تحلیل ماهیت اجاره در حقوق ایران (نقدی بر عهد انگاری اجاره اشیا)»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال اول، ۱۳۹۳، شماره ۲.
۱۲. قنواتی، جلیل، «نظریه تعهد یا نظریه تملیک»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲۴، ۱۳۹۹ شماره ۹۳، صص ۲۴۶-۲۱۵.
۱۳. قنواتی، جلیل، جاور حسین، جعفری هرندی، مهشید، «بررسی دیدگاه محقق اصفهانی، درباره مالکیت، حق و حکم»، مجله مطالعات اسلامی فقه و اصول، ۱۳۹۲، شماره ۹۲.
۱۴. محقق داماد، سید مصطفی و هانی حاجیان، «نظریه عمومی تعزیر»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، ۱۳۹۹، شماره ۱۱۴.
۱۵. نباتی، مریم و سید عبدالمطلب احمدزاده، «جایگاه تقصیر در مسئولیت مدنی»، مجله پژوهش‌های حقوق اسلامی، ۱۳۸۹، شماره ۳۱.
۱۶. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «اصالت ضمان قهری و تقدم آن بر مسئولیت قراردادی در فقه امامیه»، مجله حقوق اسلامی، ۱۳۹۵، شماره ۵۱.
۱۷. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «ذمه و عهده در فقه شیعه»، مجله مطالعات اسلامی فقه و اصول، ۱۳۹۱، شماره ۹۰.
۱۸. وحدتی شبیری، سید حسن، «ضمان ناشی از خسارت عدم النفع در نظریه فقهی وحید بهبهانی»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۴۹، ۱۳۹۵، شماره ۲.
۱۹. یزدانین، علیرضا، «مطالعه تطبیقی آثار تقسیم قراردادهای ناقله به عهدی و تملیکی در فقه، حقوق ایران و فرانسه»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۷، شماره ۴۸.

رساله

۲۰. بیگلدی، عطاءالله، «تفاوت مبانی نظریه تعهدات در دو نظام رومی ژرمنی و فقه امامیه و آثار آن در حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، رساله دکتری، دانشگاه امام صادق، تهران، ۱۳۹۲.

عربی

کتاب

۲۱. ابن منظور، محمد بن کرم، *لسان العرب*، جلد ۴، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۰.
۲۲. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، چهارده جلد، جلد ۱۰، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳.
۲۳. انصاری، شیخ مرتضی، *المکاسب*، جلد ۳ و ۴، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹.
۲۴. ایروانی، میرزا علی، *حائسیه مکاسب*، جلد ۲، تهران: انتشارات کیا، ۱۳۸۴.
۲۵. بحر العلوم، سید محمد، *بلغه الفقیه*، جلد ۲، تهران: مکتبه الصادق، ۱۴۰۳.
۲۶. تونی، فاضل، *الوافیه فی الاصول الفقهیه*، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۲.
۲۷. حسینی حائری، سید کاظم، *فقه العقود*، جلد ۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳.
۲۸. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، جلد ۱، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۷.
۲۹. حکیم، سید محسن، *مستمسک العروه الوثقی*، چهارده جلد، جلد ۱۳، قم: مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶.
۳۰. حلبی، ابوالصلاح، *الکافی*، اصفهان: مکتبه الامام امیر المومنین، ۱۴۰۳.

۳۱. حلی، ابن ادریس، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، جلد ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰.
۳۲. حیدری، سید کمال، **لاضر ولا ضرار**، مؤسسه الامام الجواد، بی تا.
۳۳. خویی، ابوالقاسم، **الاجاره**، جلد ۱، قم: العلمیه، ۱۳۶۵.
۳۴. خویی، ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، جلد ۲، قم: مکتبه الداوری، ۱۳۷۷.
۳۵. رشتی، میرزا حبیب الله، **کتاب الغصب**، قم: بی تا.
۳۶. سبزواری، سید عبد الاعلی، **مهذب الأحکام**، سی جلد، جلد ۲۰، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳.
۳۷. سنهوری، عبدالرزاق، **الوسیط فی شرح القانون المدني**، قاهره: درالنهضة العربیه، ۱۹۷۰.
۳۸. سنهوری، عبدالرزاق، **مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، دراسه مقارنه بالفقه العربی**، بیروت: دار احیا التراث العربی، ۱۹۹۷.
۳۹. سیستانی، سید علی، **منهاج الصالحین**، جلد ۴، قم: مکتب آیه الله سیستانی، ۱۴۱۵.
۴۰. صافی گلپایگانی، لطف الله، **التعزیر احکامه و حدوده**، قم: دفتر آیت الله صافی گلپایگانی، بی تا.
۴۱. صدر، محمدباقر، **محاضرات تاسیسیه**، قم: دار الصدر، ۱۴۳۱.
۴۲. طباطبایی، سید علی بن محمد، **ریاض المسائل**، شانزده جلد، جلد ۸، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۶.
۴۳. طوسی، محمد بن حسن، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، جلد ۸، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷.
۴۴. عاملی، سید محمدجواد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه للفقیه**، جلد ۶، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۹.
۴۵. عاملی، سید محمدجواد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه للفقیه**، جلد ۱۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۹.
۴۶. کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، سیزده جلد، جلد ۶، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۴.
۴۷. محقق اصفهانی، محمدحسین، **حاشیه المکاسب**، جلد ۱، قم: دار الاحیاء التراث، ۱۴۱۹.
۴۸. محقق اصفهانی، محمدحسین، **حاشیه المکاسب**، جلد ۴، قم: دار الاحیاء التراث، ۱۴۱۹.
۴۹. محقق اصفهانی، محمدحسین، **حاشیه المکاسب**، جلد ۵، قم: دار الاحیاء التراث، ۱۴۱۹.
۵۰. مدرس، سید حسن، **رسایل الفقیه**، تهران: ستاد بزرگداشت پنجاهمین سالگرد شهادت مدرس، ۱۴۰۸.
۵۱. مکارم شیرازی، ناصر، **القواعد الفقیه**، جلد ۱، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۷۰.
۵۲. مکارم شیرازی، ناصر، **القواعد الفقیه**، جلد ۴، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۷۰.
۵۳. موسوی بجنوردی، سید حسن، **قواعد الفقیه**، جلد ۱، قم: نشر الهادی، ۱۳۷۷.
۵۴. موسوی بجنوردی، سید حسن، **قواعد الفقیه**، جلد ۴، قم: نشر الهادی، ۱۳۷۷.
۵۵. نایینی، محمد حسن، **منیه الطالب فی شرح المکاسب**، جلد ۳، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸.
۵۶. نجفی جواهری، شیخ محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، جلد ۳۷، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲.
۵۷. وحید بهبهانی، محمد باقر، **حاشیه مجمع الفائده و البرهان**، چاپ اول، قم: کنگره بزرگداشت مقدس اردبیلی، ۱۴۱۷.
۵۸. یزدی، سید محمدکاظم، **عروه الوثقی**، جلد ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷.

مقاله

۵۹. غفوری شیخ خالد، «نظریه التوسع العقلایی فی الحیازه عند الشهد محمدباقر الصدر، تحلیل و نقد»، **مجله الاستنباط، العدد الاول**، السنه الاولی، ۱۴۳۹ ق.

References

Books

1. Ameli, Seyyed Mohammad Javad, Miftah ol-Karamah fi Sharh Ghavaed el-Allamah, Vol. 6, Qom: Islamic Publishing Foundation of the Teachers Association, 1998. (In Arabic)
2. Ameli, Seyyed Mohammad Javad, Miftah ol-Karamah fi Sharh Ghavaed el-Allamah, Vol. 14, Qom: Islamic Publishing Foundation of the Teachers Association, 1998. (In Arabic)
3. Ansari, Sheikh Murtaza, Al-Makasib, Vol. 3 & 4, Qom, Academy of Islamic Thought, 1998. (In Arabic)
4. Ardabili, Ahmad ebn Mohammad, Majma' al- Fa'idah va Burhan fi Sharh Irshad Al-Adhan, Vol. 10, Qom, Islamic Publishing Office Affiliated with Society of Seminary Teachers of Qom, 1982. (In Arabic)
5. Bahjat, Mohammad Taqi, Jam Almasael, 2nd Edition, Vol. 14, Qom, Ayatollah Bahjat Publication, 2005. (In Persian)
6. Bahr al-Ulum, Seyed Mohammad, Bolghat al- Faqih, Vol. 2, Tehran, Maktabat-al-sadeq, 1982. (In Arabic)
7. Bigdeli, Ata-Allah, Al- Fāreq, 2nd Edition, Vol. 2, Tehran, Ganj-e- Danesh, 2013. (In Persian)
8. Ghaem Maghami, Abdol Majid, Obligations Law, Tehran, Mizan, 2006. (In Persian)
9. Ghafouri, Sheikh Khalid, The Theory of Rational Expantion in Possession According to Martyr Muhammad Baqir al- Sadr, Analysis and Criticism, Al-Istinbat Magazine, Issue 1, 2017. (In Arabic)
10. Haidari, Seyed Kamal, La Dhar va La Dirar, Imam Al-Javad Foundation. (In Arabic)
11. Hakim, Seyed Mohsen, Mustamsik al-Urwah al-Wuthqi, Vol. 13, Qom, Dar al-Tafsir Foundation, 1995. (In Arabic)
12. Halabi, Abu Salah, Al-Kafi, Isfahan, Imam Amir al-Mu'minin Library, 1982. (In Arabic)
13. Helli, Ibn Idris, Al-Sara'ir al-Hawi Le-Tahrir al-Fatava, Vol. 3, Qom, Islamic Publishing Institute, 1989. (In Arabic)
14. Hosseini Haeri, Seyed Kazem, Jurisprudence of Contracts, Vol. 1, Qom, Islamic Thoughts Academy, 2002. (In Arabic)
15. Hosseini Maraghi, Seyed Mir Abd al-Fattah, Jurisprudential Titles, 2nd Edition, Vol. 1, Qom, Islamic Publishing Institution of the Teachers Community, 1996. (In Arabic)
16. Ibn Manzur, Mohammad ibn Karam, lisān al- Arab, Vol. 4, Beirut, Dar al-Fikr for Printing, Publishing and Distribution, 1989. (In Arabic)
17. Irvani, Mirza Ali, Hāshiat al- Makasib, Vol. 2, Tehran, Kia Publication, 2005. (In Arabic)
18. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, Law of Obligations, Vol. 1, Tehran, Ganj-e- Danesh, 1990. (In Persian)
19. Karaki, Muhaqqeq Sani, Jami' al-Maqasid fi Sharh al-Qawad, Vol. 6, Qom: The Foundation of Ahl al-Bayt, 1993. (In Arabic)
20. Katouzian, Nasser, General Theory of Obligation, 1st Edition, Tehran, Yalda Publication, 1995. (In Persian)
21. Khoiy, Abul-Qasim, Al-Ijarah, Vol. 1, Qom, Al-Ilmiya, 1986. (In Arabic)
22. Khoiy, Abul-Qasim, Misbah al-Feqahah, Vol. 2, Qom, Al-Davari Library, 1998. (In Arabic)
23. Makarem Shirazi, Nasser, Jurisprudential Rules, Vol. 1, Qom: Imam Ali Bin Abi Talib School, 1991. (In Arabic)
24. Makarem Shirazi, Nasser, Jurisprudential Rules, Vol. 4, Qom: Imam Ali Bin Abi Talib School, 1991. (In Arabic)
25. Modarasi, Seyed Hassan, Rasael al-Feqhiyyah, Tehran, Headquarter of Commemorating the 50th Anniversary of the Modarasi's Martyrdom, 1987. (In Arabic)
26. Mohaghegh Damad, Seyed Mustafa, The Rules of Islamic Jurisprudence, 12th Edition, Tehran, Islamic Sciences Publishing Center, 1985. (In Persian)

27. Mohaghegh Damad, Seyed Mustafa, Theory of Conditions and Obligations, Tehran, Islamic Sciences Publishing Center, 2013. (In Persian)
28. Mohaghegh Esfahani, Mohammad Hossein, Hashiyat al-Makasib, Vol. 1, Qom, Dar al- Ahya al-Turath, 1998. (In Arabic)
29. Mohaghegh Esfahani, Mohammad Hossein, Hashiyat al-Makasib, Vol. 4, Qom, Dar al- Ahya al-Turath, 1998. (In Arabic)
30. Mohaghegh Esfahani, Mohammad Hossein, Hashiyat al-Makasib, Vol. 5, Qom, Dar al- Ahya al-Turath, 1998. (In Arabic)
31. Mousavi Bojnordi, Seyed Hassan, Rules of Jurisprudence, Vol. 1, Qom, Nashr Al-Hadi, 1998. (In Arabic)
32. Mousavi Bojnordi, Seyed Hassan, Rules of Jurisprudence, Vol. 4, Qom, Nashr Al-Hadi, 1998. (In Arabic)
33. Najafi, Jawaheri, Sheikh Mohammad Hassan, Jawahir al- Kalam fi Sharh Shariat al-Islam, 7th Edition, Vol. 37, Beirut, Dar Ihya' al-Turath al-Arabi, 1983. (In Arabic)
34. Nayini, Mohammad Hossein, Muniyat al-Talib fi Sharh al-Makasib, Vol. 3, Qom, Islamic Publishing Institution, 1997. (In Arabic)
35. Rashti, Mirza Habibullah, Kitab al-Ghasb, Qom. (In Arabic)
36. Sabzwari, Seyed Abd al- Aala', Muhddhib al-Ahkam, 4th Edition, Vol. 20, Qom, Al-Manar Foundation, 1992. (In Arabic)
37. Sadr, Mohammad Baqir, Mohazerat Ta'sisiah, Qom, Dar al-Sadr, 2009. (In Arabic)
38. Safi Golpayegani, Lotfollah, Al- Ta'azir, Its Rulings and Limits, Qom, Ayatollah Safi Golpayegani Office. (In Arabic)
39. Sanhoury Abd al-Razzaq, Al-Wasit fi Sharh al-Ghanun al-Madani, Cairo, Nahzat al-Arabiya, 1970. (In Arabic)
40. Sanhoury, Abdul Razzaq, Sources of Right in Islamic Jurisprudence, A Comparative Study with Western Jurisprudence, Beiry: Dar Al- Ahya Turath Al-Arabi, 1997
41. Sistani, Seyed Ali, Minhaj Al-Salihin, Vol. 4, Qom, Ayatollah Sistani School, 1994. (In Arabic)
42. Tabatabai, Seyed Ali Ibn Mohammad, Riyad al-Mas'il, Vol. 8, Qom, Al-al-Bayt Institute, 1995. (In Arabic)
43. Tousi, Mohammad Ibn Hasan, Al-Mabsut in Imamiyah Fiqh, Vol. 8, Tehran, Al-Murtazawiyah Library for the Revival of Ja'fari Works, 2008. (In Arabic)
44. Tunī, Fāzel, Al-Wāfiyih fi Usul Al- Fiqh, Islamic Thought Academy, 1991. (In Arabic)
45. Vahid Behbahani, Mohammad Baqer, Hashiyh Majma al-Faydah va Al-Borhan, 1st Edition, Qom, Ardebili Commemoration Congress, 1996. (In Arabic)
46. Yazdi, Seyed Mohammad Kazem, Orwat Al- Wosqa, Vol. 5, Qom, Islamic Publication Institute, 1996. (In Arabic)

Articles

47. Alsharif, Mohammad Mahdi, "From Transfer of Ownership to Obligation: The Influence of French Law on the Analysis of the Lease Contracts in the Iranian Law", Comparative Studies on Islamic and Western Law, Vol. 1, Issue 2, No. 2, 2015. (In Persian)
48. Bābāie, Iraj, Keshavarz, Ismāiil, "Concept of Tort and Its Role In Structure of Division of Tort Law, The Quarterly Journal of Judicial Law Views, Vol. 22, Issue 79, No. 80, 2017. (In Persian)
49. Ghanavati, Jalil, "Theory of Obligation or Theory of Property Transferring", Legal Research, Vol. 24, Issue 93, No. 93, 2021. (In Persian)
50. Ghanavati, Jalil, Javar, Hossein, Jafari Harandi, Mahshid, "Study of Muhaqqiq Isfahani's Viewpoint on Ownership, Right and Decree", Journal of Fiqh and Usul, Vol. 45, Issue 1, No. 92, 2013. (In Persian)
51. Jafari Langroudi, Al-Fāreq, 2nd Edition, Vol. 2, Tehran, Ganj-e- Danesh, 2013. (In Persian)

52. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, "Al-Tamlik fi Advar Tatavoreh", Law and Political Science, Vol. 22, Number 1000108, 1981. (In Arabic)
53. Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa, Hajian, Hani, "General Theory of Civil Penalty in Islamic Jurisprudence and Iranian Law (Taazirat non-Criminal)", Vol. 85, Issue 114, 2021. (In Persian)
54. Nabati, Maryam, Ahmadzade, Seyed Abd-al-Motaleb, "The Role of Fault in Civil Liability", Islamic Law Research Journal, No. 31, 2019. (In Persian)
55. Nematollahi, Ismail, "Dhimma and Uhda in Shi'a Jurisprudence", Journal of Figh and Usul, Vol. 44, Issue 3, No. 90, 2012. (In Persian)
56. Nematollahi, Ismail, "Originality of Automatic Guarantee and Its Priority to Contractual Responsibility in Imami Jurisprudence", Quarterly Journal of Islamic Law, Vol. 13, Issue 51, 2017. (In Persian)
57. Vahdati Shobeiri, Seyed Hassan, "Liability Resulting from Damages for Damages for Loss of Profits in Vahid Behbahani's Jurisprudence Theory", Jurisprudence and the Foundations of the Islamic Law, Vol. 49, Issue 2, 2017. (In Persian)
58. Yazdanian, Alireza, "A Comparative Study of the Effects of Contracts Transmitter into Contract Property Transmitter and the Contract Imposing Obligations In Islamic Jurisprudence and Iranian and French Law", The Quarterly Journal of Islamic Law Research, Vol. 19, Issue 2, No. 48, 2019. (In Persian)

Thesis

59. Bigdeli, Ayatollāh, Difference in the Basics of the Theory of Obligations in the Two System of Roman Germanic and Imami Jurisprudence and Its Effects on Iranian and French Contract Law, PhD Thesis, Imām Sādiq University, Tehran, 2012. (In Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Description of Construction Contract and its Legal Effects

Shima Vafadarnia¹, Alireza Yazdanian² , Alireza Fasihzadeh³

ABSTRACT

Construction contract is one of the most widely used contracts that its effects on the economic relations are undeniable. But the definition, types, legal description and its qualifications as well as its results are accompanied by ambiguity and disagreement. Achieving the legal description of construction contract will terminate many legal defects and disputes caused by the silence of the contract but the legal description without determining characteristics of its different types will not cause disputes termination and is not satisfactory. The construction contract kinds are contracts without the obligation to supply materials, contracts containing the obligation to supply materials as the subject matter and contracts entailing the obligation to supply materials in order to fulfill the subject matter. Construction contract is similar to three contracts including sale, lease and construction order contract. Although the similarities of jurisprudential construction order contract with construction contract that makes the contractor responsible for the subject of the contract are undeniable, this contract only covers a specific kind of construction contracts and does not encompass other kinds of those contracts with the subject matter of a project plan designing. Due to the impossibility of adapting this contract to other types of construction contract, the lease contract is the only specific contract that besides being specified in the law and having clear legal effects consequently, it covers all kinds of construction contracts and as a result may provide solutions for legal deficiencies.

KeyWords: Legal Description of Construction Contract, Construction Contract, Lease Contract, Specified Contract, Unspecified Contract.

How to Cite: Vafadarnia, Shima, Yazdanian, Alireza, Fasihzadeh, Alireza, "Legal Description of Construction Contract and Its Legal Effects", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 79-98.

DOI: <https://doi.org/10.29252/jlr.2022.224648.2044>

Received: 21/11/2021-Accepted: 08/06/2022

1. Ph.D Candidate, Faculty of Administrative Sciences & Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran
2. Associate Professor, Faculty of Administrative Sciences & Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran
Corresponding Author Email: yazdanian_alireza@ase.ui.ac.ir
3. Associate Professor, Faculty of Administrative Sciences & Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



توصیف حقوقی پیمان و آثار حقوقی آن

شیما وفادارنیا^۱، علیرضا یزدانیا^۲، علیرضا فصیحی زاده^۳

چکیده

پیمان یکی از پر کاربردترین عقود است که تأثیر آن بر روابط اقتصادی غیرقابل انکار است. اما تعریف، انواع، توصیف حقوقی و به تبع آن، ویژگی‌ها، آثار و در نتیجه سرنوشت این عقد همواره با ابهام و اختلاف نظر همراه بوده است. دستیابی به توصیف حقوقی پیمان، بسیاری از خلأهای قانونی و اختلافات ناشی از سکوت قرارداد را خاتمه می‌دهد، اما توصیف حقوقی بدون لحاظ ویژگی‌های انواع مختلف این عقد به اختلافات پایان نمی‌دهد و اقتناع‌کننده نظام حقوقی نخواهد بود. انواع پیمان عبارت‌اند از پیمان‌های فاقد تعهد تهیه مصالح، پیمان‌های حاوی تعهد تهیه مصالح به‌عنوان موضوع عقد و پیمان‌های حاوی تعهد تهیه مصالح در راستای انجام موضوع عقد. قرارداد پیمان با سه عقد بیع، اجاره و استصناع شباهت‌های بسیاری دارد. اگرچه شباهت‌های استصناع فقهی با نوعی از پیمان که تهیه مصالح برای انجام دادن موضوع پیمان را بر عهده پیمانکار قرار می‌دهد، غیرقابل انکار است، این عقد صرفاً پوشش‌دهنده این نوع از پیمان است و بنابراین پوشش‌دهنده سایر انواع پیمان از جمله قراردادهایی که موضوع آنها طراحی نقشه‌های یک پروژه است، نخواهد بود. با توجه به عدم امکان انطباق این عقد بر همه انواع پیمان، عقد اجاره تنها عقد معینی است که علاوه بر حضور در قانون و روشنی بسیاری از آثار آن در قانون، می‌تواند پوشش‌دهنده انواع پیمان و در نتیجه پاسخگوی خلأهای مربوط به این عقد باشد.

کلید واژگان: توصیف حقوقی پیمان، قرارداد پیمان، عقد اجاره، عقد معین، عقد نامعین.

استناد به این مقاله: وفادارنیا، شیما، یزدانیا، علیرضا، فصیحی‌زاده، علیرضا، «توصیف حقوقی پیمان و آثار حقوقی آن»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۷۹-۹۸.

DOI: <https://doi.org/10.29252/jlr.2022.224648.2044>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۱۸

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران
۲. دانشیار، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: yazdanian_alireza@ase.ui.ac.ir
۳. دانشیار، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

پیمان یکی از مهم‌ترین قراردادهاست که ضمن اهمیت، بسیار چالش‌برانگیز است. علی‌رغم اهمیت این عقد در نظام حقوقی و اقتصادی کشور و تأثیر امنیت حقوقی آن بر سلامت روابط اقتصادی، درخصوص توصیف حقوقی، تعریف، انواع و آثار این عقود اتفاق نظر وجود ندارد و این درحالی است که توصیف حقوقی پیمان می‌تواند در صورت سکوت و ابهام قرارداد و در نتیجه در صورت اختلاف طرفین قرارداد به یاری آید و آثار مهمی را روشن کند. بنابراین سؤال اصلی مقاله، توصیف حقوقی این قرارداد است؛ اما توصیف حقوقی قرارداد پیمان بدون پرداختن به تعریف و انواع این عقد امکان‌پذیر نیست؛ چراکه ویژگی‌های برخی از انواع پیمان و تفاوت بسیار آن با سایر انواع این عقد، پیچیدگی توصیف حقوقی آن را آشکار می‌کند. بدون توجه به انواع پیمان، امکان ارائه یک تحلیل علمی وجود ندارد و ممکن است قالب حقوقی ارائه‌شده، پوشش‌دهنده همه انواع نباشد؛ چراکه ممکن است هریک از انواع مختلف پیمان، توصیف حقوقی متفاوتی از سایرین داشته باشد. از طرف دیگر عدم جامع‌نگری پژوهشگر و عدم توجه او نسبت به انواع عقد مورد تحلیل، باعث می‌شود که پاسخ جامع و مانعی برای نظرات مختلف ارائه نشود.

این عدم توجه به اهمیت انواع در توصیف حقوقی پیمان منجر شده است که تحقیقات گذشته با وجود ارزشمندی، راهگشا و اقلان‌کننده نظام حقوقی نباشند. لذا در این مقاله ابتدا به ارائه تعریف و انواع این قرارداد پرداخته می‌شود و سپس امکان تطبیق آن بر برخی از عقود معین، از جمله استصناع، بیع، اجاره اشخاص و نیز عقود نامعین و عقود ترکیبی بررسی می‌شود. به عبارت دیگر، سؤال اصلی مقاله توصیف حقوقی پیمان است و تحلیل انواع در راستای پاسخ به این سؤال اصلی انجام گرفته است.

۱. تعریف پیمان

درخصوص تعریف پیمان میان حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از حقوق‌دانان در تعریف پیمان به ماده یک شروط عمومی پیمان در نمونه استاندارد پیمان‌های سه‌عاملی^۱ بسنده کرده‌اند.^۲ طبق این ماده، «پیمان مجموعه اسناد و مدارکی است که در ماده دو موافقت‌نامه پیمان درج شده است.» این تعریف اگرچه درست است، اما ماهوی از این عقد ارائه نمی‌دهد. تعریف دیگری که در متون قانونی از این قرارداد ارائه شده است، تعریف ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۹ است. طبق این ماده: «مقاطععه یا پیمانکاری قراردادی است که به‌موجب آن دولت یا مؤسسات و سازمان‌های عمومی انجام عمل یا فروش کالایی را با شرایط معینی در برابر مزد و در مدت معین به شخص حقیقی یا حقوقی به نام پیمانکار واگذار می‌کند. موضوع پیمان ممکن است ایجاد ساختمان یا حمل‌ونقل و یا تهیه و تدارک کالا یا انجام عملی باشد.» این تعریف به بسیاری از جنبه‌های پیمان اشاره دارد، اما نه فقط کامل نیست، بلکه صرفاً به تعریف پیمان‌های دولتی می‌پردازد.^۳

ماده یک دستورالعمل نحوه جبران آثار ناشی از افزایش قیمت ارز در پیمان‌های ریالی فاقد تعدیل موضوع بخشنامه شماره

^۱ قراردادی است که در آن سه عامل پیمانکار، مشاور و کارفرما در روند اجرای پروژه ایفای نقش می‌کنند.

^۲ میلانی‌زاده، علیرضا و لیلا دادگری، *قراردادهای طرح‌وساخت*، تهران: مهرآفاق، ۱۳۹۳، ص ۱۷؛ میرهادی تفرشی، غزاله و عزت‌الله عراقی، «تعدیل در قراردادهای پیمانکاری»، *فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کفبری*، ۱۳۹۶، شماره ۳۱، ص ۱۷۹.

^۳ بشیری، عباس و دیگران، *شرایط عمومی، خصوصی و مکاتبات پیمان در مقررات و رویه قضایی*، تهران: انتشارات جاودانه، ۱۳۹۳، ص ۴۳؛ میلانی‌زاده، علیرضا، *شرایط عمومی و خصوصی پیمان*، مشهد: مهرآفاق، ص ۲۴.

۹۸/۱۳۵۵۸۵ مورخ ۱۳۹۸/۳/۲۰ نیز در تعریف کلمه پیمانکار مقرر می‌دارد: «در این دستورالعمل پیمانکار عبارت از پیمانکاران، تولیدکنندگان، سازندگان یا تأمین‌کنندگان مصالح و تجهیزات پروژه‌های در چارچوب نظام فنی و اجرایی کشور می‌باشد.»

لازم به ذکر است در بیان تعریف پیمان با دو مشکل مواجهیم: اول آنکه تعریف واحد و دقیقی از پیمان وجود ندارد؛ دوم آنکه برای تعریف دقیق از یک عقد، آگاهی از توصیف حقوقی آن برای تشخیص ویژگی‌های اساسی آن عقد ضروری است؛ درحالی‌که درخصوص توصیف حقوقی این عقد نیز اتفاق نظر وجود ندارد. اما با توجه به تعاریف ارائه‌شده، باید گفت پیمان در معنای اعم عبارت است از عقدی که به موجب آن یک طرف که خارج از مفهوم کارگر و خارج از حوزه قانون کار قرار می‌گیرد، متعهد می‌شود که در مقابل اجرت، شیئی را که نوع و مقدار آن معین شده است، ساخته یا عملی مشخص اعم از خرید، فروش یا هر عمل دیگر حقوقی و یا عمل غیرحقوقی را انجام دهد، اعم از اینکه در صورت نیاز به مصالح، تهیه مصالح مورد استفاده و ریسک ناشی از آن بر عهده پیمانکار باشد و یا بر عهده کارفرما قرار گیرد. اما پیمان در معنای اخص عبارت است از عقدی که به موجب آن، یک طرف که خارج از مفهوم کارگر و خارج از حوزه قانون کار قرار می‌گیرد، متعهد می‌شود که در مقابل اجرت، شیئی را که نوع و مقدار آن معین شده است بسازد؛ اعم از اینکه در صورت نیاز به مصالح، تهیه مصالح مورد استفاده و ریسک ناشی از آن بر عهده پیمانکار باشد و یا بر عهده کارفرما قرار گیرد. بنابراین باید گفت که تعهد پیمانکار در پیمان به معنای اعم می‌تواند شامل این موضوعات گسترده باشد: خرید، فروش، مشاوره، ساخت یا انجام دادن هر عمل حقوقی یا غیرحقوقی برای کارفرما.

۲. انواع قرارداد پیمان

با توجه به تعریف پیمان، این عقود براساس موضوع به سه دسته قابل تقسیم‌اند:

۱- عقود که در آن تهیه مصالح بر عهده پیمانکار نیست. اعم از اینکه تهیه مصالح بر عهده کارفرما قرار گیرد یا موضوع پیمان اعم از ساخت و غیرساخت مستلزم تهیه مصالح نباشد.

گاهی منظور از عملیات ساخت، طراحی یا به بیان دیگر ساخت یک نقشه است که به تناسب موضوع، نیازمند تهیه مصالح نیست. قراردادهای طراحی مهندسی نمونه‌ای از این پیمان‌ها هستند. در این نوع قراردادها موضوع پیمان، طراحی، تهیه، تأیید و تثبیت نقشه‌های تفکیکی یک پروژه است و درحقیقت طراحی نقشه، تنها انتظاری است که کارفرما از پیمانکار دارد.^۱ اما گاهی نیز موضوع تعهد به‌گونه‌ای است که اجرای آن صرفاً انجام دادن اعمالی را از سوی متعهد می‌طلبد و این اعمال شامل ساخت نمی‌شود. به‌عنوان مثال، ارائه خدمات مشاوره پروژه و برخی از پیمان‌های مدیریت اجرا^۲ در این دسته قرار می‌گیرند؛ زیرا در برخی از این پیمان‌ها، تعهد پیمانکار صرفاً ارائه خدمات و مدیریت طرح است.

پیمان‌هایی که در آنها تهیه مصالح بر عهده کارفرما قرار می‌گیرد و اصطلاحاً پیمان‌های دستمزدی نام دارند،^۳ قراردادهای حمل‌ونقل و پیمان‌های منعقد برای فروش کالا نیز که طبق تعریف ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۹ به صراحت پیمان نامیده شده‌اند، در همین دسته جای می‌گیرند.

۲- عقود که موضوع آنها تهیه مصالح است. علی‌رغم باور ابتدایی، به استناد ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۹،

^۱ حمیدپور رازیان، رسول و محمد نوری، بررسی ماهیت قراردادهای پیمان و پیمانکاری EPC، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۷، ص ۵۸.

^۲ Construct Management

^۳ بشیری، عباس و دیگران، پیشین، ص ۲۸

قراردادهایی که مسئولیت خرید کالا را بر عهده پیمانکار قرار می‌دهند، پیمان و از این دسته‌اند.

۳- عقودی که تهیه مصالح برای انجام دادن موضوع پیمان را بر عهده پیمانکار قرار می‌دهد. این دسته، احداث را جزء موضوعات خود خواهد داشت. در فقه رد پای این نوع از پیمان با عنوان استصناع به معنای توافق سفارش‌دهنده با صنعتگر برای ساختن کالایی معین مانند میز و لباس وجود دارد.^۱ قراردادهای بسیاری نیز توسط سازمان‌های مربوطه در کشورها ارائه شده‌اند که ذیل این دسته قرار می‌گیرند. ای پی سی^۲، بی اوتی^۳ بی او او^۴ و بسیاری دیگر از قراردادهای همسان ارائه شده توسط فیدیک^۵ و دیگر سازمان‌های مربوطه، برخی از مهم‌ترین انواع این پیمان‌ها هستند که در این قسمت جای می‌گیرند.

پس از تبیین تعریف و انواع پیمان می‌توان به توصیف حقوقی این عقد پرداخت. از آنجا که توصیف حقوقی پیمان باید به گونه‌ای انجام شود که بتواند پوشش‌دهنده تعریف پیمان هم در معنای اعم و هم اخص باشد، به بررسی امکان تطبیق این عقد بر عقود معین و غیر معین پرداخته می‌شود.

۳. بررسی امکان انطباق پیمان بر عقود معین

با توجه به انواع پیمان به توصیف حقوقی این عقد پرداخته می‌شود و تطابق آن با سه عقد که بیشترین شباهت را با پیمان دارند، بررسی می‌شود.

۳.۱. عقد استصناع

برخی از حقوق دانان به دلیل فقدان عنوان پیمان در فقه، آن را با عقدی که با برخی از انواع پیمان نزدیک‌ترین قرابت

^۱ هاشمی شاهرودی، محمود، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت*، جلد ۱، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۳۸۲، ص ۴۲۷.

^۲ والی‌زاده، سودابه، داریوش والی‌زاده، و علی پروری، «بررسی حقوقی قراردادهای BOT و EPC در پروژه‌های راهسازی»، *فصلنامه علمی تخصصی مهندسی و مدیریت ساخت*، شماره ۷، ۱۳۹۶، ص ۱۸؛ میلانی‌زاده، علیرضا، منبع پیشین، ص ۴۱؛ صادقی، محمد، *قرارداد سفارش ساخت در فقه و حقوق ایران*، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳، ص ۱۷۴.

^۳ engineering- procurement- construction

قرارداد موضوع بخشنامه هیئت وزیران به شماره ۵۴/۷۱۰۵-۱۰۵/۱۸۹۲۹-۱۰۵ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۱۴. در این قراردادها مسئولیت طراحی، تهیه مصالح و ساخت بر عهده یک پیمانکار قرار می‌گیرد. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

Volkmar Jaeger, Axel: *Hok Sebastian, FIDIC-A Guide for- Practitioners*, (Germany: Springer, 2010).

^۴ build-operate-transfer

ماده ۳ قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی و بند (ق) تبصره ۲ و بند (ه) تبصره ۱۱ قانون بودجه سال ۱۳۹۳ کل کشور به این نوع از قرارداد تصریح دارد. در این نوع از قرارداد سرمایه‌گذار در ازای ساخت، حق بهره‌برداری از پروژه مورد نظر را به مدت مشخص دارا می‌شود و پس از آن ملزم به انتقال پروژه به کارفرما خواهد بود.

شیروی، عبدالحسین، *قراردادهای بی اوتی*، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۱۷؛ داراب‌پور، مهرباب و محمدرضا داراب‌پور، *حقوق و مسئولیت‌های فرا قراردادی مهندسان*، جلد ۲، تهران: جنگل، ۱۳۹۴، ص ۱۳۶.

^۵ Build-Own-Operate:

بند(د) قانون برنامه پنجم توسعه به این قرارداد اشاره دارد. در این نوع از قرارداد، سرمایه‌گذار در ازای ساخت، مالک پروژه خواهد شد و بنابراین حق بهره‌برداری از پروژه توسط وی محدود به دوره معین نیست.

شیروی، عبدالحسین، منبع پیشین، ص ۷.

^۶ Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils (FIDIC)

موضوعی را دارد، مطابق می‌دانند.^۱ استصناع در فقه عبارت است از توافق اشخاص با صاحبان حرف و صنایع برای ساختن شیء معین.^۲ مبلغ قرارداد نیز عبارت است از قیمت مواد و اجرت ساخت.^۳ اکثر فقهای امامیه به دلیل لازم‌الوفا ندانستن استصناع،^۴ آن را باطل می‌دانند،^۵ اما فقهای اهل سنت آن را به‌عنوان یک عقد صحیح جایز می‌پذیرند.^۶ درخصوص توصیف حقوقی این عقد نیز میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد.^۷ اما صرف نظر از این اختلافات، دقت در نظرات فقها و حقوق دانان درخصوص احکام استصناع نشان‌دهنده تفاوت‌هایی هرچند ظاهری میان این عقد و پیمان است که در ذیل به تحلیل این تفاوت‌ها می‌پردازیم.

۱- قلمرو: از نظر برخی، مهم‌ترین تفاوت، اختصاص استصناع به ساخت اموال منقول است؛^۸ هرچند به نظر می‌رسد که نظر این عده قابل‌خدشه است؛ زیرا اگرچه در متون فقهی تنها اموال منقول مانند شمشیر به‌عنوان مورد معامله استصناع ذکر شده‌اند، می‌توان گفت که ذکر این موارد در متون فقهی به دلیل رایج بودن آن صورت گرفته است و به معنای نفی و نادرستی استفاده از این عقد برای ساخت اموال غیرمنقول نیست.^۹ حتی می‌توان آن را درخصوص امور معنوی مانند تالیف کتاب و طراحی نیز صادق دانست.^{۱۰}

۲- جواز و لزوم عقد: تفاوت دیگری که می‌توان ذکر کرد، جواز استصناع^{۱۱} و مغایرت آن با لزوم پیمان است. فقهای امامیه استصناع را باطل می‌دانند؛ زیرا آن را لازم‌الوفا نمی‌دانند،^{۱۲} اما فقهای اهل سنت به‌ویژه اکثریت حنفیه به استناد احادیث آن را عقدی جایز و صحیح محسوب می‌کنند.^{۱۳} هرچند در تشریح معنای جواز نیز میان این دسته از فقها اختلاف نظر وجود دارد.

در مذهب شافعی «اگر کسی چیزی را بدون رؤیت به توصیف فروشنده خریداری کند و بعداً رؤیت کند، ولو آن چیز مطابق

^۱ رشید، عبدالکریم احمد، *الشامل فی معاملات و عملیات المصارف الاسلامیه*، اردن: دارالنفائس، ۲۰۰۷، ص ۱۲۷.

^۲ مومن، محمد، «استصناع»، *مجله فقه اهل بیت*، شماره ۱۱ و ۱۲، ۱۳۷۶، ص ۳۰؛ هاشمی‌شاهرودی، محمود، «استصناع»، *نشریه فقه اهل بیت*، شماره ۱۹، ۱۳۷۸، صص ۲۰ و ۳.

^۳ صادقی، محمد، منبع پیشین، ص ۲۶۳.

^۴ حلی، یحیی بن سعید، *الشرایع*، قم: موسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵، ص ۴۵۹.

^۵ هاشمی‌شاهرودی، محمود، *المعجم الفقہی لکتاب الشیخ الطوسی*، جلد ۱، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۴۲۴ق، ص ۲۷۱؛ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، منبع پیشین، ص ۲۱۵؛ موسوی روضاتی، احمد، *اجماع فقهاء الامامیه*، جلد ۲، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۳۲ق، ص ۲۹۶؛ طبرسی، فضل بن حسن، *الموتلف من المختلف بین ائمه السلف*، مشهد: نشر آستانه الرضویه المقدسه، ۱۴۱۰ق، ص ۵۳۶.

^۶ *الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، جلد ۱۱، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، موسوعه، ۱۴۲۳، ص ۳۷۵.

^۷ هاشمی‌شاهرودی، محمود، منبع پیشین، ص ۶؛ نظریور، محمدتقی، «استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع»، شماره ۶۶ و ۶۷، ۱۳۹۰، ص ۱۲۹.

^۸ موسویان، سیدعباس و احسان بازوکار، «احکام و آثار فقهی-حقوقی عقد استصناع»، *فصلنامه بورس اوراق بهادار*، شماره ۲۱، ۱۳۹۲، ص ۳۴۶.

^۹ حسن‌زاده، بهنام، «عقد استصناع در حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی دامغان، ۱۳۹۳، ص ۴۶.

^{۱۰} صادقی، محمد، منبع پیشین، ص ۱۱.

^{۱۱} موسویان، سید عباس و احسان بازوکار، منبع پیشین، ص ۹.

^{۱۲} حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرایع*، قم: موسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ق، ص ۴۵۹.

^{۱۳} *الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، منبع پیشین، ص ۳۷۵.

توصیف بوده باشد، برای خریدار، خیار رؤیت ثابت می‌شود.^۱ طبق نظر این عده از فقها، حتی چنانچه سازنده کالا را مطابق با اوصاف ذکر شده تهیه و ارائه کند، سفارش‌دهنده حق رد آن را خواهد داشت.

البته در مقابل این دیدگاه، برخی از فقها سفارش‌دهنده را ملزم به دریافت شیء ساخته‌شده می‌دانند؛ چراکه عدم الزام وی باعث خسارت صانع خواهد شد.^۲ هرچند این عده از فقها نیز الزام مذکور را در مقابل وعده بودن استصناع مطرح می‌کنند و به نظر می‌رسد هیچ‌یک از فقها لازم بودن این عقد را اعلام نکرده است. اما علی‌رغم این فقدان سابقه، می‌توان مبانی درستی برای اعلام لزوم یافت. از یک طرف آیه «ووفوا بالعقود» و حدیث «المومنون عند شروطهم» می‌توانند مبانی قابل‌قبولی برای این حکم محسوب شوند^۳ و از طرف دیگر نکته قابل‌تأمل آن است که دلیل طرف‌داران جواز استصناع فقط توسل به وجود خیار رؤیت در بیع است؛ درحالی‌که این توسل فقط زمانی به حکم جواز استصناع می‌انجامد که استصناع را بیع بدانیم؛ زیرا خیار مذکور به صراحت در خصوص بیع مطرح شده است. بنابراین قبل از تعیین توصیف حقوقی استصناع و ثبوت بیع بودن، توسل به این خیار و حکم به جواز استصناع از طریق آن، مصداق بارز حرکت از مقدمه‌های غیرقطعی و رسیدن به نتیجه قطعی است؛ امری که به روشنی به غیرقابل اعتماد بودن یک استدلال می‌انجامد. هرچند حکم به جواز حتی در صورت بیع بودن استصناع نیز درست به نظر نمی‌رسد؛ چراکه خیار رؤیت صرفاً در خصوص بیع عین معین محقق می‌شود^۴ و این درحالی است که در زمان انعقاد استصناع مورد سفارش سفارش‌دهنده وجود ندارد.

۳- تعیین مدت: یکی دیگر از تفاوت‌ها، لزوم عدم تعیین مدت در استصناع است؛ چراکه تعیین مدت موجب تحقق بیع سلم می‌شود و رعایت شرایط آن از جمله لزوم پرداخت ثمن در مجلس عقد الزامی خواهد شد.^۵ اما از یک طرف نه فقط لزوم این شرط در بیع سلم مورد اختلاف است،^۶ بلکه برخی دیگر از فقها ذکر مدت در بیع شیء غیرموجود را لازم دانسته‌اند^۷ و از طرف دیگر این اشکال در صورت بیع دانستن استصناع قابل بررسی است و با توجه به عدم آگاهی ما نسبت به توصیف حقوقی، این نتیجه‌گیری باطل است. بنابراین عدم تعیین مدت را نمی‌توان از تفاوت‌های پیمان و استصناع محسوب کرد. همان‌طور که برخی از حقوق‌دانان نیز در تعریف استصناع اظهار داشته‌اند که استصناع قراردادی است که به منظور تولید کالایی خاص یا اجرای پروژه یا طرح با ویژگی‌های مشخص در مدت معین و در برابر هزینه معین بین دو شخص اعم از حقیقی یا حقوقی منعقد می‌شود.^۸

اما صرف‌نظر از تفاوت‌هایی که ذکر شد، باید گفت اگرچه پیمان نوع سوم (که تهیه مصالح را بر عهده پیمانکار قرار می‌دهد) به استصناع فقهی بسیار نزدیک است و شاید بتوان به این انطباق، نظر داد، اما از یک طرف با توجه به تعریف پیمان و تفاوت در حوزه شمول این عقد و استصناع، باید گفت رابطه این دو عقد، عموم و خصوص مطلق است و درحالی‌که

^۱ خوئی، سیدابوالقاسم، *توضیح المسائل (خوبی)*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲، ص ۵۵۸.

^۲ *الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، منبع پیشین، ص ۳۸۳.

^۳ صادقی، محمد، منبع پیشین، ص ۲۰۳.

^۴ آیتی، محمدرضا و علی آل بویه، «بررسی فقهی قرارداد استصناع در بازار بورس»، پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی، شماره ۵، ۱۳۸۹، ص ۴۳۴؛ حلی، حسن بن یوسف، *ارتداد الاذهان الی احکام الایمان*، جلد ۱، قم: جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه بقم، ۱۴۱۰ق، ص ۳۷۵؛ خوئی، ابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، جلد ۱، قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ق، ص ۴۲۴.

^۵ *الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، منبع پیشین، ص ۳۸۳.

^۶ صادقی، محمد، منبع پیشین، ص ۴۴.

^۷ ابن بابویه، محمد بن علی، *المقنع*، قم: موسسه پیام امام الهادی، ۱۴۱۵ق، ص ۵۹۵؛ طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد ۲، تهران: مکتبه المتضویه، ۱۳۷۸، ص ۱۶۹.

^۸ حسن‌زاده، بهنام، منبع پیشین، صص ۱۱ و ۱۲.

تمامی عقود استصناع در دایره شمول پیمان جای می‌گیرند، بسیاری از پیمان‌ها از جمله پیمان‌های مدیریت، حمل‌ونقل و پیمان‌های خرید و تهیه کالا به‌وضوح خارج از قلمرو استصناع قرار می‌گیرند و لذا استصناع پوشش‌دهنده همه انواع پیمان نیست و از طرف دیگر حتی در فقه نیز استصناع یک ماهیت مستقل مانند بیع و اجاره نیست، بلکه صرفاً اصطلاحی برای یک نوع رایج از قرارداد است. شاید به دلیل همین اختلافات موجود در فقه و یا به این دلیل که مقنن استصناع را در زمره اجاره اشخاص می‌دانسته و نیازی به ذکر آن در قانون نیافته است، استصناع به‌عنوان یک عقد معین فقهی در قانون مدنی ایران وارد نشده است و لذا تعیین آن به‌عنوان توصیف حقوقی پیمان، راهگشای اختلافات ناشی از سکوت قرارداد نیست.

۳.۲. عقد بیع

برخی از حقوق‌دانان پیمان را بر بیع منطبق می‌دانند. دلایل طرف‌داران این انطباق عبارت‌اند از:

۱- جاری شدن قاعده تلف مبیع قبل از قبض: مهم‌ترین دلیل طرف‌داران مطابقت پیمان با بیع، عدم ضمان سفارش‌دهنده در صورت تلف مصالح قبل از تسلیم است که به اعتقاد ایشان با قاعده تلف قبل از قبض در بیع قابل توجیه است؛^۱ زیرا در پیمان‌هایی که ضمن انجام دادن عمل، مصالح موردنیاز نیز توسط پیمانکار تهیه می‌شود، ابتدا این‌گونه به‌نظر می‌رسد که عرف، اجیر بودن پیمانکار برای خرید مصالح را نمی‌پذیرد.^۲ به‌عنوان مثال، چنانچه موضوع پیمان ساخت یک خانه اسباب‌بازی باشد و قبل از تحویل به کارفرما تلف شود، عرف سفارش‌دهنده را مسئول پرداخت ثمن نمی‌داند و این به معنای اجرای قاعده تلف قبل از قبض است. اما در رد این استدلال باید گفت:

الف) با توجه به صراحت شروط عمومی پیمان بسیاری از پیمان‌های رایج، از جمله بند ح از ۱۷-۳ ماده ۱۷^۳ پیمان دی‌بی^۴ در خصوص ریسک‌های کارفرما و بند ب^۵ ماده ۴۳ پیمان‌های متعارف یا دی‌بی‌بی^۶، اساساً درستی وجود این عرف مورد تردید است و چه بسا استناد به آن در توصیف حقوقی پیمان باعث گمراهی حقوق‌دانان شود؛ زیرا به‌موجب مواد ذکرشده، تلف قهری کارها و کالاها قبل از تحویل به کارفرما نیز برعهده وی است؛ زیرا بند مذکور در راستای صدر ماده ۴۳ است و صدر این ماده در خصوص وضعیتی اظهار شده‌است که حوادث خارج از کنترل دو طرف پیمان در منطقه اجرای کار واقع شود و ادامه کار را برای پیمانکار ناممکن سازد. بنابراین ماده در خصوص زمانی است که کارها و کالاهای موضوع پیمان هنوز در منطقه اجرای کار یا به عبارتی در ید پیمانکار است و تسلیم کارفرما نشده است. لذا این امر که بند ب ماده، مسئولیت جبران خسارت‌هایی را که بیمه متقبل نمی‌شود، برعهده کارفرما قرار داده است، بدین معناست که تنظیم‌کنندگان این نمونه استاندارد، کارفرما را قبل از تسلیم کارها و مصالح نیز مالک و در نتیجه مسئول دانسته‌اند

^۱ آیتی، محمدرضا، آل بویه، علی، منبع پیشین، ص ۱۹.

^۲ هاشمی‌شاهرودی، محمود، کتاب **الاجاره**، ج ۱، قم: موسسه الفقه و معارف اهل‌البیت، ۱۴۳۳ق، ص ۴۵.

^۳ بند ح: «هرگونه عمل نیروهای طبیعت که غیرقابل پیش‌بینی بوده یا منطقیاً قابل انتظار نیست که پیمانکار باتجربه‌ای بتوانسته باشد اقدام‌های پیشگیرانه کافی برای جلوگیری از بروز آنها معمول دارد.»

^۴ Design and Build

^۵ بند ب ماده ۴۳: «در مورد خسارت‌های وارد شده به کارهای موضوع پیمان، تأسیسات و ساختمان‌های موقت، ماشین‌آلات و ابزار و وسائل پیمانکار به شرح زیر عمل می‌شود: ۱- هرگاه خسارت‌های وارد شده به کارهای موضوع پیمان مشمول بیمه موضوع بند ج ماده ۲۱ باشد، برای جبران آن طبق همان ماده اقدام می‌شود. ۲- اگر خسارت‌های وارد شده به کارهای موضوع پیمان، مشمول بیمه موضوع بند ج ماده ۲۱ نیست یا میزان آنها برای جبران خسارت‌ها کافی نباشد جبران خسارت بر عهده کارفرماست.»

^۶ Design-Bid-Build

قرارداد نمونه دی‌بی‌بی که شرایط آن در نشریه شماره ۴۳۱۱ مورخ ۱۳۷۸ درج شده است.

و بنابراین، این نمونه قرارداد قاعده تلف مبیع قبل از قبض یا به عبارت دیگر مسئولیت پیمانکار قبل از تسلیم را در خصوص پیمان نپذیرفته است. هرچند شروط عمومی پیمان‌های مذکور صرفاً در خصوص پیمان‌های دولتی الزام‌آورند، اما با توجه به عدم وجود نص معارض برای پیمان‌های بخش خصوصی، این شروط عمومی به‌عنوان الگویی برای قواعد حاکم بر قراردادهای خصوصی نیز مورد اعتنا خواهند بود و به‌نوعی عرف نیز تابع این نمونه استاندارد است.

ب) دومین استدلال در رد نظر موافقان بیع آن است که حتی در صورتی که عرف مذکور را درست قلمداد نکنیم، بیع مالی که در زمان عقد موجود نیست، تنها از طریق بیع کلی فی‌الذمه امکان‌پذیر است؛^۱ زیرا طبق ماده ۳۶۲ قانون مدنی در بیع عین معین، چنانچه معلوم شود که مبیع در زمان عقد وجود نداشته است، بیع باطل است.^۲ بنابراین اگر پیمان را بیع بدانیم، با توجه به اینکه در اکثر پیمان‌ها، مال قبل از ساخت وجود ندارد، قطعاً در بسیاری از موارد بیع کلی فی‌الذمه است. بنابراین قاعده تلف قبل از قبض شامل آن نمی‌شود.^۳

ج) در صورت اجرای این قاعده عقد منفسخ می‌شود، در حالی که انفساخ استنصاع در صورت تلف مصالح، خلاف ارتکاز عرفی است.

د) حتی چنانچه اجرای قاعده تلف قبل از قبض را درست بدانیم، این قاعده اختصاص به بیع ندارد و در صورت اجاره دانستن پیمان نیز جاری می‌شود که به آن در قسمت اجاره پرداخته می‌شود.

ه) در مواردی که موضوع استنصاع یا به‌عبارت دیگر پیمان نوع سوم، کلی فی‌الذمه است، بسیاری از فقها معتقدند که استنصاع صرفاً در قالب بیع سلم جایز است. بیع سلم به معنای بیع کلی مدت‌دار در مقابل ثمن نقد است.^۴ این عده از فقها استنصاع را به صورتی غیر از بیع سلم باطل می‌دانند؛ زیرا در استنصاع، تعهد صانع به تحویل، موجد است و بیع کلی فی‌الذمه به نحو مؤجل، صرفاً از طریق بیع سلم امکان‌پذیر است. بنابراین با توجه به اینکه مشهور فقها پرداخت ثمن در مجلس عقد را شرط صحت سلم می‌دانند،^۵ بنابراین تحلیل استنصاع براساس بیع سلم منتهی به محدود نمودن این عقد به مواردی می‌شود که ثمن در مجلس عقد تسلیم شود؛^۶ در حالی که اکثریت قریب به اتفاق عقود استنصاع شرایط سلم را ندارند؛ زیرا در بسیاری از موارد روش پرداخت در قرارداد به‌صورت پیشرفت تدریجی^۷ و یا به‌صورت نقطه عطف^۸ مشخص می‌شود. بنابراین نمی‌توان توصیف حقوقی آنها را با بیع توجیه کرد. هرچند این ایراد به دلیل عدم وجود این شرط در مواد قانونی و نیز عدم ملازمه بیع کلی مؤجل و بیع سلم در برخی متون فقهی^۹ قابل رد به نظر می‌رسد.

۲- وقوع استنصاع یا پیمان نوع سوم بر عین: دلیل دیگری که از سوی طرفداران بیع مطرح می‌شود، آن است که

^۱ امامی خوانساری، محمد، *الحاشیه علی المکاسب*، قم: بی‌نا، ۵۱۳، ش، ص ۳۹۶.

^۲ حائری شاه‌باغ، سیدعلی، *شرح قانون مدنی*، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۳۵۴؛ امامی، حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۰، ص ۴۴۱.

^۳ حیاتی، علی عباس، *حقوق مدنی ۶*، تهران: میزان، ۱۳۹۸، ص ۴۹.

^۴ خمینی، روح‌الله، *تحریر الوسیله*، جلد ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۶، ص ۵۱۷.

^۵ همان منبع، ص ۵۷۹.

^۶ هاشمی‌شاهرودی، محمود، منبع پیشین، صص ۱۶ و ۲۰.

^۷ مراجع و فقیهان، استفتائات پیرامون عقد استنصاع، جمع‌آوری شده توسط محمدتقی نظریور، ک: کمیجانی و نظریور، *مجله علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی*، ۱۳۷۸، شماره ۳۰.

^۸ Milestone

نقطه عطف مرحله‌ای از پروژه است که دارای ارزش اقتصادی مستقل است.

^۹ هاشمی‌شاهرودی، محمود، منبع پیشین، ص ۴۶.

استصناع بر عین واقع می‌شود^۱ و نه بر عمل. بنابراین بیع را می‌توان منطبق بر آن دانست، در حالی که اجاره بر عمل واقع می‌شود و قابلیت انطباق بر استصناع را ندارد. اما در پاسخ باید گفت با توجه به اینکه بسیاری از فقها و حقوق‌دانان به نظر مخالف معتقدند و موضوع استصناع را عمل و شیء^۲ یا صرف عمل می‌دانند،^۳ این استدلال نیز قابل اتکا نیست. بنابراین تعیین بیع به‌عنوان توصیف حقوقی پیمان امکان‌پذیر نیست؛ چراکه از یک طرف برخی از انواع پیمان از جمله پیمان‌های مدیریت و پیمان‌های خرید مصالح کاملاً خارج از قلمرو بیع قرار می‌گیرند و لذا بیع پوشش‌دهنده انواع پیمان نیست و از طرف دیگر ابتدا باید به دنبال انطباق یک عقد بر کلیه انواع پیمان باشیم تا گرفتار شدن در تفاوت‌های ناشی از انطباق بر عقود مختلف بر پیچیدگی‌های موجود نیفزاید.

باید اذعان کنیم در مواردی که موضوع قرارداد، مال موجود نیمه‌تمام و سفارش اتمام آن است و مالکیت مال نیمه‌تمام نیز متعلق به پیمانکار است، احکام و آثار عقد را می‌توان با بیع توجیه کرد^۴ و آن را بیع با شرط اجیر بودن سازنده در اتمام کار دانست. اجیر بودن سازنده در اتمام کار که به‌عنوان شرط ذکر می‌شود، خود یک پیمان است. در این حالت تمرکز سفارش‌دهنده بر عین است و نه عمل و بنابراین اساساً عقد اصلی، پیمان نیست؛ زیرا پیمان عقدی است که بر عمل واقع می‌شود و تمرکز آن بر عمل صنعتگر است. در سایر موارد که مال موجودی برای تکمیل وجود ندارد، عقد اصلی نیز پیمان است.

۳.۳. عقد اجاره

علی‌رغم آنکه در متون حقوقی بدون پرداختن به تفکیک انواع پیمان به توصیف حقوقی آن اشاره می‌کنند و آن را استصناع، بیع^۵، اجاره اشخاص، جعاله، ترکیبی از عقود، عقدی مستقل^۶ و یا عقدی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دانند^۷، باید گفت که در خصوص توصیف حقوقی قراردادهای نوع اول و دوم تردیدی وجود ندارد؛ چراکه موضوع و تعریف آن به‌طور کامل در چارچوب اجاره اشخاص جای می‌گیرد. اما با توجه به اینکه در قراردادهای نوع سوم، تهیه مصالح برای انجام دادن موضوع پیمان بر عهده پیمانکار است، توصیف حقوقی این گروه از قراردادها به دلیل ترکیب میان تملیک عمل و شیء و تداخل آن با موضوع بیع، با پیچیدگی بیشتری روبه‌رو است.

شبهات‌های قابل تأمل اجاره اشخاص و پیمان، ما را به انطباق این دو بر هم هدایت می‌کند، اما برای اثبات این انطباق، کنکاش در فقه و آرای متفاوت فقهی لازم است تا اختلافات موجود در خصوص تفاوت برخی از آثار و قواعد این دو، خدشه‌ای بر استحکام این نظر وارد نسازد. اشکالاتی که ممکن است از جانب مخالفان انطباق مطرح شود عبارت‌اند از: اشکال اول: رابطه کارفرما با مصالحی که پیمانکار در ساخت به کار می‌برد با اجاره اشخاص قابل توجیه نیست. در پاسخ به این اشکال باید گفت رابطه میان کارفرما و مصالح با اجاره اشخاص قابل توجیه است؛ زیرا هر شخصی قادر است در قالب اجاره اشخاص، انجام دادن اعمال حقوقی از جمله بیع مصالح را به اجیر واگذار کند و نه فقط منعی برای

^۱ سیفی زیناب، غلامعلی و منصوره حسن‌زاده، «استصناع در فقه و حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵، ۱۳۸۸، ص ۱۷۱.

^۲ آیتی، محمدرضا، آل بویه، علی، منبع پیشین، ص ۳۶.

^۳ الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام، منبع پیشین، ص ۳۸۴.

^۴ صادقی، محمد، منبع پیشین، ص ۴۰.

^۵ آیتی، محمدرضا، آل بویه، علی، منبع پیشین، صص ۱۰۹.

^۶ نظریور، منبع پیشین، ص ۱۶۳؛ صادقی و گودرزی، منبع پیشین، ص ۱۷۷.

^۷ بشیری، منبع پیشین، ص ۳۵.

استفاده از این قالب حقوقی، موجود نیست، بلکه شواهد متقنی نیز بر درستی آن وجود دارد. برای مثال، انعقاد اجاره اشخاص برای انجام حیات مباحات، یکی از بحث‌های متداول در فقه است^۱ و این امر به روشنی بر استدلال فوق صحه می‌گذارد. لذا می‌توان پیمان را اجاره اشخاص دانست که موضوع آن عبارت است از اجاره شخص برای تهیه مصالح و ساخت. از طرف دیگر، بند ۷۲-۳ ماده ۷۲ شروط عمومی قراردادهای ای‌پی‌سی^۲ موضوع بخشنامه شماره ۵۴/۷۱۰۵-۱۰۵/۱۸۹۲۹ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۱۴ و نیز بند ۷-۷ ماده هفت^۳ شروط عمومی پیمان‌های طرح و ساخت موضوع بخشنامه شماره ۱۰۱/۸۵۴۲۸ مورخ ۱۳۸۴/۵/۱۵ حاکی از اجیر بودن یا وکالت پیمانکار در تهیه مصالح است؛ چراکه در این مواد به صراحت زمان مالکیت کارفرما نسبت به تجهیزات و مصالح، زمان بارگیری و بسته‌بندی یا هنگام تحویل به کارگاه و یا زودتر از آن اعلام شده است، نه زمان تحویل پروژه به کارفرما.

اشکال دوم: اجرای قاعده تلف مبیع قبل از قبض با اجیر دانستن پیمانکار در تعارض است.

طبق این اشکال، چنانچه پیمانکار را اجیر در خرید مصالح بدانیم، بلافاصله پس از بیع و تسلیم مصالح به پیمانکار توسط فروشنده، ریسک و ضمان به مستأجر یا همان کارفرما منتقل می‌شود؛ زیرا وی مالک حقیقی است و مصالح صرفاً در ید پیمانکار امانت است. بنابراین چنانچه مصالح بدون تعدی و تفریط پیمانکار تلف شود، تلف از مال مستأجر (کارفرما) است و وی ملزم به پرداخت ثمن به اجیر (پیمانکار) خواهد بود. در حالی که عرف در این خصوص قائل به جاری شدن قاعده تلف قبل از قبض است و کارفرما را متعهد به پرداخت ثمن مال تلف شده نمی‌داند. در پاسخ به اشکال فوق باید گفت:

الف) همان‌طور که در قسمت بیع بیان گردید، با توجه به صراحت مواد شروط عمومی پیمان بسیاری از پیمان‌های رایج، اساساً درستی وجود این عرف مورد تردید است.

ب) قضاوت عرف بر تلف مبیع قبل از قبض و ارتکاز عرفی بر آن، نه تنها با اجاره دانستن پیمان مغایرتی ندارد، بلکه یکی از آثار اجاره به شمار می‌رود. صرف‌نظر از آنکه وجود عرف مذکور مستنداً مورد تردید است، حتی چنانچه وجود این عرف را بپذیریم، این امر با اجاره دانستن پیمان مغایرتی ندارد؛ زیرا با دقت در فقه آشکار می‌شود که بسته به اینکه در خصوص زمان تسلیم عمل در اجاره اشخاص کدام نظر را بپذیریم، استدلال‌های متفاوتی قابل تصور است. از نظر بسیاری از فقها چنانچه نتیجه عمل اجیر به گونه‌ای است که پس از به وجود آمدن از بین می‌رود، مانند نماز خواندن یا حج^۴، انجام دادن عمل به منزله تسلیم عمل است^۵ و چنانچه عمل اجیر به گونه‌ای باشد که فقط نیاز به فعالیت او داشته باشد و نتیجه این فعالیت حالتی است که در اموال صاحبکار ایجاد می‌شود،^۶ در این صورت دو حالت قابل تصور است: اول آنکه ملک مستأجر در ید اوست و دوم آنکه ملک مستأجر در ید اجیر امانت است. در حالت اول به نظر بسیاری از فقهای امامیه انجام دادن عمل به منزله تسلیم عمل است؛^۷ زیرا چنانچه ملک مستأجر در ید خود اوست، بدیهی است که نتیجه عمل اجیر که در

^۱ خمینی، روح‌الله، منبع پیشین، ص ۶۲۰؛ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰، ص ۱۴۷.

^۲ بند ۷۲-۳ ماده ۷۲: «با وجود انتقال مالکیت مصالح و تجهیزات به کارفرما از زمان بسته‌بندی و یا بارگیری، مسئولیت مراقبت از تمام تجهیزات و مصالح طبق بند ۷۲-۱ به عهده پیمانکار است.»

^۳ بند ۷-۷: «هر قلم از تجهیزات و مصالح، تا جایی که با قوانین کشور سازگار باشد و بدون خدشه و فارغ از هر مانع دیگر در زمان زودتر از زمان‌های زیر، متعلق به کارفرما می‌شود: الف- هنگام تحویل به کارگاه، ب- زمانی که طبق ماده ۸-۱۰ محق به دریافت بهای تجهیزات و مصالح می‌شود.»

^۴ فاضل موحدی لنگرانی، محمد، تفصیل الشریعه، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار، ۱۳۸۱، ص ۲۵۱.

^۵ نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام، جلد ۱۴، قم: دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۹۷.

^۶ خمینی، روح‌الله، منبع پیشین، ص ۶۱.

^۷ نجفی، محمدحسن بن باقر، منبع پیشین، ص ۱۹۷.

شیء تجلی پیدا کرده نیز در ید مستأجر است و تسلیم به صرف اتمام عمل محقق می‌شود. اما در خصوص حالت دوم در حالی که برخی اتمام عمل را به منزله تسلیم می‌دانند،^۱ عده‌ای دیگر معتقدند که تسلیم محل عمل به مستأجر شرط تحقق تسلیم است.^۲ چراکه در حالت دوم از آنجا که شیء در ید اجیر است و لذا مستأجر هیچ‌گونه قدرت و تسلطی نسبت به آن ندارد، به نظر می‌رسد که صرف اتمام عمل را نمی‌توان به معنای تسلیم دانست و تسلیم عمل زمانی محقق می‌شود که شیئی که عمل در آن متجلی شده، تسلیم مستأجر شود. توضیح آن که تسلیم عمل یعنی تسلیم عمل خرید مصالح با تحویل شیء خریداری شده به مستأجر انجام می‌شود؛ چراکه قبل از آن، مستأجر هیچ‌گونه تسلطی بر عمل انجام‌شده ندارد.^۳

در پاسخ به این سؤال که در حالت دوم تسلیم یا به عبارت دیگر مبدأ انتقال ضمان چه زمانی است باید گفت، بسته به آنکه کدام نظر را بپذیریم، پاسخ متفاوت است. اگر زمان تسلیم را زمان انجام یافتن عمل بدانیم، به محض انجام دادن عمل، یعنی به محض اقدام اجیر به خرید مصالح، تعهد وی در خصوص تهیه مصالح انجام شده و موضوع این تعهد به قبض مستأجر در آمده است. در این حالت، در صورت تلف مصالح پس از تهیه، تلف قبل از قبض فاقد موضوعیت است؛ زیرا موضوع اجاره خرید مصالح بوده، نه تحویل آن به مستأجر و این موضوع نیز انجام شده است. لذا عدم مسئولیت مستأجر در خصوص تلف با قاعده تلف قبل از قبض قابل توجیه نیست. اما اگر نظریه تسلیم محل عمل را بپذیریم، در موردی که خرید مصالح بر عهده اجیر قرار دارد و محل عمل یعنی مصالح، قبل از تحویل شیء به مستأجر تلف می‌شود، تلف شیء به‌عنوان متعلق عمل، به‌منزله تلف عمل است و قاعده تلف قبل از قبض در اینجا نیز جاری می‌شود. این امر در پیمان نوع سوم که تهیه مصالح را بر عهده پیمانکار قرار می‌دهد نیز قابل تصور بوده و تطبیق بر آن ممکن است. لذا با پذیرش نظر اخیر در خصوص زمان تسلیم عمل، دیدگاه برخی از حقوق‌دانان مبنی بر وجود عرف در خصوص عدم مسئولیت کارفرما به پرداخت قیمت، منطبق بر قواعد اجاره است.

اشکال سوم: سومین اشکال آن است که پیمان‌ها به لحاظ لزوم درج شروط خاص در آنها،^۴ عقود معین مستقلی هستند؛ زیرا شروط عمومی پیمان در قراردادهای دولتی الزامی است، در حالی که این شروط جزء آثار و شروط اجاره اشخاص نیستند.

در پاسخ به این اشکال باید گفت شروط عمومی پیمان صرفاً مفاد فرعی عقد هستند که در پیمان‌های دولتی بر حسب نوع ابلاغ سازمان برنامه و بودجه، ممکن است الزاماً به این عقد اضافه شوند. این الزام به دلیل مصالح خاص ساری در حقوق عمومی است. شروط قرارداد فرع بر عقد هستند و تعیین‌کننده توصیف حقوقی عقد نیستند و آن را به عقد دیگری تبدیل نمی‌کنند. تنها شروط خلاف مقتضای ذات عقد و شروط مجهول بر سرنوشت عقد تأثیرگذارند و در آنجا نیز آن را

^۱ همان منبع، ص ۱۹۷؛ اصفهانی، ابوالحسن، *وسيلة النجاة*، جلد ۲، قم: مهر استوار، ۱۳۹۳، ص ۹۷.

^۲ همان منبع، ص ۵۴؛ همان منبع، ص ۹۷.

^۳ چنانچه فرد برای خیاطی و امثال آن اجیر شده باشد، در صورتی که در زمان اقدام به تعهد، عینی را که به او سپرده شده، اتلاف کند، ضامن است؛ زیرا تخصص این افراد و ادعای ایشان به وجود تخصص بدین معناست که نتیجه، یعنی اصلاح، را برعهده گرفته‌اند (یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، *العروة الوثقی*، جلد ۲، بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ هـ ق، ص ۶۰۱؛ حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، منبع پیشین، ص ۱۴۸؛ طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، جلد ۳، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، تهران: ۱۳۸۷ هـ ق، ص ۲۴۳) و نه صرف عمل، بنابراین در صورت عدم اصلاح و به طور مثال خراب شدن پارچه هنگام عمل، از یک طرف موضوع تعهد انجام نگرفته است و از طرف دیگر ایشان به دلیل عمل بدون وجود تخصص لازم، به نوعی تجاوز از حدود اذن (حلی، محقق، منبع پیشین، ص ۱۴۸) نموده‌اند و این باعث ضمان وی نسبت به عین تلف یا معیوب شده است.

^۴ طباطبائی مومتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۴، ص ۲۳.

به عقد دیگری تبدیل نمی‌کنند، بلکه موجب بطلان عقد می‌شوند. از طرف دیگر الزامی بودن درج شروط عمومی در پیمان دولتی، این شروط را به بدنه و مفاد اصلی عقد تبدیل نمی‌کند و لذا این الزام موجب تفاوت توصیف حقوقی پیمان دولتی و خصوصی و تبدیل آن به یک عقد معین دیگر نمی‌شود؛ زیرا تعریف عقد معین عبارت است از عقدی که در قانون عنوان معینی دارد و شرایط و آثار آن توسط قانون‌گذار مشخص شده است^۱ و الزامی بودن درج شروطی خاص در پیمان‌های دولتی، آن را مشمول تعریف عقد معین قرار نمی‌دهد. اشکال چهارم: در پیمان، اعیان به کارفرما تملیک می‌شود، درحالی‌که اجاره تملیک منافع است و نه تملیک اعیان. این اشکال نیز قابل رد است، با این استدلال که موضوع اجاره و تعهد اجیر عبارت است از مجموع ساخت، تملیک و تسلیم شیء ساخته شده، به‌گونه‌ای که عدم انجام هر یک از اجزای این مجموع، منجر به عدم تعلق اجرت به سازنده خواهد شد.^۲ از طرف دیگر عقودی که منجر به تملیک می‌شوند، منحصر در بیع نیست و عقودی چون اجاره نیز می‌توانند افادۀ تملیک نمایند.

اشکال پنجم: پنجمین اشکالی که ممکن است مطرح شود آن است که اجاره یک عقد تملیکی است و لذا پس از انعقاد عقد، اجیر تعهدی جز در خدمت بودن ندارد و بهره‌برداری از این خدمت بر عهده مستأجر است. درحالی‌که در پیمان، پیمانکار تعهد بر انجام دادن عمل را دارد و وظیفه بهره‌برداری بر عهده کارفرما نیست.

به نظر می‌رسد از نظر عدم وجود وظیفه بهره‌برداری نیز میان اجاره و پیمان تفاوتی نیست؛ زیرا می‌توان گفت در صور مختلف اجاره اشخاص نیز مستأجر وظیفه بهره‌برداری را بر عهده ندارد. به عبارت دیگر اگرچه اجاره از عقود تملیکی است و منافع اجیر به محض انعقاد عقد به مستأجر منتقل می‌شود، اما این امر نافی تعهد اجیر به تسلیم منافع تملیک شده نیست.^۳ بنابراین هم اجیر و هم پیمانکار تعهد بر تسلیم منفعت تملیک شده دارند و این امر مستلزم مطالبه از جانب مستأجر یا کارفرما نیست. این تعهد اجیر هم در زمانی که نتیجه خاصی را بر عهده گرفته است وجود دارد و هم در زمانی که صرفاً ارائه خدمت در زمان معین را بر عهده گرفته است.

بنابراین با توجه به امکان شمول اجاره نسبت به همه انواع پیمان، به نظر می‌رسد می‌توان این عقد را به‌عنوان توصیف حقوقی پیمان پذیرفت.

از جمله پیامدهای توصیف حقوقی درست پیمان و اجاره دانستن آن، تعیین سرنوشت این عقد است. اهمیت توصیف حقوقی تا جایی است که می‌تواند موجب رأی به بطلان یا برعکس، رأی به صحت پیمان شود. به‌عنوان مثال چنانچه پیمان را بیع بدانیم، بسیاری از پیمان‌ها باطل خواهند بود؛ چراکه همان‌طور که در قسمت بیع بیان شد، اکثریت قریب به اتفاق پیمان‌ها، شرایط سلم را ندارند؛ زیرا در بسیاری از موارد، روش پرداخت در قرارداد به صورت پیشرفت تدریجی یا به‌صورت نقطه عطف مشخص می‌شود. اما چنانچه پیمان را اجاره اشخاص بدانیم، عدم وجود مال در زمان انعقاد پیمان و نیز عدم پرداخت مبلغ در زمان عقد تأثیری در صحت آن ندارد و از بطلان بسیاری از پیمان‌ها جلوگیری می‌شود.

اثر دیگری که بر اجاره دانستن پیمان مترتب می‌شود آن است که می‌توان تعدیل مبلغ پیمان درخصوص مصالح مورد نیاز را به‌مثابه مقتضای اطلاق عقد اجاره پذیرفت؛ زیرا پرداخت قیمت مصالح بر عهده مستأجر است و پیمانکار صرفاً اجیر

^۱ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰، ص ۹۵.

^۲ هاشمی‌شاهرودی، محمود، منبع پیشین، ص ۵۳.

^۳ خمینی، روح‌الله، منبع پیشین، ص ۶۱؛ نجفی، محمدحسن بن باقر، منبع پیشین، ص ۱۹۷؛ اصفهانی، ابوالحسن، منبع پیشین، ص ۹۷.

در تهیه مصالح و ساخت است. لذا با اجاره دانستن پیمان، پذیرش تعدیل قیمت مصالح نیز از آثار عقد است. لازم به ذکر است در عرف، پیمانکار، اجیر محسوب نمی‌شود؛ زیرا پیمانکار برخلاف اجیر در نحوه اجرای کار آزاد است و در بسیاری از موارد دستورهایی از سوی وی صادر می‌شود. درحالی‌که اجیر متعهد به انجام موضوع عقد طبق شیوه و دستورهایی مستأجر است. درواقع عرف، اجیر را مساوی خدمه و کارگر (موضوع بند ۱ ماده ۵۱۳ ق.م) می‌داند، اما طبق ماده ۱۱ قانون مالیات، متصدی حمل و نقل یکی از انواع پیمانکاران است و صراحتاً مشمول بند ۲ ماده ۵۱۳ است، اما عرف آن را اجیر محسوب نمی‌کند. از طرف دیگر پیمانکار برخلاف خدمه و کارگر، درباره پیمانکاران فرعی، امر نیز هست. هر چند پیمانکار اصلی در خصوص پیمانکاران فرعی، کارفرما محسوب می‌شود و بنابراین این قلمداد عرف صحیح نیست.

۴. بررسی امکان انطباق قرارداد پیمان بر عقود مختلط یا مرکب

عده‌ای بدون تفکیک میان انواع پیمان، آن را ترکیبی از بیع و اجاره اشخاص، اجاره و وکالت یا اجاره و وکالت و بیع می‌دانند،^۱ اما از یک طرف وجود عقود مختلط در نظام حقوقی ما روشن نیست^۲ و تحقق اراده طرفین بر وقوع دو یا سه عقد در زمان انعقاد پیمان نیز برخلاف ارتکاز عرفی است^۳ و از طرف دیگر تطبیق همه انواع پیمان بر یک عقد امکان‌پذیر است و گرفتار کردن نظام حقوقی در پیچیدگی ناشی از ترکیبی دانستن عقد قابل توجیه نیست.

۵. بررسی امکان انطباق قرارداد پیمان بر عقود نامعین

اغلب حقوق‌دانان پیمان را عقدی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دانند.^۴ مهم‌ترین دلیل آن است که به اعتقاد ایشان، احکامی مانند وجود مدت در قرارداد، عدم پرداخت ثمن در مجلس عقد، ضمان پیمانکار در صورت تلف مال قبل از تسلیم و لزوم پیمان، فقط با عقد نامعین قابل توجیه است. اما توجیه برخی از احکام فوق حتی در صورت نامعین دانستن پیمان، نیازمند توسل به شرط ضمنی یا صریح در قرارداد است، درحالی‌که توسل به این شروط نه فقط در اجاره نیز امکان‌پذیر است، بلکه برخی از این احکام از جمله جاری شدن قاعده تلف قبل از قبض، لزوم عقد و وجود مدت، از آثار اجاره‌اند. از طرف دیگر انطباق بدون مبنای این ماده بر پیمان، جایگاه کلیه عقود معین را متزلزل خواهد کرد؛ زیرا این ماده چنان کلی تنظیم شده است که تمامی عقود موجود در عالم اعتبار را شامل می‌شود، بدون اینکه به آثار آنها اشاره‌ای کند. اما صرف نظر از ایرادات اساسی وارده بر این نظر، از جمله آنکه رابطه عقود معین و نامعین در قانون ما یک رابطه طولی است و بنابراین استفاده از قالب ماده ۱۰، فقط در حالتی مجاز است که عقد مورد نظر طرفین در قالب هیچ‌یک از عقود معین نگنجد،^۵ حتی چنانچه بدون توجه به مبنای حقوقی، حکومت این ماده را بر پیمان بپذیریم، عملاً پاسخگوی اختلافات ناشی از سکوت قرارداد نیست؛ زیرا به آثار عقد نمی‌پردازد. بنابراین پذیرش اینکه قانون‌گذار سرنوشت خلأهای قرارداد مهمی چون پیمان را به ماده ۱۰ قانون مدنی بسپارد، دور از ذهن است. وظیفه حقوق‌دان آن است که ابتدا با توسل به امکانات و ابزارهای حقوقی موجود به حل معضلات حقوقی بپردازد و سپس قانون‌گذار را از خلأهای موجود در نظام

^۱ خورسندیان، محمدعلی، «تمایز مقاطعه‌کاری و بیع»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره ۳۴، ۱۳۸۴، ص ۱۳۹.

^۲ شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷، ص ۱۱۶.

^۳ هاشمی‌شاهرودی، منبع پیشین، ص ۵۴؛ هاشمی‌شاهرودی، محمود، منبع پیشین، صص ۲۰ و ۲۱.

^۴ بشیری، عباس و دیگران، منبع پیشین، ص ۳۱.

^۵ مصطفوی، سیدمصطفی و سیدعلی‌اصغر رحیمی، «قرارداد پیش‌فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره ۳۱، صص ۱ و ۲.

حقوقی آگاه ساخته و با تحلیل دقیق و ارائه پاسخ صریح و بدون مناقشه، وی را در خلق قانون و اصلاح آن یاری رساند. بنابراین در خصوص توصیف حقوقی پیمان ابتدا باید به دنبال انطباق یکی از عقود معین مندرج در قوانین بر این عقد بود و صرفاً در صورت شکست کلیه تلاش‌ها می‌توان به ماده ۱۰ قانون مدنی متوسل شد. لذا از آنجا که امکان انطباق پیمان بر اجاره وجود دارد، انطباق آن بر ماده ۱۰ قانون مدنی موجه نیست.

بنابراین گرچه نظرات متفاوتی در توصیف حقوقی پیمان وجود دارد، اما اجاره اشخاص را می‌توان به‌عنوان یکی از مستدل‌ترین نظریات پذیرفت و اظهار کرد که کلیه پیمان‌ها در قالب اجاره منعقد می‌شوند.

نتیجه‌گیری

قراردادهای پیمان بر حسب موضوع به سه نوع قابل تقسیم‌اند: اول عقودی که در آن تهیه مصالح بر عهده پیمانکار نیست. اعم از اینکه تهیه مصالح بر عهده کارفرما قرار گیرد یا موضوع پیمان اعم از ساخت و غیرساخت مستلزم تهیه مصالح نباشد. دوم عقودی که موضوع آن تهیه مصالح است و سوم عقودی که تهیه مصالح برای انجام دادن موضوع پیمان را بر عهده پیمانکار قرار می‌دهد.

علی‌رغم آنکه در متون حقوقی بدون پرداختن به تفکیک انواع پیمان، به توصیف حقوقی آن اشاره می‌کنند و آن را استصناع، بیع، اجاره اشخاص، ترکیبی از عقود یا عقدی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دانند، اما باید گفت در خصوص توصیف حقوقی پیمان‌های نوع اول و دوم تردیدی وجود ندارد؛ چراکه موضوع و تعریف آن به‌طور کامل در چارچوب اجاره اشخاص جای می‌گیرد، اما با توجه به اینکه در قراردادهای نوع سوم، تهیه مصالح برای انجام دادن موضوع پیمان بر عهده پیمانکار است، توصیف حقوقی این گروه از قراردادها به دلیل ترکیب میان تملیک عمل و شیء و تداخل آن با موضوع بیع، با پیچیدگی بیشتری روبه‌رو است. اگرچه شباهت‌های استصناع فقهی با این نوع از پیمان غیرقابل‌انکار است، با توجه به عدم امکان انطباق این عقد بر سایر انواع پیمان، اجاره تنها عقد معینی است که علاوه بر حضور در قانون، می‌تواند پوشش‌دهنده انواع پیمان و در نتیجه پاسخگوی خلأهای مربوط به این عقد باشد.

لازم به ذکر است در مواردی که موضوع قرارداد، مال موجود نیمه‌تمام و سفارش اتمام آن است، در این صورت با توجه به معین بودن مال نیمه‌تمام و سفارش اتمام آن، احکام و آثار عقد را می‌توان با بیع توجیه کرد؛ زیرا چنانچه موضوع عقد اتمام یک شیء یا طرح نیمه‌تمام است، درحالی‌که مال نیمه‌تمام موجود، تحت مالکیت سفارش‌دهنده نیست، می‌توان آن را بیع با شرط اجیر بودن سازنده در اتمام کار یا همان بیع با شرط پیمان دانست؛ چراکه در این حالت تمرکز سفارش‌دهنده بر عین است و نه عمل و بنابراین اساساً نمی‌توان قرارداد اصلی را پیمان محسوب کرد. بنابراین حتی پیمان‌های نوع سوم نیز مشمول عنوان اجاره اشخاص و قواعد مربوط به آن قرار می‌گیرند.

منابع

فارسی

کتاب

۱. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۰.
۲. بشیری، عباس و دیگران، *شرایط عمومی، خصوصی و مکاتبات پیمان در مقررات و رویه قضایی*، تهران: انتشارات جاودانه، ۱۳۹۳.
۳. جناتی، محمد ابراهیم، *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، تهران: کیهان، ۱۳۷۰.

۴. حائری شاه باغ، سیدعلی، **شرح قانون مدنی**، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶.
۵. حداد، جواد و حمید حسین‌زاده، **قراردادهای همسان پیمانکاری، مشاوره، سرمایه‌گذاری**، تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۵.
۶. حمیدپور رازیان، رسول و محمد نوری، **بررسی ماهیت قراردادهای پیمان و پیمانکاری EPC**، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۷.
۷. حیاتی، علی عباس، **حقوق مدنی ۶**، تهران: میزان، ۱۳۹۸.
۸. داراب‌پور، مهرباب و محمدرضا داراب‌پور، **حقوق و مسئولیت‌های فرا قراردادی مهندسان**، جلد ۲، تهران: جنگل، ۱۳۹۴.
۹. شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادهای و تعهدات**، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
۱۰. شیروی، عبدالحسین، **قراردادهای بی‌اوتی**، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۱۱. صادقی، محمد، **قرارداد سفارشی ساخت در فقه و حقوق ایران**، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳.
۱۲. طباطبائی مومتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۴.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، **عقود معین**، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادهای**، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.
۱۵. لاجوردی، سیدعرفان و علی حیدری، **قراردادهای صنعتی**، مشهد: میزان، ۱۳۹۲.
۱۶. میلانی‌زاده، علیرضا، دادگری، لیلا، **قراردادهای طرح و ساخت**، تهران: مهرآفاق، ۱۳۹۳.
۱۷. میلانی‌زاده، علیرضا، **شرایط عمومی و خصوصی پیمان**، مشهد: مهرآفاق، ۱۳۹۴.
۱۸. هاشمی شاهرودی، محمود، **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)**، جلد ۱، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۳۸۲.

پایان نامه

۱۹. حسن‌زاده، بهنام، «عقد استصناع در حقوق ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی دامغان، ۱۳۹۳.

مقاله

۲۰. آیتی، سیدمحمدرضا و علی آل بویه، «بررسی فقهی قرارداد استصناع در بازار بورس»، **پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی**، ۱۳۸۹، شماره ۵، صص ۱۹ و ۳.
۲۱. خورسندیان، محمدعلی، «تمایز مقاطعه کاری و بیع»، **فصلنامه مدرس علوم انسانی**، ۱۳۸۳، شماره ۳۴، صص ۱۳۹.
۲۲. سیفی زیناب، غلامعلی و منصوره حسن‌زاده، «استصناع در فقه و حقوق ایران»، **مجله تحقیقات حقوقی**، ۱۳۸۸، شماره ۵، صص ۱۷۱.
۲۳. صادقی، محسن و حبیب‌گودرزی، «بررسی قراردادهای بین‌المللی طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت با نگاهی به جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، **فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، ۱۳۸۷، شماره ۲، صص ۱۷۳-۱۸۹.
۲۴. مصطفوی، سیدمصطفی و سیدعلی‌اصغر رحیمی، «ماهیت قرارداد پیش فروش ساختمان در حقوق ایران و فقه امامیه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۸۹، شماره ۳۱، صص ۲.
۲۵. موسویان، سیدعباس و احسان بازوکار، «احکام و آثار فقهی-حقوقی عقد استصناع»، **فصلنامه بورس اوراق بهادار**، ۱۳۹۲، شماره ۲۱، صص ۳۴۶-۹.
۲۶. مومن، محمد، «استصناع»، **مجله فقه اهل بیت**، ۱۳۷۶، شماره ۱۱ و ۱۲، صص ۳۰.
۲۷. میرهادی‌تفرشی، غزاله و عزت‌الله عراقی، «تعدیل در قراردادهای پیمانکاری»، **فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری**، ۱۳۹۶، شماره ۳۱، صص ۱۷۹.
۲۸. نظری‌پور، محمدتقی، «استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع»، **فقه اهل بیت**، ۱۳۹۰، شماره ۶۶ و ۶۷، صص ۱۲۹.

۲۹. والی‌زاده، سودابه، داریوش والی‌زاده و علی پروری، «بررسی حقوقی قراردادهای BOT و EPC در پروژه‌های راهسازی»، فصلنامه علمی تخصصی مهندسی و مدیریت ساخت، ۱۳۹۶، شماره ۷، ص ۱۸.
۳۰. هاشمی‌شاهرودی، محمود، «استنناع»، نشریه فقه اهل بیت، ۱۳۷۸، شماره ۱۹ و ۲۰، صص ۱۶ و ۲۱.

عربی

کتاب

۳۱. ابن بابویه، محمد بن علی، **المقنع**، قم: موسسه پیام امام الهادی، ۱۴۱۵.
۳۲. اصفهانی، ابوالحسن، **وسيله النجاه**، جلد ۲، قم: مهر استوار، ۱۳۹۳.
۳۳. امامی‌خوانساری، محمد، **الحاشیة على المكاسب**، قم: بی‌نا، ۵۱۳ ش.
۳۴. انصاری، محمد علی، **الموسوعة الفقهية الميسرة**، جلد ۲، قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۸.
۳۵. آل عصفور، حسین بن محمد، **الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع**، جلد ۱۱، قم: المیزرا آل عصفور، قرن ۱۳.
۳۶. حلّی، حسن بن یوسف، **ارشاد الاذهان الی احکام الایمان**، ج ۱، قم: جماعه المدرسين فی الحوزه العلمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
۳۷. حلّی، یحیی بن سعید، **الجامع للشرایع**، قم: موسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۳۸. حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ ق.
۳۹. خمینی، روح الله، **تحریر الوسیله**، جلد ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۶.
۴۰. خوئی، ابوالقاسم، **منهاج الصالحین**، جلد ۱، قم: نشر مدینه‌العلم، ۱۴۱۰ ق.
۴۱. خوئی، سید ابوالقاسم، **توضیح المسائل**، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ هـ ق.
۴۲. رشید، عبدالکریم احمد، **التشامل فی معاملات و عملیات المصارف الاسلامیه**، اردن: دارالتفاس، ۲۰۰۷.
۴۳. السرخسی، محمد، **المبسوط**، جلد ۱۲، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۴.
۴۴. سنهوری، عبدالرزاق احمد، **الوسیط فی الشرح القانون المدني**، جلد ۷، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۵۲.
۴۵. طبرسی، فضل بن حسن، **الموتلف من المختلف بین ائمه السلف**، مشهد: نشر آستانه الرضویه المقدسه، ۱۴۱۰ ق.
۴۶. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، **الخلاف**، جلد ۳، قم: موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۱۱.
۴۷. طوسی، محمد بن حسن، **المبسوط فی فقه الامامیه**، جلد ۲، تهران: مکتبه المرتضویه، ۱۳۷۸.
۴۸. علوی گرگانی، محمد علی، **التعلیقہ علی تحریر الوسیله**، جلد ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۴.
۴۹. فاضل موحّدی لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعه**، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار، ۱۳۸۱.
۵۰. موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، **موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت**، جلد ۱۱، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.
۵۱. موسوی روضاتی، احمد، **اجماعاء فقهاء الامامیه**، جلد ۲، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۲۳ ق.
۵۲. نجفی، محمد حسن بن باقر، **جواهر الکلام**، جلد ۱۴، قم: دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۱.
۵۳. هاشمی‌شاهرودی، محمود، **المعجم الفقهي لکتب الشیخ الطوسی**، جلد ۱، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۴۲۴ ق.
۵۴. هاشمی‌شاهرودی، محمود، **کتاب الاجاره**، جلد ۱، قم: موسسه الفقه و معارف اهل البيت، قم، ۱۴۳۳ ق.
۵۵. یزدی، محمد کاظم، **العروه الوثقی**، جلد ۵، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲.
۵۶. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، **العروه الوثقی**، ۲ جلدی، جلد ۲، بیروت لبنان: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ هـ ق.

References

Books

1. Alavi-Gorgani, Mohammad Ali, Ta'aliq Al-Tahrir Al-Wasila, Vol. 1, Tehran: Institution for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini, 2015. (In Arabic)
2. Ale-Asfour, Hossein-Bin-Mohammed, Al-Anward Allva'ame fi Sharh Mufatih al-Shar'ee, vol. 11, Qom: Almirza Al-Osfour. (In Arabic)
3. Al-Sarakhsi, Muhammad, Al-Mabusut, Vol. 12, Beirut: Dar al-Kitab al-elamiya, 1993. (In Arabic)
4. Ansari, Muhammad Ali, Al-Musua'a al-Fiqhiyyah al-Misrah, vol. 2, Qom: Islamic Thought Academy, 1997. (In Arabic)
5. Bashiri, Abbas, and others, *General, private conditions and contract correspondence in regulations and judicial procedure*, Jangal Javdaneh, 2014. (In Persian)
6. Darabpour, Mehrab, Mohammadreza Darabpour, *Extra-Contractual Rights and Liabilities of Engineers*, vol. 2, Jangle Javdaneh, 2015. (In Persian)
7. Emami, Hassan, *Civil law*, Vol. 1, Ketabforoshi Islami, 1991. (In Persian)
8. Emami-Khansari, Muhammad, Al-Hashiya Alal-Makasib, Qom. (In Arabic)
9. Esfahani, Abul Hasan, Vasilato Al-Najah, Vol. 2, Qom: Mehr Ostvar, 1393. (In Arabic)
10. Fazil Movahdi Lankarani, Muhammad, Tafsil Alshari'ah, Qom: Center of Jurisprudence of Holy Imams, 2002. (In Arabic)
11. FIDIC. Condition of Contract for PLANT and Design-Build (yellow book), 1sted, Lausanne, 1999.
12. FIDIC. Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects (Silver Book), 1st ed., Lausanne, 1999.
13. Haddad, Javad, & Hamid Hossein-zadeh, *Contracting, consulting & investment similar contracts*, Dadgostar, 2016. (In Persian)
14. Haeri Shahbagh, Seyyed-Ali, *Description of civil law*, Vol. 1, Ganj-E- Danesh, 1997. (In Persian)
15. Hamidpour Razian, Rasul, & Mohammad Nouri, *Examining the nature of EPC contracts and contracts*, Jangale Javdaneh, 2018. (In Persian)
16. Hashemi Shahroudi, Mahmood, *Fiqh culture according to the religion of the Ahl al-Bayt*, Vol. 1, Institute of Islamic jurisprudence encyclopedia on the religion of Ahl al-Bayt, 2004. (In Persian)
17. Hashemi Shahroudi, Mahmood, Kitab Al-Ajarah, Vol. 1, Qom: Moasese al Fiqh and Maaref Ahl al-Bayt, Qom, 1433. (In Arabic)
18. Hashemi Shahroudi, Mahmood, *The Jurisprudential Dictionary of the Books of Sheikh Tusi*, Vol. 1, Qom: The Encyclopedia of Islamic Jurisprudence for the School of Ahl al-Bayt, 2003. (In Arabic)
19. Hashmi-Shahrodi, Mahmood, "Istisnaa", Fiqh - e - Ahl - e - Bait, Vol. 19 & 20, 2008. (In Arabic)
20. Hayati, Ali Abbas, *Civil law 6*, Mizan, 2019. (In Persian)
21. Helli, Hasan-bin-Yusuf, Irshad al-Azhan al-Ahkam al-Iman, vol.1, Qom: Varsity of Teachers in the Seminary of Qom, 1410. (In Arabic)
22. Helli, Mohaghegh, Najm al-Din, Jafar-Bin-Hassan, Shara'I Al- Islam in the Issues of the Halal and Haram, Vol.2, Qom: Ismailian Institute, 1987. (In Arabic)
23. Helli, Yahya-bin-Said, Aljamie Lilsharayie, Qom: Seyyed Al-Shohadah Al-Alamiya Institute, 1984. (In Arabic)
24. Ibn Babouyeh, Mohammad Bin-Ali, Al-Maqna, Qom: Payam Imam Al-Hadi Institution, 1994. (In Arabic)
25. Institute of Encyclopedia of Islamic Jurisprudence of Ahlul Bayt (pbuh), *Encyclopedia of Islamic Jurisprudence According to the Ahl al-Bayt School*, Vol. 11, Qom: Institute of Encyclopedia of Islamic Jurisprudence of Ahlul Bayt. (In Arabic)
26. Jannati, Mohammad Ebrahim, *Sources of ijthad from the point of view of Islamic religions*, Kayhan, 1991. (In Persian)
27. Katouzian, Naser, *General rules of contracts*, Vol. 3, Sahami Enteshar Company, 2001. (In Persian)
28. Katouzian, Naser, *Specified contracts*, Vol. 4, Sahami Enteshar Company, 2013. (In Persian)

29. Khoi, Abu al-Qasim, Minhaj al-Salehin, Vol. 1, Qom: Madinah-al-Alam, 1989. (In Arabic)
30. Khoi, Seyyed Abul Qasim, Tozih al-Masal, Qom: Ehya Asar Imam Al-Khoei Institute, 2001. (In Arabic)
31. Khomeini, Ruhollah, Tahrir al-Wasila, Vol. 1, Tehran: Institution for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini, 1997. (In Arabic)
32. Lajevardi, Seyed-Irfan, & Heydari, Ali, *Industrial contracts*, Mizan, 2013. (In Persian)
33. Milanizadeh, Alireza, & Leila Dadgari, *Design and construction contracts*, Mehr-E-Afaq, 2014. (In Persian)
34. Milani-zadeh, Alireza, *General and private terms of the agreement*, Mehr-E-Afaq, 2015. (In Persian)
35. Mousavi Rouzati, Ahmed, The Consensus of the Imami Jurists, Volume 2, Beirut: Al-Alami Publications Institution, 2002. (In Arabic)
36. Najafi, Mohammad Hassan Bin Baqer, Javaher Al Kalam, Vol. 14, Qom: Encyclopedia of Islamic Jurisprudence, 2000. (In Arabic)
37. Rashid, Abdul Karim Ahmad, Comprehensive in the Transactions and Operations of Islamic Banks, Jordan: Dar al-Nafis, 2007. (In Arabic)
38. Sadeghi, Mohammad, *Construction order contract in Iranian jurisprudence and law*, Khorsandi, 2014. (In Persian)
39. Sanهوري, Abd al-Razzaq Ahmad, al-Wasit fi al-Sharh al-Qanun al-Madani, vol. 7, Beirut: Al-Halabi Legal Publication, 1952. (In Arabic)
40. Shahidi, Mahdi, *Formation of contracts and obligations*, Hoqooqdan, 1998. (In Persian)
41. Shiravi, Abdul Hossein, *BOT contracts*, Mizan, 2016. (In Persian)
42. Tabarsi, Fazl Ibn Hasan, al-Mutlif Min al-Mokhtalif beyn Imams Al-Salaf, Mashhad: Publication of the Holy Astana Al-Radawiyah, 1989. (In Arabic)
43. Tabatabai-Motmani, Manouchehr, *Administrative law*, Sam, 2005. (In Persian)
44. Tousi, Abu Jafar Mohammad bin Hasan, Al-Khalaf, Vol. 3, Qom: Islamic Publication Institute, 1990. (In Arabic)
45. Tousi, Mohammad Bin Hasan, Al-Mabsut Fi Fiqh al-Imamiyah, Vol. 2, Tehran: Maktaba al-Murtazawieh, 2008. (In Arabic)
46. Volkmar Jaeger, Axel: Hok Sebastian, FIDIC-A Guide for- Practitioners, 2010.
47. Yazdi, Seyed Mohammad Kazem Tabatabayi, Al-Arwa Al-Wosgha, Vol. 5, Tehran: Institution for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini, 2013. (In Arabic)
48. Yazidi, Seyed Mohammad Kazem Tabatabayi, Al-Arwa Al-Wosgha, Vol. 2, Beirut-Lebanon: Al-Alami Publications Institution, 1988. (In Arabic)

Articles

49. Ayati, Seyyed Mohammad Reza, Al Boyeh, Ali, "Contract for Production in the Securities Market", *Journal of Islamic Law Research*, No. 5, 2010. (In Persian)
50. Khorsandian, Mohammad Ali, "Distinction between sale and contract agreement", *Human Sciences MODARES*, No. 34, 2004. (In Persian)
51. Mirhadi Tafarshi, Ghazaleh & Ezzatullah Iraqi, "Modification of contracting contracts", *Journal of Law and Politics*, Vol. 31, 2017. (In Persian)
52. Momin, Muhammad, "Istisna", *Fiqh - e - Ahl - e - Bait*, Vol. 11 and 12, 1997. (In Persian)
53. Mousaviyan, Seyed-Abbas & Ehsan Bazokar, "Rules and Effects of Istisna in the Jurisprudence and Law", *Journal of Securities Exchange*, No. 21, 2013. (In Persian)
54. Mustafavi, Seyed Mustafa & Seyed Ali Asghar Rahimi, "Nature of Forward Sale Contract of Construction in the Law of Iran and the Shiite Jurisprudence", *The quarterly journal of Islamic Law Research*, No. 31, 2010. (In Persian)
55. Nazarpour, Mohammad Taqi, "Independence or non-independence of the Istisna contract", *Fiqh - e - Ahl - e - Bait*, No. 66 & 67, 2011. (In Persian)

56. Sadeghi, Mohsen & Habib Gudarzi, "The survey of engineering–procurement and construction contracts; with view to their position in iranian law ", *Journal of Law and Political Science*, No. 2, 2008. (In Persian)
57. Seifi Zinab, Gholamali & Hasan-zadeh, mansure, "Istisna in the Jurisprudence and Iranian Law", *Legal Research Quality*, No. 5, 2009. (In Persian)
58. Vali-zadeh, Sudabeh, Dariush Vali-zadeh & Ali Parori, "Legal review of BOT and EPC contracts in road construction projects", *Journal of Engineering & construction managment*, No. 7, 2017. (In Persian)

Thesis

59. Hassan-zadeh, Behnam, *Construction contract in Iranian law*, Master's thesis, Department of Law, Faculty of Law, Islamic Azad University: Damghan Branch, 2014. (In Persian)



Original Article

Evaluation of the Dynamics of the Islamic Republic of Iran's Constitution

Hassan Vakilian¹, Javad Yahyazadeh² 

ABSTRACT

The dynamic constitution is one of the fundamental issues in modern constitutional law systems, through the theoretical basis of justification and the presentation of its practical mechanisms, which tries to bring yesterday's constitution together with today's values without changing the existence of the legal-political order and system based on order-oriented values to meet the renewed demands of citizens. Therefore, the main question in this Article is what is meant by the dynamic constitution and the mechanisms of its realization and its place in the constitutional law system of the Islamic Republic of Iran? The findings of this research, with the method of collecting data through a library and descriptive-analytical method and checking legal and official texts and documents, show that the dynamic constitution means the constitution compliance with citizens' demand and this concept is generally possible in four ways: revision, interpretation, unwritten principles and constitutional adjudication. Also, the reflection on the domestic constitutional law indicates that by emphasizing the difficulty of the revision process in the constitution, the lack of application of the hermeneutic interpretation method by the official interpreter and finally the danger of resorting to unwritten principles in fragile democracies, the dynamics of the constitution in the legal order and system of the interior shall be sought in the constitutional adjudication.

KeyWords: Dynamic Constitution, Revision, Interpretation, Constitutional Adjudication.

How to Cite: Vakilian, Hassan, Yahyazadeh, Javad, "Evaluation of the Dynamics of the Islamic Republic of Iran's Constitution", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 99-118.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.229457.2367>

Received: 12/11/2022-Accepted: 26/04/2023

1. Associate Professor, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

2. Ph.D. Candidate, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: javad_yahyazadeh@atu.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



ارزیابی پویایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

حسن وکیلان^۱، جواد یحیی زاده^۲

چکیده

«قانون اساسی پویا»، از رهگذار مبانی نظری موجه‌ساز و ارائه سازوکارهای عملی آن، یکی از موضوعات بنیادی در نظام‌های حقوق اساسی پیشرو است که بدون تغییر موجودیت نظم و نظام سیاسی - حقوقی و مبتنی بر ارزش‌های «مشروطه‌گرایی»، قانون اساسی «دیروز» را با ارزش‌های «امروز» سازگار می‌سازد و خواسته‌های تجدیدشونده شهروندان را تأمین می‌کند. از این‌رو، پرسش اصلی در مقاله حاضر آن است که مراد از قانون اساسی پویا و سازوکارهای تحقق آن چیست و جایگاه آن در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران کدام است؟ یافته‌های این پژوهش با شیوه گردآوری داده‌ها از طریق کتابخانه‌ای، روش‌های تجزیه و تحلیل، تأکید بر منطق درون‌حقوقی و تدقیق در متون و اسناد رسمی حقوقی و قانونی نشان می‌دهد قانون اساسی پویا، به معنای انطباق قانون اساسی با خواسته‌های تجدیدشونده شهروندان بوده و این مفهوم عمدتاً از طریق چهار سازوکار «بازنگری»، «تفسیر»، «اصول نانوشته» و «دادرسی اساسی» امکان‌پذیر است. همچنین تأمل در حقوق اساسی داخلی حاکی از آن است که با تأکید بر نارسایی‌های بازنگری در قانون اساسی، عدم کاربست روش هرمنوتیک فلسفی توسط مفسر رسمی و نهایتاً خطیر بودن توسل به اصول نانوشته در دموکراسی‌های شکننده، تحقق پویایی قانون اساسی در نظم و نظام حقوقی داخلی را باید در دادرسی اساسی جست‌وجو کرد.

کلید واژگان: قانون اساسی پویا، بازنگری، تفسیر، دادرسی اساسی.

استناد به این مقاله: وکیلان، حسن، یحیی زاده، جواد، «ارزیابی پویایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۹۹-۱۱۸.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.229457.2367>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۲۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۰۶

۱. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران
 ۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران
- ایمیل نویسنده مسئول: javad_yahyazadeh@atu.ac.ir

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

«مفهوم قانون اساسی پویا»، به مثابه مفهومی برجسته و درعین حال تا حدی پیچیده، از رهگذر سازوکارهای متنوع وارد نظام‌های حقوقی مختلف شده و کوشش کرده است میان اراده «قوة مؤسس»^۱ و نسل(های) پیشین از یک سو و اراده «قوة مؤسس»^۲ در عصر حاضر و ارزش‌های دگرگون‌یافته میان آنها نوعی سازگاری برقرار کند و به بیانی رساتر، قانون اساسی «دیروز» را با ارزش‌های «امروز» تطبیق دهد. پرسش اما آن است که مراد از مفهوم «قانون اساسی پویا» چیست؟ دارای چه مبانی تحلیلی و دلایلی توجیهی است؟ حتی مهم‌تر از آنها، سازوکارهای تحقق پویایی قانون اساسی در یک نظام حقوقی کدام است؟ مآلاً اینکه رویکرد نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران راجع به «قانون اساسی پویا» چیست؟ آیا می‌توان از رهگذر قانون و حقوق اساسی داخلی، مفهوم مذکور را شناسایی کرد؟

از یک سو، «قانون اساسی باید به‌گونه‌ای نوشته شود که حق امضا، ابتکار عمل و آزادی تعیین سرنوشت را از آیندگان نگیرد»^۳. استعاره «درخت زنده»^۴ که در حقوق اساسی کانادایی و توسط دادگاه‌های آن مورد استناد قرار گرفته است، به همین مضمون اشاره دارد. به باور ایشان، «یک منشور قانونی بسان یک درخت زنده است که قادر به رشد و گسترش در محدوده طبیعی خود است. این در واقع ابزاری است که باید در حدود و ثغور ذاتی آن به‌مثابه بخشی از قانون اساسی، اجازه رشد و نمو و انطباق با شرایط جدید معاصر و باورهای تحولی راجع به عدالت را داشته باشد»^۵. از سوی دیگر اما مبنا و فلسفه وجودی «مشروطه‌گرایی»^۶ تلاشی در جهت مهار «اکثریت‌گرایی افراطی» و نشان دادن «دموکراسی تعدیل‌شده»^۷ به جای «دموکراسی کلاسیک» است.^۸ شناسایی «اصول غیرقابل‌بازنگری» در قوانین اساسی نیز بر همین مبنا و منطق موجه‌سازی می‌شود. با این همه و افزون بر «بازنگری»، امروزه می‌توان بر سازوکارهای دیگر نیز در راستای تحقق پویایی قانون اساسی تأکید کرد که «تفسیر»، «اصول نانوشته» و «دادرسی اساسی» از جمله مهم‌ترین آنها هستند.

در این پژوهش تلاش می‌شود تا با تدقیق در «مفهوم»، «مبانی نظری» و «سازوکارهای قانون اساسی پویا» (بخش نخست)، نسبت آن با «نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران» (بخش دوم) سنجیده شود. فرضیه اصلی این مقاله آن است که نارسایی‌های سه سازوکار «بازنگری»، «تفسیر» و «اصول نانوشته» (عرف‌های اساسی) در ایران مانع از تحقق پویایی قانون اساسی شده و کاربست سازوکار «دادرسی اساسی» در این خصوص راهگشاست. گفتنی است نوع تحلیل در این پژوهش، «درون‌حقوقی» است؛ بدان معنا که تلاش می‌شود موضوع «قانون اساسی پویا» متکی بر منطق و خردورزی محض حقوقی مورد تحلیل قرار گیرد؛ از این رو، داده یا تحلیلی بیرون از دانش و منطق حقوق، چه علوم اجتماعی دیگر و چه علوم تجربی، به‌منظور تبیین این موضوع مورد کاربست قرار نمی‌گیرد؛ توضیح بیشتر آنکه سازوکارهای قانون اساسی پویا همگی ابزارهایی حقوقی است که با منطق درونی حقوق متلائم‌اند و لذا به ابزاری برون‌حقوقی جهت پویایی قانون اساسی نیاز نیست.

¹ Constituted Power

² Constituent Power

^۳ گرجی از ندریانی، علی‌اکبر، *بازنگری قانون اساسی: بازاندیشی در هم‌نشینی قدرت و آزادی در جمهوری اسلامی*، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۹، ص ۲۷.

⁴ Living Tree

⁵ Waluchow, W. "Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 18, 2005: p 222.

⁶ Constitutionalism

⁷ Deliberative Democracy

⁸ See: Albert, R. "Constitutional handcuffs". *Intergenerational Justice Review*, 10, 2017: pp 18-31.

گفتنی است بررسی ادبیات و پیشینه این پژوهش نشان می‌دهد علی‌رغم تدقیق در مفهوم قانون اساسی پویا در آثار غیر فارسی‌زبان^۱ و تحلیل ناهمگون و ناپیوسته از برخی سازوکارهای آن در آثار فارسی‌زبان،^۲ نسبت‌سنجی حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران با قانون اساسی پویا مبتنی بر رویکرد مقاله حاضر مورد غفلت پژوهشگران واقع شده و از این حیث حائز نوآوری بوده و تدقیق در آن را ناگزیر ساخته است.

۱. «قانون اساسی پویا»

۱.۱. تحلیل مفهومی و مبانی نظری «قانون اساسی پویا»

پرسش نخستین آن است که مراد از مفهوم «قانون اساسی پویا»^۳ چیست^۴ و مبانی نظری موجه‌ساز آن کدام است؟ در کوششی اولیه، می‌توان با این سخن قاضی هولمز^۵ به درکی صواب از «قانون اساسی پویا» دست یافت: «قانون اساسی ما یک تجربه است، آن چنان که همه زندگی نیز یک تجربه است».^۶ می‌توان از قانون اساسی پویا با استعاره «درخت زنده»^۷ نیز یاد کرد.^۸ بر این اساس و مبتنی بر ایده‌های پیش‌گفته، «قانون اساسی پویا» آنچنان قانونی است که قابلیت رشد، توسعه و سازگاری با خواسته‌های فردی و اجتماعی نوشونده را به‌نحو انعطاف‌پذیری داشته باشد.^۹ بنابراین، هدف اولیه و البته بنیادین «قانون اساسی پویا» و سازوکارهای پیشنهادی آن برای نائل شدن بر هدف مذکور، همگام‌سازی اصول قانون اساسی به‌طور خاص، و نظام حقوق اساسی به‌طور عام، با خواسته‌های تجدیدپذیر جامعه و شهروندان آن است. پیامد مهم چنین دیدگاهی آن است که نظم و نظام حقوقی «موجود» به‌دنبال تازه‌سازی و به‌روزرسانی قانون اساسی «دیروز» است

¹ See for Instance: Fallon. R, *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law and Practice*, Cambridge, Cambridge university press: 2013. Hirschl, R. *Towards Juristocracy, the Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard, Harvard University Press: 2004. Schwartzberg, M, *Democracy and legal change*, Cambridge, Cambridge University Press: 2009. Albert, R, *Constitutional handcuffs. Intergenerational Justice Review*, 10, 2017: pp18-31. Waluchow, W. "Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 18, 2005:pp 207-247.

^۲ برای نمونه، نک: همان منبع؛ ویژه، محمدرضا، *مبانی نظری و ساختار دولت حقوق*، تهران: جنگل: ۱۳۹۶؛ آقای طوق، مسلم، «بررسی رویکرد تفسیری شورای نگهبان در پرتو هرمنوتیک فلسفی گادامر»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، ۱۳۸۶، شماره پیاپی ۲۵؛ مرادخانی، فردین، «لایه‌های پنهان قانون اساسی»، *مطالعات حقوقی*، ۱۳۹۹، شماره ۴، صص ۲۳۵-۲۶۷؛ گرجی از ندریانی، علی‌اکبر، «ملاحظات بر شورای قانون اساسی فرانسه»، *پژوهش‌های حقوقی*، ۱۳۸۸، شماره ۱۶، صص ۱۶۱-۱۷۷؛ یوری، اسدالله، «مطالعه تطبیقی جایگاه و اعتبار پیش‌بینی هنجارهای حقوقی تغییرناپذیر در قانون اساسی»، *مجله حقوق تطبیقی*، ۱۳۹۹، شماره ۲، صص ۷۸۵-۸۱۳.

³ The Dynamic Constitution

^۴ گفتنی است اگرچه می‌توان به‌جای «قانون» اساسی پویا، از عبارت «حقوق» اساسی پویا نیز استفاده نمود - همان‌طور که در بخش دوم این پژوهش و در تحلیل نظام حقوقی داخلی، عبارت اخیر مورد کاربرد قرار گرفته است، لکن از آنجا که تأکید اصلی مفهوم، مبانی و نیز سازوکارهای این موضوع بر اهمیت متن و اصول قانون اساسی، به‌مثابه هنجار هنجارین، قرار گرفته شده است، بهتر آن است که هنگام تحلیل بی‌متعلق و بدون توجه خاص بر بافتار یک نظام حقوقی، از عبارت «قانون» اساسی پویا استفاده شود.

⁵ Justice Oliver Wendell Holmes

⁶ Fallon, R. *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law and Practice*, Cambridge, Cambridge university press: 2013, p 1.

⁷ The Living Constitution

⁸ See, Goldworthy. J, *Interpreting Constitutions, A Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press: 2006: 87.

⁹ GOLDSWORTHY, Ibid: p 328.

و لذا قصد و اراده‌ای بر دگرگون‌سازی^۱ وجودی و جایگزینی نظام‌های حقوقی - سیاسی جدید به جای آن متصور نیست. حال پس از ارائه تعریفی اجمالی - اما درعین حال بسنده - و به‌منظور تدقیق در مبانی نظری «قانون اساسی پویا»، در گام آغازین و به‌مثابه پیش‌فرض باید این ادعا را پذیرفت که «قانون اساسی»^۲ در معنای ذاتی خود - مبتنی بر «مشروطه‌گرایی»^۳ و مآلاً غایت «دولت حقوقی»^۴ - و نیز «قانون اساسی خوب»^۵ آن‌چنان قانونی است که «پویا» و «به‌روز» باشد. از این‌رو، پویایی در یک تعبیر «شرط ذاتی» و در تعبیری دیگر، «شرط عرضی» قوانین اساسی است. در تعبیر نخست، قانون اساسی که پویا و رافع خواسته‌های تجدیدشونده شهروندان نباشد، اساساً و بالذات «قانون اساسی» نیست، زیرا غایت ابداع قوانین اساسی، حل مشکلات و بلکه معضلات شهروندان مبتنی بر تنظیم «حق مدارانه» روابط طبقه حاکمه و اعضای جامعه (شهروندان) و مآلاً ارتقای کیفیت زیست فردی و اجتماعی ایشان بوده و هست. تعبیر دوم نیز بر این ایده استوار است که بر فرض عدم پذیرش پویایی به‌مثابه شرط ذاتی قانون اساسی، می‌توان و باید آن را لاًقل از شروط عرضی دانسته و فقدان آن را کاهنده مطلوبیت قوانین اساسی در نظر گرفت. دلایل مستحکمی می‌تواند در موجه‌سازی ادعاهای فوق مطمح نظر قرار گیرند:

از یک‌سو و از منظری «تاریخی»، مشروطه‌گرایی محصول و ناشی از پویش و تکامل تاریخی مفهوم «حق»^۶ در غرب^۸ و ورود به عصر روشنگری و البته پیشرفت‌های صنعتی و تکنولوژیک پس از آن^۹ بوده است و تلاش کرده تا از رهگذار کنترل قدرت و مهار فساد و تعیین سازوکارها و ساختارهای حقوقی و مآلاً «اساسی‌سازی»^{۱۰} (از قبیل «تفکیک قوا»^{۱۱} «حاکمیت قانون»^{۱۲} و ...)، به «مشروطه‌گرایی» با هدف افزایش رضایت از زندگی برای شهروندان بینجامد.

از سوی دیگر و از منظر تحلیلی «حقوقی» نیز می‌توان چنین استنباط و استدلال کرد که استقبال از «مشروطه‌گرایی» و به‌طور خاص «تدوین قوانین اساسی»، متلائم با کم‌رنگ شدن منشأ «تئوکراتیک» برای حاکمیت و برگزیدن منشأ «دموکراتیک» بوده است.^{۱۳} افزون بر منشأ، شکل حکومت نیز از «مونوکراسی»، «آریستوکراسی»، «پلوتوکراسی» و

¹ Alteration

² Constitution

³ Constitutionalism

^۴ به دیگر سخن، قانون اساسی محصول دستورگرایی (قانون اساسی‌گرایی) است؛ برای آگاهی بیشتر در این خصوص، نک:

Backer. L. "Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems", *Penn State Law Review* 113, 2008, pp 101-178.

^۵ امروزه غایت دولت حقوقی را تضمین و حمایت از حق‌ها و آزادی‌های شهروندی در نظر گرفته‌اند نک: ویژه، محمدرضا، منبع پیشین، ص ۲۹۵.

⁶ The Good Constitution

⁷ The Right

^۸ به‌منظور آگاهی بیشتر در این خصوص، نک: «حق» و «تکلیف» در عصر قدیم و جدید، در: راسخ، محمد، *حق و مصلحت، مقالاتی در*

فلسفه حقوق فلسفه حق و فلسفه ارزش، جلد ۲، تهران: نشر نی، ۱۳۹۶، صص ۲۳۰-۲۴۰.

⁹ See, for example: Caenegem, V. *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995 :79.

¹⁰ Constitutionalization

¹¹ The Separation of Powers

¹² The Rule of Law

^{۱۳} پیامد چنین دیدگاهی آن است که دستورگرایی و به‌طور خاص قانون اساسی، به‌منظور تحقق خواست و اراده ملت یا به عرصه وجود نهاد و به‌غایت کوشش نمود تا با حذف نمادها و نموده‌های آن‌جهانی و نظام تئوکراتیک و نشانیدن ارزش‌های این‌جهانی و دموکراتیک به جای آن، هدف مد نظر را عملی سازد. از این منظر، اگر قانون اساسی نتواند خواست و اراده ملت را متبلور سازد، از غایت و فلسفه وجودی خود فاصله گرفته است. برای آگاهی بیشتر در این خصوص، نک: کاتوزیان، ناصر، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: میزان، ۱۴۰۰، صص ۲۰۹-۲۱۸.

«تیموکراسی» به «دموکراسی»^۱ تغییر یافته است؛ چراکه در حکومت‌های تک یا چند تن سالار، لزوم شناسایی قانون اساسی امری ضروری تلقی نمی‌شده است. همه این‌ها در راستای ارتقای کیفیت زندگی و افزایش رضایت شهروندان و خواسته‌های متعدد و متنوع ایشان رخ داده است. بنابراین، قانون اساسی بر مبنای عقلانیتِ موجه‌ساز و مؤسس آن، می‌تواند و باید «پویا» باشد.

قانون اساسی پویا	
مفهوم	همگام‌سازی قانون اساسی «دیروز» و ارزش‌های «امروز»؛ قانون اساسی به‌مثابه درخت زنده
پیش‌فرض‌ها	پویایی به‌مثابه شرط ذاتی و یا شرط عرضی قانون اساسی
مبانی نظری	از منظر تاریخی: تکامل تاریخی مفهوم «حق» در غرب، ورود به عصر روشنگری، پیشرفت‌های صنعتی و تکنولوژیک، اساسی‌سازی، دستورگرایی. از منظر حقوقی: دموکراسی به جای تئوکراسی، همه‌سالار به جای تک یا چند تن سالار.

جدول ۱. مفهوم، پیش‌فرض‌ها و مبانی نظری قانون اساسی پویا

در صورت پذیرش همه این پیش‌فرض‌ها، اکنون پرسش‌های مهمی مطرح می‌شوند؛ چگونه می‌توان یک «قانون اساسی پویا» ایجاد کرد یا قانون اساسی موجود را پویا و به‌روز کرد؟ چهار سازوکار عمده در پویایی قوانین اساسی قابل شناسایی و اعمال است. پیش از تأمل در سازوکارهای مذکور، بیان این نکته الزامی است که در اینجا، تعهد اولیه و مطلوب یک پژوهشگر حوزه حقوق اساسی آن است که سازوکارهای منطقی موجود برای پویایی قانون اساسی را «صرفاً» ارائه کند و پس از آن، دآوری خود را راجع به بهترین سازوکار از میان سازوکارهای موجود تحلیل و موجه‌سازی کند. بنابراین، این ما و نظام حقوقی هستیم که بسته به تعلقات و اندیشه‌ورزی‌های خود از یک سو و نیز اقتضات نظام حقوقی داخلی از سوی دیگر، می‌توانیم و البته «باید»^۲ یکی از آن سازوکارها را برگزینیم.

۱.۲. سازوکارهای پویایی قانون اساسی^۳

چهار سازوکار عمده در تحقق مفهوم «قانون اساسی پویا»، مبتنی بر تحلیل مفهومی و مبانی نظری پیش‌گفته، قابل شناسایی است که عبارت‌اند از: ۱. بازنگری قانون اساسی، ۲. تفسیر نهاد مفسر، ۳. اصول نانوشته حقوق اساسی، ۴. دادرسی اساسی.

^۱ برای آگاهی از انواع رژیم‌های سیاسی و تفاوت آنها، نک: قاضی، ابوالفضل، *بایسته‌های حقوق اساسی*، تهران: میزان، ۱۳۹۸، صص ۱۰۳-۱۱۸.

^۲ زیرا پویایی قانون اساسی را به‌مثابه یک پیش‌فرض مطمح‌نظر قرار داده‌ایم.

^۳ توجه به این نکته ضروری است که در این پژوهش - مبتنی بر هدف و ظرفیت آن - صرفاً سازوکارهای «حقوقی» در پویایی قانون اساسی مورد تبیین قرار گرفته و لذا سازوکارهای «غیرحقوقی» همچون ابزارهای مردمی از قبیل رسانه‌ها، تجمعات و... از موضوع بحث در این پژوهش خارج است.

۱.۲.۱. پویایی از طریق «بازنگری»^۱ قانون اساسی

قواعد بازنگری به مردم و نمایندگان آنها راهی برای اعمال قاعده بنیادین «حاکمیت مردمی»^۲ اعطا می‌کند.^۳ اهمیت این سازوکار تا حدی است که جان برجس^۴ بازنگری را به‌مثابه «مهم‌ترین بخش یک قانون اساسی»^۵ توصیف می‌کند. در یک تعبیر رسا در اهمیت بازنگری، می‌توان ادعا کرد اگر قواعد قانون اساسی «قواعد بازی در یک جامعه» اند، قواعد بازنگری «قواعد برای تغییر قواعد» محسوب می‌شوند.^۶ بنابراین، یکی از سازوکارهای تحقق قانون اساسی پویا کاربست اصول شناسایی شده در یک قانون اساسی به‌مثابه «اصول بازنگری قانون اساسی» است.

جانمایی اصول بازنگری در قوانین اساسی امروزی بر این عقلانیت استوار شده است که باید همواره راه حقوقی مسالمت‌آمیزی به هنگام تغییر بنیادین ارزش‌های پذیرفته‌شده در یک جامعه در قانون اساسی پیش‌بینی شود و از این طریق، از پدیداری حوادث خشونت‌بار و به‌طور خاص، «انقلاب» و پیامدهای ناگوار آن پیشگیری به‌عمل آید؛ این راه حقوقی مسالمت‌آمیز همان «بازنگری» است. با این همه، قوانین اساسی جدید همراه و افزون بر پیش‌بینی سازوکار بازنگری، اصول غیرقابل بازنگری را نیز طراحی کرده‌اند تا از این طریق با مهار خطرات ناشی از «اکثریت‌گرایی افراطی»، «دموکراسی تعدیل‌شده» را جایگزین «دموکراسی کلاسیک» کند.^۷

این مسئله البته مورد نقد نیز قرار گرفته است. به‌باور آلبرت،^۸ «اصلاح‌ناپذیری»^۹ قانون اساسی وعده بنیادین دستورگرایی دموکراتیک را تضعیف می‌کند؛ زیرا ظرفیت‌های قانون اساسی را برای مردمی که به‌وسیله قانون اساسی حکومت می‌شوند محدود خواهد کرد.^{۱۰} به‌باور وی، اصلاح‌ناپذیری قانون اساسی حقوق دموکراتیک مردم را می‌رباید.^{۱۱} اصلاح‌ناپذیری قانون اساسی مانعی است بر سر آنچه توسعه اجتماعی صحیح نامیده می‌شود.^{۱۲} اصلاح‌ناپذیری قانون اساسی می‌تواند به‌مثابه

¹ Amendment

² Popular Sovereignty

³ Albert, R, *Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions*, Oxford, Oxford University Press: 2019, p 3.

⁴ John Burgess

⁵ Burgess, J. *Political science and comparative constitutional law*, Boston, Ginn & Company: 1893, p 137.

⁶ Bjørn Erik Rasch, B & Roger D. Congleton, "Amendment Procedures and Constitutional Stability," in Roger D. Congleton & Birgitta Swedenborg (eds.), *Democratic Constitutional Design and Public Policy*, MIT Press, 2006: 319, p 321.

^۷ از همین‌رو و مبتنی بر تمایز میان «قانون» و «قانون‌گذاری»، هایک دموکراسی در معنای متداول را مورد انتقاد قرار داده و معتقد است: «توافق تعداد بسیار زیادی از افراد در مورد عادلانه بودن یک قاعده خاص مسلماً می‌تواند آزمون خوبی، هرچند نه ابطال‌ناپذیر، برای عدالت باشد، اما عادلانه تلقی کردن هر مصوبه خاص اکثریت به‌معنای تهی کردن مفهوم عدالت از معنای آن است» (هایک، فردریش، *قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی، جلد سوم: نظم سیاسی و مردمان آزاد*، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۳، ص ۲۰. به‌دیگر سخن، هایک بر این باور است که گرچه اکثریت می‌تواند قانون‌گذاری نمایند، لیکن این عمل نایستی با قانون آزادی و اوصاف آن مغایرت داشته باشد. از همین‌رو، او معتقد است: «دموکراسی لزوماً به‌معنای دولت نامحدود نیست». (Hayek, F. *The Constitution of Liberty*, Chicago, Chicago Press, 1978: p 107)

⁸ Richard Albert

⁹ Unamendability

¹⁰ Albert, R. "Counter constitutionalism". *Dalhousie Law* 31, 2008: pp 47-48.

¹¹ Albert, R. "Constitutional handcuffs". *Ariz State Law Rev* 42, 2010: pp 663, 698.

¹² Roznai, Y. "Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability" in: Albert, R and Oder, B. *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 68, Springer, 2018: p 32.

«مردم‌سالاری»^۱ به جای «مردم‌سالاری»^۲ نیز تلقی شود؛ معضل شناخته‌شده‌ای که بر طبق آن، نسل‌های حال و آینده به‌وسیله «دست مرده»^۳ اجدادشان حکومت می‌شوند. طبق ماده ۲۸ اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه، مصوب ۲۴ جولای ۱۹۷۳، «مردم همواره حق بازنگری، اصلاح و تغییر قانون اساسی خود را دارند. یک نسل نمی‌تواند قوانینش را برای نسل‌های آینده نیز لازم‌الاجرا نماید». اصلاح‌ناپذیری قانون اساسی خیانت به یکی از جذاب‌ترین میراث‌های دموکراسی است؛ توانایی در تغییر قانون^۴ برخی حتی اصلاح‌ناپذیری قانون اساسی را به‌مثابه «دیکتاتورمآبی مبتنی بر قانون اساسی»^۵ یا «استبدادگرایی قانونی»^۶ توصیف کرده‌اند.

بنابراین، اگرچه بازنگری سازوکاری مؤثر و حتی برجسته در پویایی قانون اساسی به‌شمار می‌رود، با توجه به مسئله اصول غیرقابل‌بازنگری و نیز سخت‌بودن فرایند اجرای بازنگری در بسیاری از نظام‌های حقوقی می‌توان دیگر سازوکارهای موجود در این خصوص را مورد بررسی قرار داد.

۱.۲.۲. پویایی از طریق «تفسیر»^۸ نهاد مفسر

افزون بر بازنگری، «تفسیر» نیز می‌تواند مجرای در پویا نمودن قانون اساسی تلقی شود. نخست باید به این نکته متفطن بود که در تفسیر قانون و از جمله قانون اساسی، شیوه‌های گوناگونی مورد توجه حقوق‌دانان قرار گرفته است که مهم‌ترین آنها را می‌توان روش‌های «متن‌گرا»^۹، «قصدگرا»^{۱۰} و «پویا»^{۱۱} دانست. توضیح آنکه طبق روش متنی، قانون می‌تواند از طریق «معنی عرفی»^{۱۲} یا «معنی فنی»^{۱۳} تفسیر شود.^{۱۴} اما آنچه در روش قصدگرا اهمیت دارد «قصد واقعی طرفین در مقام تفسیر»^{۱۵} است، نه صرفاً واژه‌های عرفی یا فنی که استفاده شده‌اند. از سوی دیگر و بر طبق روش تفسیر پویا،^{۱۶} «برای تفسیر قانون باید خواسته‌های کنونی اجتماع را در نظر گرفت و دادرسی باید مواد را چنین تفسیر کند که با عادات و رسوم اجتماعی متلائم و سازگار باشد»^{۱۷}. بر همین مبنا، رز^{۱۸} نیز با ظرافت به این نکته اشاره می‌کند که «ما نمی‌خواهیم

¹ Necrocracy

² Democracy

³ Dead Hand

⁴ Schwartzberg, M. *Democracy and legal change*, Cambridge, Cambridge University Press: 2009, p 2.

⁵ Constitutional dictatorship

⁶ Legal authoritarianism

⁷ Nogueira in: Roznai, Y. *Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability* in: Albert, R and Oder, B. *Ibid*: p 37.

⁸ Interpretation

⁹ Textual

¹⁰ Intention-Based

¹¹ Dynamic

¹² Ordinary Meaning (Literal) (Obvious)

¹³ Technical Meaning

^{۱۴} «در صورتی که معنا و مفهوم یک قانون در محدوده زبان آن عرفاً تعیین‌پذیر باشد، باید آن را مطابق همان معنی عرفی تفسیر کرد؛ اما اگر در قانون، اصطلاح فنی خاصی به کار رود، باید آنها را حمل بر معنای فنی و تکنیکی خود کرد نه معنای عرفی آن». جعفری‌تبار، حسن، *مبانی فلسفی تفسیر حقوقی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳، ص ۱۴۹.

^{۱۵} کاتوزیان، ناصر، *گامی به سوی عدالت (مجموعه مقالات)*، تهران: میزان، ۱۳۸۷، ص ۲۳۷.

^{۱۶} گفتنی است این روش معادل مکتب تحقیق علمی آزاد است که البته مصون از نقدهای دقیق علمی نمانده است. برای نمونه، نک: کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸، ص ۲۰۵.

^{۱۷} همان منبع، ص ۲۰۴.

¹⁸ Joseph Raz

بردهٔ واژه‌ها باشیم. هدف ما این است که جامعه و نهادهای آن را درک کنیم.^۱ روش تفسیریِ اخیر (روش پویا) همان «هرمنوتیک فلسفی»^۲ است.

توضیح آنکه در گذشته آنچه در مقام تفسیر یک متن صورت می‌گرفت، می‌توان معادل هرمنوتیک در معنای عام یا کلاسیک آن در نظر گرفت که تعبیری ناهمسان از هرمنوتیک فلسفی در پی داشت. «شلایرماخر^۳ تحت تأثیر کانت^۴ معنای جدیدی از هرمنوتیک طرح کرده است و از اینجا روش هرمنوتیک جدید به جای هرمنوتیک قاعده‌ای و دستوری^۵ که مفسران دینی و قدیمی از آن استفاده می‌کردند، جایگزین می‌شود».^۶ در اندیشهٔ هیدگر^۷ و به نحوی تکامل یافته‌تر در اندیشه‌های گادامر^۸ از دانش هرمنوتیک، مخاطبِ متن از مرحلهٔ تفسیر و فهمِ معنا عبور می‌کند و به دنبال فهمِ «معنای معنا» رهسپار می‌شود.^۹ از نظر هیدگر، اساساً حقیقتی وجود ندارد و آنچه هست، «تأویل حقیقت» است و نه «حقیقت». از همین رو وی با «متافیزیک نیچه» هم‌آوا و مدعی می‌شود «نیست‌انگاری افراطی پی می‌برد که هیچ حقیقتِ جاودانی فی‌نفسه وجود ندارد».^{۱۰} از نظر وی، «هر موجودی از قبل یک «فاعل شناسایی» است، یعنی یک چیزی که در پیش‌روی قرار گرفته و فقط از خود مدد می‌گیرد».^{۱۱}

بنابراین، مراد از «تفسیر» در تلاش برای پویایی قانون اساسی یا به عبارتی دیگر، «تفسیر پویا» از قانون اساسی، آنچنان تفسیری است که نه با اتکای افراطی به متن قانون اساسی و نیز نه از رهگذار کوشش طاقت‌فرسا در فهمِ قصدِ مؤلف یا قوهٔ مؤسس، بلکه ضمن تعهد به متن قانون و حقوق اساسی موجود، به دنبال تأمین خواسته‌های جدید از طریق کاربست زبانی و معنایی جدید در درک اصول فعلی است.^{۱۲} لذا نهاد مفسر قانون اساسی می‌تواند نقشی سترگ در پویایی یا غیر پویا نمودن قانون اساسی ایفا کند.

۱.۲.۳. پویایی از طریق «اصول نانوشتهٔ حقوق اساسی» (عرف‌های اساسی) (۱۴۰۳)

علی‌رغم اهمیتِ درجهٔ اول قانون اساسی در «هرم هنجاری»^{۱۳} نظام‌های حقوقی، نمی‌توان از نقش سایر منابع حقوق اساسی به‌سادگی چشم‌پوشی کرد. یکی از این منابع مناقشه‌انگیز در نظام‌های حقوق اساسی پیشرو، «عرف‌های قانون

^۱ Raz, J. *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1979: p 41.

^۲ Philosophical Hermeneutics

^۳ Schleiermacher

^۴ Immanuel Kant

^۵ Normative

^۶ محمد مجتهد شبستری، «درس گفتارهای صوتی هرمنوتیک جدید چیست؟» (۱۳۹۹/۹/۱)، جلسه ۱، نشانی دسترسی:

<http://mohammadmojtahedshabestari.com>.

^۷ Martin Heidegger

^۸ Hans-Georg Gadamer

^۹ البته «پیش از ایشان نیز دیلتای (Wilhelm Dilthey) معتقد بود که ما در علومی که موضوع آنها انسان و ساخته‌های انسانی هستند، پدیده‌ها را به یاری تأویل می‌شناسیم». احمدی، بابک، *رساله تاریخ؛ جستاری در هرمنوتیک تاریخ*، تهران: نشر مرکز، ۱۳۸۷، ص ۱۰۰.

^{۱۰} هیدگر، مارتین، *متافیزیک نیچه*، ترجمه منوچهر اسدی، آبادان: نشر پرش، ۱۳۸۷، ص ۴۱.

^{۱۱} همان منبع، ص ۶۱

^{۱۲} For more study, See: Aharon Barak (1992) *Hermeneutics and Constitutional Interpretation*, 14 *Cardozo L. Rev.* pp 767-774.

^{۱۳} *Constitutional Conventions*

^{۱۴} گفتنی است در تعریفی موسع از اصول نانوشته، می‌توان اعمال دستگاه‌های اداری پرنفوذ و مواردی از این دست را نیز در این طبقه از سازوکارهای پویایی قانون اساسی جای داد.

^{۱۵} *The Hierarchy of Norms*

اساسی» است. عرف‌های قانون اساسی معمولاً ذیل منابع غیرحقوقی قانون اساسی تعریف می‌شوند.^۱ از این عرف‌ها با عناوین مختلفی یاد می‌شود^۲ که البته قلب مفهومی واحدی را دنبال می‌کنند. مراد از عرف‌های اساسی «عادات و شیوه‌هایی است که قوای عمومی کشور آن را درخصوص مسائل حقوقی و مشخص اجرا کرده و با تکرارشان به آنها وصف الزام بخشیده‌اند».^۳ در تعبیری گویا، چنین عرف‌هایی «اخلاق سیاسی معاصر قانون اساسی» است و یک استدلال برای وجود آنها، دستاوردشان در مدرنیزاسیون پیوسته قانون اساسی است.^۴ می‌توان عرف‌های قانون اساسی را «توافق ضمنی بازیگران اثرگذار در عرصه قدرت» یا «جهان بین‌الذهانی قوای عمومی» در درون یک نظام حقوقی - سیاسی معین تعریف کرد.

از این رو، می‌توان یکی از سازوکارهای تحقق قانون اساسی پویا را در اصول نانوشته یا عرف‌های حقوق اساسی جست‌وجو کرد. توضیح آنکه اگر متن و اصول قانون اساسی «دیروز» نتواند خود را با خواسته‌های نسل «امروز» هم‌راستا کند، این عرف‌های اساسی و توافق ضمنی بازیگران اثرگذار در عرصه قدرت‌اند که می‌توانند در اولویت دادن خواسته‌های شهروندان بر خواسته‌های پدران بنیان‌گذار، نقش برجسته خود را ایفا کنند. واضح است که نمی‌توان از خطرات عرف‌های حقوق اساسی، به‌ویژه در دموکراسی‌های شکننده، چشم‌پوشی کرد. بر همین مبنا، عرف‌های اساسی در نظام‌های حقوقی که بنیاد دموکراسی در آنجا ریشه ندوانیده و تجربه تاریخی طولانی را از سر نگذرانیده‌اند، می‌تواند از رهگذار تجمیع قدرت به نام عرف اساسی، خود ابزاری در جهت تحدید حقوق و آزادی‌ها و به‌طور خاص متوقف کردن پویایی قانون اساسی شوند. بنابراین، علی‌رغم شناسایی عرف‌های اساسی به‌مثابه یکی از سازوکارهای قانون اساسی پویا، نباید از خطرات آن غفلت کرد.

۱.۲.۴. پویایی از طریق «دادرسی اساسی»^۵

امروزه می‌توان و باید بر این بینش مدرن انگشت تأکید نهاد که «تغییر قانون اساسی»^۶ اعم از «بازنگری قانون اساسی»^۷ است. از این رو، یکی از رایج‌ترین و مؤثرترین سازوکارهای تحقق قانون اساسی پویا در زمانه کنونی را باید «دادرسی اساسی» دانست. نهادهای صیانت از قانون اساسی برای اعمال قانون اساسی موضوعه پدید آمده‌اند.^۸ در واقع، منظور از دادرسی اساسی نظارت قضایی بر قضایای اساسی است. «اصل سلسله‌مراتب قوانین و حاکمیت قانون برتر ایجاد می‌کند که قوانین رده پایین‌تر منطبق با قوانین رده بالاتر باشند و از آنجا که قانون اساسی، دستورنامه حقوقی و سیاسی هر

^۱ See for instance: Barnett, H, *Constitutional and Administrative Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2002, p 26.

^۲ اخلاق ایجاد قانون اساسی (The Positive Morality Of The Constitution)، احکام نانوشته قانون اساسی (The Unwritten Whole System Of Maxims Of The Constitution) - که این نام توسط جان استوارت میل به آنها اطلاق شد - نظام کلی اخلاق سیاسی (Political Morality) مجموعه قواعد کلی برای راهنمایی مقامات عمومی (Whole Code Of Precepts For The Guidance Of Public Men) نمونه‌هایی از آن است.

^۳ پروین، خیرالله، «از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی»، *فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ۱۳۹۲، شماره ۲، صص ۸۱ و ۸۲.

^۴ Alder, J. *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, New York: Palgrave Macmillan, 2002: p 47.

^۵ Constitutional Adjudication

^۶ Constitutional Change

^۷ Constitutional Amendment

^۸ ویژه، محمدرضا، منبع پیشین، صص ۲۴۷.

کشور است، پس قوه مقننه یا مجالس قانون‌گذار باید لزوماً در هنگام تصویب قانون از اصول و چهارچوب‌های مصوب قانون اساسی، تجاوز نمایند و خطوط و مرزهای تعیین‌شده توسط این سند اصلی را درهم نریزند.^۱

همچنین گفته می‌شود به‌طور کلی چهار الگوی دادرسی اساسی قابل‌شناسایی است: نخست، الگوی آمریکایی که «غیرمتمرکز»، «پسینی»، «قضایی» و «وابسته به قوه قضائیه» است (مثل دیوان عالی آمریکا). دوم، الگوی اروپایی که «متمرکز»، «پیشینی» و «قضایی اما مستقل» است (مثل دادگاه قانون اساسی آلمان). سوم، الگوی مختلط (آمریکایی - اروپایی) که نهاد ناظر «مستقل از قوای سه‌گانه» است، اما برخی از اعضا لزوماً از میان قضاات انتخاب می‌شوند (مثل دادگاه قانون اساسی مصر) و نهایتاً چهارم، الگوی شورایی که نهاد ناظر علاوه بر اینکه مرجعی مستقل است نوع رسیدگی و ترکیب اعضا، یک هویت و ماهیت سیاسی به آن بخشیده است. ضمن اینکه نظارت نه با درخواست، بلکه به‌صورت خودکار انجام می‌گیرد (مثل شورای قانون اساسی فرانسه).^۲

البته گفتنی است که الگوی «سیاسی» دادرسی اساسی در فرانسه مبتنی بر بازنگری قانون اساسی در سال ۲۰۰۸، دستخوش تغییراتی بنیادین شده و بنابر الگوی جدید، «شهروندان» نیز می‌توانند برای تضمین حقوق بنیادین خود، راجع به نقض قانون اساسی رأساً در «دادگاه‌ها» (دادرسی قضایی) اقامه دعوی کنند^۳ و این مهم، نشان‌دهنده نوعی تمایل جهانی در پذیرش الگوی «قضایی» دادرسی اساسی به‌مثابه الگوی برتر در راستای تحقق عدالت حقوقی - قضایی است.^۴

در واقع امروزه «دادگاه‌های قانون اساسی»، چه در الگوی آمریکایی و چه در الگوی اروپایی و دیگر الگوها، مبتنی بر اهمیت برجسته قانون اساسی به‌خصوص از حیث اعتبار هنجاری، مورد توجه ویژه قرار گرفته‌اند. از همین‌روست که هرشل^۵ از «حکومت قضاات»^۶ سخن به میان می‌آورد که بی‌شک، دیوان‌های عالی و دادگاه‌های قانون اساسی نمونه‌های شاخص آن هستند؛ گرایشی جهانی که به زعم وی مسلماً یکی از مهم‌ترین تحولات در اواخر قرن بیستم و اوایل قرن بیست‌ویکم بوده است.^۷

^۱ قاضی، ابوالفضل، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، تهران: میزان، ۱۴۰۰، صص ۵۲۸ و ۵۲۹.

^۲ ایرج، محسن و خیرالله پروین، «نقش دادرسی اساسی در حفظ و صیانت از انتخاب مردم: در آلمان و ایران»، *تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، ۱۳۹۷، شماره ۴۱، صص ۳۲ و ۳۳.

^۳ همچنین برای مطالعه بیشتر در این خصوص، نک: گرجی از ندریانی، علی‌اکبر، «ملاحظات بر شورای قانون اساسی فرانسه»، *پژوهش‌های حقوقی*، ۱۳۸۸، شماره ۱۶، صص ۱۶۱-۱۷۷؛ فریدزاده، غزاله و محمدحسن کبگانی، «انواع روش دسترسی به دادرسی اساسی با تأکید بر دادخواهی اساسی»، *تحقیقات حقوقی*، ۱۳۹۸، شماره ۸۵، صص ۳۲۱-۳۴۸؛ کبگانی، محمدحسن و ولی رستمی، «تضمینات اساسی حقها و آزادیهای بنیادین: واکاوی آیین دادخواهی اساسی در فرانسه و انگلستان»، *مطالعات حقوق عمومی*، ۱۴۰۰، شماره ۲، صص ۴۹۷-۵۱۷؛ نیز:

Comella, V. *Constitutional courts and democratic values, a European perspective*, Yale, Yale University, 2009.

^۴ به‌منظور آگاهی بیشتر در این خصوص، نک: جلالی، محمد و همکاران، «تحولات دادرسی اساسی فرانسه، در جریان اصلاحات سال ۲۰۰۸ قانون اساسی»، *نشریه حقوق اساسی*، ۱۳۹۳، شماره ۲۱، صص ۳۹-۶۶.

^۵ تأمل در مصاحبه نجات‌الله ابراهیمیان، سخنگوی سابق شورای نگهبان، نیز در این خصوص قابل توجه است.

<http://www.ensafnews.com/55749/>

^۶ Ran Hirschl

^۷ Juristocracy

^۸ See: Hirschl, R. *Towards Juristocracy, the Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, HARVARD, HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2004, pp 1-5.

سازوکارهای چهارگانه پویایی قانون اساسی	
<p>بازنگری قانون اساسی</p> <p>نارسایی‌های بازنگری:</p> <p>۱. سختی فرایند بازنگری در برخی نظام‌های حقوقی</p> <p>۲. شناسایی اصول غیرقابل‌بازنگری در قوانین اساسی</p>	
<p>تفسیر</p> <p>تفسیر متن‌گرا: معنای عرفی یا معنای فنی</p> <p>تفسیر ساختارگرا: تحلیل ساختارهای و کیفیت کارکردی آن</p> <p>تفسیر قصدگرا: قصد واقعی طرفین</p> <p>تفسیر پویا (هرمنوتیک فلسفی): لحاظ کردن خواسته‌های کنونی شهروندان</p>	
<p>اصول نانوشته (عرف‌های اساسی)</p> <p>تعریف: توافق ضمنی بازیگران اثرگذار در عرصه قدرت</p> <p>خطرات: کاربرد عرف‌های اساسی در جهت نقض قانون اساسی (به‌ویژه در دموکراسی‌های شکننده)</p>	
<p>دادرسی اساسی</p> <p>تعریف: نظارت قضایی بر قضایای اساسی</p> <p>دلایل اهمیت: ۱. مبتنی بر عقلانیت ناشی از اصل سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی</p> <p>۲. حمایت قضایی از حق‌ها و آزادی‌ها</p> <p>۳. گرایش جهانی به سوی حکومت قضات</p>	

جدول ۲. سازوکارهای قانون اساسی پویا و تعاریف، خطرات و اهمیت آنها

۲. نسبت سنجی «قانون اساسی پویا» و «قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»

«قانون اساسی پویا» به‌مثابه مفهومی تعیین‌کننده در ارزیابی نظام‌های حقوق اساسی، به‌ویژه از دو حیث ابتناء بر «مشروطه‌گرایی» و نیز «کارآمدی» آن در عمل از اهمیت برجسته‌ای برخوردار است. از این‌رو و پس از تدقیق در مفهوم و مبانی قانون اساسی پویا، لازم است نسبت آن با قانون اساسی ایران بررسی و مآلاً سازوکار(های) مطلوب در پویایی آن ارائه شود.^۱

^۱ بیان این نکته ضروری است که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نمونه‌ای منحصر به فرد و متمایز از قوانین اساسی متعارف است که تحلیل صواب آن را نیز با پیچیدگی‌ها و ظرافت‌های خاص خود همراه می‌کند. کوتاه‌سخن آنکه قانون اساسی داخلی تلاش کرده است سه آرمان شهر سوسیالیستی، لیبرالی و البته اسلامی را با یکدیگر جمع و غایات ارزشی متنوع و بلکه متعارضی را دنبال کند؛ مسئله‌ای که می‌توان از رهگذار آن، قانون اساسی ایران را در زمره آرمان‌شهرگرایی مشروطه شکست‌خورده، به‌مثابه پیامد انتخاب آرمان‌های آشتی‌ناپذیر و ناسازگار قانون اساسی، طبقه‌بندی کرد. نک:

Vakilian, H, "Constitutional Utopianism: A Case Study of the Constitution of the Islamic Republic of Iran", *FORUM PR AWINICZE* 68, 2021, pp 47-62.

۲.۱. پویایی از طریق بازنگری (موضوع اصل ۱۷۷)

پویایی قانون اساسی در ایران از رهگذار سازوکار بازنگری در قانون اساسی، اگر نه غیرممکن، اما بسیار دشوار و البته از حیث معرفت‌شناختی ناقص و ناکارآمد می‌نماید. توضیح آنکه اصل ۱۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از سه حیث با امر بازنگری در قوانین اساسی متعارف تعارض دارد و لذا فاقد ظرفیت لازم در پویایی مستمر قانون اساسی در راستای تأمین خواسته‌های شهروندان - مبتنی بر ارزش‌های جهان مدرن - خواهد بود؛ الف) از حیث «ابتکار» بازنگری، ب) از حیث «ترکیب» شورای بازنگری؛ ج) از حیث «محتوای اصول غیرقابل‌بازنگری».

کوتاه‌سخن آنکه طبق اصل ۱۷۷، ابتکار بازنگری به‌نحوی انحصاری در اختیار مقام رهبری قرار داده شده است؛ حال آنکه این امر در نظام‌های حقوقی پیشرو عموماً و اصولاً در اختیار پارلمان - به‌مثابه دموکراتیک‌ترین نهاد حقوقی - گذاشته شده^۱ تا از این طریق، پویایی قانون اساسی توسط نهادی منبعث از اراده مستقیم مردم محقق شود. از سوی دیگر و از حیث ترکیب شورای بازنگری قانون اساسی در ایران، حضور صرفاً ۱۷ نفر از منتخبان مستقیم مردم در جمع حدوداً ۷۰ نفری این شورا، انتظار پویایی قانون اساسی را به یأس بدل می‌کند. نهایتاً محتوای اصول غیرقابل‌بازنگری^۲ در قانون اساسی داخلی است که صراحتاً مغایر با «حق تعیین سرنوشت»، به‌مثابه اصل بنیادی حقوق بشر معاصر است و لذا می‌توان مدعی شد توسل به سازوکار بازنگری در ساحت و ساخت حقوقی موجود در نظام حقوقی ایران، امکان پویایی قانون اساسی و تأمین خواسته‌های شهروندان را تا حدود زیادی ممتنع می‌کند. بنابراین، بر فرض اعمال دومین بازنگری قانون اساسی در طول تاریخ نظام جمهوری اسلامی ایران، پویایی قانون اساسی امری محال به‌نظر می‌رسد و لذا تأمل و مآلاً کاربست سازوکار(های) دیگر را اجتناب‌ناپذیر خواهد کرد.

۲.۲. پویایی از طریق تفسیر مفسر رسمی قانون اساسی (موضوع اصل ۹۸)

آیا می‌توان از طریق سازوکار تفسیر به پویایی قانون اساسی در نظم و نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران دست یافت؟ نخست باید به این پرسش کلیدی پاسخ گفت که رویکرد یگانه مفسر قانون اساسی جمهوری اسلامی در امر تفسیر چیست و مهم‌تر آنکه مبنای اتخاذ چنین رویکردی کدام است؟ رویکرد شورای نگهبان نسبت به تفسیر قانون اساسی از بدو تشکیل تا کنون بر دو روش «متن‌گرا» و «قصدگرا» استوار بوده و این شورا از روش هرمنوتیک فلسفی دوری جسته است. به دیگر سخن، اگرچه اهتمام به مبحث الفاظ در اصول فقه (رویکرد متن‌گرایانه) و نیز رجوع به مشروح مذاکرات قانون اساسی (رویکرد قصدگرایانه) توسط شورای نگهبان به‌منظور تفسیر اصول مشخصی از قانون اساسی با هرمنوتیک در معنای کلاسیک یا عام آن هماهنگ و هم‌راستاست،^۳ لیکن بدبینی اصولی‌ها به مخاطب (مفسر) در تفسیر متون، هرگز امکان برداشت پویا نسبت به متن را فراهم نیاورده است. برای مثال، در حدیثی از پیامبر نقل شده است: «من فسر

^۱ برای نمونه، بازنگری در آلمان از طریق رأی دو/سوم اعضای بوندستاگ و بوندسرات، در آمریکا از طریق رأی دو/سوم نمایندگان دو مجلس (سنا و کنگره) یا مجلسین قانون‌گذاری دو/سوم ایالات مختلف و یا در فرانسه، به پیشنهاد رئیس‌جمهور (از طریق نخست‌وزیر) یا مجلسین صورت می‌گیرد (برای مطالعه بیشتر در این خصوص، نک: یوری، اسدالله، منبع پیشین، صص ۷۸۵-۸۱۳).

^۲ طبق ذیل اصل ۱۷۷، افزون بر «جمهوری بودن و اداره امور کشور با اتکا به آراء عمومی» و البته مهم‌تر از آنها، «محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و انتهای کلیه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی و پایه‌های ایمانی و اهداف جمهوری اسلامی ایران و دین و مذهب رسمی ایران»، تغییرناپذیر در نظر گرفته شده است.

^۳ برای تدقیق در «رابطه هرمنوتیک کلاسیک و آرای شورای نگهبان»، نک: پروین، خیرالله و بهنام مبصری، «بررسی نسبت میان هرمنوتیک حقوقی و آرای تفسیری شورای نگهبان»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۶، شماره ۲، صص ۳۹۱-۳۹۵.

القرآن بر آیه فلیتبتوا مقعده من النار^۱ که موجبات احتیاط هرچه بیشتر در تفسیر متون مقدس را فراهم کرده است. نظریه شماره ۷۶/۲۱/۵۸۳ به تاریخ ۱۳۷۶/۳/۱۰ شورای نگهبان که اعلام می‌کند «مقصود از تفسیر، بیان مراد مقنن است...»^۲ و نیز نظریه تفسیری شماره ۵۴/م مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۱۸ که اعلام می‌کند «اصل ۶۹ قانون اساسی صراحت دارد که باید گزارش کامل مذاکرات مجلس از طریق رادیو و روزنامه رسمی منتشر شود؛ بنابراین اکتفا به دو طریق پیشنهاد شده خلاف قانون اساسی است»^۳، به ترتیب نشان‌دهنده اتخاذ رویکرد قصدگرا و متن‌گرا^۴ از سوی آن شورا است. لذا تجربه تاریخی رویکرد نهاد شورای نگهبان در امر تفسیر و رویگردانی آن شورا از کاربست روش هرمنوتیک فلسفی (مدرن) نشان می‌دهد نمی‌توان از سازوکار تفسیر در پویایی حقوق و قانون اساسی در ایران معاصر بهره جست. به‌دیگر سخن، توسل به سازوکار تفسیر در ساحت و ساخت حقوقی موجود در ایران، پویایی قانون اساسی را به امتناع بدل خواهد کرد.

۲.۳. پویایی از طریق عرف‌های اساسی

عرف‌های اساسی، به‌مثابه منابع جدید در نظام‌های حقوق اساسی، به‌خودی خود تحدیدکننده یا تضمین‌گر حق‌ها و آزادی‌ها و مآلاً مؤثر در پویایی یا ایستایی قانون اساسی نبوده و نسبت عرف‌های اساسی با «نظام نظارت و تعادل»^۵ است که به تحدید یا تضمین حقوق و به بیانی رساتر به پویایی یا ایستایی اساسی می‌انجامد. کوتاه‌سخن آنکه شناسایی عرف‌های اساسی در نظام حقوقی که نظارت و تعادل به‌خوبی کارکرد خود را در آنجا ایفا می‌نماید، مطلوب و بلکه ضروری است. از سوی دیگر اما شناسایی چنین عرف‌هایی در نظام‌های حقوقی فاقد نظام نظارت و تعادل، حتی می‌تواند پویایی حداقلی قانون اساسی را سلب و آن را تبدیل به یک قانون اساسی منجمد و ایستا کند. به‌نظر می‌رسد شناسایی عرف‌های اساسی در نظام حقوقی داخلی با رویکرد دوم نسبت و نزدیکی بیشتری داشته باشد. نخست آنکه پدیداری حقوق و قانون اساسی در ایران به‌طور کلی و عرف‌های اساسی به‌طور خاص، حداقل در مقایسه با نظام‌های حقوقی پیشرو، از سابقه تاریخی بسیار کمتری برخوردار بوده و از آنجا که عرف‌های اساسی، «باید» در یک تجربه و بازه نسبتاً طولانی و با غلبه سویه «حق‌مداری» و حمایت از «حقوق شهروندی» در روابط میان سران قوا و مقامات پا به عرصه وجود بنهند، نمی‌توان و نباید از سازوکار عرف‌های اساسی در راستای پویایی قانون اساسی بهره جست. افزون بر این، تجربه تاریخی داخلی در سال‌های اخیر نشان می‌دهد امکان تجاوز از حدود مقرر در قانون اساسی و تحدید حقوق و آزادی‌های شهروندان با تمسک بر «سراب عرف‌های اساسی»، خطرزا و هشداردهنده است.^۶

^۱ نصیری، علی، *تفسیر به رأی*، علوم و معارف قرآن، ۱۳۷۷، شماره ۶ و ۷، ص ۷۷.

^۲ فتحی، محمد و کاظم کوهی اصفهانی، *قانون اساسی جمهوری اسلامی به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان*، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷، ص ۱۰۵.

^۳ همان منبع، ص ۹۷.

^۴ به‌منظور آگاهی بیشتر راجع به روش‌های تفسیر، نک: یآوری، اسدالله و همکاران، *اصول و معیارهای تفسیر قضایی در حقوق عمومی*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۶، صص ۲۹-۵۶؛ جعفری، محمدحسین، *اصول حاکم بر تفسیر قانون اساسی در ایران و آمریکا*، تهران: مجد، ۱۳۹۳، صص ۱۴۰-۱۴۸.

^۵ Checks and Balances system

^۶ استدلال برخی راجع به حق انتخاب وزیر اطلاعات توسط مقام رهبری با تمسک بر عرف‌های اساسی، نمونه‌ای صریح در تجاوز از قانون اساسی و ناکارآمدی این سازوکار در پویایی حقوق اساسی داخلی است. برای آگاهی بیشتر در خصوص نمونه اخیر، نک: سلطانی، سیدناصر، «اعتبارسنجی عرف و رویه‌های قانون اساسی»، *دانش حقوق عمومی*، ۱۳۹۶، شماره ۱۸، صص ۹۱-۱۱۰.

۲.۴. پویایی از طریق دادرسی اساسی

نظام حقوقی در جمهوری اسلامی ایران، هرگز از «دادرسی اساسی» بهره نچسته است. می‌توان مدعی شد ذاتاً دادرسی اساسی در معنای اصیل خود - که مبتنی بر حل و فصل اختلافات به صورت موردی و از طریق آیین‌های دادرسی است - در نظام حقوقی موجود در ایران شناسایی نشده است.^۱ باری، می‌توان و باید دادرسی اساسی در ایران را مهم‌ترین و مؤثرترین سازوکار در پویایی حقوق و قانون اساسی دانست. دو دلیل عمده در این خصوص حائز اهمیت است: دلیل «سلبی» و دلیل «ایجابی».

نخستین دلیل، دلیلی «سلبی» است که بر طبق آن، از آنجا که سه سازوکار عمده موجود، شامل بازنگری، تفسیر و عرف‌های اساسی، برای تحقق پویایی کافی و بسنده نیست و تمسک به آنها، در عمل پویایی حقوق و قانون اساسی در ایران را ممتنع می‌کند، دادرسی اساسی در ایران ضروری و در واقع اجتناب‌ناپذیر می‌نماید.

دلیل دوم در اهتمام به دادرسی اساسی دلیلی «ایجابی» است. از این رو، به دو دلیل عمده می‌توان نشان داد که مؤثرترین سازوکار در این خصوص، دادرسی اساسی است: نخست آنکه «عقل جمعی بشر» با گذشت دهه‌ها و بلکه قرن‌ها تجربه تاریخی در جوامع انسانی و از رهگذار شناسایی دادرسی اساسی در نظام‌های حقوقی به این مهم دست یافته است که قانون اساسی، به مثابه متنی صامت و متکی بر مبانی معرفت‌شناختی تفسیری، به خودی خود توانایی حمایت قطعی از حقوق و آزادی‌های شهروندان را ندارد و لذا شناسایی نهادی با ماهیت قضایی که بتواند در مقام حل و فصل دعاوی و حمایت عملی از حقوق، گره‌گشای مسائل اساسی باشد، اجتناب‌ناپذیر می‌نماید؛ دوم آنکه «آیین‌های شناسایی شده در امر قضا» از چنان استحکام و عقلانیتی برخوردار است که سپردن امور به دستگاه قضایی «مستقل»^۲ در مقابل سایر نهادهایی که حتی از ارزش دموکراتیک بیشتری نسبت به قوه قضائیه برخوردارند، را موجه‌سازی می‌نماید. «اصل بی‌طرفی و نفی جانبداری»، «اصل علنی بودن»، «اصل انصاف رویه‌ای»، «اصل نظارت دادگاه‌های عالی بر تالی»، «اصل استقلال قضایی» و «اصل مستدل و مستند بودن حکم» برخی از اصول مهمی است که بر این موجه‌سازی تأکید می‌ورزد.

بنابراین، تلاش برای ایجاد دادگاه اساسی - در معنای اصیل، دقیق و متعارف خود - در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و مآلاً حل مسئله پویایی از طریق سپردن امور به قضا و حمایت از ارزش‌ها و خواست‌های تجدیدشونده شهروندان از این طریق، سازوکاری مؤثر و عملی در تحقق حقوق و قانون اساسی پویا در نظم و نظام حقوقی داخلی خواهد بود. پرسش یا ابهامی که شاید در این خصوص قابل طرح باشد، این است که آیا سازوکار بازنگری قانون اساسی، کفایت از سازوکار دادرسی اساسی و مآلاً تأسیس دادگاه قانون اساسی نمی‌کند؟ گفتنی است اگرچه تأسیس دادگاه اساسی در ایران در ساحت و ساختی حقوقی، خود باید از طریق بازنگری در قانون اساسی عملی شود، بازنگری قانون اساسی فارغ از بافتار حقوقی ایران اعم از تأسیس دادگاه قانون اساسی است. به عبارت دیگر، ممکن است در یک نظام حقوقی، هم دادرسی اساسی وجود داشته باشد و کارکرد خود را اعمال کند و هم در عین حال، امکان بازنگری در قانون اساسی شناسایی شده باشد (همچون ایالات متحده آمریکا). از همین رو، این عنوان به مثابه سازوکاری مستقل در این پژوهش مورد بحث و طبقه‌بندی قرار گرفته شده است. از سوی دیگر و در مقام مقایسه بایسته‌های دادگاه قانون اساسی

^۱ برخلاف دیدگاه برخی که معتقدند یکی از کارکردهای شورای نگهبان در ایران دادرسی اساسی است، نمی‌توان شورای نگهبان را یک دادرسی اساسی - لااقل در معنای اصیل و متعارف و در تطبیق با نظام‌های حقوقی پیشرو - دانست. کارکرد تفسیری شورای نگهبان را نمی‌توان معادل کارکردی دانست که برای مثال، دیوان عالی در آمریکا یا دادگاه قانون اساسی در آلمان و یا حتی آنچه توسط دادگاه‌ها در نظام‌های حقوقی کامن‌لا واقع می‌شود، انگاشت. از سوی دیگر، این ادعا که به زعم برخی، دیوان عدالت اداری برابر نهاد دادگاه اساسی در ایران است، نیز با ضعف‌هایی مواجه است؛ از جمله اینکه امروزه نظارت اساسی متمایز از نظارت اداری، و نظارت اداری خود جزئی از نظارت اساسی است.

^۲ در اینجا، استقلال قضایی شرط لازم دادرسی اساسی برای تحقق پویایی حقوق و قانون اساسی در ایران است.

در نظام‌های حقوقی متعارف در دنیا با اصول غیرقابل‌بازنگری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بایستی خاطر نشان کرد که ایفای کارکردهای مبتنی بر حقوق بشر معاصر در دادگاه قانون اساسی که از طریق سازوکار بازنگری موضوع اصل ۱۷۷ تأسیس شده است با موانعی جدی روبه‌رو است. به‌دیگر سخن، اگرچه تأسیس دادگاه قانون اساسی باید از طریق بازنگری اتفاق بیفتد، لکن فرایند دادرسی اساسی بعد از تأسیس، ممکن است با محتوای اصول غیرقابل‌بازنگری تعارض داشته باشد.

قانون اساسی پویا و نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران	
<p>دلایل امتناع این سازوکار در ایران:</p> <p>۱. کاستی بازنگری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از حیث ابتکار.</p> <p>۲. کاستی بازنگری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از حیث ترکیب.</p> <p>۳. کاستی بازنگری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از حیث محتوای اصول غیر قابل بازنگری.</p>	<p>پویایی از طریق بازنگری قانون اساسی (اصل ۱۷۷)</p>
<p>دلیل امتناع این سازوکار در ایران:</p> <p>عدم کاربست روش هرمنوتیک فلسفی در تفسیر قانون اساسی توسط شورای نگهبان و تأکید آن بر تفسیر متنی یا قصدگرا.</p>	<p>پویایی از طریق تفسیر نهاد مفسر رسمی قانون اساسی (اصل ۹۸)</p>
<p>دلایل امتناع این سازوکار در ایران:</p> <p>۱. خطرات کاربست عرف‌های اساسی و معتبرسازی حقوقی آنها در دموکراسی‌های شکننده.</p> <p>۲. تجربه تاریخی در سال‌های اخیر در نقض قانون اساسی با تمسک بر عرف‌های اساسی.</p>	<p>پویایی از طریق اصول نانوشته قانون اساسی (عرف‌های اساسی)</p>
<p>دلایل کاربست این سازوکار در ایران:</p> <p>۱. دلیل سلبی: ناکارآمدی سایر سازوکارها</p> <p>۲. دلایل ایجابی: الف) عقل جمعی بشر؛ ب) آیین‌های شناسایی شده در امر قضا</p>	<p>پویایی از طریق دادرسی اساسی (تأسیس دادگاه قانون اساسی)</p>

جدول ۳. نسبت‌سنجی قانون اساسی پویا و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

نتیجه‌گیری

قانون اساسی پویا مفهومی است که کوشش می‌کند قانون اساسی «دیروز» را با ارزش‌های دگرگون‌یافته «امروز» تطبیق دهد و بدون تغییر وجودی نظام حقوقی - سیاسی، ناکارآمدی و بی‌اثری قانون اساسی در عمل را رفع کند. پذیرش این مفهوم مبتنی بر دو رویکرد تاریخی و حقوقی موجه‌پذیر می‌نماید؛ از منظر «تاریخی»، دستورگرایی محصول تکامل تاریخی مفهوم «حق» در غرب، ورود به عصر روشنگری و البته پیشرفت‌های صنعتی و تکنولوژیک پس از آن بوده و تلاش کرده است تا با کنترل قدرت به «دستورگرایی» و مآلاً تأسیس قانون اساسی با هدف افزایش رضایت از زندگی برای شهروندان بینجامد. از منظر «حقوقی» نیز می‌توان مدعی شد که توجه به دستورگرایی و تدوین قوانین اساسی، متلائم با کم‌رنگ شدن منشأ تئوکراتیک برای حاکمیت و برگزیدن منشأ دموکراتیک و نیز تغییر شکل حکومت از تک یا چندتن‌سالار به سوی همه‌سالار بوده است که بی‌گمان در راستای افزایش رضایت شهروندان و خواسته‌های ایشان رخ داده است. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که چهار سازوکار عمده حقوقی در پویایی قانون و حقوق اساسی عبارت‌اند از: «بازنگری»، «تفسیر»، «اصول نانوشته» (عرف‌های اساسی) و «دادرسی اساسی». همچنین بررسی نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران نشان از عدم تحقق قانون اساسی پویا و در نتیجه ناکارآمدی آن در عمل دارد. سازوکار بازنگری در قانون اساسی داخلی از سه حیث «ابتکار»، «ترکیب اعضا» و «محتوای اصول غیرقابل‌بازنگری»، پویایی قانون اساسی را تا حد زیادی به امتناع بدل می‌کند. همچنین عدم کاربست روش «هرمنوتیک فلسفی» در تفسیر قانون اساسی توسط مفسر رسمی قانون اساسی در ایران، امکان پویایی قانون اساسی با توسل بر این سازوکار را نیز سلب کرده است. از سوی دیگر، خطیر بودن شناسایی و اعتباردهی حقوقی به عرف‌های اساسی در دموکراسی‌های شکننده و نیز تجربه تاریخی در سال‌های اخیر در ایران راجع به عرف‌های مذکور، ظرفیت کاربست آنها در پویایی قانون و حقوق اساسی را به یأس بدل کرده است. از همین رو و مبتنی بر دو دسته دلایل سلبی و ایجابی، می‌توان و باید دادرسی اساسی را مهم‌ترین و مؤثرترین سازوکار در پویایی قانون و حقوق اساسی در ایران در نظر گرفت. دلیل سلبی مربوط به نارسایی‌های سه سازوکار پیش‌گفته و دلیل ایجابی مربوط به «عقل جمعی بشری» در کاربست این سازوکار و نیز «آیین‌های شناسایی شده در امر قضا و دادرسی» است که برگزیدن آن را موجه‌سازی می‌کند.

منابع

کتاب

۱. احمدی، بابک، رساله تاریخ؛ جستاری در هرمنوتیک تاریخ، تهران: نشر مرکز، ۱۳۸۷.
۲. جعفری تبار، حسن، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
۳. جعفری، محمدحسین و دیگران، مطالعه تطبیقی تفسیر قانون اساسی (مجموعه مقالات)، تهران: مجد، ۱۳۹۶.
۴. راسخ، محمد، حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق فلسفه حق و فلسفه ارزش، جلد دوم، تهران: نشر نی، ۱۳۹۶.
۵. فتحی، محمد و کاظم کوهی اصفهانی، قانون اساسی جمهوری اسلامی به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷.
۶. قاضی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران: میزان، ۱۳۹۸.
۷. قاضی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، ۱۴۰۰.
۸. کاتوزیان، ناصر، گامی به سوی عدالت (مجموعه مقالات)، جلد ۳، تهران: میزان، ۱۳۸۷.
۹. کاتویان ناصر، مبانی حقوق عمومی، تهران: میزان، ۱۴۰۰.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸.

۱۱. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، *بازنگری قانون اساسی: بازاندیشی در هم‌نشینی قدرت و آزادی در جمهوری اسلامی*، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۹.
۱۲. هایک، فردریش، *قانون، قانون‌گذاری و آزادی، گزارش جدیدی از اصول آزادی‌خواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی، جلد سوم: نظم سیاسی و مردمان آزاد*، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۳.
۱۳. هیدگر، مارتین، *متافیزیک نیچه*، ترجمه منوچهر اسدی، آبادان: نشر پرش، ۱۳۸۷.
۱۴. ویژه، محمدرضا، *مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی*، تهران: جنگل، ۱۳۹۶.

مقاله

۱۵. آقای طوق، مسلم، «بررسی رویکرد تفسیری شورای نگهبان در پرتو هرمنوتیک فلسفی گادامر»، *پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، ۱۳۸۶، شماره پیاپی ۲۵، صص ۳۳-۵۹.
۱۶. ایرج، محسن و خیرالله پروین، «نقش دادرسی اساسی در حفظ و صیانت از انتخاب مردم: در آلمان و ایران»، *تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، ۱۳۹۷، شماره ۴۱، صص ۳۱-۵۸.
۱۷. پروین، خیرالله، «از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی»، *فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ۱۳۹۲، شماره ۲، صص ۷۹-۹۹.
۱۸. پروین، خیرالله و بهنام مبصری، «بررسی نسبت میان هرمنوتیک حقوقی و آرای تفسیری شورای نگهبان»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، ۱۳۹۶، شماره ۲، صص ۳۹۱-۳۹۵.
۱۹. سلطانی، ناصر، «اعتبارسنجی عرف و رویه‌های قانون اساسی»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، ۱۳۹۶، شماره ۱۸، صص ۹۱-۱۱۰.
۲۰. فریدزاده، غزاله و محمدحسن کبگانی، «انواع روش دسترسی به دادرسی اساسی با تأکید بر دادخواهی اساسی»، *تحقیقات حقوقی*، ۱۳۹۸، شماره ۸۵، صص ۳۲۱-۳۴۸.
۲۱. کبگانی، محمدحسن و ولی رستمی، «تضمینات اساسی حقها و آزادیهای بنیادین: واکاوی آیین دادخواهی اساسی در فرانسه و انگلستان»، *مطالعات حقوق عمومی*، ۱۴۰۰، شماره ۲، صص ۴۹۷-۵۱۷.
۲۲. نصیری، علی، «تفسیر به رأی»، *علوم و معارف قرآن*، ۱۳۷۷، شماره ۶ و ۷.
۲۳. یآوری، اسدالله، «مطالعه تطبیقی جایگاه و اعتبار پیش‌بینی هنجارهای حقوقی تغییرناپذیر در قانون اساسی»، *مجله حقوق تطبیقی*، ۱۳۹۹، شماره ۲، صص ۷۸۵-۸۱۳.

منبع اینترنتی

۲۴. مجتهد شبستری، محمد، «درس‌گفتارهای صوتی هرمنوتیک جدید چیست؟» (۱۳۹۹/۹/۱)، جلسه ۱، نشانی دسترسی: <http://mohammadmojtahedshabestari.com>

References

Books

1. Ahmadi, Babak, *a treatise on history; An essay on hermeneutics of history*, Tehran: Nashr Markaz, 2008. (In Persian)
2. Albert, R and Emrah, B. *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*, (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 68, Springer, 2018).
3. ALBERT, R, *Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions*, Oxford, Oxford University Press, 2019.
4. Alder, J. *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, New York: PALGRAVE MACMILLAN, 2002.

5. Barnett, H. *CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW*, London: Cavendish Publishing Limited, 2002.
6. Burgess, J. *Political science and comparative constitutional law*, Boston, Ginn & Company, 1893.
7. Caenegem, R. v, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
8. Comella, V. C. F. *Constitutional courts and democratic values, a European perspective*, Yale, Yale University, 2009.
9. Congleton, R. D. & Swedenborg, B (eds), *Democratic Constitutional Design and Public Policy*, Cambridge MIT Press, 2006.
10. Fallon. Jr. R. H. *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law and Practice*, Cambridge, Cambridge university press, 2013.
11. Fathi, Mohammad and Kazem Kohi Esfahani, *The Constitution of the Islamic Republic and the interpretive comments of the Guardian Council*, Tehran: Research Institute of the Guardian Council, 2017. (In Persian)
12. Ghazi, Abolfazl, *Constitutional Rights and Political Institutions*, Tehran: Mizan, 2021. (In Persian)
13. Ghazi, Abolfazl, *Fundamental rights requirements*, Tehran: Mizan, 2018. (In Persian)
14. GOLDSWORTHY, J, *Interpreting Constitutions, A Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
15. Gurji Azandriani, Ali Akbar, *Revision of the Constitution: Rethinking the Coexistence of Power and Freedom in the Islamic Republic*, Tehran: Negah Moaser, 2019. (In Persian)
16. Hayek, F, *The Constitution of Liberty*, Chicago, Chicago Press, 1978.
17. Hayek, Friedrich, *Law, Legislation and Freedom, a new report on the libertarian principles of justice and political economy: Political order and free people*, Vol. 3, Tehran: Donya-e- Eghtesad, 2013. (In Persian)
18. Heidegger, Martin, *Nietzsche's Metaphysics*, translated by Manouchehr Esadi, Abadan: Nashr Porsesh, 2008. (In Persian)
19. Hirschl, R. *Towards Juristocracy, the Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, HARVARD, HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2004.
20. Jafari, Mohammad Hossein and others, *a comparative study of the interpretation of the Constitution (collection of articles)*, Tehran: Majd, 2016. (In Persian)
21. Jafari-Tabar, Hassan, *Philosophical Foundations of Legal Interpretation*, Tehran: Sahami Enteshar Company, 2004. (In Persian)
22. Katouzian, Nasser, *A step towards justice (collection of articles)*, Vol. 3, Tehran: Mizan, 2017. (In Persian)
23. Katouzian, Nasser, *Fundamentals of public law*, Tehran: Mizan, 2021. (In Persian)
24. Katouzian, Nasser, *Introduction to the science of law and study in Iran's legal system*, Tehran: Ganj Danesh, 2018. (In Persian)
25. Rasakh, Mohammad, *The Rights and Expediency, Essays in the Philosophy of Law, the Philosophy of Right and the Philosophy of Value*, Vol.2, Tehran: Nei Publishing, 2016. (In Persian)
26. Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1979.
27. Schwartzberg, M, *Democracy and legal change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
28. Vijeh, Mohammad Reza, *Theoretical Foundations and Structure of the Legal State*, Tehran: Jangal, 2016. (In Persian)

Articles

29. Aghaei Touq, Moslem, "Examining the interpretive approach of the Guardian Council in the light of Gadamer's philosophical hermeneutics", *Research Journal of Islamic Law*, No. 25, 2016. (In Persian)
30. Albert, R, "Constitutional handcuffs". *Intergenerational Justice Review*, 10, 2017.

31. Albert, R, "Counter constitutionalism". *Dalhousie Law*, 31, 2008.
32. Backer, L. C. "From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems", *PENN STATE LAW REVIEW*, 113, 2008.
33. Faridzadeh, Ghazaleh and Mohammad Hassan Kobagani. "Types of methods of access to the basic court with emphasis on basic litigation", *Legal Research*, No. 85, 2018. (In Persian)
34. Iraj, Mohsen and Khairullah Parveen, "The role of basic proceedings in protecting people's choice: in Germany and Iran", *Iranian and International Comparative Legal Research*, No. 41, 2017. (In Persian)
35. Kobagani, Mohammad Hassan and Vali Rostami, "Basic Guarantees of Fundamental Rights and Freedoms: An Analysis of Basic Litigation Procedures in France and England", *Public Law Studies*, No. 2, 2021. (In Persian)
36. Nasiri, Ali, "Tafsir Be Raei", *Qur'an Sciences and Education*, No. 6 & 7, 1998. (In Persian)
37. Parvin, Khairullah and Behnam Mobsari, "Examination of the relationship between legal hermeneutics and interpretive opinions of the Guardian Council", *Quarterly Journal of Public Law Studies*, No. 2, 2016. (In Persian)
38. Parvin, Khairullah, "From the customary constitution to the custom of constitutional rights", *Journal of the Faculty of Law and Political Sciences*, No. 2, 2013. (In Persian)
39. Soltani, Nasser, "Validation of custom and procedures of the Constitution", *Danesh Quarterly of Public Law*, No. 18, 2016. (In Persian)
40. Vakilian, H. "Constitutional Utopianism: A Case Study of the Constitution of the Islamic Republic of Iran", *FORUM PR AWNICZE*, 68, 2021.
41. Waluchow, W, "Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 18, 2005.
42. Yavari, Asadullah, "Comparative study of the status and validity of the prediction of immutable legal norms in the Constitution", *Comparative Law Journal*, No. 2, 2019. (In Persian)

Internet Resource

43. Mojtabeh Shabestri, Mohammad, "What are the new hermeneutic audio lectures?" (2019/09/01), session 1, Available at: <http://mohammadmojtahedshabestari.com/>)



Original Article

Application of the Principle of Proportionality in the Procedure of the Court of Administrative Justice

Vahid Bayat mokhtari¹, Mohammad Jalali² , Mohsen Taheri³

ABSTRACT

An act or a decision that results in restriction of an individual right can be considered proportionate if it pursues a legitimate aim and is logically related to it and uses a coherent tool that entails the lowest cost. Therefore, the proportionality test is based on the cost-benefit analysis. The proportionality principle is a structure and methodological tool as well as an intelligent procedure for reviewing the actions of public authorities. One of the Administrative Court of Justice objectives is to ensure the officials and institutions actions proportionality by directing them toward the legislative goals and preventing organizations, departments and their staffs from violating the law or using disproportionate measures. The principle of proportionality can help to achieve this goal. However, the examination of the aforesaid institution's approach does not reveal any systematic and structured implementation of the above-mentioned principle. In some cases, an implicit respect for the principle of proportionality concept can be observed, although the opinion in accordance with the above principle is not cited.

KeyWords: Right, Freedom, Public Interest, Principle of Proportionality, Administrative Court of Justice.

How to Cite: Bayat Mokhtari, Vahid, Jalali, Mohammad, Taheri, Mohsen, "Application of the Principle of Proportionality in the Procedure of the Court of Administrative Justice", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 119-136.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234856.2684>

Received: 03/03/2024-Accepted: 07/05/2024

1. Ph.D. Candidate, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: Semnan Branch, Semnan, Iran

2. Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: m_jalali@sbu.ac.ir

3. Assistant Professor, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: Semnan Branch, Semnan, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



کاربست اصل تناسب در رویه دیوان عدالت اداری

وحید بیات مختاری^۱، محمد جلالی^۲، محسن طاهری^۳

چکیده

اقدام یا تصمیمی که منجر به محدودیت در یک حق فردی شود، اگر هدف مشروعی را پیگیری نماید و به طور منطقی با آن مرتبط باشد و از ابزاری استفاده کند که کمترین هزینه را ایجاد نماید، می‌توان آن را برخوردار از تناسب دانست. بنابراین آزمون تناسب مبتنی بر تحلیل هزینه - فایده است. اصل تناسب یک ساختار و ابزار روش‌شناختی و فرایندی هوشمندانه برای بررسی اقدامات مقامات عمومی است. یکی از اهداف دیوان عدالت اداری را می‌توان متناسب‌سازی اقدامات مأموران و نهادهای عمومی از طریق هدایت آنها در مسیر اهداف مقنن و جلوگیری از تخطی سازمان‌ها، ادارات و کارکنان آنها از اهداف قانونی و ممانعت از به کارگیری ابزار و اقدامات نامتناسب دانست. اصل تناسب می‌تواند در نیل به این هدف کمک شایان توجهی کند. با تتبع در رویه آن نهاد، اجرای نظام‌مند و ساختاریافته اصل موصوف را شاهد نیستیم. اگرچه در پاره‌ای موارد می‌توان توجه ضمنی به مفهوم اصل تناسب را علی‌رغم عدم ابتناء و استناد رأی به اصل مذکور را ملاحظه کرد.

کلید واژگان: حق، آزادی، منافع عمومی، اصل تناسب، دیوان عدالت اداری.

استناد به این مقاله: بیات مختاری، وحید، جلالی، محمد، طاهری، محسن، «کاربست اصل تناسب در رویه دیوان عدالت اداری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۱۱۹-۱۳۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234856.2684>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۸

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد سمنان، سمنان، ایران
۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: m_jalali@sbu.ac.ir
۳. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد سمنان، سمنان، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

تغییرات چشمگیر ایجاد شده در جهان، علی‌الخصوص پس از وقوع دو جنگ عالمگیر، انتظارات و توقعات از چگونگی فعالیت قوای مقننه و به ویژه مجریه را دچار تحول و به دلیل افزایش زمینه و بستر برای مداخله دولت در حوزه‌های گوناگون، بسیاری از باورها و انگاره‌های پیشین راجع به کم و کیف اقدامات و تصمیمات دولت را دستخوش دگرگونی کرده است. این تغییرات را می‌توان در جابه‌جایی پارادایم دولت ژاندارم^۱ با دولت رفاه^۲ به وضوح مشاهده کرد. حضور دولت در بخش‌های مختلف جامعه انسانی و الزام به اتخاذ تصمیم برای رفع مشکلات موجود به ناچار در پاره‌ای اوقات منتهی به اصطکاک در منافع و حقوق فردی با مصالح عمومی خواهد شد. یکی از ابتکارات و راهکارهایی که با تمسک به آن می‌توان به گونه‌ای کارا و اثربخش این دوگانگی منافع را مهار و کنترل کرد، بهره‌گیری از دکتترین تناسب^۳ است. برقراری موازنه میان حریت و محدودیت می‌تواند به صورت روشنی مؤید پیاده‌سازی ایده عدالت در جوامع انسانی باشد. در مرکز و قلب این موضوع است که اصل تناسب خود را به صورت بی‌پرده عیان می‌سازد. در نوشتار حاضر تلاش خواهد شد تا جایگاه اصل تناسب در تصمیمات و آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری تبیین شود.

۱. تعریف تناسب

مراجع کنترلی و نظارتی به منظور جلوگیری از ایجاد محدودیت غیرضروری توسط مقامات عمومی، آزمون‌ها و اصول مختلفی چون غیرمنطقی بودن، نامعقول بودن، خروج از صلاحیت و ملاحظات نامربوط را مطرح کرده‌اند. یکی از این اصول که در عمل جدیدترین این دسته اصول محسوب می‌شود اصل تناسب است.^۴ در میان صاحب‌نظران از این اصل تعاریف گوناگونی به عمل آمده است که به برخی از آنها در ذیل اشاره می‌شود. نمی‌توان از مقامات عمومی توقع داشت بدون مداخله در حق‌ها و آزادی‌ها به صورت شایسته اهداف عمومی را تحقق بخشند. اصل تناسب راه‌حل مناسبی برای برقراری این تعادل فراهم آورده است.^۵ میان هدفی که اداره دنبال می‌کند و ابزاری که برای نایل شدن به آن هدف به کار می‌برد، وجود تناسب ضروری است.^۶ بر مبنای این اصل باید میان تصمیم اتخاذی مقامات و اهدافی که مبنای آن بوده تعادل و توازن وجود داشته باشد.^۷ اصل تناسب مستلزم آن است که یک عمل از حدود ضروری برای رسیدن به هدف اعلام‌شده تجاوز نکند.^۸ اصل تناسب ضابطه عامی است که برای کنترل قضایی اعمال دولت از آن بهره گرفته می‌شود. به عنوان ابزاری در مقابل استفاده نامحدود از قدرت قانون‌گذاری یا اجرایی یا بخشی از حکومت، مبتنی بر تعقل‌گرایی در نظر گرفته می‌شود که با توجه به

^۱ Night Watchman State

^۲ welfare state

^۳ Proportionality Doctrine

^۴ Messey I.P, *Administrative Law*, Eastern Book company, 2012, P 383.

^۵ جلالی، محمد و میثا کامیاب، *پلیس اداری*، تهران: انتشارات مجد، ۱۴۰۰، ص ۲۰۶.

^۶ هداوند، مهدی، *حقوق اداری تطبیقی*، جلد ۲، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱، صص ۷۰۴-۷۰۳.

^۷ مرکز مالیمری، احمد و آرین پتفت، *مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری*، تهران: انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷، ص ۱۲۹.

^۸ گرجی، علی‌اکبر، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، ص ۳۲۶.

آن مقام عمومی فقط تا آن درجه که مورد نیاز است می‌بایست برای رسیدن به اهداف خود عمل کند.^۱ اصل تناسب درصدد بیان این امر است که مأموران عمومی در اعمال صلاحیت تشخیصی آزاد نیستند. میان تصمیم کارمندان و ابزار مورد استفاده آنها رابطه‌ای منطقی باید وجود داشته باشد.^۲ از مقامات عمومی نمی‌توان انتظار داشت که به صورت کامل اهداف عمومی را محقق کنند و درعین حال چنین اقداماتی منتهی به مداخله در حقوق افراد نشود. اصل تناسب تعادل میان اهداف عمومی و منافع خصوصی را برقرار می‌کند.^۳ اصل تناسب به دنبال ایجاد رابطه منطقی میان تصمیم متخذه و اهدافی است که مقام عمومی مبتنی بر آن تصمیم می‌گیرد. مقام عمومی حق ندارد قوانین و مقررات را به گونه‌ای تفسیر کند که باعث محرومیت اشخاص ذی‌نفع از حقوق قانونی خویش شود.^۴ به‌طور کلی اصل تناسب در معنای وسیع خود مستلزم این است که اقدامات دولت نباید بیش از آنچه برای تحقق یک هدف عمومی مهم، ضرورت دارد، مداخله‌جویانه باشد.^۵

۲. نظرات گوناگون در خصوص ارکان اصل تناسب

تناسب به‌عنوان یک دکترین، چارچوب روش شناختی پایداری را برای هماهنگی بیشتر مطالبات عدالت‌طلبانه با حقوق اساسی فراهم کرده است.^۶ در خصوص اینکه اصل تناسب دارای چند رکن است و نام آنها چیست؟ میان صاحب‌نظران اختلاف رأی و عقیده وجود دارد. گروهی از صاحب‌نظران اصل تناسب را دارای چهار رکن شامل مشروعیت هدف، مناسبت، ضرورت و تناسب در معنای مضیق دانسته‌اند.^۷ برخی نیز اصل مذکور را با حذف رکن مشروعیت هدف صرفاً دارای سه رکن مناسبت، ضرورت و تناسب در معنای مضیق

^۱ گرجی، علی‌اکبر، *در تکاپوی حقوق عمومی*، جلد ۱، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۳، ص ۴۹۱.

^۲ مشهدی، علی، *صلاحیت تخییری*، تهران: انتشارات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۱، ص ۹۷.

^۳ مرادی برلیان، مهدی، *اصل تناسب در نظام حقوقی اتحادیه اروپا*، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۲، ص ۴۰.

^۴ موسی‌زاده، ابراهیم، *بایسته‌های حقوق اداری*، تهران: نشر دادگستر، ۱۴۰۲، ص ۸۶.

^۵ Adler, John, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, Palgrave Macmillan, 2002, P.315.

^۶ C. Jackson, Viki, "the constitutional in the age of proportionality", *Yale Law Journal*, vol. 124, NO. 8 (June 2015), p.3147.

^۷ برای نمونه بنگرید به:

- Moller, Kai, "Dworkin's theory of Rights in the age of proportionality", *the law & Ethics of humans Rights Journal*, 12 (2, 2018).

- Barak, Aharon, *Proportionality Constitutional Rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2012.

- Klatt, Matthias & Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012.

- Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism*, Cambridge University Press, 2017.

برشمرده‌اند.^۱ البته باید توجه داشت اکثر صاحب‌نظران داخلی تناسب را دارای سه رکن معرفی کرده‌اند.^۲ در ادامه ارکان اصل تناسب در قالب چهار مؤلفه به شرح آتی‌الذکر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲.۱. مشروعیت هدف

از مشروعیت هدف تحت عنوان غایت مشروع^۳ یا هدف مناسب^۴ نیز یاد شده است. باید توجه داشت مشروعیت هدف اولین گام آزمون تناسب تلقی می‌شود. دولت‌ها به دنبال نقض حقوق اساسی شهروندان خود نوعاً توضیح می‌دهند که محدودیت در آن حقوق در راستای منافع عمومی اجتماع بوده و بالمآل مشروع است.^۵

در این مرحله موضوعی که مورد توجه قرار می‌گیرد آن است که آیا اقداماتی را که مقام عمومی انجام داده است، می‌توان در راستای نیل به یک هدف مشروع تلقی کرد؟ هدف مشروع ارزش‌هنجاری و غایتی است که مقنن با محدودیت حقوق اساسی سعی در محقق ساختن آن دارد. چنانچه فرایند قانونگذاری هدفی نامشروع را ترغیب کند، در واقع به گونه‌ای خودکار این اقدام در صدد نقض قانون اساسی برآمده است.^۶

باید توجه داشت که موضوع بررسی مراجع نظارتی از جمله دادگاه‌ها در این حال راجع به آنچه در فکر و اندیشه مقام عمومی و اداری گذشته نیست. یعنی در بحث نظارت، این امر از اهمیت چندانی برخوردار نیست که گیرنده تصمیم و فاعل عمل ملاحظات درستی را در ذهنش داشته یا خیر؟ بلکه مهم آن است که آیا این سیاست یا تصمیم از جنبه عینی قابلیت توجیه دارد یا خیر؟^۷

برای مثال، ایجاد محدودیت در یک حق مورد حمایت قانون اساسی از طریق ممنوعیت تظاهرات را می‌توان با نیاز به حمایت از حق تمامیت جسمانی افرادی که ممکن است از رهگذر خشونت‌های گروه‌های تظاهرات‌کننده دچار آسیب شوند، توجیه کرد. بدین ترتیب ایجاد محدودیت در حق با یک هدف مشروع موجه‌سازی خواهد شد.^۸

مقولاتی چون امنیت ملی،^۹ نظم عمومی،^{۱۰} حقوق بشر و ارزش‌های اخلاقی را می‌توان از جمله غایات و اهداف مشروع

^۱ Alexy, Robert, "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", *Ratio Juris (An international Journal of Jurisprudence and philosophy of law)*, vol 16, issue 2, 2003.

^۲ برای نمونه بنگرید به:

- جلالی، محمد و میثا کامیاب، منبع پیشین، ص ۲۰۷.

- هداوند، مهدی، *حقوق اداری تطبیقی*، جلد ۱، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۰، ص ۲۱۲.

- مرادی برلیان، مهدی، منبع پیشین، ص ۸۲.

^۳ Legitimate end

^۴ Proper purpose

^۵ Jalali, Mohammad & Soodbar, Sogol, "A critical analysis of application of proportionality test and Margin of appreciation doctrine by european court of human rights", *journal of human rights*, vol 18, No 2, 2022, p 31.

^۶ Petersen, Niels, *op, cit*, p 74.

^۷ Alexy, Robert, "A theory of constitutional Rights", oxford university press, 2002, P 60.

^۸ Moller, kai, "proportionality: challenginig the critic", *International Journal of Constitutional Law* 2012, vol. 100. No 3, p 712.

^۹ National Security

^{۱۰} public order

برای تحدید حقوق تلقی کرد.

۲.۲. مناسبت

مناسبت^۱ به‌عنوان رکن دوم اصل تناسب با نام ارتباط منطقی^۲ نیز معرفی می‌شود. ابزارهای مورد استفاده در قانونی که ایجاد محدودیت می‌کند با هدفی که قانون برای تحقق آن طراحی شده باید مطابقت، ارتباط منطقی و مناسبت داشته باشد. یعنی ابزارهای مورد استفاده برای تحقق یا پیشبرد هدف، عقلاً موجب نیل به هدف قانون شود. بنابراین لازم است که وسیله انتخاب شده در راستای تحقق هدف باشد. براین اساس در صورتی که وسیله و ابزار به کار گرفته شده به تحقق هدف قانون کمک نکند، استفاده از چنین وسایلی نامناسب خواهد بود.^۳

۲.۳. ضرورت

مؤلفه بعدی اصل تناسب، تحت عنوان ضرورت^۴ است. از این رکن به‌عنوان «وسایل ضروری»^۵ یا «ابزار کمتر محدودکننده»^۶ نیز یاد می‌شود. آزمون ضرورت مربوط به ابزاری است که قانون‌گذار برای دستیابی به اهداف خود برمی‌گزیند. اگر وسیله انتخاب شده غیرمنطقی باشد، اساساً باید اعلام کرد که هیچ‌گونه ضرورتی در آن وجود ندارد. بنابراین در رکن ضرورت ایجاب می‌کند ماهیت هدفی که یک مقام عمومی به دنبال دستیابی به آن است، کاملاً مطابق با ابزار انتخابی باشد.^۷ رکن ضرورت در مقام بیان مفهوم کارایی است. این رکن زمانی مورد توجه قرار می‌گیرد که تحقق هدف از طریق استفاده از چندین ابزار عقلایی جایگزین امکان‌پذیر باشد. در این شرایط ایجاب می‌کند مقنن ابزاری را انتخاب کند که حق اساسی را در کمترین حد، محدود سازد.^۸

۲.۴. تناسب در معنای مضیق^۹

این رکن از اصل تناسب را اقتضا^{۱۰} یا تعادل^{۱۱} نیز نامیده‌اند. اگر اقدامات مقام عمومی در سه مرحله قبل پذیرفته شود، این مؤلفه مورد توجه قرار می‌گیرد.^{۱۲} در این مرحله مرجع نظارتی درمقابل نقض یا محدودیت حق، باتوجه به حقایق موجود، به هریک از ابزارها و وسایل مختلفی که برای دستیابی به اهداف، مورد استفاده قرار گرفته، وزنی را اختصاص و در یک تصویر کلی آنها را مورد ارزیابی

¹ Suitability

² Rational connection

³ Barak, Aharon, *op. cit.*, p 304.

⁴ necessity

⁵ necessity means

⁶ the less restrictive means

⁷ Jalali, Mohammad & Soodbar, Sogol, *op. cit.*, p 36.

⁸ Barak, Aharon, *op. cit.*, p 320.

⁹ Proportionality stricto sensu

¹⁰ Appropriateness

¹¹ balancing

¹² Stone, Sweet alec and Jud, "Mathews Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2008, p 71.

قرار می‌دهد. بر این پایه می‌توان ادعا کرد که آزمون تناسب یک آزمون نتیجه‌گراست. در تناسب به معنای مضیق، ما در حال ایجاد تعادل بین دو مقیاس تحقق هدف با مقیاس تحدید حق هستیم. بر این اساس باید گفت تعادل دارای ماهیت هنجاری است و اکثریت پذیرفته‌اند که در قبال منافع رقیب، روش حل تعارض و ایجاد توازن باید مبتنی بر رویکرد اصولی و هنجاری باشد.^۱

۳. اصل تناسب در رویه دیوان عدالت اداری

دیوان عدالت اداری در نظام حقوقی کنونی کشور به‌عنوان نهاد متولی تضمین حق دادخواهی به منظور حفظ حقوق شهروندان در برابر اقدامات و تصمیمات مقامات عمومی، پیش‌بینی و در نظر گرفته شده است. از سوی دیگر یکی از اصول حاکم بر اقدامات اداره، معقولانه و متناسب بودن تدابیر اتخاذی توسط مقامات عمومی است.^۲ «علی‌رغم نبود دادگاه قانون اساسی در ایران که وظیفه دادرسی اساسی و صیانت قضایی از اصول قانون اساسی و ارزش‌های دستورگرای را بر عهده داشته باشد. به نظر می‌رسد که در عمل بخش قابل‌ملاحظه‌ای از وظیفه نظارت قضایی و صیانت از اصول قانون اساسی بر عهده دیوان عدالت اداری قرار گرفته و دیوان، این نقش را در قلمرو اداره عمومی اعمال می‌کند.»^۳

این نهاد با استفاده از مفهوم عدالت - که خود متضمن تناسب نیز می‌باشد - و بهره‌گیری از تدابیر و اهرم‌های قانونی چون جلوگیری از ادامه عملیات اجرایی اداره یا با تصدیق وقوع تخلف بستر را جهت دریافت خسارت، عندالزوم در شعبات دادگاه عمومی یا شعبات آن نهاد فراهم می‌آورد و همچنین با نقض یا لغو اقدامات و تصمیمات اتخاذی تا حد امکان نابرابری را کاهش و بدین‌سان بین منفعت فردی شهروندان و منافع عمومی جامعه تناسب برقرار می‌کند. البته باید یادآور شد که چون سیستم حقوقی ایران از جمله نظام‌های حقوقی نوشته محسوب می‌شود، لذا اصول کلی حقوقی و از جمله اصل تناسب در این نوع از ساختارهای حقوقی فاقد جایگاه شایسته‌ای همچون قوانین می‌باشند. هر چند که به‌کارگیری این اصل در حقوق اداری موجود، دور از دسترس به نظر نمی‌رسد.^۴

۴. رویکرد دیوان عدالت اداری در مواجهه با اصل تناسب

می‌توان رویکرد دیوان عدالت اداری را تحت عنوان «استناد ضمنی به اصل تناسب» صورت‌بندی کرد.^۵ در این روش

^۱ Barak, Aharon, *op. cit.*, p 343.

^۲ دولت در واقع بازو و ابزار اجرای قواعد و هنجارهای عام وضع شده از ناحیه نمایندگان ملت است. ضوابط مذکور اگرچه به دولت این امکان را می‌دهد تا در راستای اهداف مجلس و ملت حرکت نماید، مع‌هذا دولت مجاز نیست با اقدامات و تصمیمات خود فراتر از آنچه که مورد خواست قوه مقننه است از مسیر مطلوب و ترسیم شده مقنن خارج شود. هرگونه رفتار برخلاف این امر اگرچه در ذیل عنوان صلاحیت تشخیصی هم صورت گیرد با حق بر متناسب بودن اعمال دولتی در تعارض قرار خواهد گرفت.

^۳ جلالی، محمد و حمیده سعیدی روشن، «نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتم، تابستان ۱۳۹۵، شماره ۹۴، ص ۱۲۴.

^۴ **گفتارهایی در دیوان عدالت اداری** (مجموعه گزارش‌های پژوهشی و نشست علمی تا پایان سال ۱۳۹۳)، تهران: انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۴، ص ۱۱۰.

^۵ استناد به اصل تناسب در دیوان عدالت اداری به دلیل عدم پیش‌بینی این اصل به عنوان یکی از جهات بازنگری در تصمیمات و اقدامات مقامات عمومی در قوانین، به صورت صریح انجام نمی‌شود. به عبارت بهتر به نظر می‌رسد استناد صریح و روشن به اصل تناسب در دیوان عدالت اداری به لحاظ موضوع مذکور با مشکل مواجه است.

علی‌رغم عنایت تلویحی به مفهوم اصل تناسب لیکن بدون مستند ساختن رأی صادره به اصل مذکور، اقدام به ارزیابی و نتیجه‌گیری می‌شود. در ادامه در سه حوزه مختلف به بررسی برخی آرای صادره از دیوان عدالت اداری که در آنها به صورت ضمنی اصل تناسب مورد استناد و توجه قرار گرفته، پرداخته خواهد شد.

۴.۱. رویکرد دیوان عدالت اداری در حوزه حقوق اقتصادی

برای تبیین بهتر موضوع دو رأی که معطوف به حوزه مالیات و تورم بوده و می‌توان در آنها استناد به اصل تناسب را به صورت ضمنی و تلویحی ملاحظه کرد، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۴.۱.۱. تناسب و مالیات

در خصوص میزان نرخ مالیات بر درآمد اتفاقی اشخاص حقوقی، میان واحدهای مالیاتی به دلیل ابراز نظرات گوناگون راجع به شمول نرخ‌های مالیاتی موضوع مواد ۱۰۵ و ۱۳۱ اصلاحی قانون مالیات‌های مستقیم اختلاف ایجاد می‌شود. متعاقباً در اجرای بند ۳ ماده ۲۵۵ قانون مارالذکر موضوع در شورای عالی مالیاتی مطرح می‌شود.

پس از طرح موضوع در شورای مذکور میان اعضا آن اختلاف حاصل می‌شود. اکثریت عقیده به دریافت مالیات بر درآمد اتفاقی اشخاص حقوقی به نرخ ماده ۱۰۵ قانون مالیات‌های مستقیم و اقلیت نیز عقیده به دریافت مالیات از اشخاص مذکور به نرخ ماده ۱۳۱ قانون اخیرالذکر داشته‌اند.

سازمان امور مالیاتی نظر اکثریت را به‌عنوان بخشنامه شماره ۲۰۰/۹۳/۶۱ - ۱۳۹۳/۵/۲۰ به ادارات کل امور مالیاتی در سراسر کشور ابلاغ می‌نماید. در همین خصوص فردی در پرونده کلاسه ۹۶۰۱۱۰۸ شکایتی را تقدیم هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نموده و طی آن درخواست ابطال بخشنامه فوق‌الاشاره را مطرح و در تشریح شکایت خود چنین بیان داشته است: «... طبق ماده ۱۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم درآمد نقدی و یا غیرنقدی که شخص حقیقی یا حقوقی به صورت بلاعوض و یا از طریق معاملات محاباتی و یا به‌عنوان جایزه یا هر عنوان دیگر از این قبیل تحصیل می‌نماید مشمول مالیات اتفاقی به نرخ مقرر در ماده ۱۳۱ این قانون خواهد بود. شمول مفاد این قانون به درآمد اتفاقی اشخاص محرز بوده، مفاد بخشنامه معترض‌عنه مبنی بر شمول مالیات براساس ماده ۱۰۵ قانون مالیات‌های مستقیم به نرخ بیست و پنج درصد خلاف بین ماده ۱۱۹ قانون مذکور می‌باشد.»

مدیر کل دفتر حقوقی سازمان امور مالیاتی کشور در پاسخ به شکایت مطروحه اقدام به ارسال نظریه اکثریت اعضای شورای عالی مالیاتی البته با تغییرات اندکی در متن آن کرده است.

اعضای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری پس از بحث و بررسی طی دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۱۸۹۳ - ۱۳۹۷/۱۰/۴ چنین مقرر داشته‌اند: «بر مبنای ماده ۱۰۵ قانون مالیات‌های مستقیم، فعالیت‌های انتفاعی اشخاص حقوقی به استثنای مواردی که در این قانون دارای نرخ جداگانه‌ای می‌باشد، مشمول مالیات به نرخ ۲۵٪ اعلام شده است. یکی از استثنائات حکم مقرر در این ماده، مالیات بر درآمدهای اتفاقی اشخاص حقوقی بوده که نرخ آن به موجب ماده ۱۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم از حکم کلی مقرر در ماده ۱۰۵ قانون مالیات‌های مستقیم استثنا شده و به تناسب میزان درآمد اتفاقی اشخاص حقوقی مشمول نرخ‌های سه‌گانه مقرر در ماده ۱۳۱ قانون مالیات‌های مستقیم (۱۵، ۲۰ و ۲۵ درصد) قرار داده شده است. نظر به اینکه بخشنامه مورد شکایت، نرخ مالیات بر درآمدهای اتفاقی اشخاص حقوقی را کماکان مشمول حکم مقرر در ماده ۱۰۵ قانون مالیات‌های مستقیم قرار داده، بخشنامه مذکور خلاف قانون و خارج از اختیار بوده

... ابطال می‌شود».

در خصوص این رأی باید عنوان داشت شهروندان به تناسب درآمد خود می‌بایست در راستای ایفای تکلیف عام مقرر شده برای آنها جهت تأمین هزینه‌های عمومی اقدام به پرداخت مالیات نمایند. در حالی که سازمان امور مالیاتی با بهره‌گیری از ابزار بخشنامه و با تکیه بر رأی نادرست اکثریت اعضای شورای عالی مالیاتی - که خود بر مبنای تفسیر اشتباه از قانون مالیات‌های مستقیم بوده - و علیرغم تصریح مقنن در مواد ۱۱۹ و ۱۳۱ قانون مذکور به دریافت مالیات متناسب با درآمد افراد، متأسفانه بدون لحاظ کردن عنصر مناسبت، و صرفاً در راستای تأمین هزینه‌های دولت بدون توجه به حقوق فردی شهروندان، بیشترین حد ممکن و بالاترین درجه تکلیف را بر اشخاص حقوقی تحمیل کرده و حقوق آنها را شدیداً مخدوش و محدود کرده است. باید هزینه‌ها و فواید اجتماعی و نه ضرورتاً منافع پولی و مالی مبنای اصلی برای اتخاذ تصمیم در سیاست‌گذاری‌های عمومی و ترسیم خط‌مشی‌های کلان کشور باشد.^۱ بدین ترتیب تنگناها و مضیقه‌های مالی دولت اگرچه که دغدغه‌ای مهم و تأمین آنها بر مدیریت کشور فرض است، لیکن این امر به هیچ‌وجه مجوزی برای بی‌توجهی به حقوق فردی و ایجاد محدودیت ناروا در آنها و بستری برای تأمین و کسب درآمد برای دولت از مجرای این امر تلقی نمی‌شود. نکته قابل توجه در این پرونده آن است که عدم رعایت تناسب در اقدام اداری دقیقاً منطبق با رفتار خارج از چارچوب قانون و به معنای عدم رعایت قانون است. بدین سان و باتوجه به تصریح مقرر در مواد اخیرالذکر قانون مالیات‌های مستقیم - که ناظر به تعیین و دریافت مالیات بر درآمد اتفاقی به تناسب میزان درآمد مذکور بوده - در بخشنامه معترض‌عنه مورد بی‌توجهی واقع شده، لذا هیئت عمومی دیوان عدالت اداری اقدام سازمان امور مالیاتی را غیرقانونی (=غیرمتناسب) و درخور ابطال تشخیص داده است.

۴.۱.۲. تناسب و تورم

در پرونده کلاسه ۹۴۰۱۱۲۳ مستند به ماده ۹۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری ریاست وقت دیوان عدالت اداری متقاضی طرح مجدد رأی شماره ۱۵۰۷ تا ۱۵۵۱ - ۱۳۸۶/۱۲/۲۶ در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری می‌شود.

توضیح اینکه در پی درخواست ابطال بندهای ۱، ۲ و ۶ تصویب‌نامه شماره ۱۱۰۰۸/ت/۳۷۱۵۰ هـ - ۱۳۸۶/۱/۲۸ هیئت وزیران به موجب قسمت الف رأی اخیرالذکر هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بندهای ۱ و ۲ تصویب‌نامه فوق‌الاشاره را خلاف قانون تشخیص و به ابطال آن رأی داده است.

رئیس وقت دیوان عدالت اداری قسمت الف رأی مذکور را مغایر قانون تشخیص داده و موضوع را به هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با استدلالی به شرح ذیل ارجاع می‌کند:

«با عنایت به اینکه قبل از تصویب و اجرایی شدن قانون مدیریت خدمات کشوری، قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور لازم‌الاجرا بوده است، لذا باتوجه به ماده ۱۵۰ این قانون و تبصره ۱ ماده ۱۵۰ آیین‌نامه اجرایی قانون اخیرالذکر مصوب ۱۳۸۳ هرگونه افزایش حقوق، متناسب با نرخ تورم را بدون ذکر مرجع تعیین‌کننده نرخ تورم، تنها بر عهده دولت دانسته (نه براساس و معادل نرخ تورم اعلامی توسط بانک مرکزی) به عبارت دیگر وفق منطوق غیرصریح آن می‌توان گفت هرچه دولت بگوید متناسب با نرخ تورم است... بدین معنی که دولت در افزایش حقوق مقید

^۱ اشترینان، کیومرث، *راهنمای برنامه‌ریزی دولتی و سیاست‌گذاری عمومی*، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۱، ص ۱۳۵.

و محدود به منابع مذکور گردیده و ضمن رعایت تناسب، رعایت منابع نیز از سوی دولت الزامی بوده است. مضافاً مطابق منطوق صریح ماده ۱۵۰ قانون برنامه چهارم توسعه، تکلیف دولت، افزایش حقوق کارکنان و بازنشستگان (متناسب) با نرخ تورم می‌باشد. بدیهی است افزایش متناسب با نرخ تورم متفاوت از افزایش معادل نرخ تورم می‌باشد. چرا که قانونگذار هرگاه نظر به افزایش حقوق به میزان نرخ تورم داشته با عبارات متفاوت و به صورت صریح این مطلب را عنوان نموده که آخرین آن ماده ۱۲۵ قانون مدیریت خدمات کشوری است که پس از تعیین ضرایب حقوق به میزان مشخص حکم می‌کند: «... و در سال‌های بعد حداقل به اندازه نرخ تورم ... افزایش می‌یابد» و همچنین در ماده ۳ قانون برنامه سوم توسعه که متضمن حکمی مشابه ماده ۱۵۰ قانون برنامه چهارم بود بلافاصله پس از عبارت «متناسب با نرخ تورم» عبارت «حداقل مساوی آن» درج شده بود. درحالی‌که عبارت اخیر در ماده ۱۵۰ قانون برنامه چهارم نیامده است. بدیهی است اگر جمله «متناسب با نرخ تورم» دلالت بر افزایش به میزان و معادل نرخ تورم داشت، مطلقاً نیازی به درج عبارت «حداقل مساوی با آن» نبود. بالاخص که در ادامه عبارت و متن ماده ۳ قانون برنامه سوم در مورد مطابقت افزایش با نرخ تورم و تأمین مابه‌التفاوت در فرض «افزایش کمتر از نرخ تورم» در ماده ۱۵۰ قانون برنامه چهارم درج نشده و بر همین اساس است که در بند ک تبصره ۱۹ قانون بودجه سال ۱۳۸۶ که در آن به اجرای ماده ۱۵۰ قانون برنامه چهارم تصریح شده، تکلیف دولت به افزایش ضریب حقوق کارکنان و بازنشستگان به طور مطلق ذکر نشده است، بلکه مقید به عبارت «با استفاده از منابع موجود در ردیف‌های پیش‌بینی شده برای هر دستگاه» شده است.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری پس از بحث و بررسی چنین اقدام به انشای رأی شماره ۱۲۱۹ - ۱۳۹۴/۱۰/۲۹ کرده است:

«... به موجب بند ک تبصره ۱۹ قانون بودجه سال ۱۳۸۶ کل کشور، دولت موظف شده در سال ۱۳۸۶ در اجرای ماده ۱۵۰ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران نسبت به افزایش ضریب حقوق کارکنان و بازنشستگان با استفاده از منابع موجود در ردیف‌های پیش‌بینی شده برای هر دستگاه اقدام کند. مطابق ماده ۱۵۰ قانون اخیرالذکر دولت موظف شده بود حقوق کلیه کارکنان و بازنشستگان دولت را طی برنامه چهارم در ابتدای هر سال برای تمامی رشته‌های شغلی، متناسب با نرخ تورم افزایش دهد. نظر به اینکه قانون بودجه سال ۱۳۸۶ نسبت به قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و زندگی جمهوری اسلامی ایران قانون خاص تلقی می‌شود، بنابراین در سال ۱۳۸۶ مقررات ماده ۱۵۰ قانون برنامه چهارم در خصوص افزایش ضریب حقوق کارکنان و بازنشستگان در حد منابع موجود در ردیف‌های پیش‌بینی شده برای هر دستگاه قابل اعمال بوده و در نتیجه بند الف رأی شماره ۱۵۰۷ الی ۱۵۵۱ - ۱۳۸۶/۱۲/۲۶ که طی آن بندهای ۱ و ۲ تصویب‌نامه شماره ۱۱۰۸/ت/۳۷/۵۰ هـ - ۱۳۸۶/۱/۲۸ به لحاظ عدم تناسب افزایش ضریب جدول حقوق و افزایش حقوق بازنشستگی و وظیفه اشخاص با نرخ تورم ابطال شده مغایر قانون صادر شده است و مستند به ماده ۹۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، ضمن نقض قسمت الف رأی مذکور بندهای ۱ و ۲ مصوبه یاد شده خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات هیئت وزیران نمی‌باشد.»

از رأی شماره ۱۲۱۹ - ۱۳۹۴/۱۰/۲۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به خوبی این نکته قابل دریافت است که قبلاً هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طی رأی شماره ۱۵۰۷ الی ۱۵۵۱ - ۱۳۸۶/۱۲/۲۶ مرتکب استنباط نادرستی از مفهوم و معنای تناسب شده است.

توضیح اینکه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به جای اینکه از مفهوم تناسب، برداشت و استنباطی در حوزه علوم انسانی و حقوق عمومی داشته باشد. در نهایت شگفتی تعریف استاندارد و کلاسیک از مفهوم تناسب در ریاضیات - از

جمله شاخه‌های علوم پایه - را مدنظر و مبنای عمل خود قرار داده است! زیرا در ریاضیات تناسب را رابطه‌ای حاکی از برابری و تساوی میان دو نسبت می‌دانند.

مؤید این استنباط آن بخش از رأی شماره ۱۵۰۷ الی ۱۵۵۱ - ۱۳۸۶/۱۲/۲۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری می‌باشد که طی آن چنین مقرر شده است: «نظر به اینکه معنی و مفهوم واژه تناسب چه در لفظ و چه در اصطلاح مبین وجود تساوی بین یا دو یا چند نسبت معین و مشخص است.» در حالی که با قاطعیت می‌توان مدعی شد که مراد از تناسب در علوم انسانی - به دلیل ذی‌مدخل بودن متغیرها و پارامترهای پیرامونی مؤثر بر فاکتورهای گوناگون مربوط به انسان و جامعه - تساوی و برابری میان نسبت‌های مختلف نیست. منظور از تناسب در حوزه علوم انسانی و حقوق عمومی نوعی سازواری و هماهنگی بافتاری است. به عبارت بهتر در این زمینه و مقام، تناسب به معنای نوعی تعادل و توازن میان اجزای گوناگون یک اقدام یا تصمیم با دیگر اهداف و ابعاد موضوع تلقی می‌شود. نه در معنای وجود رابطه‌ای مبتنی بر تساوی و برابری میان بخش‌های مختلف. در واقع رأی اخیرالصدور هیئت عمومی دیوان عدالت اداری (رای شماره ۱۲۱۹ - ۱۳۹۴/۱۰/۲۹) استنباط به عمل آمده از مفهوم «تناسب» را که در گذشته وفق رأی شماره ۱۵۰۷ الی ۱۵۵۱ - ۱۳۸۶/۱۲/۲۶ توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۸۶ صورت گرفته بوده، «نامتناسب» اعلام و بر همین بنیاد، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۹۴ ادعای عدم تناسب مطرح شده در رأی هیئت عمومی در سال ۱۳۸۶ را به درستی «نامتناسب» اعلام کرده است. به عبارت بهتر، ادعای «عدم تناسب» مطرح شده در رأی وحدت رویه سال ۱۳۸۶ خودش با ادعای «عدم تناسب» در رأی وحدت رویه سال ۱۳۹۴ مواجه شده و توسط رأی اخیرالذکر این اعوجاج تصحیح شده است.

۴.۲. رویکرد دیوان عدالت اداری در حوزه حقوق فرهنگی و آموزشی

در این حوزه نیز می‌توان شاهد توجه و بهره‌گیری تلویحی و ضمنی دیوان عدالت اداری از اصل تناسب به شرح آرای ذیل‌الذکر باشیم.

۴.۲.۱. تناسب و تنوع

جمعی از اعضای هیئت علمی دانشگاه شهید بهشتی ابطال مواد ۵، ۱۱، ۱۳ و ۱۴ آیین‌نامه ارتقای مرتبه هیئت علمی مصوب ۱۳۹۰/۶/۱ وزیر وقت علوم، تحقیقات و فناوری در پرونده کلاسه ۹۴/۲۵۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری را خواستار و به منظور ایضاح خواسته خود چنین به تبیین موضوع پرداخته‌اند: «پیرو تصویب آیین‌نامه جدید ارتقای مرتبه اعضای هیئت علمی مؤسسه‌های آموزشی و پژوهشی در شورای عالی انقلاب فرهنگی وزیر محترم علوم، تحقیقات و فناوری دکتر کامران دانشجو طی آیین‌نامه‌ای تحت عنوان «پیوست شماره یک آیین‌نامه ارتقای مرتبه اعضای هیئت علمی» مقرراتی را در یک مقدمه و ۱۶ ماده و ۱۹ تبصره تدوین و تصویب نموده که به دلایل مشروحه ذیل مغایر با و قوانین موضوعه است. ماده ۵ پیوست آیین‌نامه مذکور ترکیب و تعداد اعضای هیئت ممیزه را شامل:

الف. رئیس مؤسسه

ب. معاون آموزشی یا پژوهشی مؤسسه

ج. هفت تا پانزده تن از اعضای هیئت علمی مؤسسه با رتبه استادی و دانشیاری که از حیث تخصصی دارای ترکیب متنوعی باشد

د. دبیر کمیسیون ذی ربط

هـ یک تا سه تن از اعضای هیئت علمی ترجیحاً با مرتبه استادی و دانشیاری اعلام کرده است.

بدین ترتیب تعداد کل اعضای هیئت ممیزه مرکب از حداقل یازده نفر و حداکثر بیست و یک نفر از اعضای هیئت علمی هر دانشگاه می‌باشند. باتوجه به اینکه در بند ج ماده ۵ مصوبه معترض عنه فقط به عبارت «ترکیب متنوع» اشاره کرده و هیچ شرط دیگری برای رعایت توازن تعداد اعضای هیئت ممیزه از میان رشته‌های مختلف در یک دانشگاه بزرگ که متشکل از رشته‌های علوم انسانی، علوم پایه، علوم طبیعی، علوم فنی و... می‌باشد را در نظر نگرفته است، بنابراین انتخاب هفت تا پانزده تن (مذکور در بند ج) و یا یک تا سه تن (مذکور در بند هـ) از اعضای هیئت ممیزه از میان گروه‌های علمی مختلف، متقاضی یک رشته معین (مثل حقوق) را در معرض قضاوت و رأی اعضای غیرمتخصص در آن رشته قرار می‌دهد...»

در پاسخ به شکایت مذکور مدیر کل دفتر حقوقی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری طی نامه شماره ۹۴/۷۵/۲۲۳۰۳۴ - ۹۴/۱۰/۲۲ اعلام کرده است: «در بند ج ماده ۵ آیین‌نامه مورد اعتراض صرفاً توجه به تنوع در رشته‌ها مدنظر بوده و بیان شرط دیگر در این خصوص فاقد موضوعیت است. زیرا با توجه به تنوع رشته‌های مختلف و تعداد محدود اعضا در بند ج ماده مذکور، بیان هرگونه شرط مبنی بر تعیین و تصریح به رشته خاص عملاً غیرممکن است و چنانچه در مقام اجرا از سوی دانشگاهی رعایت تنوع در رشته‌ها نگردد این امر موجبی برای ابطال آیین‌نامه نمی‌باشد.»

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری پس از بررسی مطالب و مستندات شکات و مشتکی‌عنه طی دادنامه شماره ۲۷۳ - ۱۳۹۵/۴/۲۹ چنین اشعار داشته است:

«الف- نظر به لزوم هماهنگی و تناسب بین تخصص اعضای هیئت ممیزه با تخصص عضو هیئت علمی متقاضی ارتقای مرتبه، آن قسمت از بند ج ماده ۵ پیوست شماره یک آیین‌نامه ارتقای مرتبه اعضای هیئت علمی که به موجب آن برای اعضای هیئت ممیزه ترکیب متنوعی از تخصص پیش‌بینی شده، با استناد به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود...»

با مذاقه در رأی اخیرالذکر می‌توان اظهار داشت که اساساً هدف قانون‌گذار از ایجاد نهادهایی چون دانشگاه، افزایش ظرفیت‌های علمی و گسترش توانمندی‌های تخصصی افراد از رهگذر آموزش متقاضیان کسب چنین مهارت‌هایی است. لاجرم این فرایند باید تحت نظر افرادی صورت پذیرد که خود از طریق روش‌های سنجیده و استاندارد به‌کارگیری شده‌اند. بدیهی است، در این مورد وزیر علوم، تحقیقات و فناوری به‌عنوان یک مقام اداری مجاز است در پرتو صلاحیت‌های اعطایی به وی به وضع مصوبات و مقرراتی برای بالابردن کیفیت عملکرد یا چگونگی ارتقای اعضای هیئت علمی اقدام کند. لیکن ابزار مورد استفاده این مقام عمومی از کفایت لازم برای تأمین اهداف موردنظر برخوردار نبوده و نیست. توضیح اینکه تشخیص توانایی و صلاحیت علمی و تخصصی افراد هنگامی به صورت مناسب و شایسته صورت خواهد پذیرفت که افراد صاحب‌نظر و خبره در آن رشته در خصوص متقاضیان ارتقا، به داور و سپس اعلام رأی اقدام نمایند.

در مانحن فیه نیز در خصوص ارتقای مرتبه اعضای هیئت علمی در رشته‌های مختلف علوم انسانی، علوم طبیعی، علوم فنی و مهندسی و سایر رشته‌های تخصصی نیز ضرورت دارد پس از بحث و بررسی در ابعاد و جوانب گوناگون موضوع، متخصصان امر نسبت به ابراز نظریه کارشناسی خود در این زمینه اقدام کنند.

بدیهی است این رویکرد واجد پشتوانه‌های علمی و تخصصی بوده و بر همین اساس در مراجع مختلف اداری و قضایی از قابلیت موجه‌سازی، اقناع و دفاع برخوردار است. زیرا میان افرادی که اقدام به اظهارنظر کارشناسی در خصوص متقاضی

ارتقای رتبه کرده‌اند با متقاضی ارتقا، زمینه‌های مشترک بین‌الذهانی در رشته تخصصی آنان از جمله زبان تکنیکی و فنی یکسان و مشابه که کمک فراوانی به فهم آراء، نظریات و تئوری‌های مربوط به آن رشته را می‌نماید وجود دارد. به عبارت بهتر اگر در ابزار (بخشنامه) مورد استفاده وزیر وقت علوم، تحقیقات و فناوری به جای «ترکیب متنوعی از تخصص» برای افراد هیئت ممیزه از «ترکیب متنوعی از تخصص در همان رشته» استفاده می‌شد تا حد زیادی مشکل عدم تناسب میان مقرر و وزیر علوم با هدف مقنن برطرف می‌شد. در حالی که در مقرر مورد اعتراض، وزیر علوم با قراردادن افراد غیرمتخصص در هیئت ممیزه دقیقاً در جهت عکس اهداف مقنن - که به کارگیری افراد توانمند و متخصص در رشته‌های گوناگون می‌باشد - اقدام کرده است. مصوبه معترض‌عنه سبب شده این سؤال مطرح شود که بر مبنای کدام منطق علمی، گروهی غیرمتخصص راجع به یک رشته دانشگاهی تخصصی از صلاحیت اظهارنظر در خصوص فرد متقاضی ارتقای مرتبه علمی - که اتفاقاً آن فرد در رشته خود متخصص محسوب می‌شود - برخوردار شده‌اند؟ این تصمیم وزیر می‌توانسته دست‌مایه شایسته‌ای را برای دیوان در بررسی این پرونده در پرتو اصل تناسب به دلیل نامتوازن و نامتناسب بودن تصمیم معترض‌عنه فراهم کند. دیوان بنا به عادت مألوف خود در این موارد علی‌رغم اشاره به مفهوم تناسب و استناد ضمنی به این مفهوم ولی در پایان کار، رأی خود را بر مبنای سنجه تطابق یا عدم تطابق تصمیم معترض‌عنه با قانون قرار داده است.

۴.۲.۲. تناسب و اشتغال

در پرونده کلاسه ۹۸۰۳۶۵۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری جمعی از فرهنگیان ناشنوی استان تهران در جهت تبیین خواسته خود مبنی بر ابطال بخشنامه شماره ۷۱۰/۱۵۰۰۶۵ - ۱۳۹۸/۰۸/۱۹ اداره کل امور اداری و تشکیلات وزارت آموزش و پرورش اعلام داشته‌اند که ماده ۲۸ قانون جامع حمایت از معلولین، دستگاه‌های مشمول را مکلف کرده ساعات کار هفتگی شاغلان دارای معلولیت‌های شدید و خیلی شدید را ۱۰ ساعت کاهش دهند. با وجود مانع‌تراشی‌های متعدد از جانب مسئولین آموزش و پرورش شکات موفق به اجرای با تأخیر ماده ۲۸ قانون جامع حمایت از معلولین شده، لیکن متأسفانه در آبان سال ۱۳۹۸ قانون اخیرالذکر با بخشنامه معترض‌عنه نقض شده و با نامه‌نگاری داخلی و به صورت شفاهی آنها مجبور به برگشت به کار با تهدید به انفصال از خدمت و ابلاغ ۱۴ ساعت کار به ۲۴ ساعت تغییر یافته است. در بخشنامه معترض‌عنه عنوان شده است که مشمولین قانون اجرای نیمه‌وقت خدمت بانوان مصوب ۱۳۶۵/۰۱/۱۸ به هیچ عنوان نمی‌توانند در جای دیگر به کار اشتغال ورزند. همچنین ایجاد دو مزیت قانونی از بابت قانون حمایت از حقوق معلولان فاقد جواز قانونی بوده و امکان تقلیل ساعت کار برای کادر آموزشی مدارس امکان‌پذیر نیست. سازمان طرف شکایت در پاسخ بیان داشته است: وزارت آموزش و پرورش از شمول مفاد قانون مورد اشاره خارج بوده، همچنین در صورتی که کارکنانی در تصدی شغل معلمی دچار معلولیت شدید و خیلی شدید بشوند استفاده توأمان آنان از کاهش ساعات کار ممکن نیست.

متعاقباً هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص شکایت مطروحه طی دادنامه شماره ۱۴۰۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۰۱۰۳ - ۱۴۰۰/۱/۲۱ چنین مقرر داشته است: «اولاً؛ به موجب ماده ۸۷ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ ساعات کار کارمندان دولت، چهل و چهار ساعت در هفته می‌باشد و به موجب ماده ۲۸ قانون حمایت از حقوق معلولان مصوب ۱۳۹۶ دستگاه‌های مشمول مکلفند ساعات کار هفتگی شاغلان دارای معلولیت‌های شدید و خیلی شدید را ۱۰ ساعت کاهش دهند، بنابراین چنانچه خدمت هفتگی کارمند دارای معلولیت شدید یا خیلی شدید به جهت دیگری مانند اخذ مرخصی یا خدمت نیمه‌وقت از ساعات موظف هفتگی کمتر باشد، بنابر اصل تناسب به همان نسبت (۱۰ ساعت به ۴۴ ساعت) از

تقلیل ساعت کاری موضوع ماده ۲۸ قانون مذکور برخوردار خواهد شد.

ثانیاً: به موجب ماده ۸۷ ذکر شده میزان ساعات تدریس معلمان و اعضای هیئت علمی از ساعات موظف در طرح طبقه‌بندی مشاغل ذی‌ربط تعیین می‌شود. مطابق ماده ۳ دستورالعمل میزان ساعات تدریس هفتگی شاغلین طرح طبقه‌بندی مشاغل معلمان موضوع مصوبه شماره ۴۳۰۷۵/۹۱/۲۲۰ - ۱۳۹۱/۱۱/۲۲ شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی، خدمت تمام‌وقت معلمان بین ۲۴ تا ۳۰ ساعت در هفته می‌باشد. بنابراین مستفاد از مواد قانونی فوق‌الذکر معلمان دارای معلولیت‌های شدید و خیلی شدید به موجب اصل تناسب و بسته به میزان ساعت کاری از تقلیل ساعات کاری موضوع ماده ۲۸ قانون حمایت از حقوق معلولان برخوردارند و بخشنامه مورد شکایت که کاهش ساعت کار هفتگی معلولان شاغل در مشاغل آموزشی را که از جهات دیگری از کاهش ساعت اداری استفاده می‌نماید میسر ندانسته است، به علت مغایرت مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.»

همچنین هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در پرونده کلاسه ۹۸۰۴۲۵۰ با شکایت مشابه مطرح شده در پرونده کلاسه ۹۸۰۳۶۵۳ مبنی بر عدم اعمال مفاد ماده ۲۸ قانون جامع حمایت از معلولین مواجه می‌شود. مدافعات سازمان‌های مشتکی‌عنه، مشابه در پرونده قبلی بوده و هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۱۴۰۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۰۱۷ دقیقاً با همان عبارات مطرح‌شده در پرونده کلاسه ۹۸۰۳۶۵۳ رأی بر ابطال مقررات معترض‌عنه صادر کرده است. با مذاقه در آرای اخیرالذکر می‌توان به نکاتی دست یافت. از جمله آنکه هدف مقنن در ماده ۸۷ قانون مدیریت خدمات کشوری حمایت از کارمندان به‌طور عام و در ماده ۲۸ قانون جامع حمایت از حقوق معلولان، می‌توان صیانت از حقوق کارمندان معلول به‌طور خاص دانست. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به‌درستی و با تکیه بر اصل تناسب و با در نظر گرفتن وزن فاکتورهای پیرامونی موثر در این قضیه که شامل موارد ذیل می‌باشد:

الف) ۴۴ ساعت کار در هفته.

ب) تجویز ۱۰ ساعت کاهش ساعت کار برای کارمند دارای معلولیت شدید و خیلی شدید.

پ) لحاظ عذرهایی چون مرخصی یا خدمت نیمه‌وقت برای بانوان.

به‌جای پذیرش یکی از موضوعات ذی‌مدخل در بحث و دفع سایر عناصر مربوطه، اقدام به توزین منافع رقیب کرده است. این امر را می‌توان از عبارت «بنابر اصل تناسب به همان نسبت ۱۰ ساعت به ۴۴ ساعت» مندرج در آرای اخیرالذکر وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت به روشنی استنباط کرد.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مقرره‌های مورد اعتراض را به لحاظ در نظر نگرفتن تناسب را که نتیجه آن دوری از هدف مقنن است، را درخور تأیید ندانسته است. چون مصوبات معترض‌عنه سبب ایجاد محدودیت در مزایای در نظر گرفته در قانون شده و درواقع مقررۀ مورد اعتراض به جای کم کردن محدودیت‌ها و هزینه‌های وارده بر کارمند معلول، زمینه را برای تحمیل شرایط سخت‌تر و دشوارتر- که اتفاقاً قانون‌گذار هدف عکس آن را دنبال کرده- مهیا کرده است. رأی مذکور فضای مناسبی را برای به‌کارگیری و پیاده‌سازی اصل تناسب در دستگاه قضایی فراهم کرده، مع‌الوصف چون عدم رعایت تناسب در نظام قضایی ما به صورت صریح از جهات بازنگری اقدام مقام عمومی جهت ابطال آن بیان نشده و علیرغم اینکه هیئت عمومی در پرونده‌های مارالذکر بررسی خود را مبتنی بر اصل تناسب قرار داده است، لیکن به دلیل نقصان پیش‌گفته در نظام حقوقی ایران در فرجام بررسی خود، مقررات معترض‌عنه را به جهت مغایرت با قانون ابطال کرده است.

۴.۳. رویکرد دیوان عدالت اداری در حوزه حقوق مدنی

فردی در پرونده کلاسه ۴۰۸/۷۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری درخواست ابطال بخشنامه شماره ۱/۴۰۲-۱۱/۱۷۹/۰۱/۴۰۲-۱۳۷۹/۴/۱ اداره کل قوانین و امور حقوقی نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران را کرده و در تشریح شکایت خود چنین بیان داشته است:

اداره کل قوانین و امور حقوقی ناجا راجع به تفتیش و بازرسی خودروهای عبوری در مسیر گلوگاه‌ها و مکان‌های ایست و بازرسی در سراسر کشور، بخشنامه معترض‌عنه را صادر کرده که براساس مفاد آن، تفتیش و بازرسی خودروها بدون اخذ مجوز از مقام قضایی، مجاز شمرده شده و دستور تفتیش خودروها بدون نیاز به اخذ مجوز مخصوص هر خودرو از سوی مقام قضایی تجویز شده است. نظر به اینکه بخشنامه مذکور مخالف صریح با ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ می‌باشد،^۱ ابطال بخشنامه مذکور را تقاضا کرده است.

مدیرکل قوانین و امور حقوقی ناجا در پاسخ به شکایت شاکی اظهار داشته که مستند بخشنامه معترض‌عنه، نظریه شماره ۶۲۰۱-۱۳۷۹/۲/۵ مشاور ریاست قوه قضائیه است که به تأیید ریاست قوه قضائیه رسیده و طی نامه شماره ۱/۷۹/۲۷۱۷-۱۳۷۹/۳/۲ از سوی ریاست نهاد قوه قضائیه به ناجا منعکس شده است.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری پس از بحث و مذاکره و بررسی مستندات طرفین طی دادنامه شماره ۱۳۸۰/۵/۲۸-۱۷۷-۱۳۷۸ اقدام به صدور رأی کرده است: «... به‌صراحت قسمت اخیر ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ (تفتیش منازل، اماکن و اشیاء و جلب اشخاص در جرایم غیرمشهود باید با اجازه مخصوص مقام قضایی باشد. هرچند اجرای تحقیقات به‌طور کلی از طرف مقام قضایی به ضابط ارجاع شده باشد) بنابراین بخشنامه معترض‌عنه اداره کل قوانین و امور حقوقی ناجا که تفتیش و بازرسی خودروها را علی‌الاطلاق و در غیر جرایم مشهود بدون کسب اجازه مخصوص از مقام قضایی مجاز دانسته و حتی دستور مقام قضایی در زمینه خودداری از تفتیش و بازرسی غیرقانونی را غیرقابل ترتیب اثر اعلام داشته، مغایر منطوق صریح ماده مذکور و حکم مقنن در باب تکلیف ضابطین دادگستری به اطاعت از اوامر مقام قضایی و خارج از حدود اختیارات اداره مزبور در وضع مقررات دولتی تشخیص و به استناد قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد.»

در این رأی ملاحظه می‌شود مقام اداری با تمسک به ابزار بخشنامه، عملکرد خود را در راستای نیل به اهداف مندرج در قانون نیروی انتظامی - از جمله حفظ امنیت اجتماعی، پیشگیری و کشف جرم و تعقیب مجرم - تلقی کرده و بر این اساس اقدام به تجویز علی‌الاطلاق بازرسی خودروها کرده است. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری عملاً میان اقدام ناجا و رسیدن به اهداف موردنظر مقنن تعادلی را برقرار ندیده است. زیرا قانون‌گذار در راستای تأمین حق بر خلوت و حفظ حریم خصوصی - با پیش‌بینی این موضوع در ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری وقت - هم میان اهداف قانونی در نظر گرفته شده برای ناجا (منفعت عمومی) و هم تأمین و تضمین حقوق افراد (منفعت شخصی)، از طریق دریافت مجوز موردی برای خودروهای مظنون و مشکوک اقدام به برقراری موازنه بین دو مقوله مذکور کرده است. اقدام نیروی انتظامی در صدور بخشنامه درحالی که زمینه برای استفاده از گزینه‌های کمتر محدودکننده همچنان برای ناجا وجود داشته، نمی‌تواند متناسب تلقی شود. بر همین بنیاد هیئت عمومی دیوان عدالت اداری آن را به دلیل ایجاد محدودیت در حقوق اشخاص بدون اینکه آن نیرو توانسته باشد ادعای خود مبنی بر بیشتر بودن منافع مترتب بر این نوع اقدام جهت تأمین مصالح

^۱ ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۸۷ «... همچنین تفتیش منازل، اماکن و اشیاء و جلب اشخاص در جرایم غیرمشهود باید با اجازه مخصوص مقام قضایی باشد. هر چند اجرای تحقیقات به‌طور کلی از طرف مقام قضایی به ضابط ارجاع شده باشد.»

همگانی را اثبات نماید، بخشنامه معترض عنه را درخور ابطال دانسته است.

نتیجه گیری

تناسب را می توان از ویژگی های اداره و حکمرانی مطلوب برشمرد. با توجه به اینکه نظام حقوقی ایران مبتنی بر حقوق موضوعه است، لذا نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بیشتر معطوف بر اصل قانونی بودن اقدام و تصمیم مورد اعتراض یا خروج از چارچوب اختیارات تفویضی است. با تتبع در رویه دیوان عدالت اداری می توان دریافت که اعمال اصل تناسب در برخی موارد به صورت تلویحی مورد توجه قرار گرفته، ولی در اکثر اوقات با کم مهری مواجه شده است. بدین ترتیب می توان مدعی شد که با اجرای نظام مند و ساختاریافته اصل تناسب در رویه دیوان عدالت اداری مواجه نیستیم. منظور از اجرای نظام مند تناسب، اعمال آن از رهگذر یک فرآیند دقیق و پیش بینی شده در مجموعه قوانین و مقررات است.

مع هذا باید یادآور شد استناد به اصل تناسب اگرچه توسط قانون به صورت صریح به عنوان یکی از جهات بررسی و بازنگری اقدامات و تصمیمات مقامات عمومی بیان نشده، لیکن به نظر می رسد این موضوع همچنان یک امر جدی و با اهمیت بوده و عدم تصریح به این امر خللی در جایگاه خطیر این اصل ایجاد نمی کند.

می دانیم که جایگاه اصول حقوقی بالاتر از قوانین (قواعد حقوقی) است. ضرورت دارد قوانین با توجه به اصول تصویب شوند. اگر قوانین مغایر با اصول در مجلس به تصویب برسند، قضات مکلف به تبعیت از اصول حقوقی می باشند. به دلیل آنکه خاستگاه اصول حقوقی نوعی عقلانیت است.

بدین سان اصول حقوقی موجه و قابل استناد است، هر چند در مجموعه قوانین بیان نشده باشند. به عبارت بهتر اگرچه دیوان در تحلیل نهایی، بحث تناسب را در ذیل اصل قانونی بودن مورد توجه قرار داده، مع هذا این امر نباید سبب کاهش ارزش اصل تناسب در بررسی های به عمل آمده شود. به نظر می رسد در راستای نیل به مفهوم اداره و حکمرانی مطلوب دیوان ناگزیر است در پرتو اصولی چون انصاف، انتظار مشروع و تناسب زمینه های تقویت حقوق و آزادی های فردی را در قبال منافع جمعی فراهم آورد.

منابع

کتاب

۱. اشتریان، کیومرث، *راهنمای برنامه ریزی دولتی و سیاست گذاری عمومی*، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۱.
۲. جلالی، محمد و کامیاب، میثا، *پلیس اداری*، تهران: انتشارات مجد، ۱۴۰۰.
۳. گرجی، علی اکبر، *در تکاپوی حقوق عمومی*، جلد ۱، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.
۴. گرجی، علی اکبر، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
۵. *گفتارهایی در دیوان عدالت اداری* (مجموعه گزارش های پژوهشی و نشست علمی تا پایان سال ۱۳۹۳)، تهران: انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۴.
۶. مرادی برلیان، مهدی، *اصل تناسب در نظام حقوقی اتحادیه اروپا*، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۲.
۷. مرکز مالیمری، احمد و پتفت، آرین، *مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری*، تهران: انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۷.
۸. مشهدی، علی، *صلاحیت تخییری*، تهران: انتشارات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۱.
۹. موسی زاده، ابراهیم، *بایسته های حقوق اداری*، تهران: نشر دادگستر، ۱۴۰۲.
۱۰. هداوند، مهدی، *حقوق اداری تطبیقی*، جلد ۱، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۰.
۱۱. هداوند، مهدی، *حقوق اداری تطبیقی*، جلد ۲، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱.

مقاله

۱۲. جلالی، محمد و حمیده سعیدی روشن، «نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی»، *مجله حقوقی دادگستری*، تابستان ۱۳۹۵، شماره ۹۴، ص ۱۲۴.

References

Books

1. Adler John. *general principles of constitutional and Administrative law*. Palgrave Macmillan. 2002.
2. Alexy Robert. *A theory of constitutional Rights*. oxford university press. 2002.
3. Ashtarian, Keyumars, *Guide To Government Planning And Public Policy*, Tehran: Mizan, 2022. (In Persian)
4. Barak Aharon. *Proportionality constitutional rights and their Limitations*. Cambridge press. 2012.
5. Gorji, Ali Akbar, *Basics Of public Law*, Tehran: Jangal, 2009. (In Persian)
6. Gorji, Ali Akbar, *In Effort Of Public Law*, Tehran: Jangal, 2014. (In Persian)
7. Hadavand, Mahdi, *Comparative Administrative Law, Vol.1*, Tehran: Samt, 2011. (In Persian)
8. Hadavand, Mahdi, *Comparative Administrative Law, Vol.2*, Tehran: Samt, 2012. (In Persian)
9. Jalali, Mohammad & Misa Kamyab, *Administrative police*, Tehran: majd, 2021. (In Persian)
10. Klatt Mattias & Meister Moritz. *the constitutional structure of proportionality*. oxford univercity press. 2012.
11. Markaz Malmiri. Ahmad, Aryan, Petaft, *The Concept And Scope Of The General Principles Of Administrative Publication Of The Judiciary*, 2018. (In Persian)
12. Mashahdi, Ali, *Discretionary Power*, Tehran: Publication of the Presidential Legal Office, 2012. (In Persian)
13. Messey I.P. *Administrative Law*. Eastern Book Company. 2012.
14. Moradi Berelian, Mahdi, *Principle of Proportionality in the Legal System Of The European Union*, Tehran: Khorsandi, 2013. (In Persian)
15. Musazadeh, Ebrahim, *Appropriate Points Of Administrative Law*, Tehran: Dadgostar, 2023. (In Persian)
16. Petersen Niels. *Proportionality and Judicial activism*. Cambridge University Press. 2017.
17. *Speeches in The Court Of Administrative Justice, (A Collection Of Research Reports And Scientific Meetings Until The End Of 2014)*, Tehran: Publication Of The Judiciary, 2015. (In Persian)

Articles

18. Alexy Robert. "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality". *Ratio Juris* (An international Journal of Jurisprudence and philosophy of law). Vol. 16. 2003.
19. Jackson Viki C. "the constitutional in the age proportionality". *Yale law journal*. vol 124. 2015.
20. Jalali Mohammad & Soodbar Sogol. "A Critical Analysis of application of proportionality Test and Margin of appreciation doctrine by European court of human rights". *Journal of Human Rights*. Vol. 18. 2022.
21. Jalali, Mohammad, Hamideh Saeidi Roshan, "The Role Of The Administrative Court Of Justice In Protecting The Constitution", *Legal Journal Of Justice*, Vol. 84, No. 94, 2016. (In Persian)
22. Moller Kai. "Dworkin's theory of Rights in the age of proportionality". *the law & Ethics of humans Rights Journal*. Vol 12. 2018.
23. Moller kai. "Proportionality Challenging the Critic". *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 10. 2012.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Legal Aspects of Fetus Sex Selection Technology

Navid Zamaneh Ghadim¹, Shayan Hazeri²

ABSTRACT

Today, one of the important challenges facing legal issues is how to enact laws to systematize new technologies. The technology of fetus sex selection, as a phenomenon that can have wide legal dimensions, has faced the challenge of lacking specific and binding laws in Iran. Although the technology of fetus sex selection is one of the medical law issues, it has different aspects and effects that can be discussed from a social, political, cultural and even economic point of view. The issue is that in the framework of the legislation for this technology, different dimensions such as the limits of legitimacy, applicable restrictions, human rights rules, contractual governing system and population policies should be taken into consideration and according to the social and cultural facts of Iran; precise solutions should be taken to normalize it. This Article seeks to explain these issues through analytical-comparative method by studying the laws of other countries and international rules and by analyzing the current legal system of Iran in this technology field; it aims to present the general overview of the legislation regarding the fetus sex selection.

KeyWords: Fetus Sex Selection, PGD, Domestic Laws, International Documents, Human Rights.

How to Cite: Zamaneh Ghadim, Navid, Hazeri, Shayan, "Legal Aspects of Fetus Sex Selection Technology", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 137-152.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2022.228786.2313>

Received: 18/09/2022-Accepted: 31/12/2022

1. Assistant Professor, Faculty of Humanities, Rushdie Institute of Higher Education, Tabriz, Iran
Corresponding Author Email: Navid.zamani90@gmail.com

2. L.L.M, Faculty of Law and Social Sciences, Tabriz University, Tabriz, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



جنبه‌های حقوقی فناوری تعیین جنسیت جنین

نوید زمانه قدیم^۱، شایان حاضری^۲

چکیده

امروزه یکی از چالش‌های مهم پیش‌روی مباحث حقوقی، چگونگی وضع قانون در راستای نظام‌مند کردن فناوری‌های نوین است. فناوری تعیین جنسیت جنین به‌عنوان پدیده‌ای که می‌تواند ابعاد حقوقی وسیعی داشته باشد، در ایران با چالش عدم وجود قوانین خاص و الزام‌آور مواجه شده است. هرچند فناوری تعیین جنسیت جنین از مباحث مطالعاتی حوزه حقوق پزشکی است، دارای ابعاد و آثار مختلفی است که می‌توان از منظر اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و حتی اقتصادی بدان پرداخت. مسئله این است که در چارچوب قانون‌گذاری این فناوری باید ابعاد مختلفی نظیر حدود مشروعیت، محدودیت‌های قابل اعمال، قواعد حقوق بشری، نظام حاکم قراردادی، سیاست‌های جمعیتی در نظر گرفته شده و با توجه به واقعیات اجتماعی و فرهنگی ایران راهکارهای دقیقی در جهت هنجارسازی آن ارائه شود. این مقاله به کمک روش تحلیلی-تطبیقی با مطالعه قوانین سایر کشورها و قواعد بین‌المللی در پی تبیین این مسائل بوده و با تحلیل نظم حقوقی کنونی ایران در حوزه این فناوری درصدد ارائه شمای کلی قانونگذاری در خصوص تعیین جنسیت جنین است.

کلید واژگان: تعیین جنسیت جنین، تشخیص ژنتیکی پیش از کاشت، قوانین ملی، اسناد بین‌المللی، حقوق بشر.

استناد به این مقاله: زمانه قدیم، نوید، حاضری، شایان، «جنبه‌های حقوقی فناوری تعیین جنسیت جنین»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۱۳۷-۱۵۲.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2022.228786.2313>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۱۰

۱. استادیار، دانشکده علوم انسانی، موسسه آموزش عالی رشديه، تبریز، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: Navid.zamani90@gmail.com

۲. کارشناس ارشد، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

فناوری کمک باروری^۱ دهه‌هاست که در سراسر جهان برای کمک به باردار شدن زنان استفاده می‌شود که بیشتر از طریق لقاح آزمایشگاهی^۲ (انتقال جنین‌های انسانی بارور شده به رحم زن) انجام می‌گیرد. علاوه بر این جنبه مثبت درمانی برای زنان نابارور صورت دیگر این فناوری استفاده از نوآوری‌هایی مانند مرتب‌سازی اسپرم^۳ و تشخیص ژنتیکی پیش از کاشت^۴ است که اکنون این فرصت را برای والدین فراهم می‌کند تا علاوه بر کمک به باردار شدن زن، بتوانند جنسیت فرزندان خود را در دوران بارداری انتخاب کنند. بنابراین تعیین جنسیت جنین، عمل استفاده از تکنیک‌های پزشکی برای انتخاب جنسیت فرزندان است که شامل روش‌های متعددی است که می‌توان آنها را به دو دسته تحلیلی تقسیم کرد: (۱) روش‌هایی که به دلایل پزشکی انجام می‌شود و (۲) روش‌هایی که به دلایل غیرپزشکی و انتخابی انجام می‌شود. در حالی که در میان پزشکان، متخصصان اخلاق و عموم مردم در مورد سطح ضرورت پزشکی که باید روش انتخاب جنسیت را توجیه کند، بحث‌هایی وجود دارد، اما اکثر آنها می‌پذیرند که تعیین جنسیت به دلایل پزشکی فراتر از سرزنش اخلاقی است و در برخی شرایط حتی باید مورد حمایت و تشویق قرار گیرد.^۵ با این حال، تعیین جنسیت انتخابی و غیرپزشکی، که اغلب به دلایل تعادل جنسیتی در میان فرزندان در یک خانواده، تعیین ترتیب تولد جنسیتی و به طور کلی دلایل اجتماعی یا مالی انجام می‌شود، بیشتر مورد بحث و بررسی دقیق‌تر از لحاظ حقوقی و اخلاقی است. اما از لحاظ فنی (زمانی) نیز روش‌های تعیین جنسیت را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: (۱) روش‌های قبل از تولد^۶ و (۲) روش‌های قبل از لانه‌گزینی.^۷ اقدامات قبل از تولد، پس از لقاح و پس از لانه‌گزینی جنین در رحم زن انجام می‌شود و مراحل قبل از لانه‌گزینی حتی قبل از ورود اسپرم یا جنین به بدن زن انجام می‌شود که در حال حاضر مطمئن‌ترین روش انتخاب جنسیت جنین با استفاده از روش (PGD) است.^۸ فارغ از مباحث اخلاقی، مسئله این است که آیا اساساً به لحاظ حقوقی تعیین جنسیت جنین یک حق بشری است. رویکردهای هنجاری در سطوح ملی و بین‌المللی نسبت به این فناوری چگونه است و آیا قوانین اجازه استفاده از این فناوری را به طور مطلق مورد شناسایی قرار داده‌اند یا اینکه با استثنائاتی آن را پذیرفته‌اند. رویکرد نظام حقوقی ایران نسبت به این موضوع چگونه بوده و با توجه به وجود قراردادهای منعقد میان پزشک و والدین برای بهره‌گیری از این فناوری چه قانونی تنظیم‌کننده روابط آنهاست یا اینکه با عنایت بر سیاست‌های جمعیتی ایران در مرحله تدوین قانون نسبت به این فناوری قانون‌گذار کدام عوامل و الگوها را باید در نظر بگیرد. در این مقاله ضمن تحلیل حقوق بشری تعیین جنسیت جنین، این مهم در محتوای اسناد بین‌المللی و قوانین داخلی کشورها مورد تبیین قرار گرفته و سپس ضمن بررسی این موضوع از منظر نظام حقوقی ایران درصدد ارائه طرح کلی جهت قانون‌گذاری این فناوری

^۱ Assisted Reproductive Technology (ART)

^۲ in vitro fertilization (IVF)

^۳ sperm sorting

^۴ Preimplantation Genetic Diagnosis (PGD)

^۵ در حال حاضر، پزشکان و متخصصان ژنتیک قادر به تشخیص بیش از پانصد بیماری جداگانه در یک جنین در حال رشد هستند. از جمله این بیماری‌ها می‌توان به بیماری‌های ژنتیکی مخرب مانند هموفیلی، سندرم داون، فیروز کیستیک، بیماری هانتینگتون و سندرم هانتز اشاره کرد. برای بسیاری از والدینی که می‌دانند ناقلان ژنتیکی یک بیماری مرتبط با جنس خاص (مانند هموفیلی) هستند، انتخاب جنسیت می‌تواند احتمال اینکه فرزندان سالم به دنیا بیاید را افزایش دهد که این موضوع اهمیت تعیین جنسیت جنین را به دلایل پزشکی نشان می‌دهد.

Bumgarner, Ashley. "A Right to Choose?: Sex Selection in the International Context", *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Vol. 4, 2007: p.1291.

^۶ prenatal procedures

^۷ Preimplantation Procedures

^۸ Grant, V.J. "Sex Predetermination and the Ethics of Sex Selection", *Human Reproduction*, Vol.21, 2006: 1659.

با توجه به شرایط فعلی جامعه ایران بوده‌ایم. به‌طور کلی نتایج نشان می‌دهد که تعیین جنسیت جنین یک موضوع حقوقی و اخلاقی است که هم دولت‌ها و هم جامعه بین‌الملل بایستی ضمن تغییر رویکرد در مورد برابری جنسیتی، اقدام به هنجارسازی متعادل نمایند تا پیامدهای تعیین جنسیت جنین در آینده را به‌طور مناسب مدیریت کنند.

۱. تعیین جنسیت جنین: سیر تحلیلی در قواعد بین‌المللی و قوانین ملی

پیش از پرداختن به رویکردهای هنجاری و قانونی موجود در حوزه تعیین جنسیت جنین، جهت سیر تحلیلی درست موضوع، ایضاً این ابهام بنیادی مهم است که آیا اساساً تعیین جنسیت جنین یک حق بشری (والدین) است؟ چراکه رویکرد تحلیلی قوانین ملی و بین‌المللی در این مقاله مبتنی بر "رویکرد حقوق بشر محور" است. تعیین جنسیت جنین موضوعی است که با توجه به زمینه‌های فرهنگی متفاوت و با توجه به اینکه گستره این عمل از کشوری به کشور دیگر متفاوت است، باید در سطح ملی و بین‌المللی به آن پرداخته شود. از آنجایی که حقوق بشر آیین تمام‌نمای ارزش‌های جهانی است، می‌تواند مبنای مهمی برای ارائه یک الگوی هنجاری مناسب درباره تعیین جنسیت جنین باشد. از طرفی نیز تأثیر قواعد حقوق بشر بر قوانین و اخلاق پزشکی ملی درباره موضوع این فناوری قابل کتمان نیست.

حق انتخاب باروری اولین بار در اعلامیه کنفرانس بین‌المللی حقوق بشر تهران ۱۹۶۸ به‌عنوان حق بشری مورد شناسایی قرار گرفت. بر مبنای بند ۱۶ این سند، والدین دارای حق اساسی در انتخاب آزادانه و مسئولانه تعداد و فاصله سنی بین فرزندان خود هستند و حق دارند در این زمینه آموزش و اطلاعات کافی داشته باشند. این حق در سایر اسناد مانند کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد رفع همه اشکال تبعیض علیه زنان (بند ۱ ماده ۱۶)، برنامه عمل کنفرانس جهانی جمعیت و توسعه ۱۹۹۴ قاهره^۱، اعلامیه پکن ۱۹۹۵، و... مورد شناسایی و تأکید قرار گرفته است. به‌طور کلی، بررسی این اسناد و تحلیل مفاد آن در خصوص حقوق باروری در پرتو اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاقین گویای این مطلب است که حق انتخاب باروری با تحقق یک‌سری از حق‌های بشری یعنی حق بر زندگی خصوصی و خانوادگی، حق آزادی و امنیت شخصی، حق ازدواج و تشکیل خانواده، حق بر سلامتی، حق حیات، حق حریم خصوصی و حق بهره‌مندی از مزایای پیشرفت علمی، حق تصمیم‌گیری در مورد تعداد و فاصله فرزندان به رسمیت شناخته شده، اما آیا لزوماً حق انتخاب باروری شامل حق تعیین جنسیت جنین هم می‌شود؟

ابتداً باید اذعان نمود که هیچ سند بین‌المللی که به‌طور جامع به موضوع تعیین جنسیت جنین بپردازد وجود ندارد؛ از این‌رو از بررسی گزارش‌ها و اسنادی که احتمالاً مرتبط با این موضوع هستند به‌منظور تبیین جایگاه "حق محور" آن در پرتو نظام حقوق بشر ناگزیریم. به‌طور کلی تبیین اسناد مرتبط حاکی از موضعی قابل تفسیر، دوگانه و به‌عبارت دقیق‌تر ناشی از اتخاذ "رویکرد احتیاطی" نظام حقوق بشر است. به‌طوری که تبیین تعیین جنسیت جنین از بعد اصل عدم تبعیض، الزامات ممنوعیت آن را در پی خواهد داشت. برنامه عمل ۱۹۹۴ ضمن تأکید بر امر جلوگیری از تبعیض، دولت‌ها را به «... رفع هرگونه تبعیض علیه کودک دختر و علل اصلی ترجیح پسر، که منجر به اعمال مضر و غیراخلاقی در مورد نوزادکشی دختر و انتخاب جنسیت قبل از تولد می‌شود»^۲ ملزم می‌کند. کمیته رفع تبعیض علیه زنان در چارچوب روند گزارش‌دهی دولتی خود، به‌طور مداوم به موضوع شیوه‌های انتخاب جنسیت در چین پرداخته است. این سازمان در مورد ترجیح فرزند پسر ابراز نگرانی کرده است که بنا به گزارش این کمیته منعکس‌کننده تداوم کلیشه‌های ریشه‌دار در مورد

¹ International Conference on Population and Development 1994.

² United Nations. Programme of Action of the International Conference on Population and Development. New York, 1994: paragraph 4.16.

نقش‌ها و مسئولیت‌های زنان در جامعه است.^۱ موضوع تعیین جنسیت در چارچوب کمیسیون وضعیت زنان نیز مطرح شده است. در پنجاه و دومین جلسه کمیسیون، ایالات متحده و جمهوری کره پیش‌نویس قطعنامه‌ای را درباره حذف شیوه‌های مضر تعیین جنسیت قبل از تولد و نوزادکشی دختر ارائه کردند.^۲ چندین هیئت، از جمله هیئت چینی و اتحادیه اروپا (به ریاست آلمان)، به دلایل ایدئولوژیک با این قطعنامه مخالفت کردند. استدلالی که نماینده آلمان در خصوص مخالفت با این قطعنامه ارائه کرده است، بازگویی احتمال ظهور پنهان الگویی در جهت ممنوعیت سقط جنین در آینده بوده است.^۳ در نهایت، کمیته حقوق کودک به موضوع انتخاب جنسیت در هند پرداخته است. در گزارش ادواری دوم هند یکی از کارشناسان حاضر در جلسه خاطرنشان کرد که غربالگری حاملگی برای تشخیص دختر بودن جنین که در بسیاری از موارد منجر به نوزادکشی می‌شود، تبعیض آمیز بوده است. کمیته حقوق کودک در "مشاهدات نهایی" خود درباره گزارش هند اعلام کرد که «به شدت نگران است که نسبت جنسی در گروه سنی ۰-۶ سال در دهه گذشته در وضعیت بدتری قرار دارد.»^۴

همان‌طور که در مقدمه اشاره شد؛ یکی از دلایل تعیین جنسیت جنین دلایل پزشکی یعنی انتقال ژنتیکی یک بیماری مرتبط با جنس خاص (مانند هموفیلی) است که بهره‌گیری از فناوری تعیین جنسیت این امکان را برای والدین فراهم می‌کند که با تعیین جنسیت جنین خود در آینده از این نوع بیماری‌ها جلوگیری کنند. بنابراین تحلیل این موضوع از باب حق بر سلامت، حق بر حیات و برخورداری از بالاترین استانداردهای سطح زندگی، امکان مشروعیت استفاده از این فناوری را ایجاد می‌کند. اعلامیه پکن با دیدگاهی کلی‌تر بر لزوم بهبود سطح بهداشت جنسی و باروری زنان و همچنین دسترسی برابر زنان به فناوری و حق برخورداری از مزایای آن تأکید دارد.^۵ کنوانسیون حقوق کودک در ماده ۶، دولت‌ها را ملزم به تضمین بقا و رشد کودک در سلامت می‌کند. همچنین در ماده ۲۴ حق هر کودک در برخورداری از بالاترین معیارهای بهداشتی را مورد شناسایی قرار داده است. ماده ۱۲ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز اقداماتی را که دولت‌ها باید در تحقق کامل حق بر سلامت اتخاذ نمایند، برمی‌شمرد؛ یکی از این اقدامات در راستای کاهش نرخ مرده‌زایی و مرگ و میر کودکان و رشد سالم آنان است. تفسیر عمومی شماره ۱۵ کمیته حقوق کودک در مورد حق کودک بر بهره‌مندی از بالاترین استانداردهای ممکن سلامت، دربردارنده تفاسیری از مواد ۶ و بندهای ماده ۲۴ کنوانسیون (حق حیات و حق بر سلامت) است که امکان جواز استفاده از این فناوری را به دلایل پزشکی فراهم می‌سازد. مطابق تفسیر عمومی، «بسیاری از خطرات و عوامل محافظتی که زمینه‌ساز زندگی، بقا، رشد و تکامل کودک هستند، باید به‌طور سیستماتیک شناسایی شوند تا مداخلات لازم صورت گیرد. همچنین با در دسترس قرار گرفتن فناوری‌های جدید و اثبات‌شده در سلامت کودکان دولت‌ها باید آن‌ها را در سیاست‌ها و خدمات معرفی کنند. و فرصت برابر برای استفاده از امکانات را برای حصول به بالاترین استانداردهای سلامت فراهم کنند.»^۶ البته کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و زیست

¹ Concluding Comments on China's Fifth and Sixth periodic reports, Thirty Sixth Session, 7-25 August 2006, UN Doc CEDAW/C/CHN/C0/6, 25 August 2006, paragraphs 17 and 32.

² Elimination of harmful practices of prenatal sex selection and female infanticide, UN Doc E/CN.6/2007/L.5.

³ Rahm, Laura. *Gender-Biased Sex Selection in South Korea, India and Vietnam: Assessing the Influence of Public Policy*, Springer, 2020: p 291.

⁴ CRC, Concluding Observations: India, UN Doc. CRC/C/15/Add.228, 26 February 2004.

⁵ United Nations. Beijing Declaration, 1995: paragraph 30.35.

available at <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/declar.htm> [accessed 23 August 2022]

⁶ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24), 17 April 2013, CRC/C/GC/15, available at: <https://www.refworld.org/docid/51ef9e134.html> [accessed 23 August 2022].

پزشکی اشاره واضحی به تعیین جنسیت قبل از کاشت دارد؛ ماده ۱۴ این کنوانسیون صراحتاً انتخاب جنسیت را به دلایل غیرپزشکی ممنوع می‌کند: «استفاده از تکنیک‌های باروری با کمک پزشکی به منظور انتخاب جنسیت کودک در آینده مجاز نیست، مگر در مواردی که باید از بیماری‌های جدی مرتبط با جنسیت ارثی اجتناب شود.»^۱

یکی دیگر از حق‌های مرتبط با حق انتخاب باروری، حق بر حریم خصوصی و زندگی خصوصی و خانوادگی است.^۲ این حق ممکن است از انتخاب ختم حاملگی ناخواسته حمایت کند؛ لیکن در کلیت، قواعد حقوق بشر راهنمایی اندکی درباره ارتباط بین حق حریم خصوصی و سقط جنین ارائه می‌دهد. کمیته حقوق بشر در اظهارنظر عمومی خود در مورد برابری حقوق بین زن و مرد خاطرنشان می‌کند که اگر دولت‌ها وظیفه قانونی برای گزارش موارد سقط جنین بر عهده پزشکان قرار دهند، به حق حفظ حریم خصوصی احترام نگذاشته‌اند.^۳ همین کمیته حق محدودی برای سقط جنین در قضیه کی.ال. علیه پرو به رسمیت شناخته است؛^۴ هرچند نهایتاً تصمیم گرفت که امتناع پرسنل پزشکی از انجام سقط درمانی به منزله نقض مواد ۲ (حیات) در ارتباط با ماده ۷، ۱۷ (حریم خصوصی) و ۲۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است.^۵ موضع شورای اروپا نیز در گزارش کمیسیون سابق حقوق بشر اروپا در پرونده بروژمن و شوتن علیه جمهوری فدرال آلمان منعکس شده است. در این قضیه کمیسیون معتقد است که هر قانونی مرتبط با ختم حاملگی ناخواسته تداخلی با حق احترام به زندگی خصوصی مادر ندارد.^۶ به این ترتیب، می‌توان گفت کشورها، به ویژه اعضای اتحادیه اروپا، در مورد سقط جنین با در نظر گرفتن «آستانه حاشیه‌ای امن» مبادرت به قانون‌گذاری نموده‌اند. اگر این یافته‌ها را به موضوع انتخاب جنسیت قبل از تولد پیوند دهیم، ممکن است نتیجه بگیریم که نهادهای نظارتی معاهده‌ای بین‌المللی هنوز در تصمیم‌گیری قاطع درباره موضوعی مانند تعیین جنسیت جنین براساس حق حفظ حریم خصوصی فاصله دارند. با توجه به مطالب فوق، روشن است که مستقلاً حقی به نام «حق بر انتخاب جنسیت جنین» در نظام بین‌المللی حقوق بشر وجود ندارد و استفاده یا عدم استفاده از فناوری تعیین جنسیت به‌طور کلی در قالب حقوق باروری و جزئاً در قالب سایر حق‌های بشری (که پیش‌تر مورد بحث قرار گرفت) قابل بررسی و تأمل است. یافته‌های این بررسی نشان می‌دهد که اولاً ابنا بشر در راستای حصول بالاترین استانداردهای زندگی حق استفاده از فناوری‌ها را دارند که البته این حق در تحقق حق بر سلامت و نیز حق کودک در رشد و بقا سالم نیز قابل تفسیر است؛ لیکن از بعد حق بر عدم تبعیض و برابری

¹ Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo, 4.IV.1997, ETS No. 164. Art. 14.

شورای اروپا در گزارش توضیحی خود در مورد تعیین این بیمارها مقرر می‌دارد: «این قانون داخلی است که با توجه به رویه‌های اعمال شده در هر کشور، شدت بیماری ارثی مرتبط با جنسیت را تعیین می‌کند. در برخی از کشورها، دستورالعمل‌هایی توسط مقامات سیاسی یا اداری یا کمیته‌های ملی اخلاق، کمیته‌های موقت، نهادهای حرفه‌ای و غیره وضع می‌شود. که البته در هر مورد، مشاوره ژنتیکی مناسب افراد مربوطه ضروری است.»

Council of Europe, Convention on Human Rights and Biomedicine, Explanatory Report, European Treaty Series - No. 164: p 15.

^۲ بنگرید به ماده ۱۷ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر.

³ HRC, General Comment No. 28: Equality of rights between men and women (article 3), adopted 29 March 2000, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10: paragraph 20.

⁴ K.L. v. Peru, CCPR/C/85/D/1153/2003, Communication No. 1153/2003 available at: <https://www.escri-net.org/caselaw/2016/kl-v-peru-ccprc85d11532003-communication-no-11532003> [accessed 25 August 2022].

⁵ *Ibid.*

⁶ Report of 12 July 1977, Bruggeman and Scheuten v. FRG D&R 10, 1978: paragraph 61. Available at: <http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/Bruggemann-v.-Germany.pdf> [accessed 26 August 2022].

زن و مرد و نیز تعادل جمعیتی به نظر مسیر استفاده از این فناوری را به سمت محدودیت قابل تفسیر می‌کند. چنان‌که نمی‌توان استفاده از این فناوری را در قالب حق بر حریم خصوصی و امنیت شخصی هم توجیه کرد. بنابراین می‌توان اذعان داشت که نظام حقوق بشر در صدد تفکیک بین دلایل پزشکی و غیرپزشکی (انتخابی) تعیین جنسیت جنین برآمده است و چنانچه مشاهده شد، اسناد حقوق بشری به صراحت انتخاب جنسیت قبل از لانه‌گزینی (عموماً به دلایل پزشکی) را ممنوع نمی‌کند. با این حال، ممکن است زمانی که این اسناد پیش‌نویس می‌شدند، تکنیک‌های انتخاب جنسیت پیش از کاشت آنچنان در دسترس نبود. اما تأکید کلی بر تبعیض علیه زنان را می‌توان به‌عنوان رد ضمنی این عمل، به‌ویژه زمانی که دلیل انتخاب جنسیت ترجیح پسر است (دلایل غیرپزشکی)، قلمداد کرد؛ چراکه انتخاب جنسیت به نفع پسران نشانه بی‌عدالتی‌های اجتماعی، فرهنگی، سیاسی و اقتصادی فراگیر علیه زنان و نقض آشکار حقوق بشر زنان است.^۱ فلذا در این راستا، سازمان بهداشت جهانی بنابر توصیه‌هایی خطاب به دولت‌ها، آژانس‌های بین‌المللی، سازمان‌های غیردولتی، با توجه به اینکه تعیین جنسیت جنین ممکن است در برخی زمینه‌ها روشی مناسب باشد لزوم بررسی داده‌های مربوط به این فناوری، پیامدهای حقوق بشری آن و تجربیات جمع‌آوری شده تا به امروز را در جهت اتخاذ خط‌مشی سیاست‌گذاری مطلوب دارای اهمیت توصیف کرده است.^۲

حال مسئله دیگر این است که رویکرد قوانین ملی درباره تعیین جنسیت جنین چه بوده و تا چه میزان با مسیر تعیین نظام حقوق بشر همگام می‌باشند. براساس مطالعه صورت گرفته توسط مرکز ژنتیک و جامعه، طی سندی که در نشست تعیین جنسیت جنین در ۱۳ آوریل ۲۰۰۹ در شهر نیویورک تحت عنوان «قوانین و سیاست‌های کشورهای در استفاده از فناوری تعیین جنسیت جنین» ارائه شده، در هیچ کشوری صراحتاً به پذیرش و اجرای تعیین جنسیت جنین جواز قانونی داده نشده است؛ اما با وجود این، در آمریکا انتخاب جنسیت بنا به دلایل پزشکی و غیرپزشکی مجاز اعلام شده است.^۳ نکته جالب توجه این است که قوانین کنگره آمریکا جواز تعیین جنسیت جنین را در راستای حمایت از حریم خصوصی والدین و به‌منظور حمایت از حق باروری زن اعطا کرده است.^۴ پنج کشور^۵ آن را به طور کامل ممنوع اعلام و سی و یک کشور^۶ آن را به دلایل غیرپزشکی و اجتماعی ممنوع اعلام کرده‌اند و کشورهای دیگر فاقد قوانین روشن و واضح هستند.^۷ البته موضع اتحادیه اروپا چنان‌که از قطعنامه ۱۸۲۹ شورای اروپا برمی‌آید، به سمت پذیرش تعیین جنسیت جنین به دلایل پزشکی، آن هم با اتخاذ رویکرد بسیار محتاطانه بوده است. شورا در این قطعنامه ضمن محکومیت استفاد از این فناوری در کلیت خود و هشدار به کشورهای عضو در جهت تناقض آن با برابری، اصول اخلاق زیستی و عدم خشونت علیه زنان،

^۱ Dickens, B.M. et al. "Sex selection: Treating different cases differently", *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, Vol. 90, 2005: p.176.

^۲ WHO, *Preventing gender-biased sex selection: an interagency statement OHCHR, UNFPA, UNICEF, UN Women and WHO*, 2011: p 9.

^۳ Webb, Deidre C. "The Sex Selection Debate: A Comparative Study of Sex Selection Laws in the United States and the United Kingdom". *South Carolina Journal of International Law and Business*, Vol. 10, 2013: p164.

^۴ Shelby Deeney, M. "Bioethical Considerations of Preimplantation Genetic Diagnosis for Sex Selection", *Washington University Jurisprudence Review*, Vol. 5, Issue 2, 2013; p345.

^۵ سوئیس، اتریش، نیوزلند، کره جنوبی، ویتنام.

^۶ استرالیا، بلژیک، بوسنی و هرزگوین، بلغارستان، کانادا، چین، کرواسی، قبرس، جمهوری چک، دانمارک، استونی، فنلاند، فرانسه، آلمان، یونان، مجارستان، ایسلند، هند، اسرائیل، ایتالیا، لتونی، لیتوانی، هلند، نروژ، پرتغال، روسیه، سن مارینو، سنگاپور، اسپانیا، ترکیه، انگلستان.

^۷ Darnovsky, Marcy. Countries with laws or policies on sex selection, Center for Genetics and Society, sex selection meeting April 13 New York City, 2009: p1. Available at: https://nanopdf.com/download/countries-with-laws-or-policies-on-sex-selection_pdf [accessed 27 August 2022]

تنها استثنای قابل‌اعمال را ماده ۱۴ کنوانسیون حقوق بشر و زیست پزشکی می‌داند و از وضعیت تعادل جمعیتی کشورهای آذربایجان، ارمنستان و گرجستان اعلام نگرانی و لزوم اتخاذ تدابیر جدی می‌کند.^۱

در این میان بحث و جدل بیشتر دربارهٔ وضعیت تعیین جنسیت جنین در هند و چین بوده و از ابتدا تمرکز ارزیابی سازمان بهداشت جهانی و سایر ارکان سازمان ملل بر این دو کشور بیشتر از سایر کشورهاست. با توجه به آمار بالای سقط جنین دختر در آسیا، به ویژه این دو کشور که ناشی از نگرش سنتی فرهنگی است، همواره رغبت روی آوردن والدین به تعیین جنسیت انتخابی بیشتر از سایر کشورها بوده^۲ و علی‌رغم وجود قوانین مدون^۳ در راستای ممنوعیت استفاده از این فناوری، در مرحلهٔ اجرا هند و چین با مشکلات زیادی در مقایسه با کرهٔ جنوبی که پیش‌تر مانند این دو کشور ترجیح فرزند پسر غالب‌تر بود، روبه‌رو بوده‌اند. این موضوع به حدی در کرهٔ جنوبی مشکل‌آفرین بود که در سال ۱۹۸۷، دولت انجام دادن آزمایش برای شناسایی جنسیت جنین را ممنوع کرد و برای ارائه‌دهندگان خدمات حداکثر سه سال زندان یا جریمه‌ای تا ۱۰۰۰۰ دلار مجازات تعیین کرد که البته با توجه به مدیریت درست ارکان بهداشتی و ارتقای فرهنگ برابرسازی جنسیتی نهایتاً در سال ۲۰۰۸، دادگاه قانون اساسی ممنوعیت تشخیص جنسیت را به دلیل نقض حقوق ارائه‌دهندگان سلامت و والدین غیرقانونی اعلام کرد.^۴

یکی از رویکردهای هنجاری نوین انتخاب جنسیت غیرپزشکی که به روشی متفاوت از سایر کشورها تنظیم شده، متعلق به اسرائیل است. اولاً این فناوری به موجب قانون نیست و طبق بخشنامهٔ وزارت بهداشت در قالب دستورالعمل است. این دستورالعمل با این پیش‌فرض تهیه شده که انتخاب جنسیت به دلایل غیرپزشکی اساساً ممنوع است، اما می‌توان استثناهایی را در موارد «بسیار غیرعادی، نامنظم و نادر» و پس از مجوز کتبی توسط کمیتهٔ ملی انتخاب جنسیت به کمک PGD پذیرفت. طبق این دستورالعمل، والدین اسرائیلی که حداقل چهار فرزند هم‌جنس دارند و یک فرزند از جنس دیگر را می‌خواهند، اکنون به کمیتهٔ وزارت بهداشت درخواست دهند. مدیر کل وزارت بهداشت، که این دستورالعمل را به توصیهٔ متخصصان اخلاق زیستی صادر کرد، اذعان داشت که هیئت هفت‌عضوی کمیته فقط در موارد بسیار غیرعادی انتخاب جنسیت جنین‌ها را به دلایل اجتماعی تأیید کنند. شرایطی که کمیته باید برای صدور مجوز در نظر گیرند عبارت از: ۱. در صورت عدم انجام این روش، خطر واقعی و قریب‌الوقوع صدمات قابل‌توجهی برای سلامت روانی یک یا هر دو والدین یا فرزند مورد انتظار وجود دارد. ۲. متقاضیان متأهل و دارای چهار فرزند مشترک از یک جنس هستند. ۳. متقاضیان مشاوره ژنتیک و اطلاعات مربوط به تمام جزئیات فرایند PGD، از جمله شانس موفقیت، ملاحظات اخلاقی، با توجه ویژه به وضعیت و سرنوشت جنین‌های جنس غیرانتخابی دریافت کرده‌اند. ۴. متقاضیان به‌وضوح درک می‌کنند که اگر جنین‌های سالم از جنس انتخاب‌نشده باقی بمانند، اجازهٔ فرایند لقاح آزمایشگاهی اضافی (IVF) برای انتخاب جنسیت داده نخواهد شد تا زمانی که جنین‌های سالم باقی‌مانده همگی توسط زوج برای مقاصد تولید مثل استفاده نشوند. ۵. هر دو والدین رضایت کتبی آگاهانه داده باشند.^۵

¹ Council of Europe, Prenatal sex selection, Resolution 1829 (2011) Final version.

² Bhatia, Rajani. "Figuring India and China in the Constitution of Globally Stratified Sex Selection", *Asian Bioeth Rev.* Vol.13, 2021; p26.

³ Law on Maternal and Infant Health Care, (China), 1994; Art.32. and The Pre-natal Diagnostic Techniques (Regulation and Prevention of Misuse) Act, (India), 1994.

⁴ Das Gupta, Monica. "Is banning sex-selection the best approach for reducing prenatal discrimination?" *Asian Population Studies*, Vol. 15(3), 2019; p 320.

⁵ Pessach, Nirit, et al. "The Israeli National Committee for sex selection by pre-implantation genetic diagnosis: a novel approach (2005–2011)", *Israel Journal of Health Policy Research*, Vol. 3:33, 2014; p2.

باتوجه به مطالب فوق باید اذعان کرد که در سطح بین‌المللی به موضوع فناوری تعیین جنسیت جنین باید توجه بیشتری کرد. چراکه عدم هنجارسازی آن از بعد بین‌المللی می‌تواند در آینده موجبات بحران جمعیتی و عدم تعادل جمعیتی و نهایتاً اصطکاک در نظم و امنیت بین‌المللی را فراهم آورد. به نظر می‌رسد اتخاذ خط مشی متعادل (استفاده از رویکرد حقوق بشری) به منظور تنظیم قانونی تعیین جنسیت درحالی که حقوق باروری را تضعیف نکرده، شفافیت بیشتری درمورد مرزهای حق انتخاب باروری و درباره آن، حق حریم خصوصی، حق بر سلامت، ارتقای برابری زن و مرد و عدم خشونت علیه زنان را ایجاد کند، مهم‌ترین گام درخصوص استفاده درست و قانونی از این فناوری است.

۲. تعیین جنسیت جنین: افق‌های قانونگذاری در ایران

با توجه به مستحده بودن امر تعیین جنسیت جنین، نمی‌توان سابقه طرح موضوع را در کتب فقهای مقدم مشاهده نمود ولیکن در سال‌های اخیر با گسترش استفاده عموم جامعه از این فناوری مسئله حلیت یا عدم حلیت آن مورد توجه فقهای معاصر قرار گرفته است. اکثریت با استناد به قواعدی همچون قاعده حلیت، اصل اباحه و قاعده نفی عسر و حرج قائل به مشروعیت این فناوری‌اند؛ هرچند گروهی دیگر نیز با استدلالاتی همچون برهم خوردن تعادل جنسیتی و دخالت در مشیت الهی مسئله را به کلی رد کردند. در حالت کلی با بررسی ادله دو گروه می‌توان معتقد بود که تعیین جنسیت جنین به خاطر علاقه به جنین معین امری کاملاً مجاز است.^۱ مضاف براینکه مرکز بین‌المللی مطالعات اسلامی و تحقیقات جمعیتی در سال ۲۰۰۰ ضمن تأیید روش PGD بر این باور بوده که اسلام بر تمام مراحل و فرایندهایی که منجر به سلامت نوزاد می‌شود، تأکید دارد و ضمن ممنوعیت هرگونه تلاش برای به‌نژادی و تبعیض جنسیتی، اسلام PGD را در شرایطی مجاز می‌داند که اسپرم و تخمک از زن و شوهر باشد و تعیین جنسیت جنین فقط برای بیماری‌های مرتبط با کروموزوم X مجاز است.^۲

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، علل و انگیزه‌های افراد در تعیین جنسیت جنین را می‌توان منتسب به دلایل پزشکی و غیرپزشکی کرد. حال علی‌رغم رویکرد کشورها نسبت به موضوع، قانون‌گذار ایران در این زمینه به‌طور خاص اقدام به قانون‌گذاری نکرده است؛ ولیکن با توجه به اهداف مورد تعقیب کشورها از تصویب قانونی در این خصوص که همان حمایت از جنین بوده و تطابق آن با قوانینی که در کشور ایران در حمایت از جنین به تصویب رسیده، می‌توان نظر مساعد قانون‌گذار ایران را در حمایت از جنینی که مبتلا به بیماری‌های ژنتیکی و... بوده را استنباط کرد و ضمن ارائه پیشنهاداتی در این خصوص زمینه قانون‌گذاری در جهت موضوع فناوری تعیین جنسیت جنین را فراهم آورد.

قانون‌گذار ایران همواره سقط جنین را جرم شمرده و در ماده ۹۱ قانون تعزیرات سابق مصوب ۱۳۶۲ صراحتاً سقط جنین دارای روح را موجب قصاص می‌دانست.^۳ ولیکن این رویکرد درخصوص قصاص در دوره‌های بعدی قانون‌گذاری ایران تغییر کرده، اما همچنان سقط جنین به‌عنوان یکی از جرایمی است که قانون مجازات اسلامی و نیز قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ به آن پرداخته است. با نگاهی موشکافانه به متون قانونی آشکار می‌شود که هدف قانون‌گذار صرفاً مجازات افرادی بوده که به‌صورت مباشرت یا معاونت اقدام به سقط جنین کرده‌اند، بدون اینکه به نیت آنها و شرایط جسمانی و بیماری‌های

^۱ نظری توکلی، سعید، و دیگران، «تبیین حکم فقهی تعیین جنسیت جنین در مذاهب اسلامی»، مجله علمی پژوهشی فقه پزشکی، دوره دهم، بهار و تابستان ۱۳۹۷، شماره ۳۴ و ۳۵، ص ۹.

^۲ Eftekhaari, Tasnim Eghbal, et al. "Ethical considerations in sex selection", *Journal of Education and Health Promotion*, Vol. 4, May 2015; p3.

^۳ میرمحمد صادقی، حسین، *جرایم علیه اشخاص*، انتشارات میزان، چاپ بیست و دوم، زمستان ۱۳۹۵، ص ۲۸۰.

جنین توجهی نموده باشد. مطالعه مواد ۶۲۲ الی ۶۲۴ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ گویای مطالب فوق است. عدم حمایت قانونی از جنینی که به دلایلی اعم از وراثتی و... دارای بیماری‌هایی بوده در رویکرد جدید قانون‌گذار مجازات اسلامی مصوب نیز چندان دستخوش تغییر نشده و شاید مهم‌ترین مقررۀ آن اعمال قاعدۀ فقهی اهم و مهم در تبصره ماده ۷۱۸ آن باشد که در مقام حفظ جان مادر و جنین بقای حیات مادر را مهم‌تر دانسته و برای سقط جنین در چنین حالتی دیه‌ای را ثابت ندانسته است. بنابراین همان‌گونه که بیان شد، قانون ایران از جنینی که دارای بیماری‌های ژنتیکی بوده حمایت لازم را به عمل نیاورده است، ولی این بدان معنا نیست که قانون‌گذار ایران با مفاهیم جنین دارای بیماری ژنتیکی و حمایت از آن کاملاً ناآشنا بوده است. در سال ۱۳۸۴ قانونی تحت عنوان قانون سقط درمانی به تصویب مجلس رسید که شاید مهم‌ترین قانونی باشد که بتوان نظر مساعد قانون‌گذار ایران را در حمایت از سقط جنین‌هایی را که دارای بیماری‌های صعب‌العلاج یا ژنتیکی می‌باشند، دانست. در ماده واحده، صریحاً به جواز سقط جنینی را که به علت عقب افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب حرج مادر باشد، حکم داده است. حال با توجه به ملاک مورد نظر قانون‌گذار که همان حمایت از جنین‌های با بیماری خاص بوده می‌توان به طریق اولی قائل به تعیین جنسیت جنین برای احتراز از ابتلا به بیماری‌های حتمی در وجود جنین بود؛ چراکه اگر اصل احتراز از بیماری را که مورد نظر قانون‌گذار بوده است، مدنظر قرار دهیم، که همانا مشروع بودن سقط جنین ناقص‌الخلقه است، به طریق اولی می‌توان از تولد جنین‌های ناقص‌الخلقه یا دارای بیماری‌های ژنتیکی از طریق تعیین جنسیت جنین و حتی در این روش می‌توان از شیوع سقط جنین به دلایل پزشکی جلوگیری کرد.

از طرفی اهمیت سلامتی جنین در آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۳ نیز مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفته است. در بند ۲ ماده ۲ آیین‌نامه فوق‌الذکر قانون‌گذار «مبتلا نبودن به بیماری‌های صعب‌العلاج نظیر ایدز و هپاتیت و...» را از شرایط زوجین اهداکننده دانسته است. مطلب فوق بیانگر نظر خاص قانون‌گذار بر عدم تحمیل بیماری‌های ژنتیکی قابل وراثت به جنین است. با توجه به ملاک ارائه‌شده در این آیین‌نامه که در راستای تضمین سلامت جنین حاصل از تلقیح خارج از رحم تأکید کرده است می‌توان همین ملاک را در تعیین جنسیت جنین نیز اعمال کرده و معتقد بود که به طریق اولی زوجین در تعیین جنسیت نیز می‌توانند به سلامت جنین مطمئن بوده و این اطمینان را نیز از طرق مشروع تحصیل کنند و وظیفۀ قانون‌گذار نیز حمایت از اهداف مشروع زوجین است.

مضاف بر اینکه تبصره ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ بر مراقبت و نظارت دولت بر زوجینی که دارای بیماری‌های خطرناک بوده تأکید کرده و اینکه در مواردی که بیماری زوجین منجر به خسارت به جنین می‌شود، مراقبت و نظارت را شامل منع تولید نسل نیز دانسته است. به عبارتی هدف قانون‌گذار منع تولید نسل معیوب در راستای حفظ سلامت جنین بود و با توجه به اینکه روش‌های نوین باروری در بند ۲ ماده ۴ سند ملی حقوق کودک و نوجوان مصوب ۱۳۹۷ مورد شناسایی کامل قرار گرفته و از ترکیب دو ماده مذکور می‌توان استنتاج کرد که اصلاح ژن معیوب در مواردی که احتمال خطر وراثتی برای نوزاد متصور بوده می‌تواند راه‌حل قطعی موضوع باشد با این توضیح که هدف قانون‌گذار در منع تولید نسل زوجین دارای بیماری‌های خطرناک در واقع حمایت از جنین می‌باشد و با شناسایی روش‌های نوین باروری در سند مذکور، فناوری تعیین جنسیت جنین برای احتراز از بیماری‌های ارثی می‌تواند راه‌حل بهتری نسبت به منع تولید نسل باشد که در حقیقت در راستای احترام به حق تشکیل خانواده و نیز سیاست‌های جمعیتی است. با عنایت به سایر مواد این سند آشکار می‌شود که رویکرد قانون‌گذار بستر هنجارسازی در حوزه فناوری تعیین جنسیت را فراهم کرده است؛ چراکه اولاً در بند ۱ ماده ۳ حق حیات و سلامت جنین را از زمان تشکیل مورد حمایت قرار داده و لزوم اتخاذ

اقداماتی را در جهت پیشگیری از تعرض به این حقوق پیش‌بینی کرده است. با توجه به اینکه در بند ۲ این ماده نیز دولت را موظف به اتخاذ تدابیر و تمهیداتی در راستای سلامت باروری و فرزندآوری می‌کند و نیز بند ۲ ماده ۶ و همچنین در بند ۴ (ب) این ماده به وظایف همسو و مکمل زوجین و دولت در حفظ سلامت جنین برای پیشگیری از بیماری‌های ارثی به طرق مذکور در قانون اشاره کرده است. از طرفی نیز بند ۱۶ سیاست‌های کلی خانواده مصوب ۱۳۹۵ ایجاد سازوکارهای لازم برای ارتقای سلامت همه‌جانبه خانواده‌ها، به ویژه سلامت باروری و افزایش فرزندآوری در جهت برخورداری از جامعه جوان، سالم، پویا و بالنده را ضروری دانسته است. همچنین در بند ۵۵ منشور حقوق و مسئولیت‌های زنان در نظام جمهوری اسلامی ایران حق برخورداری از بهداشت باروری و بارداری مورد شناسایی قرار گرفته که می‌توان مصداق بارز آن را حق بر داشتن جنین سالم دانست؛ چراکه در بند ۳۵ مسئولیت رعایت حقوق جنین به‌ویژه محافظت از حیات و رشد آن بر عهده زنان گذاشته شده است. بنابراین تعهد زوجین به تضمین سلامت و بقای حق حیات سالم فرزند مطابق سند ملی حقوق کودک قابل استنتاج بوده و ثانیاً اینکه دولت نیز تعهد به نتیجه در راستای سلامت باروری و نسل‌های آینده را دارد؛ فلذا مشروعیت بخشی قانونی تعیین جنسیت جنین و امکان بهره‌مندی از این فناوری توسط زوجین می‌تواند در اجرای این مفاد حائز اهمیت باشد. النهایه با توجه به مطالب فوق می‌توان جواز فناوری تعیین جنسیت جنین را از نظر فقها استنباط کرد و همچنین با تدقیق در ملاک مقررات پراکنده‌ای که در برخی قوانین ذکر شده و هدف کلیه آنها سلامت و بهداشت و حمایت از جنین بوده که مشروعیت آن قوانین نیز به تأیید شورای نگهبان رسیده، می‌توان به زمینه مساعد قانون‌گذاری در حوزه تعیین جنسیت جنین معتقد بود. مضافاً بر اینکه با قانون‌گذاری در این خصوص می‌توان از سیاست‌های جمعیتی کشور که هدف قانون سقط‌درمانی نیز بوده است، حمایت لازم را به عمل آورد.

قبل از پرداختن به الگو و مؤلفه‌های سیاست تقنینی که در سطح قانون‌گذاری باید در نظر گرفت، ابتدا باید میان پذیرش قانونی به دلایل پزشکی و غیرپزشکی قائل به تفکیک شد. از اهداف غیرپزشکی افراد می‌توان به گرایش خانواده به جنسی خاص مانند پسر یا دختر بودن و سایر گرایش‌های فرهنگی - اجتماعی اشاره کرد. چنانچه در بند اول اشاره شد، رویکرد قوانین ملی سایر کشورها و نیز قواعد بین‌المللی در راستای عدم پذیرش تعیین جنسیت جنین به دلایل غیرپزشکی بوده است. در ایران نیز به نظر جواز قانونی تعیین جنسیت جنین به دلایل غیرپزشکی قابل قبول نباشد؛ چراکه اولاً، ایجاد این امکان برای زوجین موجب اخلال در نظم جمعیتی کشور شده و مخالف سیاست‌های جمعیتی کشور است. ثانیاً، گذشته از اینکه حقوق هیچگاه از هوس‌های نامعقول و نامشروع افراد حمایت نمی‌کند، از مفاد ماده ۲۱۵ قانون مدنی نیز که بیان می‌دارد «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد»^۱ برمی‌آید که قراردادهای میان زوجین و پزشک مبنی بر تعیین جنسیت جنین صرفاً به دلایل غیرپزشکی منفعت عقلایی مورد انتظار افراد متعارف جامعه را نداشته و باطل می‌باشند. ثالثاً، اگر از منظر اصل حاکمیت اراده در قراردادها و ماده ۱۰ قانون مدنی نسبت به تبیین این نوع قراردادها بپردازیم، می‌توان عامل نظم عمومی را مانع صحت این قراردادها دانست؛ چراکه نظم عمومی عبارت از مجموع ضوابط و مقرراتی است که قوام و بقای ذات و حیثیت ملت و تمدن و فرهنگ جامعه را تأمین می‌کند و تخلف از مقررات مذکور جایز نیست؛^۲ هرچند ضابطه تشخیص امور و مصادیق مخالف نظم عمومی یک ضابطه نسبی و عرفی است.

^۱ هرچند در نگاه اول به این ماده می‌توان به جنبه مالی داشتن منفعت قائل شد ولیکن حقوقدانان با انتقاد از این نظر، معتقد به حمایت از منافع اخلاقی نیز با استناد به ماده ۲۱۵ شده‌اند. رک به: کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۴، ص ۲۱۴.

^۲ ذاکر صالحی، غلامرضا، *مبانی قراردادهای نامعین*، انتشارات میزان، ۱۳۸۸، ص ۹۸.

بدین‌رو شناسایی قانونی تقاضای زوجین برای تعیین جنسیت جنین به دلایل غیرپزشکی با توجه به قواعد حقوقی و نظر به رویکرد اسناد بین‌المللی فاقد وجاهت قانونی بوده و قراردادهای مرتبط با آن محکوم به بطلان است.

تعیین جنسیت جنین به دلایل پزشکی با توجه به رویکرد حمایتی از جانب سایر کشورها و قواعد بین‌المللی و با عنایت به رویکرد مساعد قانون‌گذار ایران که در راستای حمایت از جنین و ارتقای سطح سلامت جامعه است، می‌توان قائل به فراهم بودن بستر هنجارسازی در این حوزه بود. فلذا باید سیاست تقنینی ایران به‌منظور حمایت قانونی از تعیین جنسیت جنین به دلایل پزشکی برخی مؤلفه‌های اساسی را در نظر داشته باشد. (۱) دولت در این راستا موظف است یک برنامه جامع یا سیاست ملی برای تحقق غربالگری سلامت جنین در نظر بگیرد و در جهت ایجاد شرایط مناسب برای دسترسی همه افراد ملت به بالاترین استاندارد قابل حصول سلامتی، تلاش کرده و با سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی مناسب به حمایت از این حقوق بپردازد. (۲) ایجاد فرایندی برای کنترل تغییرات جنسیتی در جامعه از طریق مرکز آمار و سلامت. (۳) وزارت بهداشت و آموزش پزشکی در جهت جلوگیری از افزایش تقاضاهای واهی زوجین باید لیستی از بیماری‌ها و اختلالات ژنتیکی قابل وراثت و نیز احتمالات ابتلا جنین به بیماری‌های مذکور را تهیه و تیم پزشکی متخصص بر مبنای لیست اعلامی وزارت، با انجام غربالگری ژنتیکی نظر تخصصی را در جهت تعیین جنسیت جنین ارائه کند. (۴) در جهت صدور مجوز قانونی می‌توان با تشکیل کمیسیونی متشکل از متخصص ژنتیک، حقوقدان آشنا به مسائل پزشکی، مددکار و مشاوره خانواده، بر تعیین جنسیت جنین سیستم نظارت قانونی ایجاد کرد. (۵) با جرم‌انگاری تعیین جنسیت جنین به دلایل غیرپزشکی برای پزشک متخلف ضمانت‌اجراهای جزایی تعیین شود تا ضمن برقراری نظم عمومی و سیاست جمعیتی از سوءاستفاده پزشکان در این زمینه جلوگیری لازم به عمل آید. (۶) توانمندسازی زنان برای انتخاب آگاهانه و کاهش ابهام در تصمیم‌گیری تعیین جنسیت جنین در مواردی که میزان آستانه ابتلا به بیماری جنین بالاست. (۷) ایجاد فرصت برابر (از لحاظ اقتصادی) برای بهره‌مندی از این فناوری برای تمام اقشار جامعه به‌منظور جلوگیری از استفاده انحصاری آن توسط قشر خاص. (۸) پیش‌بینی تدابیر فرهنگی و آموزشی برابری جنسیتی به‌منظور جلوگیری از گرایش زوجین به داشتن فرزند پسر میان برخی اقوام؛ چراکه ایجاد بستر فرهنگی مناسب برای استفاده از این فناوری صرفاً به دلایل پزشکی، اولاً عامل مهمی در کاهش توسعه غیرقانونی تعیین جنسیت جنین به دلایل غیرپزشکی خواهد بود؛ ثانیاً موجب کاهش تمایل برخی زوجین به سقط جنین دختر که ریشه فرهنگی قومی دارد، به دلیل عدم توانایی مالی در بهره‌مندی از این فناوری خواهد شد. صندوق جمعیت سازمان ملل متحد ضمن اعلام میزان آمار تعیین جنسیت در جهان و بررسی خطرات توسعه غیرقانونی آن، لزوم اتخاذ تدابیر سیاست‌گذاری و تقنینی در این راستا را پیشنهاد کرده است که در نظر گرفتن این تدابیر در سطح قانون‌گذاری ملی حائز اهمیت خواهد بود که از مهم‌ترین این موارد می‌توان به شناسایی شخصیت حقوقی جنین، مدون نمودن اصول اخلاق زیستی، تقویت فرایندهای اجرایی در تضمین حقوق زنان و برابری جنسیتی اشاره کرد. (۹) لزوم اخذ رضایت آگاهانه؛ آگاهی زوجین نسبت به ابعاد و آثار روشهای مورد استفاده توسط مرکز کمک باروری یا پزشک متخصص قبل از هرچیز لازم و ضروری است. مشاور ژنتیک ملزم است ناهنجاری‌های هسته‌ای و کروموزومی که احتمال داده می‌شود در زمان انجام PGD یا IVF اتفاق بیفتد توضیح کافی ارائه کند و دریافت‌کننده این خدمات ضمن آگاهی از جوانب آن آگاهانه به تصمیم خویش رضایت دهد. (۱۰) تعیین حدود قانونی

^۱ اکرمی، سیدمحمد و دیگران، «بررسی حقوقی غربالگری سلامت جنین و سقط درمانی در طرح جوانی جمعیت و حمایت از خانواده»، مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی، دوره پانزدهم، ۱۴۰۰، شماره ۵۶، ص (۹) ۵۱۴.

^۲ UNFPA, State of World Population: Defying the practices that harm women and girls and undermine equality, 30 Jun 2020. Available at: <https://www.unfpa.org/publications/state-world-population-2020>.

استفاده از فناوری تعیین جنسیت جنین جهت جلوگیری از بهره‌مندی از آن برای دستکاری ژنتیکی جنین برای اهداف غیرضروری پزشکی مانند تعیین رنگ چشم، بهبود صفات ژنتیکی خوب نظیر قد، هوش و... که بیشتر در راستای اهداف به‌نژادی و مغایر قواعد حقوق بشری است. (۱۱) شناسایی و قابلیت استناد بخشی قراردادهای تعیین جنسیت جنین به دلایل پزشکی جهت ارجاع به مراجع قضایی در صورت بروز احتمالی اختلافات حقوقی. بنابراین قانون‌گذار با توجه به افزایش آمار استفاده از فناوری تعیین جنسیت جنین در سال‌های اخیر باید نسبت به تدوین قانون یا قوانین مرتبط مبادرت کند تا ضمن اطلاع و آگاهی زوجین از حقوق خود، حدود تکالیف و مسئولیت پزشک و مراکز درمانی معین شود و با توسعه قانونی این فناوری به دلایل پزشکی ضمن ارتقای سطح سلامت نسل‌های آینده و تعادل در سیستم جمعیتی کشور، تکلیف و نحوه رسیدگی مراجع قضایی به اختلافات حقوقی که در آینده نزدیک قابل پیش‌بینی است، مبرهن گردد.

نتیجه‌گیری

رواج استفاده از فناوری تعیین جنسیت جنین پیش‌تر به دلیل ترجیح جنسیتی در جوامع و متعاقباً به دلایل پزشکی و درمانی، امروزه تقاضای گریزناپذیر زوجین را در سراسر جهان به همراه داشته است. اتخاذ رویکرد سیاست‌کنترلی و نظارتی از سوی برخی کشورها در بین دهه‌های ۱۹۸۰-۲۰۰۰ و نیز توجه برخی اسناد بین‌المللی با تکیه بر رویکرد احتیاطی آغاز نظام هنجاری تعیین جنسیت جنین بوده است. کنفرانس بین‌المللی جمعیت و توسعه سازمان ملل با تعیین جنسیت به دلایل غیرپزشکی مخالفت و دولت‌ها را به اتخاذ تدابیر پیشگیرانه ترغیب کرده است که ۳۱ کشور با ممنوعیت تعیین جنسیت جنین به دلایل غیرپزشکی، بهره‌مندی از این فناوری را به دلایل پزشکی و درمانی جایز اعلام کرده و ۵ کشور به کلی استفاده از آن را منع و ضمانت اجرای کیفری برای پزشک و زوجین پیش‌بینی کرده‌اند. در این میان بررسی قوانین ایالات متحده آمریکا نشان از وجود امکان استفاده از این فناوری بدون هیچ‌گونه محدودیتی است. در ایران با وجود امکان استفاده از این فناوری توسعه آن به‌طور فراقانونی بوده و تاکنون (زمان نگارش مقاله) هیچ قانون مدونی مرتبط با این فناوری تدبیر نشده است. همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، فقط برخی از قوانین، آن هم به‌صورت پراکنده، به مطالبی از قبیل سلامت جنین، جمعیت پویا و بالنده، حق بر باروری سالم، روش‌های کمک باروری نوین، سقط‌درمانی، جلوگیری از شیوع بیماری‌های ژنتیکی و وراثتی، و... پرداخته‌اند که استنباط می‌شود علاوه بر اینکه قانون‌گذار ایران نه‌فقط نسبت به این مسائل ناآشنا نیست، بلکه رویکرد سیاست‌تقنینی ایران در خصوص سلامت جنین و اهمیت آن مطابق رویکرد احتیاطی اتخاذشده بر مبنای قواعد حقوق بشری است. به عبارتی چه به لحاظ سیاست جمعیتی و چه به لحاظ مسائل اجتماعی و فرهنگی حاکم بر ایران بستر قانون‌گذاری درخصوص پذیرش تعیین جنسیت جنین به دلایل پزشکی کاملاً مهیاست. لیکن باید با در نظر گرفتن برخی از مؤلفه‌های اساسی که بدان پرداختیم باید تدوین قانون در این حوزه چنان طراحی شود تا کلیه امکانات، کالاها و خدمات در این حوزه به‌طور برابر با تکیه بر اصول و موازین اخلاق پزشکی و متناسب با هنجارهای اجتماعی و فرهنگی جامعه و باورهای ارزشی افراد، اقلیت‌ها و گروه‌های مذهبی، سیاسی و اجتماعی، چرخه حیات زیستی با تأثیرات مثبت و قابل‌قبول همگام با سیاست‌های جمعیتی باشد تا ضمن جلوگیری از تولد نوزاد با بیماری‌های خاص، کشور دارای جمعیت سالم بوده و بعداً از صرف هزینه‌های گزاف از سوی والدین و دولت برای درمان بیماری کودکان جلوگیری به عمل آید.

منابع

کتاب

۱. ذاکر صالحی، غلامرضا، *مبانی قراردادهای نامعین*، انتشارات میزان، ۱۳۸۸.
۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۴.
۳. میرمحمد صادقی، حسین، *جرایم علیه اشخاص*، انتشارات میزان، چاپ بیست و دوم، زمستان ۱۳۹۵.

مقاله

۴. اکرمی، سیدمحمد و دیگران، «بررسی حقوقی غربالگری سلامت جنین و سقط درمانی در طرح جوانی جمعیت و حمایت از خانواده»، *مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی*، دوره پانزدهم، شماره پنجاه و ششم، ۱۴۰۰.
۵. نظری توکلی، سعید، و دیگران، «تبیین حکم فقهی تعیین جنسیت جنین در مذاهب اسلامی»، *مجله علمی پژوهشی فقه پزشکی*، دوره دهم، بهار و تابستان ۱۳۹۷، شماره ۳۴ و ۳۵.

References

Books

1. Katouzian, Naser, *General rules of contracts*, Vol.2, Sherkate Sahamie Enteshar, 2015. (In Persian)
2. Mir Mohammad Sadeghi, Hossein, *Crimes against persons*, Mizan Publication, 22^o, 2016. (In Persian)
3. Rahm, Laura. *Gender-Biased Sex Selection in South Korea, India and Vietnam: Assessing the Influence of Public Policy*, Springer, 2020.
4. Zaker salehi, Gholamreza, *Basics of indefinite contracts*, Tehran: Mizan, 2009. (In Persian)

Articles

5. Akrami S M, Parvin K, Razmjoo M. Legal review of fetal health screening and medical abortion in the population rejuvenation plan and family support. *MLJ* Vo.15, No. 56, 2021. (In Persian)
6. Bhatia, Rajani. "Figuring India and China in the Constitution of Globally Stratified Sex Selection", *Asian Bioeth Rev.* Vol.13, 2021.
7. Bumgarner, Ashley. "A Right to Choose?: Sex Selection in the International Context", *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Vol. 4, 2007.
8. Das Gupta, Monica. "Is banning sex-selection the best approach for reducing prenatal discrimination?" *Asian Population Studies*, Vol. 15(3), 2019.
9. Dickens, B.M. et al. "Sex selection: Treating different cases differently", *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, Vol. 90, 2005.
10. Eftekhari, Tasnim Eghbal, et al. "Ethical considerations in sex selection", *Journal of Education and Health Promotion*, Vol. 4, May 2015.
11. Grant, V.J. "Sex Predetermination and the Ethics of Sex Selection", *Human Reproduction*, Vol.21, 2006.
12. Nazari Tavakoli, Saeed, et al, Explanation of the jurisprudential ruling on determining the sex of the fetus in Islamic religions, *Journal of medical jurisprudence*, Vol. 10 No. 35-34, 2018. (In Persian)
13. Pessach, Nirit, et al. "The Israeli National Committee for sex selection by pre-implantation genetic diagnosis: a novel approach (2005–2011)", *Israel Journal of Health Policy Research*, Vol. 3:33, 2014.

14. Shelby Deeney, M. "Bioethical Considerations of Preimplantation Genetic Diagnosis for Sex Selection", *Washington University Jurisprudence Review*, Vol. 5, Issue 2, 2013.
15. Webb, Deidre C. "The Sex Selection Debate: A Comparative Study of Sex Selection Laws in the United States and the United Kingdom". *South Carolina Journal of International Law and Business*, Vol. 10, 2013.

Documents

16. Concluding Comments on China's Fifth and Sixth periodic reports, Thirty Sixth Session, 7-25 August 2006, UN Doc CEDAW/C/CHN/C0/6, 25 August 2006.
17. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo, 4.IV.1997, ETS No. 164.
18. Council of Europe, Convention on Human Rights and Biomedicine, Explanatory Report, European Treaty Series - No. 164.
19. Council of Europe, Prenatal sex selection, Resolution 1829 (2011) Final version.
20. CRC, Concluding Observations: India, UN Doc. CRC/C/15/Add.228, 26 February 2004.
21. Darnovsky, Marcy. Countries with laws or policies on sex selection, Center for Genetics and Society, sex selection meeting April 13 New York City, 2009: p1. Available at: https://nanopdf.com/download/countries-with-laws-or-policies-on-sex-selection_pdf [accessed 27 August 2022].
22. Elimination of harmful practices of prenatal sex selection and female infanticide, UN Doc E/CN.6/2007/L.5.
23. HRC, General Comment No. 28: Equality of rights between men and women (article 3), adopted 29 March 2000, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10.
24. Law on Maternal and Infant Health Care, (China), 1994.
25. The Pre-natal Diagnostic Techniques (Regulation and Prevention of Misuse) Act, (India), 1994.
26. UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health, 17 April 2013, CRC/C/GC/15, available at: <https://www.refworld.org/docid/51ef9e134.html> [accessed 23 August 2022].
27. UNFPA, State of World Population: Defying the practices that harm women and girls and undermine equality, 30 Jun 2020.
28. Available at: <https://www.unfpa.org/publications/state-world-population-2020>.
29. United Nations. Beijing Declaration, 1995.
30. available at <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/declar.htm> [accessed 23 August 2022].
31. United Nations. Programme of Action of the International Conference on Population and Development. New York, 1994.
32. WHO, Preventing gender-biased sex selection: an interagency statement OHCHR, UNFPA, UNICEF, UN Women and WHO, 2011.

Cases

33. K.L. v. Peru, CCPR/C/85/D/1153/2003, Communication No. 1153/2003 available at: <https://www.escri-net.org/caselaw/2016/kl-v-peru-ccprc85d11532003-communication-no-11532003> [accessed 25 August 2022].
34. Report of 12 July 1977, Bruggeman and Scheuten v. FRG D&R 10, 1978. Available at: <http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/Bruggemann-v.-Germany.pdf> [accessed 26 August 2022].

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Exemption from International Contracts' Liability in the Corona Age Through Convention on the International Sale of Goods (Vienna 1980) Perspective

Hossein Kaviar¹ , Mohammad Hossein Taghipour Darzi Naghibi²

ABSTRACT

Corona virus was detected in December 2019 in Wuhan, China with an epidemic in humans. This virus soon spreaded worldwide and was the biggest crisis in the universe. The virus extremely hampered global trade by restricting economic activity and disrupting production and supply chains. The basic principle of contract law is that the parties are committed to the made promises. However, events such as Corona affect the performance of the parties to the contract. This Article addresses the Corona virus effects on contracts. The unprecedented effects of the virus on the global economy have revived two classic concepts of international sale: Force Majeure and Economic Hardship. This Article analyzes the extent of exemption from international contracts liability in the Corona era through Convention on the International Sale of Goods and the judicial procedure of the Convention perspective.

KeyWords: Corona, Convention on the International Sale of Goods, Article 79 of the Convention, Force majeure, Economic Hardship

How to Cite: Kaviar, Hossein, Taghipour Darzi Naghibi, Mohammad Hossein, " Exemption from International Contracts' Liability in the Corona Age Through Convention on the International Sale of Goods (Vienna 1980) Perspective", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 153-170.

DOI: <https://doi.org/10.29252/jlr.2022.224222.2022>

Received: 25/10/2021-Accepted: 06/03/2022

1. Assistant Professor, Faculty of Administrative Sciences and Economics, Arak University, Arak, Iran
Corresponding Author Email: h-kaviar@araku.ac.ir

2. Assistant Professor, Faculty of Law & Political Sciences, University of Mazandaran, Babolsar, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



معافیت از مسئولیت قراردادهای بین‌المللی در عصر کرونا در پرتو کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ - وین)

حسین کاویار^۱، محمدحسین تقی‌پور درزی نقیبی^۲

چکیده

کرونا در دسامبر ۲۰۱۹ در شهر ووهان چین با همه‌گیری در انسان شناسایی شد. این ویروس پس از مدت کوتاهی تمام جهان را درگیر کرد و در زمان خود به‌عنوان بزرگ‌ترین بحران جهان تلقی می‌شد. این ویروس تاجدار به‌واسطه ایجاد محدودیت در فعالیت‌های اقتصادی و ایجاد اختلال در زنجیره‌های تولید و تأمین کالا، به‌شدت مانع تجارت جهانی شد. اصل اساسی در حقوق قراردادهای این است که طرفین ملزم به انجام دادن تعهدات قراردادی‌اند. با این حال، رویدادهایی همچون کرونا بر عملکرد طرفین قرارداد تأثیر می‌گذارد. بحث اصلی مقاله حاضر این است که آیا قراردادهای نیز کرونا می‌گیرند؟ تأثیرات بی‌سابقه این ویروس بر اقتصاد جهانی، موجب احیای دو مفهوم کلاسیک از بیع بین‌المللی شده است: فورس‌ماژور و عسروجرح اقتصادی. این مقاله حدود و ثغور معافیت از مسئولیت قراردادهای بین‌المللی را در دوره کرونا از منظر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و رویه قضایی کنوانسیون بررسی می‌کند.

کلید واژگان: کرونا، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، ماده ۷۹ کنوانسیون، فورس‌ماژور، عسروجرح اقتصادی.

استناد به این مقاله: کاویار، حسین، تقی‌پور درزی نقیبی، محمدحسین، «معافیت از مسئولیت قراردادهای بین‌المللی در عصر کرونا در پرتو کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ - وین)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۱۷۰-۱۵۳.

DOI: <https://doi.org/10.29252/jlr.2022.224222.2022>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۰۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۱۵

۱. استادیار، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اراک، اراک، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: h-kaviar@araku.ac.ir

۲. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

یک ضرب‌المثل آمریکایی می‌گوید که «موفقیت یک رقص باران بستگی زیادی به زمان‌بندی دارد».^۱ بدین ترتیب برای امضای یک قرارداد تجاری هیچ زمانی نامناسب‌تر از آغاز یک پاندمی جهانی نیست.^۲ به دنبال انتشار سریع کروناویروس که برای اولین بار در پایان سال ۲۰۱۹ در ووهان^۳ چین گزارش شد، سازمان جهانی بهداشت کرونا را در ۱۱ مارس ۲۰۲۰ همه‌گیر اعلام کرد. همه‌گیری کرونا حداقل از زمان جنگ جهانی دوم به عنوان «تاریک‌ترین زمان بشریت» شناخته شده است. مرزها بسته شدند و مانع تجارت کالا و خدمات شد. تمام کشورها در قرنطینه تحت محاصره قرار گرفتند. همچنان‌که ظهور کرونا از آغاز جهانی بوده، اندیشیدن در باب اثراتش نیز باید در حد جهانی باشد.^۴ این بحران همچنان‌که همه‌زوایی زندگی بشر را تحت‌تاثیر قرار داده، پرسش‌های بسیاری را پیرامون روابط قراردادهای بین‌المللی ایجاد کرده است. در قراردادهای بیع بین‌المللی کالا این سوال مطرح می‌شود که آیا فروشنده می‌تواند حتی در این شرایط بحرانی، بی‌قید و شرط عمل کند؟ چه عذری می‌تواند به‌عنوان مبنای معافیت از مسئولیت قراردادی باشد؟ پاسخ این سوال را می‌توان در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^۵ (به‌عنوان شاهرگ تجارت جهان) یافت.

این مقاله در بخش نخست، شرایط معافیت از مسئولیت قراردادی در عصر کرونا و پساکرونا را آن‌گونه که در کنوانسیون مطرح شده است، تحلیل می‌کند. سپس در بخش دوم، به تأثیر ممنوعیت‌های قانونی بر اجرای تعهدات قراردادی می‌پردازیم. در بخش سوم مقاله به مسئولیت ناشی از نقض تعهدات فروشنده مرتبط با تأمین کالا و خدمات در اثر کرونا خواهیم پرداخت. در بخش چهارم راجع به امکان‌سنجی اجرای ماده ۷۹ در وضعیت عسرو حرج اقتصادی و همچنین امکان‌سنجی تطبیق کرونا بر عسر و حرج اقتصادی بحث خواهیم کرد و نهایتاً در بخش پنجم آثار همه‌گیر کرونا برای معافیت از مسئولیت تحلیل می‌شود.

۱. بایسته‌های معافیت از مسئولیت قراردادی در ماده ۷۹ کنوانسیون در دوران کرونا

ماده ۷۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به معافیت از مسئولیت در صورت وقوع فورس ماژور می‌پردازد. فورس ماژور به رویدادی غیرقابل‌پیش‌بینی، خارجی و غیرقابل‌اجتناب اطلاق می‌شود که انجام دادن تعهدات طرفین قرارداد را ناممکن یا دشوار می‌کند.^۶ شرط دیگری نیز باید به این شرایط سه‌گانه اضافه شود و آن رابطه علیت است: عدم اجرای قرارداد باید

^۱ "The success of a rain dance depends a lot on timing."

رقص باران، آیینی کهن است که در بسیاری از فرهنگ‌ها برای فراخوان باران در زمان خشکسالی انجام می‌شود. این رقص‌ها غالباً با حرکات نمادین، آوازه و دعاهایی همراه هستند که به منظور جلب توجه و التماس به نیروهای الهی یا ارواح طبیعت برای بارش باران انجام می‌شوند. در حالی که باور به قدرت رقص باران در برخی فرهنگ‌ها قوی است، نباید نادیده گرفت که زمان‌بندی نیز نقشی اساسی در اثربخشی آن دارد.

^۲ Jennejohn, Matthew. "COVID-19 as a Force Majeure in Corporate Transactions", Pistor, Katharina (Ed), "Law in the Time of COVID-19", Books, Columbia Law School, 2020, p.141.

^۳ Wuhan

^۴ باقری، خسرو، *اگر کرونا آغازگر یک نوزایی باشد*، میرزایی، حسین (ویراستار). آموزش عالی، علم و بحران کرونا در ایران، تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۳۹۹، ص ۷۲.

^۵ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980.

^۶ صفایی، حسین و جمعی از نویسندگان، *حقوق بیع بین‌المللی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰، ص ۲۴۳.

ناشی از آن مانع خارجی باشد.^۱ این شرط منطقی است.^۲ در ادامه ماده ۷۹ کنوانسیون در پرتو الزامات دوران کرونا بررسی و تحلیل می‌شود.

۱.۱. مانع خارجی

به‌عنوان شرط اول، مطابق ماده ۷۹ عدم اجرای قرارداد باید براساس مانع عینی خارج از کنترل متعهد باشد. تفسیر ماده ۷۹ حول این مفهوم اساسی است که مانع اجرای قرارداد توسط متعهد نباید کنترل شود.^۳ ذکر و ارائه تمامی مصادیق حوادثی که می‌تواند به عنوان مانع فراتر از کنترل به شمار آید، ممکن نیست.^۴ بنابراین هر امر حادث و جدیدی مانند یک بیماری همه‌گیر، همچون بیماری کرونا، در صورت دارا بودن سایر شرایط، می‌تواند به‌عنوان یک مانع فراتر از کنترل تلقی شود.

با تفسیر مضیق و نیز عینی‌تر از ماده ۷۹، می‌توان چنین گفت که فقط شرایط عینی خارج از کنترل متعهد به‌عنوان مانع در نظر گرفته می‌شود. در تفسیر مفهوم «مانع» باید به گفته هانولد، «ذهن ما از پیش‌فرض‌های ناشی از سنت‌های داخلی پاکسازی شود و نحوه بیان ماده ۷۹ را با توجه به عرف و نیازهای تجاری بین‌الملل بررسی کرد».^۵ معافیت از مسئولیت فقط در موارد استثنایی مجاز است که مانعی بیش از خطر عمومی در تقابل با تعهد قرار گیرد.^۶ همه‌گیری‌ها نمونه‌های کلاسیک چنین موانعی‌اند که خارج از کنترل طرفین هستند.^۷ زیرا متعهد توانایی مقابله با چنین حوادث و موانع را ندارد. در جایی که توانایی متعهد برای اجرای تعهداتش به‌طور مستقیم تحت تأثیر پاندمی کاهش می‌یابد، به‌عنوان مانع خارج از کنترل متعهد در نظر گرفته می‌شود. اما اگر همه‌گیری فقط محدودکننده غیرمستقیم توانایی متعهد باشد، ماده ۷۹(۱) کنوانسیون مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۸ دولت با اعمال محدودیت‌هایی در تجارت خارجی، وضع قوانین و مقررات دست‌وپاگیر و اعمال ممنوعیت‌های مختلف، می‌تواند مانع‌تراشی‌های غیرمستقیمی ایجاد کند.^۹

درمورد بیماری‌های همه‌گیر مانند طاعون، مرس و سارس اصولاً کشورها این موارد را از مصادیق فورس‌ماژور تلقی

^۱ برای استناد به فورس‌ماژور کسی که مدعی کرونا و ویروس به‌عنوان فورس‌ماژور است باید اثبات نماید که عدم انجام تعهدات وی ناشی از کرونا و ویروس بوده است. بنابراین باید میان کرونا و ویروس و عدم انجام تعهد رابطه سببیت وجود داشته باشد.

^۲ جمعی از نویسندگان، *تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی*، جلد ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۱۳۵.

^۳ Schwenzler, Ingeborg. 'Article 79 CISG', in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzler (eds), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th edn, OUP, Oxford, 2016, p. 1504.

^۴ Lindstrom, Niklas. 'Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods', 3 *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, pp 15-20.

^۵ Honnold, J. Op. "Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention", *The Hague: Kluwer Law International*, 1999, p 476.

^۶ Oberlandesgericht Munich (Higher Regional Court), Stolen car case, CLOUT Case No 1233. See, Janssen, André., Wahnschaffe, Christian Johannes, COVID-19 and international sale contracts: unprecedented grounds for exemption or business as usual?, *Uniform Law Review*, 25 (4), 2020, p. 4.

^۷ Atamer, Yesim. 'Article 79 CISG', in Stefan Kroll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – A Commentary*, 2nd edn, CH Beck/Hart/Nomos, Munich/Oxford/Baden Baden, 2018, para 46

^۸ Janssen and Wahnschaffe, *op.cit.*, p.5.

^۹ DiMatteo, Larry A.. 'Excuse: Impossibility and Hardship', in Larry A DiMatteo, Andre' Janssen, Ulrich Magnus and Reiner Schulze, *International Sales Law – Contracts, Principles & Practice*, CH Beck/Hart/Nomos, Munich/Oxford/Baden Baden, 2016, p.665.

نمی‌کنند. لیکن در مورد کرونا شرایط بسیار متفاوت است؛ زیرا این بیماری کشنده، و داروی موثر آن کشف نشده است. سرعت انتقال بسیار بالایی دارد. دوره پنهان ویروس بالاست. در مورد برخی گروه‌های سنی و گروه‌های خونی بسیار کشنده‌تر است. لذا مجموعه این عوامل موجب شده است که دولت‌ها سیاست‌ها و تدابیر شدیدی را به اجرا بگذارند. بنابراین حتی اگر نفس کرونا موجب تحقق فورس‌ماژور نباشد، این شرایط به وجود آمده به وسیله دولت‌ها می‌تواند از مصادیق آن باشد؛^۱ زیرا در طول این همه‌گیری، دخالت مستقیم دولت‌ها در تجارت وجود داشته است، به‌ویژه از طریق وضع قرنطینه و محدودیت‌های صادرات.^۲ ضمن اینکه وضعیت فعلی مقابله کشورهای با این بیماری و تلاش حداکثری به منظور دستیابی به واکسن مربوطه، به لحاظ قدرت و سرعت سرایت این نوع ویروس، مهم‌ترین دلیل بر عدم قابلیت کنترل آن یا غلبه بر آن است. وقتی دولت‌ها با حداکثر امکانات موجود توان اجتناب از این بیماری یا غلبه بر آن را در کوتاه‌مدت ندارند، بدیهی است که اشخاص حقیقی و حقوقی که به‌عنوان متعهد قراردادی باید تعهد خود را ظرف مدت معینی اجرا نمایند، نمی‌توانند این مانع را کنترل کنند.^۳

به‌علاوه موانعی که با منشأ کرونا سر راه تجارت، صادرات و واردات قرار دارد، خارج از کنترل طرفین است. به‌طور مثال شخصی تعهد به تحویل کالا ظرف ۱۵ روز از تاریخ انعقاد قرارداد به یک شرکت انگلیسی کرده است، لیکن به دلیل شیوع کرونا در انگلیس و به تبع آن لغو تمامی پروازها، امکان اجرای قرارداد وجود نخواهد داشت. در این مثال، آثار ناشی از ویروس کرونا به‌عنوان یک عامل خارجی و از باب فورس‌ماژور، قرارداد را منحل می‌کند.

۱.۲. غیر قابل پیش‌بینی

از دیگر شرایط معافیت مقرر در ماده ۷۹، غیر قابل پیش‌بینی بودن حادثه است. ملاک برای قابلیت پیش‌بینی یک حادثه خارجی، وضعیت یک انسان متعارف در جایگاه متعهد با در نظر گرفتن اوضاع و احوال قرارداد است.^۴ پروفیسور دیویس به‌درستی یادآوری می‌کند که کلمات «پیش‌بینی‌شده»، «قابل پیش‌بینی» یا «پیش‌بینی» در ماده ۷۹ کنوانسیون یافت نشده است.^۵

طبق ماده ۷۹، زمان این ارزیابی، لحظه انعقاد قرارداد است.^۶ معیار پیش‌بینی‌پذیری باید با دو مؤلفه سنجش شود: ۱. ماهیت استثنایی واقعه؛ ۲. مقیاس استثنایی واقعه.^۷ این تمایزها بیانگر این واقعیت است که وقوع بی‌شمار موانع در گذشته، عود احتمالی آنها را تحت شرایط منظم قابل پیش‌بینی می‌کند.^۸

سؤال مهمی که مطرح می‌شود این است که آیا همه‌گیری‌ها قابل پیش‌بینی‌اند یا خیر؟ وقوع این وقایع را نمی‌توان در هر مورد جداگانه پیش‌بینی کرد. با این حال، همه‌گیری‌ها، همچون طاعون یا آنفولانزای اسپانیایی، رویدادهای

^۱ Hansen, Seng. "Does the COVID-19 Outbreak Constitute a Force Majeure Event? A Pandemic Impact on Construction Contracts", *Journal of the Civil Engineering Forum*, 6(2): 2020, pp 201-202.

^۲ سیدمرتضی حسینی، راحله، «بحران کرونا و عدم امکان اجرای معاهدات بین‌المللی از سوی دولت‌ها»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه نامه کرونا، دوره ۲۳، ۱۳۹۹، ص ۴۳۸.

^۳ نیازآبادی، مهدی و نرگس انصاری، «تحلیل وضعیت ناشی از شیوع ویروس کرونا ذیل معاذیر موجه عدم اجرای تعهدات قراردادی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه نامه کرونا، دوره ۲۳، ۱۳۹۹، ص ۴۷۷.

^۴ Schwenzer, op.cit, para 14.

^۵ Davies, Martin. 'Excuse of Impediment and Its Usefulness', in Larry A DiMatteo (ed), *International Sales Law – A Global Challenge*, CUP, Cambridge, 2014, p. 300.

^۶ Atamer, op.cit, para 50

^۷ See, DiMatteo, 2016, para 41

^۸ Janssen and Wahnschaffe, op.cit, p.5; See, Davies, op.cit, 296.

تکراری‌اند. در سال‌های اخیر نیز همه‌گیری‌هایی ثبت شده است: با اولین ظهور ویروس کرونا، ویروس مرتبط با SARS در سال ۲۰۰۲ و ۲۰۰۳ و گسترش MERS-CoV از سال ۲۰۱۲ روشن می‌شود که ویروس کرونا از ابتدای هزاره در دو مورد مختلف منجر به تعداد قابل توجهی عفونت شده است.^۱ طبق تحقیقات پزشکی حتی قبل از همه‌گیری کووید ۱۹ به‌طور قاطع پیش‌بینی شده بود که یک همه‌گیری منطقه‌ای یا جهانی در آینده رخ می‌دهد. در سال ۲۰۱۷ دو محقق هلندی و آلمانی مقاله‌ای با عنوان «ایدز، آنفلوآنزای مرغی، سارس، مرس، ابولا، زیکا... بعدش چی؟» در نشریه *واکسن* منتشر کردند. در این مقاله نویسندگان تهدیدی بزرگ برای سلامت بشر از طریق انتشار یک ویروس را پیش‌بینی کرده بودند.^۲ همه این‌ها به این واقعیت اشاره دارند اگرچه زمان و مکان دقیق شیوع یک اپیدمی غیرقابل پیش‌بینی است، در مفهوم کلی، وقوع اپیدمی‌ها به‌عنوان یک واقعیت قابل پیش‌بینی تلقی می‌شود.^۳ برخی نویسندگان^۴ معتقدند وقایع مکرر همچون همه‌گیری‌های آنفلوآنزا و دوره‌های باران قابل پیش‌بینی است و اشخاص نمی‌توانند به غیرقابل پیش‌بینی بودن موارد مذکور استناد کنند. اگر یک رویداد قابل پیش‌بینی باشد، فرض بر این است طرف خطر تحقق آن را به عهده گرفته است. طبق نظر لوکوفسکی، تحقق عنصر غیرقابل پیش‌بینی سخت‌ترین مورد برای اثبات است؛ زیرا تقریباً همه موانع به‌طور بالقوه عملکرد تا حدی قابل پیش‌بینی دارند. وی همچنین ادعا می‌کند که حتی افزایش چشمگیر قیمت نیز قابل پیش‌بینی است که نشان می‌دهد در چنین شرایطی معافیت به ندرت اتفاق می‌افتد.^۵

سؤال دیگری که مطرح می‌شود این است که آیا شیوع کرونا با توجه به سایر شیوع‌های اپیدمی قبلی، مانند سارس و مرس، یک رویداد قابل پیش‌بینی بوده و در نتیجه فاقد یکی از ارکان تحقق فورس‌ماژور است؟ پاسخ و استدلال مربوط به پرسش مذکور در خصوص حوادث طبیعی همچون زمین‌لرزه و گردباد که به‌عنوان رویدادهای فورس‌ماژور در نظر گرفته می‌شوند، کاربرد خواهد داشت؛ زیرا حوادث مزبور نیز در سابق رخ داده‌اند، در حالی که به‌عنوان پدیده‌های قابل پیش‌بینی تلقی نمی‌شوند. ضمن اینکه غیرقابل انکار است نه‌فقط اصل بیماری کرونا یک حادثه بی‌سابقه است^۶، مقیاس این شیوع نسبت به شیوع‌های اپیدمی قبلی مانند سارس و مرس بی‌سابقه است.^۷

در واقع اپیدمی کرونا در مقایسه با سایر همه‌گیری‌ها از بسیاری جهات متمایز است. این تمایز بیشتر به شدت، دامنه شیوع و جهش ویروس مرتبط است. به‌عنوان مثال، در سال ۲۰۰۲ و ۲۰۰۳، در مجموع ۸۰۹۸ عفونت انسانی در ۲۹ کشور و ۷۷۴ کشته برای سارس ثبت شده است. این در حالی است که طبق اعلام سازمان بهداشت جهانی در ۲۳ ژانویه ۲۰۲۲ تعداد ۳۴۶.۷۴۱.۶۲۸ مورد به این ویروس مبتلا شدند که از این تعداد، ۵.۵۸۴.۳۷۴ نفر کشته شدند.^۸ رفتار این ویروس تاجدار کاملاً غیرقابل پیش‌بینی است.^۹ اقدامات دولت‌ها برای مقابله با کرونا نیز حاکی از یک «وضعیت اضطراری»

¹ See, Sutton, Troy C., and Subbarao, Kanta. Development of animal models against emerging coronaviruses: From SARS to MERS coronavirus, 479 *Virology*, May, 2015, p. 247.

² Leslie A Reperant and Osterhaus, Albert DME. 'AIDS, Avian flu, SARS, MERS, Ebola, Zika...what next?', 35 *Vaccine*, 2017, p. 4474.

³ Janssen and Wahnschaffe, *op.cit*, p.5.

⁴ Lindstrom, *op.cit*, p. 1.

⁵ Lookofsky, Joseph. *Understanding the CISG in Scandinavia*, DJÆF Publishing Copenhagen, 1996, p.103.

⁶ السان، مصطفی، «مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیردار (بررسی موردی: کووید ۱۹)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه کرونا*، دوره ۲۳، ۱۳۹۹، صص ۲۳۵ و ۲۳۸.

⁷ Hansen, *op.cit*, p 208-209.

⁸ <https://www.who.int/publications/m/item/weekly-epidemiological-update-on-covid-19---25-january-2022>.

⁹ See, Janssen and Wahnschaffe, *op.cit*, p.7.

است. دولت‌ها در سراسر جهان برای مهار شیوع ویروس کرونا، طیف وسیعی از محدودیت‌ها را اعمال کردند. این محدودیت‌ها با توجه به شرایط هر کشور و شدت شیوع بیماری متفاوت بود.

فعالان تجارت نمی‌توانند چنین اقدامات بی‌سابقه‌ای را به‌طور معقول پیش‌بینی کنند. با توجه به همه‌حقایق، همه‌گیری کرونا از نظر وسعت و پیامد، آن‌چنان استثنایی به نظر می‌رسد که اصولاً باید به عنوان یک رویداد غیرقابل پیش‌بینی طبقه‌بندی شود.^۱ این دیدگاه همسو با رویه قضایی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین است. به عنوان مثال، در قضیه Raw Materials v. Manfred Forberich، دادگاه ناحیه شمالی ایلینوی ایالات متحده اشاره کرد که حتی در مواردی که یخ زدن بنادر یک رویداد عادی است، ممکن است یک بندر یخ‌زده همچنان یک رویداد غیرقابل پیش‌بینی در نظر گرفته شود. اگر ناشی از شروع ناگهانی زمستانی باشد که در بیش از ۶۰ سال گذشته از نظر شدت بی‌نظیر بوده است.^۲ در قضیه مشابه دادگاه هلند در قضیه Agristo N.V. v. Maccas Agri B.V. معافیت از مسئولیت تحت ماده ۷۹ (۱) کنوانسیون را رد کرد،^۳ با این عقیده که از فروشنده انتظار می‌رود خود را برای نوع طوفانی که به طور معمول اتفاق می‌افتد، آماده کند.^۴

قابلیت پیش‌بینی‌پذیری باید با در نظر گرفتن عامل زمان و مکان مورد توجه مراجع قضایی و داوری قرار گیرد. در سال ۲۰۰۵ در قضیه ال لیزین^۵ کمیسیون داوری تجارت و اقتصاد بین‌المللی چین در خصوص همه‌گیری سارس، در رأی خویش اعلام داشت که معافیت از مسئولیت مقرر در ماده ۷۹ کنوانسیون مورد پذیرش نیست؛ زیرا همه‌گیری سارس دو ماه پیش از امضای قرارداد رخ داده بود.^۶

اهمیت مقیاس مکان و زمان با بیان چند مثال بیشتر روشن می‌شود: اگر در یک بیع بین‌المللی، یکی از طرفین قراردادی را در استان هوبئی چین یا استان‌های مجاور منعقد کند، احتمالاً مانع اجرای قرارداد برای قراردادهای منعقد شده بعد از ۲۳ ژانویه ۲۰۲۰ قابل پیش‌بینی خواهد بود؛^۷ زیرا از آن زمان محدودیت‌های شدید همراه با پوشش رسانه‌ای گسترده اعمال شد، لذا ادعای غیرقابل پیش‌بینی بودن معقول نخواهد بود.^۸

نکته قابل توجه اینکه چنانچه مانع یا واقعه پیش از انعقاد قرارداد وجود داشته باشد، لیکن برای متعهد قابل تشخیص نبوده، در چنین فرضی نیز شرط غیرقابل پیش‌بینی بودن محقق است. به‌طور مثال، در زمانی که کرونا در یک کشور وجود داشته، لیکن توسط مقامات دولتی بنا به برخی ملاحظات وجود آن کتمان شده یا به‌طور رسمی اعلام نشده است یا اینکه در اعلام به‌موقع آن قصور شود،^۹ در این فرض شیوع کرونا در آن منطقه برای متعهد قابل پیش‌بینی نبوده است. لذا برای

¹ See, Berger, Klaus Peter., Behn, Daniel. "Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study", 6 *McGill Journal of Dispute Resolution*, Number 4, 2020, p. 110..

² U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, Raw Materials Inc v Manfred Forberich, GmbH & Co. KG, CISG-Online No 925, CLOUT Case No 696.

³ See, <http://www.unilex.info/cisg/case/1388>.

⁴ See, Janssen and Wahnschaffe, *op.cit*, p.8.

⁵ L-Lysine case

⁶ See, Janssen and Wahnschaffe, *op.cit*, p.8.

^۷ قرنطینه ووهان و سایر شهرهای هوبئی در ۲۳ ژانویه ۲۰۲۰ توسط دولت مرکزی چین انجام شد.

(https://en.wikipedia.org/wiki/COVID-19_lockdown_in_China).

⁸ See, Janssen and Wahnschaffe, *op.cit*, p.8.

^۹ مظفری، مصطفی و مرتضی میرزایی مقدم، «بررسی حقوقی نحوه عملکرد و مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از بحران کووید ۱۹»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه نامه کرونا، دوره ۲۳، ۱۳۹۹، ص ۳۹۵.

تشخیص غیرقابل پیش‌بینی بودن حادثه نباید سختگیری نامعقولی به خرج داد؛^۱ بدین معنی که اگر وقوع حادثه موردنظر از توان پیش‌بینی یک فرد عادی و متعارف در همان صنف متعهد خارج باشد، کفایت می‌کند.^۲

۱.۳. اجتناب‌ناپذیر

برای معافیت از مسئولیت قراردادی، همه‌گیری کرونا باید یک رویداد غیرقابل اجتناب نیز باشد؛ زیرا «حتی در فرضی که مانع ایجاد شده برای متعهد غیرقابل پیش‌بینی باشد، اما وی بتواند از مانع ایجاد شده اجتناب یا بر آن یا آثار آن غلبه کند، نمی‌تواند به معافیت موضوع ماده ۷۹ استناد کند. معیار قابل اجتناب بودن مانع، انسان معقولی است که در شرایط و اوضاع و احوال مشابه با متعهد قرار دارد».^۳ متعهد موظف است تمام تلاش‌های منطقی خود را انجام دهد تا از مسئولیت خود برای انجام دادن تعهد در بیشترین حد ممکن، محافظت کند.^۴

درخصوص شرط غیرقابل اجتناب بودن به‌عنوان یکی از شرایط تحقق فورس‌ماژور باید به این نکته توجه کرد که امکان درمان بیماری ناشی از آن چقدر است؟ آیا واکسنی برای آن وجود دارد یا خیر؟ آیا امکان گریز از شرایط بیماری وجود دارد یا خیر؟ در هر حال اجتناب‌ناپذیر بودن حادثه مربوط به فورس‌ماژور بدان معناست که هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند از وقوع واقعه یا شرایط جلوگیری کند. این مقوله را می‌توان در شیوع کرونا نیز مشاهده کرد که از زمان ظهور آن در دسامبر ۲۰۱۹، گسترش بسیار سریع و نگران‌کننده داشته است. در ۱۱ مارس ۲۰۲۰، از آن به‌عنوان یک بیماری همه‌گیر یاد شد. همهٔ بخش‌ها، از جمله حوزهٔ قراردادهای و صنعت ساخت‌وساز، تحت تأثیر شیوع آن قرار گرفتند. شیوع آن از طریق انتقال انسان به انسان موجب شد که گردشگری، سلامت، صنعت املاک و مستغلات و ساخت‌وساز در معرض خطر بیشتری نسبت به این ویروس قرار بگیرند. به‌رروری در موضع روابط قراردادی متعاقدين، هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند از بروز این بحران جلوگیری کند.^۵

^۱ رأی دادگاه عالی منطقه‌ای مونیخ الزامات معافیت مندرج در ماده ۷۹ کنوانسیون را روشن می‌کند و بر تفسیر محدود و مضیق از این ماده تأکید دارد. فروشندهٔ آلمانی و خریدار ایتالیایی قرارداد فروش اتومبیل مستعمل منعقد کردند. بایع نیز اتومبیل را از دیگری خریداری کرده بود. متعاقباً معلوم شد که اتومبیل قبل از فروش به سرقت رفته بوده است. در نتیجه، پلیس ایتالیا اتومبیل را به مالک اصلی برگرداند. خریدار که اتومبیل را به شخص دیگری فروخته بود، ثمن را به مشتری مسترد کرد. خریدار ایتالیایی دعوی علیه فروشنده آلمانی به خواسته ثمن، تفویض منفعت و خسارت مطرح کرد. خواننده با استناد به معافیت مندرج در ماده ۷۹ کنوانسیون، اظهار داشت که با استعمال از ادارهٔ ثبت وسایل نقلیه موتوری، به عدم سرقت خودرو پی برده است و وی در این معامله حسن‌نیت داشته است. لذا درخواست رد دعوا را مطرح کرد. دادگاه منطقه‌ای در مرحلهٔ بدوی دادخواست را رد کرد. اما دادگاه عالی منطقه‌ای ادعای خواهان را پذیرفت. دادگاه عالی اظهار داشت که ماده ۷۹ بار خطرات قراردادی را جابه‌جا نمی‌کند. مسئولیت فروشنده از تعهد وی در تحویل کالا طبق قرارداد و انتقال مبیع ناشی می‌شود. معافیت از مسئولیت به موجب ماده ۷۹ تنها در صورتی امکان‌پذیر است که مانع از کنترل فروشنده خارج باشد. علاوه بر این، مسئولیت قراردادی فروشنده باید موسع تفسیر شود. در این پرونده، دادگاه دریافت که عدم توانایی فروشنده در انتقال مبیع به دلیل شرایط خارج از کنترل آن نبوده است. دادگاه اعلام کرد که استعلامات فروشنده از ادارهٔ ثبت هیچ دلیلی برای معافیت طبق ماده ۷۹ نبوده و اینکه فروشنده در اثبات اینکه «معقولاً نمی‌توانست انتظار داشته باشد که مانع را در زمان انعقاد قرارداد پیش‌بینی کند»، قابل‌پذیرش نیست. به همین دلیل دادگاه طبق ماده ۴۵ (۱) (ب) و ۷۴ کنوانسیون، حکم به خسارت خریدار را صادر کرد.

(Germany: Oberlandesgericht München 7 U 4969/06, 5 March 2008, CLOUT Case No 1233).

^۲ داراب پور، مهرباب و مریم داراب پور، «ضمان ناشی از ویروس کرونا و تاثیر حدوث آن بر قراردادهای تجاری داخلی و بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه نامه کرونا، دوره ۲۳، ۱۳۹۹، ص ۷۲.

^۳ شعاریان، ابراهیم، رحیمی، فرشاد. *حقوق بیع بین‌المللی*، تهران: شهردانش، ۱۳۹۳، ص ۹۴۶.

^۴ Atamer, *op.cit.*, para 56.

^۵ Hansen, *op.cit.*, p 209.

۲. منع قانونی

«منع قانونی»^۱ یکی از مصادیق فورس‌ماژور است. بدین معنی که ممکن است بعد از انعقاد قرارداد در اثر وضع مقررات آمره اجرای تعهد غیرممکن شود. بدین معنا که به هنگام انعقاد قرارداد مانعی از جهت قانونی برای انعقاد عقد وجود ندارد، ولیکن پس از انعقاد آن به نحو صحت قانون‌گذار قوانین جدیدی وضع می‌کند که اجرای آن را ممنوع و غیرقانونی اعلام می‌کند.^۲ تقریباً در تمام سیستم‌های حقوقی دنیا، علاوه بر عدم امکان مادی (مثل زلزله، جنگ، اعتصاب)، از عدم امکان قانونی به عنوان فورس‌ماژور سخن گفته می‌شود. تخطی از مصوبات و ممنوعیت‌های اعلامی توسط دولت‌ها در مقابله با کرونا تجاوز به نظم عمومی و نقض حق سلامت شهروندان است. حتی اگر در قرارداد شرطی مبنی بر معافیت متعهد در چنین شرایطی وجود نداشته باشد، چنین قراردادی در حقوق ایران با تمسک به ماده ۹۷۵ ق.م.غیرقابل اجراست. به‌عنوان مثال، بدیهی به نظر می‌رسد که طرفین قرارداد برای رزرو محل برگزاری جشنواره فیلم فرض بر این داشته باشند (شرط ضمنی^۳) که با امضای قرارداد رزرو، جشنواره با بیش از ۱۰۰ نفر توسط مصوبات ستاد ملی مبارزه با کرونا ممنوع خواهد بود.

بنابراین، در واکنش به این بیماری کشنده، دولت‌ها ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های مختلفی را اعمال می‌کنند که از آن به منع قانونی تعبیر می‌شود. در مورد شیوع کرونا وضع ممنوعیت‌ها با هدف جلوگیری از توسعه بحران سلامت است.^۴ در این راستا برخی دولت‌ها قرنطینه کامل کشور یا بخش‌هایی از آن را در دستور کار خویش قرار می‌دهند. برخی دولت‌ها به جای ممنوعیت مطلق نسبت به برقراری محدودیت‌هایی موقتی در رفت‌وآمد و حضور کارمندان و کارکنان و تعطیلی کسب‌وکارها و برخی مشاغل یا صنوف یا محدود کردن ساعت کاری، ممنوعیت‌های صادرات و واردات، لغو پروازها اقدام کردند. بدون تردید این ممنوعیت‌ها بر تعهدات قراردادی و چگونگی انجام آنها تأثیر مستقیم یا غیرمستقیم منفی خواهد گذاشت. زیرا موارد مزبور می‌تواند انجام تعهدات قراردادی را برای یکی از طرفین قرارداد، ناممکن یا بسیار دشوار و متعسر سازد. حتی در مراحل اولیه کرونا، شکی نیست که همه‌گیری کووید و همراهی آن با فاصله‌گذاری اجتماعی، قرنطینه‌ها، تعطیلی گسترده مشاغل و مؤسسات و محدودیت‌هایی که با مجوز دولتی در مورد اجتماعات عمومی، مسافرت و غذاخوری قرار دارد، باعث شده است انجام تعهدات قراردادی دشوار یا غیرممکن شود. یعنی علیرغم اینکه اجرای قرارداد از لحاظ مادی ممکن است، لیکن امکان اجرای قرارداد از لحاظ اعتباری وجود ندارد. بنابراین اگر موضوع قرارداد، اجاره سالنی برای برگزاری جشنواره موسیقی در یک تاریخ مشخص باشد، ولی در موعد مقرر، به جهت منع دولت از برگزاری هرگونه اجتماع عمومی، امکان برگزاری جشنواره منتفی شود، باید قرارداد را به علت فورس‌ماژور منتفی دانست.

۳. مسئولیت ناشی از نقض تعهدات فروشنده مرتبط با تأمین کالا و خدمات در اثر کرونا

باتوجه به الزامات مندرج در ماده ۷۹، بررسی تحلیل‌های خاص مبتنی بر تأثیرگذاری همه‌گیری کرونا لازم است تا متعهدین برای تحقق معافیت از مسئولیت از آنها بتوانند استفاده کنند.

شیوع کرونا بسیاری از ابعاد و حوزه‌های مختلف را در سطح جهانی تحت تأثیر قرار داده است؛ به نحوی که عرصه‌های مختلف اقتصادی، فرهنگی، ورزشی و... گاه چنان از اتفاقات و پیامدهای ناشی از کرونا تأثیر می‌پذیرند که بازگشت امور

^۱ legal impossibility

^۲ Perillo-Joseph M, *Calamari and Perillo on Contracts*, Fifth edition, Eagan-US: Westlaw, 2003, p. 525.

^۳ implied condition

^۴ حکمت‌نیا، محمود. «مبانی اخلاقی، فقهی و حقوقی الگوی مواجهه ملی با بیماری‌های همه‌گیر با تأکید بر کرونا»، *حقوق اسلامی*، سال هفدهم، شماره ۶۴، ۱۳۹۹، ص ۲۷-۲۹.

آنها به روال عادی، سالیان متمادی زمان می‌برد.^۱ یکی از تأثیرات مهم شیوع کرونا بر تجارت جهانی، نقض تعهدات فروشندگان کالا در مقابل مشتریان مبنی بر عدم تحویل یا تأخیر در تحویل مبیع است.

اولین سناریوی مورد نظر وضعیتی است که در آن فروشنده به دلیل همه‌گیری کرونا قادر به تولید کالای مورد نظر نباشد. دلایل متعددی برای این عدم توانایی در ایفای تعهد قابل تصور است:

اقدامات دولتی: محدودیت‌های اعمال شده توسط دولت ممکن است شرکتی را مجبور به توقف موقت تولید کند.

تصمیمات شرکت‌ها: برخی از شرکت‌ها نیز ممکن است به ابتکار خود تصمیمات مشابهی بگیرند.

قابل پیش‌بینی بودن اقدامات دولتی، به احتمال زیاد، معیار تعیین‌کننده‌ای در قبال برخی ادعاهای معافیت از انجام دادن تعهد خواهد بود. باین حال، در مورد اقداماتی که شرکت تولیدکننده به‌طور مستقل انجام داده است، مسئولیت ریسک سازمانی در قبال تمام فرایندهای داخلی همچنان بر عهده او باقی می‌ماند. این قاعده کلی ممکن است استثنائات محدودی داشته باشد؛ به‌عنوان مثال، اگر این اقدامات ارتباط مستقیمی با همه‌گیری کرونا داشته باشد، مانند شیوع گسترده عفونت در میان نیروی کار، شرکت مسئولیت ندارد.^۲

همه‌گیری کرونا تأثیر قابل توجهی بر زنجیره تأمین کالا و خدمات نیز گذاشت. این اختلالات به دلیل عوامل متعددی از جمله کاهش تقاضا، اختلال در تولید، مشکلات حمل و نقل، افزایش تقاضا برای برخی اقلام خاص. سؤال اساسی این است که آیا معافیت از مسئولیت قراردادی برای طرفی که به تعهدات قراردادی خود عمل نکرده است، می‌تواند راه‌حلی مناسب برای حل اختلافات ناشی از قرارداد باشد؟

صرف کمبود تأمین‌کننده به‌تنهایی نمی‌تواند زمینه را برای معافیت از انجام دادن تعهد ایجاد کند.^۳ فروشندگان در دعاوی مربوط به تحویل مبیع منطبق با قرارداد و تحویل با تأخیر برای معافیت از مسئولیت قراردادی به ماده ۷۹ کنوانسیون متوسل می‌شوند. که در موارد اندکی موفق به گرفتن رأی به نفع خود شده‌اند.^۴

اصل عدم معافیت از مسئولیت قراردادی در مواردی که قیمت کالاها بطور قابل توجهی در بازار افزایش یافته باشد، نیز صادق است و موجب معافیت فروشنده از مسئولیت نمی‌شود.^۵ شورای مشورتی کنوانسیون^۶ معتقد است: «تهیه‌کنندگان کالا که بایع به آنها به‌عنوان مرجع برای تهیه کالا و مبیع رجوع می‌کند از اشخاص ثالث مورد نظر بند ۲ ماده ۷۹ نیستند. بر طبق آرای صادره در این مورد، فروشنده متحمل ریسک و خطر این امر که تهیه‌کنندگان ممکن است قرارداد خود با وی را نقض کنند، خواهد بود. بایع زمانی که عدم اجرا ناشی از قصور تهیه‌کنندگان کالا است، از مسئولیت معاف نمی‌شود. بند ۱ ماده ۷۹ مؤید این نکته است که بایع نمی‌تواند به قصور ناشی از این دسته از اشخاص ثالث در توجیه عدم تحویل کالاهای مطابق تعهد استناد جوید. استثنائاً در موارد بسیار نادر که بایع به منظور اجرای تعهد خود، هیچ اراده‌ای در انتخاب تهیه‌کننده کالا ندارد که در این مورد قصور تهیه‌کننده ممکن است به عنوان مانعی اصیل که خارج از کنترل وی می‌باشد، تلقی گردد».^۷ به

^۱ نیازآبادی و انصاری، همان، ص ۴۷۵.

^۲ See, Janssen and Wahnschaffe, *op.cit.*, p. 11.

^۳ Oberlandesgericht Hamburg (Higher Regional Court), Iron Molybdenum case, CISG-Online No 26, CLOUT Case No 277.

^۴ See, Janssen and Wahnschaffe, *op.cit.*, p. 11.

^۵ Oberlandesgericht Hamburg (Higher Regional Court), Iron Molybdenum case, CISG Online No 261, CLOUT Case No 277.

^۶ CISG-AC Opinion No. 7, 'Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG'.

^۷ نک. علومی‌یزدی، حمیدرضا و همکاران. *تأملاتی بر بیع بین‌المللی: مجموعه نظرات شورای مشورتی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ سازمان ملل متحد*، تهران: نشرخرسندی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۱.

هر تقدیر طرفین ممکن است با اراده خود ریسک قراردادی را بین خود توزیع کنند. به عنوان مثال، طرفین می‌توانند محدودیت فروشنده در قبال کالاهای موجود در انبار را در نظر بگیرند.^۱ در صورت عدم وجود چنین توافقی، از متعهد انتظار می‌رود که این کالاها را در صورت عدم وفای عهد تأمین‌کننده از جای دیگری تأمین کند، البته به شرطی که کالاها واقعاً در بازار موجود باشد. تا زمانی که کالاهای جایگزین در بازار موجود باشد، فروشنده باید تمام تلاش و امکانات را تا میزان و حدی که جنبه فداکاری نیابد برای به دست آوردن آنها فراهم کند.^۲ فروشنده می‌تواند خطر و ریسک خرید را با استفاده از شروط ضمن عقد مانند شرط «اجرای تعهد منوط به در دسترس بودن کالا است» یا نام بردن صریح از تأمین‌کننده بالادستی به خریدار منتقل کند.^۳

۴. عسرو حرج اقتصادی

اصطلاح «عسرو حرج اقتصادی»^۴ عبارت است از تغییر در اوضاع و احوال اقتصادی، پولی، حقوقی یا تکنولوژیک که موجب ورود زیان‌های اقتصادی شدید به یکی از طرفین قرارداد شود؛ به طوری که وی را در ایفای تعهدات قراردادی اش با مشقت و عسرو حرج زیاد مواجه کند.^۵ عسر و حرج اقتصادی موازنه قراردادی را به هم می‌ریزد؛ زیرا مقتضای قرارداد همبستگی عوضین است.^۶

۴.۱. امکان سنجی اجرای ماده ۷۹ در وضعیت عسرو حرج

برخلاف اسناد بین‌المللی که احکام جداگانه‌ای در مورد عسر و حرج اقتصادی پیش‌بینی کرده‌اند،^۷ کنوانسیون راجع به عسر و حرج اقتصادی ساکت است. از این رو، سؤال اساسی این است که آیا به هنگام شیوع کرونا، کنوانسیون عسرو حرج اقتصادی را تحت پوشش قرار می‌دهد یا خیر؟

عده‌ای از شارحان کنوانسیون قلمرو ماده ۷۹ کنوانسیون را منحصر به موارد عدم امکان اجرا نموده و احتمال توسعه ماده ۷۹ را به وضعیت عسرو حرج اقتصادی رد کرده‌اند. از جمله دلایل این دسته از حقوقدانان تغییر عبارت از واژه «اوضاع و احوال»^۸ به «مانع»^۹ است.^{۱۰}

طبق دیدگاه غالب مفسرین کنوانسیون،^{۱۱} عسرو حرج اقتصادی که از چنان سنگینی برخوردار است که فروشنده برای

^۱ Schwenzer, *op.cit.*, para 27.

^۲ See, Janssen and Wahnschaffe, *op.cit.*, p. 12.

^۳ *ibid*

^۴ hardship

^۵ صادقی‌مقدم، محمدحسن. *تغییر در شرایط قرارداد*، تهران: میزان، ۱۳۹۰، ص ۴۴.

^۶ نک. غمami، مجید. *تعادل اقتصادی، رمز پایداری قرارداد: بازاندیشی در نظریه عین حادث*، تهران: انتشار، چاپ چهارم، ۱۴۰۲، ص ۹۴.

^۷ نک. ماده ۱-۲-۶ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (نسخه ۲۰۱۰).

^۸ circumstances

^۹ impediment

^{۱۰} نک. شعاریان و رحیمی، منبع پیشین، ص ۹۵۹.

^{۱۱} Ishida, Yasutoshi. CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaptation of Contract Through Interpretation of Reasonableness? Full of Sound and Fury, but Signifying Something, 30 Pace Int'l L. Rev, 2018, p. 364; Lookofsky, Joseph. Not Running Wild With the CISG, Journal of Law & Commerce, Vol. 29, No. 2, 2011, p. 157; Schwenzer, Ingeborg. Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts, Victoria University of Wellington Law Review 39 (4), 2008, p. 713.

خرید یا ساخت کالا هزینه‌های نامعقولی متحمل شود، می‌تواند طبق ماده ۷۹، معافیت را توجیه کند.^۱ فقط در مواردی معافیت طبق ماده ۷۹ را می‌توان در نظر گرفت که عسروخرج در میزان و حدی باشد که انجام تعهد جنبه فداکاری یافته باشد. بنابراین، به‌عنوان یک قاعده، نوسانات قیمت بیش از ۱۰۰ درصد زمینه معافیت را ایجاد نمی‌کند.^۲ در معاملات سوداگرانه ممکن است یک طرف مجبور شود حتی سه‌برابر قیمت بازار را متحمل شود.^۳

۴.۲. اثر عسروخرج اقتصادی

در ارائه راهکار برای آثار عسروخرج اقتصادی بر تعهدات قراردادی می‌توان به ماده ۵۰ کنوانسیون به عنوان مبنای تعدیل قرارداد ارجاع داد. همچنین در برخی آرای صادره به تعهد طرفین مبنی بر مذاکره مجدد نیز اشاره شده است.^۴ برخی معتقدند در این مقوله باید به قواعد حقوق داخلی مراجعه کرد. از این دیدگاه نمی‌توان طرفداری کرد؛ زیرا با اهداف کنوانسیون در یکنواختی حقوق بیع بین‌الملل در تعارض آشکار است.^۵ توسل به حقوق ملی اهداف هماهنگی و یکنواختی مستتر در روح کنوانسیون را به خطر می‌اندازد.^۶ هرگاه استنباط راه‌حلی در کنوانسیون امکان‌پذیر باشد، باید به آن اولویت داده شود.^۷

در صورت بروز عسروخرج اقتصادی پیشنهاد شده است که باید به ماده ۳-۲-۶ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی یونیدورا^۸ متوسل شد. چرا که اصول قراردادهای یونیدورا عنوان عرف تجاری مندرج در ماده ۹(۲) کنوانسیون را دارد.^۹ در ماده ۳-۲-۶ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی آمده است: «در مورد عسروخرج، طرف زیان‌دیده حق دارد درخواست مذاکره مجدد کند. این درخواست باید بدون تأخیر غیرموجه انجام شود. درخواست مذاکره مجدد، به خودی خود حق خودداری از اجرای تعهدات را به طرف زیان‌دیده نمی‌دهد. در صورت عدم دستیابی به توافق در مدتی متعارف، هریک از طرفین می‌تواند به دادگاه متوسل شود. اگر دادگاه عسروخرج را تأیید کند، در صورت متعارف و معقول بودن در تاریخی مشخص و بر مبنای شروطی که تعیین می‌شود به قرارداد خاتمه می‌دهد یا با توجه به برقراری مجدد تعادل و موازنه در قرارداد، قرارداد را تعدیل می‌کند».^{۱۰}

۵. آثار معافیت

بر اساس آنچه تحلیل شد، لازم است آثار همه‌گیری کرونا برای معافیت از مسئولیت به موجب ماده ۷۹ بررسی شود.

^۱ Hof van Cassatie, 19 June 2009, CISG-online 1963 (Schwenzer, *op.cit.*, para 31).

^۲ CIETAC, 2 May 1996, CISG-online 1067; Int Ct Bulgarian CCI, 12 February 1998, CISG-online 436; RB Hasselt, 2 May 1995, CISG-online 371; CA Colmar, 12 June 2001, CISG-online 694; Cass civ 1ère, 30 June 2004, CISG-online 870.

^۳ OLG Hamburg, 28 February 1997, CISG-online 261; ICC Ct Arb, 6281/1989, CISG-online 8; Trib Monza, 14 January 1993, CISG-online 540.

^۴ شعاریان و رحیمی، منبع پیشین، ص ۹۵۹.

^۵ Schwenzer, Ingeborg., and Hachem, Pascal. 'Article 7 CISG', in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th edn, OUP, Oxford, 2016, para 10.

^۶ See, DiMatteo, 2016, para 53.

^۷ Schwenzer and Hachem, 2016, *op.cit.*, para 42.

^۸ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

^۹ Hof van Cassatie, 19 June 2009, CISG-online 1963.

^{۱۰} اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، *اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی*، تهران: شهردانش، چاپ سوم، ۱۳۹۳، ص ۲۸۱.

۵.۱. عدم مسئولیت برای پرداخت خسارت

معافیت از مسئولیت مندرج در ماده ۷۹ فقط بر حق مطالبه خسارت موثر است.^۱ مهم‌ترین و تنها اثر وقوع مانع، معافیت متعهد از پرداخت خسارت ناشی از عدم اجراست.^۲ این معافیت فقط مربوط به تعهداتی است که انجام نشده است و تأثیری در وجود قرارداد یا سایر تعهدات قراردادی که اجرا شده، ندارد. اگر متعهد فقط از انجام قسمتی از قرارداد منع شود، در این صورت از مسئولیت خسارت فقط در مورد آن قسمت معاف است. طرف قرارداد ممکن است همچنان از حقوق خود درباره عملکردی که هنوز امکان‌پذیر است، استفاده کند: در صورت نقض اساسی قرارداد، به‌ویژه اگر طرف قرارداد علاقه‌ای به اجرای جزئی نداشته باشد، می‌تواند از کل قرارداد وفق ماده ۴۹(۱) کنوانسیون جلوگیری کند.^۳

از نظر زمانی، ماده ۷۹(۳) تصریح می‌کند که این معافیت فقط برای دوره‌ای که مانع وجود دارد، مؤثر است. این همه‌گیری جهانی پس از چند موج متوالی در آینده فروکش می‌کند و پس از آن ممکن است گه‌گاه در مقیاسی کوچک و منطقه‌ای بروز کند.^۴ پس همه‌گیری کرونا یک مانع موقتی است.

طبق ماده ۷۹(۳)، موانع غیرقابل کنترل که به‌طور موقت مانع از اجرا می‌شوند، متعهد را از عهده خسارت ناشی از عدم اجرای موقت خود معاف می‌کند. اما وقتی مانع تمام شد، باید عمل به تعهد کند.^۵ زیان‌دیده می‌تواند پس از پایان مانع به تمام ضمانت‌اجراهای موجود، منوط به تحقق شرایط استناد کند.^۶ به‌طور مثال، چنانچه کالای معین باید از کشوری وارد شود که به علت شیوع کرونا ممنوع‌الصدور شده است، خریدار فقط پس از رفع ممنوعیت می‌تواند نسبت به مطالبه اجرای عین تعهد اقدام کند.

۵.۲. عدم تأثیر معافیت از مسئولیت بر سایر طرق جبرانی

طبق ماده ۷۹(۵)، کنوانسیون، هیچ‌یک از طرفین را از اعمال هرگونه حقی غیر از مطالبه خسارت منع نمی‌کند. لذا اثبات فورس‌ماژور اثری بر سایر طرق جبرانی که در فرض نقض قرارداد در اختیار طرف دیگر قرار می‌گیرد، ندارد. این طرق جبرانی عبارت‌اند از: درخواست اجرای اجباری قرارداد، تقلیل ثمن و فسخ. در عمل استناد زیان‌دیده به هر یک از این طرق، تابع اوضاع و احوال و شرایط موجود است و به موقت یا دائمی بودن مانع بستگی دارد.^۷

۵.۳. سرنوشت قرارداد

برخلاف ماده ۷۴ قانون متحدالشکل بیع بین‌المللی کالا،^۸ که نه فقط حق مطالبه خسارت را از بین می‌برد، بلکه در صورت احراز شرایط، حق اجرای تعهد را نیز مستثنی می‌کرد، کنوانسیون راجع به حق زیان‌دیده در مورد اجرای تعهد مطابق ماده ۷۹(۵) بی‌تأثیر است. حمایت از حق اجرای تعهد از طریق تعمیر یا تحویل کالاهای جایگزین و غیره در صورتی که متعهد طبق ماده ۷۹ معافیت کسب کرده باشد، کاملاً معقول است مشروط بر آنکه اجرای تعهد در بازه زمانی معینی

^۱ صفایی و همکاران، منبع پیشین، ص ۲۴۸

^۲ شعاریان و رحیمی، منبع پیشین، ص ۹۵۳.

^۳ Schwenzer, *op.cit.*, para 50.

^۴ <https://www.bbc.com/persian/science-54892637>

^۵ Schwenzer, *op.cit.*, para 42.

^۶ شعاریان و رحیمی، منبع پیشین، ۹۵۲.

^۷ صفایی و همکاران، منبع پیشین، ۲۴۸.

^۸ Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) (1964)

امکان‌پذیر باشد.^۱

تنها و مهم‌ترین اثر مانع طبق ماده ۷۹ (۵) معافیت متعهد از پرداخت خسارت است. اما این معافیت بر وجود و اعتبار قرارداد و اجرای قرارداد تأثیری ندارد. در صورت عدم امکان اجرای عین قرارداد، مانند تخریب کالای معین،^۲ بدیهی است که هیچ ادعایی برای اجرای عین تعهد، شدنی نیست؛ زیرا کالا دیگر وجود ندارد. فارغ از اختلاف‌نظراتی که در این مورد بین شارحان کنوانسیون مطرح است، در مورد همه‌گیری کرونا باید به این نکته توجه داشت که این همه‌گیری به ندرت باعث عدم اجرای دائمی و عینی تعهد می‌شود. این امر با کاهش سریع محدودیت‌های عمومی در مناطق چینی که برای اولین بار تحت تأثیر بیماری کرونا قرار گرفت، نشان داده شده است؛ جایی که شرکت‌ها توانستند تولید را نسبتاً سریع از سر بگیرند. در واقع با رفع محدودیت‌ها شرکت‌ها به کار باز می‌گردند نه به شرایط عادی.^۳

نتیجه‌گیری

همه‌گیری کرونا و اقداماتی که دولت‌ها در تمام کشورهای جهان برای محدود کردن اثر ویروس بر سلامت انسان انجام داده‌اند، در تجارت بین‌الملل تأثیر داشته است. برای مقابله با شیوع کرونا، دولت‌ها با اقدامات حاکمیتی در تجارت بین‌الملل دخالت‌هایی داشته‌اند. این اقدامات حاکمیتی بعضاً مانع اجرای قراردادهای بین‌المللی می‌شود یا اجرای قرارداد را سخت و گران می‌کند. کنوانسیون ۱۹۸۰ وین بعد از ۴۰ سال با بحرانی مواجه شد که تاکنون سابقه نداشته و سؤالات مهمی را فراروی شارحان این مهم‌ترین سند تجاری بین‌المللی قرار داده است.

با توجه به بررسی به عمل آمده در این مقاله به این نتیجه می‌رسیم که ماده ۷۹ برای محافظت طرفین قرارداد در برابر مانع و مشکلات ناشی از همه‌گیری کرونا کافی نیست. شروط استاندارد که توسط سازمان‌های معتبر بین‌المللی پیشنهاد شدند، می‌تواند برای محافظت از منافع طرفین قرارداد در این زمان دشوار بیماری کرونا استفاده شود. قراردادهای در یک دنیای بی‌ثبات منعقد می‌شوند. هر اندازه طرفین قرارداد تعهدات متقابل خود را به‌طور قاطع و جازم بیان کنند، ریسک کمتری آنها را تهدید می‌کند.^۴

پیشنهاد می‌شود طرفین یک قرارداد بین‌المللی در یک بند مبسوط تمام شرایط و آثار معافیت از مسئولیت را در نتیجه فورس‌ماژور و عسرو حرج پیش‌بینی کنند. در صورت تغییر شدید و غیرقابل تحمل در پارامترهای اقتصادی اجرای قرارداد، ناشی از عوامل خارجی، طرف متضرر ممکن است با درخواست مجدد مذاکرات و در نهایت تنظیم قرارداد تا حد معقول و بازگرداندن امکان اقتصادی پیوستن به قرارداد، به دنبال حفظ اصل موازنه قراردادی باشد. همچنین طرفین می‌توانند صریحاً یا ضمناً توافق کنند که ماده ۷۹ را نادیده بگیرند و خود الزامات و آثار معافیت را به‌طور کامل یا جزئی تنظیم کنند (ماده ۶ کنوانسیون). بندهای به اصطلاح فورس‌ماژور در تجارت بین‌الملل کاملاً رایج است.

^۱ نک. اصغری آقشهیدی، فخرالدین و حسین کاویار، «نهاد تسلیم کالای جانشین در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و تطبیق آن با حقوق ایران»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۳۱ (۵۰)، ۱۳۹۳، ص ۱۶۵.

^۲ specific goods

^۳ <https://www.economist.com/china/2020/03/26/china-goes-back-to-work>

^۴ آدامز، جان. ان، براونزورد، راجر. *تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان*، ترجمه مهدی موسوی، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۱۹۸.

منابع

کتاب

۱. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، *اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی*، تهران: شهردانش، چاپ سوم، ۱۳۹۳.
۲. آدامز، جان. ان و راجر براونزورد، *تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان*، ترجمه مهدی موسوی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۳. باقری، خسرو، *اگر کرونا آغازگر یک نوزایی باشد، در: آموزش عالی، علم و بحران کرونا در ایران*، تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، چاپ اول، ۱۳۹۹.
۴. شعاریان، ابراهیم و فرشاد رحیمی، *حقوق بیع بین‌المللی*، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۵. صادقی‌مقدم، محمدحسن، *تغییر در شرایط قرارداد*، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۰.
۶. صفایی، حسین و جمعی از نویسندگان، *حقوق بیع بین‌المللی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۹۰.
۷. علومی‌یزدی، حمیدرضا و همکاران، *تأملاتی بر بیع بین‌المللی: مجموعه نظرات شورای مشورتی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ سازمان ملل متحد*، تهران: نشر خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۸. غمامی، مجید، *تعادل اقتصادی رمز پایداری قرارداد: بازنمایشی در نظریه غبن حادث*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۴۰۲.
۹. جمعی از نویسندگان، *تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی*، جلد ۳، ترجمه مهراب داراب‌پور، تهران: گنج‌دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۱.

مقاله

۱۰. اصغری آقمشهدی، فخرالدین و حسین کاویار، «نهاد تسلیم کلای جانشین در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و تطبیق آن با حقوق ایران»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ۳۱ (۵۰)، ۱۳۹۳.
۱۱. حکمت‌نیا، محمود، «مبانی اخلاقی، فقهی و حقوقی الگوی مواجهه ملی با بیماری‌های همه‌گیر با تاکید بر کرونا»، *حقوق اسلامی*، سال هفدهم، شماره ۶۴، ۱۳۹۹.
۱۲. داراب‌پور، مهراب و مریم داراب‌پور، «ضمان ناشی از ویروس کرونا و تاثیر حدوث آن بر قراردادهای تجاری داخلی و بین‌المللی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه نامه کرونا*، دوره ۲۳، ۱۳۹۹.
۱۳. السان، مصطفی، «مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیردار (بررسی موردی: کووید ۱۹)»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه نامه کرونا*، دوره ۲۳، ۱۳۹۹.
۱۴. سیدمرتضی حسینی، راحله، «بحران کرونا و عدم امکان اجرای معاهدات بین‌المللی از سوی دولت‌ها»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه نامه کرونا*، دوره ۲۳، ۱۳۹۹.
۱۵. مظفری، مصطفی و مرتضی میرزایی‌مقدم، «بررسی حقوقی نحوه عملکرد و مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از بحران کووید ۱۹»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه نامه کرونا*، دوره ۲۳، ۱۳۹۹.
۱۶. نیازآبادی، مهدی و نرگس انصاری، «تحلیل وضعیت ناشی از شیوع ویروس کرونا ذیل معاذیر موجه عدم اجرای تعهدات قراردادی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه نامه کرونا*، دوره ۲۳، ۱۳۹۹.

References

Books

1. A group of Authors, *Commentary on international sales law, Volume 3*, Translated by Mehrab Darabpour, Tehran: Ganje Danesh, second edition, 2012. (In Persian)

2. Adams, John Adams, Roger Brownsword, *Understanding Contract Law*, Translated by Mehdi Mousavi, Tehran: Mizan, first edition, 2007. (In Persian)
3. Akhlaghi, Behrouz and Farhad Imam, *Principles of International Commercial Contracts*, Tehran: Shahre Danesh, 3rd edition, 2014. (In Persian)
4. Atamer, Yesim. *Article 79 CISG*, in *Stefan Kroll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – A Commentary*, 2nd edn, CH Beck/Hart/Nomos, Munich/Oxford/Baden Baden, 2018.
5. Bagheri, Khosrow, *If Corona is the beginning of a renaissance*, in: *Higher education, science and the Corona crisis in Iran*, Tehran: Research Center for Cultural and Social Studies, first edition, 2020. (In Persian)
6. Davies, Martin. 'Excuse of Impediment and Its Usefulness', in Larry A DiMatteo (ed), *International Sales Law – A Global Challenge*, CUP, Cambridge, 2014.
7. DiMatteo, Larry A. 'Excuse: Impossibility and Hardship', in Larry A DiMatteo, Andre' Janssen, Ulrich Magnus and Reiner Schulze, *International Sales Law – Contracts, Principles & Practice*, CH Beck/Hart/Nomos, Munich/Oxford/Baden Baden, 2016 .
8. Ebrahim Shoarian & Farshad Rahimi, *International Sales Law*, Tehran: Shahre Danesh Pub, first edition, 2014. (In Persian)
9. Ghamami, Majid, *Economic balance is the secret of contract stability: Rethinking the theory of Ghabn*, Tehran: Publication, 4th edition, 2023. (In Persian)
10. Honnold, J. O. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, The Hague: Kluwer Law International, 3rd Edition, 1999 .
11. Jennejohn, Matthew. "COVID-19 as a Force Majeure in Corporate Transactions", Pistor, Katharina (Ed), *"Law in the Time of COVID-19"*, Books, Columbia Law School, 2020.
12. Jennejohn, Matthew. *COVID-19 as a Force Majeure in Corporate Transactions*, Pistor, Katharina (Ed), *Law in the Time of COVID-19*, Books, Columbia Law School, 2020 .
13. Lookofsky, Joseph. *Understanding the CISG in Scandinavia*, DJÆF Publishing Copenhagen, 1996.
14. Olomi Yazdi, Hamidreza & et al., *Reflections on International Sales: Collection of Opinions of the Advisory Council of the 1980 United Nations Convention on International Sales*, Tehran: Khorsandi Pub, first edition, 2016. (In Persian)
15. Perillo-Joseph M. *Calamari and Perillo on Contracts*, Fifth edition, Eagan-US: Westlaw, 2003 .
16. Sadeghi Moghadam, Mohammad Hasan, *Change in Contract Terms*, Tehran: Mizan, third edition, 2011. (In Persian)
17. Safaei, Hossein and a group of authors, *International Sales Law*, Tehran: Tehran University Press, third edition, 2011. (In Persian)
18. Schwenzer, I. 'Article 79 CISG', in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th edn, OUP, Oxford, 2016 .
19. Schwenzer, I., and Hachem, P. 'Article 7 CISG', in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th edn, OUP, Oxford, 2016.

Articles

20. Asghari Aghmashedi, Fakhruddin and Hossein Kaviar, "The Delivery of Substitute Goods: A Comparative Study in UN Convention on International Sale of Goods and Iranian Law", *International Legal Journal*, 31 (50), 2014. (In Persian)
21. Berger, Klaus Peter., Behn, Daniel. "Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study", *6 McGill Journal of Dispute Resolution*, Number 46 (4): 2020.

22. Darabpour, Mehrab and Maryam Darabpour, "Civil and contractual liabilities for the nonperformance of the contracts due to the changed circumstances such as the appearance of COVID-19", *Legal Research Quarterly, Special Issue on COVID-19, Volume 23, 2020.* (In Persian)
23. Elsan, Mustafa, "Government Civil Liability for Infectious Diseases (Case Study: COVID-19)", *Legal Research Quarterly, Special Issue on Corona, Volume 23, 2020.* (In Persian)
24. Hansen, Seng, "Does the COVID-19 Outbreak Constitute a Force Majeure Event? A Pandemic Impact on Construction Contracts", *Journal of the Civil Engineering Forum*, 6 (2): 2020.
25. Hekmatnia, Mahmoud, "Ethical, jurisprudential and legal foundations of the model of national exposure to infectious diseases", *Islamic Law*, 17 (64), 2020. (In Persian)
26. Ishida, Yasutoshi. CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaptation of Contract through Interpretation of Reasonableness? Full of Sound and Fury, but Signifying Something, *30 Pace Int'l L. Rev.*, Vol. 30. 2018.
27. Janssen, André. Wahnschaffe, Christian Johannes. "COVID-19 and international sale contracts: unprecedented grounds for exemption or business as usual?", *Uniform Law Review*, 25 (4): Volume 25, Issue 4, 2020.
28. Leslie A Reperant and Osterhaus, Albert DME. 'AIDS, Avian flu, SARS, MERS, Ebola, Zika...what next?'" , *35 Vaccine*, Vol. 35, 2017.
29. Lindstrom, Niklas. 'Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods'" , *3 Nordic Journal of Commercial Law*, Vol. 3. 2006.
30. Lookofsky, Joseph. "Not Running Wild with the CISG", *Journal of Law & Commerce*, Vol. 29, No. 2, 2011.
31. Morteza Hosseini, Rahele, "Coronavirus crisis and the impossibility of performance of international treaties by states", *Legal Research Quarterly, Special Issue on COVID-19, Volume 23, 2019.* (In Persian)
32. Mozafari, Mostafa and Morteza Mirzaei Moghadam, "Review of the Legal Basis of the Government-Selected Process in Management of Covid 19", *Legal Research Quarterly, Special Issue on COVID-19, Volume 23, 2020.* (In Persian)
33. Niazabadi, M., & Ansari, N., "Analysis of The Situation Caused by The Outbreak of Coronavirus Under the Justifiable Impediments for The Non Performance of Contractual Obligations", *Legal Research Quarterly*, 23 (LAW and COVID- 19), 2020. (In Persian)
34. Schwenger, Ingeborg. "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", *Victoria University of Wellington Law Review* 39 (4), 2008.
35. Sutton, Troy C., and Subbarao, Kanta. "Development of animal models against emerging coronaviruses: From SARS to MERS coronavirus", *479 Virology*, May, 2015.

Cases

36. ICC Ct Arb, 6281/1989, CISG-online 8.
37. Oberlandesgericht Hamburg (Higher Regional Court), Iron Molybdenum case, CISG-Online No 26, CLOUT Case No 277.
38. Oberlandesgericht Hamburg (Higher Regional Court), Iron Molybdenum case, CISG Online No 261, CLOUT Case No 277.
39. U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, Raw Materials Inc v Manfred Forberich, GmbH & Co. KG, CISG-Online No 925, CLOUT Case No 696.
40. Trib Monza, 14 January 1993, CISG-online 540.
41. RB Hasselt, 2 May 1995, CISG-online 371.
42. CIETAC, 2 May 1996, CISG-online 1067; Int Ct Bulgarian CCI, 12 February 1998, CISG-online 436.
43. OLG Hamburg, 28 February 1997, CISG-online 261.

44. CA Colmar, 12 June 2001, CISG-online 694.
45. Cass civ 1ère, 30 June 2004, CISG-online 870.
46. Oberlandesgericht München 7 U 4969/06, 5 March 2008, CLOUT Case No 1233.
- 47.** Hof van Cassatie, 19 June 2009, CISG-online 1963.



Original Article

Feasibility of Identifying Transgenerational Trauma Liability by Reviewing the Katanga Case

Seyed Mahdi Seyedzadeh Sani¹, Alireza Moshirahmadi²

ABSTRACT

The crimes of Katanga and his accomplices in Bogoru have left 297 people dead or somehow victimized. After the case was opened in the International Criminal Court, five of the victims demanded compensation for traumas caused indirectly that can be called transgenerational trauma. The Chamber found that although they are suffering from transgenerational psychological harm, no evidence is laid before the Chamber to establish the causal relation between the suffered trauma and the attack on Bogoro. However, scientific researches have revealed that it is possible to transfer the trauma from parents to children. Epigenetic transmission and social transmission are two theories that can be relied upon in this regard. The certainty of the trauma, the consequence of the effects of the crime, and the fixation of the cause are also important conditions for claiming such damages. Compensation can also be material, spiritual, symbolic or a combination of them.

KeyWords: Causality, Epigenetic Transmission, Indirect Trauma, Social Transmission, Transgenerational Trauma.

How to Cite: Seyedzadeh Sani, Seyed Mahdi, Moshirahmadi, Alireza, "Feasibility of Identifying Transgenerational Trauma Liability by Reviewing the Katanga Case", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 171-192.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.184542.1511>

Received: 28/12/2019-Accepted: 24/08/2021

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad. Iran

2. PhD, Faculty of Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad. Iran

Corresponding Author Email: Moshirahmadi1@mums.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



امکان سنجی احراز مسئولیت ناشی از آسیب‌های فرانسلی با مطالعه موردی پرونده کاتانگا

سیدمهدی سیدزاده ثانی^۱، علیرضا مشیراحمدی^۲

چکیده

جنايات کاتانگا و هم‌دستانش در بوگورو سبب شد تا ۲۹۷ نفر جان خود را از دست بدهند يا به‌نوعی قربانی این جنایات شوند. پس از مفتوح شدن پرونده در دیوان کیفری بین‌المللی، پنج نفر از قربانیان خواستار جبران خسارات ناشی از آسیب‌هایی شدند که با واسطه به آنان انتقال یافته بود که از آن به‌عنوان آسیب فرانسلی می‌توان یاد کرد. دادگاه در خصوص این قربانیان دریافت که آنان به احتمال فراوان از آسیب‌های فرانسلی رنج می‌برند، اما بیان داشت هیچ مدرکی در راستای اثبات سببیت میان آسیب و حمله روی داده در بوگورو به دادگاه ارائه نشده است. این در حالی است که تحقیقات علمی روشن ساخته که انتقال آسیب از والدین به فرزندان امکان‌پذیر است. انتقال اپی‌ژنتیک و انتقال اجتماعی دو نظریه‌ای‌اند که در این زمینه می‌شود به آن اتکا کرد. قطعیت آسیب، تبعی بودن آثار جرم و ثبوت سببیت نیز اهم شرایط امکان مطالبه تحقق ناشی از چنین آسیب‌هایی است. نحوه جبران خسارت نیز می‌تواند به شیوه‌های مادی، معنوی، نمادین یا ترکیبی از این حالات صورت پذیرد.

کلید واژگان: آسیب فرانسلی، سببیت، ضرر با واسطه، انتقال اپی‌ژنتیک، انتقال اجتماعی.

استناد به این مقاله: سیدزاده ثانی، سیدمهدی، مشیراحمدی، علیرضا، «امکان‌سنجی احراز مسئولیت ناشی از آسیب‌های فرانسلی با مطالعه موردی پرونده کاتانگا»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۱۷۱-۱۹۲.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.184542.1511>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۰۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۰۲

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
 ۲. دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
 ایمیل نویسنده مسئول: moshirahmadia1@mums.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

حقوق کیفری بین‌المللی دانشی میان‌رشته‌ای است که می‌کوشد رفتارهای زیان‌باری را که منتهی به ضررهای شدید در سطح جهانی می‌شوند، شناسایی و مرتکبان آن را تحت تعقیب قرار دهد.^۱ بدین ترتیب یکی از اساسی‌ترین اهداف حقوق کیفری بین‌المللی تحقق عدالت و تسکین آلام بزه‌دیدگان ناشی از جنایات بین‌المللی است. به‌واقع محاکمه مرتکبان جنایات بین‌المللی می‌بایست بازتاب اجرای عدالت نسبت به قربانیانی باشد که به شکل مستقیم یا غیرمستقیم از رفتار متجاوزان آسیب دیده‌اند. بنابراین با تحقق جرم، روند عدالت کیفری آغاز می‌شود و متولیان نظام کیفری می‌کوشند تا با تعقیب و محاکمه مرتکبان، عدالت را در این زمینه به اجرا درآورند.^۲

اگرچه حقوق کیفری بین‌المللی در بدو امر با هدف شناسایی مسئولیت ناشی از اقدامات زیان‌بار دولت‌ها ظهور یافت، ملاحظات جهانی، حقوق بشری و توسعه حقوق کیفری بین‌المللی عاملی شد تا مستقیماً مسئولیت‌هایی نسبت به مرتکبین جنایات در این سطح نیز مورد توجه قرار گیرد. بنابراین کیفررسانی مرتکبان جرایم بین‌المللی به یکی از مهم‌ترین اولویت‌های جامعه بین‌المللی بدل گشته و خصیصه ملی حقوق کیفری جنبه فراملی^۳ به خود گرفت.^۴ با توجه به گسترش رویدادهای تأسف‌باری که حساسیت جامعه بین‌المللی را برمی‌انگیزد، اهمیت این رشته بیش از پیش شده است. پرونده کاتانگا^۵ یکی از همین موارد است.

دادگاه کیفری بین‌المللی (I.C.C) در روز ۷ مارس ۲۰۱۴ ژرمن کاتانگا را به اتهام شماری از جرایم علیه بشریت و برخی جنایات جنگی (قتل، حمله به غیرنظامیان، تخریب اموال، غارت و تجاوز)، که در ۲۴ فوریه ۲۰۰۳ در جریان حمله به روستای بوگورو در جمهوری دموکراتیک کنگو (DRC)^۶ صورت گرفته بود مجرم شناخت و در تاریخ ۲۳ می ۲۰۱۴ به ۱۲ سال حبس محکوم کرد. در این پرونده پنج نفر ادعای قربانی شدن ناشی از آسیب‌هایی را مطرح کردند که با واسطه به ایشان منتقل شد و خواستار صدور حکم مبنی بر جبران خسارت از سوی دادگاه کیفری بین‌المللی شدند. شعبه دوم دادرسی در رأی صادره، به علت عدم امکان احراز رابطه سببیت میان آسیب‌های مورد ادعا و جرایم ارتكابی از سوی آقای کاتانگا، این افراد را قربانی در معنای اساسنامه رم به شمار نیاورد.

با تجدیدنظرخواهی متقاضیان، شعبه تجدیدنظرخواهی با مجمل دانستن ادله شعبه دادرسی برای رد تقاضای این افراد، با اعاده پرونده به شعبه دادرسی خواهان بررسی و صدور رأی مجدد شد. شعبه دوم دادرسی با ارزیابی نظرات ابراز شده

^۱ Cassese, A, *International Criminal Law*. united kingdom: oxford university press, 2013, 4.

^۲ بولک، برنار، *کیفرشناسی*، مترجم حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: مجد، ۱۳۸۴، ص ۲۱.

^۳ البته باید توجه داشت صلاحیت محاکم بین‌المللی مانعی در حق و وظیفه دول در رسیدگی به جنایات بین‌المللی ایجاد نخواهد کرد (جانی‌پور و موسوی معاف، ۱۳۹۴: ۱۱۵) چرا که اصل صلاحیت تکمیلی حاکم بر این محاکم اصولاً به دلیل دسترسی سهل‌تر محاکم داخلی به ادله، شواهد و متهم به رسمیت شناخته شده است. (Cassese, Antony. *International Criminal law*. britania: oxford university ,) (2008, p 342)

^۴ میرمحمدصادقی، حسین و علی رحمتی، «دلایل و مبانی حقوقی تأسیس دادگاه‌های کیفری مختلط (بین‌المللی شده) از منظر داخلی و بین‌المللی». پژوهش حقوق کیفری، سال هفتم، ۱۳۹۷، شماره ۲۵، صص ۲۹۹-۳۲۹.

^۵ Katanga Case

^۶ جمهوری دموکراتیک کنگو در ۱۱ آوریل سال ۲۰۰۲ با امضای اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی نسبت به پذیرش این اساسنامه اقدام کرد. در سال ۲۰۰۳ به دنبال وضعیت رخ داده در کشور، دولت به دادگاه کیفری بین‌المللی اطلاع داد با توجه به وقایع ارتكابی و لازم‌الاجرا شدن صلاحیت دادگاه از ابتدای جولای سال ۲۰۰۲ نسبت به موارد مذکور اعمال صلاحیت نماید. (میرمحمدصادقی، حسین و رسول عابد، «صلاحیت دادگاه کیفری بین‌المللی در رسیدگی به جرایم علیه اجرای عدالت کیفری با مطالعه موردی پرونده توماس لوبانگو»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ۱۳۹۰، ص ۱۹۴)

از سوی نمایندگان حقوقی قربانیان و وکلای مدافع محکوم‌علیه، در رأی جدید خود اعلام داشت، اگرچه مطالعات علمی ثابت کرده‌اند که امکان انتقال شوک‌های روحی و روانی از والدین به فرزندان وجود دارد، باین حال مجدداً بر یافته پیشین خود مبنی بر عدم اثبات رابطه سببیت میان رفتارهای مجرمانه واقع شده و چنین شوک‌هایی تأکید نمود.^۱ رأی صادره از سوی شعبه دادرسی میین آن است که اولاً ضررهای وارده به قربانیان را صرفاً نباید به آسیب‌های مستقیم محدود کرد؛ ثانیاً برای تحقق مسئولیت ناشی از آسیب‌هایی غیرمستقیم که از آن به‌عنوان آسیب فرانسلی می‌توان نام برد، جمع عناصر و شروطی ضروری است. ثالثاً مقتضیات زمانی و پیشرفت‌های حاصله در علوم عاملی است که می‌تواند در حل معمای سببیت راه‌گشا باشد.

مفهوم‌شناسی آسیب‌های فرانسلی

آسیب در لغت به‌معنای صدمه، خسارت و زیان آمده است. دورتر، بالاتر و آن‌سوتر نیز مبین واژه فرا است. نسل نیز به معنای دودمان، نژاد، سلاله و فرزند است. بدین ترتیب اصطلاح آسیب‌های فرانسلی را می‌توان به آسیب‌هایی اطلاق کرد که نتیجه و آثارش به آیندگان نسل حاضر منتقل می‌شود. پس جنایات علیه نسل‌های آینده جنایات واقع‌شده در آتیه نیستند.^۲ تعیین دامنه مفهومی بزه‌دیدگی فرانسلی به‌آسانی میسر نیست. تشخیص محدوده بزه‌دیدگی زمانی که آسیب‌ها به مرور ظهور یافته و نشئت گرفته از اقدامات مختلف باشند، با صعوبت همراه است. تسری نتایج آسیب‌ها به موجودات غیرانسانی، عدم آگاهی، عدم تلقی به‌عنوان بزه‌دیده و عدم گزارش چنین آسیب‌هایی به مراجع ذی‌ربط^۳ از جمله مهم‌ترین چالش‌هایی است که در ارائه تعریفی جامع قابل‌طرح است. باوجوداین، در یک تقسیم‌بندی کلی چنین زیان‌هایی را می‌توان با دو رویکرد عام و خاص مورد توجه قرار داد.

رویکرد عام این آسیب‌ها که از آن می‌توان به جنایت علیه نسل‌های آینده نیز یاد کرد، اقداماتی‌اند که در زمان حاضر رخ داده، لیکن پیامدهای زیان‌بار آن در آتیه و نسبت به تمامی گونه‌های جاندار ظهور یافته و واجد آثار همگانی‌اند. لذا عمل به وقوع پیوسته کنونی عاملی خواهد بود تا به جمعیت انسانی، محیط طبیعی، جانوری یا اکوسیستم‌های موجود به‌طور جدی، تدریجی و مستمر آسیب‌هایی وارد شود. به‌واقع چنین رویکردی به دنبال حفظ احترام تمامی گونه‌های بارز است.^۴ روشن است که در چنین حالتی تمامی گونه‌های جانداران اعم از انسان‌ها، حیوانات و گیاهان می‌توانند موضوع جرم قرار گیرد و ظهور آسیب نسبت به هریک از این گونه‌ها مصداقی از آسیب‌های فرانسلی تلقی خواهد شد.^۵ اما زمانی که سخن از رویکرد خاص یا جنبه انسان‌محور این ضررها به میان می‌آید، صرفاً آسیب‌های وارده بر گونه‌های انسانی مورد توجه است. لذا در این رویکرد، انسان‌ها و منافع آنان محور بحث قرار گرفته^۶ و سایر موارد در حکم ابزاری‌اند که در راستای

^۱ Katanga, ICC-CPI-20180308-PR1364.

^۲ Jodoin, Sébastien, Crimes against Future Generations: Implementing Intergenerational Justice through International Criminal Law. *Intergenerational Justice Review*, 10(1), 2010, pp 9-17.

^۳ Eileen, Skinnider, effect, *issues and challenges for victims of crimes that have a significant impact on the environment. canada: international center for criminal law reform and criminal justice policy*, 2013, 3-7.

^۴ Bunnin, Nicholas ., & tusi-james, e, *the blackwell companion to philosophy*. oxford: blackwell publishing, 2003, 521.

^۵ Bakowski, Piotr. *victims of environmental crime. european: library of european parlimant*, 2012, 2.

^۶ Halsey, mark., & white, rob, *crime, ecophilosophy and environmental harm, green criminology*. burlington: ashgate publishing, 2006, 199.

تأمین اهداف انسانی مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرند.^۱ بدین ترتیب، آسیب‌هایی که از نسلی به نسل دیگر، (به عنوان مثال از والدین به فرزندان) منتقل می‌شود دربردارنده مفهوم آسیب‌های فرانسلی در معنای خاص آن خواهد بود.

مبانی مسئولیت ناشی از آسیب‌های فرانسلی

مبانی مسئولیت آسیب‌های فرانسلی از سه منظر اصول عمومی حقوقی، مبانی فراملی و مبانی خاص قابل بررسی است.

۲.۱. اصول عمومی حقوقی

مسئولیت در لغت به معنای پاسخ‌گویی، ضمان و تعهد است. از همین رو مسئولیت را می‌توان تکلیف یا تعهدی در قبال رفتارهای انجام شده و قبول پیامدهای حاصل از آن دانست. به‌طور کلی تحقق مسئولیت در گرو احراز ارکانی از جمله رفتار، نتیجه زیان‌بار و احراز رابطه‌ای سببیت است. شکل‌گیری مسئولیت ناشی از آسیب‌های فرانسلی نیز از این قاعده مستثنی نیست. باین توضیح که در آسیب‌های فرانسلی ابتدا ضروری است تا رفتار زیان‌باری ظهور یابند. رفتارهای زیان‌بار معمولاً به شکل فعل یا ترک فعل ظهور می‌یابند. سپس رفتار مذکور باید منتهی به آسیب یا ضرر به دیگری یا دیگران شود. در این بین نیز تفاوتی ندارد که زیان وارده جنبه مادی یا معنوی داشته باشد. در مرحله آخر نیز کشف رابطه میان رفتار و نتیجه بایسته است. در واقع، برای تحقق مسئولیت باید احراز شود که بین ضرر و فعل زیان‌بار رابطه سببیت وجود دارد، یعنی ضرر از آن فعل ناشی شده است.

بنابراین زیان‌های وارده به نسل‌های آینده می‌توانند سبب تحقق مسئولیت شوند. اینک باید در جست‌وجوی آن بود که اصول وقواعد حاکم در این زمینه مبتنی بر اصول مجری در حقوق عمومی یا اصول حاکم در حقوق خصوصی است؟^۲ یا اتکا به اصول پیش‌گفته در این زمینه راه‌گشا نبوده، لذا نیازمند مبنای نوینی هستیم؟ به نظر می‌رسد گزینش رویکردی واحد در این زمینه راه‌گشا نیست، بلکه با توجه به ماهیت و خصوصیت بزه‌های فرانسلی باید دست به انتخاب زد. باین توضیح که در وضعیتی که رفتار ارتكابی فقط موجب بروز آسیب فردی شود، در راستای جبران این موضوع، حمایت از حقوق و منافع فردی در اولویت قرار می‌گیرد. در مقابل زمانی که اقدام صورت‌گرفته فقط سبب اضرار جمعی شود، در جهت ترمیم آسیب وارده باید حفاظت از حقوق عمومی را رجحان داد. بدیهی است در شرایطی که خسران به هر دو منفعت وارد آید ترکیب مبانی پیش‌گفته بایسته است. لازم به ذکر است از آنجایی که هدف اساسی در سایر شاخه‌های حقوق، از جمله حقوق خصوصی، فصل‌مخاصمه و پایان یافتن دعوی است، در حقوق جزائی، اجرای عدالت در اولویت قرار

^۱ Ebbesson, jonas & Okowa phoebe. *enviromental law and justice in context*. u.s.a: cambridge university press, 2009.P 91.

^۲ هر یک از این دو نظام تفاوت‌هایی با هم دارند: نخست تفاوت در اهداف و دوم تفاوت در مبنای مسئولیت. با این توضیح که حمایت از منافع جامعه و حقوق عمومی هدفی است که در قواعد مسئولیت حقوق عمومی به دنبال آنیم. درحالی که جبران خسارت وارده به اشخاص یا اموال خصوصی مبین هدف مسئولیت حقوق خصوصی است. درخصوص تفاوت دوم نیز باید گفت مبنای مسئولیت در حقوق عمومی معمولاً به شکلی مطلق و محض به دلیل سهولت اثبات مسئولیت و تامین بهتر سیاست‌های دولتی تعریف می‌گردد، درحالی که نظام مبتنی بر تقصیر در مسئولیت‌های مدنی و خصوصی حاکم است. لذا نتیجه عملی چنین بحثی مرتبط با عنصر تقصیر است، با این توضیح که بر حسب مبنای تعیینی (نظریه خطر یا تقصیر) ممکن است زیان دیده از اثبات تقصیر معاف گشته یا عهده‌دار اثبات آن گردد. لذا ماهیت مسئولیت درصدد پاسخگویی به چرایی جبران خسارت ناشی از رفتار زیان‌بار مرتکب می‌باشد. کاتوزیان، ناصر و مهدی انصاری، «مسئولیت ناشی از خسارت‌های زیست محیطی»، *فصلنامه حقوق*، ۱۳۸۷، شماره ۲(۳۸)، صص ۲۸۵-۳۱۳.

می‌گیرد^۱؛ لذا پذیرش دیدگاه مذکور موافق اعمال عدالت نیز خواهد بود.

۲.۲. مبانی حقوقی فراملی

مبانی حاکم بر نظام جبران خسارت محدود به منابع حقوقی داخلی نیست؛ بلکه با رجوع به منابع حقوقی فراملی کشورها نیز می‌توان منابع متعددی را در این زمینه بازگو کرد. اما با توجه به ارتباط موضوعی آسیب‌های فرانسلی با حقوق بین‌الملل صرفاً به اهم منابع موجود در حقوق فراملی بسنده خواهد شد.

چهار سند عمومی در سطح منطقه‌ای و بین‌المللی به‌طور خاص جبران خسارت بزه‌دیدگان را مدنظر قرار داده‌اند: نخست کنوانسیون شورای اروپایی (۱۹۸۳) در سند پرداخت غرامت به بزه‌دیدگان جرائم خشونت‌بار؛ دوم اعلامیه سازمان ملل متحد (۱۹۸۵) در سند اصول بنیادی عدالت برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت؛ سوم سند اصول و رهنمودهای بنیادی حق جبران و ترمیم برای بزه‌دیدگان نقض‌های فاحش حقوق بشر و نقض‌های شدید حقوق بشردوستانه بین‌المللی سازمان ملل متحد (۲۰۰۵)^۲ و چهارم اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی.

اکتفا به جرایم خشونت‌آمیز عمدی و صرف جبران خسارت در غالب پرداخت غرامت دولتی در زمینه آسیب‌های بدنی یا سلامتی ویژگی سند نخست است.^۳ همچنین این سند اولین قدم در راستای حمایت بین‌المللی از بزه‌دیدگان تلقی می‌شود. تفکیک میان جبران خسارت و پرداخت غرامت، اشتقاق در تعریف بزه‌دیدگان عام و قربانیان سوءاستفاده از قدرت و تمایز میان بزه‌دیدگی جمعی و فردی ویژگی‌های اصلی سند دوم است. بر مبنای مفاد این سند جبران خسارت برعهده بزه‌کار است و فقط در صورت ناتوانی، فرار یا فوت بزه‌کار، تکلیف پرداخت غرامت از سوی دولت شکل می‌گیرد.^۴ تمرکز سند دوم روی قربانیان جرایم ملی و خانگی است، در حالی که سند سوم شامل قربانیان جنایات بین‌المللی به ویژه، قربانیان نقض شدید قوانین بین‌المللی حقوق بشر و نقض جدی قوانین بین‌المللی بشردوستانه می‌شود.^۵ چهارمین سند را می‌توان یکی از مهم‌ترین اسنادی دانست که به شناسایی قربانیان به عنوان موضوعی در سطح حقوق بین‌الملل صحنه گذاشته است. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در ماده ۷۵ پرداخت خسارت به قربانیان را مورد توجه قرار داده است. از همین رو دادگاه می‌تواند به درخواست ذی‌نفع یا به تشخیص خود، حدود و میزان آسیب وارده به قربانی یا سایر مرتب‌تین آنان را معین و حکم لازم در این زمینه صادر نماید. پیش‌بینی حق جبران خسارت قربانیان در این اساسنامه را باید گامی اساسی در حفظ حقوق بزه‌دیده محسوب کرد؛ چراکه هیچ‌کدام از دادگاه‌های کیفری بین‌المللی پیشین چنین موضوعی را به رسمیت نشناخته بودند.^۶ به واقع در سایر دادگاه‌های واجد جنبه منطقه‌ای یا بین‌المللی، بزه‌دیده فقط در

^۱ Ashworth, Andrew, *Principles of criminal law* (Sixth edition ed.). Oxford, 2009, 17.

^۲ جعفری، امین و اصغر احمدی، «جبران خسارات جرائم زیست محیطی در حقوق بین‌الملل و ایران»، *مطالعات حقوق عمومی*، ۱۳۹۸، شماره ۴۹(۲)، صص ۶۱۳-۶۳۳.

^۳ رایجیان اصلی، مهرداد، *بزه دیده شناسی*. تهران: شهر دانش. ۱۳۹۰، ص ۱۰۵.

^۴ فرجیها، محمد و ابوالقاسم بازیار، «جبران دولتی خسارت‌های بزه‌دیدگان در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، *حقوق تطبیقی*، ۱۳۹۰، شماره ۲(۲)، صص ۱۳۳-۱۵۲.

^۵ Bassiouni, M. Cherif, *International Recognition of Victims' Rights. Human Rights Law*, 2006, pp 203-279.

^۶ سلیمی، صادق و فرزانه جداری فروغی، «جبران خسارت ناشی از ارتکاب جنایات بین‌المللی در دیوان بین‌المللی کیفری برای بزه دیده در پرتو آراء صادره»، *مجله بین‌المللی پژوهش ملل*، ۱۳۹۷، شماره ۳۶(۳)، صص ۲۱-۳۶.

حالتی که متهم محاکمه و محکوم می‌شد قادر بود تا با طرح شکایت در دادگاه‌های ملی نسبت به جبران خسارت خویش اقدام نماید.

۲.۳. مبانی خاص

تحلیلی که در ادبیات علمی پیرامون پدیده آسیب‌های فرانسلی ارائه شده مرتبط با دو مکتب فکری است که هر یک توضیحی متفاوت برای انتقال آسیب به نسل‌های بعدی را ارائه می‌دهند. نخست نظریه انتقال اپی‌ژنتیک^۱ و دوم نظریه انتقال اجتماعی^۲. نظریه نخست مبتنی بر مطالعه انتقال علائم ارثی از والدین به فرزندان است. در مقابل، نظریه انتقال اجتماعی به تأثیر تربیت و یادگیری عاطفی بر رشد عاطفی کودک متمرکز شده است.^۳ هر دوی این تئوری‌ها رابطه‌ای را که بین آسیبی که والدین در معرض آن قرار گرفته‌اند و تأثیر آن بر رفتار کودکانی که مستقیماً در معرض تجربه آسیب‌زای والدین نیستند، ارائه می‌دهند.

۲.۳.۱. انتقال اپی‌ژنتیک

واژه اپی‌ژنتیک^۴ را نخستین بار در سال ۱۹۴۲ کنراد وادینگتون^۵ از ترکیب دو واژه اپی‌ژنیس و ژنتیک پدید آورد.^۶ اگرچه در آن زمان نقش ژن‌ها در توارث روشن نبود، اما وادینگتون چنین اصطلاحی را به منظور تشریح چگونگی تعامل ژن‌ها با عوامل محیطی برای شکل‌گیری یک فنوتیپ مورد استفاده قرار داد. بعدها آرتور ریگس^۷ و همکارانش اپی‌ژنتیک را «مطالعه تغییرات ارثی در عملکرد ژن» دانستند که با تغییر در توالی دی‌ان‌ای قابل توضیح نیستند.^۸ یعنی مطالعه تغییرات عملکردی ژن‌ها که به واسطه تقسیم میتوز و میوز قابل توارث به نسل‌های آتی بوده در حالی که طی این فرایند دگرگونی در توالی دی‌ان‌ای رخ نخواهد داد.^۹ در همایش Cold Spring Harbor، عبارت «فنوتیپ وراثتی پایدار به‌دست آمده از تغییرات کوروموزومی بدون تغییر در توالی دی‌ان‌ای» به عنوان تعریف برگزیده این اصطلاح ارائه شد.^{۱۰} در نهایت می‌توان گفت اپی‌ژنتیک نظریه‌ای در زمینه توارث است که ژن‌ها را واجد حافظه‌ای برای یک واقعه می‌داند. از همین‌رو این احتمال وجود دارد که رخداد به وقوع پیوسته در یک نسل، ژن‌های نسل مذکور را علامت‌گذاری کند و سپس در نسل یا نسل‌های

¹ Epigenetic Transmission Theory

² Social Transmission Theory

³ katanga, para 11, ICC-01/04-01/07

⁴ واژه "اپی" به معنای به اضافه و "ژنتیک" شاخه‌ای از زیست‌شناسی و به معنای علم وراثت است. از منظر اصطلاحی نیز اپی‌ژنتیک هر روندی است که فعالیت ژنتیکی را بدون ایجاد تغییر در توالی دی‌ان‌ای‌های موجود دچار تغییر می‌کند. توان کدهای دی‌ان‌ای متعاقب تغییر یا تغییرات اپی‌ژنتیک در بازخوانی ترجمه تحت تأثیر قرار می‌گیرند. چنین تغییری کدها را به شکل دسترس‌پذیر یا غیرقابل دسترس درآورده بدین ترتیب سطح واکنش ژن را کاهش یا افزایش می‌دهد. (Gottlieb, G. "Probabilistic epigenesis." *developmental science* 10.1, 2007, pp 1-11.

⁵ Conrad Waddington

⁶ Waddington, C, *The epigenotype. Endeavour*, 1, 1942, pp 18-20.

⁷ Arthur Riggs

⁸ Bird, Adrian, *Perceptions of epigenetics. NATURE*, 447, 2007, pp 396-398.

⁹ Riggs, Arthur., Russo, Vincenzo Ettore Aldo., & Martienssen, Robert. (1996). *Epigenetic mechanisms of gene regulation*. newyork: Cold Spring Harbor Laboratory Press. And weinhold, b, *epigenetics: the science of change. Environmental health perspectives*, 114, 2006, pp 161-167.

¹⁰ Berger, Shelley., Kouzarides, Tony., Shiekhattar, Ramin., & Shilatifar, Ali A, "An operational definition of epigenetics". *Genes Dev*, 2(7), 2009, pp 781-783.

بعدی ظهور یابد.

درک انتقال آسیب فرانسلی بر پایه این نظریه نیازمند بررسی رویکردهای ژنتیکی است. علم ژنتیک در طول حیات خود سه مرحله اصلی یعنی ژنتیک رفتاری، ژنتیک مولکولی و اپی‌ژنتیک را پشت‌سر گذاشته است. ژنتیک رفتاری مطالعه رفتارها، خصایص و شخصیت انسان است. در چنین فرایندی ژنتیک از زاویه کمی مورد بررسی قرار می‌گیرد. از همین رو در ژنتیک رفتاری که بر پایه وراثت بنا شده خصوصیت‌های فنوتیپی از قبیل درون یا بیرون‌گرایی، ضریب هوشی، تلقین‌پذیری، اختلالات رفتاری و... مورد بررسی قرار می‌گیرند؛ یعنی محدوده‌ای که ژنتیک بر خصایص مختلف فنوتیپیکی تأثیر می‌گذارد. اگرچه توارث اطلاعاتی درباره اثرگذاری ژن‌ها بر خصوصیت‌های مشخص و نسبت به جمعیت و زمانی خاص را ارائه می‌نماید، اما تعیین‌کننده نوع ژن‌های مداخله‌گر نیست. در این مرحله است که نیاز به ژنتیک مولکولی آشکار می‌گردد. ویژگی این حوزه توانایی کسب اطلاعات بی‌شمار ژنتیکی یا زیست‌شناختی به واسطه استفاده از دی‌ان‌ای^۱ است. بنابراین ژنتیک مولکولی امکان سنجش و ارزیابی عوامل مشترک ارثی بدون نیاز به نمونه‌های معین را ایجاد کرده است. اپی‌ژنتیک سومین جهش در فرایند علم ژنتیک است. در این مرحله عوامل مختلف درونی یا بیرونی که در تغییر کارکرد ژن‌ها بدون آنکه تغییراتی در دی‌ان‌ای ایجاد کنند، مورد مطالعه قرار می‌گیرد. ایجاد چنین تحولی به دو صورت امکان‌پذیر است: از طریق ممانعت ژن‌ها در ایجاد پروتئین موجود در آن یا از طریق تسهیل فرایند تولید این پروتئین‌ها. بدین ترتیب مطالعات اپی‌ژنتیک بیان‌گر مسیر تغییرات مثبت یا منفی ژن‌ها است. در پرونده کاتانگا نماینده حقوقی قربانیان بر پایه همین نظریه و با استناد به تحقیقات دکتر راشل یهودا^۲ اعلام داشتند ایجاد اختلال استرس پس از حادثه (PTSD) در والدین، خطر ابتلا به چنین استرسی را در فرزندان نیز افزایش می‌دهد.^۳

۲.۳.۲. انتقال اجتماعی

نظریه انتقال اجتماعی به تأثیر تربیت و یادگیری عاطفی بر رشد عاطفی کودک متمرکز است.^۴ شواهد تجربی نشان داده‌اند که برای رشد سالم ذهنی یک کودک خردسال یا نوجوان باید یک رابطه گرم، صمیمی و مداوم با والدین (به ویژه مادر) ایجاد شود. رابطه‌ای که سبب شکل‌گیری دل‌بستگی و منتهی به احساس رضایت و لذت می‌گردد.^۵ بر پایه آموزه‌های مکتب انتقال اجتماعی، ظهور علائم آسیب در کودکانی که والدینشان در معرض صدمه بوده یا از بیماری روانی آسیب دیده‌اند، به شکل چشم‌گیری فزونی می‌یابد. به‌واقع این نظریه به ترسیم رابطه‌ای که میان آسیبی که والدین در معرض آن قرار گرفته و نحوه تأثیر آن نسبت به کودکانی که مستقیماً در معرض تجربه آسیب‌زای والدین نبوده‌اند، می‌پردازد. بنیان‌گذار نظریه دل‌بستگی / پیوستگی^۶، جان بولبی^۷، به تشریح پیوند میان آسیب والدین (نقش والدین به عنوان مراقبان اصلی) و اختلال رشد پس از آسیب در کودکان پرداخته است. این نظریه به‌طور خلاصه «ارتباط روانی پایدار بین انسان‌ها» را توصیف می‌نماید. ماهیت کیفی دل‌بستگی کودکان یک‌ساله به مادرانشان هم به تعامل زودرس مادر-نوزاد و هم به

^۱ DNA

^۲ Dr Rachel Yehuda

^۳ katanga, para 12, ICC-01/04-01/07

^۴ نظریه انتقال اجتماعی در تقابل با دیدگاه‌های است که بر اثرگذار یارتباطات بین‌فردی بر نگرش‌ها و تصمیماتی که مردم تمرکز کرده‌اند. (Asch, Solomon E. "Studies of independence and conformity: A minority of one against a unanimous majority." *Psychological Monographs* 70.416, 1956.)

^۵ Bowlby, J. "Maternal care and mental health." *Bulletin of the World Health Organization* 3.3, 1951, pp 355-533.

^۶ Attachment theory

^۷ John Bowlby

جنبه‌های مختلف رشد آتی کودکان مرتبط است. این دلبستگی علی‌رغم تغییراتی که با پیشرفت‌های شناختی، اجتماعی و حرکتی در طول حیات کودک ایجاد می‌شوند، هسته اصلی رشد و توسعه را فراهم می‌آورند.^۱ موضوعی که نماینده حقوقی قربانیان در پرونده کاتانگا نیز به آن اشاره داشت و تحقیقات گسترده‌ای بر اهمیت آن تأکید کرده‌اند.^۳ برآمد تحقیقات نشان می‌دهد عدم شکل‌گیری دلبستگی ایمن در اوایل تولد تأثیرات منفی بسیاری در کل زندگی کودک دارد. اختلال نافرمانی یا دفاعی مقابله‌ای (ODD)، اختلال در رفتار (CD) و اختلال استرس پس از آسیب (PTSD) شایع‌ترین مشکلات در این زمینه‌اند. اما کودکی که دلبستگی را تجربه کرده از عزت نفس خوب، روابط احساسی مستحکم و توانایی فداکاری برای دیگران برخوردار است. چنین افرادی در بزرگسالی نیز گرایش به روابط سالم، شاد و پایدار دارند. البته تأثیر مکتب انتقال اجتماعی محدود به دوران کودکی نیست، بلکه در بزرگسالی نیز نمود دارد.^۴ بنابراین نظریه دلبستگی را باید یک مدل روان‌شناختی دانست که سعی در توصیف پویایی روابط بین فردی انسان در درازمدت یا کوتاه‌مدت دارد. چنین نظریه‌ای به‌عنوان یک نظریه کلی روابط تدوین نشده است؛ بلکه فقط به یک جنبه خاص معطوف می‌شود؛^۵ یعنی چگونه انسان در هنگام آسیب دیدن، جداشدن از عزیزان یا درک یک تهدید به روابط متقابل پاسخ می‌دهد.^۶ به‌نظر می‌رسد شواهد پیش‌گفته می‌تواند افق‌های جدیدی را در برابر دیدگان جرم‌شناسان ترسیم نماید. به‌واقع تفسیر هر رخدادی نیازمند علت‌شناسی آن و کشف علت نیز در گرو بررسی اجزای تشکیل‌دهنده آن است. واقعیت این است که مبنا قرار دادن هریک از این نظریه‌ها امکان به رسمیت شناختن آسیب‌های فرانسلی و صدور حکم مبنی بر جبران ضررهای برخاسته از آن وجود خواهد داشت.

پیامد به رسمیت شناختن آسیب فرانسلی

مفروض دانستن آسیب فرانسلی به‌عنوان مصداقی از آسیب‌های ناشی از جرایم بین‌المللی سه پیامد مهم به‌دنبال خواهد داشت: در وهله اول مهر تأییدی بر شناسایی جایگاه بزه‌دیده و حفظ کرامت انسانی است. در وهله دوم امکان حمایت از بزه‌دیده به‌نحو مطلوب‌تر میسر می‌شود. در وهله سوم قابلیت امکان جبران خسارت از قربانی فراهم خواهد شد.

۳.۱. احترام به منزلت بزه‌دیده و رعایت کرامت انسانی

احترام به کرامت انسانی جزء حقوق بنیادین بشر محسوب می‌شود^۷ و به‌ندرت پیش می‌آید که کشوری چنین حقی را

¹ Ainsworth, Mary S., "Infant-mother attachment". *American Psychologist*, 34(10), 1979, pp 932-937.

² katanga, para 13, ICC-01/04-01/07

³ Pearce, John., & Pezzot-Pearce, Terry, "Psychotherapy of abused and neglected children". *New York and London: Guilford press*, 2007, pp 17-20.

⁴ Armour, Cherie., Elklit, Ask., & Shevlin, Mark., "Attachment typologies and posttraumatic stress disorder (PTSD), depression and anxiety: a latent profile analysis approach". *European Journal of Psychotraumatology*, 2011, pp 1-9.

⁵ Fraley, chris R., & Spieker, Susan, "Are Infant Attachment Patterns Continuously or Categorically Distributed? A Taxometric Analysis of Strange Situation Behavior". *Developmental Psychology*, 39(3), 2003, pp 387-404.

⁶ Russell A, Isabella, "Origins of Attachment: Maternal Interactive Behavior across the First Year". *Society for Research in Child Development*, 64(2), 1993, pp 605-621.

⁷ McCrudden, Christopher, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights". *European Journal of International Law*, 19(4), 2008, pp 655-724.

به‌عنوان یکی از اصول بنیادی قانون اساسی‌اش نپذیرفته باشد.^۱ بر مبنای این حق، رعایت منزلت انسانی فارغ از جنس، نژاد، باورها و... ضروری است. به‌واقع، عدم پاسخگویی و رفتار نامتناسب با قربانی جرم، سبب می‌شود تا این اشخاص بزه‌دیدگی دومین را نیز تجربه کنند. فرایندی که موجب می‌شود تا عزت نفس، امید به آینده، اعتماد به سیستم حقوقی و اعتقاد به برقراری عدالت در دید قربانی محو یا کم‌رنگ شود.^۲ لذا لازم می‌آید تا بزه‌دیده نسبت به مراحل ثبت شکایت و اعلام جرم آگاه شود و امکان مشارکت فعال در دادرسی و نهایتاً فراهم شدن سازوکار جبران خسارت را داشته باشد.

۳.۲. میسر شدن فرصت حمایت از بزه‌دیده

در سده بیستم ضرورت وجود نهادی رسمی برای بازگردن حقوق بزه‌دیده از دیدگاه بین‌المللی آشکارتر شد. به‌واقع فجایع ناشی از جنگ‌های جهانی اول و دوم ضرورت تحول حقوقی و وجود سندی قانونی که کشورها را ملزم به حفظ حقوق و حمایت از بزه‌دیدگان نماید، برای جامعه جهانی روشن ساخت.^۳ از آنجایی که نیازهای متعددی در قبال جرایم بین‌المللی شکل می‌گیرد، تنوع ارائه خدمات حمایتی نیز در این راستا ضرورت می‌یابد.

حمایت از بزه‌دیده می‌تواند به طرق مالی، پزشکی یا خدمات اجتماعی انجام پذیرد. جبران مالی شناخته شده‌ترین جنبه حمایتی از قربانی است. این در حالی است که بزه می‌تواند سبب آسیب به جسم یا روان بزه‌دیده شود؛ بنابراین حمایت‌های پزشکی و اجتماعی نیز واجد اهمیت‌اند. درواقع، نوع آسیب شیوه حمایت را روشن می‌سازد. با این توضیح که آثار و جراحات‌های بدنی ناشی از جرم به فراخور اقدامات فوری، عادی یا مستمر درمانی را می‌طلبد. همچنین اگرچه برخی محققان حدوث آسیب‌های روانی متعاقب بزه را مفروض دانسته‌اند، عوارض مرتبط با سلامت روانی پس از بزه‌دیدگی غالباً نادیده گرفته شده است. تحقیقات در این زمینه حاکی از آن است که خدمات بهداشت روان به‌ندرت در اولویت قربانیان قرار دارد^۴ به‌طورکلی دوگونه عوارض روانی پس از تحقق بزه قابل شناسایی است: نخست عوارض فوری از قبیل ترس ناگهانی، اضطراب، احساس شرم یا ناتوانی، افسردگی، انزوا و کاهش عزت نفس که معمولاً دوره کوتاهی بزه‌دیده را آزار می‌دهد؛ دوم عوارض مزمن و جدی‌تر از جمله اختلال شخصیت، افسردگی شدید و فشار روانی پس از حادثه که در صورت عدم درمان عوارض مستمر و طولانی برجای خواهند گذاشت. البته ظهور مشکلات روانی فقط به حادثه مجرمانه محدود نمی‌شود، بلکه فرایند دادرسی نیز قابلیت ایجاد یا تشدید این مشکلات را دارند. فراز و فرودهای پرونده‌های کیفری از جمله شرکت در جلسات دادگاه، مواجهه با متهم و شهود، تأخیر در برگزاری جلسات و صدور حکم متغیرهایی‌اند که فشار روانی بالایی را به بزه‌دیده وارد می‌آورند.^۵ از همین‌رو لازم است تا با برنامه‌ریزی مناسب بزه‌دیده را قادر به مقابله اساسی با این پیامدها نماییم. مدنظر قرار دادن حمایت اجتماعی نیز برخاسته از سیاست جنایی مشارکتی است.^۶ نهادها یا انجمن‌های

¹ Rothhaar, Markus, "Human dignity and human rights in bioethics: the Kantian approach". *Med Health Care and Philos*, 13, 2010, pp 251-257.

² Tyler, Tom., & Smith, " Heather J, Social justice and social movements". New York: McGraw-Hill, 1998.

³ Bassiouni, M. Cherif, "International Recognition of Victims' Rights". *Human Rights Law*, 2006, pp 203-279.

⁴ Huang, Lanying, Unmet needs and service satisfaction of victim support for the direct and indirect victims of serious violence: Results from a cross-sectional survey in Taiwan. *PLOS ONE*, 2018, pp 1-16.

⁵ Orth, Uli, "Secondary Victimization of Crime Victims by Criminal Proceedings". *Social Justice Research*, 15(4), 2002, pp 313-325.

⁶ رایجیان اصلی، مهرداد، منبع پیشین.

مردمی یا شکل گرفته در بستر جامعه مدنی، سازمان‌ها یا نهادهای دولتی و رسمی نیز ممکن است در این امر مشارکت نمایند.

۳.۳. فراهم آمدن امکان جبران خسارت بزه‌دیده

تحقق بزه نظم عمومی اجتماع را دست‌خوش تغییر می‌کند.^۱ در همین راستا، جرم به‌وقوع پیوسته ممکن است آسیبی نیز به اشخاص وارد و مشکلات عدیده‌ای را برای آنان ایجاد کند. در فرض اخیر لازم است تا سازوکار حمایت و جبران خسارت برای بزه‌دیده فراهم باشد. به نظر می‌رسد ترمیم خسارات ناشی از جرم، مهم‌ترین نگرانی بزه‌دیدگان باشد. به تعبیری دیگر، قربانیان جرایم پیش از آنکه دلواپس اجرای مجازات علیه مجرم باشند، به چگونگی و کیفیت جبران خسارات ناشی از وقوع جرم می‌اندیشند. بنابراین تمهیدات راجع به جبران خسارت یکی از مولفه‌های اساسی عملی شدن عدالت ترمیمی است. بنابراین هدف اساسی جبران خسارت را می‌توان افزایش حس پاسخ‌گویی بزهکار، جامعه یا دولت در قبال بزه‌دیده، اعاده وضعیت وی و بازگشت قربانی به‌عنوان عضو عمومی از اعضای جامعه به بستر اجتماع دانست. لذا فراهم شدن امکان جبران خسارت کمکی به قربانیان در جهت بهبود تحمل یا پشت سر گذاردن یک واقعه آسیب‌زا است.

با مدنظر قرار دادن ماده ۷۵ اساسنامه دیوان و بند الف ماده ۸۵ از قواعد دادرسی و ادله و به‌کارگیری دو واژه خسارت و صدمه به صورت مطلق می‌توان چنین برداشت که مفهوم خسارت از منظر این اساسنامه مفهومی عام است. یعنی محدود به خسارت‌های مادی نبوده، بلکه انواع آسیب‌های معنوی را نیز دربر می‌گیرد. همچنین با عنایت به بند ب از ماده ۸۵ شخص بزه‌دیده منحصر به اشخاص حقیقی نبوده، بلکه اشخاص خصوصی نیز قابلیت تحمل خسارت از باب جرایم بین‌المللی را خواهند داشت.^۲ بنابراین اگرچه اصلاح وضعیت بزه‌دیده می‌تواند طرق مختلفی داشته باشد، اما آنچه اهمیت دارد جبران حداکثری خسارات وارده بر قربانیان جرم است. بدین ترتیب با عنایت به گسترش موضوعات مرتبط با قربانیان جرم، به‌ویژه رویکرد حمایت از بزه‌دیده یا بزه‌دیده‌شناسی حمایتی انتظار می‌رود موضوع جبران خسارت بزه‌دیدگان چه در زمینه آسیب‌های وارده به جسم و جان و چه آسیب‌های روانی بیش‌ازپیش مورد توجه قرار گیرد. به تعبیری دیگر، متعاقب ارتکاب جرم وقت حمایت از بزه‌دیده فرامی‌رسد. چنین حمایتی نیز باید متناسب با نیازهای قربانی جرم باشد؛ یعنی از آنجایی که آسیب‌های حادث شده براساس نوع جرم، شدت آن و شخصیت بزه‌دیده متفاوت است، ضرورت دارد تا هر قربانی متناسب با شرایطش مورد حمایت قرار گیرد.

شرایط تحقق آسیب فرانسلی

به منظور شکل‌گیری و ظهور آسیب‌های فرانسلی لازم می‌آید تا شرایطی فراهم باشد.

۴.۱. قطعیت و حتمیت آسیب

از منظر عرفی، قطعی بودن آسیب، یکی از شروط اساسی ضرر قابل مطالبه است. البته منظور از قطعیت یا مسلم بودن، خالی بودن آن از احتمال مخالف نیست، بلکه همراه بودن با مجموعه‌ای از شرایط است که بر پایه آن بتوان تحقق ضرر را

^۱ Siegle, Larry, *Criminology: The Core*. United States: Wadsworth, 2011.

^۲ غلامی، حسین و امین رستمی غزالی، «زمینه‌های عدالت ترمیمی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی»، پژوهش حقوق کیفری، ۱۳۹۲، شماره ۲(۴)، صص ۳۳-۶۴.

پیش‌بینی کرد. بدین ترتیب پیش‌بینی در خصوص امکان تحقق ضرر باید بر پایه واقعیت‌های حاکم در جامعه تفسیر گردد نه صرف تصور و احتمالات. از همین‌رو فروض کاملاً احتمالی، دست‌نیافتنی و از دست دادن شانس را باید از موضوع بحث خارج دانست. چراکه باتوجه به حاکم بودن اصل برائت و مفروض دانستن اصل عدم مسئولیت اشخاص، ضررهایی را باید قابل مطالبه دانست که از منظر عرف، مسلم و قطعی محسوب شوند. همان‌گونه که در پرونده کاتانگا تأکید شده، صرف ادعا یا ارائه مستندات غیرقابل استناد قابلیت اثبات آسیب را ندارند. بنابراین درخواست جبران خسارت ناشی از فوت یکی از اعضای خانواده بدون ارائه مدارک مثبت اثبات رابطه خانوادگی یا عدم ارائه گواهی فوت میسر نیست. همچنین صرف ارائه کارت پناهندگی به منظور دریافت غرامت ناشی از ترک محل سکونت، دلیل قطعی وارد آمدن آسیب به مدعی محسوب نمی‌شوند.^۱ به نظر می‌رسد در قبال هر ادعایی، مدعی جبران خسارت به منظور اثبات قطعیت آسیب اولاً باید گزارشی از وقایعی آسیب‌زا که در محدوده زمانی و مکانی پرونده قرار می‌گیرد، ثانیاً اطلاعات و مستندات کافی برای ارزیابی آسیب‌ها و مرتبط بودن آن با رفتار مرتکب و ثالثاً اطلاعاتی خالی از احتمال خلاف و بدون شک و تردید نسبت به صحت ادعا ارائه نماید و روشن است توجه به این معیارها سبب خواهد شد تا مسئولیت مرتکب در جبران خسارت متناسب با آسیب رخ داده باشد.

۴.۲. نوع آسیب

رفتار مرتکب منتهی به آسیب‌های فرانسلی را می‌توان واجد دوجنبه مادی و غیرمادی دانست. با این توضیح که رفتار صورت گرفته گاهی آسیب یا صدمه‌ای قابل رؤیت و ملموس بر جسم بزه‌دیده برجای می‌گذارد. در مقابل بعضاً رفتار مرتکب بدون برجای گذاردن اثری ملموس بر اندام مجنی‌علیه، به سیستم عصبی یا روانی قربانی صدمه وارد می‌آورد. جنایات صورت گرفته در بوگورو نیز واجد دوگونه اثر بوده‌اند: نخست آسیب‌های مادی ناشی از جنایات جنگی از جمله کشتار عمدی، تخریب اموال و هدایت عمدی حملات به سوی غیرنظامیانی که در جنگ شرکت ندارند. مواد 8(2)(i)(a)، 8(2)(i)(b) و 8(2)(xiii)(a) اساسنامه و جنایت علیه بشریت شامل قتل (ماده 7(1)(a) اساسنامه) و آسیب‌های غیرمادی (ماده 7(1)(k) تحت عنوان اعمال غیرانسانی مشابه). درباره آسیب‌های غیرمادی که جرایم فرانسلی نیز در این طبقه جای می‌گیرند، سه حیطه قابل ذکر است: نخست از دست دادن فرصت‌ها؛ دوم از بین رفتن زندگی استاندارد؛ سوم خروج اجباری از سرزمین محل سکونت.^۲ درباره آسیب نوع نخست باید گفت در شرایط عادی زندگی، هر شخصی امکان بهره‌مندی از فرصت‌ها و امکانات مختلفی را دارد. از جمله فرصت تحصیل و آموزش، امکان ازدواج و تشکیل خانواده، فرصت اشتغال و کسب درآمد، بهره‌مندی از زندگی آرام و... اما قربانی شدن تحت عنوان هریک از جرایم بین‌المللی چنین امکانی را بزه‌دیده سلب می‌نماید. آسیب نوع دوم دربردارنده ایجاد خلل در جریان عادی زندگی است. به‌عنوان مثال، غالباً پدر وظیفه تأمین معاش خانواده را عهده‌دار است، اما در صورت فقدان چنین عضوی وضعیت معمول زندگی دچار اشکال می‌شود. نوع سوم آسیب‌ها که شامل ترک محل زندگی بدون رضایت است، علاوه بر رنج سفر و مشکلات مربوط به پناهندگی، موجب می‌شود تا پناهندگان از دسترسی به اموال خویش نیز محروم شوند. همچنین آسیب‌های روانی ناشی از مرگ

^۱ International Criminal Court (ICC) (2014). The Prosecutor v. GERMAIN KATANGA, judgment on the appeals against the "Public Document Judgment pursuant to article 74 of the Statute" of 7 March 2014, ICC-01/04-01/07-3436.

^۲ تقسیم‌بندی صورت گرفته بر مبنای آسیب‌های وارد شده در پرونده کاتانگا ارائه شده است. بدیهی است وسعت این تقسیم‌بندی قابل افزایش خواهد بود.

نزدیکان و بستگان، عدم امکان برگزاری مراسم تدفین مطابق آداب و رسوم، انتقال آسیب‌های جسمی یا روانی از والدین به فرزندان دیگر نمونه‌هایی است که هریک به نوعی در کیفیت زندگی اشخاص تأثیر منفی برجای می‌گذارد. اگرچه قربانی چنین آسیب‌هایی بزه‌دیده نخستین نبوده و آسیب به شکل تبعی به قربانی تحمیل می‌گردد، تمامی عناصر مربوط به تحقق یک ضرر و انتساب آن به مرتکب قابل اثبات است و از همین رو الزام مرتکب به جبران خسارت نیز ممکن خواهد بود.

بدین ترتیب در پرونده کاتانگا، حق جبران خسارات ناشی از آسیب‌های مستقیم و غیرمستقیم وارده به قربانیان به رسمیت شناخته شد. دادگاه با اشاره به رأی صادره در پرونده لوبانگا^۱ مفهوم «آسیب» را شامل صدمه، جراحت و آسیب در هریک از جنبه‌های مادی، جسمی و روانی دانسته و تأکید کرده آسیب لزوماً محدود به جنبه مستقیم نیست. در نتیجه قربانیان غیرمستقیم نیز می‌توانند ادعا کنند به علت قربانی شدن فرد نخست آسیب می‌بینند و از این بابت رنج می‌برند.^۲ پذیرش چنین رویکردی با بند ب قاعده ۸۵ دادرسی و ادله نیز منطبق است که آسیب‌دیده را محدود به بزه‌دیده مستقیم ندانسته و به توسعه مفهوم بزه‌دیدگی نظر داشته است.^۳

۴.۳. با واسطه بودن / تبعی بودن آثار جرم

مقصود از این شرط آن است که در آسیب‌های فرانسلی بزه‌دیده باید شخصی به غیر از مرتکب و منجی علیه مستقیم باشد. روشن است که وارد آوردن صدمه به خود تحت عنوان خودزنی یا خودکشی قرار می‌گیرد. اقداماتی نیز که به طور بی‌واسطه به بزه‌دیده صدمه وارد می‌آورند، اگرچه می‌توانند موجب مسئولیت مرتکب شوند، از موضوع بحث خارج است؛ چراکه باتوجه به ماهیت آسیب‌های فرانسلی لازم می‌آید تا آسیب با واسطه به قربانی تحمیل شود. بدین ترتیب آنچه در چنین آسیب‌هایی واجد اهمیت است، تبعی بودن و انتقال صدمه از طریق واسطه به قربانی دومین است، هر چند شخص نخست آسیبی ندیده یا ادعایی در این خصوص نداشته باشد.

چنین رویکردی در پرونده لوبانگا نیز مورد پذیرش قرار گرفت بود. لذا دادگاه باتبعیت از همان رویه، مفهوم «آسیب» را لزوماً محدود به آسیب‌های مستقیم ندانست. از همین رو بیان داشت تفاوتی ندارد که آسیب صرفاً به شکل مادی و جسمی ظهور یابد، بلکه آسیب روانی نیز مشمول این وضعیت است. در نتیجه بستگان شخص فوت شده یا آسیب‌دیده نیز به عنوان قربانیان غیرمستقیم می‌توانند ادعا کنند که به علت آسیب قربانی اصلی دچار آسیب شده‌اند.

۴.۴. ثبوت سببیت

ارتکاب یک رفتار و تحقق آسیب به خودی خود نمی‌تواند موجب تحقق مسئولیت شود، بلکه در صورتی می‌توان مرتکب را مسئول شناخت که میان رفتار او و آسیب حاصله رابطه‌ای انتسابی-عرفی برقرار باشد. دادگاه کاتانگا احراز این رابطه را

^۱ Lubanga

^۲ International Criminal Court (ICC) (2017). The Prosecutor v. GERMAIN KATANGA, judgment on the appeals against the “Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex (Annex I) and one confidential annex ex parte, Common Legal Representative of the Victims, Office of Public Counsel for Victims and Defence team for Germain Katanga (Annex II)” of 24 March 2017, ICC-01/04-01/07-3728.

^۳ Moffet, Luke, *Justice for Victims Before the International Criminal Court*. New York: Routledge, 2014, 86.

همان‌گونه که در پرونده لوبانگا تعریف شده، نیازمند بهره‌گیری از قاعده "But for" یا علت اساسی دانست. ^۱ لذا دادگاه بیان داشت فقط نباید به کلام و گفته مدعیان اکتفا کرد؛ چراکه باتوجه به شرایط اقتصادی موجود بعید نبود که ادعاهای نادرست طرح شود. لذا افاق تجدیدنظر بیان داشت که ادعای آسیب عاطفی بعد از دست‌دادن یک عضو خانواده، نیازمند اثبات هویت خانوادگی است. بنابراین درخواست بازپرداخت فردی زمانی که هیچ ارتباطی علی بین آسیب‌های ادعا شده و جرایم احراز نشده یا هنگامی که چنین ادعایی از جانب فردی که هویت او شناسایی نشده درخواست شده باشد، نباید مورد پذیرش قرار گیرد. ^۲

دادگاه همچنین اشاره داشت که زنجیره‌ای از علل میان یک عمل و نتیجه می‌تواند هنگامی که یک رویداد پس از اعمال اقدام اولیه رخ می‌دهد وجود داشته باشد که باعث رنج یا آسیب شود. استدلال دادگاه آن بود که در چنین پرونده‌هایی باید عوامل مختلفی را مورد توجه قرار داد؛ از جمله دشواری‌هایی که قربانیان ممکن است در دسترسی به مدارک یا شواهد داشته باشند. ^۳ بنابراین متقاضی باید براساس شرایط خاص پرونده، «اثبات کافی» بودن رابطه علی بین جرم و آسیب و رنج وارده را بنماید. بدین ترتیب دادگاه تجدیدنظر بیان داشت اساساً با در نظر گرفتن ماهیت متفاوتی که آسیب‌ها دارند، یک استاندارد کمتر سخت‌گیرانه نیز در اینجا می‌تواند برقرار باشد. لذا قربانیان می‌تواند از استاندارد «فراتر از یک شک معقول» بهره‌مند شوند.

شیوه جبران خسارت ناشی از آسیب‌های فرانسلی

با ظهور و نضج رویکرد عدالت ترمیمی برپایه پاسداری از حق بزه‌دیده، نقش متضررین از جرم در فرایند دادرسی کیفری پررنگ‌تر شد و حمایت از حقوق زیان‌دیدگان از جرم توجه بیشتری را معطوف به خود کرد. ^۴ بدین ترتیب حق جبران خسارت از بزه‌دیدگان نیز به‌مرور در اسناد مختلف بین‌المللی از جمله پرداخت غرامت به بزه‌دیدگان جرایم خشونت‌بار (شورای اروپا، مصوب ۱۹۸۳)، اعلامیه اصول بنیادی عدالت برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت و رهنمودهای بنیادی درباره حق جبران و ترمیم برای بزه‌دیدگان نقص‌های فاحش حقوق بین‌المللی حقوق بشر و نقص‌های شدید حقوق بشردوستانه بین‌المللی (سازمان ملل متحد، مصوب ۱۹۸۵ و ۲۰۰۵) مورد تأکید قرار گرفت. ^۵ در همین راستا ماده ۷۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز پرداخت خسارت قربانیان را مدنظر قرار داده است. مطابق این ماده، دادگاه می‌تواند مستقلاً یا به درخواست هر ذی‌نفع حدود و میزان آسیبی را که به مجنی‌علیه یا دیگر مرتطبین با آنان وارد آمده تعیین کند. از همین رو دادگاه قادر است با التفات به دامنه و وسعت صدمات، جراحات یا زیان‌ها، جبران خسارت به شیوه شخصی، جمعی یا هر دو مورد حکم قرار دهد. (قاعده ۹۷ آیین دادرسی و ادله) طبق قاعده ۱۴۵ نیز در تعیین مجازات بزهکار، وضعیت و وسعت آسیب و خسارت وارد آمده به بزه‌دیده یا خانواده وی، ماهیت رفتار ارتكابی و وسایل استفاده شده در ارتكاب جرم باید مورد توجه قرار گیرد؛ به نحوی که کیفر تعیین شده انعکاسی از میزان قابلیت سرزنش محکوم باشد.

باتوجه به موارد پیش‌گفته مشخص می‌شود که خلأی در زمینه صدور حکم مبنی بر خسارت ناشی از آسیب‌های فرانسلی

^۱ International Criminal Court (ICC) (2017).

^۲ Katanga, paras 47, ICC-01/04-01/07 - - International Criminal Court (ICC) (2017).

^۳ Katanga, paras 47, ICC-01/04-01/07/

^۴ اسدی، لیلاداد، «جبران خسارت ناشی از جرم در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی»، مجله حقوقی دگستری، ۱۳۸۸، دوره ۷۳، شماره ۶۸، صص ۶۵-۹۷.

^۵ جعفری، امین و اصغر احمدی، منبع پیشین.

وجود ندارد؛ چراکه در اسناد مختلف این موضوع مورد توجه قرار گرفته است. اینک باید درصدد یافتن پاسخ این پرسش بود که ماهیت جبران زیان‌های ناشی از چنین آسیب‌هایی چیست؟ به نظر می‌رسد نائل آمدن به پاسخ شایسته نیازمند بررسی افتراقی میان ماهیت و آثار ماهیت در چنین آسیب‌هایی خواهد بود. در واقع، شیوه جبران خسارت مبین ماهیت جبران و مرتبط بودن آسیب‌های وارده به حقوق خصوصی یا عمومی در بردارنده مفهوم اثر ماهیت جرایم فرانسلی خواهد بود. اثر ماهیت پیش‌تر مورد بررسی قرار گرفت، لذا در این بخش راجع به شیوه جبران گفت‌وگو خواهد شد. با رجوع به اسناد بین‌المللی، از جمله اساسنامه دیوان، سه شیوه کلی جبران خسارت شامل جبران خسارت مادی، معنوی و نمادین را می‌توان مدنظر قرار داد.

۵.۱. جبران مادی

جبران آسیب یا خسارت وارد آمده به متضرر یکی از طرق مناسب حراست از حقوق بزه‌دیده بوده که در سطح بین‌الملل مطرح شده است. شناسایی چنین حقی به شکل متکامل در اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی پیش‌بینی شده است. (ماده ۷۵) پیش‌تر متضرر از جرایم بین‌المللی ناچار بودند پس از اتمام فرایند دادرسی و محکومیت متهم برای جبران خسارت به دادگاه‌های داخلی و ملی رجوع کنند.^۱

رجعت به موقعیت پیشین

بهترین و جامع‌ترین روش جبران خسارت در آسیب‌های فرانسلی را می‌توان اعاده به وضعیت پیشین عنوان کرد. به واقع در چنین شیوه‌ای تلاش می‌شود تا آسیب‌دیده به اوضاع و احوال پیش از حادثه بازگردد؛ یعنی در وضعیتی که اثری از خسارت یا آسیب وارده باقی نماند. در کنوانسیون لوگانو (مصوب ۱۹۹۳) بازگردانی یا اعاده به حالت سابق «هرگونه تدبیر متعارف و معقول با هدف بازگرداندن یا اعاده اجزای صدمه‌دیده یا تخریب‌شده...» تعریف شده است.^۲ با توجه به آنکه آماج رفتارهای مجرمانه در جرایم بین‌المللی محدود به دارایی‌های اشخاص نبوده، بلکه در اثنای این مخاصمات ممکن است اموال تاریخی و فرهنگی نیز خسارت ببینند. در جهت پیشگیری و حفاظت، حمله یا تخریب این اموال نیز در زمره جنایات جنگی جرم‌انگاری شده است.

طبق ماده بند ۹ از قسمت ب ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی «هدایت عمدی حملات بر ضد ساختمان‌هایی که برای مقاصد مذهبی، آموزشی، هنری، علمی یا خیریه اختصاص یافته و [نیز بر ضد] آثار تاریخی، بیمارستان‌ها و مکان‌های تجمع بیماران و زخمی‌ها مشروط بر آنکه آن مکان‌ها اهداف نظامی نباشند» مصداق جرم جنگی تلقی شده است.^۳ از آنجایی که بناهای مذکور واجد اهمیت تاریخی و هویتی چه در سطح ملی و چه در سطح بین‌المللی می‌باشند، مؤثرترین راهکار در جهت رفع خسارات وارده بر آنها را باید ترمیم و بازگشت به حالت سابق دانست. لازم به ذکر است ترمیم بنای تخریب شده صرفاً محدود به بناهای دارای ارزش تاریخی، مذهبی و ... نخواهد بود، بلکه تخریب منازل

^۱ سلیمی، صادق و فرزانه جداری فروغی، منبع پیشین.

^۲ جعفری، امین و اصغر احمدی، منبع پیشین.

^۳ خسروی، حسن و فرید سلطان قیس، «حمایت از اموال فرهنگی و تاریخی در حقوق بین‌الملل با نگاهی بر اقدام دیوان بین‌المللی کیفری در قضیه کشور مالی»، مطالعات میان‌فرهنگی، ۱۳۹۶، شماره ۳۳(۱۲)، صص ۱۶۵-۱۹۰.

مسکونی اشخاص نیز می‌تواند مشمول این حکم قرار گیرد. لازم به ذکر است مقصود از رجعت به موقعیت پیشین صرفاً بازگردانی زیان‌دیده به حالتی نیست که پیش از تحقق آسیب وجود داشته، بلکه چنین موضوعی را باید شامل موقعیتی دانست که در صورت عدم بروز آسیب یا زیان می‌توانست برای وی برقرار باشد. لذا دامنه‌ی اعدا و وضعیت غالباً وسیع‌تر از بازگردانی وضعیت پسین برای بزه‌دیده خواهد بود. با این حال باید توجه داشت که بهره‌مندی از چنین شیوه‌ای در تمامی حالات قابلیت اجرا ندارد. بنابراین می‌توان دیگر صور جبران خسارت را مدنظر قرار داد.

محکومیت مالی

جبران نسبی خسارت از بزه‌دیده را می‌توان جایگزین جبران کامل خسارت دانست. در این روش سعی می‌شود تا با پرداخت پول متناسب با آسیب یا ضرر تحقق یافته از ضرر وارده رفع اثر شود. اگرچه مابه‌ازای مادی به طور کامل نمی‌تواند آسیب‌دیده را به موقعیت پیشین بازگرداند، می‌توان امید داشت تا این شیوه‌ای تا حد زیادی اثر ضرر حادث شده را رفع کند. مطابق بند ۳ از ماده ۷۵ اساسنامه، دادگاه قادر است مستقیماً متهم را به پرداخت مالی محکوم نماید. به منظور حفظ حقوق بزه‌دیده نیز ماده ۵۷ اساسنامه امکان تأمین اموال متهم را پیش‌بینی کرده است. در همین راستا دول عضو مکلف‌اند تا همکاری شایسته با دیوان در زمینه ردگیری و شناسایی دارایی متهم داشته باشند. از همین‌رو در پرونده لوبانگا شعبه‌ی مقدماتی دادگاه خواستار کمک دولت‌های عضو به منظور کشف، اعلام و توقیف اموال و حساب‌های متهم شد.^۱ حکم به جبران خسارت یک‌میلیون دلاری در قالب تهیه مسکن، توان‌بخشی و فعالیت‌های درآمدزا نیز یکی از مجازات‌هایی بود که در پرونده کاتانگا مورد حکم قرار گرفت. (همان: ۳۲) لازم به ذکر است در صورتی که محکومیت‌های متعدد مالی صادر شده باشد، پرداخت غرامت به متضرر از جرم در اولویت قرار خواهد داشت.

جبران معنوی

در زمان حاضر پذیرفته شده که ورود ضرر زیان منحصر به زایل شدن نفعی مادی نیست. بلکه آسیب ممکن است به دیگر منافع از جمله آبرو، حیثیت، عواطف و... انسان نیز وارد آید. بدین ترتیب جبران زیان‌های محقق نیز محدود به حالت مادی نیست و تاوان اقدامات آسیب‌زا می‌تواند به شکل معنوی مورد حکم قرار گیرد. با توجه به گستردگی اقدامات زیان‌بار معنوی، شاید نتوان به شکل حصری مصادیق آن را مشخص ساخت؛ بنابراین بهترین راهکار آن است که تعیین مصادیق در این زمینه را منوط به نظر عرف کرد.^۲ باید توجه داشت ماهیت جبران ناشی از ضررهای معنوی بیش از آنکه جنبه‌ی مادی باشد، در تسلی خاطر و خشنودی آسیب‌دیده نقش آفرین است، حتی اگر جبران زیان به پول تقویم شده باشد. به‌طور کلی شیوه‌ی جبران خسارت معنوی را می‌توان به دو دسته کلی مالی و غیرمالی تقسیم کرد.

بازسازی وضعیت بزه‌دیده

بازسازی وضعیت بزه‌دیده مفهومی است که در کنار مفاهیم بازدارندگی، تربیت و اصلاح بزهکار در جرم‌شناسی به کار رفته

^۱ سلیمی، صادق و فرزانه جداری فروغی، منبع پیشین.

^۲ نیک فرجام، زهره، «جبران خسارت معنوی در فقه و حقوق»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، ۱۳۹۲، شماره ۱۱(۶)، صص ۱۰۵-۱۲۷.

است. جبران زیان و فراهم آوردن شیوه‌هایی به‌منظور رفع یا به حداقل رساندن آثاری که بزه به بزه‌دیدگان وارد کرده در بردارنده مفهوم بازسازی وضعیت بزه‌دیده است. این درحالی است که بازدارندگی و اصلاح به شخص بزه‌کار مشرف‌اند. با توجه به آنکه اولاً مسئولیت شخصی به رسمیت شناخته شده و ثانیاً وظیفه تأمین امنیت همگانی بر دوش دولت است، می‌توان چنین برداشت کرد افرادی که ناقض قانون‌اند، ملزم به جبران ضرر وارده می‌باشند؛ اما اگر واقعاً توانایی در انجام دادن این مهم را ندارند، زیان وارده بر بزه‌دیده می‌بایست از طریق بودجه عمومی دولت جبران شود.

ارائه خدمات حمایتی

برنامه‌های مبتنی بر حمایت از بزه‌دیدگان غالباً معطوف به جرایم خشونت‌آمیز است. در چنین فرایندی ضمن آگاهی‌بخشی به بزه‌دیده نسبت به حقوق‌اش، فضایی فراهم می‌شود تا صدای بزه‌دیده نیز شنیده شود. حداقل ثمره چنین خدمتی آن خواهد بود که احساس ناتوانی، ناامیدی و درماندگی بزه‌دیده تقلیل و احساس حمایت به ایشان انتقال یابد. جنبه دیگر فرایند حمایت از بزه‌دیده آسیب‌شناسی و ارائه تدابیر درمانی است. شناخت آسیب‌هایی وارده به قربانی جرم شامل شناسایی اقسام آسیب‌های جسمانی، روانی و عاطفی است.^۱ متعاقب این مرحله لازم است تا تدابیر پزشکی، دارودرمانی و روان‌درمانی به بزه‌دیده ارائه شود. مبرهن است نوع خدمات درمانی شیوه واحد ندارد و بسته به آسیبی که به زیان‌دیده وارد می‌شود، درمان پیشنهادی ممکن است کوتاه یا بلندمدت باشد.

۵.۳. جبران نمادین

حقوق بین‌الملل با گذشت زمان شیوه جبران خسارات را توسعه بخشیده است. به‌نظر می‌رسد چنین پیشرفتی در هیچ‌کجا به مانند حقوق بشر بین‌المللی چشمگیر نبوده است.^۲ چنین غرامتی مربوط به زمانی است که ثابت شود شخص مسئول از قانون تخطی کرده اما زیان وارده بسیار ناچیز یا بسیار شدید بوده است. مصداق مورد اخیر رأی صادره در پرونده کاتانگا است. در ماه مارچ سال ۲۰۱۷، دادرسان شعبه دادرسی با صدور حکمی کاتانگا را به پرداخت یک میلیون دلار محکوم و محکوم‌علیه را ملزم کردند تا به ۲۹۷ قربانی و بزه‌دیده جرایم صورت‌گرفته به صورت نمادین ۲۵۰ دلار پرداخت کند. مابقی مبلغ نیز برای جبران خسارت‌های جمعی از جمله خانه‌سازی، حمایت از آموزش، فعالیت‌های کارآفرینی و حمایت‌های روان‌شناختی صرف شود.^۳ برای به رسمیت شناختن این نوع غرامت باید گفت رفتار خطایی رخ داده که نهایتاً به حقوق شخص یا اشخاصی لطمه‌ای وارد کرده است؛ لذا لازم است تا به نوعی از حقوق فرد حمایت شود. البته نباید چنین پنداشت که نمادین تلقی شدن شیوه جبران، لزوماً به دلیل برخورداری از اهمیت کمتر است، بلکه این نوع از شیوه جبران نیز در جای خود حائز اهمیت است.

نتیجه‌گیری

جوامع بشری از دیرباز بزه را تجربه کرده و عکس‌العمل‌های متفاوتی نیز در قبال آن شاهد بوده‌اند. فرازوفرودهای رخ داده

^۱ خدادادی، ابوالقاسم و مریم افتخار، «بازتوانی بزه‌دیده در پرتو بزه‌دیده‌شناسی بالینی»، پژوهش حقوق کیفری، ۱۳۹۵، ۱۷ شماره (۵)، صص ۱۲۷-۱۵۴.

^۲ Megret, Frédéric, *The International Criminal Court and the Failure to Mention Symbolic Reparations*. International Review of Victimology, 2009, pp 2-22.

^۳ Katanga, para ICC-01/04-01/07 306/

در این مسیر نهایتاً سبب شد تا هدف والای علم حقوق که همانا اجرای عدالت است سرلوحه کار قرار گیرد. از همین رو به‌عنوان قاعده‌ای کلی در این علم پذیرفته شد هر جا رفتاری خسارتی پدید آورد، مرتکب از آن بابت مسئول شناخته شود و ملزم به جبران باشد. در این بین نیز تفاوتی میان ورود آسیب به شکل باواسطه یا بی‌واسطه نیست. شناسایی مسئولیت بابت رفتارهای مجرمانه بدو در حقوق داخلی کشورها شکل گرفت و نضج یافت، اما ملاحظات حقوق بشری سبب شد تا برخورد با مرتکبان جنایات بین‌المللی نیز به مطالبه‌ای جهانی بدل شود. تأسیس دادگاه کیفری بین‌المللی به این مهم تحقق بخشید. با وجود این، شیوه ارتکاب و گستره آثار ناشی از جرایم در این سطح موجب شده تا صدور حکم در تمامی موارد به سهولت امکان‌پذیر نباشد. تحقق آسیب‌های فرانسلی یکی از این موارد است. هرچند در اساسنامه دیوان تمایزی میان آسیب‌های مستقیم و غیرمستقیم وجود ندارد، قضات دیوان در پرونده کاتانگا به دلیل ابهام در احراز رابطه سببیت ظهور آسیب‌هایی را که با واسطه انتقال یافته بود، مشمول صدور حکم ندانسته‌اند. این در حالی است که مطالعات علمی بر پایه دو نظریه انتقال اپی‌ژنتیک و انتقال اجتماعی برقراری رابطه میان رفتار زیان‌بار و آسیب را روشن می‌کند. لذا مانعی در صدور حکم در این زمینه وجود ندارد. بدیهی است شناسایی مسئولیت ناشی از آسیب‌های فرانسلی احترام به منزلت بزه‌دیده و رعایت کرامت انسانی او، میسر شدن فرصت حمایت از بزه‌دیده و فرصت جبران خسارت را فراهم خواهد کرد. شیوه جبران نیز به طرق مختلف می‌تواند صورت گیرد. این در حالی است که تطابق شیوه جبران خسارت با وضعیت زیان‌دیده بهترین و عادلانه‌ترین راهکاری است که می‌توان از آن بهره جست. بنابراین چگونگی جبران آسیب به بزه‌دیده باید متناسب با زیانی باشد که به وی وارد شده است.

منابع

کتاب

۱. بولک، برنار، **کیفرشناسی**، مترجم حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: مجد، ۱۳۸۴.
۲. رایجیان اصلی، مهرداد، **بزه دیده شناسی**. تهران: شهر دانش، ۱۳۹۰.

مقاله

۳. اسدی، لیلاداد، «جبران خسارت ناشی از جرم در دادرسی‌های کیفری بین‌المللی»، *مجله حقوقی دادگستری*، ۱۳۸۸، دوره ۷۳، شماره ۶۸، صص ۶۵-۹۷.
۴. جانی پور، مجتبی و سیده آسیه موسوی معاف، «تأملی بر اعمال صلاحیت تکمیلی در عدم اقدام دولت»، *اندیشه‌های حقوق کیفری*، ۱۳۹۴، صص ۱۰۷-۱۳۵.
۵. جعفری، امین واحمدی، اصغر. «جبران خسارات جرائم زیست محیطی در حقوق بین‌الملل و ایران»، *مطالعات حقوق عمومی*، ۱۳۹۸، شماره ۴۹(۲)، صص ۶۱۳-۶۳۳.
۶. خدادادی، ابوالقاسم و افتخار، مریم. «بازتوانی بزه‌دیده در پرتو بزه‌دیده شناسی بالینی»، *پژوهش حقوق کیفری*، ۱۳۹۵، ۱۷ شماره (۵)، صص ۱۲۷-۱۵۴.
۷. خسروی، حسن و سلطان قیس، فرید. «حمایت از اموال فرهنگی و تاریخی در حقوق بین‌الملل با نگاهی بر اقدام دیوان بین‌المللی کیفری در قضیه کشور مالی»، *مطالعات میان فرهنگی*، ۱۳۹۶، شماره ۳۳(۱۲)، صص ۱۶۵-۱۹۰.
۸. سلیمی، صادق و جداری فروغی، فرزانه. «جبران خسارت ناشی از ارتکاب جنایات بین‌المللی در دیوان بین‌المللی کیفری برای بزه دیده در پرتو آراء صادره»، *مجله بین‌المللی پژوهش ملل*، ۱۳۹۷، شماره ۳۶(۳)، صص ۲۱-۳۶.

۹. غلامی، حسین و رستمی غازانی، امین. «زمینه های عدالت ترمیمی در اساسنامه دیوان کیفری بین المللی»، پژوهش حقوق کیفری، ۱۳۹۲، شماره ۲(۴)، صص ۳۳-۶۴.
۱۰. فرجیها، محمد و بازیار، ابوالقاسم. «جبران دولتی خسارت های بزه‌دیدگان در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، حقوق تطبیقی، ۱۳۹۰، شماره ۲(۲)، صص ۱۳۳-۱۵۲.
۱۱. کاتوزیان، ناصر و مهدی انصاری، «مسئولیت ناشی از خسارت‌های زیست محیطی»، فصلنامه حقوق، ۱۳۸۷، شماره ۲(۳۸)، صص ۳۱۳-۲۸۵.
۱۲. میرمحمدصادقی، حسین و رسول عابد، «صلاحیت دادگاه کیفری بین المللی در رسیدگی به جرایم علیه اجرای عدالت کیفری با مطالعه موردی پرونده توماس لوبانگو»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۰، صص ۱۸۱-۲۰۴.
۱۳. میرمحمدصادقی، حسین و علی رحمتی، «دلایل و مبانی حقوقی تأسیس دادگاه‌های کیفری مختلط (بین المللی شده) از منظر داخلی و بین المللی»، پژوهش حقوق کیفری، ۱۳۹۷، شماره ۷(۲۵)، صص ۲۹۹-۳۲۹.
۱۴. نیک فرجام، زهره، «جبران خسارت معنوی در فقه و حقوق»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، ۱۳۹۲، شماره ۱۱(۶)، صص ۱۰۵-۱۲۷.

References

Books

1. Ashworth, Andrew. *Principles of criminal law*. Sixth edition. Oxford, 2009.
2. Bolek, Berner, *Criminology*, Translated by: H. Najafi Abrandabadi, Tehran: Majd, 2008. (In Persian)
3. Bunnin, Nicholas & e.p tusi-james. *The Blackwell companion to philosophy*. Oxford: Blackwell publishing, 2003.
4. Cassese, Antony. *International Criminal law*. Britania: Oxford University, 2008.
5. Cassese, Antony. *International Criminal Law*. United Kingdom: oxford university press, 2013.
6. Ebbesson, Jonas & Okowa phoebe. *Enviromental law and justice in context*. u.s.a: Cambridge university press, 2009.
7. Eileen, skinnider. *Effect, issues and challenges for victimes of crimes that have a significant impact on the environment*. Canada: international center for criminal law reform and criminal justice policy, 2013.
8. Halsey, mark & rob white. *Crime, Ecophilosophy and environmental harm, green criminoligy*. Burlington: ashgate publishing, 2006.
9. Moffet, Luke. *Justice for Victims before the Intrnational Criminal Court*. New York: Routledge, 2014.
10. Pearce, John. & Pezzot-Pearce, Terry. *Psychotherapy of abused and neglected children*. New York and London: Guilford press, 2007.
11. Rajjian ASL, Mehrdad, Visual inspection. Tehran: Shahr Danesh, 2011. (In Persian)
12. Riggs, AD, VEA Russo and RA Martienssen. *Epigenetic mechanisms of gene regulation*. Newyork: Cold Spring Harbor Laboratory Press, 1996.
13. Siegle, Larry. J. *Criminology: The Core*. United States: Wadsworth, 2011.
14. Tyler, T.R and H.J Smith, *Social justice and social movements*. New York: McGraw-Hill, 1998.

Articles

15. Ainsworth, Mary S. "Infant-mother attachment." *American Psychologist* 34.10 (1979): 932-937.
16. Armour, Cherie, Ask Elklit and Mark Shevlin. "Attachment typologies and posttraumatic stress disorder (PTSD), depression and anxiety: a latent profile analysis approach." *European Journal of Psychotraumatology*, 2011.
17. Asadi, Lilasadat, "Compensation for damages caused by crime in international criminal proceedings", *Judicial Law Journal*, Volume 73, Number 68, 2018. (In Persian)

18. Asch, Solomon E. "Studies of independence and conformity: A minority of one against a unanimous majority." *Psychological Monographs* 70.416, 1956.
19. Bakowski, pioter. *Victimes of environmental crime*. European: library of European parliament, 2012.
20. Bassiouni, M. Cherif. "International Recognition of Victims' Rights." *Human Rights Law*, 2006.
21. Berger, SL, et al. "An operational definition of epigenetics." *Genes Dev* 2.7, 2009.
22. Bird, Adrian. "Perceptions of epigenetics." *NATURE* 447, 2007.
23. Bowlby, J. "Maternal care and mental health." *Bulletin of the World Health Organization* 3.3, 1951.
24. establishment of mixed criminal courts (internationalized) from the domestic and international
25. Farjiha, Mohammad and Baziar, Abulqasem, State compensation for the victims in the criminal law of Iran and England. *Applied Law*, 2(2), 2011. (In Persian)
26. Fraley, R. Chris & Susan Spieker. "Are Infant Attachment Patterns Continuously or Categorically Distributed? A Taxometric Analysis of Strange Situation Behavior." *Developmental Psychology* 39.3 2003.
27. Gholami, Hossein and Rostami Ghazani, Amin, The fields of restorative justice in the statute of the International Criminal Court. *Criminal law research*, 2(4), 2012. (In Persian)
28. Gottlieb, G. "Probabilistic epigenesis." *developmental science* 10.1, 2007.
29. Huang, Lanying. "Unmet needs and service satisfaction of victim support for the direct and indirect victims of serious violence: Results from a cross-sectional survey in Taiwan." *PLOS ONE*, 2018.
30. Jafari, Amin and Ahmadi, Asghar, Compensation for environmental crimes in international law and Iran. *Public Law Studies*, 49(2), 2018. (In Persian)
31. Janipour, Mojtabi and Seyedah Asieh Mousavi Maaf, Reflection on the application of supplementary jurisdiction in the absence of government action. *Criminal Law Thoughts*, 2014. (In Persian)
32. Jodoin, Sébastien. "Crimes against Future Generations: Implementing Intergenerational Justice through International Criminal Law." *Intergenerational Justice Review* 10.1, 2010.
33. Katouzian, N., Ansari, M, Liability for environmental damage. *Law Quarterly*, 2(38), 2008. (In Persian)
34. Khodadadi, Abulqasem and Iftikhar, Maryam, The power of victims in the light of clinical victimology. *Criminal law research*, 17(5), 2015. (In Persian)
35. Khosravi, Hassan and Sultan Qais, Farid, Protection of cultural and historical property in international law with a look at the action of the International Criminal Court in the case of the country of Mali. *Intercultural Studies*, 33(12), 2016. (In Persian)
36. McCrudden, Christopher. "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights." *European Journal of International Law* 19.4, 2008.
37. Megret, Frederic. "The International Criminal Court and the Failure to Mention Symbolic Reparations." *International Review of Victimology*, 2009.
38. Mirmohammad Sadeghi, H., Abid, R, Jurisdiction of the International Criminal Court in dealing with crimes against the implementation of criminal justice with a case study of the case of Thomas Lubango. *Perspectives on judicial law*, 2011. (In Persian)
39. Mirmohammad Sadeghi, H., and Rahmati, A, Reasons and legal foundations for the
40. Nik Farjam, zohreh. (2013). Compensation for moral damage in jurisprudence and law. *Jurisprudential foundations of Islamic law*, 11(6), 2013. (In Persian)
41. Orth, Uli. "Secondary Victimization of Crime Victims by Criminal Proceedings." *Social Justice Research* 15.4, 2002.
42. Perspective. *Criminal Law Research*, 7(25), 2017. (In Persian)
43. Rothhaar, Markus. "Human dignity and human rights in bioethics: the Kantian approach." *Med Health Care and Philos* 13, 2010.
44. Russell A, Isabella. "Origins of Attachment: Maternal Interactive Behavior across the First Year." *Society for Research in Child Development* 64.2, 1993.

45. Salimi, Sadegh and Jadhari Foroughi, Farzaneh, Compensation for the damages caused by the commission of international crimes in the International Criminal Court for the victim in the light of the decisions issued. *International Journal of Nations Research*, 36(3), 2017. (In Persian)
46. Waddington, CH. "The epigenotype." *Endeavour* 1, 1942.
47. Weinhold, Bob. "Epigenetics: the science of change." *Environmental health perspectives* 114, 2006.

Cases

48. International Criminal Court (ICC), The Prosecutor v. GERMAIN KATANGA, judgment on the appeals against the "Public Document Judgment pursuant to article 74 of the Statute" of 7 March 2014, ICC-01/04-01/07-3436, 2014.
49. International Criminal Court (ICC), The Prosecutor v. GERMAIN KATANGA, judgment on the appeals against the "Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute With one public annex (Annex I) and one confidential annex ex parte, Common Legal Representative of the Victims, Office of Public Counsel for Victims and Defence team for Germain Katanga (Annex II)" of 24 March 2017, ICC-01/04-01/07-3728, 2017.
50. Situation in the Democratic Republic of the Congo The Prosecutor v. GERMAIN KATANGA. No. ICC-01/04-01/07-3436-tENG. International criminal Court. 7 March 2014.
51. Situation in the Democratic Republic of the Congo The Prosecutor v. GERMAIN KATANGA. No. ICC-01/04-01/07-3728-tENG. International criminal Court. 24 March 2017.
52. Situation in the Democratic Republic of the Congo The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. No. ICC-PIDS-CIS-DRC-01-016/17. International Criminal Court. 14 March 2012.
53. Tadić. No. IT-94-1. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 14 Dec 1995.
54. The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana. No. ICTR-95-1-A. International Criminal Tribunal for Rwanda (Appeals Chamber), Tanzania. 1 June 2001.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Analytical-Critical Re-Reading of the Criteria for Distinguishing the Crimes Imposed by the Hadd from the Crimes of Taziri

Hossein Khodayar¹

ABSTRACT

According to common belief, the dual penal system of hadd-ta'zir has stability in terms of crimes subject to hadd and ta'zir. The prerequisite for this consistence is the clarity of listed crimes subject to hadd and ta'zir and the requirement of this matter is the existence of a clear and precise criterion for separating the crimes subject to hadd and ta'zir from each other. In order to measure the validity of this stability and its requirements in the criminal system of hadd-ta'zir, first through an analytical approach, it is determined that the principle in punishments is to be ta'zir. Only in certain cases and in a disciplined manner this principle is abandoned. By a critical approach and regarding jurisprudential narrations and writings, the existing and probable criteria for considering hadd punishments are presented and analyzed. Accordingly many crimes that are considered as subject to hadd are challenged. Finally, it becomes clear that the dual hadd-ta'zir is not constant in terms of crime as it is commonly considered and with methodical ijtehad, changes in the list of crimes subject to hadd and ta'zir can be accepted.

KeyWords: Crimes Subject to Hadd, Crimes Subject to Ta'zir, The Principle of Ta'zir, Criteria for Considering Hadd Punishments, The Penal System of Hadd-Ta'zir

How to Cite: Khodayar, Hossein, "Analytical-Critical Re-Reading of the Criteria for Distinguishing the Crimes Imposed by the Hadd from the Crimes of Taziri", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 193-212.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.226325.2135>

Received: 20/06/2022-Accepted: 15/01/2023

1. Assistant Professor, Faculty of Theology, Law and Islamic Studies, University of Sistan & Baluchestan, Zahedan, Iran

Corresponding Author Email: h.khodayar@theo.usb.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



بازخوانی تحلیلی- انتقادی ملاک تفکیک جرایم مستوجب حد از جرایم تعزیری

حسین خدایار^۱

چکیده

بنابر تلقی رایج، نظام کیفری دوگانه حد-تعزیر، از جهت جرایم مستوجب حد و تعزیر ثبات دارد. لازمه این ثبات، روشن و مشخص بودن فهرست جرایم مستوجب حد و تعزیر است. و لازمه این مطلب، وجود ملاک روشن و دقیق برای تفکیک جرایم مستوجب حد و تعزیر از یکدیگر است. برای سنجش پستوانه این ثبات و لوازم آن در نظام کیفری حد-تعزیر، ابتدا با رویکردی تحلیلی، مقرر شد که اصل در مجازات‌ها تعزیری بودن است. صرفاً در موارد یقینی و به طور ضابطه‌مند می‌توان از ذیل این اصل خارج شد. سپس با رویکردی انتقادی و با عنایت به روایات و نوشته‌های فقهی، ضابطه‌های موجود و محتمل برای حدانگاری کیفرها ارائه و تحلیل شد و از این رهگذر، حدی بودن بسیاری از جرایمی که در تلقی رایج مستوجب حد قلمداد می‌شوند، به چالش کشیده شد. درنهایت روشن شد که دوگانه حد-تعزیر از جهت جرم، آن‌گونه که در تلقی رایج متصور است، ثبات ندارد و می‌توان با اجتهاد روشمند تغییراتی را در فهرست جرایم مستوجب حد و تعزیر پذیرفت.

کلید واژگان: جرایم مستوجب حد، جرایم مستوجب تعزیر، اصل تعزیری بودن کیفر، ضابطه حدانگاری کیفر، نظام کیفری حد-تعزیر.

استناد به این مقاله: خدایار، حسین، «بازخوانی تحلیلی- انتقادی ملاک تفکیک جرایم مستوجب حد از جرایم تعزیری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۱۹۳-۲۱۲.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.226325.2135>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۲۵

۱. استادیار، دانشکده الهیات، حقوق و معارف اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: h.khodayar@theo.usb.ac.irCopyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

فقه کیفری اسلام عمدتاً مبتنی بر نظام دوگانه و افتراقی حد-تعزیر است.^۱ در این نظام کیفری، دو دسته از جرایم وجود دارند که به صورت افتراقی، مشمول واکنش کیفری قرار می‌گیرند. دسته نخست، جرایمی که واکنش کیفری به آن‌ها فقط از طریق نوع، میزان و کیفیت خاصی از مجازات، ممکن و مجاز است. بنابر فرض، کیفر مربوط به این جرایم، تعیین شده، ابدی و تغییرناپذیر است. در اصطلاح به جرایمی که مستلزم پاسخ‌دهی کیفری به شیوه ثابت هستند، جرایم مستوجب حد گفته می‌شود. دسته دیگر، جرایمی که برای پاسخ‌دهی کیفری، منحصر به نوع، میزان و کیفیت خاصی از مجازات نیستند، بلکه کیفر دادن مرتکبان آن‌ها، بر اساس مصالح و شرایط گوناگون، از جهت نوع، میزان و کیفیت مجازات، امری منعطف، متحول و تغییرپذیر است. در اصطلاح به جرایمی که مستلزم واکنش کیفری به شیوه متغیّرند، جرایم مستوجب تعزیر گفته می‌شود.

برابر تلقی رایج، نظام کیفری دوگانه حد-تعزیر از جهت جرایم مستوجب حد یا تعزیر ثبات دارد. به گونه‌ای که آنچه مستوجب حد یا تعزیر است، برای همیشه حدی یا تعزیری خواهد ماند و در فهرست این دو دسته از جرایم، افزایش و کاهش پدید نخواهد آمد. این شکل از ثبات، دست‌کم مستلزم این است که دقیقاً معلوم باشد هر جرمی مستوجب کدام نوع از پاسخ‌دهی کیفری است. لازمه این مطلب نیز این است که ضابطه تفکیک جرایم مستوجب حد از جرایم مستوجب تعزیر دقیقاً مشخص باشد تا بر اساس آن سیاهه جرایم مستوجب حد و جرایم مستوجب تعزیر، بی‌ابهام و با ضابطه تعیین شود.

در این پژوهش، برای بازشناخت موجبات حد و تعزیر از یکدیگر، پس از تأسیس اصل اولی در مسئله، همه احتمال‌هایی که ممکن است به عنوان ملاک حدی یا تعزیری بودن جرایم وجود داشته باشد، بادقت کشف و تحلیل می‌شوند. سپس، ملاک‌هایی که برای حدانگاری کیفرها یافته می‌شود، با رویکردی انتقادی بر جرایمی که در تلقی رایج، مستوجب حد قلمداد می‌شوند، عرضه می‌شود تا فهم رایج فقهی از موجبات حد به چالش کشیده شود.

تأسیس اصل اولی

آیا اصل اولی درباره جرایم، حدی بودن است یا تعزیری بودن؟ اصل، هریک از این دو باشد، باید برای مورد خلاف آن، با دلایل کافی و به گونه‌ای قانع‌کننده، استدلال کرد. با توجه به اینکه مستوجب حد یا تعزیر بودن جرایم، در گرو ماهیت کیفر آن‌هاست، برای شناخت حدی یا تعزیری بودن جرم باید به ماهیت کیفری که برای آن مقرر شده، بازگشت. شیخ انصاری، در آغاز بحث خیارات از کتاب مکاسب، در مقام تأسیس اصل اولی چهار معنا را برای اصل بیان می‌کند^۲ که همان معانی محور بحث حاضر برای تأسیس اصل اولی خواهند بود.

اصل در معنای رجحان و غلبه

اصل، معنایی است که رجحان داشته و در آغاز به ذهن متبادر می‌شود. راه به دست آوردن چنین معنایی غلبه است. به این ترتیب معنای اصل، هر آن چیزی است که در آن باب ظاهر باشد. به نظر می‌رسد که درباره کیفر، معنای ظاهر و

^۱ العاملی، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، جلد ۲، قم: کتابفروشی مفید، بی‌تا، صص ۱۴۴-۱۴۲؛ نوبهار، رحیم و امیر عرفانی فر، «واکاوی تحلیلی- انتقادی تفاوت‌های میان حد و تعزیر»، *فصلنامه راهبرد*، ۲۶/ بهار ۱۳۹۶، شماره ۸۲، صص ۲۲۷-۲۱۲.

^۲ انصاری دزفولی، مرتضی بن محمدامین، *کتاب مکاسب المحرمه و البیع و الخیارات*، جلد ۵، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵، صص ۱۵-۱۳.

راجح تعزیر یا مجازات تغییربردار است و منشأ این ظهور چیزی نیست جز غلبهٔ افرادی و مصداقی. آنچه در آغاز از کیفر به ذهن متبادر می‌شود، تغییر است و این معنا رُجحان دارد. رویکرد کلی شارع با تقسیم‌بندی مرسوم مجازات‌ها در فقه نیز گواهی بر این معناست. درحالی‌که افراد و مصداقی جرایم مستوجب حد به‌دشواری به ده یا بیست مورد می‌رسند، فهرست بلندی از جرایم مستوجب تعزیر وجود دارد.^۱

اصل در معنای قاعدهٔ مستفاد از عمومات

اصل قاعده‌ای است که عمومات موجود در آن باب به دست می‌دهند. چه بسا بتوان در این باره، به قواعد عام حاکم بر مجازات‌ها به‌عنوان عمومات موجود در باب کیفر بازگشت.

اصل تناسب جرم و مجازات

یکی از قواعد عام حاکم بر مجازات‌ها اصل تناسب جرم و مجازات می‌باشد.^۲ اقتضای استفادهٔ بهینه از مجازات این است که نوع و میزان مجازات با توجه به ویژگی‌های جرم ارتکابی تعیین شود. بنابراین چنانچه شدت و ضعف مجازات، متناسب با شدت و ضعف جرم نباشد، چنین مجازاتی عادلانه نخواهد بود.^۳ تعیین مجازات ثابت برای یک رفتار مجرمانه که ممکن است در درجات مختلف تحقق پیدا کند، بدون توجه به شدت و ضعف و درجات تحقق آن، با اصل تناسب جرم و مجازات منافات دارد. بنابراین، تعزیر است که می‌تواند مجرای قاعدهٔ عام تناسب جرم و مجازات باشد.^۴ شهید اول، جریان اصل تناسب در تعزیرات، و عدم جریان آن در حدود را یکی از تفاوت‌های حد و تعزیر معرفی می‌کند.^۵

اصل فردی کردن مجازات‌ها

یکی دیگر از قواعد عام حاکم بر مجازات‌ها اصل فردی کردن مجازات‌هاست. به‌کارگیری این قاعده مستلزم توجه به ویژگی‌ها و وضعیت مرتکب جرم و سایر مصالح اجتماعی در تعیین نوع و میزان مجازات است. «این اصل اجازه می‌دهد که دادرسان بتوانند به جای مجازات معمولی به مجازات متناسب رأی دهند. این اصل مخالف ثابت بودن مجازات‌هاست.»^۶

قاعدهٔ درء

«قاعدهٔ درء» یکی دیگر از قواعد عام حاکم بر کیفر است. مقصود از حد در روایت «ادرئوا الحدود بالشبهات»^۷ مطلق مجازات است و نه حدود اصطلاحی. بنابراین، مفاد این قاعده در همهٔ مجازات‌ها قابل اعمال است. نباید پنداشت که برای

^۱ نوپهار، رحیم، *اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی - چشم‌اندازی اسلامی*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹، ص ۲۵۲.

^۲ موسوی اردبیلی، سید عبد‌الکریم، *فقه الحدود و التعزیرات*، جلد ۳، قم: مؤسسهٔ النشر لجامعهٔ المفید رحمه الله، ۱۴۲۷، جلد ۳، ص ۵۷۲.

^۳ سوره یونس، آیه ۲۷؛ سوره غافر، آیه ۴۰؛ محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، جلد ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۲۲۳.

^۴ نوپهار، رحیم، *منبع پیشین*، صص ۲۲۴ - ۲۲۳.

^۵ العاملی، محمد بن مکی، *منبع پیشین*، ص ۱۴۳.

^۶ الهام، غلام‌حسین و محسن برهانی، *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*، جلد ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳، ص ۳۹.

^۷ بروجردی، سید حسین، *منابع فقه شیعه (متن و ترجمه جامع احادیث الشیعه)*، جلد ۳۰، مترجمان: احمد اسماعیل تبار، سید احمدرضا

حسینی و مهدی حسینیان قمی، تهران: فرهنگ سبز، ۱۳۸۷، ص ۵۹۲، ح ۳.

جریان این قاعده، نخست باید صدق عنوان حدی بودن را احراز کرد.^۱ با توجه به اینکه غالباً مجازات‌های حدی شدیدتر از مجازات‌های تعزیری‌اند، چنانچه فقیه در مقام بررسی ماهیت یک مجازات میان حد و تعزیر مردّد بود، اقتضاء قاعده درء، سقوط حدی بودن آن است. هم‌راستا با قاعده درء، می‌توان از «اصل احتیاط در دماء»^۲ و «بناء حدود بر تخفیف و مسامحه»^۳ نیز یاد کرد. اقتضاء این قواعد، تعزیری قلمداد کردن مجازات‌هایی است که ماهیتاً مشکوک‌اند.

اصل برائت

حالت اولیه براساس «اصل برائت»، رهایی و آزادی از تکلیف است و وضع هرگونه تکلیف الزامی که نقض آن، جرم و مستوجب مجازات باشد، با اصل برائت مخالفت دارد. سپس، چنانچه کسی مرتکب جرمی شده باشد که در مستوجب حد یا تعزیر بودن آن تردید وجود دارد، اقتضاء اصل مزبور، برائت ذمه وی از حد است. در روایات، یک‌سری قواعد خاص بر حدود بار شده که در تلقی رایج، منصرف به حدود اصطلاحی شده‌اند.^۴ این قواعد خاص منجر به وجود محدودیت‌هایی در حدود اصطلاحی شده‌اند. حال چنانچه در حد یا تعزیر بودن مجازاتی تردید کنیم، اصل فوق، مقتضی برائت ذمه مرتکب از حد و قواعد اختصاصی و محدودکننده آن است. در مباحث مربوط به حدود، به این اصل بسیار استناد شده است.^۵

اصل در معنای استصحاب

سومین معنای اصل استصحاب است. چنانچه مهم‌ترین ویژگی جرایم مستوجب حد را «تقدیر شرعی» بدانیم،^۶ مقتضای «اصل عدم» عدم تقدیر شرعی خواهد بود. بنابراین، برای اثبات اینکه جرمی مستوجب حد است، لزوماً باید تقدیر شرعی، البته به شکلی که حد را ایجاد می‌کند، احراز شود. در فرض تردید، «استصحاب عدم تقدیر» مقتضی تعزیری بودن مورد مشکوک است.

اصل در معنای اساس و طبع اولیه

اصل، ریشه، اساس و طبع نخستین موضوع مورد بحث است. به نظر، وضع کیفر و بنای عرفی و عقلایی آن بر تغییر است. کیفر به‌عنوان واکنش اجتماعی در طبیعت و ذات خود نسبت به زمان‌ها، مکان‌ها، و فرهنگ‌های مختلف، امری متحوّل و متغیّر است؛ مگر اینکه امری از خارج بر آن عارض شده یا تأمین اهداف کیفر، مستلزم ثبات در آن به‌طور محدود و استثنايي شود.

ضابطه یابی برای حدانگاری کیفر

اصل اولی مقتضای مستوجب تعزیر بودن جرایم است. بنابراین، آنچه نیازمند احراز است، حدی بودن است. این امر ایجاب

^۱ نوبهار، رحیم، منبع پیشین، ص ۲۵۱.

^۲ الحلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد ۴، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق، ص ۱۴۸.

^۳ تبریزی، جواد، *تنقیح مبانی الاحکام*، جلد ۲، قم: دارالصدیقه‌الشهیده، ۱۴۲۹ق، ص ۱۱۶.

^۴ نجفی، محمدحسن، *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۴۱، بیروت: داراحیاء التراث العربی، بی‌تا، ص ۲۵۷.

^۵ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلافا*، جلد ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق، صص ۳۸۳ - ۳۸۲ و ص ۳۹۱ و ص ۴۰۷؛ محمدحسن

نجفی، منبع پیشین، جلد ۴۱، ص ۳۹۳.

^۶ العاملی، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، جلد ۱۴، قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق، ص ۳۲۶.

می‌کند که ملاک‌های حدانگاری بازشناخته و بر مصادیق عرضه شوند. همچنین در فرض شک، باید به اصل تعزیری بودن بازگشت. در روایات گفته شده که حد مجازاتی غیر از تعزیر است، اما ضابطه تفکیک حد از تعزیر در روایات نیامده و مبتنی بر فهم فقیهان از مجموع نصوص است.

کافی نبودن صرف تقدیر شرعی کیفر برای حدی‌انگاری آن

ضابطه‌ای که در غالب نوشته‌های فقهی برای حدی بودن مجازات آمده، «تقدیر شرعی» است. بنابر فرض، آنچه شارع مقدس به عنوان مجازات تقدیر نماید، حد است و تغییرناپذیر، و هرآنچه از مجازات، که شارع مقدس واگذار و درباره آن دست به تقدیر نزند، تعزیر است و تغییربردار.^۱ مفهوم «تقدیر شرعی» تقریباً در همه تعاریفی که از حد شده، وجود دارد.^۲ از مفهوم مخالف عبارت شهید ثانی،^۳ در بیان چرایی تعزیری بودن برخی جرایم برمی‌آید که چنانچه نصی از جانب شارع مقدس مبنی بر تقدیر مجازات رسیده باشد، آن مجازات حدی خواهد بود. یکی از فقیهان معاصر معنای اولیه تقدیر را «تعیین میزان و کمیت» می‌شمارد، اما در نهایت برای تقدیر شرعی، صرف تعیین عنوان را کافی دانسته، هرچند که تعیین میزانی در آن صورت نگرفته باشد.^۴

در روایات، مواردی از تقدیر شرعی دیده می‌شود که نمی‌توان با قاطعیت آن‌ها را به حدود اصطلاحی ملحق کرد.^۵ حدی یا تعزیری بودن کیفرهایی که در برخی روایات^۶ برای سارق نابالغ تعیین شده، جداً محل تردید است. مجازات‌هایی با ماهیت دوگانه نیز وجود دارد که با عنوان «تعزیرات منصوص» شناخته می‌شوند و روشن‌ترین دلیل بر عدم کفایت صرف تقدیر شرعی کیفر برای حدانگاری محسوب می‌شوند. تعزیرات منصوص، مجازات‌های مقدری‌اند که فقیهان درباره ماهیت آن‌ها هم‌داستان نیستند. برخی این موارد را تعزیر دانسته، مجازات‌های مذکور در روایات را مصداقی تلقی کرده و قائل به پایبندی به آن‌ها نیستند.^۷ برخی به مجازات‌های معین شده پایبندند، اما سایر احکام حدود را به این مجازات‌ها تعمیم نمی‌دهند.^۸ برخی دیگر همه این موارد را حد محسوب می‌کنند.^۹ بدین ترتیب، به نظر می‌رسد آنچه که ملاک حدی بودن مجازات است، صرف تقدیر شرعی کیفر نیست؛ زیرا در این صورت باید دست‌کم در حدی بودن همه موارد تعزیرات منصوص، میان همه فقیهان، اتفاق نظر وجود می‌داشت. اساساً اختلاف فقیهان در اسباب و شمارگان حد و تعزیر، به نوبه

^۱ ورعی، سید جواد، ارتداد، «نگاهی دوباره (تقریری از مباحث آیت‌الله موسوی اردبیلی - رمضان ۱۴۲۰ - قسمت سوم)»، حکومت اسلامی، دوره ۵، بهار ۱۳۷۹، شماره ۱، ص ۱۰۲.

^۲ تبریزی، جواد، منبع پیشین، ص ۷؛ الحلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، منبع پیشین، ص ۱۳۶؛ العاملی، زین‌الدین بن علی، منبع پیشین، ص ۳۲۶.

^۳ العاملی، زین‌الدین بن علی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، جلد ۹، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق، ص ۳۰۴.

^۴ تبریزی، جواد، منبع پیشین، ص ۱۱.

^۵ بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، جلد ۳۰، ص ۶۹۰ ح ۳ و ص ۹۷۸، ح ۱.

^۶ همان منبع، ص ۹۹۰، ح ۸.

^۷ مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهه فی شرح تحریر الوسیله - کتاب الحدود*، جلد ۲، تهران: مؤسسه چاپ و نشر عروج، ۱۴۳۴ ق، ص ۲۹۲.

^۸ العاملی، زین‌الدین بن علی، منبع پیشین، جلد ۱۴، ص ۳۲۷ - ۳۲۶؛ نجفی، محمدحسن، منبع پیشین، جلد ۴۱، ص ۲۵۵.

^۹ اصفهانی، محمد بن حسن، *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، جلد ۱۰، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ هـ، صص ۵۴۴ - ۵۴۳؛

فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۲ ق،

صص ۱۲ - ۸ و ص ۴۲۴؛ موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکمله المنهاج*، جلد ۴۱ موسوعه، قم: موسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۸ هـ،

صص ۳۹۱ - ۲۰۳؛ اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، جلد ۱۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی،

۱۴۰۳ ق، صص ۱۷۷ - ۱۷۶.

خود، دلیلی روشن بر کافی نبودن صرف تقدیر شرعی کیفر برای حدانگاری است.

ضابطه حدی انگاری جرم، افزون بر تقدیر شرعی کیفر

فقیهان به‌رغم اینکه «تقدیر شرعی کیفر» را ملاک حدی بودن آن می‌دانند، اما پس از ورود به بحث، گویی چیزی را به این ضابطه می‌افزایند؛ وگرنه قاعدتاً نباید با ضابطه یکسان به نتیجه‌های متفاوت رسید. به نظر می‌رسد «تقدیر شرعی کیفر» برای حدی محسوب شدن آن لازم است، اما کافی نیست.^۱ در ادامه به احتمال‌های مختلف برای تعیین دقیق ضابطه حدی بودن مجازات خواهیم پرداخت.

تقدیر شرعی کیفر همراه با به‌کارگیری واژه حد

با توجه به تعبیر فقیهان به واژگان به‌کاررفته در نصوص، احتمالاً ضابطه حد بودن مجازات، تقدیر شرعی کیفر همراه با به‌کارگیری واژه حد باشد. در نوشته‌های فقهی به مجازات اعدام برای تکرار جرم، حد اطلاق نشده است.^۲ همچنین به برخی از جرایم، مانند «دشنام‌دادن به پیامبر یا یکی از امامان علیهم‌السلام»، «ادعای پیامبری»، «تردید در نبوت پیامبر اسلام»، «جادوگری» و «قذف مادر پیامبر اسلام»، به‌رغم داشتن مجازات اعدام، حد اطلاق نشده و بی‌اختصاص فصلی جداگانه، در ضمن بحث از جرایم دیگر به آن‌ها پرداخته شده است.^۳ در نوشته‌های فقهی مربوط، تقریباً همان واژگان و اصطلاحات به کار رفته در روایات آمده است.^۴ فقیهان متأثر از روحیه احتیاط و تعبیر محض به نصوص، از آنجا که در متن روایت به این مجازات‌های مقدر حد اطلاق نشده، از تصریح به حد بودن آن‌ها ابا کرده‌اند. چه بسا از نگاه آن‌ها، قدر متیقن حد انگاشتن کیفر، جایی است که هم مجازات مقدر وجود داشته باشد و هم به آن مجازات حد اطلاق شده باشد. یکی از فقیهان معاصر، هم‌راستا با این دیدگاه، می‌گوید: «آیا حکم قتل مرتد، حد است؟ در روایات از آن به حد تعبیر نشده است. محقق در شرایع نیز آن را در باب تعزیرات آورده، و در باب حدود تنها مواردی را آورده که در روایات از آنها حد تعبیر شده باشد.»^۵

در قرآن کریم به هیچ‌یک از این مجازات‌های مقدر حد اطلاق نشده است. همچنین در هیچ‌یک از کاربردهای حد و مشتقات آن در قرآن کریم معنای مجازات افاده نشده است. در روایات کاربست حد درباره جرایم و مجازات‌ها چند گونه است: نخست اینکه واژه حد و عناوین مجرمانه همراه هم در یک روایت به کار رفته‌اند.^۶ دومین شیوه، اضافه شدن واژه حد به عنوان مجرمانه یا به اسم فاعل عنوان مجرمانه است.^۷ سومین شیوه همراه شدن واژه حد با مجازات است.^۸ به‌رغم وفور چنین کاربردهایی از حد در روایات، این به تنهایی برای تشخیص حدی بودن مجازات کافی نیست. بنابر یک مبنای

^۱ «اما حتی بر مبنای نظریه‌ای که تبعیت از نص در زمینه‌ی میزان مجازات را لازم می‌داند، تعیین مجازات به تنهایی به معنای آن نیست که کیفر مقدر الزاماً از باب حد است.» نوبهار، رحیم، منبع پیشین، ص ۲۵۹.

^۲ العاملی، محمد بن مکی، *اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه*، بیروت: دارالتراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ق، ص ۲۵۷.

^۳ همان منبع، ص ۲۵۹.

^۴ بروجرودی، سید حسین، منبع پیشین، ص ۸۴۴، ح ۲ و ص ۱۱۲۴، ارجاعات (روایت ۷ از باب ۲۳ از ابواب ما یکتسب به).

^۵ سید جواد ورعی، منبع پیشین، ص ۱۰۲.

^۶ بروجرودی، سید حسین، منبع پیشین، ص ۵۴۴، ح ۳.

^۷ همان منبع، ص ۵۸۸، ح ۸ و ص ۶۷۲، ح ۱۳.

^۸ همان منبع، ص ۶۹۴، ح ۳.

واژه حد در معنای مطلق مجازات حقیقت دارد. بنابراین برای اثبات کاربست آن در معنای مجازات مقدّر، لازم است که قرینه‌ای وجود داشته باشد.^۱ ممکن است تصور شود که عناوین مجرمانه‌ای که در روایات به کار رفته، خود قرینه‌ای بر حدی بودن مجازات‌های معین شده است. اما به نظر می‌رسد این عناوین قرینه‌ای قابل اطمینان نیستند. چه اینکه، قرینه‌انگاری عناوین مجرمانه به کاررفته در روایات، پسینی و برخاسته از ذهن مأنوس با تلقی رایج از دوگانه حد-تعزیر است. اینکه، در تلقی رایج، عناوین مجرمانه مذکور در روایات مستوجب حد هستند، نمی‌تواند، به صورتی اطمینان‌آور، قرینه‌ای بر حدی بودن آن‌ها در ذهن امام علیه‌السلام یا مخاطب وی باشد. بنابراین، چه بسا در همین روایات هم مقصود از حد مطلق مجازات باشد. بر نکته گفته‌شده باید نمونه‌های متعدد نقضی را که به‌رغم کاربرد حد در روایت، مجازات مذکور، در برداشت رایج، تعزیر محسوب شده را نیز افزود.^۲ درباره اضافه شدن «حد» به مجازات‌های «جلد» یا «رجم» باید گفت که این کاربرد نیز برای تشخیص ماهیت مجازات راهگشا نیست. چه اینکه، مجازاتی مانند «جلد» مشترک میان حدود و تعزیرات است و همچنین، به نظر، حد در این روایات غالباً در معنای لغوی خود به کار رفته است. بر این اساس «حد الجلد» یعنی «مقدار تازیانه»، و «حدالرجم» یعنی ملاک و ضابطه رجم.

تقدیر شرعی کیفر، بدون لحاظ هیچ اندازه‌ای از اختیار برای حاکم

حد مجازاتی است که مقدار آن تعیین شده است، به‌گونه‌ای که کاستن از آن یا افزودن به آن امکان ندارد.^۳ این باعث شده که فقیهان فقط مجازات مقدّری را حد بدانند که هیچ اندازه‌ای از اختیار برای حاکم در کم و زیاد کردن آن لحاظ نشده باشد.^۴ ظاهراً لحاظ هرگونه اختیار برای حاکم در چند و چون مجازات، به آن مجازات، رنگ و بوی تعزیر خواهد داد.^۵ از عبارت شهید ثانی پس از ذکر برخی از موارد تعزیرات منصوص^۶ برمی‌آید که ملاک تقدیر شرعی ایجادکننده حد، امکان یا عدم امکان مراجعه به قاضی برای تعیین مجازات است. بنابراین، چنانچه در تقدیر شرعی، امکان مراجعه به قاضی در تعیین مجازات لحاظ شده باشد، آن مجازات حدی نخواهد بود؛ چه برای آن مجازات انواع یا کمینه و بیشینه‌ای مشخص شده باشد، چه نشده باشد.

ماهیت کیفر محاربه

بنابر ضابطه عدم تخییر در حدود برای قاضی، محاربه بیشتر به جرمی مستوجب تعزیر شباهت دارد.^۷ برخی از فقیهان برای رهایی از این تعارض، از میان قول تخییر و ترتیب در مجازات‌های محاربه، قول ترتیب را پذیرفته‌اند تا بدین صورت از اختیار قاضی در حد محاربه جلوگیری کرده باشند.^۸ در این باره نکاتی درخور بیان است:

^۱ موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم، منبع پیشین، جلد ۱، ص ۱۳؛ محقق داماد، سید مصطفی، منبع پیشین، جلد ۴، ص ۶۹.

^۲ بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، ص ۵۴۴، ح ۲ و ص ۶۹۴، ح ۱ و ص ۹۶۸، ح ۱.

^۳ فاضل موحّدی لنکرانی، محمد، منبع پیشین، ص ۷.

^۴ موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، الدر المنصود فی أحكام الحدود، جلد ۱، مقرر: عباس کریمی جهرمی، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۲ق، ص ۲۱.

^۵ العاملی، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، منبع پیشین، ص ۱۴۴.

^۶ العاملی، زین‌الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، منبع پیشین، ص ۳۲۷.

^۷ «إنّ ما ذکره فی آخر کلامه لو کان صحیحاً لکان عقوبة المحارب حينئذ تعزیراً، لأنّ عقوبته دائرة بین أمور ثلاثة تعیینها منوط بید الحاکم.» موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، منبع پیشین، جلد ۱، ص ۲۳.

^۸ مکارم شیرازی، ناصر، منبع پیشین، جلد ۱، ص ۱۱.

یکم: به نظر می‌رسد نمی‌توان برای حل این تعارض به انتخاب قول ترتیب پناه برد. زیرا قول تخییر، قول کم‌ارجحی در میان فقیهان نیست تا بتوان به سادگی از آن عبور کرد.^۱ حتی کیفیت ترتیبی که برخی از فقیهان برگزیده‌اند، آمیزه‌ای از تخییر و ترتیب است.^۲ جا دارد که دست‌کم تکلیف ماهیت جرم محاربه از دیدگاه چنین فقیهانی روشن شود.

دوم: حتی با پذیرش قول ترتیب نیز جرم محاربه رنگ و بوی تعزیری خود را از دست نمی‌دهد. مبنای پذیرش قول ترتیب و دست کشیدن از ظهور تخییر در آیه محاربه، استبعادی است که فقیهان درباره مجازات‌های این جرم مطرح کرده‌اند.^۳ فقیهان با دغدغه عدم رعایت اصل تناسب جرم و مجازات در قول تخییر، قول ترتیب را برگزیده‌اند. این در حالی است که فقیهان طرفدار قول تخییر نیز رعایت اصل تناسب را در این باره اولی^۴ و لازم^۵ دانسته‌اند. لزوم رعایت اصل تناسب جرم و مجازات در تعیین مجازات محاربه در روایات هم آمده است.^۶ اینکه از سویی مبنای اتخاذ قول ترتیب رعایت اصل تناسب جرم و مجازات باشد، و از دیگر سو لحاظ این اصل، در قول تخییر، اولی و لازم محسوب شود، خود دلالتی روشن بر ماهیت تعزیری محاربه دارد؛ زیرا برابر تلقی رایج، نه حدود و مجازات‌های ثابت، که این مجازات‌های تعزیری است که بستر جریان اصل تناسب جرم و مجازات می‌باشد.^۷ چه بسا فقیهان به همین دلیل که اصل تناسب جرم و مجازات در حدود راه ندارد، لحاظ اختیار برای قاضی در تعیین مجازات را مخالف حدی بودن آن قلمداد کرده‌اند.

سوم: عدم تخییر برای قاضی در تعیین مجازات، متفرع است بر تقدیر شرعی آن. نمی‌توان برای از بین بردن اختیار قاضی در تعیین مجازات، از تقدیر شرعی کیفر چشم پوشید. درباره کیفیت ترتیب مجازات‌های محاربه، دست‌کم چهار قول فقهی متفاوت وجود دارد.^۸ صاحب ریاض گواهی می‌دهد که این اقوال برگرفته از نصوص نمی‌باشند و هرچند که همه اقوال در اصل ترتیب مشترک‌اند، اما در کیفیت آن متهاافت می‌باشند.^۹ این تهاافت و عدول از نصوص باعث شده که ایشان اصل قول ترتیب را بپذیرد، اما در کیفیت آن توقف کند.^{۱۰} بنابر فرض، عدول از تقدیر شرعی در بیان کیفیت ترتیب، نارواست و سنگ‌بنای مجازات حدی، یعنی پایبندی به تقدیر شرعی، را متزلزل می‌کند. اما عدول از مقدرات شرعی در تعزیرات رایج و رواست. یک قول فقهی وجود دارد که تقدیر شرعی کیفر در برخی تعزیرات را از باب مصداق دانسته و خود را به آن پایبند نمی‌داند.^{۱۱}

چهارم: آنچه در نصوص شرعی، راجع به کیفیت ترتیب آمده، تمامی فروض مسئله را پوشش نمی‌دهد.^{۱۲} حتی بر فرض آنکه مجازات‌های مذکور در قول ترتیب، حدی باشد، چنانچه جرم محاربه در اشکال گفته‌نشده در روایات رخ داد، مجازات‌های آن ماهیتاً تعزیری است. چه اینکه این اشکال ارتکاب در نصوص شرعی نیامده و برای آن مجازاتی تعیین

^۱ العاملی، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، جلد ۱۵، منبع پیشین، ص ۱۲.

^۲ موسوی خویی، سید ابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۳۸۵.

^۳ نجفی، محمدحسن، منبع پیشین، ص ۵۷۴؛ فاضل موحدی لنگرانی، محمد، منبع پیشین، ص ۶۵۳.

^۴ موسوی خمینی، سید روح‌الله، *تحریر الوسیله*، جلد ۲، قم: موسسه مطبوعات دارالعلم، بی‌تا، ص ۴۹۳.

^۵ موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، منبع پیشین، جلد ۳، ص ۵۷۳.

^۶ بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، ص ۱۰۲۲، ح ۱۸.

^۷ العاملی، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، منبع پیشین، ص ۱۴۳.

^۸ فاضل موحدی لنگرانی، محمد، منبع پیشین، صص ۶۵۷ - ۶۵۵؛ موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، منبع پیشین، جلد ۳، صص ۵۶۶ - ۵۶۲.

^۹ طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة*، جلد ۱۶، قم: موسسه آل‌البیت، ۱۴۱۸ق، ص ۱۵۵.

^{۱۰} همان، صص ۱۵۷ - ۱۵۶.

^{۱۱} مکارم شیرازی، ناصر، منبع پیشین، جلد ۱، ص ۱۱.

^{۱۲} العاملی، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، منبع پیشین، جلد ۱۵، ص ۱۲.

نشده است.

پنجم: یکی از مجازات‌های محاربه «نفی من الارض» است که فقیهان غالباً آن را به معنای تبعید محارب می‌دانند. بیشتر فقیهان برای تبعید، مدتی مشخص نکرده‌اند. برخی، بدون تعیین مدت، پایان تبعید را در گرو توبه محارب می‌دانند.^۱ برخی، احتیاط را در این می‌دانند که حداقل زمان تبعید، کمتر از یک سال نباشد، حتی اگر محارب توبه کند.^۲ برخی دیگر، تبعید را دائمی دانسته و توبه محارب را در پایان دادن تبعید بی‌اثر می‌دانند.^۳ برخی از فقیهان متقدم نیز معتقدند که مدت تبعید به نظر حاکم بستگی دارد.^۴ با توجه به قول مشهور فقیهان، مبنی بر عدم تعیین مدت برای تبعید، این مجازات به تعزیرات شباهت می‌یابد؛ زیرا حد مجازاتی است که دقیقاً مضبوط است، اما تبعیدی که مقید به زمان نیست، فاقد این ویژگی و به تعزیر شبیه است.

ششم: دشوار بتوان محاربه یا افساد فی الارض را تنها با استناد به آنچه در قرآن کریم ذکر شده، حد قلمداد کرد. قرآن کریم برای این جرم طیفی از مجازات‌ها را پیشنهاد کرده است. از کیفر اعدام، به دارآویختن، قطع دست راست و پای چپ، تا تبعید؛ آن هم بدون ذکر مدت و مکان تبعید. این رویکرد قرآن کریم به کیفر محاربه و افساد فی الارض، بیشتر با تعزیری بودن آن سازگار است. چیزی که با حکمت و عقل هم کاملاً هماهنگ است. زیرا محاربه و افساد فی الارض، اعم از آن که یک یا دو جرم باشند، مقوله‌ای کاملاً نسبی و تشکیک بردارند. قرآن کریم هم طیف متنوعی از مجازات‌های رایج در آن زمان را به‌عنوان واکنش به این جرم پیشنهاد کرده است. به زبان حقوقی، اگر محاربه و افساد فی الارض اشاره به جرایم علیه امنیت، حاکمیت و جامعه باشد، این جرم بیشتر رنگ و بوی تعزیر به خود می‌گیرد، چه اینکه مجازات، بسته به شدت و ضعف جرم و خصوصیات بزهکار تعیین خواهد شد.^۵

از لحن عبارت‌پردازی برخی فقیهان برمی‌آید که ایشان جرم محاربه را آمیزه‌ای از حد و تعزیر می‌دانند. شیخ طوسی در خلاف، در یک جا تبعید را تنها کیفری تعزیری برای محاربه از نوع ضعیف برمی‌شمارد،^۶ و در جایی دیگر، آن را از حدودی که واجب شده باشد، بر نمی‌شمارد.^۷ شهید اول، در مقام برشمردن حد محارب، از تبعید سخن نمی‌گوید.^۸ گویی وی مجازات‌های اعدام، صلب و قطع مخالف را ماهیتاً حدی، اما تبعید را از این قماش نمی‌داند.

ماهیت کیفر لواط

درباره مجازات لواط، قاضی مخیر است تا از میان شیوه‌های گوناگون مجازات اعدام، هریک را که مناسب دید، برگزیند. همچنین قاضی می‌تواند، میان شیوه‌های مختلف اعدام با سوزاندن مجرم جمع کند.^۹ اگر بنا باشد که لحاظ اختیار برای قاضی در تعیین مجازات، با حدی بودن آن منافات داشته باشد، این هم نوعی اختیار است. ممکن است گفته شود که

^۱ همان منبع، ص ۱۸.

^۲ موسوی خمینی، سید روح‌الله، منبع پیشین، ص ۴۹۴.

^۳ موسوی خویی، سید ابوالقاسم، منبع پیشین، ص ۳۹۲.

^۴ حلبی، ابوالصلاح تقی‌الدین بن نجم‌الدین، *الکافی فی الفقه*، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمومنین، ۱۴۰۳ق، ص ۲۵۲.

^۵ نوبهار، رحیم، «جستاری در دلایل نقلی تقسیم‌بندی حد-تعزیر»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۷، تابستان ۱۳۹۳، شماره ۶۶، صص ۱۴۰-۱۳۹.

^۶ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاف*، منبع پیشین، ص ۴۵۸.

^۷ همان منبع، ص ۴۶۷.

^۸ العاملی، محمد بن مکی، *اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه*، منبع پیشین، ص ۲۶۳.

^۹ موسوی خمینی، سید روح‌الله، منبع پیشین، ص ۴۷۰.

مجازات مقدر برای لواط، اعدام است و قاضی صرفاً شیوه اعدام را انتخاب خواهد کرد. بنابراین، لحاظ چنین اختیاری با حدی بودن کیفر منافاتی ندارد. در پاسخ می توان گفت، اگر تشریع شیوه های گوناگون اعدام برای لواط کار برای تأمین اهدافی مثل بازدارندگی بیشتر کیفر باشد،^۱ این اختیار به قاضی داده شده که برای تأمین اهداف کیفر دست به انتخاب شیوه اعدام بزند. این در حالی است که مشهور، جایگاه تأثیرگذاری چنین مصالحی در کیفر را تعزیرات می داند.^۲ از سویی، برخی در اینکه همه موارد مذکور لزوماً شیوه هایی برای اعدام اند یا گونه هایی مستقل از مجازات می باشند، تشکیک کرده و معتقدند میان به کارگیری این شیوه ها و مرگ مرتکب در همه موارد ملازمه قطعی وجود ندارد.^۳

تقدیر شرعی سازوار و نسبتاً یک دست کیفر

فقیهان درباره مجازات های محاربه به دو راه تخییر و ترتیب رفته اند. محقق حلی، روایات دال بر قول ترتیب را دارای ویژگی های «ضعف در سند»، «اضطراب در متن» و «قصور در دلالت» دانسته، به همین جهت آنها را کنار گذاشته، قول تخییر را برمیگزیند.^۴ عبارات شهید ثانی در توضیح ویژگی «اضطراب در متن»^۵ نشان می دهد، دلیل دست کشیدن از روایات در بردارنده تقدیر شرعی کیفر، آشفتگی و درهم بودن احکامی است که در این روایات آمده است. بر این پایه، به نظر می رسد روایاتی که کیفر را مقدر می کنند، باید سازوار و یک دست باشند تا بتوان کیفر مقدر شرعی را از آنها دریافت کرد. ناهمگون، آشفتگی و ناسازوار بودن روایات تقدیرکننده کیفر، خود نشانه ای است بر اینکه کیفرهای مذکور در این روایات حدی و همیشگی نیستند، بلکه کیفرهایی تعزیری اند که به فراخور زمان و مکان، و به تناسب جرم ارتكابی و شرایط مجرم برگزیده شده اند.^۶ صاحب جواهر نیز برای توجیه آشفتگی موجود در روایات قول ترتیب، استدلالی این چنین آورده است.^۷ از مواردی که یک دست نبودن کیفر شرعی تقدیر شده، باعث تعزیری تلقی شدن آن شده است، می توان به جرایم «آمیزش با چهارپایان» و «قرار گرفتن دو نفر نامحرم زیر یک لحاف به صورت برهنه» اشاره کرد. در مورد اخیر، یکی از فقیهان معاصر، پس از آوردن همه روایات مربوط، تعارض های موجود در آنها را بر مصلحت بینی های امام در وضعیت های مختلف حمل کرده است.^۸

ماهیت کیفر لواط و مساحقه

برای لواط در روایت های گوناگون، مجازات های ناسازوار و ناهمگونی پیشنهاد شده است. در روایات، برای فاعل در لواط، این مجازات ها تعیین شده است: «ضربه ای با شمشیر»،^۹ «پرتاب کردن از کوه با دست و پای بسته»،^{۱۰} «سوزاندن با

^۱ الحلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق، ص ۵۳۶.

^۲ العاملی، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، منبع پیشین، ص ۱۴۴.

^۳ یزدی، محمد، «نکته ای در مجازات لواط»، فصلنامه فقه اهل بیت، سال ۹، بهار ۱۳۸۲، شماره ۳۳، ص ۹۲.

^۴ الحلی، نجم الدین جعفر بن حسن، منبع پیشین، ص ۱۶۸.

^۵ العاملی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح تساریع الاسلام، منبع پیشین، جلد ۱۵، صص ۱۱-۱۲.

^۶ نوبهار، رحیم، «بازخوانی مستندات فقهی حکم اعدام برای تکرار جرایم حدی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال ۲، زمستان ۱۳۹۲، شماره ۵، ص ۳۵.

^۷ نجفی، محمدحسن، منبع پیشین، جلد ۴۱، ص ۵۷۸.

^۸ خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، جلد ۷، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق، صص ۸۲-۷۹.

^۹ بروجدی، سید حسین، منبع پیشین، جلد ۳۰، صص ۷۷۲-۷۵۶، ح ۱۴ و ۱۴۰۲.

^{۱۰} همان منبع، ح ۱ و ۲.

آتش»^۱، «سنگسار در صورت احسان»^۲، «حد یا جلد در صورت عدم احسان»^۳، «سنگسار با تصریح به عدم اشتراط احسان»^۴، «اعدام به اضافه سوزاندن با آتش»^۵، «صد تازیانه»^۶ و «اعدام»^۷ برای مفعول در لواط، این مجازات‌ها در روایات آمده است: «سوزاندن با آتش»^۸، «سنگسار با تصریح به عدم اشتراط احسان»^۹، «اعدام»^{۱۰}، «اعدام به اضافه سوزاندن با آتش»^{۱۱} و «حد زنا»^{۱۲} در برخی از روایات، مجازات برای فاعل و مفعول لواط، مشترکاً تعیین شده است: «سنگسار با تصریح به عدم اشتراط احسان»^{۱۳}، «اعدام»^{۱۴}، «اعدام به اضافه سوزاندن با آتش»^{۱۵} و «سنگسار»^{۱۶} برای تفخیز در روایات، مجازات «صد تازیانه»^{۱۷}، «حد زنا»^{۱۸} و «اعدام»^{۱۹} تعیین شده است. درباره مساحقه به نسبت لواط روایات کمتری وارد شده، اما همین روایات اندک نیز خالی از آشفتگی نیستند. برای مساحقه مجازات‌های «سوزاندن با آتش»^{۲۰}، «تازیانه»^{۲۱}، «نود و هشت تازیانه»^{۲۲}، «اعدام»^{۲۳}، «سنگسار در صورت احسان»^{۲۴} و «حد زنا»^{۲۵} تعیین شده است.

در این روایات ناهمگون، در رویارویی با رفتارها و انحرافات جنسی، واکنش‌های متفاوتی گزارش شده است. ضرورتی ندارد این روایات را متعارض بدانیم و آن‌گاه برای حل تعارض میان آن‌ها چاره‌جویی‌هایی بر اساس قواعد رایج بکنیم. این اندازه از ناسازواری می‌تواند نشانه‌ای باشد بر تغییربردار بودن این مجازات‌ها. چه بسا شارع مقدس در موارد مختلف و با در نظر گرفتن ملاحظات گوناگون، مجازات‌های متفاوتی را برای جرایم جنسی در نظر گرفته است.

^۱ همان منبع، ح ۱ و ۲.

^۲ همان منبع، ح ۱۵ و ۱۶.

^۳ همان منبع، ح ۶.

^۴ همان منبع، ح ۷ و ۸.

^۵ همان منبع، ح ۱۳.

^۶ همان منبع، ح ۱۶.

^۷ همان منبع، ح ۲۹.

^۸ همان منبع، ح ۱۴ و ۱۴ و ۳۱.

^۹ همان منبع، ۲۵ و ۵.

^{۱۰} همان منبع، ح ۲۱.

^{۱۱} همان منبع، ح ۱۲.

^{۱۲} همان منبع، ح ۱۷.

^{۱۳} همان منبع، ح ۹.

^{۱۴} همان منبع، ح ۱۱ و ۳۰.

^{۱۵} همان منبع، ح ۱۳.

^{۱۶} همان منبع، ح ۲۷.

^{۱۷} همان منبع، ح ۲۲ و ۲۳ و ۲۸.

^{۱۸} همان منبع، ح ۱۴.

^{۱۹} همان منبع، ح ۲۲ و ۳۳.

^{۲۰} همان منبع، ح ۳۰.

^{۲۱} همان منبع، ص ۷۷۴، ح ۱.

^{۲۲} همان منبع، ح ۲.

^{۲۳} همان منبع، ح ۳.

^{۲۴} همان منبع، ص ۷۷۶، ح ۱.

^{۲۵} حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، جلد ۲۸، قم: موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ق، ص ۱۶۵، ح ۱.

ماهیت کیفر اعدام برای تکرارکننده جرم حدی

مشهور است که مرتکبین جرایم مستوجب حد، پس از دو یا سه بار ارتکاب یک جرم و اجرای حد آن در دفعه سوم یا چهارم اعدام می‌شوند.^۱ انبوهی از روایات متعارض و ناسازوار درباره این مجازات وجود دارد. روایتی به‌طور عام و کلی برای تکرار همه جرایم حدی، مجازات اعدام در مرتبه سوم را تعیین کرده است.^۲ روایاتی برای تکرار جرم زنا اعدام را در بار سوم،^۳ بار چهارم^۴ و حتی تلویحاً در بار پنجم^۵ مقرر کرده است. برای تکرار جرایم لواط و مساحقه و قوادی روایتی در دست نیست. در مورد جرم شرب خمر از سویی روایات متعددی وجود دارد که مجازات اعدام را برای تکرار این جرم در دفعه سوم تجویز می‌کند.^۶ از دیگر سو، مواردی هم هست که اعدام را مربوط به بار چهارم تکرار این جرم می‌داند.^۷ درباره جرم سرقت، در حالی که تعداد زیادی از روایات تا حکم تکرار برای بار سوم را تعیین کرده و نسبت به حکم تکرار در بار چهارم ساکت‌اند،^۸ یکی دو روایت هست که از مجازات اعدام برای بار چهارم ارتکاب سرقت سخن می‌گوید.^۹ روایاتی نیز هستند که حکم اعدام را برای تکرار جرایمی تجویز می‌کنند که طبق تلقی رایج حدی نیستند. این روایات مجازات اعدام را برای تکرار جرم «رباخواری»^{۱۰} و «روزه خواری»^{۱۱} در بار سوم، و برای تکرار جرم «قرار گرفتن دو زن برهنه زیر یک لحاف» در بار سوم و بار چهارم تعیین کرده‌اند.^{۱۲} برای تکرار جرایم قذف، محاربه و ارتداد (در صورتی که ابتدائاً منجر به اعدام نشود) روایتی در دست نیست. «تعارض میان این روایات به ویژه آن‌گاه رخ می‌نماید که بخواهیم ... از آن‌ها حکمی کلی برای تکرار همه جرایم حدی و تعزیری استنتاج کنیم. حال آنکه دلیلی ندارد حکم تکرار همه جرایم یکسان باشد. چنان‌که مجازات اولیه جرایم گوناگون متفاوت است، حکم تکرار آن‌ها نیز می‌تواند متفاوت باشد.»^{۱۳} با فقدان ضابطه تقدیر شرعی نسبتاً یک‌دست و سازوار در مورد اعدام برای تکرار جرم، باید در حد بودن چنین مجازاتی تردید نمود.^{۱۴}

تقدیر شرعی مستقل، محوری و شناخته‌شده کیفر

بنابر فرض، حدود مجازات‌هایی‌اند که به‌روشنی توسط شارع تعیین شده، و با توجه به شمارگان اندکشان، نسبت به مجازات‌های تعزیری کاملاً شناخته‌شده می‌باشند. پرشماری اصطلاحاتی از قبیل «حد تام»، «حد کامل»، «حد ناقص»، «دون الحد»، «حداً غیر الحد»، «مکان الحد»، «بعض الحد»، «شیء من الحد»، «حداً لیس له وقت» و ... در روایات، گواهی می‌دهد که حدود مجازات‌هایی مستقل و محوری‌اند. یعنی اولاً بدون وابستگی و نسبت‌سنجی با مجازات‌های دیگر مقدر

^۱ العاملی، محمد بن مکی، منبع پیشین، ص ۲۵۷.

^۲ بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، جلد ۳۰، ص ۵۸۸، ح ۱.

^۳ همان منبع، ص ۶۷۸، ح ۳.

^۴ همان منبع، ص ۶۷۸، ح ۱ و ۲ و ۴.

^۵ همان منبع، ص ۷۰۲، ح ۹.

^۶ همان منبع، ص ۸۷۸، ح ۱.

^۷ همان منبع، ص ۸۸۲، ح ۹ و ۱۰ و ۱۲؛ ص ۸۷۰، ح ۱۹ از باب ۲۸ اقسام الخمر و انواعه من ابواب الاشریه (ارجاعات).

^۸ همان منبع، ص ۹۱۸، ح ۱۹.

^۹ همان منبع، ص ۹۱۰، ح ۲.

^{۱۰} همان منبع، ص ۱۱۳۸، ح ۳.

^{۱۱} حرّ عاملی، محمد بن حسن، منبع پیشین، جلد ۱۰، ص ۲۴۹، ح ۲.

^{۱۲} همان منبع، جلد ۲۸، ص ۱۶۷، ح ۱ و ۲.

^{۱۳} نوبهار، رحیم، بازخوانی مستندات فقهی حکم اعدام برای تکرار جرایم حدی، منبع پیشین، ص ۳۵.

^{۱۴} همان منبع، ص ۴۱.

می‌شوند و ثانیاً این تقدیر غیروابسته، محور تعیین مجازات‌های دیگر قرار می‌گیرد. تقدیر شرعی برای حدود، غیروابسته است، اما تعیین مجازات‌های تعزیری با نوعی نسبت‌سنجی با حدود انجام می‌شود، «زیرا به‌طور طبیعی موردی که مستقلاً حد باشد، معمولاً با حد دیگری سنجیده نمی‌شود.»^۱ بنابر یک قول فقهی، میزان تعزیر در هر صنف از موجبات تعزیر، باید کمتر از مجازات حد تعیین شده برای آن صنف باشد.^۲ چنین رویکردی در میان فقیهان، به نوبه خود، نشان‌دهنده این باور است که حدود، مجازات‌هایی مستقل و شناخته‌شده‌اند که محور تعیین مجازات‌های تعزیری نیز می‌باشند.

کیفرگذاری برای جرایم جنسی به صورت تابعی از مجازات زنا

تقریباً همه مجازات‌های جرایم جنسی، بر محور مجازات زنا تقدیر شده است. مجازات «آمیزش با چهارپایان» «یک چهارم حد زنا»^۳؛ مجازات «آمیزش کردن در حال روزه در ماه مبارک رمضان» در فرض اکراه زن «نصف حد زنا» برای مرد، و در فرض رضایت زن «یک چهارم حد زنا» برای هر یک از زن و مرد؛^۴ مجازات «آمیزش با همسر در حال عادت ماهیانه» «یک چهارم حد زنا»^۵ و مجازات دو جرم «ازدواج با غیرمسلمان بدون اجازه همسر مسلمان»^۶ و «ازدواج با کنیز بدون اجازه همسر آزاد»^۷ «یک‌هشتم حد زنا» مقدر شده است. برای جرم «قرار گرفتن دو نامحرم زیر یک لحاف به‌صورت برهنه» نیز گاهی معادل حد زنا^۸ و گاهی یک تازیانه کمتر از آن^۹ کیفرگذاری شده است. اغلب فقیهان این مجازات‌های وابسته را تعزیری محسوب کرده‌اند.

ماهیت کیفر قوادی

برای کیفرگذاری جرم قوادی یک روایت وجود دارد.^{۱۰} حدی محسوب شدن مجازات قوادی بر اساس این روایت محل تردید است. اولاً، حتی اگر استفاده از واژه «حد» در این روایت را نشان حد بودن مجازات بدانیم، در این روایت واژه حد توسط سوال کننده به کار رفته است و نه امام علیه‌السلام. شیوه‌ای که نمونه آن در مورد جرم «آمیزش با همسر در حال عادت ماهیانه» نیز وجود دارد، اما کسی از فقیهان، آن جرم را مستوجب حد محسوب نکرده است. از سویی، بنابر یک مبنا، واژه حد در معنای مطلق مجازات حقیقت دارد و به‌کارگیری آن در معنای مجازات مقدر نیاز به قرینه دارد. این یعنی حتی به کار رفتن واژه حد در کلام امام علیه‌السلام هم به‌طور یقینی به معنای حد بودن مجازات تقدیر شده نیست. ثانیاً، کیفرگذاری برای این جرم با نوعی نسبت‌سنجی با حد زنا انجام گرفته است، در حالی که سنجش موردی که خود مستقلاً حد است، با

^۱ نوبهار، رحیم، *اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی - چشم‌اندازی اسلامی*، منبع پیشین، ص ۲۶۰.

^۲ موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، *موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل‌البیت علیهم‌السلام*، جلد ۲۹ (مدخل تعزیر)، قم: موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، ۱۴۳۵ق، صص ۶۵ - ۶۳.

^۳ بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، جلد ۳۰، ص ۷۴۸، ح ۱.

^۴ حرّ عاملی، محمد بن حسن، منبع پیشین، جلد ۲۸، ص ۳۷۷، ح ۱.

^۵ همان منبع، ص ۳۷۸، ح ۱.

^۶ همان منبع، جلد ۲۰، ص ۵۴۴، ح ۶.

^۷ همان منبع، ص ۵۱۱، ح ۳.

^۸ بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، جلد ۳۰، ص ۶۹۴، ح ۲.

^۹ همان منبع، ص ۶۹۶، ح ۵.

^{۱۰} همان منبع، ص ۷۵۲، ح ۱.

حد دیگر معمول نیست.^۱ شواهدی از حدی محسوب نکردن قوادی در نوشته‌های فقهی نیز دیده می‌شود.^۲

ماهیت کیفر لواط، تفخیز و مساحقه

کیفرگذاری در مورد جرایم لواط، تفخیز و مساحقه، به گونه‌ای وابسته به حد زنا صورت گرفته است.^۳ به نظر می‌رسد این جرایم نه تنها مستقلاً حد نیستند، بلکه محوریتی حدگونه نیز ندارند. چه بسا همین وابستگی باعث شده که مثلاً محقق حلی از همه این جرایم، یک‌جا با عنوان «ما یتبع الزنا» یاد کند.^۴ به‌ویژه که ایشان و برخی دیگر از فقیهان در عنوان باب مربوط به این جرایم، بر خلاف سایر ابواب، واژه «حد» را به کار نمی‌گیرد.^۵ طبیعی است که این اندازه از وابستگی موجب تردید در حدی بودن این مجازات‌ها شود.^۶

ماهیت کیفر شرب خمر

در مواردی تعیین مجازات «شرب خمر» نیز به حد کذف وابسته شده است.^۷ در بخشی از یک روایت مشهور و طولانی آمده که امیرالمؤمنین علیه السلام به خلیفه دوم که از آن حضرت درباره مجازات شارب خمر راهنمایی خواسته، فرمودند: «حدّ او هشتاد است؛ چراکه شرابخوار زمانی که شراب بخورد، مست می‌شود و چون مست شود، هذیان می‌گوید و چون هذیان گوید، افترا می‌بندد.»^۸ درباره این روایت نکاتی شایسته بیان است:

نخست اینکه ظاهراً با طی شدن عهد رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم، و سپری شدن زمان خلیفه اول، در زمان خلیفه دوم، هنوز مجازات شرب خمر شناخته شده نیست. نکته دوم: نفس تعلیلی که امیرالمؤمنین علیه السلام می‌آورند، گواهی است بر اینکه قواعد و تشریحات حوزه مجازات، برخلاف حوزه عبادات، رازآلود و سر به مهر نیستند و باید برای تشریح آن‌ها توجیهات منطقی و متناسب با سطح درک عمومی وجود داشته باشد.^۹ نکته پایانی اینکه در این روایت، مجازات شرب

^۱ نوبهار، رحیم، *اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی - چشم‌اندازی اسلامی*، منبع پیشین، ص ۲۶۴ - ۲۴۹.

^۲ ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق، ص ۴۵۵؛ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلافا*، منبع پیشین، ص ۴۹۷؛ عاملی، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، جلد ۱۴، منبع پیشین، ص ۴۲۳.

^۳ بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، جلد ۳۰، ص ۷۶۴، ح ۱۷ و ۱۸ و ص ۷۶۲، ح ۱۴ و ص ۷۷۴، ح ۲؛ حرّ عاملی، محمد بن حسن، منبع پیشین، جلد ۲۸، ص ۱۶۵، ح ۱.

^۴ الحلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، منبع پیشین، ص ۱۳۶.

^۵ همان منبع، ص ۱۴۶؛ الحلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، منبع پیشین، ص ۵۳۶ و ص ۵۴۰؛ موسوی خمینی، سید روح‌الله، منبع پیشین، ص ۴۶۹.

^۶ سوال: «مشخص فرمایید که آیا حد تفخیز مانند حد زنا است یا اینکه تعیین کیفیت آن در دست حاکم شرع است، و اگر محکمه کیفیت آن را مشخص نکرده باشد دادستان می‌تواند به هر نحو که صلاح می‌داند عمل نماید؟» آیت‌الله سید علی خامنه‌ای: «حد آن حد زنا نیست و حکم تعزیر با حاکم شرع است.» نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۴۲۰۰.

^۷ همان منبع، ص ۷۸۶، ح ۶؛ همان منبع، ص ۸۶۲، ح ۸ و ۹.

^۸ همان منبع، ص ۸۵۸، ح ۳.

^۹ «از شواهد این امر، تعلیل به امور ارتكازی مخاطبان در بسیاری از آیات و روایات است و این نوع تعلیل مانع ظهور در بیان احکامی اسرارآمیز و با حکمت‌هایی غیرقابل فهم برای مخاطبین، یا متعارض با ارتكازات عقلاست. همان‌طور که استبعاد مخاطب و مطالبه دلیل، مبتنی بر این پیش‌فرض است که مخاطب انتظار حکمی غیرقابل توجیه نداشته است، و اصل را بر قابل توجیه دانستن خطاب می‌داند.» معتمدی، محمد، *سیره عقلا و عرف در اجتهاد (تقریر و تحلیلی از آراء فقیه عالیقدر حضرت آیت‌الله العظمی منتظری)*، تهران: انتشارات سزایی، ۱۳۹۷، صص ۱۰۷ - ۱۰۶.

خمر، به عنوان تابعی از حد قذف تقدیر شده است. این وابستگی در تعیین مجازات، احتمال تعزیری بودن مجازات شرب خمر را به وجود می‌آورد؛ احتمالی که در روایات نیز مؤیدات قابل توجهی دارد.^۱

نتیجه‌گیری

نظام کیفری فقهی، نظام دوگانه حد-تعزیر است. این نظام کیفری، به اصطلاح از مسائل تخریجی و استنباطی فقه است، نه مسائل تنصیصی آن. در تلقی رایج، مهم‌ترین شاخصه نظام کیفری دوگانه حد-تعزیر، ثبات است. یکی از مهم‌ترین وجوه ثبات، ایستایی از نظر جرایم مستوجب حد و تعزیر است. بنابر فرض، موجبات کیفرهای حدی و تعزیری تغییرناپذیرند. این شکل از ثبات، مستلزم روشن بودن موجبات حد یا تعزیر است، و این نکته مقتضی آن است که ضابطه تفکیک جرایم مستوجب حد از جرایم مستوجب تعزیر دقیقاً مشخص باشد، تا بر اساس آن فهرست جرایم مستوجب حد و تعزیر، بدون ابهام، تعیین شود. با اندک تأملی می‌توان دریافت که توقع مزبور در دوگانه حد-تعزیر برآورده نشده و این نظام کیفری از جهت جرایم مستوجب حد و تعزیر در همه مذاهب اسلامی و حتی در هر یک از این مذاهب، محل اختلاف‌های گسترده است. روشن است که این اختلاف‌ها در نوشته‌های فقهی محصور نمی‌ماند و تأثیر خود را در نظام حقوق کیفری مبتنی بر فقه نیز به جای می‌گذارد. این گونه است که پس از گذشت نزدیک به سی سال از تدوین نخستین قانون مجازات اسلامی، ناگهان جرایم مستوجب حد تازه‌ای با عنوان «بغی»^۲ و «افساد فی الارض»^۳ در آخرین قانون مجازات اسلامی رونمایی می‌شود. البته این رونمایی‌ها به اینجا ختم نمی‌شود و مخاطب‌های قانون، برای شناختن سایر جرایم حدی که در قانون نیامده، به منابع فقهی ارجاع داده می‌شوند.^۴

گذشته از نسبت این رویکرد با اصل قانونی بودن جرم و مجازات، و اصل کیفی بودن قوانین کیفری، از این شکل ارجاع به نوشته‌های فقهی برمی‌آید که گویی موارد حد و تعزیر به وضوح و وفای در متون فقهی شمرده شده و به راحتی در دسترس هستند. در حالی که این نکته با واقعیت موجود در نوشته‌های فقهی سازگار نیست و این شیوه باعث سردرگمی مخاطب‌های قانون می‌شود. منشأ بخشی از این اختلافات، درهم آمیختگی مباحث حد و تعزیر در نوشته‌های فقهی است. جایی که مباحث حد و تعزیر، با ملاک‌های روشن و قابل درک از هم تفکیک نمی‌شود، طبیعی است که در ماهیت برخی از مجازات‌ها تردید وجود داشته باشد. از دیگر سو، هیچ روایتی در دست نیست که حد و تعزیر را به طور شفاف تعریف کرده و وجوه تفاوت این دو را تبیین، و موجبات حد و تعزیر را مشخص نموده باشد. این باعث شده که نظام کیفری اسلام، غالباً مبتنی بر فهم فقیهان از مجموعه نصوص شکل بگیرد. روشن است که امکان یکسان بودن فهم فقیهان از نصوص در همه دوره‌ها وجود ندارد، و فهم‌های متفاوت منجر به ایجاد اختلاف‌های متعدد از جمله در اسباب حد و تعزیر می‌شود. بدین ترتیب ثبات در دوگانه حد-تعزیر، دست‌کم از جهت جرم، محل تردید است. با توجه به ماهیت تخریجی و استنباطی مباحث مربوط به شمارگان و موجبات حد و تعزیر، این مباحث می‌تواند موضوع اجتهاد و بازخوانی قرار گیرد. نمی‌توان و نباید به سود فهم غالب و رایج فقیهان، از کاوش و دقت در شمارگان حدود و نیز حدی یا تعزیری بودن برخی جرایم، به آسانی چشم پوشید. بلکه می‌توان با تکیه بر اجتهاد منضبط و روشمند، تغییراتی را در فهرست جرایم مستوجب حد و تعزیر پذیرفت.

^۱ بروجردی، سید حسین، منبع پیشین، جلد ۳۰، ص ۸۶۴، ح ۱۷.

^۲ مواد ۲۸۷ و ۲۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

^۳ ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

^۴ ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

منابع

قرآن کریم

الف) فارسی

کتاب

۱. الهام، غلام حسین و محسن برهانی، *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*، جلد ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳.
۲. بروجردی، سید حسین، *منابع فقه شیعیه (متن و ترجمه جامع احادیث الشیعیه)*، جلد ۳۰، مترجمان: احمد اسماعیل تبار، سید احمد رضا حسینی و مهدی حسینیان قمی، تهران: فرهنگ سبز، ۱۳۸۷.
۳. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، جلد ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴.
۴. معتمدی، محمد، *سیره عقلا و عرف در اجتهاد (تقریر و تحلیلی از آراء فقیه عالیقدر حضرت آیت الله العظمی منتظری)*، تهران: انتشارات سرایی، ۱۳۹۷.
۵. نوبهار، رحیم، *اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی - چشم‌اندازی اسلامی*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.

مقاله

۶. نوبهار، رحیم و امیر عرفانی فر، «واکاوی تحلیلی - انتقادی تفاوت‌های میان حد و تعزیر»، *فصلنامه راهبرد*، ۲۶ / بهار ۱۳۹۶، شماره ۸۲، صص ۲۴۰-۲۰۷.
۷. نوبهار، رحیم، «بازخوانی مستندات فقهی حکم اعدام برای تکرار جرایم حدی»، *فصلنامه پژوهش حقوق کیفری*، سال ۲، زمستان ۱۳۹۲، شماره ۵، صص ۴۶-۹.
۸. نوبهار، رحیم، «جستاری در دلایل نقلی تقسیم‌بندی حد - تعزیر»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۷، تابستان ۱۳۹۳، شماره ۶۶، صص ۱۶۴ - ۱۳۵.
۹. ورعی، سید جواد، «ارتداد، نگاهی دوباره (تقریری از مباحث آیت‌الله موسوی اردبیلی - رمضان ۱۴۲۰ - قسمت سوم)»، *حکومت اسلامی*، دوره ۵، بهار ۱۳۷۹، شماره ۱، صص ۱۱۰-۷۴.
۱۰. یزدی، محمد، «نکته‌ای در مجازات لواط»، *فصلنامه فقه اهل‌بیت*، سال ۹، بهار ۱۳۸۲، شماره ۳۳، صص ۹۳-۶۶.

ب) عربی

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، جلد ۱۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۳. اصفهانی، محمد بن حسن، *کشف النام و الابهام عن قواعد الاحکام*، جلد ۱۰، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ه.ق.
۴. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات*، جلد ۵، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۵. تبریزی، جواد، *تنقیح مبانی الاحکام*، جلد ۲، قم: دارالصدیقه الشهبده، ۱۴۲۹ق.
۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعیه إلى تحصیل مسائل الشریعه*، جلد ۱۰ و ۲۰ و ۲۸، قم: موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ق.
۷. حلبی، ابوالصلاح تقی‌الدین بن نجم‌الدین، *الکافی فی الفقه*، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمومنین، ۱۴۰۳ق.
۸. الحلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
۹. الحلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، *سرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد ۴، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

۲۰. خوانساری، سید احمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، جلد ۷، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
۲۱. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، جلد ۱۶، قم: موسسه آل البيت، ۱۴۱۸ق.
۲۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلافا*، جلد ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۲۳. العاملی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه*، جلد ۹، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
۲۴. العاملی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، جلد ۱۴، قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۲۵. العاملی، محمد بن مکی، *اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه*، بیروت: دار التراث-الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۲۶. العاملی، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، جلد ۲، قم: کتابفروشی مفید، بی تا.
۲۷. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۲ق.
۲۸. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهه فی شرح تحریر الوسیله - کتاب الحدود*، جلد ۲، تهران: مؤسسه چاپ و نشر عروج، ۱۴۳۴ق.
۲۹. موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، *موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام*، جلد ۲۹ (مدخل تعزیری)، قم: موسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، ۱۴۳۵ق.
۳۰. موسوی خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسیله*، جلد ۲، قم: موسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا.
۳۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکمله المنهاج*، جلد ۴۱ موسوعه، قم: موسسه احیاء آثار الامام الخویی، ۱۴۲۸ه.ق.
۳۲. موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم، *فقه الحدود و التعزیرات*، جلد ۳، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید رحمه الله، ۱۴۲۷ق.
۳۳. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، *الدبر المنضود فی احکام الحدود*، جلد ۱، مقرر: عباس کریمی جهرمی، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۲ق.
۳۴. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۴۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.

References

The Holy Quran

Books

1. Al-Amili, Muhammad bin Makki, *The Damascene Luma'a in the Fiqh of the Imamiyah*, Beirut: Dar Al-Turath - Al-Islamiyyah House, 1989. (In Arabic)
2. Al-Amili, Muhammad ibn Makki, *The Rules and Benefits*, Vol. 2, Qom: Mufid Bookstore, (In Arabic)
3. Al-Amili, Zain Al-Din Bin Ali, *Al-Rawdah Al-Bahiya fi Sharh Al-Luma' Al-Dimashqiah*, Vol. 9, Qom: Davari Bookstore, 1989. (In Arabic)
4. Al-Amili, Zain Al-Din Bin Ali, *Paths of Understanding to Revise the Laws of Islam*, Vol. 14, Qom: Institution of Islamic Knowledge, 1992. (In Arabic)
5. Al-Hilli, Hassan bin Youssef bin Mutahhar Asadi, "The Rules of Judgments in Knowing the Lawful and the Haram," Qom: Institution of Islamic Publishing, 1992. (In Arabic)
6. Al-Hilli, Najm al-Din Jafar ibn Hasan, *The Laws of Islam in Issues of Halal and Haram*, Vol. 4, Qom: Ismailian Institution, 1987. (In Arabic)
7. Ansari Dezfuli, Morteza bin Muhammad Amin, *The Book of Prohibited Earnings, Selling and Choices*, Vol. 5, Qom: World Congress Honoring Sheikh Azam Ansari, 1994. (In Arabic)
8. Ardebili, Ahmed bin Muhammad, *Majma' al-Faidah wa al-Burhan fi Sharh Irshad al-Azli*, Volume 13, Qom: Islamic Publication Office, 1982. (In Arabic)

9. Boroujerdi, Seyed Hossein, Sources of Shiite jurisprudence (Comprehensive Text and Translation of Shiite Hadiths), Vol. 30, Translators: Ahmad Ismail Tabar, Seyed Ahmad Reza Hosseini and Mehdi Hosseinian Qomi, Tehran: Farhang Sabz, 2014. (In Persian)
10. Elham, Gholam Hossein, Mohsen Borhani, An Introduction to Public Criminal Law, Vol. 2, Tehran: Mizan, 2008. (In Persian)
11. Fadel Movahedi Lankarani, Muhammad, Detailing the Sharia in the Explanation of Tahrir al-Wasila - Hudud, Qom: Jurisprudence Center of Imams Athar, 2001. (In Arabic)
12. Halabi, Abul Salah Taqi al-Din bin Najm al-Din, Al-Kafi fi al-Fiqh, Isfahan: Imam Amir al-Mominin Public Library, 1982. (In Arabic)
13. Hurr Amili, Muhammad bin Hassan, Detailing the Means of the Shiites to Collect Issues of Sharia, Vol. 10, 20 and 28, Qom: Institution of the House of the Prophet. 1988. (In Arabic)
14. Ibn Idris Helli, Muhammad bin Mansur bin Ahmed, Al-Sarair Al-Hawi for Tahrir Al-Fatawa, Vol. 3, Qom: Islamic Publication Book, 1989. (In Arabic)
15. Institute of Knowledge Department of Islamic Fiqh, Encyclopedia of Islamic Jurisprudence According to the Doctrine of Ahl al-Bayt, Vol. 29, Qom: Institute of Knowledge of Islamic Fiqh, 2013. (In Arabic)
16. Isfahani, Muhammad bin Hassan, Kashf Allathami wa Alabham Ean Qawaeid Alahkam, Vol. 10, Qom: Islamic Publications Book, 1995. (In Arabic)
17. Khansari, Seyed Ahmad ibn Yusuf, Jami` al-Madarik fi Sharh Mukhtasar al-Nafi`, Vol. 7, Qom: Ismailian Institution, 1984. (In Arabic)
18. Makarim Shirazi, Nasir, Anwar al-Faqih fi Sharh Tahrir al-Wasilah - Kitab al-Hudud, Vol. 2, Tehran: Orouj Printing and Publishing Institution, 2012. (In Arabic)
19. Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa, Rules of Jurisprudence, Vol. 4, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, 2005. (In Persian)
20. Motamedi, Mohammad, The Sira of Wisdom and Custom in Ijtihad (Explanation and Analysis of the Opinions of the Ayatollah Montazeri), Tehran: Sarayie Publications, 2018. (In Persian)
21. Mousavi Ardebili, Syed Abd al-Karim, Jurisprudence of Hudud and Ta'zirat, Vol. 3, Qom: Al-Mufid University Publishing Insitute, 2006. (In Arabic)
22. Mousavi Golpayegani, Seyed Muhammad Reza, Al-Durr Al-Mandood fi Ahkam al-Hudud, Vol. 1, Course: Abbas Karimi Jahrami, Qom: Dar Al- Qur'an Al-Karim, 1991. (In Arabic)
23. Mousavi Khoei, Seyed Abu al-Qasim, Buildings to Supplement the Curriculum, Vol. 41, Encyclopedia, Qom: Foundation for the Revival of of Imam al-Khoei Antiquities, 2007. (In Arabic)
24. Mousavi Khomeini, Seyed Ruhollah, Editing Al-Wasilah, Vol. 2, Qom: Dar Al-Ilm Publications Institution, PITA. (In Arabic)
25. Najafi, Muhammad Hassan, Jawahar-al-Kalam in Explanation of the Laws of Islam, Vol. 41, Beirut: Dar-al-Ahya of the Arabic Heritage. (In Arabic)
26. Nobahar, Rahim, The Purposes of Punishments in Sexual Crimes - Islamic Perspective, Qom: Research Institute of Islamic Sciences and Culture, 2010. (In Persian)
27. Tabatabai Haeri, Seyed Ali Bin Muhammad, Riyad Al-Masa'il In Verifying Rulings with Evidence, Vol. 16, Qom: Aal al-Bayt Institution, 1997. (In Arabic)
28. Tabrizi, Jawad, Tanqih Mabani al-Ahkam, Vol. 2, Qom: Dar Al-Siddiqah Al-Shahida, 2008. (In Arabic)
29. Tosi, Abu Ja`far Muhammad ibn Hasan, Al-Khilaf, Vol. 5, Qom: An Islamic Publication Book, 1986. (In Arabic)

Articles

30. Nobahar, Rahim and Amir Erfanifar, "Analytical-Critical Analysis of the Differences Between Hadd and Ta'zir", Strategy Quarterly, Vol. 26, No. 82, 2017 (In Persian)

31. Nobahar, Rahim, "A Study in the Narrative Reasons for the Hadd-Ta'zir Division", Quarterly Journal of Legal Research, Vol. 17, No. 66, 2013. (In Persian)
32. Nobahar, Rahim, "Re-reading the jurisprudential documents of the death sentence for repeating certain crimes", Quarterly Journal of Criminal Law Research, Year 2, No. 5, 2014. (In Persian)
33. Varej, Seyyed Javad, "Apostasy, A New Look (a report on the topics of Ayatollah Mousavi Ardebili - Ramadan 1420 - Part 3", Islamic Government, Vol. 5, No.1, 2000. (In Persian)
34. Yazdi, Mohammad, "A Point in the Punishment of Sodomy", Ahl al-Bayt Jurisprudence Quarterly, Year 9, No. 33, 2003. (In Persian)



Original Article

Janusian Sovereignty: Conceptualization of National Sovereignty in the Iranian Constitution of 1906-07

Kaveh Pouladi¹ 

ABSTRACT

National sovereignty manifested inconsistently in the Iranian Constitution of 1906-07. This paper aims to find the causes of the mentioned inconsistency and considers the process of foundation (constitution-making) and integration within the related legal form. Foundation manifested in the guise of socio-political forces (the material) and thoughts would be the grounds of the legal form's integrity (the theoretical). By applying the phenomenological-historical-linguistic method in the field of concrete law, this historical study, first of all, started from the illustration of the determined language in the form and observed linguistic resemblances in the material and the theoretical levels. The material level is a trend toward creating an institutionalized and collaborative language; However, double-hatting of the First Parliament as the constituent and the constituted power, and the existing imbalance between the social forces in the political institution, has caused fluctuation in that language and reduced the concept of sovereignty to its diverse characteristics. Concerning the theoretical, the lack of ideas as the unifying element of the legal form in that historical period is certain (the local) and, as a result, its breaking from the universal in the construction process of the legal form has also made this issue more problematic. In this absence, the post-form doctrine has relied on the place of ideas and sought to fix or renounce the legal form in the future. Finally, as a matter of fact, by the lack of thinking, the material forces created a form without constructing the integration of its elements.

KeyWords: National Sovereignty, The Iranian Constitution of 1906-07, Socio-political Forces, Theory, Legal Doctrine

How to Cite: Pouladi, Kaveh, "Janusian Sovereignty: Conceptualization of National Sovereignty in the Iranian Constitution of 1906-07," Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 213-234.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.231880.2509>

Received: 29/05/2023-Accepted: 22/10/2023

1. Assistant Professor, Faculty of Humanities & Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran
Corresponding Author Email: K.pouladi@uok.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



حاکمیت ژانوسی؛ مفهوم پردازي حاکمیت ملی در قانون اساسی مشروطه

کاوه پولادی^۱

چکیده

حاکمیت ملی در قانون اساسی مشروطه در چهره‌ای ژانوسی (دوگانه) متجلی گشته است. نوشتار پیش‌رو، در پی یافتن اسباب پدیداری چنین امری بوده و در درون فرم حقوقی به نحوه تأسیس و یکپارچگی آن نظر نموده است. تأسیس در قالب نیروهای اجتماعی - سیاسی بروز یافته (امر مادی) و اندیشه سبب‌ساز یکپارچگی فرم حقوقی شده است (امر نظری). تتبع از اسلوب پدیدارشناسی تاریخی - زبانی در ساحت حقوق انضمامی متابعت نموده است. این مطالعه تاریخی، از توصیف زبان متعین در فرم آغازیده و به دنبال تناظرهای زبانی در مراتب مادی و نظری ره پیموده است تا بتواند به غایت خویش نائل آید. مرتبیت امر مادی، حرکتی است به سوی ایجاد زبان نهادمند و مورد توافق؛ اما، نقش دوگانه مجلس اول مشروطه در مقام قوه مؤسس و مؤسس و نیز عدم تعادل میان نیروهای اجتماعی در نهاد سیاسی، سبب تزلزل در آن زبان گردیده و اصطلاح حاکمیت را به جنبه‌های مختلف آن فروکاسته است. در مرتبیت امر نظری، در آن دوره تاریخی با فقدان اندیشه به منزله عنصر یکپارچه‌ساز فرم حقوقی مواجه بوده‌ایم (امر محلی) و گسست از امر جهان‌شمول در صورت‌بندی چنین فرمی نیز این موضوع را دشوارتر نموده است. در این خلا، دکترین پسا فرم بر جایگاه اندیشه تکیه زده و در پی ترمیم یا برگزشتن از فرم حقوقی در آتیه بوده است. النهایه، می‌توان بازگفت در فقدان اندیشه، نیروها، فرمی را بدون یکپارچگی عناصر آن آفریده‌اند.

کلید واژگان: حاکمیت ملی، قانون اساسی مشروطه، نیروهای اجتماعی - سیاسی، نظریه، دکترین حقوقی.

استناد به این مقاله: پولادی، کاوه، «حاکمیت ژانوسی؛ مفهوم پردازي حاکمیت ملی در قانون اساسی مشروطه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۲۱۳-۲۳۴.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.231880.2509>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۰۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۳۰

۱. استادیار، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: K.pouladi@uok.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

آغاز سخن؛ تقریر مسئله

پولیس یونانی، پدیده‌ای طبیعی بود در پی برپایی خیر. ساحتی فراگیر که چنان‌که ارسطو بازمی‌گوید، چون «کمال اجتماعاتی^۱ است که به حکم طبیعت موجودند، خود نیز به حکم طبیعت وجود دارد و همهٔ ویژگی‌های اجتماعات پیشین پدیدآورندهٔ خویش را داراست. زیرا شهر [نقطه کمال و] غایت اجتماعات دیگر است و طبیعت هر چیز در کمال آن است.»^۲ بدین آیین، اگر پولیس «لابه‌لای انگلستان» طبیعت جا خوش کرده و نگینی را ماند گران‌سنگ؛ خاستگاه دولت مدرن، نه امری طبیعی، بل امری مصنوع است در پی صیانت از امنیت مردمان. چنین استحالته‌ای در سامان سیاسی، نشان‌دهندهٔ انسان‌ها در مقام آفرینشگر است، بدان‌سان که خداوند، طبیعت را آفریده است؛ «آن لویاتان عظیمی که دولت خوانده می‌شود به کمک فن و صنعت ساخته شده است و صرفاً انسانی مصنوعی است که از انسان طبیعی عظیم‌تر و نیرومندتر است و برای حراست و دفاع از او ساخته شده است و در آن حاکمیت به‌سان روحی مصنوعی است که به کل بدن زندگی و حیات می‌بخشد.»^۳ زین‌رو، هنگامهٔ سخن در باب چنین سامانی، مواجهه با یک مکانیسم، پیش‌روی ماست که دو وجه در آن برجستگی می‌یابد: وجه نخست، تأسیس است که با اراده (ها) گره می‌خورد؛ در منظر هابزی، دولت به‌منزلهٔ شخص مصنوع در نظر آورده می‌شود که برآمده از گردهم‌آیی اشخاص طبیعی است و النهایه، ایشان در درون این امر مصنوع (خدای میرا) مستحیل می‌گردند. بدین واسطه مفهوم قرارداد پای به عرصه می‌گشاید؛ به‌سان پیمان آلتی هبوط نموده در میان انسان‌ها. وجه دگر این مکانیسم، نظام‌مندی و یکپارچگی آن است که سبب استمرار در زمان و نیز خلقی کارکردها می‌گردد. در لسان حقوقی، وجه تأسیس در هیبت قوهٔ مؤسس تجلی می‌یابد^۴ و در قالب قانون اساسی به‌مثابهٔ سندی مکتوب، منعکس می‌گردد و درون‌مایهٔ آن بنیان، انسجام و استخوان‌بندی دولت ملی را بیان می‌دارد.^۵ چنین قانونی از مفهوم حاکمیت نشئت می‌گیرد که در نظریه‌های مدرن آن، خود را در شمایل امرملی یا مردمی عیان می‌دارد. بر این مبناست که قانون اساسی امکان بیان این مهم را می‌یابد که «چگونه قواعد وضع گردد، به چه طریق تغییر یابد و چه کسی می‌بایست آن را ایجاد نماید.»^۶ وجه یکپارچگی نیز گویای منطق درونی قانون اساسی است، به اسلوبی که تمامی اجزای قانون توأمان با سازگاری کنار یکدیگر قرار گیرند و برخاسته از نظریهٔ حاکمیت باشند. این امر سبب

۱. در برگردان فارسی، واژهٔ جامعه در برابر κοινότητες به کار رفته است؛ اما، به‌نظر واژهٔ «اجتماع» مناسب‌تر خواهد بود. نک:

Runciman, W. G. *Social science and Political Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 1971, p 25.

۲. ارسطو، *سیاست*، ترجمهٔ حمید عنایت، تهران: نشر علمی فرهنگی، ۱۳۷۱، کتاب اول، بند ۸، ص ۴.

۳. در متن اصلی، COMMON-WEALTH, or STATE آمده و در متن فارسی به کشور یا دولت ترجمه شده است. در اندیشهٔ هابز هر دو واژه در معنای برابر به کار می‌رود. زین‌رو، ترجمهٔ آن به صرف «دولت» به نظر مکفی خواهد بود. نک:

Martinich, A. P. *A Hobbes Dictionary*, Oxford: Blackwell, 1995, P 74; Lemmeti, J. *Historical Dictionary of Hobbes's Philosophy*, Oxford: The Scarecrow Press, 2012, pp. 82-84.

۴. هابز، توماس، *لویاتان*، ترجمهٔ حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۸۱، مقدمه، ص ۷۱.

۵. در مرتبت نظری، تجلی قوهٔ مؤسس در قانون اساسی امری است مناقشه‌برانگیز. لاگلین ضمن اینکه نظریات هنجارگرایی و تصمیم‌گرایی را ناپسند می‌داند، از نسبت قوهٔ مؤسس و قانون اساسی مدافعه به‌عمل می‌آورد. نک:

Loughlin, M. *On Constituent Power*, in *Constitutionalism beyond Liberalism*, Eds. Dowdle, M. Wilkinson, M. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 151-175.

در مقابل آنتونیو نگری بدین نسبت قائل نیست و استمرار قوهٔ مؤسس بدون آنکه در چارچوب حقوقی عینیت یابد را نظر صائب می‌داند. نک:
Negri, A. *Insurgencies; Constituent Power and the Modern State*, Minnesota: University of Minnesota Press, 1999, pp. 303- 336.

۶. قاضی، ابوالفضل، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۳، صص ۹۰-۹۱.

7. Laski, H. J. *An Introduction to Politics*. London: George Allen & Unwin Ltd, 1939, p 17.

ایجاد نهادهای همگن در قانون اساسی می‌گردد؛ لذا، هرگونه ابهام در چنین نظریه‌ای به ساختارهای مشوش منتهی خواهد شد.^۱ یکپارچگی در وجه تأسیسی حاکمیت، همسازی در نهادهای مبتنی بر قانون اساسی را به‌همراه خواهد داشت. درون‌مایه این همسازی از مجرای تجارب تاریخی و انسجام آن در مرتبت فلسفه سیاسی عینیت یافته است.

بر بنیاد این تمهیدات، می‌توان از دو وجه تأسیس و یکپارچگی قانون اساسی ایران در نخستین تجربه قانون‌گذاری اش بحث به‌میان آورد. فضای پیشامشروطه به‌واسطه «ناتوانی و وهن بین‌المللی» و «بی‌عدالتی داخلی» تدریجاً به‌سوی تغییر در حرکت بود^۲ و طی کشاکش‌های فراوان، درنهایت به ایجاد قانون اساسی انجامید. هنگامه‌ای که ایران چنین فرم حقوقی را پذیرا گشت، گامی بلند به حساب می‌آمد؛ اما، به سبب ابهامی که در مفهوم حاکمیت ملی (وجه تأسیسی) صورت پذیرفت، شالوده عمارت حقوقی را شکافی حاصل شد؛ شکافی پابرجا که پرنمودن آن نیازمند تبعی تاریخی در علل آن است. به‌گمان، روشنایی‌افکندن بدین تجربه قانون‌گذاری یکی از مراحل مهم در گشودن معمای حاکمیت ملی در ایران خواهد بود.^۳ بدین آیین، با عنایت به حاکمیت مزبور به منزله آغازگاه، می‌توان لایه‌های زیرینش را در پرتو نور آورد. نظام‌نامه اساسی مشروطه (۱۳۲۴ق) در باب تشکیل مجلس و وظایف و اختیارات آن تدوین گشت. هرچند نفس وجود مجلس، مبین اراده ملتی است در تعیین سرنوشت خویش؛ اما این متن حقوقی فاقد ذکر مفهوم حاکمیت ملی بود. می‌توان دلیل چنین امری را در تعجیل به‌وجودآمده در تهیه نظام‌نامه دانست.^۴ پس از آن، مهم‌ترین شریقه مجلس اول، تدوین و به توشیح رسانیدن متمم قانون اساسی بود تا کاستی‌های نظام‌نامه مرتفع شود و متنی منقح در دست باشد.^۵ زین‌رو، اصل ۲۶ متمم اشعار می‌داشت: «قوای مملکتی ناشی از ملت است طریقه استعمال آن قوا را قانون اساسی معین می‌نماید.» اصل مذکور، به تأسی از قانون اساسی بلژیک (۱۸۳۱م) تحریر شده^۶ و حاکمیت ملی را به منزله تأسیسی جدید بنیان نهاده است. اصل ۲۷ نیز بر بنیاد همان تأثیرپذیری (البته با افزودن قید شرعی بر مبنای اصل ۲ متمم)، در قسم قوه مقننه، سه منشأ سلطنت، مجلس و سنا برای انشای قانون بیان نموده و استقرار آن را موقوف به عدم مخالفت با موازین شرعیه و تصویب مجلسین و توشیح بصره همایونی دانسته است. اشارت به شریعت در کنار سلطنت و ملت (مجلس) در صحنه قانون‌گذاری مجرای است که می‌تواند از حیث وجه داخلی حاکمیت (اقتدار واحد سیاسی در مواجهه شریعت و سلطنت) سبب تشنت گردد و نیز وجه تأسیسی آن (حاکمیت ملی) را مخدوش

۱. نک: زارعی، محمد حسین، *حاکمیت قانون و دموکراسی*، تهران: انتشارات بهنامی، ۱۳۹۴، ص ۹۱.

۲. تقی‌زاده، حسن، *زمینه انقلاب مشروطیت ایران (سه خطابه)*، تهران: انتشارات گام، ۱۳۳۶، ص ۳۸.

۳. دو تذکار مهم شایسته عنایت است. نخست، هنگامه بحث پیرامون حاکمیت، با وجوه مختلفی (درونی و بیرونی) از آن مواجهیم که این امر بر مفهوم حاکمیت تأسیسی مؤثر واقع می‌گردد. جهد نموده‌ایم تا حتی‌الامکان بدین گره‌خوردگی عنایت داشته باشیم. این امر بالاخص در نسبت میان حاکمیت به منزله اقتدار سیاسی واحد (درونی) و حاکمیت تأسیسی عیان می‌گردد. به عبارتی، در وجه درونی، مناقشاتی مطرح می‌گردد که حاصل آن در مشارکتی به‌ظاهر همساز در ایجاد قانون نمایانگر می‌شود؛ اما، در باطن، ابهامی جدی در نحوه تجلی حاکمیت تأسیسی وجود دارد. دوم اینکه، حاکمیت تأسیسی در قالب حاکمیت ملی (سلطنت ملی) به فهم درآمد و نه حاکمیت مردمی؛ بدین اعتبار، این مفهوم خود را از مجرای نمایندگی بروز می‌دهد.

۴. رحیمی، مصطفی، *قانون اساسی ایران و اصول دموکراسی*، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۴۷، صص ۶۸-۶۷.

۵. در مجلس اول، قوانین آرزمند دیگری نیز به تصویب رسیدند. نک: میرزا صالح، عبدالحسین، *مذاکرات مجلس اول*، تهران: انتشارات مازیار، ۱۳۸۳، صص ۷۷۳-۸۳۲.

۶. اندیشه مزبور ریشه در ماده ۳ اعلامیه حقوق بشر و شهروند (۱۷۸۹م) دارد که مطابق آن «ریشه هر حاکمیتی اساساً در ملت است...». ماده ۲۵ قانون اساسی بلژیک نیز بیان داشته:

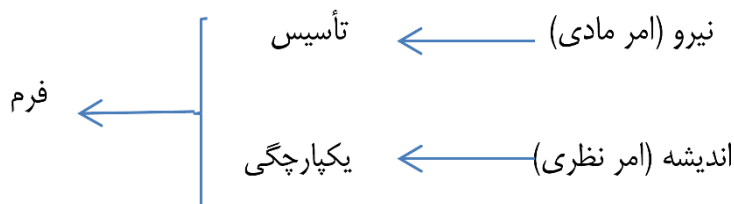
“All powers emanate from the nation. They shall be exercised in the manner established by the Constitution.”

و صرفاً اصل ۲۶ مشروطه در برابر واژه powers از «قوای مملکتی» استفاده نموده که به‌نظر تحت لوای اندیشه مونتسکیو بوده است. نک: رحیمی، مصطفی، منبع پیشین، ص ۱۰۶.

نماید. همچنین، در اصل ۳۵ متمم قانون اساسی آمده است: «سلطنت ودیعه‌ای است که به موهبت الهی از طرف ملت به شخص پادشاه مَفوض شده.» برخلاف دو اصل پیش‌گفته، این اصل به صورت مستقل تحریرگشته و در آن هر سه جریان به‌صورتی دگر ترکیب یافته‌اند. اصل مذکور، جایگاه فرازین سلطنت را با اشارت به منشأ حاکمیت الهی پادشاه و اقرار ملت به تفویض این حق به او، متذکر می‌گردد. توضیح اینکه ذکر عبارت «موهبت الهی» که شاه وقت به متن نهایی افزود، نه از سر دین‌مداری، بل به سبب به‌رخ‌کشاندن جایگاه لاهوتی‌اش در برابر مردمان ناسوتی بود. بدین اعتبار، همچنان فاصله میان سلطنت و ملت حفظ شده و منشأ الهی بودن سلطنت در دوران جدید مورد عنایت واقع گردید؛ امری که سابقه‌ای بس کهن در تاریخ ایران‌زمین دارد. محتوای دو اصل ۲۶ و ۳۵، گویای تعارضی میان اندیشه حاکمیت ملی در بیان مدرنش و حاکمیت الهی در لسان سنتی آن است که خود حاصل قرابتی میان درک حاکمیت بر مبنای سلطنت می‌باشد.^۱ با عنایت بدین گزاره‌ها، قانون اساسی مشروطه، بنابه وجه تأسیسی مغشوش بوده و سبب عرضۀ مفهومی دوگانه از حاکمیت ملی گشته است.^۲ کنون می‌توان چنین مسئله‌ای را قابل طرح دانست که اسباب تعارض در مفهوم‌پردازی حاکمیت ملی در چه امری قابل جست‌وجو است؟

تمهیدات روش‌شناسی؛ نسبت فرم، اندیشه و نیروی مادی

روش‌شناسی نوشتار از تحلیل نسبت میان سه مرتبت فرم حقوقی، اندیشه (امر نظری) و نیروهای اجتماعی - سیاسی (امر مادی) سرچشمه می‌گیرد. پیش از این در پاره نخست تتبع، از نسبت میان اندیشه، فرم و مفاهیم بنیادین بحث به میان آوردیم و بنا را بر آن نهادیم تا به تناسب بحث روش‌شناسی را توسعه بخشیم. کنون، در این مطالعه تاریخی، با زبانی مواجهیم که در قالب فرم حقوقی بروز یافته است؛ اما، در واقعیت، فرم حقوقی، واپسین امری است که از هم‌نشینی دو مرتبت مادی و نظری در بستر تاریخ صورت‌بندی می‌گردد. گذر تاریخ، این مراتب سه‌گانه را واژگون می‌نماید؛ به سخنی دگر، آنچه در مطالعه تاریخی با آن مواجهیم، مرتبت فرم حقوقی است که در ژرفاهای آن دو مرتبت دیگر مستترند و از مجرای تبعات می‌بایست درونمایه‌هایشان را فاش نمود. دو مرتبت مادی و نظری، در وجوه تأسیس و یکپارچگی فرم حقوقی ظهور می‌یابد.

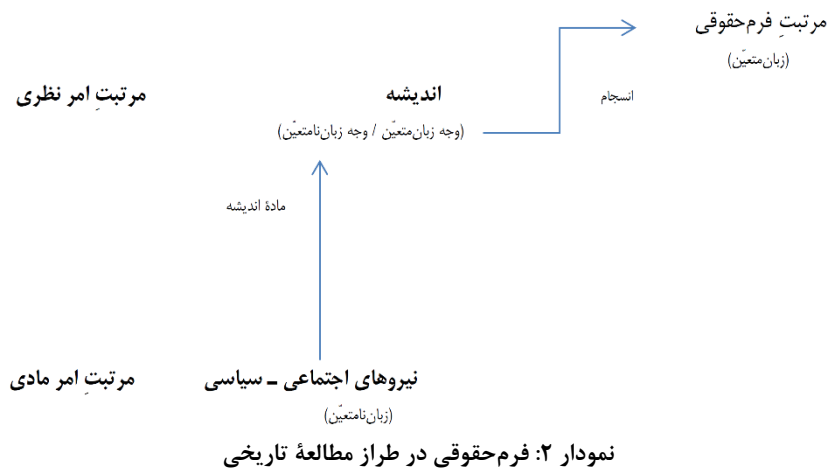


نمودار ۱: سازندگان فرم در طراز واقعیت

^۱ امری که در سرآغاز کاربست واژگانی حاکمیت نیز قابل مشاهده است. نگاهی به نخستین رسالات حقوقی تحریرشده در صدر مشروطه، در فهم این امر یاری‌رسان خواهند بود.

^۲ لازم به توضیح است، نوشتار پیش‌رو، پاره دوم تبعی است سه‌گانه پیرامون اندیشه حاکمیت ملی در ایران. ادعا بر این است که از منظرگاه تاریخی، حاکمیت ملی از سه گذرگاه عبور نموده است. در اولین گذرگاه، حاکمیت (ملی) به‌منزله سلطنت به فهم درآمده و رفته‌رفته محتوای آن، دقت نظری فزون‌تری یافته است (پاره نخست تتبع). در دومین گذرگاه، در هیئت قانون اساسی مشروطه چهره‌ای ژانوسی (دوگانه) به خود گرفته است که مقاله حاضر در پی علل آن خواهد بود (پاره دومین تتبع). در گذرگاه واپسین نیز در قانون اساسی ج. ا. ایران به شکل حاکمیت زیبایی‌شناسانه بروز یافته است (پاره سومین تتبع). از حیث روش‌شناسی، تبعات با ورود مؤلفه‌های جدید، پیچیده‌تر گردیده‌اند؛ اما همچنان بر شانه‌های مبنای نظری واحدی ایستاده‌اند. پیش از این، پاره نخست با مشخصات ذیل منتشر گردیده است. نک: پولادی، کاوه، «حاکمیت به‌منزله سلطنت؛ مصداقی در جایگاه مفهوم "اندیشه حاکمیت ملی از مواجهات آغازین تا استحاله آن در رسالات حقوقی عصر مشروطه"»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۴۰۱، شماره ۱۰۰، صص ۳۵۷ و ۳۷۸.

فرم حقوقی به منزله بیرونی‌ترین مرتبت در درون خود، نشانه‌گذاری‌هایی را برای پی‌بردن به مرتبت اندیشه نهان دارد. این مهم از نسبت میان اجزای مختلف فرم، قابل استنتاج است که بر آن اساس، انسجام، کاستی یا فقدان نظریه در آن عیان می‌گردد. نیروهای اجتماعی - سیاسی در ژرف‌ترین مرتبت قرار می‌گیرد که گویای زیست‌جمعی در دوره‌ای مشخص است که کنون پشت‌سر نهاده شده و با کوشش فراوان می‌توان حدود آن را ترسیم نمود. هرکدام این مراتب، متناظر با یک امر زبانی است و تتبع در پی دست‌یازی بدان زبان‌ها در پس‌پشت رخ داده‌است. بدین اعتبار، می‌توان این مطالعه تاریخی را واجد وجهی پدیدارشناسانه دانست. آغازگاه مطالعه، زبان و نحوه چیدمان واژگانی در فرم حقوقی است. فرم، نمودگار زبانی متعین است که دو سطح دیگر در آن مدفون گشته‌اند. در یک هنگامه تاریخی مشخص و پیش از ایجاد یک فرم، مرتبت اندیشه راهبر اصلی است که محتوا را از واقعیت (امر مادی) وام می‌گیرد و چارچوب‌هایی را برای تشکیل فرم، عرضه می‌دارد؛ وضعیتی دوگانه که پایه‌ای در نیروهای اجتماعی - سیاسی دارد و پای دگر در ایجاد یک زبان منسجم. وجود چنین مرتبتی، سبب صورت‌بندی فرم حقوقی نظام‌مند خواهد شد. همچنین، امر مادی، زبانی است نامتعیّن و در میان نیروهای اجتماعی - سیاسی متکثر در یک جامعه بروز می‌یابد. چنین امر متکثری گویای میزان فهم و تلقی‌های مختلف در باب امر عمومی است که سامان زندگی جمعی را برمی‌سازد و خود ریشه در مناسبات اقتصادی و سطح فرهنگ دارد. کنون ما در پی آنیم تا حاکمیت را به‌مثابه مفهومی بنیادین در عمارت قانون اساسی در پس این سه مرتبت مورد مذاقه قرار دهیم.



۲. مرتبت امر مادی؛ تناظر و موقعیت زبانی حاکمیت ملی

۲.۱. تناظر زبانی نیروها در مطالعه تاریخی

واقعیت متکثر به میانجی زبان برای آدمی شناخت‌پذیر می‌گردد و محیط بر کنش‌های انسانی ماست. شریطه اصلی زبان، از منظر کارکردی، انتقال و برقراری ارتباط میان انسان‌ها و جهان پیرامونشان است (معنای عام زبان).^۱ در این مرتبت

^۱ در نظرگاهی، زبان را مایه‌آزاء واقعیت اجتماعی در نظر آورده‌اند. در مقابل، منظرگاهی وجود دارد که زبان را نظامی از دال و مدلول می‌داند. گاهی نیز زبان را بازنمود واقعیت دانسته‌اند. برای دیدن آغازگاه این مناقشه در جهان جدید، نک: کالوه، ژان لویی، *درآمدی بر زبان‌شناسی اجتماعی*، ترجمه محمدجعفر پوینده، تهران: نقش جهان، ۱۳۷۹، صص ۱۳-۱۷.

بنیادین زبان، اشتراکات و افتراقات امور آشکار شده، تن به طبقه‌بندی می‌سپارند. نسبت زبان و واقعیت، به اسباب متعددی در طول زمان بارها مورد تصحیح قرار می‌گیرد و فهم‌پذیری را دچار استحاله می‌نماید.^۱ حاصل این امر، از حیث هنجاری، به قواعد مشترک جمعی ختم می‌شود؛ قواعدی که حاصل نسبت میان موقعیت و کنش‌هاست.^۲ در مرتبت زیست اجتماعی، زبان حامل ارزش‌ها می‌گردد و در قالب نیروهای مختلف اجتماعی بروز می‌یابد؛ وجود ارزش‌های چندگانه، نیروهای چندگانه را پدید می‌آورد. در این مرتبت، تکثری پدیدار می‌شود و زبان را مبدل به عرصه تعارض نیروهای اجتماعی حامل ارزش‌ها می‌گرداند که هرکدامینشان ارزش خود را بر دیگری مروج می‌دانند. در یک مطالعه تاریخی، نسبت ما با درک یک موقعیت مشخص اجتماعی مبتنی بر درک موقعیت زبانی است که در درون خود، نسبت‌هایی میان مفاهیم‌اش برقرار است و در قالب هنجارها و ارزش‌ها بازتاب می‌یابند. بدین اعتبار، زبان دروازه ورود به مطالعه یک دوره تاریخی است و ارزش‌ها و نیروهای اجتماعی، در پس زبان قابل شناخت خواهند بود. نیروهای متکثر اجتماعی به واسطه نهاد(ها) سیاسی است که مبدل به امر واحد می‌گردند؛ نهاد، سبب ثبات، استمرار در زمان، تطبیق‌پذیری و ایجاد کارکرد می‌گردد.^۳ نهادهای سیاسی می‌توانند ساده یا پیچیده باشند؛ از منظری دورکیمی، می‌توان بازگفت، نهاد سیاسی ساده با همبستگی مکانیکی قرین است که اهداف و ابرازهای محدود در اختیار دارد و نهادهای پیچیده، دارای همبستگی/ارگانیکی و اهداف متعددی و کارکردهای وسیع‌تری‌اند.^۴

بر این شالوده، در موضوع مورد تتبع، دو وضع متناظر زبانی از هم قابل تمییزند. شق نخست، زبان متناظر با وضع شاهانه که نهاد سیاسی ساده است و با تفوق یک نیرو بر پایه خشونت شکل گرفته و به طرح‌ریزی زبان جمعی در قالب فرمان منتهی می‌گردد. شق دوم، نهاد سیاسی پیچیده‌ای است که در مشارکت یا تعادل نیروهای اجتماعی - سیاسی و ایجاد زبان نهادمند آشکاره می‌گردد. در شق زبان شاهانه، این تعارضات با ظفرمندی یک نیرو بر نیروهای دیگر همراه می‌شود. چنین چیرگی با خشونت می‌آغازد و با خروج از زبان همبسته است. به سخنی دیگر، شاه وضعی بینابینی دارد؛ پایی در خارج زبان برای چیرگی و پایی در داخل زبان جهت استمرار منافع و خواسته‌هایش. بدین آیین، صرفاً پس از استقرار نیروی برتر، امکان پیوند میان زبان و امر اجتماعی برای بساختن مناسبات جمعی حاصل می‌گردد. زبان جمعی در شاه تجسد می‌یابد و متون تاریخی، سراسر ابراز شکوه و جلال اوست. هرچند نیروی غالب قدرتی است یکه؛ اما، همواره فضاهایی باقی می‌مانند که به شکل توصیه‌های اخلاقی بروز می‌یابند.^۵ وضعیت استبداد پیشامشروطه با این وضع بینابینی شاهی گره خورده و زبان حیات جمعی، زبان نیروی چیره و فرامین صادره اوست. ماهیت وضع شاهی، واحد است و این مهم امکان خلق نهادهای دیگر قدرت را سلب می‌نماید. بدین اعتبار، در تاریخ‌نگاری ایرانی عنصر دستوری شاهانه جایگاه خاصی دارد.^۶ شق دومین که خود را در قالب تعادل یا مشارکت نیروهای اجتماعی - سیاسی مختلف نشان می‌دهد، جایی است که زبان و ارزش‌های متکثر برآمده از نیروهای اجتماعی در پی ساختن معنای منفعت جمعی، انجمن می‌نمایند. در شکل تعادل نیروها، امکان هم‌نشینی میان منافع مختلف ایجاد می‌شود و با مدخلیت نهاد سیاسی به دو وجه ثابت و

۱. بدین واسطه واقعیت در اجتماعات بدوی و مدرن دستخوش تغییرات فراوانی گشته است. نک: لیچ، ادموند، *لوی استروس*، ترجمه حمید عنایت، تهران: انتشارات خوارزمی، ۱۳۵۰، صص ۱۳۹-۱۴۰.

۲. Wieder, D. L. *Language & Social Reality*, Paris: Mouton, 1974, pp 11- 12.

۳. See; Hantington, S. *Political Order in Changing Societies*, NewHaven: Yale University Press, 1968, pp 12- 17.

۴. نک: دورکیم، امیل، *درباره تقسیم کار اجتماعی*، ترجمه باقر پرهام، تهران: نشر مرکز، ۱۳۸۱، صص ۶۹-۱۲۰.

۵. نمونه آن اندرزنامه‌هایی است که به رشته تحریر درآمده تا به حاکم، رفتار عادلانه نسبت به رعیت را گوشزد نماید.

۶. نک: آژنگ، یعقوب، *تاریخ‌نگاری در ایران*، تهران: نشر گستره، ۱۳۶۰.

متغیر زبانی بخش می‌گردد.^۱ وجه ثابت، قواعد مورد توافق است که از گفت‌وگو مایه می‌گیرد و نیز زمینه‌ای برای برقرار ماندن تعادل را موجب می‌گردد و در نتیجه زبان را در ساختار سیاسی - حقوقی نهادینه می‌سازد. وجه متغیر به‌سان امر صیوریت‌یافته در درون زبان مورد توافق، امکان حل تعارضات آتی میان نیروها را با حفظ قواعد وجه ثابت ممکن می‌گرداند. به عبارتی، تعارض میان نیروهای محافظه‌کاری و نیروهای تحول‌خواهی که در تکاپوی تعدیل و تعبیر قوانین‌اند.^۲ بدین‌سان می‌توان بیان داشت، تعارضات به چارچوب زبان مورد توافق، محدود شده و در یک ساختار سیاسی، نهادمند می‌گردند.^۳ اما برخلاف شکل تعادل، در مشارکت نیروها وضع متفاوت است و شرایط کامل به‌وجود آمدن نهادهای سیاسی - حقوقی را میسر نمی‌سازند. به سخن دیگر، آن دو وجه زبان نهادمند (ثابت و متغیر) به صورت ناقص عینیت می‌یابند. با این شرایط، نائل‌گشتن به شکل مفاهیم همساز در عرصه سیاسی - حقوقی با خدشه مواجه خواهد بود؛ اما، تعادل میان نیروها، وفادارانه نسبت به آن وجه ثابت زبانی به‌پیش می‌راند. وضعیت پسامشروطه با مشارکت نیروها قرابت دارد و سبب ایجاد خدشه در زبان مورد توافق و در نتیجه خلق مفاهیم ناهمگون می‌گردد.

۲.۲. مشارکت نیروهای اجتماعی - سیاسی و تلاش در برقراری زبان نهادمند

استبداد،^۴ سنخ رایج حکمرانی در ایران بوده است. بدین اعتبار، همه امور با محوریت شخص پادشاه شکل می‌گیرد و قدرت مطلق وی به صورت انحصار مالکیت و دیگر اقتدارات نظامی و دیوانی بروز می‌یافت. اما این قدرت پادشاه لزوماً متمرکز نبود^۵ و عنصری کافی برای تأسیس حاکمیت و همچنین زمینه‌ای برای دیگر مؤلفه‌های نظریه حقوق اساسی را مهیا نمی‌نمود.^۶ قدرت پادشاه مبین وضع زبانی واحدی است که امکان ایجاد تعادل در نهاد سیاسی را موجب نمی‌گرداند. چنین نظام حکمرانی سنتی با پدیداری گروه‌های جدید اجتماعی و مفاهیم نوآیین، دچار سستی می‌گردد؛ شرایطی که می‌توان «فضای عمومی» در حال تکوین ایران دوران جدید خواند.^۷ چنین فضایی همزاد خود امر مشترکی می‌آفریند که منحصر به پادشاه نیست؛ بل دیگران را نیز در آن راه است. زین‌رو، سخن در باب اعمال حکومت و کاستی‌های آن در مواجهه با مسائل داخله و خارجه و فراتر از آن، بحث بر سر مضرات حکومت استبدادی و حمایت از حکومت مشروطه در مکتوبات روشنفکران و نظرات و رسالات برخی از علما پیش و پس از انقلاب مشروطه طرح می‌گردد. زبان جدید در مرحله نخستین شکل‌گیری‌اش تدریجاً خود را در برابر زبان شاهی عرضه می‌کند و رفته‌رفته مبدل به زبان ایجابی و کنش‌گر

۱. دو وجهی که در ساختار خود زبان نیز قابل‌شناسایی است. نک: سوسور، فردیناند، *دوره زبان‌شناسی عمومی*، ترجمه کورش صفوی، تهران: نشر هرمس، ۱۳۸۲، ص ۱۴. به وجه استعاره می‌توان بازگفت که گویی وضع اجتماعی مبتنی بر پیچیدگی به‌سان خود ساختار زبان در دو وجه خویش را بروز می‌دهد. در سطح نهادمند، زبان درون‌مایه خویش را به آشکارگی عیان می‌دارد. این گزاره بدان معنا نیست که این امر در نهاد ساده (شاهی) وجود ندارد، بل چون شاه به جای هر دو وجه ثابت و متغیر می‌نشیند، کاملاً قابل ملاحظه نخواهد بود.

۲. ریبر، ژرژ، *نیروهای پدیدآورنده حقوق*، ترجمه رضا شکوهی‌زاده، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۵، ص ۱۰۷.

۳. بر این مینا، هر نظم پیچیده قانون اساسی را می‌توان به مثابه سیستم سیستم‌ها در نظر آورد که از تعامل بین نهادها ناشی شده و خود آن نیز از تعامل تک‌تک اعضای آنها ناشی می‌شود. نک:

Vermeule, A. *The System of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp 3-4.

۴. نک: منتسکیو، شارل دو، *روح القوانين*، ترجمه علی اکبر مهدی، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۲۲، کتاب دوم، فصل اول، ص ۹۳ و همچنین در باب حکمرانی شرقی؛ هگل، گئورگ ویلهلم، *عقل در تاریخ*، ترجمه حمید عنایت، تهران: شفیعی، ۱۳۷۹، صص ۲۷۱-۲۷۰.

۵. نک: کاتوزیان، محمد علی همایون، *دولت و جامعه در ایران؛ انقراض قاجار و استقرار پهلوی*، ترجمه حسن افشار، تهران: نشر مرکز، ۱۳۸۰، ص ۷.

۶. نک: قاضی مرادی، حسن، *استبداد در ایران*، تهران: نشر اختران، ۱۳۸۰، ص ۳۱۳.

۷. طباطبایی، جواد، *تأملی درباره ایران*، جلد ۲، بخش ۲، تهران: انتشارات مینوی خرد، ۱۳۹۲، ص ۲۱.

می‌شود. بدین آیین، در مکتوبات میرزا فتحعلی آخوندزاده ضمن تعریف حکومت استبدادی،^۱ بلیات آن را مورد نکوهش قرار می‌گیرد.^۲ همچنین میرزای نائینی، ضمن بیان «کیفیت استیلا» و «تصرف سلطان» در مملکت به دو صورت «تملیکیه» و «ولایتیه»، قسم اخیر را مرجح می‌داند^۳ و به مضرات صورت تملیکیه (استبدادی) می‌پردازد.^۴

این نقادی‌ها اندر باب استبداد، همان حرکت به سوی تأسیس حقوق به مثابه «چارچوب تصمیم» و نفی فرمان «بدون چارچوب» است. با وجود آنکه در این هنگامه تاریخی، نیروهای اجتماعی - سیاسی دریافت مشترک و توأمان با آگاهی از مشروطه نداشتند (امر ایجابی)،^۵ اما، بر سر نفی شرایط استبدادی موجود اتفاق نظر داشتند (امر سلبی). چنین مناقشاتی در تحریر نهایی قانون اساسی به عنوان سندی پایه‌گذار قابل شناسایی است؛ حرکتی جهت دست‌یازی به زبانی نهادمند. در انقلاب مشروطه، می‌توان تقابل دو طیف «حکمرانی سنتی ایرانی» و «مخالفت با استبداد و وضع موجود» را شاهد بود. این تقابل در سه جبهه نیروهای سیاسی - اجتماعی «سلطنت»، «شریعت» و «مشروطه» (اراده ملت) به منزله نیروی جدید در مناسبات قدرت، قابل طبقه‌بندی‌اند. جبهه نخست که شامل پادشاه و خاندانش، دربار و نیز اعیان و اشراف می‌گردد، نیروی ضدانقلاب و طرفدار حکمرانی سنتی ایرانی می‌باشند.^۶ البته در میان این جبهه، برخی از تحصیل کرده‌های از فرنگ بازگشته نیز حضور داشته (به‌سان میرزا ملکم‌خان) که در زمره کارگزاران حکومتی قرار گرفته‌اند؛ اما طرفدار اصلاح در نظام سیاسی بودند. دومین جبهه، متشکل از روحانیون و علما می‌باشند که به‌مانند دو عالم بزرگ طباطبائی و بهبهانی و همچنین برخی از علمای حوزه نجف (شیخ عبدالله مازندرانی، آخوند محمد کاظم خراسانی و حاجی میرزا خلیل تهرانی) طرفدار مشروطه‌اند. در مقابل، جبهه دیگری از علما که به طرفداری از «مشروع» برخاستند و هم‌راستا با جبهه سلطنت و حکمرانی سنتی ایرانی قرار می‌گرفتند (به‌مانند شیخ فضل‌الله نوری و برخی از روحانیون نجف ملامحمد عاملی، حاج‌میرزا لطف‌الله، میرزا حسن مجتهد و سید کاظم یزدی). نیروی اجتماعی - سیاسی سومین، دلالت بر خواست مردمی و ضد استبدادی داشت که شامل اقشار و گروه‌های مختلفی از مردم می‌شد. در این زمره، گروه‌های نوپایی چون بازرگانان و تاجران و نیز اصناف و پیشه‌وران قرار می‌گرفتند. در کنار این گروه، اقشار سنتی جامعه مانند کشاورزان و دهقانان حضور داشتند که اکثریت مردمان را تشکیل می‌دادند. همچنین روزنامه‌نگاران و روشنفکرانی به‌منزله جریان نوظهور شهری، قسم دیگری از این جبهه بودند (میرزا جهانگیرخان، دهخدا و سید محمد رضا شیرازی).^۷ مطبوعات و روزنامه‌ها،^۸ انجمن‌ها^۹ در این دوره، سهم مهمی را در ضدیت

۱. آخوندزاده، میرزا فتحعلی، *مکتوبات کمال الدوله و ملحقات آن؛ اسنادی از مشروطه پژوهی در ایران*، به کوشش علی اصغر حقدار، بی‌جا (نسخه الکترونیکی)، ۱۳۹۵، دفتر پنجم، ص ۲۲.

۲. همان منبع، صص ۵۵-۵۴ و ۳۳.

۳. فیرحی، داود، *آستانه تجدید در «شرح تنبیه الامه و تنزیه المله»*، تهران: نشر نی، ۱۳۹۷، ص ۱۱۱ و نیز ص ۱۲۰.

۴. همان منبع، ص ۱۲۲.

۵. نک: کسروی، احمد، *تاریخ مشروطه ایران*، تهران: انتشارات مجید، صدای معاصر، ۱۳۸۰، ص ۱۷۴.

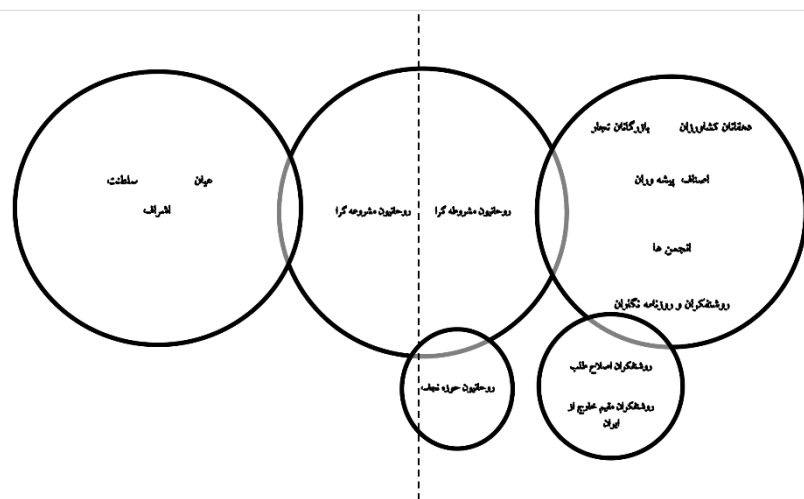
۶. شایان توجه است که نوشتار پیش‌رو، با تمرکز بر «عوامل داخلی» و نقش آن در ایجاد چنین انسدادی به پیش می‌راند و نه بررسی و نقش عوامل خارجی. نقش کشورهای بیگانه در این برهه، تابعی از مناسبات بین‌المللی و رقابت‌های سیاسی با یکدیگر برای تأمین منافعی در ایران بوده است.

۷. در دهه‌های بعد نیز بخشی از جریان روشنفکری و اندکی پس از آن، برخی استادان دانشگاه (نخست دانشگاه ادبیات و در ادامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران) در زمره پیش‌برندگان ارزش‌های مشروطه و معتقدان به اراده ملت قرار داشتند.

۸. نک: براون، ادوارد، *تاریخ ادبیات و مطبوعات ایران در دوره مشروطیت*، ترجمه و تحشیه محمد عباسی، تهران: کانون معرفت، ۱۳۳۶، ص ۶۷.

۹. با وجود آنکه انجمن‌ها در دوره دوم مشروطه نقش پررنگی را ایفاگر بودند؛ اما «انجمن مخفی» تأثیراتی را بر انقلاب مشروطه از خود برجای نهاد. پیرامون این انجمن، نک: کرمانی، ناظم‌الاسلام، *تاریخ بیداری ایرانیان*، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۶، صص ۱۶۵-۱۶۲.

با استبداد بر عهده داشتند. روشنفکران مقیم خارج از ایران در جبهه انقلاب قرار داشته و آثارشان را در زمره عناصر فکری آن به حساب می‌آید (آخوندزاده و طالبوف). نتیجه خواست مردمی، منتهی به صدور فرمان مشروطیت و متعاقب آن تدوین نظام‌نامه انتخاباتات و تشکیل مجلس شورای ملی گردید. این گامی در راستای زبانی نهادمند بود که همزاد خود، برخی واژگان جدید به صورت قابل‌توجهی در مکتوبات، روزنامه‌جات و محاورات این دوره وارد گشتند. زبان جدید، خود را در قالب نهادسیاسی (مجلس) بازمی‌تاباند که موجب ایجاد وجه زبان مورد توافق گردید؛ اما با عنایت بدین امر که مجلس جدیدالتأسیس، هم‌زمان نقش قوه مؤسس و نهاد مؤسس را ایفا می‌نمود، مشکلی پدیدار گردید. این ثنویت نقش‌ها، سبب آن شد تا تمامی نیروی تصمیم‌گیر در درون نهادسیاسی حضور نداشته باشد؛ بدین معنی که نیروهای اجتماعی - سیاسی حاضر در مجلس هر فرمی را توافق می‌نمودند، مبدل به فرم نهایی نمی‌گردید، بل پادشاه در خارج از مجلس و با واسطه «وزرا» یا «موارد استعدای مخصوص» مداخلت می‌نمود و بر جریان امور تأثیر می‌گذاشت. این امر سبب عدم شکل‌گیری کامل زبان مورد توافق (وجه ثابت) در درون نهاد گردید؛ وجهی که از حصول نتیجه بر مبنای گفتگو نشئت می‌گیرد. بدین‌سان با نهادی توأمان با گفت‌وگو و نهادی فراگفت‌وگو مواجهیم که در میان آن دو، فرم حقوقی صورت‌بندی می‌گردد. این تمهیدات مکفی برای ایجاد بخش ثابت زبان نهادمند نیست؛ این مبنای سست زبانی سبب عدم پایبندی بدان در برهه‌های زمانی می‌گردد، به نحوی که همواره بیم از میان برچیدن زبان ثابت (مورد توافق) وجود دارد. از این حیث، هرچند برهم‌کنش نیروهای اجتماعی - سیاسی در تدوین اصول متمم قانون اساسی به چشم می‌خورد که هر کدام این نیروها تعارضاتی را با یکدیگر از سر گذرانیدند؛^۱ اما، به صورت مشخص، تقریر اصول مربوط به منشأ حاکمیت (وجه تأسیسی) با حضور هر سه جبهه میسور گردید. در بادی نخست، این امر نشان از وحدت میان آن نیروها دارد؛ اما در عمل اسباب عدم انسجام قانون اساسی را فراهم نمود. زین‌رو، در ادامه از برهم‌خوردگی میان دو قسم ثابت و متغیر زبانی را به بحث می‌نهمیم. چراکه اساساً ما نه با زبان نهادمند، بل تلاشی در جهت ایجاد آن مواجه بوده‌ایم.



طرفداران حکمرانی سنتی

طرفداران مشروطه (اراده ملت)

نمودار ۳: نیروهای اجتماعی - سیاسی انقلاب مشروطه

^۱ مهم‌ترین آن شامل مناقشات روحانیون مشروطه‌گرا به گنجاندن اصلی در باب نظارت هیئت از علما بر مصوبات مجلس (اصل دوم) و برخی ایرادات دیگر؛ من جمله اصل ۸، ۱۹ و ۲۰ را می‌توان نام برد.

۲.۳. مذاکرات مجلس اول مشروطه و پاره‌های حاکمیت

اعضای مجلس شورای ملی از میان شش طبقه برگزیده شدند^۱ که هر نماینده لزوماً معرف طبقه خود نبود و برخی نمایندگانی از دیگر طبقات را انتخاب می‌نمودند. می‌توان بازگفت که نیروهای حاضر در مجلس اول تابعی از همان نیروهای اجتماعی - سیاسی عام مشروطه بودند. این نیروها دارای منظرگاه‌های متکثری بوده و هر کدامینشان در پی تفوق ارزش‌های سیاسی در نهاد تازه‌تأسیس، لب به سخن می‌گشودند.^۲ در باب مفهوم حاکمیت ملی مندرج در متمم که بعدها در مجلس به تصویب رسید، هر سه جریان مهم سلطنت، شریعت و اراده ملت حضور داشتند که در مجلس شکل مشارکت نامتوازی از نیروها را ملاحظه می‌نماییم. در مذاکرات مجلس، از واژه سلطنت ملی (حاکمیت ملی) سخن به میان نیامده است و در این مجلس با پاره‌های مفهوم حاکمیت مواجهیم که از برآیند آن می‌توان به درک مفهوم مذکور دست یازید.^۳ بدین اعتبار، می‌توان سه فراز در مجلس اول پیرامون مفهوم حاکمیت را از هم منفک نمود: فراز نخست، از آغاز تشکیل مجلس تا توشیح نظام‌نامه اساسی (۱۴ ذی‌القعدة ۱۳۲۴ ه.ق) که بحث در باب جنبه بیرونی حاکمیت غلبه دارد؛ فراز دومین، از توشیح نظام‌نامه تا توشیح متمم قانون اساسی (۲۹ شعبان ۱۳۲۵ ه.ق) که جنبه درونی حاکمیت برجستگی می‌یابد و فراز سومین، پس از توشیح متمم قانون اساسی تا پایان کار مجلس که جنبه تأسیسی حاکمیت در کانون بحث قرار می‌گیرد.^۴

در فراز نخست، مملکت صاحب نظام‌نامه نبوده و مجلس نوپا نیز فاقد نظم و نسق داخلی است.^۵ در این دوره، مجلس نامی را ماند آسیب‌پذیر که نیازمند تکیه بر سلطنت است. مباحث مجلس در این دوره، ضمن نظم‌بخشی به امور داخلی خود^۶ و تنظیم مناسبات با وزراء، در مدار ایجاد استقلال کشور به سامان می‌گردد. این وجه بیرونی حاکمیت، عمدتاً در مذاکرات، حول محور عدم استقراض خارجی،^۷ تلاش برای تأسیس بانک ملی^۸ با اتکا به بنیة مالی مملکتی و ترتیبات اداره قشون^۹ بروز می‌یابد.

در فراز دوم، تدریجاً نظمی بر رویه کار مجلس حکمفرما می‌شود و مفهوم قانون و سنجه آن مبدل به موضوع کانونی مجلس می‌گردد. این امر، از آن حیث اهمیت دارد که قانون، در نسبت میان مرجع اقتدار و الزام معنا می‌یابد و مکلف می‌نماید، چون صادره از سوی اقتدار سیاسی است.^{۱۰} می‌توان بازگفت که این مهم وجه درونی حاکمیت در مجلس اول

۱. ماده ۱ نظام‌نامه انتخابات مجلس شورای ملی.

۲. برای دیدن یکی از دسته‌بندی‌های ترکیب سیاسی مجلس، نک: آدمیت، فریدون، *ایدئولوژی نهضت مشروطیت ایران*، تهران: نشر گستره، ۱۳۸۷، صص ۳۵۹-۳۶۹.

۳. اصطلاح سلطنت ملی، نخستین بار در نشست ۲۴ و سپس نشست ۲۶ مجلس دوم به کار بسته شد. در باب درک چارچوب این مفهوم، نک: مشروح مذاکرات مجلس ملی، دوره دوم، نشست‌های ۱۷۲، ۱۸۹، ۲۱۲، ۲۶۷ و ۳۰۸.

۴. دو نکته قابل به بازگفتن است؛ نخست، تفکیک این سه فراز توأمان با غلبه آن وجه از حاکمیت است و نه تمیز قاطع. البته گاهی منطقی آن را پشتیبانی می‌نماید، برای نمونه؛ تا هنگامی که به وجه استقلال پرداخته نشود، نمی‌توان به سهولت در باب وجه‌های دیگر سخن به میان آورد. دوم اینکه میان وجه درونی و تأسیسی حاکمیت قربانی وجود دارد و در مجلس به صورت بحثی متداخل عینیت می‌یابد.

۵. امور حاشیه‌ای به‌سان، خیل عظیمی از عریضه‌ها از سوی مردمان به سوی مجلس روان است و این امر زمان زیادی از مجلس را به خود اختصاص می‌دهد. امری که در فرازهای دیگر مجلس اول نیز ادامه می‌یابد؛ اما، به سبب تصویب دیگر قوانین، اندکی کاهش یافته و تشکیلاتی برای رسیدگی بدان‌ها یافت شده است.

۶. میرزا صالح، عبدالحسین، *مذاکرات مجلس اول*، منبع پیشین، نشست ۱۸ ذی‌قعدة الحرام، ۱۳۲۴، صص ۸۸-۸۹.

۷. همان منبع، نشست‌های ۲۲ رمضان، ۲۳ رمضان، ۵ شوال، ۷ شوال، ۱۳۲۴، صص ۵۰-۵۴ و ۵۶-۵۷.

۸. همان منبع، نشست‌های ۲۷ رمضان، ۱۲ شوال، ۱۷ شوال، ۱۳۲۴، صص ۵۲ و ۵۸-۵۹ و ۶۱-۶۳.

۹. همان منبع، نشست ۲۲ شوال، ۱۳۲۴، ص ۶۵.

۱۰. همپتن، جین، *فلسفه سیاسی*، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران: طرح نو، ۱۳۸۵، صص ۲۳-۲۴.

را بازمی‌تاباند. مرجعیت در نسبت میان شریعت و مجلس مشروطه نمود داشته و در صور سه‌گانه‌ای خود را عیان می‌دارد: نخست، نقش شریعت در برطرف نمودن خلأ قانون است؛ از آنجایی که فضای اندیشه حقوقی هنوز در نطفگی خود به سر می‌برد؛ شریعت نقشی قابل توجه در ایجاد سنج‌های قانونی ایفا نمود که این امر در قانون رشوه^۱ و عشر (مالیات)^۲ نمود دارد. صورت دوم، شریعت به منزله مبنا و میزان قانون جدید است؛ در سخنان وکلای مجلس، تفاوتی میان قانون شرعی و عرفی وجود داشت.^۳ قانون شرعی، کلام شارع مقدس است و قانون عرفی «چیزی است که به مقتضیات وقت وضع می‌گردد.»^۴ و برخی آن را «تنظیمات» می‌خواندند و لفظ قانون را صرفاً به شریعت مربوط می‌دانستند^۵ و قواعدی که می‌بایست در همان راستا قرار گیرند. گاهی نیز از آن به عنوان «قانون عرفیه سیاسی» یاد می‌شود؛ زین‌رو، صلاحیت مجلس را صرف وضع چنین قوانینی برای مملکت و نیز قواعد تنظیم دوایر دولتی در نظر آورده‌اند.^۶ بدین اعتبار، شریقه مجلس ارائه طریقه اجرای قانون شریعت است.^۷ صورت سوم، شریعت در نقش ناظر مجلس است و این هنگامی است که نظارت هیئت علما در قوانین موضوعه، برای تشخیص عدم مغایرتشان با قواعد اسلامی در متمم وارد گردید. توضیح آنکه در مجلس، خوانشی معتدل از شریعت و هم‌راستای با مشروطیت در جریان بود تا اینکه خوانش شیخ فضل‌الله نوری رُحجان یافت. در ابتدای کار مجلس، شیخ بنای «انتخاب وکلای و مبعوثین و اعتماد بر اکثریت آرا» را مورد اغماض قرار می‌دهد؛ اما، هنگامه بحث پیرامون نظام‌نامه و قانون‌نویسی در مجلس، آن را «جعل بدعت» و «احداث ضلالت» می‌پندارد.^۸ هرچند تلاش وی برای برچیدن مشروطیت نافرجام می‌ماند؛ اما، به واسطه افزودن اصل ۲ به متمم^۹ نقش شریعت برجستگی می‌یابد. این شکل سومین که از سوی نیرویی خارج از مجلس مبعوثان صورت گرفت، وجه ثابت زبان نهادمند را دچار خدشه و مرجع اقتدار را به قلمروی شریعت منتقل نمود.

در فراز سومین، مجلس به‌واسطه تصویب برخی قوانین، قوام فزون‌تری یافته و به کارکردهای اصلی خویش نزدیک‌تر گشته است. با توشیح متمم، نسبت سلطنت و مجلس به لحاظ وظایف قانونی مشخص شده؛ اما نمودار این نسبت، تن به فراز و نشیب‌هایی سپرده است. این امر بدان سبب مهم است که بر سر وجه تأسیسی و مشروعیت نظام سیاسی است. در ابتدای تشکیل مجلس، ضمن آنکه این نهاد، شخصیتی مستقل برای خویش قائل بود؛^{۱۰} اما کاملاً همسو با سلطنت قرار

۱. میرزا صالح، عبدالحسین، *مذاکرات مجلس اول*، منبع پیشین، نشست ۱۷ محرم، ۱۳۲۵، ص ۱۶۱.

۲. همان منبع، نشست‌های ۱۳، ۱۵ محرم‌الحرام، ۴، ۶ صفر، ۱۳۲۵، صص ۱۵۵، ۱۷۶ - ۱۷۸ و ۱۸۰.

۳. تعبیر دیگری که در مذاکرات به چشم می‌خورد، قانون آسمانی الهی و قانون ارضی است. نک: همان منبع، نشست ۲۷ محرم‌الحرام، ۱۳۲۵، سخن دکتر ولی‌الله خان، ص ۱۷۱.

۴. همان منبع، نشست ۲۷ محرم‌الحرام، ۱۳۲۵، سخن صدیق‌حضرت، ص ۱۷۰.

۵. همان منبع، سخن سعدالدوله. همچنین نک: نشست ۲۵ صفر، ۱۳۲۵، سخن آقاسیدعبدالله و همچنین نشست ۶ ربیع‌الاول، ۱۳۲۵، سخن آقاسیدحسن تقی‌زاده، ص ۲۴۵.

۶. همان منبع، نشست ۷ رجب، ۱۳۲۵، لایحه آقاسیدمحمدتقی وکیل، ص ۳۵۰.

۷. همان منبع، نشست ۱۲ رجب، ۱۳۲۵، سخن حاج‌میرزا علی‌آقا، ص ۳۶۰. همچنین نک: *مذاکرات مجلس اول*، نشست ۹ صفر، ۱۳۲۵، سخن آقاشیخ محمود، ص ۱۸۳.

۸. نک: زرگری‌نژاد، غلامحسین، *رسائل مشروطیت*، تهران: انتشارات کویر، ۱۳۷۴، صص ۱۵۳-۱۵۴.

۹. میان متن شیخ‌فضل‌الله و اصل دوم بسیار مشابهت وجود دارد و البته برخی تغییرات که در جای خود شایان عنایت است. نک: همان منبع، ص ۱۵۵.

۱۰. به‌سان مسئله تاج‌گذاری که از مجلسیون دعوت به‌عمل نیامده و آنان بدان اقدام متعرض می‌گردند. نک: میرزا صالح، عبدالحسین، *مذاکرات مجلس اول*، منبع پیشین، نشست ۴ ذیحجه الحرام، ۱۳۳۴، صص ۱۰۲-۱۰۳. در اینجا، از سویی، می‌توان تفکیک میان شخص و سمت را در سخنان برخی از نمایندگان ملاحظه نمود و از دیگر سو، برخورد تحقیرآمیز نهاد سلطنت با مجلس را می‌توان مشاهده نمود.

داشت، به گونه‌ای که برخی وکلا، مشروطه را عطیّتی از جانب ایشان می‌دانستند. زین‌رو، تعارضات میان وکلای مجلس و وزرای دولت بود و شاه در مرتبتی فراتر قرار داشت.^۱ تدریجاً، در سیر مجلس اول، این نسبت متعادل‌تر گشت و توأمان با وفاداری دو نهاد به یکدیگر بود که در شرایط سیاسی مختلف، از سوی طرفین مورد تأیید قرار می‌گرفت؛^۲ اما با حادثه ترور نافرجام محمدعلی‌شاه، سرآغاز افول رابطه فی‌مابین سر رسید که در نهایت با برخی رخداد‌های دیگر،^۳ به توپ‌بستن مجلس را نتیجه داد.^۴ این حادثه گویای عدم وجود تعادل در زبان نهادمند است. سلطنت، در تأسیس قانون به‌صورتی فرانهادی عمل نمود و با همان ذهنیت حکمرانی سنتی به پیشواز نهاد جدید آمد. فقدان وجود طبقات اجتماعی که توانایی حفظ موقعیت مستقل خود را در برابر شاه داشته باشند، روند این جابه‌جایی به‌سوی تثبیت نهاد سیاسی پیچیده و نیز زبان متناظر آن را با مشکل دوچندانی مواجه می‌ساخت. زین‌رو، با این تضادها و جابه‌جایی نهادی، در سطح نیروها نمی‌توان انتظار مفهوم‌پردازی منسجم پیرامون حاکمیت ملی را در سر پروراند. این تزلزل در استقرار زبان نهادمند در سالیان آتی نیز به اشکال مختلفی بروز می‌یابد و در مرتبت امر واقع، کفه اقتدار به سوی سلطنت سنگینی می‌نماید.

۳. مرتبت امر نظری؛ فقدان اندیشه در مفهوم‌پردازی حاکمیت ملی^۵

۳.۱. تناظر زبانی اندیشه در مطالعه تاریخی

اندیشه با دو وجه زبانی متعین و نامتعین، شریطه یکپارچگی فرم را بر عهده دارد. این خصیصه ذوالوجهین، به‌صورتی تاریخمند و تنیده در مسائل انضمامی سامان سیاسی بروز می‌یابد. این گزاره، اندیشه را در مواجهه با زبانی قرار می‌دهد که متقدّم بر آن است و شبکه‌ای از مفاهیم در زیست‌جمعی را در قالب یک فرم به درآورده است؛ اما حرکت تاریخی چنین فرمی را با بحران مواجه نموده که حل آن، مستلزم بازخوانی در مرتبت اندیشه است. عرضه فرم جدید توسط اندیشه با گسست یا استحاله یا بازخوانی فرم متقدّم بر آن رخ می‌دهد. بدین بنیاد، فرم حقوقی نیز به‌مثابه یک کلّ متشکل از چیدمان شبکه‌ای از مفاهیم است که از یک سو، فرم قانون اساسی را در پرتو اندیشه سیاسی مدرن و با حدگذاری از قلمروی شریعت ساختاربندی نموده^۶ و از دیگر سو، استمرار قانون اساسی در ساحت قواعد موضوعه بر پایه حقوق رمی

۱. نک: همان منبع، نشست ۷ ذیحجه الحرام، ۱۳۲۴، ص ۱۰۸ یا در نشست متأخرتر در ۱۶ ربیع‌الاول، ۱۳۲۵، ص ۲۲۵. وضعیت شاه، دوگانه بود.

وی در ظاهر، فردی بی‌طرف میان دولت و مجلس می‌نمود؛ اما در باطن به تحریک ورزا جهت نادیده انگاشتن مجلس می‌پرداخت.

۲. یکی از مظاهر این نسبت، تعیین بودجه سلطنتی توسط مجلس بود. مورد دیگر را می‌توان، پس از توشیح متمّم و حضور شاه برای ادای سوگند دانست. چنین حضوری، فزون بر اجرای متن قانون، نشانی بر رابطه متعادل‌تر میان شاه و مجلس دارد. ادبیاتی که از سوی طرفین نیز به کار می‌رود، خود حائز اهمیت فراوان است. شاه، «ملت را در حکم اولاد خویش» و مجلس، پادشاه را «روح اجراء در کالبد قانون» می‌خواند.

۳. نک: آبراهامیان، پرواند، *ایران میان دو انقلاب*، ترجمه احمد گل‌محمدی، محمدابراهیم فتاحی، تهران: نشر نی، ۱۳۷۷، صص ۱۱۷-۱۲۷.

۴. کسروی باور دارد که از همان ابتدا محمدعلی میرزا با مشروطه سرسازگاری نداشت و درصدد برانداختن آن بود. نک: کسروی، احمد، *تاریخ مشروطه ایران*، منبع پیشین، صص ۵۶۴-۵۶۵. احتشام‌السلطنه نیز مدت‌ها پیش از به توپ بستن مجلس احساس خطر کرده بود. اما نهایتاً، وی وقوع این حادثه را سبب بخشیدن حیات ابدی به مشروطه می‌دانست. نک: احتشام‌السلطنه، *خاطرات*، به کوشش سیدمحمد مهدی موسوی، تهران: انتشارات زوار، ۱۳۶۷، صص ۶۷۶-۶۷۸.

۵. در این هنگامه، ذکر این نکته را ضرور می‌دانم که به سبب امپراطوری کمیت در نشریات علمی وطنی، ناگزیر قسم‌های زیادی از بحث سوم حذف گردید.

۶. Strayer, J. *On the Medieval Origins of the Modern State*. Princeton & Oxford: Princeton University Press, 1970, pp 21-26.

همچنین در نسبت کلیسا و قدرت دولت، نک:

را موجب شده است.^۱ برخلاف تجربه اروپایی، چنین مقدمات نظری‌ای در ایران جهت درانداختن فرم حقوقی غایب بوده که اسباب آن ریشه در چند امر دارد. نخست، هنوز چندان از هنگامه آشنایی با حقوق جدید در ایران نمی‌گذشت و مدرسه سیاسی به‌مثابه نمودگار تعلیمات جدید نمی‌توانست اندیشه حقوقی را عرضه دارد.^۲ افزون بر آن، حقوق بدون درک مبنای نظری‌اش و در هیبت امر تکنیکال وارد در ایران گردید. دوم، در مجلس اول، پایه قانون اساسی به‌صورت ترجمه طرح‌ریزی شد و منشآت آن اندک بود؛ اما ریشه قوانین موضوعه با نیازهای مملکتی و محوریت شریعت به سرانجام رسید و نقش رویکرد تطبیقی در آن به‌صورت کلی بود. این امر، شریعت را در جایگاهی ممتاز نهاد و از آن طریق بود که نقش آن در متمم به‌عنوان سنجه قوانین موضوعه تثبیت گردید. لذا، وساطت اندیشه میان امر مادی و فرم حقوقی در ایران مفقود بود. بر این مبنای، جهد بر آن نموده‌ایم تا در ادامه از نسبت سلطنت مشروطه و حاکمیت ملی در اندیشه سیاسی جدید بحث به میان آورده تا اندکی موضوع روشن‌تر شود و سپس به سراغ دکترین‌های حقوقی رویم که در وضعیت پسافر، به توجیه وضعیت یا فائق آمدن بر تعارضات حاکمیت ملی پرداخته‌اند.

۳.۲. نسبت رژیم مشروطه سلطنتی و حاکمیت ملی

به نظر می‌رسد، حاکمیت ملی، تناسب کاملی با رژیم جمهوری دارد که شکلی از آن در قانون اساسی فرانسه تجلی یافته است.^۳ شق دیگری از این نوع جمهوری، خود را در قالب حاکمیت مردمی در نظام سیاسی ایالات متحده به‌منصه ظهور رسانیده است.^۴ در مقابل، رژیم مشروطه سلطنتی با تعادل میان طبقات پیوند درونی دارد؛ امری که از همان آغازگاه‌های تاریخ انگلستان آغازید^۵ و فراز و نشیب‌های فراوانی را تا انسجام میان عناصر حقوقی - سیاسی پس پشت نهاد.^۶ شکل جمهوری ماکیاوولی نیز با این سنخ تعادل در ارتباط است؛^۷ تعادلی که پیروان ماکیاوولی از جمله هرینگتون تلاش کردند در انگلستان برقرار نمایند؛ اما ناکام ماندند. شکل دیگری از این نوع مشروطه سلطنتی در قانون اساسی بلژیک نمایان می‌شود که خود هم از انگلستان و هم از فرانسه تأثیر گرفته بود و الهام‌بخش قانون اساسی مشروطه نیز گردید. می‌توان بازگفت، مشروطه سلطنتی، توازن لبالب سنت و تجدد با روحیه محافظه‌کاران و جمهوری، گذار رادیکال به امر مدرن است. گرچه مشروطه سلطنتی پیوندی به‌سان جمهوری با حاکمیت ملی ندارد؛ اما وجود شرایطی می‌تواند این نسبت را برقرار نماید. نخست، ایجاد مرجع مستقل سیاسی و تمایز از پایه‌های کلیسایی (امر تأسیسی)؛ دوم، تشریفاتی بودن مقام

Edward, A. "Jean Bodin on Sovereignty". *Republic of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts*. Vol. 2. No. 2. 2011.

^۱ دانشگاه‌ها زمینه را برای ورود حقوق‌رم در تنسيق مناسبات فراهم نمودند. نک: گروسی، پائولو، *تاریخ حقوق اروپایی*، ترجمه بهاء‌الدین بازرگانی گیلانی، تهران: انتشارات کویر، ۱۳۹۹، صص ۵۹-۶۵.

^۲ در باب مدرسه سیاسی، نک: پهلوان، چنگیز، *ریشه‌های تجدد*، تهران: نشر قطره، ۱۳۸۲.

^۳ نک: روسو، ژان ژاک، *قرارداد اجتماعی؛ متن و در زمینه متن*، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران: نشر آگه، ۱۳۷۹، کتاب دوم، ص ۱۹۱. انقلابیون فرانسوی، معنای حاکمیت روسویی را با ملت عجین داشتند. نک:

Sieyès, E. *Political Writings*, Indianapolis: Hackett Publishing Company. 2003. pp 92- 162.

^۴ نک: منتسکیو، شارل دو، *روح القوانين*، پیشین، کتاب سوم و همچنین

Hamilton, A. Madison, J. Jay, J. *The Federalist Papers*. Ed. Goldman, L. Oxford: Oxford University Press, 2008. No. 9. pp. 45- 47, No. 10. pp. 48- 55 and No. 57, pp 281- 286.

^۵ این امر خود را در ایده قانون اساسی مختلط بروز می‌دهد، نک: تیرنی، برایان، *دین، قانون و پیدایش فکر مشروطه*، ترجمه حسین بادامچی و محمد راسخ، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۳، ص ۱۶۵.

^۶ See: Beale, A. *Essential Constitutional Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 1997, pp 4- 6.

^۷ ماکیاوولی، نیکولو، *گفتارها*، ترجمه محمدحسن لطفی، تهران: انتشارات خوارزمی، ۱۳۷۷، صص ۴۸-۴۹.

پادشاهی و توازن میان اختیارات و مسئولیت‌های وی (امر حقوقی)؛ سوم، وجود احزاب قدرتمند و انتخابات دوره‌ای پارلمان (امر سیاسی)؛ چهارم، وجود طبقات اجتماعی که سبب تعادل در نظام اجتماعی گردیده و پشتیبان چند وجه فوق‌الذکر خواهد بود (امر اجتماعی).^۱ غیاب شرایط مزبور در قانون اساسی مشروطه، سبب از کف رفتن نظم یکپارچه حقوقی آن گردید.

۳.۳. دکترین حقوقی به‌مثابه اندیشه در وضعیتِ پسا فرم

در فقدان اندیشگی فوق‌الاشاره، می‌بایست در باب دکترین‌هایی بحث به میان آوریم که در فضای پسا فرم (قانون اساسی) به دنبال ترمیم یا برگزشتن از تعارضات، جهت دست‌یازی به یکپارچگی حقوقی برآمدند. در میان حقوقدانان صدر مشروطه، سبب تحریر کتب حقوق اساسی، عرضه «مأخذی صحیح و میزان درست» به طالبان آن بود.^۲ در برخی از کتب، فزون بر این به مشروطیت ایران نیز پرداخته شده است. منصورالسلطنه، سلطنت ملی را در تاریخ ایران ریشه‌دار می‌داند و بیعت مردم با حاکم و تصدیق ضمنی یا سکوت ملت در پذیرش سلطنت حاکم را از بروزات آن قلمداد می‌نماید؛ وی «خیالات آزادی» در دوران مشروطه را شکل دیگری از سلطنت ملی می‌داند. به نظر می‌رسد که این نگرش تلاشی به‌منظور ایجاد نظریه‌ای در باب حاکمیت مندرج در قانون اساسی است؛ هرچند در نهایت به ایده‌ای غریب می‌انجامد.^۳ فزون بر این، ایشان به سبب عدم شکل‌گیری کامل مشروطیت به برخی از ابهامات در متن قانون پیرامون میرا بودن پادشاه از مسئولیت (اصل ۴۴) و برخی از اختیارات اجرایی وی (اصل ۲۷) مطالب آزمندی را بیان می‌دارند.^۴ نقیب‌زاده طباطبایی نیز حکومت مشروطه را با درجه ترقی جامعه مرتبط دانسته که چنانچه رشد در آن حاصل آید به سوی نظام جمهوری حرکت خواهد نمود.^۵ اتخاذ این دیدگاه نظری، امکان برگزشتن از شرایط متعارض مشروطه را فراهم می‌نماید. نزد نسل بعدی حقوق‌دانان نیز این مواجهه با عدم یکپارچگی نظری قانون اساسی قابل مشاهده است؛ البته عرضه تحلیلی شایسته و بایسته در باب منشأ حاکمیت و تعارضات آن در آثار ایشان به‌صورتی آشکار ممکن نبود و مستلزم اسلوبی بود که فزون بر ژرف‌اندیشی علمی به حزم نیز توسل جوید. عنایت به این گزاره، اسلوب و نحوه مواجهه حقوق‌دانان در تأیید و تحلیل حاکمیت ملی را به اشکال پیچیده‌ای به درآورد که اهم آنها به طرق ذیل جلوه‌گر گشتند.

نخستین اسلوب، با عاریت گرفتن از روش تطبیق و تمتع از مقولات حقوق نظری به مفهوم حاکمیت ملی می‌پردازد.

۱. با تمام این اوصاف، کانت باور داشت که رژیم سیاسی بریتانیا، یک سلطنت مطلقه است و مشروطه بودن آن توهم‌آلی بیش نیست. نک: Kant, E. *The Conflict of the Faculties*. Trns. M, J, Gregor. Norwalk: Abaris Books, 1979, pp 163.

۲. فروغی، محمدعلی، *رساله حقوق اساسی یعنی آداب مشروطیت دول*، مندرج در: پهلوان، چنگیز، *ریشه‌های تجدد*، منبع پیشین، ص ۱۱۴.

۳. منصورالسلطنه، میرزا مصطفی‌خان، *حقوق اساسی یا اصول مشروطیت*، تهران: تصویر نسخه کتابخانه مجلس شورای اسلامی، ۱۲۸۸، صص ۲۳-۴۰. برای دیدن تحلیلی دیگر که اصطلاح سلطنت ملی در صدر مشروطه را حاصل دریافت دینی از آن می‌داند، نک: فیرحی، داود،

دولت مدرن و بحران قانون، تهران: نشر نی، ۱۴۰۰، صص ۱۷۹-۱۸۱.

۴. نک: منصورالسلطنه، منبع پیشین، صص ۱۹۳ و ۲۴۷-۲۴۹.

۵. نک: نقیب‌زاده طباطبایی، میرعماد، *حقوق اساسی*، به کوشش سیدناصر سلطانی، تهران: سهامی انتشار، ۱۴۰۱، صص ۹۹-۱۰۶. در فهم دکترین حقوقی چه در این دوره و چه در نزد نسل‌های متأخر بر آن، دو امر قابل ملاحظه است. نخست، تفسیر حقوقی ایشان بر حسب تجارب و رخدادهای سیاسی به وقوع پیوسته (برای نمونه خلع محمدعلی‌شاه) و برای بیان مقصود عبارات قانون اساسی پیرامون حاکمیت ملی (۲۶ و ۳۵) بروز می‌یابد؛ بدین‌سان، دکترین در سرحدات تجربه در جای نظریه به‌منزله عقل می‌نشیند. دوم، دکترین توسط شرایط سیاسی زمان حالش حدگذاری می‌گردد که این امر مبین عدم تفکیک میان نهادهای اقتدار و تفسیر حقوقی در سطح دکترین است.

ضمن تطبیق، با برجسته نمودن برخی از اصول قانون اساسی و اندک اشاره به اصول دیگر به پیش می‌راند تا جایگاه مفهوم حاکمیت ملی فاش گردد. نمونه این سنخ را می‌توان در کتاب «حقوق اساسی» قاسم قاسم‌زاده پی گرفت. اثر مذکور، از سه گذرگاه، کلیات (امر نظری)، تطبیق و حقوق اساسی ایران عبور می‌نماید. در گذرگاه نخست، هنگام بحث پیرامون ارکان دولت و در ذیل «قدرت عالی» به سراغ حاکمیت ملی می‌رود و در این قسم به اصل ۲۶ اشاره می‌نماید. بدین اعتبار، به مبنایی بودن این اصل عنایت ورزیده و آن را بر فراز اصول دیگر به‌ویژه سلطنت قرار داده است.^۱ اما، نوشتار مزبور، سنجش پیرامون تعارض مفهوم حاکمیت در قانون اساسی را با بیانی کلی ذیل عنوان «نواقص قانون اساسی ایران و متمم آن و لزوم تجدیدنظر» گنجانده است.^۲

اسلوب دومین، طرح موضوع با حفظ ماهیت دوگانه حقوق عمومی (حقوقی - سیاسی) و حرکت متقابل میان این دو ساحت است که با وام‌گیری از فلسفه‌سیاسی و استنادات تاریخی، جهد می‌نماید تا اهمیت بحث پیرامون حاکمیت ملی فاش گردد (امر هنجارین) و در نهایت آن را به شقوق به‌قاعده ذکر شده در قانون اساسی ایران تعمیم دهد (امر واقع). کتاب «قانون اساسی ایران و اصول دموکراسی» در این زمره جای می‌گیرد که در آن به جای «مسائل درجه دوم» نوشته‌های جاریه حقوق اساسی به مسائل بنیادین قدرت حکومت می‌پردازد.^۳ نوشتار مزبور، حاکمیت ملی را پیش می‌کشد و آن را برآمده از «اجبار» به‌مثابه «امر غیرقانونی» یا «اعتقاد و رضایت» به عنوان امر «علمی و مشروع قدرت دولت» می‌داند. در آن منظرگاه، با اشاره به اصل ۲۶ ایران را در زمره امر اخیر قرار می‌دهد.^۴ در اثر مذکور، تلویحاً وضع باقاعده، با حاکمیت ملی و وضع بی‌قاعده، با سلطنت گره می‌خورد. در نتیجه، در مبنای قدرت حکومت، از اصل ۳۵ سخنی به میان نیامده و مبنای درک حاکمیت تأسیسی، صرفاً با اصل ۲۶ درآمیخته است.

در این مواجهاات، طریقه متهورانه‌تری نیز به چشم می‌خورد که کتاب «تفسیر قانون اساسی ایران» در آن جرگه می‌گنجد و از اسلوب تطبیقی - انتقادی بهره برده است.^۵ در نوشتار مذکور، بحث پیرامون قانون اساسی ایران با دموکراسی یا حکومت ملی آغاز می‌گردد و به حقوق ملت و نیز موارد سلب‌شده از ملت اشاره می‌شود. در باب اصل ۳۵ تا ۵۷ متمم نیز بیانی انتقادی را در پیش گرفته است.^۶ و در بخش دیگر پیرامون حقوق سلطنت بازگفته‌شده که حکومت ملی در اثر قیام مردمان، «پایان دادن به ستیزه نامحدود پادشاه و تحدید قدرت اقلیت حاکمه» بوده است.^۷

بر این پایه، می‌توان دو جریان فکری را از هم بازشناخت؛ نخستین جریان کاملاً در داخل چارچوب حرکت می‌نماید و در پی ترمیم تضادها در مفهوم‌پردازی حاکمیت ملی و تلاش در راستای رفع آن است و دومین، ضمن بهره‌مندی از امر جهان‌شمول در ساحت اندیشه سیاسی - حقوقی، به برگزشتن از فرم موجود می‌اندیشد و طلایع‌های اندیشه جمهوری

^۱ نویسنده، در قسم «قوه مجریه» از گذرگاه نخست اثر خویش، سلطنت را وارد در بحث می‌نماید. همچنین، ایشان در گذرگاه سوم نوشتارشان که بیشتر موضوعات تکنیکی و کارکردی حقوق غلبه دارد؛ بدون بحث پیرامون اصل ۳۵ به ذکر صلاحیت‌های پادشاه در سه قوه می‌پردازد.

نک: قاسم‌زاده، قاسم، *حقوق اساسی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۴، صص ۵۳، ۲۰۳ - ۲۰۰ و ۳۷۵ - ۳۷۲.

^۲ همان منبع، ص ۴۴۰. در بند ۲ نیز نویسنده در باب وجه داخلی حاکمیت اظهار می‌دارد: «اصل دوم متمم قانون اساسی باید طوری اصلاح شود که با اصل حاکمیت ملی مابینت نداشته باشد.»

^۳ این مسائل چهارگانه بنیادین، شامل «مبنای قدرت حکومت، چگونگی به قدرت رسیدن زمامداران، چگونگی حکومت نمودن‌شان و محدود نمودن قدرتشان» می‌گردد. نک: رحیمی، مصطفی، منبع پیشین، صص ۹۴ - ۹۳.

^۴ همان منبع، صص ۹۷ - ۹۶.

^۵ نک: راوندی، مرتضی، *تفسیر قانون اساسی ایران*، تهران: انتشارات مبشری، ۱۳۵۷، ص ۱۰.

^۶ همان منبع، ص ۶۴.

^۷ همان منبع، ص ۹۴.

در آن بسی چشم‌نواز است و منادی شرایطی جهت بروز استقرار کامل اراده ملی در مرتبت نظری می‌باشد.

فرجام سخن؛ ضیافتِ ناتمام

حاکمیت تأسیسی در قانون اساسی مشروطه، دارای چهره‌ای ژانوسی است که سویه‌ای از آن حاکمیت ملی و سویه‌ای دگر، حاکمیت الهی متجلی در سلطنت را نشان می‌دهد. این موضوع، فرم حقوقی را از یکپارچگی و همسازی‌اش خارج نمود؛ زین‌رو، جهد نمودیم تا اسباب این امر را در دو مرتبت امر مادی و نظری رمزگشایی نماییم. در مرتبت امر مادی که مبین وجه تأسیسی فرم حقوقی است؛ نیروهای اجتماعی متکثر در نتیجه ایجاد نهاد سیاسی به امری واحد مبدل می‌گردند و به شکلی ساده یا پیچیده بروز می‌یابند. این گزاره در تتبع حاضر، جهت حرکتی است از نهاد سیاسی ساده در فضای پیشامشروطه و تلاش در راستای ایجاد نهاد سیاسی پیچیده در وضعیت پسامشروطه. توضیح آنکه تضاد نیروها در انتخاب شکل ساده یا پیچیده در جهت سامان‌دهی امر سیاسی در دوره مشروطه دامنه‌دار می‌گردد؛ چنین تضادی به صورت تعادل میان نیروها عینیت نمی‌یابد، بل در قالب مشارکت صرف آنان صورت‌بندی می‌گردد و به استقرار ناپایدار وجه ثابت زبان نهادمند منتهی می‌شود. به سخنی دگر، عدم تعادل در نیروهای اجتماعی - سیاسی، سبب‌ساز تزلزل در زبان مورد توافق می‌شود و این امر در مجلس تازه تأسیس مشروطه بازتاب می‌یابد. مجلسی که هم نقش قوه مؤسس را بر عهده دارد که محل فرود وجه ثابت زبان نهادمند است و هم نقش یکی از ارکان مؤسس را ایفا می‌دارد که بناست زبان متغیر را با چارچوب مورد توافق به پیش راند. این برهم‌خوردگی در برساختن زبان نهادمند، از یک‌سو، حامل تضادهایی است که در شرایط عدم تعادل میان نهادهای سیاسی - حقوقی به وجود آمده و خود حاصل عدم گفت‌وگوی برابر در وضعیتی برابر میان نیروهاست. زین‌رو، هر آینه می‌تواند اسباب برچیدن وجه ثابت را فراهم نماید. از دگر سو، موجب قرائت پاره‌پاره از مفهوم حاکمیت در پس و پیش از تصویب نظام‌نامه و متمم قانون اساسی می‌شود. از این حیث، ما با تلاشی جهت ایجاد زبان نهادمند مواجه بوده‌ایم که نه از تعادل میان نیروها که از مشارکشان سرچشمه گرفته است. در مرتبت امر نظری نیز که شریقه یکپارچگی و استمرار فرم حقوقی را بر کرده دارد؛ غیاب آن در بطن قانون اساسی موجب ازکفر رفتن همسازی میان اجزای فرم گشته است. این امر ریشه در عدم پشتوانه فکری لازم در گذشته تاریخی ایران دارد (امر محلی)؛ همچنین فقدان درک کافی از قلمروی اندیشه جدید مزید بر علت می‌گردد. امری که در قالب صرف ترجمه یک فرم (قانون اساسی بلژیک) و سپس تغییر قسمی از آن بدون اندیشیدن به یکپارچگی نهایی عناصر حقوقی، بروز یافته است. النهایه، نسبت بی‌واسطه میان فرم و نیروهای اجتماعی - سیاسی در فقدان اندیشه به ناهمسازی عناصر حقوقی انجامیده است. در این خلأ اندیشه و عدم یکپارچگی، دکترین پسا فرم بر جایگاه اندیشه تکیه زده و به ترمیم، بازخوانی یا برگزیدن از فرم کمر همت بسته است که نتایج این امر عمدتاً می‌توانست پشتوانه‌ای در برساخت فرم‌های آتی گردد. اما، شوربختانه این تجارب اندیشیده‌شده حقوق دانان عمومی، نه مجال بیان گسترده در هنگامه خویش را یافت و نه فرصت آن را تا به منزله میراث نظری - حقوقی به «مجلس نهایی تدوین قانون اساسی ۱۳۵۸ش» انتقال یابد تا برخی تعارض‌ها، مجدداً با ادبیاتی دیگر گریبان‌گیر نگردند. این میراث خاموش، حتی در تهیه نخستین پیش‌نویس قانون اساسی که با همت حقوق دانان فراهم آمده بود، نصیبی نبرد. به اسلوبی که مسوده مذکور در غیبت حقوق دانان عمومی و با غلبه نگرش حقوق خصوصی و انگاره‌های فقهی نگاشته شد. النهایه، رادع میان اندیشه حقوق عمومی مدرن و متن مصوب قانون اساسی پا برجای ماند.

منابع

کتاب

۱. آبراهامیان، پروانده، *ایران میان دو انقلاب*، ترجمه احمد گل محمدی، محمدابراهیم فتاحی، تهران: نشر نی، ۱۳۷۷.
۲. آخوندزاده، میرزا فتحعلی، *مکتوبات کمال الدوله و ملحقات آن؛ اسنادی از مشروطه پژوهی در ایران*، به کوشش علی اصغر حقدار، بی‌جا (نسخه الکترونیکی)، ۱۳۹۵.
۳. آدمیت، فریدون، *ایدئولوژی نهضت مشروطیت ایران*، تهران: نشر گستره، ۱۳۸۷.
۴. آژنگ، یعقوب، *تاریخ‌نگاری در ایران*، تهران: نشر گستره، ۱۳۶۰.
۵. ارسطو، *سیاست*، ترجمه حمید عنایت، تهران: نشر علمی فرهنگی، ۱۳۷۱.
۶. احتشام‌السلطنه، *خاطرات*، به کوشش سید محمد مهدی موسوی، تهران: انتشارات زوار، ۱۳۶۷.
۷. براون، ادوارد، *تاریخ ادبیات و مطبوعات ایران در دوره مشروطیت*، ترجمه و تحشیه محمد عباسی، تهران: کانون معرفت، ۱۳۳۶.
۸. پهلوان، چنگیز، *ریشه‌های تجدد*، تهران: نشر قطره، ۱۳۸۲.
۹. تقی‌زاده، حسن، *زمینه انقلاب مشروطیت ایران (سه خطابه)*، تهران: انتشارات گام، ۱۳۳۶.
۱۰. تیرنی، برایان، *دین، قانون و پیدایش فکر مشروطه*، ترجمه حسین بادامچی و محمد راسخ، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۳.
۱۱. دورکیم، امیل، *درباره تقسیم کار اجتماعی*، ترجمه باقر پرهام، تهران: نشر مرکز، ۱۳۸۱.
۱۲. راوندی، مرتضی، *تفسیر قانون اساسی ایران*، تهران: انتشارات مبشری، ۱۳۵۷.
۱۳. رحیمی، مصطفی، *قانون اساسی ایران و اصول دموکراسی*، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۴۷.
۱۴. روسو، ژان ژاک، *قرارداد اجتماعی؛ متن و در زمینه متن*، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران: نشر آگه، ۱۳۷۹.
۱۵. ریپر، ژرژ، *نیروهای پدیدآورنده حقوق*، ترجمه رضا شکوهی‌زاده، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۵.
۱۶. زارعی، محمد حسین، *حاکمیت قانون و دموکراسی*، تهران: انتشارات بهنامی، ۱۳۹۴.
۱۷. زرگری‌نژاد، غلامحسین، *رسائل مشروطیت*، تهران: انتشارات کویر، ۱۳۷۴.
۱۸. سوسور، فردیناند، *دوره زبان‌شناسی عمومی*، ترجمه کورش صفوی، تهران: نشر هرمس، ۱۳۸۲.
۱۹. طباطبایی، جواد، *تأملی درباره ایران*، تهران: انتشارات مینوی خرد، ۱۳۹۲.
۲۰. فیرحی، داود، *دولت مدرن و بحران قانون*، تهران: نشر نی، ۱۴۰۰.
۲۱. فیرحی، داود، *آستانه تجدد در «شرح تنبیه الامه و تنزیه المله»*، تهران: نشر نی، ۱۳۹۷.
۲۲. قاضی، ابوالفضل، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
۲۳. قاضی مرادی، حسن، *استبداد در ایران*، تهران: نشر اختران، ۱۳۸۰.
۲۴. قاسم‌زاده، قاسم، *حقوق اساسی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۴.
۲۵. کاتوزیان، محمد علی همایون، *دولت و جامعه در ایران؛ انقراض قاجار و استقرار پهلوی*، ترجمه حسن افشار، تهران: نشر مرکز، ۱۳۸۰.
۲۶. کالوه، ژان لویی، *درآمدی بر زبان‌شناسی اجتماعی*، ترجمه محمدجعفر پوینده، تهران: نقش جهان، ۱۳۷۹.
۲۷. کرمانی، ناظم‌الاسلام، *تاریخ بیداری ایرانیان*، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۶.
۲۸. کسروی، احمد، *تاریخ مشروطه ایران*، تهران: انتشارات مجید، صدای معاصر، ۱۳۸۰.
۲۹. گروس، پائولو، *تاریخ حقوق اروپایی*، ترجمه بهاء‌الدین بازرگانی گیلانی، تهران: انتشارات کویر، ۱۳۹۹.
۳۰. لیچ، ادmond، *لوی استروس*، ترجمه حمید عنایت، تهران: انتشارات خوارزمی، ۱۳۵۰.

۳۱. ماکیاوللی، نیکولو، **گفتارها**، ترجمه محمدحسن لطفی، تهران: انتشارات خوارزمی، ۱۳۷۷.
۳۲. منتسکیو، شارل دو، **روح القوانین**، ترجمه علی اکبر مهتدی، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۲۲.
۳۳. منصورالسلطنه، میرزا مصطفی خان، **حقوق اساسی یا اصول مشروطیت**، تهران: تصویر نسخه کتابخانه مجلس شورای اسلامی، ۱۲۸۸.
۳۴. نقیب زاده طباطبایی، میرعماد، **حقوق اساسی**، به کوشش سیدناصر سلطانی، تهران: سهامی انتشار، ۱۴۰۱.
۳۵. هابز، توماس، **لویاتان**، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، ۱۳۸۱.
۳۶. هگل، گئورگ ویلهلم، **عقل در تاریخ**، ترجمه حمید عنایت، تهران: شفیعی، ۱۳۷۹.
۳۷. همپتن، جین، **فلسفه سیاسی**، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران: طرح نو، ۱۳۸۵.
۳۸. میرزا صالح، عبدالحسین، **مذاکرات مجلس اول**، تهران: انتشارات مازیار، ۱۳۸۳.

مقاله

۳۹. پولادی، کاوه، «حاکمیت به منزله سلطنت؛ مصداقی در جایگاه مفهوم "اندیشه حاکمیت ملی از مواجهات آغازین تا استحاله آن در رسالات حقوقی عصر مشروطه"»، *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، ۱۴۰۱، شماره ۱۰۰، صص ۳۸۳-۳۵۳.

قوانین و مذاکرات

۴۰. روزنامه مجلس.
۴۱. قانون اساسی مشروطه.
۴۲. مشروح مذاکرات مجلس ملی، دوره اول و دوم.

References

Books

- Abrahamian, E. *Iran Between Two Revolutions*. trns. A. Golmohamadi, M. B. Fatahi, Tehran: Nashr-e Nay. 1998. (In Persian)
- Adamiyat, F. *Ideology of Iranian the Constitutional Movement*. Tehran: Gostareh Publication. 2008. (In Persian)
- Ajang, Y. *Historiography in Iran*. Tehran: Gostareh Publication. 1981. (In Persian)
- Akhundzadeh, M, F. *Maktubat*. A. Haqdar, Electronic Version. 2016. (In Persian)
- Aristotle. *Politics*. trns. H. Enaiat. Tehran: Elmi farhangi Publication. 1992. (In Persian)
- Beale, A. *Essential Constitutional Law*. London: Cavendish Publishing Limited. 1997.
- Browne, E. *History of Iranain Litreture and Press in the Constitutional Age*. trns. M.abassi. Kanoun Marefat. 1957. (In Persian)
- Calvet, L, J. *La Sociolinguistique*. trns. M. J. Pouyandeh. Tehran: Naghsh-e Jahan. 2000. (In Persian)
- Durkheim, E. *The Division of Labour in Society*. trns. B, Parham. *Nashr-e Markaz*. 2002. (In Persian)
- Ehtesham ol-Saltaneh. *Memories*. M. Mousavi, Tehran: Zavvar Publishers. 1988. (In Persian)
- Feirahi, D. *Modern State and Legal Crisis*. Tehran: Nashr-e Nay. 2021. (In Persian)
- Feirahi, D. *Threshold of Modernity in "Tanbiyeh al-Ulama wa Tanziyya al-Malla"*. Tehran: Nashr-e Nay. 2018. (In Persian)
- Ghasemzadeh, Gh. *Constitutional Law*. Publications of Tehran University. 1955. (In Persian)

14. Ghazi, A. *Constitutional Law and Political Institutions*. Tehran: Publications of Tehran University. 1994. (In Persian)
15. Ghazimoradi, H. *Despotism in Iran*. Tehran: Akhtaran Publication. 2001. (In Persian)
16. Grossi, P. *A history of Law in Europe*. trns. B. Bazargani Gilani. 2020. (In Persian)
17. Hamilton, A. Madison, J. Jay, J. *The Federalist Papers*. Ed. Goldman, L. Oxford: Oxford University Press. 2008.
18. Hampton, J. *Political Philosophy*. trns. Kh, Deihimi. Tehran: Tar-e No. 2006. (In Persian)
19. Hantington, S. *Political Order in Changing Societies*. NewHaven: Yale University Press. 1968.
20. Hegel, G. W. *Reason in History*. trns. H. Enaiat. Tehran: Shafiee. 2000. (In Persian)
21. Hobbes, T. *Leviathan*. trns. H. Bashiriyeh. Tehran: Nashr-e Nay. 2002. (In Persian)
22. Kant, E. *The Conflict of the Faculties*. Trns. M, J, Gregor. Norwalk: Abaris Books. 1979.
23. Kasravi, A. *Histoty of the Iranian Constitutionalism*, Tehran: Majid Publications and Sedey-e Moaser. 2001. (In Persian)
24. Katouzian, M, A, H. *State and Society in Iran: The Eclipse of the Qajars and the Emergence of the Pahlavis (Library of Modern Middle East Studies)*. trns. H. Afshar. Tehran: Nashr-e Markaz. 2001. (In Persian)
25. Kermāni, N. *The History of Iranian Awakening*. Amir Kabir Publications. 2017. (In Persian)
26. Laski, H, J. *An Introduction to Politics*. London: George Allen & Unwin Ltd. 1939.
27. Leach, E. *Levi Strauss*. trns. H. Enaiat. Kharazmi Publications. 1971. (In Persian)
28. Lemmeti, J. *Historical Dictionary of Hobbes's Philosophy*. Oxford: The Scarecrow Press. 2012.
29. Loughlin, M. *On Constituent Power*, in *Constitutionalism beyond Liberalism*. eds. Dowdle, M. Wilkinson, M, Combridge: Combridge University Press. 2017.
30. Machiavelli, N. *Discoures*, trns. M, H, Lotfi. Kharazmi Publications. 1998. (In Persian)
31. Manşur-al-Saltāna, M. *Constitutional Law*. Tehran: Majles-e Shora-e Islami Liberery. 1909. (In Persian)
32. Martinich, A. P. *A Hobbes Dictionary*. Oxford: Blackwell. 1995.
33. Mirza Saleh, A. *Negotiations of Iran's First Parliament*. Tehran: Maziyar Publications. 2004.
34. Montesquieu, Ch. *Sprit of Laws*. trns. A, A, Mohtadi. Amir Kabir Publications. 1943. (In Persian)
35. Naghibzadeh Tabatabai, A. *Constituional Law*. Eds. N, Soltani. Tehran: Sahami-e Enteshar. 2022. (In Persian)
36. Negri, A. *Insurgencies; Constituent Power and the Modern State*. Minnesota: University of Minnesota Press. 1999.
37. Pahlevan, Ch. *Origins of Modernity*. Tehran: Ghatreh Publication. 2003. (In Persian)
38. Rahimi, M. *Iranian Constitution and Principles of Democracy*. Tehran: Amir Kabir Publications. 1968. (In Persian)
39. Rawandi, M. *Interpretation of the Iranian Constituion*. Tehran: Mobasheri Publications, 1978. (In Persian)
40. ripert, G. *Les forces créatrices du droit*. trns. R, Shokoohizade. Tehran: Majd Publications. 2016. (In Persian)
41. Rousseau, J. *Social Contract*. trns. M, Kalantariyan. Tehran: Agah Publication. 2000. (In Persian)
42. Runciman, W, G. *Social science and Political Theory*. Cambridge: Cambridge University Press. 1971.
43. Saussure, F. *Course in General Linguistics*. Trns. K, Safavi. Tehran: Hermes Publications. 2003. (In Persian)
44. Sieyès, E. *Political Writings*. Indianapolis: Hackett Publishing Company. 2003.
45. Strayer, J. *On the Medieval Origins of the Modern State*. Princeton & Oxford: Princeton University Press. 1970.
46. Tabatabai, J. *Meditation on Iran*. Tehran: Minou-e Kherad. 2013. (In Persian)

47. Taqizadeh, H. *Background of Iranian Constitutional Revolution*. Tehran: Gam Publications. 1957. (In Persian)
48. Tierney, B. *Religion, Law and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650*. trns. H, Badamchi, M, Rasekh. Tehran: Negah Moasher. 2014. (In Persian)
49. Vermeule, A. *The System of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press. 2011.
50. Wieder, D, L. *Language & Social Reality*. Paris: Mouton. 1974.
51. Zarei, M, H. *Rule of Law and Democracy*. Tehran: Behnami Publications. 2015. (In Persian)
52. Zargarinejad, Gh. *Constitutionalism Treaties*. Tehran: Kavir Publications. 1995. (In Persian)

Articles

53. Edward, A. "Jean Bodin on Sovereignty". *Republic of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts*. Vol. 2. No. 2. 2011.
54. Pouladi, K. *Sovereignty as Monarchy; An instance in the place of the concept "The idea of national sovereignty from the initial encounters to its transformation in the legal treatises of the Constitutional Revolution"*. *Legal Research Quarterly*. Vol. 25. No. 100. 2023. (In Persian)

Laws & Negotiations

55. Belgium Constitution, 1831.
56. Declaration of Human Rights and Citizen, 1789.
57. Iranian Constitution of 1906-07.
58. Majles Newspaper.
59. Negotiations of Majles-e Melli (First and Second Periods).

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

A Comparative Approach to Contingent Contracts in Iran and England Law

Jamshid Nourshargh¹, Loghman Kiapasha², Abbas Pahlavanzadeh³, Mahmood Habibi

ABSTRACT

Due to social developments, contingent contracts have many practical examples such as insurance contracts, pre-sale of goods and etc which are popular in the society. This contract is not defined in Iranian law and jurisprudence and there is disagreement regarding its nature and authenticity. Some jurists consider this type of transaction to be invalid, while others consider it similar to suspended contract, contract of chance and forbearance contract and some others only assume examples like buying and selling not picked unripe fruit as valid contract. But this type of contract is accepted in England law that is a contract which at least part of it is related to an emergency or probable situation. The effect of this contract is created definitely at the time of the conclusion and the parties have mutual obligations, but parties' advantages of contract effects depends on luck and their profit and loss as well as its extent relates to a possible incident in the future. Nevertheless, despite the similarity with other equivalent contracts, the mentioned contract is different fundamentally and its characteristics are covenantal and continuous nature. "Gharar" is a conventional concept and the custom does not consider this contract's Gharar effective. Therefore contingent contracts shall be assumed correct and valid.

KeyWords: Contingent Contract, Chance, Gharar, Authenticity, Invalidity.

How to Cite: Nourshargh, Jamshid, Kiapasha, Loghman, Pahlavanzade, Abbas, Habibi, Mahmood, "The Comparative Approach to Contingent Contracts in Iran and England law", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 235-250.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.229363.2364>

Received: 28/11/2022-Accepted: 29/05/2023

1. Assistant Professor, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: SouthTehran Branch, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: jnourshargh@gmail.com
2. PhD Candidate, Faculty of Law, Islamic Azad University: Kish International Branch, Kish, Iran
3. Assistant Professor, Faculty of Law, Islamic Azad University: Karaj branch, Karaj, Iran
4. Assistant Professor, Faculty of law, Islamic Azad university: North Tehran branch, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



رویکرد تطبیقی به قرارداد احتمالی در حقوق ایران و انگلستان

جمشید نورشرق^۱، لقمان کیاپاشا^۲، عباس پهلوان زاده^۳، محمود حبیبی^۴

چکیده

قراردادهای احتمالی با توجه به تحولات اجتماعی، دارای مصادیق فراوان و کاربردی مانند قراردادهای بیمه، پیش‌فروش مصنوعات و غیره است و در جامعه رواج دارد. این قرارداد در حقوق ایران و در فقه تعریف نشده است و در خصوص ماهیت و صحت آن اختلاف نظر وجود دارد؛ بعضی از حقوق دانان این نوع معاملات را غرری و باطل و برخی دیگر نیز آن را مترادف عقد معلق، شانس و عقد مسامحه‌ای و عده دیگر صرفاً مصادیقی مانند خرید و فروش میوه نارس روی درخت را از حکم بطلان معاملات غرری خارج می‌دانند؛ لیکن این نوع قراردادها در حقوق انگلیس مورد پذیرش واقع و قراردادی است که حداقل بخشی از آن مربوط به بروز یک حالت اضطراری یا احتمالی باشد. اثر این عقد در زمان انعقاد قرارداد منجزاً ایجاد و طرفین تعهد متقابل دارند، ولی وصول یکی از طرفین عقد یا هر دو طرف به اثر عقد، بستگی به بخت و اتفاق دارد و سود و زیان طرفین و میزان آن وابسته به حادثه محتمل در آینده است. با وجود این، قرارداد مذکور علیرغم شباهت با سایر عقود مشابه، از نظر مبانی و شرایط متفاوت و عهدی و مستمر بودن از اوصاف آن است و از طرفی غرر یک مفهوم عرفی است و عرف عقد یادشده را غرری یا غرر آن را مؤثر نمی‌داند و در نتیجه، قراردادهای احتمالی را باید صحیح و دارای اعتبار دانست.

کلید واژگان: قرارداد احتمالی، شانس، غرر، صحت، بطلان.

استناد به این مقاله: نورشرق، جمشید، کیاپاشا، لقمان، پهلوان زاده، عباس، حبیبی، محمود، «رویکرد تطبیقی به قرارداد احتمالی در حقوق ایران و انگلستان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۲۳۵-۲۵۰.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.229363.2364>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۰۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۰۸

۱. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران جنوب، تهران، ایران
/imail نویسنده مسئول: jnourshargh@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد بین‌الملل کیش، کیش، ایران

۳. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد کرج، کرج، ایران

۴. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران شمال، تهران، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

تحولات ارتباطی، صنعتی و اقتصادی کنونی در روابط تجاری داخلی و بین‌المللی تأثیر اساسی دارد. این امر موجب شده اصول مسلم حاکم بر قراردادهای (اصل لزوم تعیین قطعی مورد معامله) به تبع عرف معاملاتی در برخی قراردادهای نادیده گرفته شود. قراردادهای طولانی‌مدت و قراردادهای بیمه در انواع مختلف از جمله قراردادهایی‌اند که در این راستا و بر مبنای اقتضائات امروز جامعه به‌وفور واقع می‌شوند. قانون مدنی ایران تصریحی قاعده‌مند با عنوان قراردادهای احتمالی ندارد و اگرچه مصادیقی از این قراردادهای مانند عقد جعاله، گرویندی و عقد بیمه ذکر شده، در مقررات موضوعه ایران ناشناخته و ماهیت، شرایط و آثار آن در هاله‌ای از ابهام قرار دارد. عدم تعریف قراردادهای احتمالی در قوانین موضوعه و فقه اسلامی صرفاً اختصاص به این عقود ندارد؛ چراکه در قانون مدنی به استثنای عقود لازم، جایز، خیار منجز و معلق که در ماده ۱۸۵ به بعد این قانون مورد تعریف قانون‌گذار قرار گرفته، اساساً خانواده دیگری از عقود تعریف نشده و بنابراین در خصوص تعریف عقد احتمالی، راهکاری جز رجوع به آثار نویسندگان حقوقی و بررسی این آثار وجود ندارد. به‌طور اجمالی می‌توان بیان داشت که عقد احتمالی یکی از موضوعاتی است که در نظام‌های حقوقی مختلف، از جمله نظام حقوقی کامن‌لا پذیرفته شده و حتی مباحثی در خصوص صحت بیع احتمالی مطرح شده است که به مبحث بیع ائمار در فقه امامیه شباهت دارد. در حقوق کامن‌لا عقد احتمالی قراردادی است که حداقل بخشی از آن مربوط به بروز یک حالت اضطراری یا احتمالی است.^۱ اما در حقوق ایران، قرارداد احتمالی قراردادی است که در آن محدوده یک تعهد به دلیل وابسته بودن به اتفاق (احتمال) نامعلوم (غیرقابل تعیین) بوده و این زمانی است که یک شانس برد (نفع) و باخت (ضرر) به‌عنوان عوض قرارداد محسوب می‌شود.^۲

بنابراین، برخلاف حقوق کامن‌لا، تعریف جامعی از قرارداد احتمالی در فقه و حقوق ایران دیده نمی‌شود. این مسئله دو چالش عمده در این راستا را شکل داده است: اولاً نمی‌توان جایگاه ویژه‌ای از حیث مفهوم، مبانی و شرایط در حقوق ایران برای عقد احتمالی مشخص کرد و ثانیاً این مسئله سبب شده تا نتوان قلمرو خاصی برای آن متصور شد. لذا در این نوشتار به‌منظور بررسی، تحلیل و درک بهتر مطلب، ابتدا مفهوم قراردادهای احتمالی در فقه و حقوق ایران و حقوق انگلیس بیان و سپس مبانی و اوصاف قراردادهای مذکور در حقوق ایران با مقایسه تطبیقی با حقوق انگلیس مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱. مفهوم قرارداد احتمالی و تمیز آن از مفاهیم مشابه

منظور از مفهوم قرارداد احتمالی شناخت دقیق آن است؛ به‌نحوی که از یک سو تعریف قرارداد احتمالی به روشنی مشخص شود و از سوی دیگر اصطلاح عقد احتمالی از مفاهیم و عقود مشابه و مرتبط متمایز و شناسانده شود.

۱.۱. مفهوم عقد احتمالی

در حقوق ایران، تعریف واحد و مشخصی از عقد احتمالی وجود ندارد و غالباً با عقود همچون عقد غرری، عقد شانس، عقد معلق و عقد مخاطره به لحاظ شباهت آن به جای یکدیگر مورد استفاده قرار می‌گیرند. به عبارت دیگر، اگرچه مصادیق قراردادهای احتمالی در قوانین و مقررات با واژه‌های مختلف وجود دارد، واژه عقد احتمالی از حقوق اروپا وارد

^۱ آقایی، بهمن، فرهنگ حقوقی بهمن، جلد ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۱۷۱.

^۲ رحیمی، حبیب‌الله و خسرو محمودزاده، «مبانی نظریه اعتبار عقد احتمالی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و مصر)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، ۱۳۹۳، شماره ۲، ص ۱۰۵.

حقوق ایران شده و مبنای اختلاف نویسندگان حقوق در عنوان عقد، نوع ترجمه‌ای است که از این قرارداد دارند. در این میان سه عنوان عقد احتمالی، عقد شانس و عقد بختکی به یک معنی و ناظر به یک نوع عقدند. تقسیم عقود از حیث احتمالی بودن یکی از دو مورد یا قطعی بودن هر دو، عقود را به عقد شانس و عقد قطعی تقسیم شده که ترجمه عبارت Contrat Aléatoire و Contrat Commutatif بوده و به ماده ۱۹۶۶ قانون مدنی فرانسه ارجاع داده است.^۱ تقسیم عقود بر مبنای نامعلوم بودن آنچه سرانجام عاید طرفین می‌شود (عقود معاوضی)، به عقد معاوضی احتمالی و معین نیز ترجمه عبارت Contrat Aléatoire و Contrat Commutatif است^۲ که به نظر می‌رسد اختلاف عنوان واژه‌ها از باب اختلاف سلیقه در ترجمه باشد. بنابراین، عناوین فوق‌الذکر ناظر به یک نوع عقد است.

برخی از اساتید قراردادها را به احتمالی و محقق دسته‌بندی کرده‌اند؛ عقد احتمالی عقدی است که طرفین آن تعهد متقابل دارند، ولی وصول یکی از طرفین عقد یا هر دو طرف به اثر عقد بستگی به بخت و اتفاق دارد و در حین عقد نمی‌توان آن را تحدید و معین نمود؛ مانند عقد قمار و عقد بیمه.^۳ بنابراین، هرگاه در عقد معوض آنچه سرانجام عاید طرفین می‌شود به درستی معلوم نباشد، قرارداد را احتمالی گویند (مانند بیمه، مزارعه، مسابقات، مسابقات اسب سواری و تیراندازی و جعاله).^۴ عقد محقق نیز عقدی است که هر یک از متعاقدين بتوانند در حین عقد مقدار چیزی که می‌دهند (یا تعهد می‌کنند) و می‌گیرند، به دقت عرفی معین کنند؛ خواه بین عوض و معوض تعادل اقتصادی باشد خواه نباشد (مانند بیع و معاملات محاباتی) و این عقود در مقابل عقد احتمالی استعمال می‌شود. در این عقود به هر تقدیر که آثاری برای عقد متصور است، با وقوع عقد به طور منجز حاصل می‌شود. مثل بیع برای تملیک اعیان و اجاره که برای تملیک منافع است.

از تقسیم‌بندی‌های ذکر شده و مثال‌هایی که برای عقود احتمالی ذکر کرده‌اند، چنین استنباط می‌شود که در بعضی از مصادیق عقود احتمالی، مثلاً مسابقات و نظایر آن، میزان تعهدات با آورده طرفین در زمان انعقاد عقد معلوم و معین است، اما با اجرای تعهدات ناشی از عقد، آنچه برای طرفین حاصل می‌شود، احتمالی و منوط به امور متحمل‌الوقوع است. لیکن در مصادیق دیگر، همچون عقد بیمه و نظایر آن، میزان تعهداتی که برای یکی از طرفین ایجاد می‌شود، احتمالی و منوط بر امر محتمل‌الوقوع است. مثلاً در عقد بیمه، نرخ بیمه و آنچه بیمه‌گذار می‌پردازد، معلوم و معین می‌شود، اما تعهد بیمه‌گر و آنچه او باید بپردازد، احتمالی و منوط به امور متحمل‌الوقوع است. مطابق تقسیم‌بندی مذکور عقد احتمالی در مقابل عقد محقق و عقدی است که نفع و زیان حاصله از عقد منوط و وابسته به یک واقعه و امر احتمالی و اتفاقی باشد. به عبارت دیگر، عقد احتمالی عقدی است که در آن نفعی که طرفین یا یکی از آنها از عقد به دست می‌آورد به هنگام انعقاد عقد قابل ارزیابی نیست؛ زیرا وابسته به یک امر احتمالی نیست. نمونه بارز عقد احتمالی عقد بیمه است.

برخی دیگر در تعریف عقد احتمالی گفته‌اند، عقد معوضی است که در آن مقدار دو عوض وابسته به امر نامعلومی در آینده باشد.^۵ عقد معوض را در صورتی می‌توان عقد معوض احتمالی تلقی نمود که عامل بحث و تصادف در تعیین دو عوض دخالت داشته و عقد بر مبنای آن واقع شده باشد. بنابراین، می‌توان گفت اگرچه در قوانین ما عقد احتمالی تعریف نشده است و فقها نیز این نوع عقود را غرری و باطل می‌دانند و از طرفی در نظام حقوقی ایران نیز مقنن مطابق ماده ۶۵۴ قانون

^۱ شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۵، ص ۱۰۷.

^۲ کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص ۱۱۲.

^۳ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، جلد ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸، ص ۲۱۸.

^۴ کاتوزیان، ناصر، *منبع پیشین*، ص ۱۱۳.

^۵ همان منبع، ص ۱۲۳.

مدنی مصادیقی مانند قمار و گروبندی را باطل اعلام کرد. باوجوداین، مقنن بنابر مصلحت اجتماعی و اقتصادی و اینکه این نوع قراردادها بین مردم شایع است و عرف آن را غرر نمی‌داند، مصادیقی از این عقود را مباح می‌داند و ایراد ناشی از غرری بودن آن را موثر نمی‌شناسد؛ چنان‌که در ماده ۶۵۵ قانون مدنی بیان شده است: «در دوانیدن حیوانات سواری و همچنین در تیراندازی و شمشیرزنی گروبندی جایز و مفاد ماده قبل در مورد آنها رعایت نمی‌شود». درعین حال برخی نیز عقد احتمالی را از عقد شانسی جدا نموده‌اند؛ با این استدلال که با توجه به مثال‌هایی که در نوشته‌های فقهی و حقوقی برای عقد شانسی از جمله گروبندی و قمار آورده شده، عقود فوق‌الذکر به جهت شانسی بودن و عدم قصد انتقال مال اصولاً باطل‌اند. اما عقد احتمالی بر مبنای مثال‌های فقهی و حقوقی از جمله عقود مشارکتی، قرارداد مستمری، تراز، قبالة، عقد راعی اصولاً صحیح است.^۱

از مجموع آنچه در ارتباط با تعریف عقد احتمالی در حقوق ایران ذکر شد، می‌توان گفت، عقد احتمالی عقدی است که مورد معامله از حیث حصول یا میزان یا هر دو نامشخص باشد و تعیین و تشخیص آن منوط به امر یا امور دیگری (ممکن الحصول یا قطعی الحصول) شود.

۱.۲. مفهوم عقد احتمالی در حقوق انگلیس

در حقوق کامن‌لا، عقد احتمالی قراردادی است که حداقل بخشی از آن مربوط به بروز یک حالت اضطراری یا احتمالی است و گاهی برای توافق با وکیلی که با توجه به احتمال موفقیت، دستمزد خود را دریافت می‌کند، به کار می‌رود.^۲ در حقوق انگلیس، تعهد احتمالی تعهدی منوط به وقوع یک حادثه در آینده یا حادثه غیرقطعی است. به عنوان مثال، حق‌الزحمه احتمالی در عقد وکالت با وکیل دادگستری، حق‌الزحمه‌ای است که اگر دعوی مطروحه موفقیت‌آمیز باشد یا به نحو مطلوبی در خارج از دادگاه حل و فصل شود، پرداخت خواهد شد و معمولاً مبلغ آن معادل درصدی از نفعی است که به موکل می‌رسد. کلمه شانس نیز در حقوق کامن‌لا به معنی بخت، تصادف، فرصت، فقدان رابطه علت و معلولی و مفاهیم مشابه این واژگان آمده و معامله شانسی به معنی ورود به قراردادی است که عناصر شانس و تصادف و بخت در آن وجود دارد.^۳

در حقوق انگلیس، معامله شانسی در مقابل معامله قابل پیش‌بینی و توأم با قصد قرار دارد؛ به عنوان مثال، هرگاه مالک مال غیرمنقول، قصد تبدیل آن به ملک دیگری داشته باشد و معامله دوم را منوط به فروش ملک خود در زمان معین نمایند، به جهت اینکه معامله خرید ملک جدید، منوط و معلق به وقوع بیع ملک موجود آن شخص در زمان معین است، به‌مسامحه عقد احتمالی نامیده می‌شود.^۴ برخی دیگر، واژه ریسک را مترادف عقود احتمالی در حقوق انگلیس قرار داده‌اند و گفته می‌شود به عنوان مثال، هرگاه مورد معامله برای طرفین مجهول باشد، قرارداد با خطر تلقی شده و معامله احتمالی است. ریسک در این مفهوم، دایره شمول گسترده‌ای دارد؛ به عنوان مثال، هرگاه در یک معامله کالایی بین طرفین معامله خرید و فروش شود و بعد از آن دولت با توجه به شرایط اقتصادی-اجتماعی، نقل و انتقال آن کالا را ممنوع و آن را

^۱ پیرهادی، محمدرضا، «عقد احتمالی با تأکید بر بیع احتمالی»، نشریه تحقیقات حقوقی آزاد، ۱۳۸۸، شماره ۵، ۶ و ۷، ص ۱۷.

^۲ همان منبع.

^۳ Shonk, K., **Try a Contingent Contract if You Can't Agree on What Will Happen. Harvard Law School**, 2022. Available at: <https://www.pon.harvard.edu/daily/dealmaking-daily/contingent-contract/> (last visited on 08/02/ 2021).

^۴ P.S. Atiyah John N. Adams, Hector Macqueen, *the sale of goods*, London: Pearson/Longman, 2001, P.210.

مصادره می‌کند، ریسک موجود در این معامله به معنای قبول خطر و ضرر است.^۱

۱.۳. تمیز قراردادهای احتمالی از مفاهیم مشابه

با توجه به اینکه در قانون مدنی تعریف مستقلی از عقد احتمالی نشده، تعاریف متفاوتی از این عقود ارائه و گاهی واژه عقد احتمالی با واژه‌هایی همچون عقد شانس، بختکی، اتفاقی، معلق، مخاطره و غرری تعریف شده است. عقد از حیث احتمالی بودن یکی از دو مورد یا قطعی بودن هر دو مورد عقد، به عقد شانس و عقد قطعی تقسیم می‌شود. عقد شانس عقدی است که در تحقق یکی از دو مورد عقد احتمال و شانس وجود دارد، مانند قرارداد بازی و گروپندی و قرارداد تأمین هزینه مادام‌العمری که در آن روابط مالی طرفین به مدت عمر ذی‌حق در مطالبه هزینه بستگی دارد. عقد قطعی عقدی است که هر دو مورد عقد عادتاً قطعی و غیرشانسی است، مانند بیع اتومبیل موجود در برابر مبلغ معین.^۲

۱.۳.۱. قرارداد احتمالی و عقد معلق

ممکن است با توجه به تعریف عقد معلق در ماده ۱۸۹ قانون مدنی، عقد احتمالی همان عقد معلق تلقی شود؛ چراکه در تعریف این ماده، عقد معلق عقدی است که تأثیر آن بر حسب انشا موقوف بر امر دیگری باشد. اما باید گفت وابسته بودن «خود عقد» با وابسته بودن «اثر یک عقد» تفاوت دارد و تفاوت این دو عقد با تعریفی که از عقود معلق بیان شده، کاملاً مشخص است؛ چراکه در عقود معلق انعقاد و تشکیل خود عقد وابسته به پیدایش امر دیگری است؛^۳ این در حالی است که در عقود احتمالی، وجود یا حدود تعهدات یا همان آثار یک عقد وابسته به وقوع حادثه محتمل‌الوقوع در آینده یا منوط به بخت و اقبال است و تشکیل «خود عقد» هیچ‌گونه ارتباطی به آینده ندارد و از هنگام توافق طرفین عقد تشکیل می‌شود. در حقوق انگلیس نیز برخی از حقوق‌دانان در بحث از بیع احتمالی، وارد حوزه عقود معلق شده و ظاهراً تفاوتی را میان این دو دسته از عقود قائل نبوده که این موضوع از تفسیری که ایشان از بند دوم ماده ۵ از قانون فروش کالا ارائه داده‌اند قابل برداشت است.^۴ با وجود نظر یادشده، در حقوق این کشور، بین قراردادهای احتمالی و عقود معلق تفاوت وجود دارد؛ چراکه در عقود مبادله‌ای دو عوض بستگی به امر نامعلومی دارد، لیکن در قراردادهای احتمالی، معامله به صورت منجز صورت می‌گیرد و فقط میزان عوض برحسب وقوع رویدادی محتمل‌الوقوع تعیین می‌شود. علاوه‌براین، عقد احتمالی از اقسام عقود معوض است، درحالی‌که تعلیق درباره تمام قراردادها امکان دارد.^۵

۱.۳.۲. قرارداد احتمالی و عقد مخاطره‌ای

عقد مخاطره‌ای، عقد مالی معوض یا غیرمعوض است که طرفین آن به‌طور عمدی خطر و ریسک را در آن دخالت دادند و این استقبال از خطر نیاز عموم جامعه است (جنبه نوعی)، مانند ضمان و بیمه.^۶ دو عقد یادشده مشترکات زیادی دارند؛

^۱ Moffitt, M, *Contingent Agreements: Agreeing to Disagree About the Future*, 87 Marq. L. Rev, 2004. Available at: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol187/iss4/8>.

^۲ شهیدی، مهدی، منبع پیشین، ص ۹۴.

^۳ علوی، سیدمحمدتقی، «بررسی فقهی و حقوقی عقد معلق»، علامه، پاییز ۱۳۸۴، شماره ۷، ص ۱۴۶.

^۴ P.S. Atiyah. John N. Adams, Hector MacQueen, *op. cit*, p 73.

^۵ کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۱۲۵.

^۶ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تحولات خصوصی (مجموعه مقالات)*، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، ص ۲۰۵.

از جمله وجود خطر موردنیاز عمومی و عمدی بودن پذیرش خطر. باوجوداین، عقود پیش‌گفته تفاوت اساسی دارند؛ تفاوت نخست اینکه عقد احتمالی به دلیل نامشخص بودن مورد معامله، احتمالی خوانده می‌شود و اصولاً احتمالی بودن مورد معامله از حیث حصول یا میزان عوض یا عوضین جزء ذات عقد است؛ اما عقد مخاطره‌ای به دلیل وجود خطر عمدی در آن عقد مخاطره خوانده می‌شود. به این ترتیب عقد ضمان عقد مخاطره است، اما عقد احتمالی نیست.^۱ علاوه بر این، در عقود مخاطره، عاقدین عالمأ و عامداً از خطر استقبال می‌کنند؛ مانند عقد اجاره شیلات و قرارداد بیمه و بناء عاقدین برگریز از خطر (ریسک) است و غرر در حدودی که متعارف باشد، وجود دارد.^۲

برخی از حقوق دانان خانواده‌های حقوقی را در پنج گروه تقسیم کرده‌اند: در دسته اول تملیکات معوض مانند بیع، معاوضه، اجاره و حواله قرار دارد؛ در گروه دوم عقود اذنی همچون وکالت و قرارداد حق العمل کاری قرار دارد؛ در گروه سوم احسان‌ها قرار دارد که اعم است از عقود و ایقاعات، مانند هبه و وصیت؛ در گروه چهارم تعهدات قرار دارد و در دسته پنجم عقود مخاطره‌ای مانند بیمه و به‌طور کلی تمام عقود بختکی (احتمالی) قرار دارند. به اعتقاد ایشان، این عقود خانواده خاص‌اند که غرر در آنها در حدود عرف و عادت مجاز است و لذا نهی از غرر، ناظر به عقود مخاطره‌ای نیست. ایشان در بیان عناصر عقود مخاطره‌ای بیان می‌دارند: ۱- عقدی است مالی و اعم از معوض و غیرمعوض، ۲- دخالت دادن عمدی خطر در مدلول عقد توسط متعاقبین است، ۳- فقدان قصد تبرع، ۴- وجود خطر در مدلول عقد، ۵- مشروعیت استقبال عاقدین از خطر.^۳ نتیجه آنکه مشخص می‌شود عقد مخاطره و عقود احتمالی صرفاً در برخی از عناصر مشترک‌اند؛ از جمله اینکه یکی از عناصر عقد مخاطره‌های استقبال عاقدین از خطر است. در نظام حقوق اسلامی، عقود احتمالی از جهتی با مباحث صحت معامله با علم به غبن فاحش از بخشی از ارزش معامله صرف‌نظر کنند یا با وجود عیب پنهان، برائت از عیب جایز است. به همان مبنای ارادی، اگر شخصی با علم به اینکه آنچه در عقد تحصیل خواهد نمود کاستی یا فزونی خواهد یافت، وارد معامله شود، با اراده خود چنین خطری را نسبت به مال خود پذیرفته و از آنجا که با علم به استقبال خطر رفته است، علی‌القاعده نزاع یا ادعای بعدی او مسموع نیست.^۴

۲. مبانی و جایگاه قراردادهای احتمالی

در این قسمت به بررسی مبانی عقود احتمالی و جایگاه آنها در نظام‌های حقوقی ایران و انگلیس خواهیم پرداخت.

۲.۱. مبانی و جایگاه قراردادهای احتمالی در حقوق ایران

با توجه به عدم تعریف عقد احتمالی در مقررات موضوعه، نمی‌توان جایگاه ثابتی برای آن در حقوق ایران در نظر گرفت. مبنای تردید نسبت به اعتبار عقد احتمالی در حقوق ایران، نقض اصل لزوم تعیین قطعی عوضین است. باوجوداین، در فقه اسلامی موضوعات مختلفی مطرح شده که جایگاه و مبانی صحت عقد احتمالی را مورد پذیرش قرار داده است. موارد مذکور به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

^۱ همان منبع.

^۲ عزیززاده اصل، محمد و سیدعباس موسویان، «بررسی ضابطه غرر در معاملات جدید»، تحقیقات مالی اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، شماره ۹، ص ۱۴.

^۳ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفاروق، جلد ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴، ص ۱۰۹.

^۴ پیرهادی، محمدرضا، منبع پیشین، ص ۱۳.

۲.۱.۱. قاعده لزوم وفای به عهد

بر اساس قاعده یادشده، طرفین قرارداد ملزم به اجرای مفاد و اثر قرارداد بوده و در صورت عدم اجرای آن، مطابق مقررات به اجرای آن اجبار می‌شوند. مستند این اصل در آیات قرآنی از جمله در آیه ۱ سوره مائده،^۱ آیه ۲۶ سوره نساء،^۲ آیه ۱۷۷ سوره بقره،^۳ و آیه ۹۱ سوره اسراء^۴ است که بر لزوم وفای به عقود و قراردادهای تأکید دارد.^۵ با توجه به آیات و روایات، اجرای مفاد قرارداد الزامی است و می‌توان این الزام را در خصوص قراردادهای احتمالی نیز جاری دانست.

۲.۱.۲. قاعده نفی عسرو حرج

از مهم‌ترین آیاتی که به‌عنوان دلیل قاعده عسرو حرج مورد استناد قرار می‌گیرد، آیه ۷۸ سوره حج است. بر مبنای قاعده مذکور، چنانچه در انجام دادن حکم شارع مقدس بیش از آن مقدار که لازمه ذات تکلیف بوده و حرج و مشقتی وجود داشته باشد، تکلیف برداشته می‌شود.^۶ همچنین روایت‌های متعددی نیز از معصومین علیه‌السلام نقل شده که مبنای قاعده نفی عسرو حرج قرار گرفته است که جملگی دلالت بر پذیرش قاعده یادشده دارد.^۷

با توجه به تحولات صنعتی و اقتصادی، در روابط تجاری داخلی و بین‌المللی و در عرف معاملاتی، برخی از اصول حاکم بر قراردادهای نادیده گرفته می‌شود که قراردادهای احتمالی از این دسته از قراردادهای هستند؛ مانند قرارداد استصناع، قرارداد پیش‌فروش مصنوعات، مشارکت‌ها و دیگر عقود نوظهور که این دسته از قراردادهای بر اساس اقتضانات امروز جامعه به وفور واقع می‌شود. حال اگر نظر به بطلان این قسم عقود باشد، بر مبنای نظریه استثنایی بودن این عقود، نه فقط تعداد زیادی از عقود را حمل بر بطلان و نظم عمومی اقتصادی و معاملاتی جامعه را مختل می‌کند، بلکه جامعه را نیز در رفع نیازهای ضروری خود دچار عسرو حرج می‌کند. لذا چنانچه بر مبنای حکم اولیه، این دسته از عقود را از یک سو بر مبنای مجهول بودن عوض یا عوضین و از سوی دیگر بر مبنای نوظهور بودن (نامعین) آنها بطلان بدانیم، به استناد قاعده نفی عسرو حرج حکم مذکور برداشته می‌شود و به منظور رفع نیازهای جامعه و قبول عرف عقلا حکم ثانویه صحت بر عقود احتمالی جاری می‌شود.^۸

۲.۱.۳. اصل صحت

برابر ماده ۲۲۳ قانون مدنی «هر معامله که واقع شده باشد محصول بر صحت است، مگر اینکه فساد آن ثابت شود». مطابق این ماده، اصل بر این است هر معامله‌ای که واقع شده، دارای تمامی شرایط اساسی صحت معاملات و شرایط اختصاصی آن عقد بوده و در نتیجه اصل بر صحت آن است و مادامی که خلاف آن ثابت نشود، به اعتبار و قوت خود باقی

^۱ اوفوا بالعقود.

^۲ لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منكم.

^۳ المومنون بعهدهم اذا عاهدوا.

^۴ اوفوا بالعهد ان العهدكان مسئولا.

^۵ نورمحمدی، علی، «وفای به عهد»، نشریه بشارت، ۱۳۸۸، شماره ۷۰، ص ۱۲.

^۶ قریشی، سیدمهدی و سلمان علیپور قوشچی، «کاربرد قاعده عسرو حرج در تعدیل قرارداد»، مطالعات حقوقی، زمستان ۱۳۹۶، شماره ۱۶، ص

۵۸.

^۷ قاسمی، محمدعلی، «بررسی مبانی فقهی قاعده نفی عسرو حرج»، الهیات و حقوق، بهار ۱۳۸۷، شماره ۲۷، ص ۱۳۷.

^۸ رحیمی، حبیب الله و خسرو محمودزاده، منبع پیشین، ص ۸۹.

خواهد بود.^۱ بعد از وقوع قرارداد، هر یک از طرفین ممکن است بر مبنای اغراض گوناگون شخصی اقدام به طرح دعوا علیه طرف دیگر کند و مدعی عدم وجود شرایط صحت یا وجود موانع حین انعقاد قرارداد شود. از جمله این ادعاها عدم اهلیت طرف مقابل، معلوم و معین بودن مورد معامله، عدم وجود توالی عرفی بین ایجاب و قبول و... است. در این میان، مسئله پیچیده آن است که دادرس دادگاه باید بار اثبات دعوا را بر عهده کدام یک از طرفین بگذارد؟ به منظور رهایی از این سردرگمی و به منظور رعایت اصل امنیت در معاملات و همچنین تأمین نظم عمومی اقتصادی، اصل بر صحت عقود بوده که این اصل مبتنی بر سیره عقلا و نظم عمومی جامعه است.^۲

اگرچه در مورد قلمرو اصل صحت، چه از لحاظ شمول آن نسبت به شبهات حکمی و چه از لحاظ شمول آن نسبت به شبهات موضوعیه، مورد اختلاف نظر واقع شده است؛^۳ لیکن می توان گفت با توجه به رفع نیازهای اجتماعی بر مبنای تحولات اقتصادی و ظهور مصادیق بسیاری از عقود احتمالی در زندگی روزمره و ابعاد حیات زندگی اجتماعی، تردیدهای حکمی نسبت به صحت یا عدم صحت عقد احتمالی بر طرف شده و نباید در صحت این دسته از عقود تردید داشت.^۴

۲.۱.۴. اصله اباحه

اباحه در اصطلاح عبارت است از باز بودن میدان در پیشروی مکلف تا آنچه می خواهد اختیار کند. یعنی مکلف آزادانه انجام دادن یا ترک فعلی را انتخاب می کند. به عبارت دیگر، هر آن چیزی که درباره حلال و حرام بودن آن شک وجود داشته باشد، بر مبنای اصل اباحه حمل بر حلیت می شود و استفاده از آن به حکم اصل الذکر نیاز به مجوز شرعی ندارد، مگر در مواردی که حکم قانون گذار به صراحت منع شده باشد.^۵

اصل اباحه در حقوق ایران در مواد ۱۰ و ۷۵۴ قانون مدنی ظهور یافته است. بدین ترتیب بر مبنای مواد مذکور می توان گفت در حقوق ایران اصل اباحه در شبهات حکمی نیز جریان می یابد و اعتبار عقود احتمالی را از نقطه نظر حکمی تأیید و تثبیت می کند. شرایط لازم برای وقوع عقد احتمالی از یک سو مربوط به طرفین معامله است و از سوی دیگر، مورد معامله باید دارای شرایطی باشد.^۶ در عقود احتمالی، تسامح در تعیین میزان دو عوض آشکارا دیده می شود. برای مثال، در عقد بیمه و به دلیل عدم تناسب بین حق بیمه پرداخت شده و پولی که سرانجام بیمه گر می پردازد، اگر پس از تأدیة یک قسط بیمه، بیمه گر ناگزیر به پرداخت خسارت هنگفتی شود، نباید او را مغبون پنداشت. با وجود این، اگر در عقد احتمالی نیز بتوان ارزش تعهد هر یک از دو طرف را با ملاحظه درجه احتمال فزونی و کاستی آن معین کرد (مانند نرخ بیمه اتومبیل یا آتش سوزی کارخانه ها یا منازل مسکونی یا فروش مالی در برابر حق انتفاع عمری) هیچ مانعی برای استناد

^۱ طباطبایی، سید محمدصادق و روح اله کیانی، «بازتاب های اصل صحت در فقه و حقوق»، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۳۲، ص ۵۵.

^۲ کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، صص ۳۵۱-۳۴۹.

^۳ همان منبع، ص ۳۵۹.

^۴ رحیمی، حبیب الله و محمودزاده، خسرو، منبع پیشین، ص ۹۰.

^۵ حیدری، عرفان، «اصل اباحه و اصل حلیت در فقه و حقوق»، فقه و حقوق نوین، ۱۳۹۹، شماره ۴، ص ۳.

^۶ عباس زاده چوبر، رضا و شکوفه آقاجانی، «مطالعه عقود احتمالی در حقوق ایران»، اولین کنفرانس ملی حقوق و علوم سیاسی، تهران، ایران، ۱۳۹۶، ص ۲۱۲.

به غبن وجود ندارد؛ زیرا دو طرف در این چهره مبادله هیچ تسامحی ندارند.^۱

۲.۲. مبانی و جایگاه قراردادهای احتمالی در حقوق انگلیس

قراردادهای احتمالی نوعی استراتژی در مذاکره تلفیقی تلقی می‌شود. اساساً استراتژی‌های مذاکره به دو دسته کلی تقسیم می‌شود: استراتژی‌های توزیعی و تلفیقی.^۲ در مذاکرات مربوط به قرارداد، استراتژی‌های توزیعی رقابت طرفین برای تقسیم ارزش و استراتژی‌های تلفیقی همکاری طرفین برای ایجاد ارزش اضافی را در نظر می‌گیرند و استفاده از قراردادهای احتمالی به‌عنوان نوعی استراتژی تلفیقی احتمالاً از ایجاد گفت‌وگوهای تلخ در مورد توزیع ثروت جلوگیری می‌کند؛ زیرا بر نظرات جهت‌دار طرفین معامله در مورد حوادث نامشخص آینده تکیه می‌کند و با ارزش و ریسک مورد انتظار طرفین بر اساس ادراکات و انتظارات فردی‌شان سروکار دارد. اصول اساسی استراتژی‌های مذاکره جامع عبارت است از اینکه طرفین منافع متفاوتی دارند، در نتیجه احتمال دارد ارزش مورد انتظار آنها در شروط قرارداد کاملاً با یکدیگر متفاوت باشد. طرفین علاوه بر منافع و انتظارات مختلف ممکن است در ارزیابی‌ها، ریسک‌گریزی، اولویت زمانی، دسترسی به اطلاعات خاص و موارد دیگر نیز با هم تفاوت داشته باشند که اگرچه ظاهراً مانعی برای مذاکرات قرارداد محسوب می‌شوند، در استراتژی‌های مذاکره تلفیقی تبدیل به فرصتهایی برای ایجاد راه‌حل‌های خلاقانه می‌شوند.^۳ بنابراین، در معاملات بین‌المللی نیاز به استفاده از قراردادهای احتمالی، به دلایلی که بیان شد، کاملاً بجا و توصیه شده است.^۴

اگرچه برخی شرایط ممکن است به تکنیک‌های پیشرفته‌تر و بهره‌گیری از سطوح تجربیات حقوقی نیاز داشته باشد، شکل‌های ساده‌تر قراردادهای احتمالی از نظر تسهیل روند مذاکره و مدیریت ریسک ارزش‌هایی را به وجود می‌آورند. در واقع ساختار این نوع قراردادها می‌تواند بدون از دست دادن قدرت و کارایی آن ساده و عملی باشد. در همین راستا متخصصین مذاکره الزاماتی را برای اثربخشی هرچه بهتر قراردادهای احتمالی شناسایی می‌کنند که در اینجا به منظور ارائه و اظهار نظر در مورد مخالفت با هرگونه استدلال برای پیچیدگی، توضیح داده می‌شوند: ۱- اهداف هر یک از طرفین درگیر باید همسو باشد و از آنجا که این نکته یکی از ویژگی‌های قراردادهای احتمالی است، نباید به‌عنوان یکی از الزامات اثربخشی در نظر گرفته شود. ۲- پیمان‌فیمابین مبتنی بر یک رخداد نامشخص و غیرقطعی است و اقداماتی که از یک طرف انتظار می‌رود فقط به وقوع رخدادی در آینده بستگی دارد. ۳- این واقعه از طرفی که پیمان بسته نیز مستقل است و وقوع واقعه به‌وسیله اراده یا خواست طرف متعهد شده کنترل نمی‌شود. ۵- در واقع ممکن است مسئله ما در اینجا مربوط به کنترل نتیجه نباشد، اما در مورد انگیزه‌های ایجاد شده به‌وسیله قرارداد احتمالی خواهد بود. در خصوص این موضوع اگر طرف متعهد شده نتیجه را کنترل کند، اما در عین حال از انگیزه لازم برای انجام قرارداد برخوردار باشد، این مسئله نگران‌کننده‌ای نخواهد بود. در نتیجه ایجاد منافع برای هر دو طرف در یک قرارداد احتمالی امکان‌پذیر است.

از این نظر، محققان مذاکره شش ویژگی از قراردادهای احتمالی را مشخص می‌کنند که ناشی از اجازه دادن به

^۱ جهت مطالعه بیشتر در خصوص غبن در حقوق ایران رک: عابدیان، سیدحسن و اصغری، فریده، «غبن در آیین فقه و قانون»، *مطالعات فقهی و فلسفی*، پاییز ۱۳۹۳، شماره ۱۹، صص ۱۰۷-۱۲۵.

^۲ Thompson. L, *The mind and heart of the negotiator*, london: Pearson, 2013, p.115.

^۳ Thompson. L, *The truth about negotiations*, london: FT Press, 2008, p.48.

^۴ Fisher.R, URY, William and PATTON, *Bruce of the Harvard Negotiation Project ,Getting to Yes – Negotiating Agreement without giving in*. New York: Penguin Books,1991, p.209.

^۵ Sharma.A, *Business Regulatory Framework*, London: VK Publications, 2006. p 87.

مذاکره‌کنندگان برای: ۱- بستن قرارداد بر اساس اختلافات آنها به‌جای بحث در مورد آنها؛ ۲- جهت‌گیری اتخاذ تصمیم در مدیریت؛ ۳- حل مشکلات مربوط به اعتماد؛ ۴- تشخیص صداقت طرف مقابل؛ ۵- کاهش ریسک به‌وسیله تقسیم آن، ۶- افزایش انگیزه طرفین برای اجرای تعهدات است.^۱ بنابراین قرارداد احتمالی به طرفین کمک می‌کند تا نسبت به اختلافات خود هماهنگ شوند و بر آنها غلبه کنند، روند مذاکره را تسهیل و از بحث در مورد حوادث غیرقطعی آینده جلوگیری کنند. این امر غالباً به وسیله ایجاد «شرط‌بندی» که محققان مذاکره شدیداً آن را ترویج می‌کنند، انجام می‌شود.^۲ «شرط‌بندی» به‌صورت بالقوه از ایجاد بحث‌های مغرضانه و نامشخص جلوگیری می‌کند و با افزودن مشوق‌های مناسب برای افزایش کارایی و محافظت شبهات مربوط به اعتبار را به حداقل می‌رساند. علاوه‌براین استفاده از قراردادهای احتمالی به‌عنوان یک ابزار قدرتمند مدیریت ریسک نیز عمل می‌کند. در رویه قضایی حقوق انگلیس، قراردادهای احتمالی مورد پذیرش قرار گرفت و در قضیه جی پرسی ترنت هم لیمپتد علیه آرچیتال لوکس فرلیمیتد (۱۹۹۳) خواهان در خصوص چگونگی طراحی تهیه و نصب نرم‌افزار ویندوز از خواننده استعلام کرد و طرفین به مذاکره شفاهی و کتبی در خصوص شرایط قراردادی ادامه دادند. خواننده نسبت به انجام دادن کار مورد درخواست تعهد کرد و خواهان نیز حق‌الزحمه او را پرداخت نمود. در نرم‌افزار ویندوز نصب‌شده، عیوب و نواقصی وجود داشت و به همین دلیل خواهان ادعا کرد که خواننده قرارداد را نقض کرده است. خواننده انعقاد هرگونه قراردادی را انکار و آن را ناشی از احتمالات عنوان کرد.^۳

۳. اوصاف قرارداد احتمالی

در این قسمت، ابتدا به بررسی اوصاف قرارداد احتمالی در حقوق ایران خواهیم پرداخت و در ادامه در مورد اوصاف این قسم عقود در نظام حقوقی انگلستان توضیحاتی ارائه خواهد شد.

۳.۱. شرایط و اوصاف قرارداد احتمالی در حقوق ایران

مهم‌ترین اوصاف عقود احتمالی در حقوق ایران، احتمال وجود غبن در این عقود، استمرار این عقود و عهدی بودن آنها به همراه نامتقارن بودن تعهدات طرفین است که در ادامه در این خصوص توضیحاتی داده خواهد شد.

۳.۱.۱. مغابنه‌ای بودن

قراردادها از حیث اقتصادی و قصد سودجویی طرفین، به عقود مسامحه و عقود مغابنه تقسیم می‌شود. در عقد مغابنه‌ای طرفین سعی در مغبون نمودن همدیگر دارند و ویژگی اصلی این عقد، قابلیت تحقق خیار غبن است.^۴ در عقد مسامحه به‌عکس عقد مغابنه، موجبی برای تلاش طرفین برای رعایت تناسب ارزش عوضین آن‌گونه که در عقد مغابنه وجود دارد، دیده نمی‌شود و بنای طرفین در این خصوص مبتنی بر تسامح است؛ لذا عقود احتمالی از جمله عقود مسامحه است. باوجوداین، نباید وجود خیار غبن را در عقود احتمالی به‌طور کلی انکار کرد، زیرا در عقودی که بر مبنای تسامح واقع

^۱ Bazerman, M, "Betting on the Future: The Virtues of Contingent Contracts", Harvard Business Review. 77 (5), p. 155. Available at: <https://hbr.org/1999/09/betting-on-the-future-the-virtues-of-contingent-contracts>.

^۲ Ibid.

^۳ Raiffa, H, *The Art and Science of negotiation*, London: Harvard University press England, 2000, P.13.

^۴ مسجدسرای، حمید، «تحلیل فقهی حقوقی غرر در بیمه»، پژوهش‌های فقه و حقوق، پاییز ۱۳۹۲، شماره ۳۳، ص ۱۳۲.

نمی‌شود و هیچ‌یک از دو طرف نمی‌خواهد دینی بیش از اندازه متعارف بر او بار شود و تنها جهتی که مانع از استنباط به خیار غبن می‌شود، مشخص نبودن مقدار تعهد هر طرف در زمان عقد است. پس اگر در عرف تجارت و با توجه به حساب احتمال‌ها، تعهد آنان قابل ارزیابی باشد، هیچ مانعی برای ایجاد خیار غبن وجود ندارد. برای مثال اگر برای بیمه کردن هر خسارت در عرف نرخ ثابتی وجود آید، تجاوز فاحش از آن غبن بوده و زیان‌دیده بدین وسیله حمایت می‌شود. در واقع، آنچه مانع از استناد به غبن در این قراردادها می‌شود، عامل احتمال نیست. تسامح دو طرف و دشواری ارزیابی تعهدها است که این نتیجه را به بار می‌آورد.^۱

۳.۱.۲. عهدی بودن

یکی از دسته‌بندی‌های عقود، تقسیم عقد به تملیکی و عهدی است. در عقد تملیکی، اثر اصلی و مستقیم آن، این است که به وسیله آن، مالی (مانند خودرو، خانه و...) از ملکیت شخصی خارج و به ملکیت شخص دیگری منتقل می‌شود و در عقد عهدی، قراردادی است که حقی عینی برای یک طرف قرارداد ایجاد می‌کند و تعهدی را نیز بر گردن طرف دیگر قرار می‌دهد.^۲ یکی از ویژگی‌های عقد احتمالی عهدی بودن است و با وقوع این دسته از عقود بلافاصله تعهد ایجاد می‌شود؛ لیکن طرفین التزام به تأدیه مورد معامله ندارد، زیرا التزام به تأدیه یا عدم التزام به تأدیه در آینده صورت می‌گیرد؛ مانند عقد بیمه که تعهد بیمه‌گذار در مقابل تعهد بیمه‌گر است.

۳.۱.۳. غیرمتقارن بودن تعهدات طرفین

منظور از غیرمتقارن بودن تعهدات طرفین که در عقود احتمالی معوض قابل بررسی است، آنکه زمان اجرای تعهدات متقابل طرفین واحد نیست. به‌عنوان مثال، در عقد جعاله جاعل وقتی ملزم به تسلیم جعل به عامل است که عامل تعهد خود را انجام داده باشد. همچنین، مطابق مواد ۵۱۶ و ۵۱۸ قانون مدنی در عقود مشارکتی مزارعه، مضاربه و مساقات تا زمانی که صاحب سرمایه و صاحب زمین، سرمایه و زمین را به عامل تسلیم نکرده، عامل ملزم به انجام تعهد خود نیست و در عقد بیمه نیز ابتدا بیمه‌گذار حق بیمه را می‌پردازد. بدین ترتیب، در این دسته از عقود تعهدات طرفین به علت معوض بودن متقابل‌اند، اما متقارن (هم‌زمان) نیستند و بر این اساس قابلیت اعمال قاعده حق حبس مذکور در ماده ۳۷۷ قانون مدنی وجود ندارد؛ چراکه اجرای قاعده حق حبس وجود دو عوض متقابل و متقارن (هم‌زمان) است. بنابراین، حق حبس در عقود احتمالی قابل اجرا نیست؛ اگرچه به نظر می‌رسد عدم قابلیت اجرایی مفاد ماده ۳۷۷ در عقود احتمالی مخالف عدالت باشد؛ زیرا در فرضی که مطابق ضوابط معمول قرینه‌ای محکم دال بر ناتوانی یکی از طرفین از اجرای تعهد خود در موعد مقرر می‌نماید، عدالت حکم می‌کند، طرفی که تعهد او حال است مجبور به ایفای تعهدی نشود که مابه‌ازایی ندارد.^۳

۳.۱.۴. مستمر بودن عقود احتمالی

عقد بر مبنای وابستگی و عدم وابستگی تعیین و اجرای تعهدات ناشی از عقد به عامل زمان، عقود به آنی و مستمر تقسیم

^۱ کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۱۲۷.

^۲ طباطبایی، سیدمحمدصادق و حامد خوباری، «تحلیل ماهیت عقد عهدی با بازخوانی مفهوم تعهد در حقوق ایران»، مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، بهار ۱۴۰۰، شماره ۴۳، ص ۱۰۷.

^۳ باقرزاده، احمد و نوری یوشانلوئی، جعفر، «اجرای حق حبس در تعهدات متقارن و غیرمتقارن»، ماهنامه دادرسی، ۱۳۸۳، شماره ۴۷، ص ۱۲.

می‌شود: عقد مستمر عبارت است از عقدی که تعیین و اجرای تعهدات ناشی از آن وابسته به عامل زمان باشد؛ به نحوی که در عقود مستمر، اجزای مورد عقد در اجزای زمان تحقق پیدا می‌کند.^۱ در عقود احتمالی هنگام انعقاد عقد، میزان تعهد یا تعهدات طرفین مشخص نیست و در مدت زمان معین یا غیرمعین تعیین می‌شود، به دلیل وابستگی تحقق آثار آن به زمان، از جمله عقود مستمر است؛ مانند عقد بیمه، عقود مشارکتی (مزارعه، مساقات، مضاربه) قرارداد مستمری. برخی از حقوق دانان از جمله آثار مستمر بودن عقود معوض (عقود احتمالی) را عدم اجرای کامل حق حبس دانسته‌اند.^۲ اما این نظر قابل ایراد است؛ زیرا عدم اجرای قاعده حق حبس در عقود مستمر به دلیل غیرمستقر بودن تعهدات طرفین است و ارتباطی به خصیصه مستمر بودن عقود مذکور ندارد. بنابراین، شرط اجرای قاعده حق حبس وجود تعهدات متقابل و متقارن (همزمان) است و مستمر بودن عقود به خودی خود موجب سقوط اجرای قاعده حق حبس نمی‌شود.^۳

۳.۲. اوصاف قرارداد احتمالی در حقوق انگلیس

واژه ریسک در مفهوم حقوقی در حقوق خارجی (حقوق انگلیس و برخی از کشورها) به معنای «مسئولیت»، «قبول مخاطره»، «خطرات»، «معامله با حمل کالا به شرط مسئولیت صاحب کالا» است^۴ که در این مفاهیم معمولاً به صورت ترکیب با کلمات دیگر به کار برده می‌شود و هیچ مطابقتی با مفهوم اصطلاحی غرر ندارد. برای مثال، در قانون ۱۹۷۹ بیع کالا در حقوق انگلیس، ریسک به معنای «مسئولیت» آمده و در کنوانسیون راجع به قانون اعمال بر قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، این کلمه به معنای خطرات مربوط به کالا ذکر شده در مواد ۳۸ و ۳۹ مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی، ریسک به معنای «خطرات» (خطر تلف شدن، خطر سرقت، خطر آتش سوزی و امثال آن) آمده است. یکی از موارد شایع استعمال واژه مورد بحث، در بیمه است که معمولاً «مورد بیمه» را «ریسک» (به معنای خطر) می‌گویند؛ مثلاً موضوع بیمه‌های اجتماعی، خطرات و حوادث شغلی، اقتصادی و امثال آن است، یا با توجه به احتمال خطر (ریسک) و عدم اطمینان در تجارت و در قلمرو فعالیت اقتصادی مسئله بیمه مطرح می‌شود که در این صورت ریسک دارای معنای متفاوتی با ریسک به معنای غرر مورد بحث ما است.^۵

اصطلاح ریسک علاوه بر مفهوم حقوقی، مفهوم اقتصادی نیز دارد و در تجارت و فعالیت‌های اقتصادی رایج است و از این نظر در مفهوم حقوقی با ریسک تفاوت ماهوی و اساسی دارد؛ زیرا در مفهوم حقوقی به معنای «مسئولیت» و «معامله با حمل کالا به شرط مسئولیت صاحب کالا» و امثال آن است، ولی در قلمرو اقتصادی این تصمیم، هنگامی با ریسک همراه است که نتایج محتمل مختلفی با احتمالات مفروض و معینی بر آن مترتب باشد.^۶

نتیجه‌گیری

امروزه با گسترش روابط قراردادی، عقود مختلفی با عناوین مختلف مورد توجه قرار گرفته که از جمله این عقود می‌توان

^۱ دلوری، امیر، «بررسی حق حبس در قراردادهای مستمر»، *وکیل مدافع*، بهار ۱۳۹۳، شماره ۱۲، ص ۳۳.

^۲ کاتوزیان، ناصر، *منبع پیشین*، ص ۸۶.

^۳ باقرزاده، احمد و جعفر نوری یوشانلوای، *منبع پیشین*، ص ۱۳.

^۴ Benjamin, Reuben Moor, *The General Principles Of The American Law Of Sale Of Goods*, London: Publisher Biblio Bazaar, Llc, 2008, p.117.

^۵ *Ibid.*

^۶ *Ibid.*

عقد احتمالی را نام برد. در کشورهای مختلف، مصادیقی از این عقد بر مبنای نیاز شدید عرف معاملاتی جامعه مطرح شده است؛ مانند قرارداد بیمه و قرارداد مشارکت (مزارعه، مضاربه و مساقات) و برخی از مصادیق این عقد تحت تأثیر انقلاب صنعتی و اقتضای عرف معاملاتی رواج یافته است؛ مانند قرارداد پیش فروش مصنوعات.

اگرچه قانون مدنی تعریفی از عقد احتمالی به عنوان یکی از اقسام عقود به عمل نیاورده است، اما می توان گفت در حقوق ایران عقد احتمالی، عقدی است که مورد معامله در آن حین انعقاد قرارداد نامعلوم است. به عبارت دیگر، عقد احتمالی عقد معوضی است که در آن مقدار دو عوض وابسته به امر نامعلومی در آینده است و از این رو برخی حقوق دانان آن را با عقد معلق مورد بررسی قرار داده اند. اما در مقابل در حقوق انگلیس، عقد احتمالی قراردادی است که حداقل بخشی از آن مربوط به بروز یک حالت اضطراری یا احتمالی است؛ گاهی برای توافق با وکیلی است که با توجه به احتمال موفقیت به کار می رود. بنابراین، برخلاف حقوق ایران در حقوق انگلیس عقد احتمالی قلمرو خاصی را به خود اختصاص داده است. در خصوص معیار تشخیص عقد احتمالی باید گفت، ضوابط متفاوتی در احتمالی بودن این مصادیق و دسته بندی های مختلفی قابل طرح است. در برخی از مصادیق عقد احتمالی، احتمال در میزان تعهد طرف عقد یا به عبارت دیگر، میزان تعهد بر ذمه شخص طرف معامله، وابسته به امور احتمالی است. در برخی از مصادیق، احتمال در عایدات از محل مال معین که به عنوان عوض قراردادی مورد توافق قرار می گیرد، معیارات تشخیص عقد است و در بعضی از موارد، عایدات و نتیجه حاصل از اجرای تعهدات ناشی از عقد، منوط به امور احتمالی است؛ هر چند که آورده طرفین معلوم و معین است، آثار نهایی یا غیرمستقیم عقد ممکن است نسبت به حالت عادی سیر امور، کاستی یا فزونی یابد. با وجود این، به طور کلی می توان گفت معیار تشخیص احتمالی بودن قرارداد، نامعلوم بودن عوض یا عوضین از حیث میزان یا حصول هنگام انعقاد قرارداد است.

در مقایسه میان حقوق ایران و انگلیس در بحث قرارداد احتمالی می توان بر چالش ها و تفاوت هایی از جمله تشتت آرای مختلف در بحث عقد احتمالی، مورد تردید واقع شدن عقد احتمالی، بلا تکلیفی عامل «احتمال» در قوانین قراردادی ایران، عدم سخت گیری قانون گذار در موارد عقد احتمالی، بی اهمیت شمردن احتمال در اندازه و کیفیت تعهد بر اثر اعمال عامل «مسامحه» و «احسان» در بنای تراضی، برداشت ناصحیح از ماهیت عقد احتمالی و غرری دانستن آن، عدم پذیرش عقود احتمالی به عنوان یک عقد مستقل در حقوق ایران اشاره کرد. از حیث اشتراکات میان دو کشور می توان بیان داشت که در حقوق انگلیس عقد احتمالی با مفهوم غرر در حقوق ایران تقریباً یکسان است و این حقوق نیز همانند ایران قوانین و رویه قضایی مناسبی در خصوص عقد احتمالی پیش بینی نکرده است.

منابع

کتاب

۱. آقای، بهمن، **فرهنگ حقوقی بهمن**، جلد ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **الفارق**، جلد ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **تحولات حقوق خصوصی (مجموعه مقالات)**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸.
۵. شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۵.
۶. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.

مقاله

۷. باقرزاده، احمد و جعفر نوری یوشانلوئی، «اجرای حق حبس در تعهدات متقارن و غیرمتقارن»، *ماهنامه دادرسی*، ۱۳۸۳، شماره ۴۷.
۸. پیرهادی، محمدرضا، «عقد احتمالی با تأکید بر بیع احتمالی»، *نشریه تحقیقات حقوقی آزاد*، ۱۳۸۸، شماره ۵، ۶ و ۷.
۹. حیدری، عرفان، «اصل اباحه و اصل حلیت در فقه و حقوق»، *فصلنامه فقه و حقوق نوین*، ۱۳۹۹، شماره ۴.
۱۰. دلاوری، امیر، «بررسی حق حبس در قراردادهای مستمر»، *فصلنامه داخلی وکیل مدافع*، بهار ۱۳۹۳، شماره ۱۲.
۱۱. رحیمی، حبیب الله و خسرو محمودزاده، «مبانی نظریه اعتبار عقد احتمالی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و مصر)»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۱۸، ۱۳۹۳، شماره ۲.
۱۲. طباطبایی، سیدمحمدصادق و خوبیاری، حامد، «تحلیل ماهیت عقد عهدی با بازخوانی مفهوم تعهد در حقوق ایران»، *دو فصلنامه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، بهار ۱۴۰۰، شماره ۴۳.
۱۳. طباطبایی، سیدمحمدصادق و روح اله کیانی، «بازتاب‌های اصل صحت در فقه و حقوق»، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۳۲.
۱۴. عابدیان، سیدحسن و فریده اصغری، «غبن در آیین فقه و قانون»، *فصلنامه مطالعات فقهی و فلسفی*، پاییز ۱۳۹۳، شماره ۱۹.
۱۵. عباس زاده چوپر، رضا و شکوفه آقاجانی، «مطالعه عقود احتمالی در حقوق ایران»، *اولین کنفرانس ملی حقوق و علوم سیاسی*، تهران، ایران، ۱۳۹۶.
۱۶. علوی، سیدمحمدتقی، «بررسی فقهی و حقوقی عقد معلق»، *دو فصلنامه علامه*، پاییز ۱۳۸۴، شماره ۷.
۱۷. عزیززاده اصل، محمد و سیدعباس موسویان، «بررسی ضابطه غرر در معاملات جدید»، *تحقیقات مالی اسلامی*، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، شماره ۹.
۱۸. قاسمی، محمدعلی، «بررسی مبانی فقهی قاعده نفی عسروجرح»، *مجله تخصصی الهیات و حقوق*، بهار ۱۳۸۷، شماره ۲۷.
۱۹. قریشی، سیدمهرداد و سلمان علیپور قوشچی، «کاربرد قاعده عسروجرح در تعدیل قرارداد»، *فصلنامه مطالعات حقوق*، زمستان ۱۳۹۶، شماره ۱۶.
۲۰. مسجدسرای، حمید، «تحلیل فقهی حقوقی غرر در بیمه»، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق*، پاییز ۱۳۹۲، شماره ۳۳.
۲۱. نورمحمدی، علی، «وفای به عهد»، *نشریه بشارت*، ۱۳۸۸، شماره ۷۰.

References

Books

1. Aghaie, Bahman, Bahman Law Dictionary, Vol. 2, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2003. (In Persian)
2. Atiyah John N.Adams, Hector Macqueen, *the sale of goods*, London: Pearson/Longman, 2001.
3. Benjamin, Reuben Moor, *The General Principles Of The American Law Of Sale Of Goods*, London: Publisher Biblio Bazaar,Llc, 2008.
4. Fisher.R, URY, William and PATTON, *Bruce of the Harvard Negotiation Project ,Getting to Yes – Negotiating Agreement without giving in*. NewYork: Penguin Books, 1991.
5. Jafarie Langerodi, Mohammad Jafar, Al-fariq, Vol. 4, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2005. (In Persian)
6. Jafarie langerodi, Mohammad Jafar, *Developments of Private Law (A Collection of Articles)*, Tehran: University of Tehran Publication, 2002. (In Persian)
7. Jafarie Langerodi, Mohammad Jafar, *Mabsoot: Dictionary Terms of Law*, Vol. 4, Tehran: Ganj-e-Danesh, 1989. (In Persian)
8. Katouzian, Naser, *General Principles of Contracts*, Vol. 1, Tehran: Sahami Enteshar Company, 2009. (In Persian)
9. Raiffa.H, *The Art and Science of negotiation*, Londo:n Harvard University press England, 2000.
10. Reuben Moor.B, *The General Principles Of The American Law Of Sale Of Goods*, London: Publisher Biblio Bazaar, L.L.C, 2008.

11. Shahidi, Mahdi, Formation of Contracts and Obligations, Tehran, Majd Publicatin, 2006. (In Persian)
12. Sharma.A, *Business Regulatory Framework*, London: VK Publications, 2006.
13. Thompson. L, *The mind and heart of the negotiator*, London: Pearson, 2013.
14. Thompson. L, *The truth about negotiations*, London: FT Press, 2008.

Articles

15. Abbas Zade Choobar, Reza, Shokoofe Aghajani, "Study of Contingent Contracts in Iranian law", The First National Conference on Law and Political Science, Tehran, Iran, 2017. (In Persian)
16. Abedian, Seyed hasan, Farideh Asghari, "Ghaban in the Mirror of Jurisprudence and Law", Journal of Jurisprudence and Philosophical Studies, No 19, 2014. (In Persian)
17. Alavi, Seyed Mohammad Taghi, "Jurisprudence and Legal Review of the Suspended Contract", Allameh Quarterly, No. 7, 2005. (In Persian)
18. Alizade Asl, Mohammad, Seyed Abbas Moosavian, "Review of the Gharar Criteria In New Transactions", Scientific Journal of Islamic Finance Researches, Vol. 5, Issue 1, No. 9, 2015. (In Persian)
19. Bagherzade, Ahmad, Jafar Nouri Youshanloie, "Enforcement of liens in symmetric and asymmetric obligations", *Judicial Monthly*, No 47, 2004. (In Persian)
20. Bazerman.M, "Betting on the Future: The Virtues of Contingent Contracts", *Harvard Business Review*. 77 (5), p. 155. Available at: <https://hbr.org/1999/09/betting-on-the-future-the-virtues-of-contingent-contracts>
21. Delavari, Amir, "Lien Review in Continuous Contracts", *Lawyer: Internal Quarterly Journal of Khorasan Bar Association*, No 12, 2014. (In Persian)
22. Ghasemi, Mohammad Ali, "Examination of the Jurisprudential Basis of Negation of Hardship", *Specialized Journal of Theology and Law*, No 27, 2008. (In Persian)
23. Ghoreishi, Seyed Mahdi, Salman, Alipoor Ghoshchi, "Applying the Principle of Negation of Hardship in Contract Adjustment", *Law Studies Quarterly*, No 16, 2017. (In Persian)
24. Heidari, Erfan, "The Principle of Abaha and the Halit in Jurisprudence and Law, *Scientific Quarterly of Modern Jurisprudence and Law*, No 47, 2020. (In Persian)
25. Masjedsaraie, Hamid, "Jurisprudential and Legal Analysis of the "Gharar" in Insurance", *Quarterly Journal of Islamic Law & Jurisprudence Researches*, NO 33, 2013. (In Persian)
26. Moffitt. M, "Contingent Agreements: Agreeing to Disagree About the Future", *87 Marq. L. Rev*, 2004 .Available at: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol87/iss4/8>.
27. Nour Mohammadi, Ali, "Fulfilment of Obligation", *Besharat Magazine*, No 70, 2009. (In Persian)
28. Pirhadi, Mohammadreza, "Possible Contract with Emphasis on Possible Sale", *Journal of Azad Legal Research*, No 5-7, 2009. (In Persian)
29. Rahimi, Habibollah, Khosro Mahmood Zade, "Basics of the Validity Theory of Conditional Contract: A Comparative Study in Iranian and Egyptian Law", *Comparative Law Research*, No.2, 2014. (In Persian)
30. Tabatabaie, seyed Mohammad Sadegh, Khoobyari, hamed, "Analysis of the Nature of Covenant by Reading the Concept of Commitment In Iranian law", *Quarterly Journal of Islamic Jurisprudence Studies and Principles of Law*, No 43, 2021. (In Persian)
31. Tabatabaie, Seyed Mohammad Sadegh, Roohollah Kiani, "Reflection of Accuracy Rule on the Law and Jurisprudence", *Journal of Islamic Law & Jurisprudence Researches*, No. 32, 2013. (In Persian)

Internet Resource

32. Shonk.K, Try a Contingent Contract if You Can't Agree on What Will Happen. Harvard Law School, 2022. Available at: <https://www.pon.harvard.edu/daily/dealmaking-daily/contingent-contract/>(Last Visited on: 08/02/ 2021).



Original Article

Sanction of Proceedings in the Field of Criminal Evidence

Abbas Tadayon¹ , Ebrahim Abdollahpour², Akbar Rajabi³

ABSTRACT

One of the characteristics of every legal rule is to benefit from the proper sanction. These sanctions will guarantee compliance with the rule and indicate its status and value. The most well-known sanctions of legal rules are criminal, civil and administrative sanctions, which the legislator applies them according to each legal rule and its nature. One of the unwritten and even less known sanctions of the legislator in criminal proceedings is the nullity or invalidity of evidence or criminal proceedings. On one hand, compliance with the principle of legality in obtaining criminal evidence requires that both the reason and the method of proof obtaining are legitimate and legal and on the other hand, the principle of legality of proceedings requires that the process of proceedings is subject to legal rules and regulations. Nullity of evidence or investigations as a sanction of the execution of the proceedings is aimed both at guaranteeing the observance of the rules of the proceedings to protect the interests of the litigants, especially the accused and also at the prevention of non-compliance with these rules and forcing the criminal justice administratives to follow them. Considering the criminal rules in Iranian law, the issue of nullity has rarely been considered as a sanction of the proceedings, but in the French criminal procedure, several regulations can be considered in this regard.

KeyWords: Criminal Procedure, Criminal Evidence, Nullity of Evidence, Nullity of Investigations, Principle of the Legality of Proceedings, Principle of Legitimacy of Obtaining Evidence, French Law.

How to Cite: Tadayon, Abbas, Abdollahpour, Ebrahim, Rajabi, Akbar, "Sanction of Proceedings in the Field of Criminal Evidence", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 251-266.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233107.2588>

Received: 11/09/2023-Accepted: 13/04/2024

1. Assistant professor, Faculty of Law, Islamic Azad University: Tehran Central Branch, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: atadayyon@gmail.com

2. PhD Candidate, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: Khomein Branch, Markazi, Iran

3. Assistant Professor, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: Khomein Branch, Markazi, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



ضمانت اجرای دادرسی در گستره ادله کیفری

عباس تدین^۱، ابراهیم عبدالله پور^۲، اکبر رجبی^۳

چکیده

یکی از اوصاف هر قاعده حقوقی بهره‌مندی از ضمانت اجرای مناسب آن قاعده است. این ضمانت اجراها تضمین کننده رعایت قاعده و نشانگر جایگاه و ارزش آن خواهد بود. شناخته شده ترین ضمانت اجرای قواعد حقوقی تضامین کیفری، مدنی و انتظامی یا اداری است که قانون گذار به فراخور هر قاعده حقوقی و ماهیت آن، از آنها بهره می جوید. یکی از ضمانت اجرای گاه نانوشته و حتی کمتر شناخته شده قانون گذار در حوزه دادرسی های کیفری، ضمانت اجرای بطلان یا بی اعتباری ادله یا دادرسی های کیفری است. از یک طرف رعایت اصل مشروعیت تحصیل ادله کیفری اقتضا دارد که هم دلیل و هم شیوه تحصیل دلیل مشروع و قانونی باشد و از طرف دیگر اصل قانونی بودن دادرسی می طلبد که فرایند دادرسی و رسیدگی نیز تابع ضوابط و قواعد قانونی باشد. بطلان ادله یا تحقیقات به عنوان ضمانت اجرای دادرسی هم به دنبال تضمین رعایت قواعد دادرسی به منظور حمایت از منافع اصحاب دعوا به ویژه متهم است و هم به دنبال پیشگیری از عدم رعایت این قواعد و واداشتن مجریان عدالت کیفری به تبعیت از آنهاست. با ملاحظه قواعد کیفری در حقوق ایران به ندرت به موضوع بطلان به عنوان ضمانت اجرای دادرسی توجه شده است، اما در آیین دادرسی کیفری فرانسه می توان مقررات چندی را در این خصوص ملاحظه کرد.

کلید واژگان: آیین دادرسی کیفری، ادله کیفری، بطلان دلیل، بطلان تحقیقات، اصل قانونی بودن دادرسی، اصل مشروعیت تحصیل دلیل، حقوق فرانسه.

استناد به این مقاله: تدین، عباس، عبدالله پور، ابراهیم، رجبی، اکبر، «ضمانت اجرای دادرسی در گستره ادله کیفری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۲۵۱-۲۶۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.233107.2588>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۱/۲۵

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران مرکز، تهران، ایران
/ ایمیل نویسنده مسئول: atadayyon@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد خمین، مرکز، ایران

۳. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد خمین، مرکز، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

تأمین و تضمین سلامت فرایند دادرسی در شکل و ماهیت در گرو رعایت مجموعه‌ای از اصول و قواعد حقوقی است که به‌طور مستقیم از مبانی حقوق سرچشمه گرفته‌اند. وجود این اصول و قواعد، عقلانیت و انسجام ساختار حقوقی را تضمین کرده و فقدان آن، موجب آشفتگی و بی‌نظمی حقوقی می‌شود.^۱ «دعای بطلان» دادرسی به علت عدم رعایت قواعد و مقررات حقوقی، دعوی است که در آنها قانون‌گذار و رویه قضایی، به دنبال برقراری تعادل و توازن میان منافع اشخاص ذی‌نفع و منافع اجتماع است. در حقیقت، باید از یک طرف، رعایت قواعد دادرسی را به منظور حمایت از منافع اصحاب دعوا تضمین نمود و در نتیجه، به آنها اجازه درخواست بطلان اعمال و اقداماتی را که در جریان آنها، قواعد و اصول دادرسی رعایت نشده‌اند، داد و از طرف دیگر، با طرح «نظریه بطلان»، از عدم رعایت این هنجارها و قواعد دادرسی پیشگیری و مجریان عدالت را به رعایت بهتر قواعد و مقرراتی که ممکن است عدول از آن، عملکرد آنها را در معرض بطلان قرار دهد، واداشت. تردیدی وجود ندارد که «قانون‌گذار نمی‌تواند از نقض قواعد و مقررات پیش‌بینی شده برای تضمین رعایت قانون و چگونگی تهیه و اثبات دلیل جلوگیری نماید ولی می‌تواند آثار آن را با منع دادرسان از پذیرش اعتبار و ارزش ادله تحصیلی از طرق غیرقانونی و نامشروع، از بین ببرد».^۲ به همین علت، قانون‌گذار این‌گونه از ادله را «غیرمفید» یا «نامعتبر» می‌خواند.^۳

هرچند در حقوق کیفری ایران به این موضوع کمتر توجه شده، ولی در ارتباط با ادله نامشروع و غیرقانونی در حقوق کشورهای مختلف از جمله فرانسه، ضمانت‌اجراهای چندی پیش‌بینی شده است. برخی از این ضمانت‌اجراها جنبه فردی دارد و علیه پلیس یا مقام قضایی خاطی اتخاذ می‌گردد و برخی دیگر، یک تدبیر کیفری ماهوی به نفع متهم و مبنی بر تخفیف مجازات است که به ندرت به مرحله اجرا درمی‌آید، ولی مهم‌ترین و مؤثرترین اقدام، یک تدبیر دادرسی است که مبتنی بر رد اتهام و سلب اعتبار از تحقیقات یا ادله است. در این چارچوب، سؤالی که مطرح می‌گردد این است که ضمانت‌اجرای دادرسی، حدود و آثار آن چیست؟ مبنای پذیرش چنین ضمانت‌اجرایی در نظام حقوقی کدام است؟ آنچه به نظر می‌رسد بی‌اعتباری دادرسی یا اجزای آن بر مبنای پذیرش اصل قانونی بودن دادرسی و اقتضانات آن توجیه‌گر پذیرش این ضمانت‌اجرا و آثار آن باشد؛ چراکه عدم رعایت قواعد دادرسی، به‌ویژه در هنگام جست‌وجو و جمع‌آوری دلیل، ادله تحصیلی را در معرض بطلان و سلب اعتبار و ارزش قضایی قرار داده و همین امر می‌تواند مراحل دادرسی را نیز متأثر سازد. «بطلان، مجازات عدم رعایت شرایط اعتبار اعمال حقوقی است و عمل باطل شده، فرض می‌گردد که هرگز وجود نداشته است».^۴ هرچند در بین کشورهای مختلف در خصوص ادله تحصیل‌شده با نقض قواعد دادرسی، رویه واحدی وجود ندارد و به تبع آن درمورد حدود سلب اعتبار از دلیل نیز اختلاف نظر دیده می‌شود، ولی به‌طور کلی با توجه به آیین دادرسی کیفری فرانسه می‌توان انواع بطلان را به چند مورد شاخص تقسیم کرد: اول و سپس برهمین مبنای قلمرو بطلان یا حدود سلب اعتبار از دلیل؛ دوم و آیین دادرسی حاکم بر آن؛ سوم و درنهایت، مجازات اعمال باطل‌کننده دلیل چهارم را بررسی نمود.

^۱ تدین، عباس و زینب باقری نژاد، «هستی‌شناسی اصول بنیادین دادرسی کیفری»، فصلنامه پژوهش کیفری، دوره ۹، ۱۳۹۹، شماره ۳۳، ص ۱۸۷.

^۲ Pradel, Jean, *Manuel de procédure pénale*, 22^e édition, paris, cujas, 2019, p.188.

^۳ ماده ۱۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری ایتالیا مقرر می‌دارد: «ادله تحصیلی با نقض ممنوعیت‌های قانونی، نمی‌تواند مورد استفاده قرار گیرد» و رویه قضایی این ادله را در کلیه مراحل دادرسی غیرمفید یا به عبارتی فاقد اعتبار دانسته است.

^۴ Pradel, Jean, *op.cit.*, p.190.

۱. انواع بطلان

علت بطلان ادله را باید در نقض یکی از قواعد دادرسی جست و جو کرد و در واقع، بی اعتباری دلیل و صدور حکم بر بطلان آن به طبیعت قاعده‌ای که رعایت نشده است، بستگی می‌یابد. هر چند بطلان ادله یا فرایند دادرسی به عنوان یک قاعده عام و کلی در حقوق کیفری ما پیش‌بینی نشده است، اصل ۳۸ قانون اساسی، شهادت، اقرار و سوگندی را که تحت اجبار کسب شده باشد، فاقد ارزش و اعتبار و در حقیقت باطل دانسته و بند ۹ ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، این‌گونه ادله را فاقد حجیت شرعی و قانونی خوانده است. در قانون آیین دادرسی کیفری و قانون مجازات اسلامی نیز جز ضمانت اجرای انتظامی و کیفری در پاره‌ای از موارد^۱، در مورد بطلان ادله تحصیلی از طرق نامشروع یا با نقض قواعد دادرسی مقررۀ چندی دیده نمی‌شود و گاهی به صورت موردی مانند «اقرار تحت اکراه و اجبار» (ماده ۱۶۹ قانون مجازات اسلامی)، «انجام تحقیقات از سوی غیرضابطان» (ماده ۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری) و «پاسخ سؤالات تلقینی یا اغفال کننده و سؤالات خارج از موضوع اتهام» (ماده ۶۰ همان قانون)، غیر قابل استناد در فرایند دادرسی و در نتیجه فاقد ارزش قضایی و باطل دانسته شده است. در برخی مقررات پراکنده مانند تبصره دو ماده واحده مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص انتخاب و کیل توسط اصحاب دعوا مصوب ۱۳۷۰/۷/۱۱ به موضوع بطلان و بی اعتباری احکام صادره به علت سلب حق داشتن وکیل توجه شده است.^۲ به هر حال، استناد به ادله‌ای که با عدول از قواعد و مقررات قانونی تحصیل شده‌اند، در صورتی که باطل اعلام نشوند و مبنای تصمیم دادرس و انشای رأی قرار گیرند، می‌تواند به «ادعای عدم اعتبار ادله یا مدارک استنادی دادگاه» یا «ادعای مخالف بودن رأی با قانون» مبنای تجدیدنظر خواهی قرار گیرند.

با بررسی در قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه می‌توان با توجه به ماهیت قاعده‌ای که رعایت نشده و اهمیت آن، انواع بطلان را به سه دسته تقسیم کرد:

۱.۱. بطلان‌های قانونی^۳

گاه قانون‌گذار خود موارد بطلان را در متون قانونی پیش‌بینی می‌کند. ماده ۸۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، علت بطلان قانونی را «نقض شیوه‌های تجویز شده قانونی دارای ضمانت بطلان» دانسته است. هر چند قانون‌گذار فرانسوی از ماده ۱۷۰ تا ۱۷۴ را به موضوع «بطلان تحقیقات» اختصاص داده است، در این مواد، مصادیق بطلان منصوص را ذکر نکرده است. با کنکاش در میان مواد قانونی، به راحتی می‌توان برخی از مصادیق این نوع بطلان را شناسایی کرد: ماده ۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری، در مورد بازدیدهای خانگی و بازرسی در چارچوب جرایم مشهود به منظور تحصیل دلیل مقرر می‌دارد: «به جز مواردی که از داخل خانه اعلام می‌شود یا استثنای پیش‌بینی شده در قانون، تفتیش و بازرسی از محل اقامت اشخاص، قبل از ساعت ۶ صبح و بعد از ساعت ۲۱ شب امکان‌پذیر نیست. عدم رعایت تشریفات مذکور در ماده ۵۶، ۵۶-۱ و ۵۶ و ۵۷ و ماده حاضر دارای ضمانت اجرای بطلان است». پس عدم رعایت تشریفات مذکور در این مواد، محکوم به مجازات بطلان در مفهوم ماده ۸۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری یعنی بطلان منصوص شده است. نمونه دیگر بطلان منصوص یا قانونی را می‌توان در خصوص عدم رعایت شیوه‌های قانونی در خصوص رهگیری خطوط ارتباطی اقامتگاه

^۱ ر.ک به مواد ۳۲، ۶۲ و ۱۰۵ قانون آیین دادرسی کیفری و مواد ۵۷۰ و بعد از آن، قانون مجازات اسلامی.

^۲ هرگاه به تشخیص دیوان عالی کشور، محکمه‌ای حق وکیل گرفتن را از متهم سلب نماید، حکم صادره فاقد اعتبار قانونی بوده و برای بار اول موجب مجازات انتظامی درجه ۳ و برای مرتبه دوم موجب انفصال از شغل قضایی است.

^۳ Les nullités textuelles.

و محل کار نمایندگان یا سناتورها یا وکلای دادگستری یا دادرسان دادگاه ملاحظه نمود که براساس بند آخر ماده ۷-۱۰۰ قانون آیین دادرسی کیفری «عدم رعایت شیوه‌های پیش‌بینی شده در ماده حاضر» رسیدگی را در معرض بطلان قرار می‌دهد.^۱ همچنین عدم رعایت ضوابط و مقررات قانونی در خصوص تفتیش بدنی، توقیف‌ها، بررسی هویت منجر به بطلان قانونی تحقیقات می‌شود.^۲

۱.۲. بطلان‌های قضایی^۳

مصادیق این بطلان‌ها برخلاف دسته نخست، توسط قانون پیش‌بینی نشده است و رویه قضایی آنها را تعیین می‌کند. «عدم رعایت تشریفات اساسی»^۴، پیش‌بینی شده توسط مقررات قانون آیین دادرسی کیفری^۵ علت بطلان قضایی یا ذاتی دانسته شده است و رویه قضایی معتقد است علی‌رغم وجود بطلان‌های قانونی، اهمیت کافی برای توجیه چنین بطلان‌هایی وجود دارد.^۶ بنابراین، نقض تشریفات اساسی دادرسی و منافع اساسی اصحاب دعوا مانند حقوق دفاعی متهم و تضمینات مربوط به تحت‌نظر باعث بطلان ذاتی ادله تحصیلی می‌شود.^۷

رویه قضایی برای اولین بار براساس بند ۲ ماده ۴۰۸ قانون تحقیقات جنایی، تحت شرایط خاصی اجازه بطلان اعمال و اقدامات قضایی را «هر چند که مجازات بطلان از نظر متون قانونی به فقدان تشریفات مربوط نباشد»^۸ می‌دهد و به این ترتیب، دیوان عالی کشور در آرای خود مصادیق بطلان بالقوه را تعیین می‌نماید؛^۹ مثلاً شعبه جنایی می‌تواند تصمیم بگیرد که دعوت وکیل متهم یا مدعی خصوصی در آدرس قدیمی نامعتبر منجر به بطلان بازجویی متهم یا استماع مدعی خصوصی در غیاب وکیل می‌شود؛^{۱۰} چراکه مقررات راجع به دعوت وکیل، مقررات اساسی محسوب می‌شود. برعکس، عدم ذکر نام نماینده دادرسی روی پیش‌نویس تصمیم دادگاه، نقض تشریفات اساسی دادرسی محسوب نمی‌شود.^{۱۱}

اما به‌طور کلی، شیوه‌هایی که نقض آنها به حقوق دفاعی اشخاص لطمه وارد آورد، از دیدگاه شعبه جنایی دیوان عالی کشور، منجر به بطلان ذاتی یا بالقوه می‌گشود. در واقع بطلان‌های قانونی و قضایی برای حمایت از منافع اشخاص پیش‌بینی شده‌اند (موضوعی که به صراحت در مواد ۱۷۱ و ۸۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری اشاره شده است) و همان‌گونه که خواهیم دید نیاز به شکایت اصحاب دعوا دارند.

^۱ در مواد ۱۳-۱۱۱، ۱۵-۱۱۱، ۱۱-۲۱۲ و ۷۵-۲۱۲ قانون دادرسی و جرایم نیروهای مسلح فرانسه نمونه‌های از بطلان منصوص دیده می‌شود. تدین، عباس، *نگاهی به جرایم و مجازات‌های نیروهای مسلح ایران و فرانسه*، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵.

^۲ Voir les articles 59, 76, 95 et 96 *c.pr.pen.*

^۳ Les nullités substantielles ou virtuelles.

^۴ Art . 802 . *c.pr.pen.*

^۵ Art.171.*c.pr.pen.*

^۶ Delmas-Marty, Mireille, *procédure pénales d'Europe*, 7ème édition, paris, Puf, 2019, p.225.

^۷ Fourment, Francois, *procédure pénale*, 18ème édition, Editions paradigm, 2020, p.52.

^۸ Crim., 27 nov.1828: Bull.crim.n° 311.

^۹ Vergès, Étienne, *procédure pénale*, 7ème édition, paris, Lexis Nexis, Litec, 2020, 225.

^{۱۰} Cass.crim., 16 mai 1974 : Bull.crim.n° 181.

^{۱۱} Cass.crim., 26 fev.1970: Bull. Crim.no 81.

۱.۳. بطلان‌های ناظر به نظم عمومی^۱

هرچند در رویه قضایی قدیم فرانسه و آثار برخی از نویسندگان^۲ این دسته از بطلان‌ها، جزء بطلان‌های ذاتی یا قضایی قرار گرفته‌اند و در واقع بطلان‌های ذاتی به دو دسته بطلان‌هایی که به عدم رعایت اصول مربوط به نظم عمومی مربوط می‌شوند و بطلان‌هایی که به حقوق دفاعی لطمه وارد می‌آورند، تقسیم شده‌اند؛ اما برخی دیگر از حقوق دانان^۳ با تفکیک منافع خصوصی از منافع عمومی، با این اعتقاد که مجازات بطلان در پاره‌ای از موارد تابع نقض منافع خصوصی اشخاص نیست و بالتبع نیاز به شکایت آنها ندارد، بلکه به علت صدمه به منافع عمومی و «عالی سازمان قضایی» می‌تواند راساً مطرح شود،^۴ «بطلان‌های مربوط به نظم عمومی» را از سایر موارد جدا نموده‌اند. مصادیق بطلان‌های ناشی از لطمه به نظم عمومی را نیز رویه قضایی مشخص می‌کند و بر همین اساس نیز بطلان مربوط به نظم عمومی در مفهوم مضیق به معنای «نقض مقررات راجع به صلاحیت دادگاه‌ها، سازمان و ترکیب آنها، شیوه‌ها و مهلت‌های اعتراض» تعریف شده است.^۵ عدم صلاحیت محلی یا ذاتی بازپرس،^۶ فقدان تاریخ^۷ یا امضای سند توسط بازپرس^۸، عدم امضای دستور تعیین بازپرس، فقدان سوگند کارشناس، اتیان سوگند توسط محکوم، فقدان هر نوع بازجویی از متهم در جریان تحقیق و عدم اعلام تمدید مدت تحت نظر^۹ همگی از مصادیق لطمه به نظم عمومی برآورد شده‌اند.

توجه به متن ماده ۱۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری که مقرر می‌دارد «عدم رعایت تشریفات اساسی پیش‌بینی شده توسط مقررات قانون حاضر یا دیگر مقررات آیین دادرسی کیفری» موجب بطلان ادله تحصیلی یا فرایند دادرسی می‌گردد، این سؤال را در ذهن مطرح می‌کند که موارد بطلان خارج از قانون آیین دادرسی کیفری و مذکور در دیگر مقررات آیین دادرسی کیفری کدام‌اند؟

رویه قضایی در پاسخ به این سؤال، موارد چندی را مطرح کرده است که مهم‌ترین آنها نقض اصل کلی مشروعیت تحصیل ادله است.^{۱۰} عدم رعایت مقررات قانون گمرک درباره بازدیدهای خانگی^{۱۱} یا عدم رعایت ضوابط مذکور در ماده ۵۰ قانون ۲۹ ژوئیه ۱۸۸۱ درباره آزادی مطبوعات، در متن درخواست مقدماتی دادسرا^{۱۲} را رویه قضایی از مصادیق موارد بطلان خارج از مقررات قانون آیین دادرسی کیفری دانسته است.

نکته دیگری که نباید فراموش کرد، این است که منبع بطلان ادله تحصیلی یا تحقیقات می‌تواند در نقض تضمینات پیش‌بینی شده در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر یافت شود. شعبه جنایی دیوان عالی کشور فرانسه تا حدودی با بطلان فرایند دادرسی به علت عدم رعایت تضمینات قراردادی مخالف است و اذعان می‌دارد که «عدم رعایت تضمینات کنوانسیون

^۱ Les nullites d'ordre public.

^۲ Ibid, p.239; Guinchard, Serge et Jacques Buisson, *procédure pénale*, 14ème edition paris, Lexis Nexis Litec, 2021, p.903.

^۳ Fourment, Francois, op.cit, p.51; pradel, Jean, op.cit, p.720

^۴ البته این امر مانع از آن نیست که بازپرس، دادستان شهرستان و اصحاب دعوا از شعبه تحقیق تقاضای صدور بطلان دادرسی به علت لطمه به نظم عمومی را درخواست نمایند.

Art.170 et.173.C.pr.pen.et suiv.

Fourment, Francois, op.cit, p.54

^۶ Cass.crim., 11 avril 1959: Bull.crim.n° 213.

^۷ Cass.crim., 24 avril 1971: Bull.crim.n° 115.

^۸ Cass.crim., 13 nov.1968: Bull.crim.n° 294.

^۹ Crim., 30 janv.2020: Bull.crim.n° 26.

^{۱۰} Cass.crim., 27 fev.1996: Bull.crim.n° 93.

^{۱۱} Crim., 2 Juin 2019 : Bull.crim. n° 185.

^{۱۲} Crim., 19 mai 1999: Bull.crim. n° 205.

فقط حق توسل به دیوان اروپایی را ممکن می‌سازد و در مجموعه باعث بطلان تحقیقات نمی‌گردد.^۱ در آیین دادرسی کیفری ایران، درخصوص بطلان ادله تحصیلی یا بطلان تحقیقات و فرایند دادرسی مقررات واضح و روشنی وجود ندارد؛ ولی همان‌طور که گذشت، عدم رعایت برخی از قواعد و مقررات دادرسی می‌تواند از جهات درخواست تجدیدنظر از آرای مراجع کیفری قرار گیرد و رویه قضایی ایران نیز در پاره‌ای از آرای خود، عدم رعایت این تشریفات را نه به‌عنوان ابطال فرایند تحقیق و دادرسی، بلکه به‌عنوان دلیلی برای نقض و رسیدگی مجدد به آرای دادگاه‌های کیفری دانسته است.^۲ همچنین دکتین نقض مقررات دادرسی و تحصیل دلیل از طرق نامشروع را برخلاف حقوق بشر و مقررات قانون اساسی^۳ و فاقد ارزش و اعتبار قضایی^۴ دانسته است. اما در مجموعه قوانین، رویه‌های قضایی و دکتین حقوق ما درخصوص بطلان ادله و سلب اعتبار از دلیل رویکرد روشن و واضحی ندارد.

۲. گستره بطلان در فرایند دادرسی

در حقوق کشورهای مختلف تلاش می‌شود، قلمرو عدم اعتبار دلیل با دقت در شدت صدمه و وضعیت پرونده (معیار عینی) یا شرایط روحی و روانی پلیس یا مقام قضایی (معیار ذهنی) محدود شود؛ به گونه‌ای که با توجه به این معیارها، گاه صحبت از سلب اعتبار جزئی یا نسبی و یا سلب اعتبار مطلق از دلیل به میان می‌آید.^۵ در نظام‌های حقوقی با سیستم گسترش عدم اعتبار دلیل به ادله بعدی یا سیستم محدودیت اعتبار دلیل به خود دلیل مواجه هستیم، ولی در آیین دادرسی کیفری فرانسه از سیستم بینابینی مبنی بر آزادی ارزیابی قاضی درباره قلمرو اعتبار دلیل پیروی شده است. براین اساس، بند دوم ماده ۱۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد که «شعبه تحقیق تصمیم می‌گیرد آیا بطلان باید به تمام یا قسمتی از اعمال یا اسناد دادرسی باطل شده محدود شود یا به تمام یا قسمتی از دادرسی بعدی نیز گسترش یابد».^۶ منظور از اعمال دادرسی، «کلیه اعمالی است که در راستای جستجوی ادله توسط بازپرس یا درجریان تحقیقات توسط پلیس انجام شده است».^۷

بنابراین درمورد قلمرو بطلان اعمال دادرسی، شعبه تحقیق تصمیم‌گیری می‌کند. شعبه جنایی دیوان عالی کشور در این خصوص، براین عقیده است که فقط در صورتی باید اعمال دادرسی باطل شود که «این اعمال، ریشه و بقای خود را بر مبنای اعمال باطل شده قرار داده باشند»^۸؛ مثلاً هنگامی که بازجویی باطل می‌شود، این بطلان باید به‌صورت جلسه استماع شاهدهی که در مورد اسناد توقیف شده درجریان بازجویی استماع شده است گسترش یابد؛^۹ ولی برعکس بطلان تحت‌نظر به بطلان تحت بررسی و استقرار تحت بازداشت تسری نمی‌یابد؛ «به مجرد اینکه این دو تدبیر اخیر، توجیه مشروعیت خود را در عناصر تحصیل شده پیش از تحت نظر پیدا کنند».^{۱۰}

^۱ Fourment, Francois, *op. cit.*, p.56.

^۲ رای شماره ۳۹/۱ - ۱۳۸۰/۱/۱۰ - شعبه ۳۹ دیوان عالی کشور و رای شماره ۱۴/۱۵۹ - ۱۳۸۰/۱۱/۲۱ - شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور: طباطبائی،

سید عبدالرضا، **گزیده‌ای از موارد تجدیدنظر فوق العاده**، تهران: روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۹، ص ۱۱۲.

^۳ آخوندی، محمود، **آیین دادرسی کیفری، اندیشه‌ها**، جلد ۴، چاپ پنجم، قم: انتشارات اشراق، ۱۳۹۵، ص ۱۲۳.

^۴ گلدوزیان، ایرج، **ادله اثبات دعوا**، چاپ دوم، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵، ص ۲۹۰.

^۵ همان منبع، ص ۲۹۱.

^۶ بند دوم ماده ۲۰۶ **قانون آیین دادرسی کیفری** فرانسه نیز بر این سیستم بینابین تأکید می‌نماید.

^۷ Cass.crim., 30 juin 1987: Bull.crim.n° 276.

^۸ Cass.crim., 23 juin 1999: Bull.crim. n° 149.

^۹ Cass.crim., 4 juin 1997: Bull.crim.n° 221.

^{۱۰} Cass.crim., 26 mai 1999: Bull.crim.n° 106.

پس تحصیل دلیل با عدول از قواعد دادرسی منجر به رد و بطلان دلیل می‌گردد که این بطلان نیز می‌تواند موجب ابطال تمام یا قسمتی از اقدامات بعدی دادرسی شود. براساس ماده ۱۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری «در کلیه موضوعات، شعبه تحقیق می‌تواند در جریان تحقیقات، به منظور اعلام بطلان اعمال یا اسناد در فرایند دادرسی، توسط بازپرس، دادستان شهرستان، اصحاب دعوا یا شاهد همراه با مشاور^۱ مورد درخواست قرار گیرد»^۲. موضوع درخواست بطلان از شعبه تحقیق می‌تواند شامل تقاضای بطلان برخی از اعمال مانند تحقیقات و بازجویی یا برخی از اسناد مانند نیابت قضایی یا صورت جلسات باشد ولی «درخواست بطلان نمی‌تواند در مورد تصمیمات قضایی قابل تجدیدنظرخواهی و اعتراض مطرح شود»^۳. تصمیمات صادره در موضوع بازداشت موقت یا نظارت قضایی نیز این‌گونه‌اند؛^۴ زیرا از چنین اعمالی می‌توان در مراجع بالاتر تجدیدنظرخواهی نمود. هرچند مرجع درخواست بطلان، شعبه تحقیق است، دیوان عالی کشور نیز در بسیاری از آرای خود کوشیده است قلمرو بطلان را محدود و تعیین کند. به عنوان مثال، از دیدگاه شعب جنایی دیوان «بطلان یک جزء از صورت جلسه منجر به بطلان کامل تحقیقات نمی‌شود و ایرادی که ناشی از کشفیات غیرقانونی است به کشفیات قانونی سرایت نمی‌کند»^۵ و «بطلان بازرسی و توقیف بدون دستور بر روی اعتبار تعقیب بی‌اثر است و برای قاضی منعی در توجه به کلیه عناصر دلیل مستقل از اعمال غیرقانونی بویژه اقراریه پیشین متهم که بدون اجبار تحصیل شده است، ایجاد نمی‌نماید»^۶.

هرچند قانون‌گذار و رویه قضایی بر رعایت تشریفات و مقررات مذکور در قانون آیین دادرسی کیفری تأکید می‌کنند و مجازات عدم رعایت آنها را بطلان ادله تحصیلی و حتی فرایند تحقیق و دادرسی دانسته‌اند، در عین حال، در برخی شرایط محدود، به اصحاب دعوا اجازه اعتبار بخشی به فرایند دادرسی را داده‌اند. این شیوه فقط در مورد بطلان‌های بالقوه یا ذاتی امکان‌پذیر است.^۷ اصحاب دعوا که مدعی نقض تشریفات اساسی‌اند، به استناد ماده ۱۷۲ قانون آیین دادرسی کیفری می‌توانند از این تشریفات چشم‌پوشی کنند و به دادرسی جنبه قانونی بخشند. این انصراف باید صریح بوده و در حضور وکیل پذیرفته شود.^۸

از اعمال و اسناد باطل شده دیگر نمی‌توان علیه اصحاب دعوا استفاده کرد و «استخراج هرگونه اطلاعات علیه اصحاب دعوا از اعمال و اسناد یا قسمتی از اعمال یا اسناد باطل شده ممنوع است و مجازات اقدام به این عمل، تعقیب انتظامی و کلا و قضات است»^۹.

با مذاقه در قوانین مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری ایران مشخص می‌شود قانون‌گذار در مورد ادله اثبات در امور کیفری مانند اقرار و شهادت شرایطی را در نظر گرفته است که عدم رعایت این شرایط باعث سلب اعتبار و مشروعیت دلیل می‌گردد؛ مثلاً اختیار و قصد در زمره شرایط اقرار و شهادت است^{۱۰} و قانون‌گذار اجبار و اکراه اشخاص به ادای

^۱ شاهد همراه با مشاور (le témoin assisté) که مقررات مربوط به آن در مواد ۱-۱۱۳ و بعد از آن، قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است، براساس قانون ۲۴ اوت ۱۹۹۳ به وجود آمده است. این شخص در معیت یک وکیل دارای وضعیتی ما بین متهم (شخص تحت بررسی) و شاهد است و بدون اینکه تحت بررسی و اتهام قرار گیرد از برخی حقوق شناخته شده برای اشخاص متهم بهره‌مند می‌گردد.

^۲ Art.170 c.pr.pen.

^۳ Cass.crim., 30 juin 2022: Bull.crim.n° 276.

^۴ Art.173 al.4 c.pr.pen.

^۵ Cass.crim., 11 fevr.2011: Bull.crim.n° 97.

^۶ Cass.Crim., 27 dec 1995 et 11 juin2012.

^۷ Cass.Crim., 27 dec 1995 et 11 juin2012.

^۸ Vergès, Étienne, op.cit, p.245.

^۹ Art.174 al.3 c.pr.pen.

^{۱۰} ر.ک: مواد ۱۶۲، ۱۶۸، ۱۶۹، و ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی.

شهادت و اقرار و حتی اتیان سوگند را باعث سلب ارزش و اعتبار و قابلیت استناد این ادله دانسته است^۱ و تردیدی باقی نمی‌ماند که ملازمه عقلی و منطقی بطلان چنین ادله‌ای ایجاب می‌کند فرایند دادرسی یا تحقیقاتی که بر مبنای ادله باطل شده استوار شده‌اند یا به گفته دیوان عالی کشور فرانسه «ریشه و بقای خود را بر مبنای اعمال باطل شده قرار داده‌اند» نیز باطل و متوقف شوند و اعمال یا اسناد باطل شده از فرایند دادرسی خارج و هرگونه استخراج اطلاعات از آنها، علیه متهم ممنوع شود^۲. اما متأسفانه در رویه قضایی ایران ملاحظه می‌شود که گاه این‌گونه از ادله باطل یا فاقد شرایط و اوصاف قانونی به‌عنوان «قرینه و اماره» در نظر گرفته می‌شود و حتی گاه یکی از طرق دستیابی قضات به علم و اقرار و وجدانی قرار می‌گیرند^۳؛ درحالی که «مستندات علم قاضی باید معتبر و غیرمخدوش باشد»^۴ و «با موازین معتبر شرعی و قانونی» انطباق داشته باشد^۵، پذیرفتن ادله‌ای که اعتبار قانونی دلیل را ندارد، «تحت عنوان قرینه، گرچه برای قضاوت و اجرای عدالت، لازم و مفید تشخیص داده شود، موجب می‌گردد که در تحصیل دلیل توسل به طرق نامشروع و غیرصادقانه تعمیم یابد و در نتیجه به حقوق فردی صدمه و لطمه بزند»^۶. به‌هرحال در رویه قضایی ایران، رویکرد صریح و روشنی در این خصوص دیده نمی‌شود و تا حدودی با تشکیک آرا مواجه هستیم و لازمه ایجاد یک خط‌مشی صحیح و واحد در مورد قلمرو بطلان و حدود اعتبار ادله مخدوش، تدوین قانون در این زمینه است. آنچه بیش از همه باید به آن توجه کرد، احترام و رعایت قاعده قانونی بودن دادرسی و اقتضات آن است. اصل مشروعیت تحصیل ادله به‌عنوان زیرمجموعه این اصل یا حتی هم‌ردیف آن، اقتضا دارد که هم دلیل و هم شیوه تحصیل آن منطبق با قانون و رویه قضایی باشد و عدول از این اصل با ضمانت‌اجرای بی‌اعتباری ادله و بطلان دادرسی پاسخ داده شود. ادله نامشروع نمی‌تواند مبنای تصمیم‌گیری قرار گیرد و هر دلیلی که مستند صدور رأی قرار می‌گیرد باید از نظر شکل و ماهیت مشروع و قانونی باشد.

۳. آیین بطلان

عدم رعایت تشریفات قانونی یا اساسی به‌تنهایی برای ابطال اعمال یا اسناد دادرسی کافی نیست، بلکه بنابر اصلی که قانون‌گذار^۷ و رویه قضایی^۸ بر آن تأکید دارند، یعنی اصل «بدون اعتراض، بطلان وجود ندارد»^۹، نقض تشریفات و مقررات قانونی باید موضوع درخواست و شکایت ذی‌نفع قرار گیرد. از آنچه گفته شد دو نکته استنباط می‌شود: نخست اینکه فقط اصحاب دعوی که تشریفات راجع به آنهاست و به اصطلاح ذی‌نفع محسوب می‌شوند، حق درخواست بطلان ادله تحصیلی و دادرسی را دارند. مواد ۱۷۱ و ۸۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه «لطمه به منافع اصحاب دعوی که تشریفات

^۱ رک: اصل ۳۸ قانون اساسی.

^۲ در روایات معصومین (ع) به این امر تصریح شده است و اقرار با شکنجه و تهدید را معتبر نمی‌دانند و اصلاً چنین اقراری را اقرار نمی‌دانند و حدود را بنابر چنین اقراری جاری نمی‌کنند: جمعی از نویسندگان، *ادله اثبات دعوی کیفری*، چاپ سوم، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۵، ص. ۱۰۷.

^۳ در دادنامه شماره ۹۴۲-۱۳۸۶/۷/۳۰-شعبه ۱۰۲۷ دادگاه عمومی (کیفری) تهران آمده است که هرچند شهادت فاقد شرایط قانونی بوده و حتی شاهد از آن عدول نموده است، از آنجا که به ذکر جزئیات پرداخته است، این شهادت در کنار سایر قراین و امارات مؤید مجرمیت متهم است.

^۴ رأی اصراری کیفری شماره ۲۰ مورخه ۱۳۸۰/۱۰/۲۵:رسولی، عبدالرحمن، *نمونه آراء محاکم دادگستری ایران (گزیده آراء محاکم بدوی و تجدیدنظر)*، چاپ پنجم، مشهد: انتشارات فردوسی، مجموعه دوم، ۱۳۹۸، ص. ۱۵۳.

^۵ رأی اصراری کیفری شماره ۱۰ مورخه ۱۳۸۱/۷/۲۳: همان منبع، ص. ۱۵۴.

^۶ گلدوزیان، ایرج، منبع پیشین، ص. ۲۱۳.

^۷ Art.173 c.pr.pen.

^۸ Cass.crim., 3 janv.2020: Bull.crim. n° 2.

^۹ Pas de nullite sans grief.

راجع به آنهاست» را موجب بطلان دانسته و رویه قضایی نیز در آرای خود بر ذی نفع بودن مدعی بطلان تأکید کرده است^۱ و مقرر می‌دارد: «بطلان اعمال دادرسی نمی‌تواند صادر شود، مگر هنگامی که عدم رعایت قانون به منافع مدعی لطمه وارد آورد»^۲. ماده ۱۷۰ این قانون اشخاصی را که می‌توانند درخواست بطلان اعمال یا اسناد در فرایند دادرسی را مطرح کنند، اعم از بازپرس، دادستان، اصحاب دعوا یا شاهد همراه با مشاور دانسته است. مقامات قضایی فقط می‌توانند رأساً در مورد بطلان‌های مربوط به نظم عمومی دخالت کنند.^۳

دوم اینکه، بدون اعتراض و شکایت اشخاص ذی نفع، امکان بطلان اعمال یا اسناد دادرسی وجود ندارد. رویه قضایی با تفکیک بطلان‌های مربوط به نظم عمومی از بطلان‌های مربوط به منافع خصوصی، فقط درخواست بطلان اعمال یا اسناد لطمه‌زننده به منافع خصوصی اشخاص را بدون شکایت آنها قابل بررسی و دستور به بطلان ندانسته است^۴؛ مثلاً دیوان عالی کشور گزارش شفاهی را که باید توسط یکی از مستشاران شعبه تحقیق ارائه شود، یکی از تشریفات مربوط به دادگاه دانسته و عدم رعایت آن را لطمه به منافع خصوصی اشخاص ندانسته و لذا تصمیم‌گیری در مورد بطلان فرایند دادرسی را برعهده مقامات قضایی نهاده^۵ و در یکی دیگر از آرای خود به صراحت ذکر کرده است که در «مسائل صلاحیت در موضوعات کیفری و نظم عمومی» نیاز به شکایت اصحاب دعوا وجود ندارد.^۶ حتی رویه قضایی به مراجع کیفری اجازه داده است تا هنگامی که عدم رعایت قواعد دادرسی به کشف و جست‌وجوی حقیقت لطمه وارد می‌آورد، حتی بدون شکایت اصحاب ذی نفع دعوا، اعتراض و اقدام کنند؛ به عنوان نمونه، دادگاه تجدیدنظر «دوبه»^۷، اقرارهای تحت نظر را که به صورت غیرقانونی تحصیل شده است، به علت لطمه به تحصیل حقیقت، باطل اعلام کرده است؛ زیرا «به شخص متهم، تحت نظر قرار گرفتن او، ابلاغ نشده و شخص بدون دلیل، دور از محل سکونت خود، ساعت‌ها بازجویی شده است، بدون اینکه ساعت‌های بازجویی و استراحت در صورت جلسه ذکر شود و یک‌چنین مجموعه غیرقانونی می‌تواند باعث اقدام به اعتراف و خدشه به جست‌وجوی حقیقت گردد»^۸. رأی ۲۷ فوریه ۱۹۹۶ دیوان عالی کشور، توسل به مکر و حیل را باعث تخدیش حقیقت و لطمه به اصل مشروعیت تحصیل دلیل دانسته است و در نتیجه مجموعه فرایند دادرسی را که ناشی از خدعه و فریب بوده است، باطل اعلام^۹ و حتی به بطلان دادرسی‌های فرعی^{۱۰} نیز اقدام کرده است.

رویه قضایی نقض حقوق دفاعی اشخاص را از مصادیق بارز لطمه به منافع خصوصی اشخاص دانسته و به عنوان مثال، به بطلان گزارش کارشناس که در مهلت مقرر قانونی آن را ارائه نکرده است، به علت لطمه به حقوق دفاعی اشخاص رأی داده^{۱۱} و «هرگونه تأخیر ناموجه در تفهیم حقوق» را ضرورتاً لطمه به منافع اشخاص مربوط برآورد کرده است.^{۱۲} در مورد شنودهای تلفنی نیز شعبه جنایی فقدان شکایت شخصی از سوی خواهان را مانع صدور حکم بطلان دانسته است؛ در حالی که دیوان اروپایی حقوق بشر با این دیدگاه چندان موافق نیست^{۱۳}.

^۱ Crim., 14 dec.1999: Bull.crim.n° 304.

^۲ Cass.crim., 18 mars 1976, Bull.crim.n° 101.

^۳ Fourment, Francois, *op.cit*, p.54.

^۴ Vergès, Étienne, *op.cit*, p.231.

^۵ Cass.crim., 27 oct.1997: Bull.crim.n° 351.

^۶ Cass.crim., 5 août 1982: Bull.crim.n° 205.

^۷ Douai

^۸ *Ibid*, p.240.

^۹ Cass.crim., 27 fev 1996, JCP1996, II, 2262.

^{۱۰} Cass.crim., 19 janv.1999: Bull.crim.n° 9.

^{۱۱} Cass.crim., 16 oct.1979: Bull.crim.n° 28.

^{۱۲} Cass.crim., 30 avril 1996: Bull.crim.n° 182.

^{۱۳} C.E.D.H., 24 août 1998, *Lambert C/ france*.

براساس ماده ۱-۱۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری، شخص تحت بررسی باید درخواست بطلان اعمال تحقیقاتی و دادرسی پیشین یا مربوط به بازجویی خود در اولین حضور را ظرف مدت شش ماه از تاریخ شروع تحت بررسی مطرح کند؛ مگر در حالتی که او به علت بطلان آگاهی نداشته باشد. این قاعده در بازجویی‌های بعدی نیز اجرا می‌شود. مدعی خصوصی و شاهد همراه با مشاور نیز باید درخواست بطلان دادرسی را ظرف مدت شش ماه از اولین استماع یا استماع‌های بعدی مطرح کنند. بنابراین قانون‌گذار برای اقامه دعوی بطلان یک مهلت قانونی شش‌ماهه را در نظر گرفته است و هدف از این محدودیت زمانی، اجتناب از این موضوع است که طرف دعوایی مطلع از وجود نقص دادرسی تا پایان رسیدگی منتظر نماند تا به هدف تأخیر در دادرسی، در آخرین لحظات درخواست بطلان را مطرح و فرایند دادرسی را به‌طور کامل ابطال کند. اصحاب دعوا باید در طرح درخواست بطلان خود سرعت عمل داشته باشند و از هرگونه اقدامی که منجر به اطاله دادرسی می‌شود خودداری کنند.

در پایان تحقیقات نیز اصحاب دعوا یک مهلت بیست‌روزه از تاریخ اعلام ختم تحقیقات برای طرح درخواست بطلان در اختیار دارند و پس از پایان این مدت، هیچ‌گونه درخواستی قابل‌پذیرش نیست.^۱

قابلیت پذیرش درخواست توسط رئیس شعبه تحقیق بررسی و در صورت موجه بودن درخواست، پرونده برای دادستان استان ارسال می‌شود.^۲ دادستان استان پس از دریافت پرونده در مهلت قانونی، پرونده را بررسی و سپس با توضیحات و نظر خود، آن را مجدداً برای شعبه تحقیق ارسال می‌کند. شعبه تحقیق ظرف مدت دو ماه از وصول پرونده، درخواست بطلان یا عدم آن، اعلام نظر می‌کند^۳ و تصمیم می‌گیرد که آیا بطلان به تمام یا قسمتی از اعمال یا اسناد دادرسی باطل شده، محدود گردد یا به تمام یا قسمتی از دادرسی‌های بعدی نیز تسری یابد.^۴

اما تردیدی باقی نمی‌ماند که ابطال اسناد یا اعمال تحقیقاتی و دادرسی مانع از مجازات مرتکبین اعمال نامشروع در تحصیل ادله که اقدامات و عملکرد آنها به منافع اشخاص و گاه اجتماع لطمه وارد آورده و در نهایت منجر به ابطال ادله یا دادرسی گردیده است، نیست.

۴. مجازات اعمال ابطال‌کننده دلیل

هنگامی که عدم رعایت قواعد دادرسی و به‌ویژه توسل به اعمال نامشروع در تحصیل دلیل، عنصر تشکیل‌دهنده جرم معینی را محقق سازد، ممکن است با «ضمانت اجرای کیفری» نیز مواجه شود. در تحصیل دلیل باید تمامیت جسمانی و معنوی اشخاص رعایت شود. ماده ۵۷۸ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «هریک از مستخدمین و مأموران قضایی یا غیرقضایی دولتی برای اینکه متهمی را مجبور به اقرار کند، او را اذیت و آزار بدنی نماید، علاوه بر قصاص یا پرداخت دیه حسب مورد به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم می‌گردد و چنانچه کسی در این خصوص دستور داده باشد، فقط دستوردهنده به مجازات حبس مذکور محکوم خواهد شد و اگر متهم به واسطه اذیت و آزار فوت کند، مباشر مجازات قاتل و آمر مجازات آمر قتل را خواهد داشت». در مورد سایر اشخاص نیز، قانون‌گذار آنها را ملزم به احترام به تمامیت جسمانی^۵ و معنوی^۶ افراد اجتماع و لطمه به تمامیت اشخاص را مقید به ضمانت اجرای کیفری کرده است. در حقوق

^۱ Art.175 C.pr.pen.

^۲ Art.173 C.pr.pen.

^۳ Art.194 C.pr.pen.

^۴ Art.174 C.pr.pen.

^۵ ماده ۶۱۴ قانون مجازات اسلامی.

^۶ ماده ۶۰۸ قانون مجازات اسلامی.

کیفری فرانسه نیز تعرضات علیه تمامیت جسمانی و روانی اشخاص، تحت عناوین شکنجه، رفتارهای وحشیانه، خشونت و تهدید در مواد ۱-۲۲۲ تا ۲-۱۸-۲۲۲ قانون جزا با ضمانت‌اجراهای کیفری حبس و جزای نقدی مواجه شده است. در تحصیل دلیل همچنین باید حرمت زندگی خصوصی اشخاص رعایت شود. به همین علت، قانون‌گذار در ماده ۵۸۰ قانون مجازات اسلامی، به منظور احترام به حریم منزل و مسکن اشخاص، مستخدمان و مأموران قضایی یا غیرقضایی را از ورود بدون اجازه به منزل دیگری یا عدم رعایت ترتیبات قانونی منع کرده و برای ارتکاب این اعمال، مجازات حبس در نظر گرفته است. ماده ۸-۴۳۲ قانون جزای فرانسه نیز تعرض به حرمت مسکن اشخاص توسط مقامات عمومی را مستوجب دو سال حبس و سیصد هزار یورو جزای نقدی دانسته است.

قانون‌گذاران ایران^۱ و فرانسه^۲ همچنین اشخاص عادی را از تعرض به منزل و مسکن دیگران منع و برای آن مجازات تعیین کرده‌اند. حریم مراسلات و ارتباطات مکتوب و تلفنی اشخاص نیز توسط قانون‌گذار مورد حمایت قرار گرفته است و مقامات دولتی و اشخاص عادی در حقوق ایران^۳ و فرانسه^۴ به احترام به این حریم در تحصیل ادله ملزم‌اند و نقض این حریم دارای ضمانت‌اجرای کیفری دانسته شده است. علاوه بر آنچه گذشت، اصل مشروعیت تحصیل دلیل از اصحاب حرف و مشاغلی که به مناسبت شغل و وظیفه امین محسوب می‌شوند، حفظ اسرار و رازداری را طلب می‌کند و هرگونه افشای اسرار اشخاص را بدون مجوز قانونی، قابل مجازات کیفری می‌داند.^۵

علاوه بر ضمانت‌اجراهای کیفری مقرر برای تحصیل دلیل با نقض قواعد دادرسی، قانون‌گذار در پاره‌ای از موارد برای مقامات قضایی و پلیسی و دست‌اندرکاران عدالت کیفری، «ضمانت‌اجراهای انضباطی» در نظر گرفته است. از این ضمانت‌اجراها تحت عنوان مجازات انتظامی یا انضباطی (اداری) در قانون نام برده شده است. قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰/۷/۲۷ تخلفات انتظامی قضات و مجازات‌های انضباطی آنها را تعیین کرده است. ارتکاب اعمالی که برخلاف حیثیت و شرافت امر قضا و نقض سوگند قضایی دادرسان محسوب شود، دارای ضمانت‌اجرای انتظامی انفصال موقت یا دائم از خدمت قضایی است و بی‌تردید توسل به مکر و حيله در تحصیل دلیل برخلاف اعتبار و شأن مقام قضا و انشای رأی بر این اساس مخالف شرافت و وجدان قضایی است. در قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح علاوه بر مجازات‌های کیفری، قانون‌گذار تخلفات انضباطی افراد نظامی را نیز مورد توجه قرار داده و در این مورد مجازات‌های انتظامی یا انضباطی مقرر داشته است.^۶ این اشخاص جرائمی را که در مقام ضابط دادگستری مرتکب شوند، در محاکم عمومی مورد رسیدگی قرار می‌گیرند.^۷ براساس بند شماره ۸ ماده ۴ قانون نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، یکی از وظایف نیروهای انتظامی، انجام دادن وظایفی است که برطبق قانون به عنوان ضابط قوه قضائیه به عهده آنها گذارده شده است. کشف جرم، بازرسی و تحقیق و حفظ آثار و ادله جرم در زمره این وظایف قرار می‌گیرد. بنابراین هرگاه نیروهای پلیس در مقام ضابط دادگستری به منظور تحصیل و جمع‌آوری ادله مرتکب اعمالی شوند که جرم محسوب شود یا تخلف انضباطی و انتظامی به حساب آید، قابل مجازات کیفری و انضباطی هستند. وکلا و کارشناسان رسمی دادگستری نیز

^۱ ماده ۶۹۴ قانون مجازات اسلامی .

^۲ Art.226-1 C.pen.

^۳ مواد ۵۸۲ قانون مجازات اسلامی و ماده ۱۵ قانون تشکیل شرکت پست.

^۴ Art.432-9 et 226-16 C.pen.

^۵ ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی و مواد ۱۳-۲۲۶ و ۱۴-۲۲۶ قانون جزای فرانسه.

^۶ ماده ۱۳۶ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح.

^۷ تبصره ۲ ماده ۱ قانون دادرسی نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۴/۲/۲۲.

ملزم به حفظ اسرار و اطلاعات اصحاب دعوا می‌باشند و هرگونه اقدامی که منجر به افشای اطلاعات موکلین و یا اصحاب دعوا شود، دارای ضمانت اجرای انتظامی و انضباطی است.^۱

در حقوق کیفری فرانسه نیز «هرگونه خطای قاضی در جریان انجام وظایف شغلی نسبت به حیثیت، نزاکت یا منزلت» امر قضا و تخلف انضباطی محسوب شده^۲ و بر پایه این سوگند قضایی که «همواره به عنوان یک قاضی شریف و درستکار رفتار نماید»، فقدان صداقت و عدم رعایت مشروعیت در تحصیل دلیل از مصادیق بارز تخلف انتظامی و قابل مجازات دانسته شده است.^۳ مأموران پلیس قضایی علاوه بر مجازات‌های کیفری، در صورت انجام اعمالی که برخلاف قوانین و مقررات باشد، با ضمانت‌اجراهای انضباطی مواجه می‌شوند. براساس ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، پلیس قضایی، کشف جرایم مذکور در قانون جزا، جمع‌آوری ادله و جست‌وجوی مرتکبین جرایم را برعهده دارد و شعبه تحقیق نیز بر فعالیت آنها نظارت می‌کند^۴ و در صورت ارتکاب جرم یا تخلف انضباطی «بدون خدشه به ضمانت‌اجراهای انتظامی که می‌توانند توسط مقامات عالی‌رتبه به افسران و مأموران پلیس قضایی تحمیل شوند»، شعبه تحقیق می‌تواند آنها را به‌طور موقت یا دائم از فعالیت در حوزه دادگاه تجدیدنظر یا در کلیه سرزمین فرانسه منع نماید.^۵ براساس قواعد کلی پذیرفته‌شده در حقوق ایران و فرانسه و به‌ویژه ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری ایران و همچنین ماده ۳ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه و مواد ۲-۱۴۱ و ۳-۱۴۱ قانون سازمان قضایی، هرگاه از عملکرد مسئولین اجرای عدالت در تحصیل ادله به اصحاب دعوا ضرر و زیان مادی یا معنوی وارد آید، با احراز شرایط قانونی، آنها دارای «مسئولیت مدنی» و ملزم به جبران خسارت اشخاص هستند. بدیهی است عمومیت دادن امر و قبول مسئولیت مدنی در هر مورد موجب اختلال در اقدامات مأموران تحقیق خواهد شد و از این نظر مقتضی است دامنه شمول این مسئولیت محدود شود.^۶

نتیجه‌گیری

شأن و منزلت دستگاه قضایی و احترام به عدالت و حقوق انسانی مستلزم رعایت اصول و قواعد دادرسی است. قانون‌گذار نیز در این راستا تلاش کرده است با طرح نظریه بطلان و تعیین ضمانت‌اجراهای کیفری و انضباطی، رعایت قواعد دادرسی را تضمین نماید. در حقوق کیفری فرانسه قانون‌گذار نه فقط فصل خاصی از قانون آیین دادرسی کیفری را به بطلان تحقیقات و ادله اختصاص داده، بلکه در خلال مواد قانونی نیز این ضمانت اجرا یعنی بطلان ادله را یادآور شده است. رویه قضایی و دکترین نیز قلمرو بطلان ادله، آثار و آیین دادرسی حاکم بر آن را تعیین و تفسیر کرده‌اند. برخلاف حقوق فرانسه، در حقوق کیفری ایران به این موضوع توجه نشده است و فقط در پاره‌ای از مواد قانونی درباره سلب ارزش و اعتبار از ادله‌ای که اصل مشروعیت تحصیل دلیل را نادیده گرفته باشند، مقررات پراکنده‌ای به چشم می‌خورد.

آنچه می‌توان از وضعیت کنونی حقوق ایران استنباط نکرد، این است که ادله اثبات در امور کیفری شرایطی دارند که عدم رعایت این شرایط باعث سلب ارزش و اعتبار و عدم قابلیت استناد به آنها می‌گردد و رعایت اصل قانونی بودن دادرسی

^۱ ماده ۳۰ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵/۱۱/۲۵ و تبصره ۱ ماده ۲۶ قانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱/۱/۱۸.

^۲ گلدوزیان، ایرج، منبع پیشین، ص ۲۹۴.

^۳ Art.174 C.pr.pen.

^۴ Art.224 C.pr.pen.

^۵ Cass.crim., 31 mai 1994: Bull.crim.n°174.

^۶ همان منبع، ص ۲۹۵.

و اقتضائات آن و ملازمه عقلی و منطقی بطلان ادله نامشروع این است که فرایند دادرسی یا تحقیقاتی که بر مبنای ادله باطل شده استوار گردیده‌اند نیز باطل و متوقف شود و اعمال یا اسناد باطل شده از فرایند دادرسی خارج و هرگونه استخراج اطلاعات از آنها علیه متهم ممنوع شود. رویه قضایی ایران پیشگام‌تر از قانون‌گذار در این خصوص گام برداشته و با توسل به مفاهیم حقوقی چون «ادعای عدم اعتبار ادله یا مدارک استنادی دادگاه» یا «ادعای مخالف بودن رأی با قانون» و تفسیر آنها در چارچوب عدم رعایت اصل مشروعیت تحصیل ادله بر قابلیت بازبینی آرای قضایی صحنه گذارده است. به‌هرحال، برای تضمین اجرای صحیح قواعد و اصول دادرسی و جلوگیری از تشتت آرای قضایی، تعریف و تبیین سیستم بطلان ادله در آیین دادرسی کیفری ایران و چارچوب آن ضروری به نظر می‌رسد. با توجه به اینکه در نظام دادرسی کیفری فرانسه از نظریه بطلان ادله و تحقیقات به‌عنوان یک ضمانت اجرای مهم دادرسی به منظور تضمین صحت جریان دادرسی و حفظ حقوق متهم استفاده شده است تا با سرعت و جدیت اصل قانونی بودن دادرسی و مشروعیت تحصیل ادله تأمین و تضمین گردد و مجازات اقدامات خلاف قانون صرفاً محدود به پاسخگویی به مرتکبین این رفتارها در قالب تخلف‌انگاری اعمال یا جرم‌انگاری آنها نباشد، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار ایران نیز فقط به ضمانت‌اجراهای انتظامی بسنده نکند و در چارچوب رعایت حقوق اصحاب دعوا، به‌ویژه متهمان و تضمین یک دادرسی منصفانه، اعمال ناقض حقوق اشخاص در فرایند دادرسی یا اقدامات غیرقانونی در تحصیل ادله را با ضمانت‌اجراهای مناسب دادرسی مانند بطلان ادله یا تمام یا بخشی از تحقیقات پاسخ دهد؛ ضمانت‌اجرایی که در قانون اساسی (اصل ۳۸) نیز دیده می‌شود و تدوین‌کنندگان قانون آیین دادرسی کیفری هم به آن توجه‌گذاری داشته‌اند. (ماده ۳۰ ق.آ.د.ک و...) در نسخه پیش‌نویس قانون آیین دادرسی کیفری نیز به‌صراحت در تبصره ۱ ماده ۱۹۰ سلب حق همراه داشتن وکیل یا عدم تفهیم این حق با این ضمانت اجرا همراه شده بود. این‌گونه ضمانت‌اجراها با تصریح ذیل ماده‌ای مانند ماده ۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری می‌تواند تضمین‌کننده اصل قانونی بودن دادرسی مذکور در ماده ۲ به مفهوم واقعی و عملی باشد.

منابع

کتاب

۱. آخوندی، محمود، *آیین دادرسی کیفری، اندیشه‌ها*، جلد ۴، چاپ پنجم، قم: انتشارات اشراق، ۱۳۹۵.
۲. تدین، عباس، *نگاهی به جرایم و مجازات های نیروهای مسلح ایران و فرانسه*، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵.
۳. جمعی از نویسندگان، *ادله اثبات دعاوی کیفری*، چاپ سوم، مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۵.
۴. رسولی، عبدالرحمن، *نمونه آراء محاکم دادگستری ایران (گزیده آراء محاکم بدوی و تجدیدنظر)*، چاپ پنجم، مشهد: انتشارات فردوسی، مجموعه دوم، ۱۳۹۸.
۵. طباطبائی، سید عبدالرضا، *گزیده‌ای از موارد تجدیدنظر فوق العاده*، تهران: روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۹.
۶. گلدوزیان، ایرج، *ادله اثبات دعوا*، چاپ دوم، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵.

مقاله

۷. تدین، عباس و زینب باقری نژاد، «هستی‌شناسی اصول بنیادین دادرسی کیفری»، *فصلنامه پژوهش کیفری*، دوره ۹، شماره ۳۳، ۱۳۹۹.

References

Books

1. A Group of Authors, *Proofs of Criminal Claims*, 3rd edition, Mashhad, Razavi University of Islamic Science Publication, 2015. (In Persian)
2. Akhondi, Mahmood, *Criminal Procedures: Thoughts*, Vol.4, 5th edition, Ghom, Eshragh Publication, 2015. (In Persian)
3. Delmas-Marty, Mireille, *European Criminal Procedures*, 7th edition, Paris, Puf, 2019. (In French)
4. Fourment, Francois, *Criminal Procedure*, 18th edition, Editions paradigm, 2020. (In French)
5. Gholdozian, Iraj, *Proofs of Claim*, 2nd edition, Tehran, Mizan Publication, 2015. (In Persian)
6. Guinchard, Serge and Jacques Buisson, *Criminal Procedure*, 14th edition Paris, Lexis Nexis Litec, 2021. (In French)
7. Pradel, Jean, *Manual of Criminal Procedure*, 22nd edition, Paris, Cujas, 2019. (In French)
8. Rasoli, Abdolrahman, *Samples of Iran's Courts of Justice Judgments (Selection of the Judgments of the Courts of First Instance and Court of Appeal)*, 5th edition, Mashhad, Ferdosi Publication, 2019. (In Persian)
9. Tabatabaei, Seyed Abdolreza, *Selection of Extraordinary Appeal Cases*, Tehran, RRK Publication, Iran, 2015. (In Persian)
10. Tadayyon, Abbas, *A Look at the Crimes and Punishments of the Iranian and French Armed Forces*, 1st edition, Tehran, Khorsandi Publication, 2015. (In Persian)
11. Vergès, Étienne, *Criminal Procedure*, 7th edition, Paris, Lexis Nexis, Litec, 2020. (In French)

Article

12. Tadayyon, Abbas & Zeinab Bagherinejad, *Study of Fundamental Principles of Criminal Procedure*, *Journal of Criminal Research*, Vol.9, Issue. 33, 2020. (In Persian)

Cases

13. Crim., 27 nov.1828: Bull.crim.no 311.
14. Cass.crim., 16 mai 1974 : Bull.crim.no 181.
15. Cass.crim., 26 fev.1970: Bull. Crim.no 81.
16. Cass.crim., 11 avril 1959: Bull.crim.no 213.
17. Cass.crim., 24 avril 1971: Bull.crim.no 115.
18. Cass.crim., 13 nov.1968: Bull.crim.no 294.
19. Crim., 30 janv.2020: Bull.crim.no 26.
20. Cass.crim., 27 fev.1996: Bull.crim.no 93.
21. Crim., 2 Juin 2019 : Bull.crim. no 185.
22. Crim., 19 mai 1999: Bull.crim. no 205.
23. Cass.crim., 30 juin 1987: Bull.crim.n° 276.
24. Cass.crim., 23 juin 1999: Bull.crim. n° 149.
25. Cass.crim., 4 juin 1997: Bull.crim.n° 221.
26. Cass.crim., 26 mai 1999: Bull.crim.n° 106.
27. Cass.crim., 11 fevr.2011: Bull.crim.n° 97.
28. Cass.Crim., 27 dec 1995 et 11 juin 2012.
29. Cass.Crim., 27 dec 1995 et 11 juin 2012.
30. Cass.crim., 3 janv.2020: Bull.crim. n° 2.
31. Cass.crim., 27 fev 1996, JCP1996, II, 2262.
32. Cass.crim., 19 janv.1999: Bull.crim.n° 9.
33. Cass.crim., 16 oct.1979: Bull.crim.n° 28.
34. Cass.crim., 30 avril 1996: Bull.crim.n° 182.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Reducing the Criminal Population through Transitional Jobs and Subsidized Employment

Fattahe Teimouri¹, Mahmood Ashrafi² , Masoud Heidari³

ABSTRACT

The employment of prisoners is usually limited to the time of imprisonment, temporarily to reduce the cost of keeping prisoners, but the continuity and stability of the prisoner's job after detention period to support him and his family needs more researches. Managing the employment of prisoners during their imprisonment, examining and introducing transitional and subsidized jobs is a necessary solution to achieve this goal. This research regards the efficiency of existing methods in this field including the prisoners working requirements and the criminologists' definite recommendation to prevent recidivism and improve economic status of the society. Transitional and subsidized jobs are applied measures in this regard in some societies. This research introduces the related category of jobs and generalizes them through managing and guiding prisoners employment path before entering the prison and expands the authorities perspective.

KeyWords: Stable Employment, Readjustment, Transitional Jobs, Subsidized Jobs, Reduction of Criminal Population.

How to Cite: Teimouri, Fattahe, Ashrafi, Mahmood, Heidari, Masoud, "Reducing the Criminal Population through Transitional Jobs and Subsidized Employment", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 267-284.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2022.228259.2277>

Received: 03/08/2022-Accepted: 21/11/2022

1. PhD Candidate, Faculty of Humanities and Law, Islamic Azad University: Khorasgan Branch, Isfahan, Iran
2. Assistant Professor, Faculty of Humanities and Law, Islamic Azad University: Khorasgan Branch, Isfahan, Iran
Corresponding Author Email: m.ashrafi@khuisf.ac.ir
3. Associate Professor, Faculty of Humanities and Law, Islamic Azad University: Khorasgan Branch, Isfahan, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



کاهش جمعیت کیفری زندان در پرتو مشاغل انتقالی و اشتغال یارانه‌ای

فتاحه تیموری^۱، محمود اشرفی^۲، مسعود حیدری^۳

چکیده

اشتغال زندانیان معمولاً محدود به زمان حبس، به صورت موقت و با هدف پایین آوردن هزینه نگهداری زندانیان است. عدم انسجام و وجود راهبردهای مؤثر منتهی به تداوم و ثبات شغلی پس از ایام بازداشت در ایران، به نحوی که زندانیان کسب و کاری مناسب و با درآمد مکفی برای گذران امور زندگی خود و خانواده داشته باشند، از خلأهای تحقیقاتی در این زمینه است. مدیریت اشتغال زندانیان در ایام حبس، بررسی و معرفی مشاغل انتقالی و یارانه‌ای، راهکاری ضروری برای نیل به این هدف است، لذا این پژوهش در خصوص میزان بازدهی ترفندهای موجود در این زمینه از الزامات کار با زندانیان و توصیه مؤکد جرم‌شناسان برای پیشگیری از تکرار جرم و به تبع آن ارتقای وضع اقتصادی جامعه است. مشاغل انتقالی و یارانه‌ای تدابیری امتحان شده در این راستا در برخی جوامع است که ماحصل تحقیقات نویسنده ضمن معرفی این دسته مشاغل و تعمیم آن با مدیریت و هدایت مسیر شغلی زندانیان، از قبل از ورود به زندان تا گسترش زاویه دید مسئولان در این خصوص را دربر خواهد گرفت.

کلید واژگان: اشتغال پایدار، بازسازی، مشاغل انتقالی، مشاغل یارانه‌ای، کاهش جمعیت کیفری.

استناد به این مقاله: تیموری، فتاحه، اشرفی، محمود، حیدری، مسعود، «کاهش جمعیت کیفری زندان در پرتو مشاغل انتقالی و اشتغال یارانه‌ای»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۲۶۷-۲۸۴.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2022.228259.2277>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۳۰

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد خوراسگان، اصفهان، ایران
۲. استادیار، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد خوراسگان، اصفهان، ایران
ایمیل نویسنده مسئول: m.ashrafi@khuisf.ac.ir
۳. دانشیار، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد خوراسگان، اصفهان، ایران



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

اشتغال زندانیان توصیه مؤکد جرم‌شناسان و حقوقدانان به‌منظور پایین آوردن هزینه نگهداری و به‌نوعی راهکار کسب درآمد مناسب در ایام بازداشت است. آنچه دغدغه اصلی برای پژوهش در این زمینه است؛ تغییر رویکرد اشتغال موقت زندانیان به اشتغال پایدار با راهکار توسل به مشاغل انتقالی و یارانه‌ای و به تبع آن پیشگیری از تکرار جرم است. مسئله‌ای که این مقاله درصدد پاسخگویی به آن است؛ وضعیت مواجهه زندانیان پس از آزادی با جامعه و چگونگی سازگاری با محیط بیرون زندان جهت گذران زندگی و کسب و کار مناسب برای تأمین نیازهای خود و خانواده است. این تحقیق با هدف ارائه رویکردهای نوظهوری است که در برخی جوامع برای دور زدن رکود اقتصادی ناشی از عوامل متعدد (مانند همه‌گیری بیماری کرونا) گریبان‌گیر اقشار آسیب‌دیده و ضعیف جامعه شده است. زندانیان نیز به سبب برچسب مجرمانه پس از آزادی، دسته قابل‌توجهی از این افراد را تشکیل می‌دهند که طرد شدن از سوی جوامع آنها را مجدد به وادی ارتکاب جرم می‌کشاند. اختصاص مشاغل انتقالی و رایانه‌ای راهبردی است که پژوهشگر برای پیشگیری از تکرار جرم و قاعدتاً حصول هدف اصلی که کاهش جمعیت کیفری است، پیشنهاد می‌دهد. مشاغل انتقالی کارهایی است که به مثابه پلی ایام بیکاری و فقر را به اشتغال موقت و به‌تدریج به ثبات شغلی رهنمون می‌سازد. کاهش جمعیت کیفری با برنامه‌ریزی میان‌مدت، بلندمدت حاصل و برون‌داد سرمایه‌گذاری در این مدل از اشتغال خواهد بود.

با تشکیل و مدیریت پرونده جست‌وجوی کار، وضعیت شغلی زندانی قبل از حبس بررسی و امکان ادامه دادن آن شغل یا تغییر در آن با کمک مشاوران شغلی تا رسیدن به مقصد اصلی که اشتغال پایدار زندانی تا رسیدن به کاهش تکرار جرم و حتی فراتر از آن کاهش جمعیت کیفری و صرفه اقتصادی است هدایت می‌شود. این موضوع مستلزم مساعدت جوامع و البته حمایت دولتمردان با اختصاص بودجه لازم در برنامه توسعه اقتصادی کشور خواهد بود. این پژوهش با مطالعات کتابخانه‌ای، استفاده از منابع اینترنتی، بانک‌های اطلاعاتی و بر اساس روش توصیفی-تحلیلی به قلم نویسنده تقریر یافته است و در دو بخش درصدد بررسی استراتژی جدید مشاغل زندانیان با معرفی مشاغل انتقالی به عنوان راهبرد کاهش جمعیت کیفری، مشاغل یارانه‌ای و موقت جهت تسهیل در اتصال فرد بزهکار به بازار کار و ارائه چشم‌انداز و راهکارهای نیل به ثبات شغلی زندانیان و تأثیر این دسته از مشاغل در کاهش تکرار جرم است.

۱. راهکارهای کاهش جمعیت کیفری

۱.۱. کاهش جمعیت کیفری از طریق مشاغل انتقالی

اینکه کاهش جمعیت کیفری زندانیان پس از آزادی می‌تواند حاصل اشتغال زندانیان پس از آزادی باشد، مسئله‌ای به اثبات رسیده در میان محققان و جرم‌شناسان است. پیشگیری جامعه‌مدار با هدف قرار دادن عوامل اجتماعی مؤثر در وقوع جرم سعی در کاهش نرخ جرم و مواجهه مؤثر با پدیده مجرمانه دارد. عواملی همچون فقر، بیکاری و...^۱

۱.۱.۱. داشتن کار مانع ارتکاب جرم و به زندان افتادن

معروف است که کار به انسان قدرت اراده و تصمیم‌گیری می‌دهد و روح و جسم انسان را صیقل می‌زند و انسان را متکی به خود بار می‌آورد. برعکس بیکاری انسان را هم از نظر جسمی و هم روحی فرتوت می‌کند؛ لذا بسیاری برای کار، آثار

^۱ حاجی ده‌آبادی، محمدعلی، جرم‌شناسی کاربردی، قم: چاپ سوم، مرکز بین‌المللی ترجمه و نشرالمصطفی، ۱۳۹۸، ص ۱۷۰.

اصلاحی زیادی قائل‌اند. صرف دانستن یک حرفه می‌تواند چنان انسان را متکی به خود کند که پس از آزادی با استفاده از آن تخصص در صورت داشتن خواست و تصمیم‌گیری مشروعی را پی‌ریزی کند.^۱ بدیهی است که داشتن کار مناسب، عزت نفس و متعهد بودن به شغل و به تبع آن کسب درآمد متناسب با شغل می‌تواند از ارتکاب جرم ممانعت کند. تحقیقات صورت‌گرفته در فرانسه توسط ر. گالیاتی، ا. اووس، ا. فلیپ در مورد تأثیر اشتغال‌زایی محلی بر روی تکرار جرم نشان می‌دهد که زندانیانی که در دوره اشتغال‌زایی محلی آزاد شدن در سطح بسیار کمتری از دیگران مرتکب تکرار جرم شدند. این تحقیق نشان می‌دهد که دسترسی به اطلاعات مربوط به وضعیت کار موجود در پایگاه‌های اینترنتی یا در مطبوعات محلی در تکرار جرم توسط زندانیان سابق تأثیر می‌گذارد. بنابراین وضعیت واقعی کار در سطح منطقه و محله، اطلاعات مربوط به از بین رفتن فرصت‌های کاری یا فرصت‌های ایجاد آن از لحاظ فردی بر احتمال تکرار جرم توسط زندانیان تأثیرگذار است. به‌طور خلاصه می‌توان گفت که اهمیت دادن به امر اطلاع‌رسانی در مورد فرصت‌های شغلی موجود در بیرون از زندان خود یکی از شیوه‌های پیشگیری از تکرار جرم است.

۱.۱.۲. ایجاد کار و کارآموزی برای زندانی در زندان

راه دیگر پیشگیری از تکرار جرم سرمایه‌گذاری در امر بازپروری محکومان از طریق کار در زندان است. در کشور سوئد به‌عنوان مثال تحقیقات ر. لاندسو^۲ نشان می‌دهد که طولانی کردن مدت حبس که در گذشته کوتاه‌تر بود، بین یک تا دو ماه می‌تواند به بازپذیری حرفه‌ای خارج‌شدگان از زندان کمک کند، بیکاری کمتر و درآمد بهتر به شرطی که مدت زمان تکمیلی حبس به انجام برنامه‌های بازپروری اختصاص داده شود.^۳

۱.۱.۳. جرم‌زا بودن مجازات اجباری در مناطق محروم یا دور

توقع می‌رود زندانی با سابقه چند فقره سرقت با مجازات تکمیلی اقامت اجباری در فلان منطقه محروم یا مرزی به دور از محل سکونت و بدون هیچ سرپناهی چگونه کسب درآمد و امرار معاش کند. محکومیت به چنین مجازات تکمیلی آیا تسهیل وقوع تکرار جرم نیست؟ اینکه تکرار جرم و زندان امن‌ترین سرپناه برای او باشد امری غیرقابل‌پیش‌بینی نیست. مدل مشاغل انتقالی و یارانه‌ای استراتژی جدید در اختصاص شغل به زندانیان است. به‌کارگیری این دسته مشاغل به منظور به‌کارگیری تدابیری است که بتواند همانند پلی زندانی را از بیکاری و وابستگی، به خوداشتغالی، ثبات شغلی مشاغل یارانه‌ای و به‌تدریج بدون یارانه رهنمون شود.

۱.۱.۳.۱. مشاغل انتقالی

تعریف مشاغل انتقالی: شاید بتوان گفت تلاش برای کاهش صفوف بیکاران از اولویت‌های اختصاص مشاغل انتقالی در جهان است، اشتغال هنوز به‌عنوان یک ایده نظارتی قدرتمند است. بازارهای کار انتقالی به عنوان یک بافر انعطاف‌پذیر عمل می‌کند که در دوره‌های رکود گسترش می‌یابد.

^۱ صفاری، علی، *کیفرشناسی تحولات مبانی و اجرای کیفر سالب آزادی*، چاپ پانزدهم، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص ۱۷۷.

^۲ R.Landerso

^۳ مونی، بنژامن، *اجرای مجازات در محیط‌های بازو بسته چه تأثیری بر تکرار جرم دارد*، مترجم دکتر روح‌الدین کردعلیوند، دانشنامه جرم‌شناسی محکومان به کوشش دکتر عباس شیری، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۷، ص ۴۹۶.

بیکاری یکی از علت‌های اصلی طرد شدن از اجتماع است، زیرا مردم را از تبادل خدمات کار و دانش تولیدی خود باز می‌دارد. ولی به نظر می‌رسد که جوامع سرمایه‌دار و توسعه‌یافته دیگر قادر به تحقق این حق مدنی اساسی برای بخش عمده‌ای از اعضای خود نیستند.^۱

منظور از مشاغل انتقالی در غرب، واگذاری فرصت‌های شغلی کوتاه‌مدت و حمایت از قشر فقیر، بیکار و آسیب‌دیده در مدتی کوتاه تا پیدا کردن شغل مناسب است. در این قسمت به مطالعه طرز عملکرد بعضی کشورهای می‌پردازیم:

۱.۱.۳.۲. مطالعات طرز عملکرد کشورها در ایجاد مشاغل انتقالی

۱.۱.۳.۲.۱. ایالات متحده: برنامه مشاغل انتقالی، برنامه‌های اشتغال تحت حمایت دولت هستند که در آن دولت یارانه‌ای برای فرصت‌های کاری کوتاه‌مدت که می‌تواند شامل کاریابی، آموزش و همچنین پرداخت باشد، برای افراد بیکار قبلی در بخش‌های دولتی، خصوصی یا غیرانتفاعی در نظر می‌گیرد. این برنامه‌ها تحت حمایت دولت برای حفظ اشتغال و تقاضای اقتصادی طراحی شده است. این برنامه بخشی از یک سیاست بزرگ ضد فقر بود که در بیست سال گذشته به‌عنوان بخشی از تلاش برای تبدیل کمک‌های مردمی به کار و به‌طور خاص با هدف کمک به دریافت‌کنندگان رفاه بلندمدت برای ایجاد استقلال مالی، کم کردن صف بیکاران، فراهم کردن دسترسی افراد محروم به بازار کار متمرکز شدند.^۲

در تعریفی دیگر: برنامه‌های مشاغل انتقالی برای زندانیان سابق، مشاغل موقت با حقوق، خدمات پشتیبانی، مانند مدیریت پرونده و کمک به کاریابی را برای افراد سخت‌گیر فراهم می‌کند. مدل مشاغل انتقالی در دهه ۱۹۹۰ در سیستم رفاه پدیدار شد، اما ریشه‌های آن به تعدادی از مدل‌های مختلف اشتغال یارانه‌ای بازمی‌گردد که در گذشته اجرا یا آزمایش شده‌اند.^۳

۱.۱.۳.۲.۲. مجارستان: قانون جدید در مجارستان تمام سازمان‌ها را مکلف به تأمین نیازهای خود از زندان‌ها ساخت. با تصویب این قانون تمام سازمان‌ها و ادارات مکلف‌اند نیازهای خود را اعم از نیازهای غذایی و حتی مبلمان و غیره در حد امکان از شعبه‌های موجود در زندان‌ها که به دست زندانیان ساخته شده است، تأمین کنند.

۱.۱.۳.۲.۳. اروگوئه: تصویب قانون جدید در اروگوئه تحت عنوان نوسازی و تجهیز زندان‌ها تمامی شرکت‌ها را مکلف کرد تا در استخدام و به‌کارگیری نیروی انسانی جدید از زندانیانی که از زندان‌ها آزاد شده‌اند، نیز استفاده کنند. این زندانیان باید در حدود پنج درصد نیروی استخدامی و پرسنل را در هر شرکت تشکیل دهند.

۱.۱.۳.۲.۴. برزیل: بر اساس قانونی که در ژوئن ۲۰۱۱ در روزنامه رسمی برزیل منتشر شد، زندانیان برای هر ده تا دوازده ساعت شرکت در کلاس‌های درس یک روز از مدت حبس آن‌ها کم خواهد شد. این قانون به زندانیان اجازه می‌دهد تحصیلات خود را از مرحله ابتدایی تا مرحله آموزش عالی و آموزش‌های تخصصی ادامه دهند.^۴ یکی از دلایل‌هایی که برای استفاده از مجازات‌های بینابین وجود دارد، پایین بودن هزینه آنها نسبت به زندان است. زندان‌ها هزینه‌های هنگفتی را دربردارند؛ در صورتی که جایگزین‌ها بسیار ارزان‌تر تمام می‌شوند و می‌توانند همان نتایج یا حتی نتایج بهتری را به بار آورند.

¹ Gunther Schmid, 1998, Transitional Labour Markets: A New European Employment Strategy. Wissenschaftszentrum Berlin Fur Sozialforschung, p8.

² feder, Elizabeth, Moran, colleen e, 2013, transitional jobs program: a health impact assessment executive summary, p1.

³ Erin Jacobs Valentine, Cindy Redcross. 2015. Transitional jobs after release from prison: effects on employment and recidivism: IZA Journal of Labor Policy. p4.

⁴ غلامی، علی و پیمان حسنی، «راهبردهای کاهش جمعیت زندان‌ها»، نشر میزان، ۱۳۹۶، ص ۲۷۷.

این تفاوت هزینه‌ها به ویژه در کشورهای جهان سوم که منابع مالی کمتری دارند، اهمیت دوچندان دارد.^۱ در حال دایر کردن مرکز مدیریت مشاغل زندانیان با اتکا به مشاغل انتقالی، سرمایه‌گذاری دولتی، اخذ کمک‌های مردمی، تشویق و ایجاد فضای رقابتی در بین مدیران تجاری و کارآفرینان با اعطای معافیت‌های مالیاتی در واگذاری مشاغل به زندانیان و با هدف پیشگیری از ارتکاب مجدد جرم در جرم‌شناسی کنونی ضروری به نظر می‌رسد.

۱.۱.۳.۲.۵. استرالیای جنوبی: زندان‌های استرالیای جنوبی فرصت‌های شغلی با هدف بهبود مهارت‌های کاری زندانیان را برای یافتن کار با حقوق، پس از آزادی ارائه می‌دهند. طیف وسیعی از مشاغل وجود دارد که زندانیان می‌توانند به آنها دسترسی داشته باشند. برخی از مشاغل در بسیاری از سایت‌ها ارائه می‌شوند. در حالی که بعضی دیگر مختص یک زندان خاصند. مشاغل عمومی شامل کارگران آشپزخانه، کارگران خشک‌شویی، نگهداری باغ و زمین و نظافتچی هستند. کارگاه‌هایی وجود دارد که در زمینه نجاری، فلزکاری، منسوجات، جمع‌آوری سهام، بازیافت و نانوایی، شغل ارائه می‌دهند.^۲ حتی یک لبنیاتی در سطح جهانی در یک مرکز مزرعه زندان وجود دارد. زندانیانی که به پایان دوره محکومیت خود نزدیک می‌شوند ممکن است واجد شرایط اشتغال در جامعه باشند. این با یک کارفرمای تأییدشده و با هدف حفظ شغل آنها پس از آزادی است. این زندانیان با امنیت پایین هستند که معیارهای واجد شرایط بودن را دارند و نشان داده‌اند که انگیزه بالایی برای کار دارند. از طرف دیگر، چندین گزینه برای کارها و فعالیت‌های دیگر برای زندانیان پیش از آزادی وجود دارد.^۳

اشتغال انتقالی در کشورهای امریکایی و اروپایی کار کوتاه‌مدت، کار موقت، پاره‌وقت، آموزش بیشتر و بازآموزی را دربر می‌گیرد^۴ و تعریف پیشنهادی نویسنده جهت مشاغل انتقالی فراتر از این تعاریف و با هدف کوچینگ (مربیگری) مسیر شغلی^۵ زندانیان است. برای زندانیانی که قبلاً شاغل بوده‌اند، در راستای تعمیم شغل قبل از ایام بازداشت به پس از آزادی و در خصوص افراد فاقد شغل مناسب، آموزش مهارت تخصصی، مربیگری، مدیریت و کنترل وضعیت شغلی زندانیان تا دستیابی به ثبات شغلی است. لازم به توضیح است که منظور از ثبات شغلی وابسته بودن به یک اشتغال خاص و مستمر نیست، بلکه آنچه قابل توجه است، هنر و نوآوری در کار به نحوی است که فرد بتواند پلی میان اشتغال قبل از زندان، ایام حبس و پس از آزادی ایجاد کند.

۱.۱.۳.۳ اهداف برنامه ملی مشاغل انتقالی

افرادی که اخیراً از زندان آزاد شده‌اند نیاز فوری به درآمد و کمک برای یافتن شغل دارند. مشاغل انتقالی برای خدمت به اهداف ذیل طراحی شده‌اند:

۱. ایجاد ثبات و درآمد می‌کنند که ممکن است انگیزه بازگشت به جرم را در دوره بحرانی پس از آزادی کاهش دهد.

^۱ آشوری، محمد، *جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین*، تهران: مرکز نشر جهش، ۱۳۹۸، ص ۶۴

^۲ Department for Correctional Services, prisoner-employment, government of South Australian, 2023, Available from: <https://www.corrections.sa.gov.au/Rehabilitation-education-and-work/work-opportunities/prisoner-employment>

^۳ Department for Correctional Services, work-areas, government of South Australian, 2023, available from :

<https://www.corrections.sa.gov.au/Rehabilitation-education-and-work/work-opportunities/work-areas>

^۴ Gunther, Schmid, Op.Cit. p15.

^۵ career coaching

۲. تجربه کار در یک شغل انتقالی می‌تواند به شرکت‌کنندگان آموزش دهد که چگونه کار کنند.
۳. زمان صرف‌شده برای کار در شغل انتقالی ممکن است سیگنال مثبتی برای کارفرمایان باشد. همچنین نمایش مهارت‌های نرم آموخته‌شده در مشاغل انتقالی ممکن است شرکت‌کنندگان را برای کارفرمایان جذاب‌تر نماید. اینکه افراد سعی می‌کنند به موقع در محیط کار حاضر شوند و در کارهای مربوط به برنامه به‌طور رضایت‌بخشی عمل کنند، موجب می‌شود کارفرمایان تمایل بیشتری به نادیده گرفتن پیشینه مجرمانه و استخدام شرکت‌کنندگان در طرح مشاغل انتقالی داشته باشند.
۴. اشتغال انتقالی به جلوگیری از تکرار جرم در آینده کمک خواهد کرد.^۱ افزایش اشتغال و کاهش تکرار جرم علاوه بر ارائه به شرکت‌کنندگان برنامه، منبع درآمد مشروع بلافاصله پس از آزادی آنهاست.
۵. مشاغل انتقالی کوتاه‌مدت و یارانه‌های عمومی، به منظور آموزش مهارت‌های اولیه کار به شرکت‌کنندگان، کمک به رفع موانع اشتغال و مساعدت به آنها در پیدا کردن مشاغل بدون یارانه است.
۶. مشاغل انتقالی در غرب با هدف کاهش فقر و رکود اقتصادی، جهت افراد ضعیف و آسیب‌دیده جامعه است.^۲

۱.۱.۳.۴. تأثیر مشاغل انتقالی در تکرار جرم و کاهش جمعیت کیفری

نمایش مشاغل انتقالی پیشرفته ETJD^۳ یک پروژه نمایشی در مقیاس بزرگ است که توسط اداره استخدام و آموزش در ایالات متحده حمایت می‌شود. هر سال تقریباً ششصد هزار نفر از زندان‌های ایالتی در ایالات متحده آزاد می‌شوند؛ بیش از دوسوم از کسانی که آزاد شدند، مجدد ظرف سه سال بازداشت خواهند شد. کاهش این تکرار می‌تواند منافع قابل توجهی همراه با کاهش هزینه‌های عدالت کیفری برای دولت، هزینه‌های قربانی شدن بالقوه و هزینه‌های حبس مجدد مجرمان و خانواده‌های آنها، برای جامعه داشته باشد.^۴

با استفاده از قانون مشاغل برای بازیابی اقتصادی ۲۰۲۰ به‌عنوان یک پایه قوی، ما معتقدیم که چارچوب ارائه شده در اینجا به‌طور صریح‌تری بر انواع راه‌حل‌های مبتنی بر ارزش سهام متمرکز می‌شود. این چارچوب در نظر گرفته شده است تا آنچه ما معتقدیم بهترین تفکر موجود در مورد نحوه ساختاردهی یک برنامه اشتغال یارانه‌ای در مقیاس بزرگ به عادلانه‌ترین روش است، منعکس کند.^۵

اگر اکثر زندانیان در رشته‌ای که قبلاً اشتغال داشته‌اند، مشغول به کار شوند رکود پیش نمی‌آید. همچنین تعداد زندانیان در هر رشته از تولیدات آن‌قدر نیست که بتواند با بازار آزاد رقابت کند. تولیدات زندانیان به مراتب کمتر از تولیدات دیگران است. پیشنهاد این است که کار در زندان حق زندانی باشد نه تکلیف او تا خود و به میل شخصی تقاضای کار کند. برنامه مشاغل انتقالی مرکز فرصت‌های شغلی که به افرادی که اخیراً از زندان آزاد شده‌اند خدمات می‌دهد، تکرار جرم را در طی

¹ redcross, cindy; millenky. Megan;timothy, rudd, 2012. More Than a Job Final Results from the Evaluation of the Center for Employment Opportunities (CEO) Transitional Jobs Program, P17.

² Solomon, A. L., Johnson, K. D., Travis, J., & McBride, E. C. (2004). From Prison to Work: The Employment Dimensions of Prisoner Reentry: A Report of the Reentry Roundtable P19.

³ Enhanced Transitional Jobs Demonstration

⁴ kimberly foley, riley webste 2018, the enhanced transitional jobs demonstration reducing recidivism and increasing opportunity Benefits and Costs of the Recycle Force Enhanced Transitional Jobs Program ,Pp 2-16.

⁵ Caitlin C. Schnur, Chris Warland, and Melissa Young, "Framework for an Equity-Centered National Subsidized Employment Program," Heartland Alliance, January 12, 2021, P 6.

^۶ صفاری، علی، پیشین، ص ۱۷۵.

سه سال به طور قابل توجهی کاهش داد و تأثیرات قوی تری برای شرکت کنندگان در معرض خطر بیشتر داشت.^۱

۱.۲. کاهش جمعیت کیفری از طریق مشاغل یارانه‌ای

۱.۲.۱. تعریف مشاغل یارانه‌ای

اشتغال یارانه‌ای راهکاری برای مساعدت به زندانیان تا حصول ثبات شغلی است. در این نوع مشاغل جهت پرداخت دستمزد زندانیان یارانه‌ای به کارفرمایان یا بصورت مستقیم برای خود اشتغالی زندانیان بصورت موقت داده می‌شود. این حمایت که تأمین منابع مالی آن می‌تواند با سرمایه‌گذاری دولت در بودجه سنواتی و همچنین کمک نهادهای مردمی باشد رویه‌ای است که در برخی کشورها عملاً تجربه شده و آمار قابل ملاحظه کاهش تکرار جرم و ورود مجدد زندانیان به زندان خصوصاً در سال‌های اولیه پس از آزادی به اثبات رسیده است و به تبع آن هزینه‌های منتهی به دستگیری زندانی، نیروی انتظامی، تشکیل پرونده قضایی، کارشناسی‌های منتهی به صدور رأی، رفت و آمدهای طرفین دعوی، نگهداری زندانیان در زندان علاوه بر هزینه‌هایی که قربانیان جرم متحمل شده‌اند مواردی است که چنانچه محاسبه و برآورد شود در قبال سرمایه‌ای که دولت در این خصوص تقبل می‌کند بسیار ارزشمند است. شاید بتوان گفت اشتغال یارانه‌ای بیشتر مربوط به اواخر ایام حبس و پس از آزادی است.

۱.۲.۲. مطالعه طرز عملکرد کشورها در مورد ایجاد مشاغل یارانه‌ای

۱.۲.۲.۱. ایالات متحده: طرح شغلی ایالات متحده شامل اشتغال یارانه‌ای، ابزاری آزمایش شده برای بهبود اقتصادی و حمایت کارگرانی است که در بازار کار با مشکل مواجه‌اند و باهدف بازسازی اقتصادی است. اشتغال یارانه‌ای دولتی از طریق صندوق اضطراری کمک موقت، برای خانواده‌های نیازمند تأمین می‌شود. در مشاغل بخش دولتی و خصوصی، به آنها درآمد و تجربه کاری مورد نیاز را می‌دهد. این تجربه می‌تواند شرکت کنندگان را به اشتغال بدون یارانه متصل و دورنمای شغلی بلندمدت آنها را بهبود بخشد. اشتغال یارانه‌ای، که در آن دولت به‌طور موقت به بخشی یا تمام دستمزد یک فرد یارانه می‌دهد، به شرکت کنندگان امنیت اقتصادی می‌دهد.^۲ سه برنامه ETJD با هدف قرار دادن افرادی که از زندان بازگشته‌اند، حبس در زندان را در میان افرادی که در معرض خطر ارتکاب مجدد جرم قرار داشتند کاهش داد. علاوه بر این، در میان شرکت کنندگان با ریسک بالاتری بسیاری از برنامه‌ها برای کمک به جویندگان کار که به سختی استخدام می‌شوند، ایجاد شده‌اند، اما تعداد کمی از آنها موفقیت پایدار را نشان داده‌اند. یکی از مدل‌هایی که به‌طور گسترده پیاده‌سازی و آزمایش شده است: «شغل‌های انتقالی» نام دارد. برخی از برنامه‌های مشاغل انتقالی عمدتاً برای ارائه حمایت درآمد مبتنی بر کار، برای کارگران بیکار طراحی شده‌اند. برخی دیگر مشاغل موقتی را ارائه می‌دهند که با کمک بودجه عمومی یارانه می‌گیرند و هدف آن آموزش مهارت‌های اولیه کار به شرکت کنندگان است. به آنها کمک می‌کند تا با یک کارفرما همکاری کنند. بسیاری از این برنامه‌ها ضمن رفع موانع شخصی که ممکن است مانع موفقیت شرکت کنندگان شود، به شرکت کنندگان دریافتن شغل دائمی کمک می‌کند. ارزیابی‌های قبلی از برنامه‌های مشاغل

¹ Equitable Economic Recovery, center on budget and policy priorities, p 5.

² Meyer, Laura, Subsidized Employment: A Proven Strategy to Aid an Equitable Economic Recovery, center on budget and policy priorities, 2021, p 1.

انتقالی نشان می‌دهد که این برنامه‌ها در ابتدا اشتغال را به‌طرز چشمگیری افزایش دادند و افرادی را هدف قرار می‌دادند که بعید بود خودشان شغل پیدا کنند.

یکی از برنامه‌ها با هدف قرار دادن افرادی که از زندان به جامعه بازمی‌گردند، تکرار جرم را کاهش داد.^۱

۱.۲.۲.۲. اتحادیه اروپا: مشارکت در بازار کار برای ادغام اجتماعی اساسی است. بیکاری یکی از علتهای اصلی طرد اجتماعی است، زیرا مردم را از تبادل خدمات کار و دانش تولیدی خود باز می‌دارد. اما به نظر می‌رسد که جوامع سرمایه‌داری توسعه‌یافته دیگر قادر به تحقق این حق مدنی اساسی برای بخش عمده‌ای از اعضای خود نیستند. اکثر پانزده کشور عضو اتحادیه اروپا از دو دهه قبل به این سو با بیکاری انبوه مواجه بوده‌اند. جوانانی که فرصت نشان دادن ظرفیت‌ها، مهارت‌ها و نبوغ خود را پیدا نمی‌کنند، دیر یا زود شورش می‌کنند. در بهترین حالت از نظر سیاسی بی‌تفاوت یا در بدترین حالت جنایتکار خواهند شد. رشد اقتصادی قوی‌تر قطعاً این وضعیت را بهبود می‌دهد. مشکل سیستم اشتغال اروپا تا حدودی عدم رشد اشتغال است. یک استراتژی جدید اشتغال در اروپا بازارهای کار انتقالی است. تغییرات مرتبط در خانواده و ساختارهای جمعیتی، چالش‌های جدیدی را برای سیستم‌های اشتغال در صنعت مدرن ایجاد کرده است. بازارهای کار انتقالی راهی برای ایجاد بسیاری از مشاغل انتقالی داوطلبانه و به عنوان جایگزین قابل توجهی برای بیکاری غیرارادی یا فقر طولانی‌مدت است. از عناصر مهم چنین استراتژی ترکیبی، کاهش زمان کار با یادگیری مادام‌العمر، استفاده از یارانه‌های صریح دستمزد برای گروه‌های کم‌درآمد یا افراد سختگیر به‌صورت قانونی یا قراردادی است.^۲

۱.۲.۳. اهداف برنامه ملی اشتغال یارانه‌ای

۱. اشتغال یارانه‌ای راهکاری جدید برای دور زدن فقر و رکود اقتصادی و راهکاری ویژه در آیام همه‌گیری بیماری کرونا در برخی از کشورها بود، لذا این موضوع به ذهن محققان خطور نمود که این رویه در اشتغال می‌تواند درمان اقتصاد بیمار جوامع خصوصاً در بین افرادی که با مشکل بیکاری و طرد اجتماعی روبه‌رو هستند، باشد و زندانیان نیز که متأثر و قربانی نظریه برچسب زنی و طرد جامعه، جهت به‌دست آوردن شغل‌اند مشمول طرح مشاغل یارانه‌ای شدند.

۲. برنامه اشتغال یارانه‌ای ملی با محوریت عدالت باید در سراسر چرخه تجاری وجود داشته باشد، تا به‌عنوان یک استراتژی ضدساختاری و ضدچرخه‌ای برای افزایش دسترسی به اشتغال و فرصت‌های اقتصادی در میان جویندگان کار باشد. افراد به حاشیه رانده‌شده اقتصادی که با موانع ساختاری برای اشتغال مواجه‌اند.^۳

۳. کاهش هزینه‌های اقتصادی: برآورد هزینه‌های متأثر از راه‌اندازی مشاغل یارانه‌ای به مراتب کمتر از هزینه‌های تحمیلی موجب تکرار جرم بزهکاران است.

۴. افزایش انگیزه و تمایل زندانیان آزاد شده به کسب و کار و درآمدزایی و به تبع آن دوری از ارتکاب مجدد جرم.

۱.۲.۴. تأثیر مشاغل یارانه‌ای در تکرار جرم و کاهش جمعیت کیفری

برنامه‌ها و مدل‌های شغلی انتقالی اصلاح شده، تقریباً همه شرکت‌کنندگان را در یک شغل تمرینی قرار می‌دهند:

¹ Barden, Bret & Juras, Randall, The Enhanced Transitional Jobs Demonstration New Perspectives on Creating Jobs, 2018, p3 & p 27.

² Gunther Schmid, Op. Cit, p 9.

³ Caitlin C. Schnur, Chris Warland, and Melissa Young, Op.Cit,P7

۱.۲.۴.۱. **الگوی یارانه اشتغال:** یک شغل موقت و کاملاً یارانه‌ای که چهار تا شش ماه طول می‌کشد که برای آموزش مهارت‌های نرم طراحی شده است؛ مانند نحوه حضور به موقع در محل کار و نحوه همکاری با دیگران.

در برخی موارد، کارفرمای شغل انتقالی ارائه‌دهنده برنامه است؛ درحالی‌که در موارد دیگر، آژانس یا شرکت دیگری در جامعه است. مکان برگزاری هرچه باشد، برنامه عموماً انتظار ندارد شغل انتقالی به یک موقعیت دائمی تبدیل شود. در نتیجه، همه این برنامه‌ها همچنین به شرکت‌کنندگان کمک می‌کند تا پس از پایان کار یارانه‌ای، مشاغل بدون یارانه پیدا کنند.

این برنامه‌ها بیشتر شبیه به برنامه‌های مشاغل انتقالی ارزیابی شده قبلی هستند، اما تا حدودی در جمعیت‌های ارائه شده و پیشرفت‌های برنامه ارائه شده، مثلاً خدمات حقوقی یا آموزش‌های شغلی، متفاوت‌اند و این امید را به وجود می‌آورد که نتایج مثبت‌تر باشد.

۱.۲.۴.۲. **الگوی یارانه دستمزد:** دسته‌ای که به مدل‌های یارانه دستمزد معروف است، از رویکرد کاملاً متفاوتی استفاده می‌کنند. این برنامه‌ها به جای قرار دادن شرکت‌کنندگان در مشاغل انتقالی سعی می‌کنند آنها را مستقیماً در موقعیت‌های دائمی، معمولاً با کارفرمایان خصوصی قرار دهند. کارفرما یک یارانه موقت دریافت می‌کند که تمام یا بخشی از دستمزد کارمند را پوشش می‌دهد و درازای آن انتظار می‌رود اگر در طول دوره یارانه به خوبی پیش رفت، فرد را به یک شغل عادی و بدون یارانه منتقل کند. مطالعات دهه ۱۹۸۰ نشان داد که مدل‌های آموزش حین کار می‌تواند منجر به افزایش مستمر درآمد شود.^۱

۲. برنامه‌های بازسازی و چشم‌انداز شغلی

۲.۱. راهکارهای بازسازی زندانی قبل و بعد از خروج از زندان

۲.۱.۱. تبیین نقش پیش‌دستی و آماده‌سازی خروج از زندان کار سختی نیست

بسیاری از زندانیان در هنگام خروج از زندان فقیر بوده و از امکانات اجتماعی و اقتصادی لازم برای بازپروری برخوردار نیستند، این مسئله باعث شده است که کشورهای مختلف برنامه‌های انتقالی را پیش‌بینی کنند که عمدتاً بر روی کار متمرکز است. تجربه کشور اروگوئه در این زمینه جالب است. تا سال ۲۰۱۰ حدود ۲۵ درصد از محکومان که از زندان خارج می‌شدند از همان روز آزادی خود مرتکب تکرار جرم شدند (خصوصاً جرایم علیه اموال و در فاصله کمی از زندان). مسئولان تصمیم گرفتند تا مبلغ پول داده شده به هر زندانی در روز خروج از زندان را دوبرابر کنند. مونیو و روسی در تحقیق خود نشان دادند که این تغییر باعث از بین رفتن تکرار جرم در همان روز خروج از زندان شد. این نویسندگان نتیجه گرفتند که کمک مالی که برای تسهیل خروج از زندان پیش‌بینی می‌شود باعث کاهش چشمگیر نرخ تکرار جرم در کوتاه مدت می‌شود.^۲ مدل‌ها و پیشنهادهای متعددی از سوی حقوقدانان و محققان در راستای کاهش جمعیت کیفری زندانیان ارائه شده که تأثیرات بسزائی نه فقط در کاهش ورود جمعیت کیفری به زندان بلکه تأثیر بیشتری در جهت

^۱ Bloom, Dan, 2015, Testing the Next Generation of Subsidized Employment Programs: An Introduction to the Subsidized and Transitional Employment Demonstration and the Enhanced Transitional Jobs Demonstration, p 17.

^۲ مونیو، بنژامن پیشین، ص ۴۹۶.

ممانعت از دوباره زندانی شدن جمعیت کیفری داشته است.^۱ نویسندگان بر این باور است که مشاغل انتقالی و یارانه‌های یکی از مدل‌های قابل توجه در ثبات شغلی زندانیان است که در کاهش جمعیت کیفری بسیار مؤثر خواهد بود؛ کما اینکه در کشورهای متعددی به صورت تجربی اثبات و سرمایه‌گذاری در این امر در بودجه سرانه ملی مورد لحاظ قرار گرفته است. آموزه بازپروری بر این عقیده شکل گرفته است که با توجه به فرد بزهکار و توانمند کردن او می‌توان زمینه کاهش احتمال بزهکاری او در آینده را فراهم نمود. منتقدان اما تأکید می‌کنند که زنجیره علل بزهکاری گاه چنان گسترده است که شامل مجموعه‌ای از عوامل شخصی، محیطی، خانوادگی، اقتصادی و غیره شده است. رویکرد فردمحور بازپروری نمی‌تواند پاسخ جامع و مناسبی برای مجموعه عوامل مذکور تدارک ببیند.^۲

۲.۱.۲. ضرورت تأمین رفاه نسبی زندانی آزاد شده

امرار معاش جامعه انسانی منوط به کسب درآمد مناسب توأم با رضایت شغلی در زندگی هر فرد است، به دست آوردن این مهم نیازمند همراهی محیط خانوادگی، اجتماعی و اقتصادی فرد بزهکار است. مدیریت احساسی و انعطاف‌پذیری فردی زندانی با کمک مشاوران شغلی و پیش‌بینی میزان ثبات مشاغل پیشنهادی به زندانیان، بهره‌گیری از تدابیری برای کوچینگ صحیح و کارآمد مسیر شغلی زندانی با کمک مشاغل انتقالی و یارانه‌ای در راستای کاهش جمعیت کیفری موجود رهاورد مدیریت چشم‌انداز شغلی بازداشت‌شدگان تا پس از آیام حبس و بازگشت به زندگی عادی و عاری از جرم است. مرکز فرصت‌های شغلی ایالات متحده بزرگ‌ترین و مورد توجه‌ترین برنامه‌های استخدامی این کشور را برای زندانیان ارائه می‌کند.

این مرکز در حال آزمایش استراتژی‌های استخدامی نوآورانه برای گروه‌هایی است که با موانع جدی اشتغال روبرو هستند.^۳

۲.۱.۳. ضرورت آموزش اخلاق و معارف اسلامی و الگوگیری از اهل بیت (ع)

یک راه اصلی و اساسی مجرمان زندانی شده و یا از زندان آزاد شده این است که با تأسی از اخلاق و معارف اسلامی و الگوگیری از سبک زندگی اهل بیت (ع) موجبات اعتماد خانواده و کارفرمایان را فراهم کنند.

۲.۱.۴. افزایش سطح سواد و تخصص زندانیان آزاد شده

اکثر کارشناسان بر این باورند که اشتغال پایدار برای انتقال موفقیت‌آمیز به جامعه بسیار مهم است، اما زندانیان سابق ویژگی‌هایی دارند که به کارگیری آنها را دشوار می‌کند؛ به عنوان مثال سطح تحصیلات پایین و تجربه کار قبلی که بیشتر مانع اشتغال آنها می‌شود. برخی از نظر قانونی از کار در مشاغل خاص منع شده‌اند و بسیاری از کارفرمایان تمایلی به استخدام افراد دارای سابقه کیفری ندارند.

اطلاعات بسیار کمی در مورد استراتژی‌های اشتغال مؤثر برای زندانیان وجود دارد، اما بسیاری مشاغل انتقالی را به عنوان یک مدل امیدوارکننده می‌دانند. برنامه‌های شغلی انتقالی به سرعت شرکت‌کنندگان را در مشاغل موقت و با دستمزد

^۱ شاطری پور اصفهانی، شهید و محمد سراوانی، *تأثیر خصوصی سازی بر مدیریت جمعیت کیفری*، به کوشش دکتر نسرین مهر، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۹، ص ۲۳۰.

^۲ غلامی، حسین، *کیفرشناسی، کلیات و مبانی پاسخ شناسی جرم*، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۹، ص ۲۱۰.

^۳ redcross, cindy; millenky. Megan;timothy, rudd Op. Cit, p13

معمولاً در سازمان‌های غیرانتفاعی یا دولتی قرار می‌دهد. با ارائه انواع مختلف پشتیبانی به شرکت‌کنندگان دریافتن شغل دائمی کمک می‌کند. مشاغل انتقالی زمانی که زندانیان سابق را هدف قرار می‌دهد به شرکت‌کنندگان، منبع درآمد مشروع در دوران بحرانی ارائه می‌دهد. مرکز مدیریت فرصت‌های شغلی توسط مؤسسه وراي عدالت در دهه ۱۹۷۰ ایجاد شد تا به افرادی که پس از آزادی از زندان به شهر نیویورک باز می‌گردند، کار فوری و با حقوق ارائه دهد. این مرکز در سال ۱۹۹۶ به یک سازمان غیر انتفاعی مستقل تبدیل شد و در حال حاضر هر سال به حدود دو هزار نفر از زندانیان آزاده شده با آزادی مشروط خدمات می‌دهد.^۱

۲.۲. ایجاد برنامه‌های شغلی و پشتیبانی از زندانی آزاد شده

زندانین پس از آزادی معمولاً نسبت به افراد عادی به‌طور کلی نیاز به حمایت‌های بیشتری دارند. آزادی از زندان زمان سرگردانی برای اغلب زندانیان است.

در یک شبکه اجتماعی، تطابق نیازها و تأمین حمایت اجتماعی است که باعث تقویت احساسات، باورها و رفتارهای فرد است که استرس‌های درونی و بیرونی را مهار می‌کند. در تئوری هویت، شلدون استرایکر (۱۹۶۸)، پیوندهای بین هویت و نقش را پیش‌بینی می‌کند. بر اساس این نظریه هویت بر رفتار و رفتار نیز ممکن است بر هویت تأثیر بگذارد.^۲ چیره شدن بر هویت برچسب خورده یکی از کارهایی است که باید در مواجهه دوباره با دنیای بیرون یاد بگیرید، افراد بدنام باید بدانند چه اطلاعاتی درباره خودشان را به دیگران منتقل کنند. بنابر آنچه گافمن گفته است: مدیریت اطلاعات برای افرادی که می‌توانند گذشته‌شان را جبران کنند بسیار اهمیت دارد. نیاز به کنترل اطلاعات سابقه‌اش بر نوع روابطی که ایجاد می‌کند و همچنین تصویری که خودش از خودش در این روابط دارد اثر می‌گذارد.^۳ انگ مجرمانه یا احساس حقارت نباید آینده و توانایی‌های بالقوه زندانی را تحت‌الشعاع قرار دهد. این موضوع مستلزم مشاوره، هدایت و مدیریت صحیح پرونده شغلی زندانیان است.

۲.۲.۱. رفع موانع اشتغال زندانی

شاید بتوان گفت مسئله برچسب مجرمانه که بر پیشانی زندانی زده شد، مهم‌ترین مانع اشتغال پس از آزادی از زندان است. در دیدگاه برچسب‌زنی کانون توجه عمدتاً معطوف به کجروی دومین است.^۴ همین دیدگاه موجب می‌شود که کارفرمایان ترجیح دهند نیروی خود را از افراد بدون سابقه کیفری جذب کنند، تا علاوه بر به‌وجود آمدن محیط کاری امن برای کارمندان و کارگران، نیروی انسانی قابل‌اعتمادی داشته و ریسک احتمال متضرر شدن را کمتر کنند. سابقه بازداشت می‌تواند پیامدهای جانبی داشته باشد و می‌تواند چرخه‌ای از جرم و جنایت ایجاد کند. افراد سابقه‌دار در زمینه تحصیل، اشتغال و مسکن با محدودیت‌هایی مواجه‌اند. متخلفان همچنین موانعی را تجربه می‌کنند که می‌تواند آنها را از کسب و کار حرفه‌ای منع کند.^۵

^۱ Ibid., 2012, P14

^۲ Carrie Pettus, Davis, 2011, *A Community-based Randomized Controlled Trial* Gunther, p126.

^۳ ایان راس، جفری، ریچارد استفن سی، مترجم هژبر الساداتی، هانیه، *جرم‌شناسی محکومان*، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۸، ص ۱۹۸.

^۴ فیونا هینز، راب وایت، *جرم و جرم‌شناسی*، مترجم سلیمی، علی، چاپ نهم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۸، ص ۱۹۶.

^۵ Whitney N. Johnson, *A Phenomenological Inquiry Into Familial Contact for Releasees on the Route to Desisting From Crime*, 2021, p 3.

به طور کلی در کشورهایی که میزان خوداشتغالی و واحدهای بسیار کوچک بالاست، نرخ بیکاری کمتری نسبت به کشورهایی با سطح توسعه مشابه نشان می‌دهند. ما به دو فرایند موازی دست می‌یابیم که بیان روشنی از قطبی‌سازی فعلی در اقتصاد جهانی است: از یک سو ایجاد ناکافی مشاغل پایدار و با درآمد خوب در واحدهای متوسط و بزرگ و از سوی دیگر سهم روبه‌شد اشتغال ایجاد شده توسط واحدهای خرد که در آن سطوح حقوق و دستمزد بسیار پایین است.^۱ دلبستگی طولانی‌مدت کارگران به بازار کار همیشه فراتر از دورهٔ یارانه ادامه پیدا نمی‌کند، زیرا هیچ راه‌حلی در سطح این برنامه نمی‌تواند تمام سیاست‌ها و سیستم‌های ناعادلانه‌ای را که منتهی به موانع ساختاری برای اشتغال می‌شود، حل کند. به عنوان مثال، یک برنامهٔ اشتغال یارانه‌ای نمی‌تواند پیامدهای جانبی سابقه‌دار بودن را که اغلب افراد را از ورود به مشاغل خاص یا دریافت مجوزهای شغلی محدود یا منع کامل می‌کند، پاک کند.^۲

۲.۲.۲. ایجاد مرکز فرصت‌های شغلی برای زندانی

مرکز فرصت‌های شغلی، یک برنامهٔ اشتغال جامع برای زندانیان سابق است. جمعیتی که با موانع زیادی برای یافتن و حفظ کار روبه‌رو هستند. این مرکز مشاغل موقت و با دستمزد و سایر خدمات را با هدف بهبود چشم‌انداز بازار کار شرکت‌کنندگان و کاهش احتمال بازگشت آنها به زندان ارائه می‌دهد. با یک کلاس پیش‌اشتغالی کوتاه به مدت پنج روز شروع می‌شود. شرکت‌کنندگان آنها در یک شغل انتقالی در یکی از کارهای مرکز قرار می‌گیرند. این مرکز نوسازی خدمات استخدامی دولتی و خصوصی و شبکه‌ها که همکاری بین بازیگران کلیدی را در سطح محلی و منطقه‌ای تقویت می‌کند.^۳ برنامه، مرکز مدیریت فرصت‌های شغلی مستقر در نیویورک (CEO⁴)، نرخ زندانیان سابق را که مرتکب جرم جدید شدند، کاهش داد. سود احتمالی برای شرکت‌کنندگان و خانواده‌های آنها از کاهش تکرار جرم، به‌ویژه از طریق کاهش مدت زمان حبس برای شرکت‌کنندگان غیرقابل‌محاسبه است. این مزیت می‌تواند اشکال مختلفی، از جمله افزایش عزت نفس در انتقال موفقیت‌آمیز از زندان به شغل یا بهبود روابط با دوستان و خانواده داشته باشد.^۵

۲.۳. حمایت و پشتیبانی ادارهٔ مراقبت بعد از خروج

حمایت مادی و معنوی از زندانیان بی‌جا، بیکار تا حداقل سه ماه پس از آزادی به عهدهٔ ادارهٔ مراقبت بعد از خروج محول شده است. این اداره نقش حامی و تکیه‌گاه را برای بزه‌کاران آزادشده‌ای دارد که به لحاظ مثلاً طولانی بودن مدت سلب آزادی یا صرف محکومیت کیفری حبس، شغل، خانواده و دوستان خود را از دست داده‌اند. در واقع ادامهٔ کار پرورشی و اصلاحی زندان را در محیط آزاد تا زمانی که زندانی سابق خودکفا و مستقل شود به عهده دارد.^۶ این اداره‌ها می‌توانند به منظور حمایت از مددجویان و ایجاد تسهیلات در فروش تولیدات آنان نسبت به ایجاد فروشگاه‌ها و نمایشگاه‌ها و بازاریابی

¹ Carlos Salas-Paez, Luis Quintana-Romero, Miguel A. Mendoza-Gonzalez and Jose Alvarez-García, *Analysis of Job Transitions in Mexico with Markov Chains in Discrete Time*, 2022, p 2.

² Caitlin C. Schnur, Chris Warland, and Melissa Young, Op.Cit, P 14.

³ Gunther Schmid, Op. Cit, p 42.

⁴ Center for Employment Opportunities

⁵ kimberly foley, Op. Cit, Pp 2-16.

^۶ نجفی ابرنآبادی، علی حسین؛ «کیفرهای جامعه‌مدار»، دیپاچه در: بولک، برنار؛ *کیفرشناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرنآبادی، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ پنجم، ۱۳۸۵، ص ۱۶.

و انجام سایر امور بازرگانی اقدام کنند^۱.

۲.۳.۱. زندان و زندانیان در اسلام و ایران

۲.۳.۱.۱. زندان در اسلام: اسلام زندان را برخلاف تکیه محوری غرب به حبس، اصلاً مجازت مناسبی نمی‌داند؛ لذا در اسلام اصل بر عدم حبس است. کلیدی‌ترین راهکار اسلام برای حل مشکل زندانیان بیکار، آواره و خانواده آنها این است که به جای تبعیت از غرب، با حاکم کردن زندان در اغلب جرائم به اسلام عمل کنیم. اگر به این اصل کلی حقوقی اسلام عمل کنیم، بیش از ۸۵ درصد مشکلات کنونی زندانیان حل می‌شود.

۲.۳.۱.۱.۱. زندان در قرآن کریم: حبس از منظر قرآن کریم، از ابزارهای بکار برده شده از سوی طاغوت‌ها و حکومت‌های جور برای دفع مخالفان سیاسی یا مجبور کردن آنان به فرمانبرداری است^۲.

۲.۳.۱.۱.۲. زندان از دیدگاه فقهای امامیه: علاوه بر اسلام عزیز طبق روایات رسیده از چهارده معصوم علیهم السلام حدوداً فقط در نه مورد جرائم، در چهار جرم حدی و در پنج جرم تعزیری، زندان تجویز در سایر موارد از تعزیرهای دیگر استفاده شده است. در روایتی از امام علی (ع) آمده است که فرمودند: «سه کس در زندان محبوس می‌شوند اول کسی که مقتولی را نگه داشته و دیگری او را کشته است. دوم زنی که مرتد می‌شود و اگر توبه کرد، آزاد می‌شود و سوم دزدی که دوبار دزدی کرد و دست و پایش قطع شد، اما برای بار سوم دزدی کرد، حبس ابد می‌شود^۳».

۲.۳.۱.۱.۳. در کتب فقهای شیعه: در کتب فقهی ما هم مثل لمعه دمشقیه، شرایع الاسلام و جواهر الکلام و... در همین چند مورد زندان ذکر شده است و نه بیشتر. خلاصه اینکه در اسلام اصل بر عدم حبس و مذموم بودن مجازات حبس است.

۲.۳.۱.۲. زندان در ایران

در ایران کارخانه‌ای جهت زندانیان سابقه‌دار راه‌اندازی شده برخلاف غرب، بر طبق احکام اسلام، این مؤسسه با شعار اگر سوء پیشینه دارید، اینجا استخدام شوید به اشتغال مجرمان، خلافکاران و معتادان کمک می‌کند. علیرضا نبی، کارآفرینی که روزی خودش کودک کار بوده و کفش‌های مردم را واکس می‌زده از اشتغال‌زایی برای هزار و ۵۷ نفر که اتفاقاً سابقه‌دار هستند می‌گوید: «کارخانه‌ای که شرط استخدام در آن داشتن سوء پیشینه است. او اقدام به تأسیس کارگاه خانگی برای خانواده‌های زندانی کرده است. او می‌گوید چهار گروه مجرم اینجا کار می‌کنند: اول. مردان و زنان مرتکب جرائم عمدی مانند سرقت مسلحانه، نزاع دسته‌جمعی، اراذل و اوباش و قتل عمد شدند. دوم. افرادی که جرائم غیر عمد انجام دادند، مثلاً ورشکسته شده یا چک بی محل کشیده، یا به خاطر مهریه زندان بوده‌اند. سوم. معتادین بهبود یافته‌اند که مثلاً ۱۵ سال مصرف‌کننده بودند و الآن پاک‌اند، اما هیچ جایی به آنها کار نمی‌دهند. چهارم. زنان سرپرست خانوار که سایه همسرشان بالای سرشان نیست اینجا کار می‌کنند و بچه‌شان را بزرگ می‌کنند. او می‌گوید هیچ سابقه دزدی و نزاعی تاکنون وجود نداشته است. فرد سابقه‌دار غیرقابل اعتماد نیست. می‌گوید تاکنون هیچ مورد بازگشت به اعتیاد و جرم نداشتیم^۴».

^۱ ابوالحسنی، سمانه، *مجموعه قوانین و مقررات زندان‌ها*، تهران: نشر آقلم، ۱۴۰۱، ص ۱۸۶.

^۲ آشوری، محمد، پیشین، ص ۳۳.

^۳ بروجردی، حسین، *منابع فقه شیعه (ترجمه جامع احادیث الشیعه)*، جلد ۳، تحقیق جمعی از فضلاء، تهران: انتشارات فرهنگ سبز، چاپ اول، ۱۳۸۶، ص ۱۱۲۸.

^۴ خبرگزاری برنا، اگر سوء پیشینه دارید، اینجا استخدام شوید (۱۳/۵/۱۳۹۹ کد خبر: ۱۰۳۸۴۷۶).

نتیجه‌گیری

۱. مشاغل انتقالی و اشتغال رایانه‌ای تدابیری نوظهور جهت کاهش فقر اقتصادی در راستای حل معضل بیکاری اقبال ضعیف در جوامع است. زندانیان نیز از دسته افراد دغدغه‌مند در این زمینه‌اند که برچسب مجرمانه آنها معضلی برای بازگشت به جامعه و توفیق در یافتن شغل و درآمد مناسب است. به کرات مشاهده شده که عدم کسب و کار مناسب باعث طرد آنها از جوامع شده و این افراد جهت تأمین حداقل رفاه لازم متوسل به ارتکاب مجدد جرم گردیدند و همین امر به دولت و ملت‌ها هزینه قابل توجهی تحمیل کرده است. چنانچه اهمیت مسئله و برآورد هزینه‌ها از جمله هزینه پیشگیری از جرم، دستگیری و نگهداری بزهکاران و جبران خسارات وارده به قربانیان جرم لحاظ و منفعت حاصله در خصوص ثبات شغلی زندانیان درک شود، تلاش و سرمایه‌گذاری در جهت حل مشکل مورد استقبال مسئولان امر قرار خواهد گرفت.
۲. به‌کارگیری مدل‌های مشاغل انتقالی و یارانه‌ای از مواردی است که به زعم نویسنده نقش بسزایی در کاهش تکرار جرم و به تبع آن جمعیت کیفری خواهد داشت. مدیریت این امر با دایر نمودن مراکز مدیریت فرصت‌های شغلی و ایجاد فضای رقابتی بین کارآفرینان، مراکز خصوصی و دولتی و اختصاص مشاغل انتقالی و همچنین اشتغال‌های یارانه‌ای به‌صورت در نظر گرفتن یارانه کامل، موقت تا رسیدن به اشتغال بدون یارانه به زندانیان، رهاورد این تحقیق در راستای کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها خواهد بود.
۳. سرمایه‌گذاری دولت و اختصاص یارانه پرداخت دستمزد به‌صورت کامل یا موقت، طرح‌های حمایتی تشویقی و معافیت مالیاتی به کارآفرینان در قبال عقد قراردادهای کاری با زندانیان، برنامه‌ریزی برای بازگشت مستخدمین دولت که مورد تأیید سازمان مربوطه بوده و به انحای مختلف به مجازات حبس محکوم شده‌اند با تشخیص هیئت نظارتی به شغل قبل از بازداشت، مواردی است که کمک شایانی به ثبات شغلی زندانیان خواهد نمود.

منابع

کتاب

۱. آشوری، محمد، *جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین*، تهران: مرکز نشر چشم، ۱۳۹۸.
۲. ابوالحسنی، سمانه، *مجموعه قوانین و مقررات زندان‌ها*، تهران: نشر آلاقم، ۱۴۰۱.
۳. ایان راس، جفری، ریچاردز، استفن سی، *جرم‌شناسی محکومان*، مترجم هانیه هژیر الساداتی، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۸.
۴. بروجردی، حسین، *منابع فقه شیعیه* (ترجمه جامع احادیث الشیعیه)، جلد ۳۰، تحقیق جمعی از فضلالی شیعیه، تهران: انتشارات فرهنگ سبز، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۵. حاجی ده آبادی، محمدعلی، *جرم‌شناسی کاربردی*، قم: چاپ سوم، مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی، ۱۳۹۸.
۶. شاطری پور اصفهانی، شهید و محمد سراوانی، *تأثیر خصوصی‌سازی بر مدیریت جمعیت کیفری* در مجموعه مقالات برگزیده همایش ملی مدیریت جمعیت کیفری، نظریه رویه به کوشش دکتر نسرین مهرا، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۹.
۷. صفاری، علی، *کیفرشناسی تحولات مبانی و اجرای کیفر سالب آزادی*، چاپ پانزدهم، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
۸. غلامی، علی و پیمان حسنی، *راهبردهای کاهش جمعیت زندان‌ها*، نشر میزان، ۱۳۹۶.
۹. غلامی، حسین، *کیفرشناسی، کلیات و مبانی پاسخ شناسی جرم*، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۹.
۱۰. فیوناهینز، راب وایت، *جرم و جرم‌شناسی*، مترجم علی سلیمی، چاپ نهم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۸.
۱۱. مونری، بنژامن، *اجرای مجازات در محیط‌های بازو بسته چه تأثیری بر تکرار جرم دارد*، مترجم دکتر روح الدین کرد علیوند، دانشنامه جرم‌شناسی محکومان به کوشش دکتر عباس شیری، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۷.

۱۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *کیفرهای جامعه‌مدار*، دیپاچه در: بولک، برنار کیفر شناسی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.

منبع الکترونیک

۱۳. خبرگزاری برنا، *اگر سوء پیشینه دارید، اینجا استخدام شوید* (۱۳/۵/۱۳۹۹ کد خبر: ۱۰۳۸۴۷۶) قابل دسترسی: <https://www.borna.news/fa/tiny/news-1038476>

References

Books

1. Aashoori, Mohamad, *Alternatives to prison or intermediate punishments*, Tehraan: Jahesh Publishing Center, 2019. (In Persian)
2. Abooyalhasani, Samaaneh, *Collection of prison rules*, Tehraan: Aala' Ghalam Publication, 2022. (In Persian)
3. Ayan Raas, Jafri, Richaardz, Estefan si, *Convict Criminology*, Translated by Hanieh Hojhabr Elsaadaati, Tehraan: Mizaan, 2019. (In Persian)
4. Boroojerdi, Hosin, *Sources of Shia Jurisprudence* (Comprehensive Translation of Shia Hadiths), Vol. 30, A Collective Research of Shia Philosophers, Tehran: Farhang Sabz Publication, 2007. (In Persian)
5. Emoonrei, Banjhaamen, Ejraaye, *what is the impact of sentencing in closed environments on recidivism?*, Translated by Ali Salimi, Rooh Aldin Kord Alivand, Handbook of Convicts Criminology, By Abbaas Shiri, Tehraan: Mizaan, 2018. (In Persian)
6. Fioonaahenez, Raab vait, *Crime and criminology*, Translated by Ali Salimi, Qom: Research Institute of Howzeh and University, 2019. (In Persian)
7. Gholaami, Ali, Peymaan Hasni, *Strategies to reduce prison population*, Tehran: Mizan, 2017. (In Persian)
8. Gholaami, hosin, *Criminology, General criminology and the basics of criminal responsibility*: Tehran: Mizan, 2020. (In Persian)
9. Haaji Deh Aabaadi, Mohamad Ali, *Applied Criminology*, Qom: Al-Mustafa, International Translation and Publishing Center, 2019. (In Persian)
10. Najafi abrandaabaadi, Ali hossein, *An introduction to critical criminology and its types*, Handbook of Convicts Criminology, By Abbaas Shiri, Tehraan: Mizaan, 2018. (In Persian)
11. Najafi Abrandaabaadi, Ali hossein, *Socialist punishments*, Preface In: Boolk, Bernaar Criminology, Translated by Najafi Abrandaabaad., Ali Hossein, 5th edition, Tehran: Majd, 2006. (In Persian)
12. Safaari, Ali, *Criminology: Developments, foundations and implementation of the penalty of deprivation of liberty*, Jangal Publication, 2011. (In Persian)
13. Shaateri Poor Esfahaani, Shahid, Mohamad Saravani, *The effect of privatization on the management of the penal population in the collection of selected articles of the national conference on the management of the penal population*, Through Professor Nasrin Mahra Guidance, Tehraan: Mizaan, 2020. (In Persian)

Articles

14. Barden, Bret & Juras, Randall, *The Enhanced Transitional Jobs Demonstration New Perspectives on Creating Jobs*, 2018. (Available at: https://www.mdrc.org/sites/default/files/ETJD_STED_Final_Impact_Report_2018_508Compliant_v2.pdf /)
15. Bloom, Dan, 2015, *Testing the Next Generation of Subsidized Employment Programs: An Introduction to the Subsidized and Transitional Employment Demonstration and the Enhanced*

- Transitional Jobs Demonstration. (Available at: https://www.mdrc.org/sites/default/files/ETJD-STED_ShortReport%202015.pdf)
16. Carrie Pettus ,Davis.2011,A Community-based Randomized Controlled Trial Gunther, (Avaiaable at: <https://www.researchgate.net>)
 17. Erin Jacobs Valentine, Cindy Redcross. 2015. Transitional jobs after release from prison: effects on employment and recidivism: IZA Journal of Labor Policy, 2015.
 18. feder, elizabeth, moran, colleen e, 2013, transitional jobs program: a health impact assessment executive summary, (Available at: <https://uwphi.pophealth.wisc.edu/wp-content/uploads/sites/316/2018/01/transitional-jobs-program-hia-executive-summary.pdf>)
 19. Gunther Schmid, 1998, Transitional Labour Markets: A New European Employment Strategy.Wissenschaftszentrum Berlin Fur Sozialforschung. (Avaiaable at: <https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/12885>.)
 20. Kimberly Foley, riley webste 2018,the enhanced transitional jobs demonstrationreducing recidivism and increasing opportunity Benefits and Costs of the Recycle Force Enhanced Transitional Jobs Program (Available at: https://mefassociates.com/wordpress/wp-content/uploads/2018/12/ETJD_STED_Benefit_Cost_Brief_508.pdf)
 21. L. Q.-R. Carlos Salas-Paez 1, Miguel A. Mendoza-Gonzalez 3 and Jose Alvarez-Garcia 4 ,2022, Analysis of Job Transitions in Mexico with Markov Chains in Discrete Time, (Available at: <https://www.proquest.com/docview/2670330112/D55140260C484938PQ/7/>)
 22. Meyer, Laura, Subsidized Employment: A Proven Strategy to Aid an Equitable Economic Recovery , center on budget and policy priorities,2021, (Available at: https://www.cbpp.org/sites/default/files/3-30-21_fis.pdf)
 23. Redcross, Cindy; Millenky. Megan; Timothy, rudd, 2012. More Than a Job Final Results from the Evaluation of the Center for Employment Opportunities (CEO) Transitional Jobs Program. (Available at : https://www.mdrc.org/sites/default/files/full_451.pdf)
 24. Solomon Amy L, Johnson Kelly Dedel, Travis. Jeremy and McBride, Elizabeth C, From Prison to Work:The Employment Dimensions of PrisonerReentry,2004, (Available at: https://www.researchgate.net/publication/241281873_From_Prison_toWork_The_Employment_Dimensions_of_Prisoner_Reentry/)

Thesis

25. Whitney N. Johnson, A Phenomenological Inquiry Into Familial Contact for Releasees on the Route to Desisting From Crime,2021, (Available at: <https://www.proquest.com/docview/2507992071/F093A8C2176649FCPQ/36>)

Websites

26. Caitlin C. Schnur, Chris Warland, and Melissa Young, “Framework for an Equity-Centered National Subsidized Employment Program,”Heartland Alliance, January 12, 2021, (Available at: <https://nationalinitiatives.issuelab.org/resources/37934/37934.pdf>)
27. Correctional Services, work-areas, government of South Australian ,2023, (Available at: <https://www.corrections.sa.gov.au/Rehabilitation-education-and-work/work-opportunities/work-areas/>)
28. Department for Correctional Services, prisoner-employment, government of South Australian, 2023, (Available at: <https://www.corrections.sa.gov.au/Rehabilitation-education-and-work/work-opportunities/prisoner-employment>)

Internet Resources

29. Bornaa News Agency, *If you have a criminal record, get hired here* (Dated 2020/08/03, News Code:1038476) Avaiaable at: <https://www.borna.news/fa/tiny/news-1038476/>.(In Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Legal Research
Volume 27, Issue 105, 2024

Table of Contents

Fiscal Obligations of International Petroleum Companies (IOC) in the Iranian Upstream Oil and Gas Industry Contracts (IPC)	1
<i>Goodarz Eftekhari Jahromi, Mehdi Montazer, Mohammad Emamgholi</i>	
Abuse of contractual rights during the contract implementation phase	21
<i>Ramin Sharifi Mahalleh, Abbas Karimi, Zeinolabedin Taghavi</i>	
Acceptance and Implementation of International Treaties in Afghanistan Legal System.....	37
<i>Mohsen Abdolahi, Fazal Ahmad Ahmadi</i>	
Tort Law (Zaman Qahri) or Civil Liability	57
<i>Jalil Ghanavati</i>	
Description of Construction Contract and its Legal Effects	79
<i>Shima Vafadarnia, Alireza Yazdani, Alireza Fasihzadeh</i>	
Evaluation of the Dynamics of the Islamic Republic of Iran's Constitution	99
<i>Hassan Vakilian, Javad Yahyazadeh</i>	
Application of the Principle of Proportionality in the Procedure of the Court of Administrative Justice	119
<i>Vahid Bayat Mokhtari, Mohammad Jalali, Mohsen Taheri</i>	
Legal Aspects of Fetus Sex Selection Technology	137
<i>Navid Zamaneh Ghadim, Shayan Hazeri</i>	
Exemption from International Contracts' Liability in the Corona Age Through Convention on the International Sale of Goods (Vienna 1980) Perspective	153
<i>Hossein Kaviar, Mohammad Hossein Taghipour Darzi Naghibi</i>	
Feasibility of Identifying Transgenerational Trauma Liability by Reviewing the Katanga Case..	171
<i>Seyed Mahdi Seyedzadeh Sani, Alireza Moshirahmadi</i>	
Analytical-Critical Re-Reading of the Criteria for Distinguishing the Crimes Imposed by the Hadd from the Crimes of Taziri	193
<i>Hossein Khodayar</i>	
Janusian Sovereignty: Conceptualization of National Sovereignty in the Iranian Constitution of 1906-07.....	213
<i>Kaveh Pouladi</i>	
A Comparative Approach to Contingent Contracts in Iran and England Law	235
<i>Jamshid Nourshargh, Loghman Kiapasha, Abbas Pahlavanzadeh, Mahmood Habibi</i>	
Sanction of Proceedings in the Field of Criminal Evidence	251
<i>Abbas Tadayon, Ebrahim Abdollahpour, Akbar Rajabi</i>	
Reducing the Criminal Population through Transitional Jobs and Subsidized Employment.....	267
<i>Fattahe Teimouri, Mahmood Ashrafy, Masoud Heidari</i>	

Legal Research

Volume 27, Issue 105, 2024

Scientific Journal of the Law Faculty of Shahid Beheshti University in Cooperation with Iranian Association of Comparative Law, Iranian Association of Penal law, Iranian Association of Arbitration, Iranian Association of Administrative Law



Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Owner and Publisher: Shahid Beheshti University

Director in Charge: Abbas Ghasemi Hamed

Editor-in-Chief : Ebrahim Beygzadeh

Executive Director: Asadolah Yavari

Editorial Board

Mohammad Ashouri, *Professor of Criminal Law and Criminology, Tehran University, Tehran, Iran*

Nejad Ali Almasy, *Professor of Private Law, Tehran University, Tehran, Iran*

Mohammad Reza Pasban, *Associate Professor of Private Law, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran*

Abdollah Shams, *Private Law Professor, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Hossein Safaie, *Professor of Private Law, Tehran University, Tehran, Iran*

Hedayatollah Falsafi, *International Law Professor, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Mostafa Mohaghegh-Damad, *Islamic Law Professor, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Ali Hossein Nnadjafi Abrandabadi, *Professor of Criminal Law and Criminology, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Text editor: *Maryam Ghanizadeh, Manzar Vahdanifar*

Layout managing: *Marzieh Barekat*

Cover Design: *Zahra Ghanizadeh*

Address: Journal of Legal Research, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Evin, Tehran, Iran

Postal Code: 1983969411

Website: <https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/> and Email: law.res.mag@gmail.com

Phone: +982122431681, Mobile: +98 910 145 8348, Fax: +982122431759



Legal Research

- ▶ **Fiscal Obligations of International Petroleum Companies (IOC) in the Iranian Upstream Oil and Gas Industry Contracts (IPC)**
Goodarz Eftekhari Jahromi, Mehdi Montazer, Mohammad Emamgholi
- ▶ **Abuse of contractual rights during the contract implementation phase**
Ramin Sharifi Mahalleh, Abbas Karimi, Zeinolabedin Taghavi
- ▶ **Acceptance and Implementation of International Treaties in Afghanistan Legal System**
Mohsen Abdolahi, Fazal Ahmad Ahmadi
- ▶ **Tort Law (Zaman Qahri) or Civil Liability**
Jalil Ghanavati
- ▶ **Description of Construction Contract and its Legal Effects**
Shima Vafadarnia, Alireza Yazdani, Alireza Fasihzadeh
- ▶ **Evaluation of the Dynamics of the Islamic Republic of Iran's Constitution**
Hassan Vakilian, Javad Yahyazadeh
- ▶ **Application of the Principle of Proportionality in the Procedure of the Court of Administrative Justice**
Vahid Bayat Mokhtari, Mohammad Jalali, Mohsen Taheri
- ▶ **Legal Aspects of Fetus Sex Selection Technology**
Navid Zamaneh Ghadim, Shayan Hazeri
- ▶ **Exemption from International Contracts' Liability in the Corona Age Through Convention on the International Sale of Goods (Vienna 1980) Perspective**
Hossein Kaviar, Mohammad Hossein Taghipour Darzi Naghibi
- ▶ **Feasibility of Identifying Transgenerational Trauma Liability by Reviewing the Katanga Case**
Seyed Mahdi Seyedzadeh Sani, Alireza Moshirahmadi
- ▶ **Analytical-Critical Re-Reading of the Criteria for Distinguishing the Crimes Imposed by the Hadd from the Crimes of Taziri**
Hossein Khodayar
- ▶ **Janusian Sovereignty: Conceptualization of National Sovereignty in the Iranian Constitution of 1906-07**
Kaveh Pouladi
- ▶ **A Comparative Approach to Contingent Contracts in Iran and England Law**
Jamshid Nourshargh, Loghman Kiapasha, Abbas Pahlavanzadeh, Mahmood Habibi
- ▶ **Sanction of Proceedings in the Field of Criminal Evidence**
Abbas Tadayon, Ebrahim Abdollahpour, Akbar Rajabi
- ▶ **Reducing the Criminal Population through Transitional Jobs and Subsidized Employment**
Fattahe Teimouri, Mahmood Ashrafi, Masoud Heidari